

ע"פ 8457/15 - מדינת ישראל נגד פלוני, נור בן שחאדה חמדן, עימאד בן עדנאן שאער, אמג'ד בן עדנאן ראזם

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 8457/15

ע"פ 8987/15

ע"פ 592/16

ע"פ 633/16

לפני: כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר

כבוד השופט נ' סולברג

כבוד השופט (בדימ') א' שהם

המערערת בע"פ 8457/15; ובע"פ 633/16 והמשיבה בע"פ 8987/15; ובע"פ 592/16:

מדינת ישראל

נ ג ד

המשיב בע"פ 8457/15 והמערער בע"פ 592/16:

פלוני

המשיבים בע"פ 633/16 והמערערים בע"פ 8987/15: 1. נור בן שחאדה חמדן

עמוד 1

2. עימאד בן עדנאן שאער

3. אמג'ד בן עדנאן ראזם

ערעורים וערעורים שכנגד על הכרעות דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים, מיום 13.07.2015; מיום 17.11.2015; ועל גזר דינו, מיום 08.12.2015, בתפ"ח 31041-04-13, שניתנו על ידי כב' הרכב השופטים: ד' חשין - נשיא; מ' דרורי - סג"נ; ו-ע' שחם

בשם המערערת בע"פ 8457/15; ובע"פ 633/16 והמשיבה בע"פ 8987/15; ובע"פ 592/16:

עו"ד יוסף (ג'ואי) אש; עו"ד שרית משגב

בשם המשיב בע"פ 8457/15 והמערער בע"פ 592/16:

עו"ד מוסטפא יחיא

בשם המשיבים בע"פ 633/16 והמערערים בע"פ 8987/15:

עו"ד דב הירש; עו"ד אדוארדו מייסלף

פסק-דין

השופט (בדימ') א' שהם:

1. לפנינו ערעורים וערעורים שכנגד על הכרעות דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' הרכב השופטים: ד' חשין - נשיא; מ' דרורי - סג"נ; ו-ע' שחם), בתפ"ח 31041-04-13, מיום 13.07.2015 ומיום 17.11.2015, ועל גזר דינו, מיום 08.12.2015.

תמצית כתב האיטום

2. ביום 18.04.2013, הוגש כתב אישום מתוקן לבית המשפט המחוזי בירושלים נגד ארבעה נאשמים: המערער 1 בע"פ 8987/15 והמשיב 1 בע"פ 633/16, נור בן שחאדה חמדן (להלן: המערער 1); המערער 2 בע"פ 8987/15 והמשיב 2 בע"פ 633/16, עימאד בן עדנאן שאער (להלן: המערער 2); המערער בע"פ 592/16 והמשיב בע"פ 8457/15, פלוני (להלן: המערער 3); והמערער 3 בע"פ 8987/15 והמשיב 3 בע"פ 633/16, אמג'ד בן עדנאן ראזם (להלן: המערער 4).

על פי החלק הכללי שבכתב האישום, בסביבות חודש פברואר 2013, גמלה בליבו של המערער 1 ההחלטה לבצע פיגוע ירי נגד יהודים המגיעים להתפלל בהר הבית ונגד כוחות משטרה המוצבים במקום (להלן: התכנית). לשם ביצוע התכנית, גייס המערער 1 את המערערים 2 ו-3, ג'לאל קוטוב (להלן: ג'לאל), מוחמד שאער (להלן: מוחמד) ואחרים לחוליה, שפעלה כדי להוציא את התכנית לפועל (להלן: החוליה). המערער 1 יצר קשר עם ארגוני טרור ופעילי טרור ביהודה ושומרון וברצועת עזה, על מנת לקבל תמיכה בהדרכה ובאספקת אמצעי לחימה לצורך ביצוע התכנית. על פי הנטען בכתב האישום, חברי החוליה נפגשו במהלך החודשים פברואר - מרץ 2013, ובמסגרת פגישות אלה, הם "קשרו קשר לעשות מעשים בכוונה לסייע לאויב במלחמתו נגד מדינת ישראל, ובין השאר תכננו לירות ולרצוח מתפללים יהודים בהר הבית וכן בכוחות משטרה המוצבים במקום. כמו כן, תכננו לחטוף יהודי במטרה לקחת את נשקו ולרצחו, וקשרו קשר לבצע עבירות פליליות נוספות".

להלן פירוט עיקרי הפעילויות והמעשים המיוחסים לחוליה ולחבריה.

ניסיון ליצור קשר עם מפקד ארגון "גדודי חללי אל אקצא" ברצועת עזה

כמפורט בכתב האישום, בחודש פברואר 2013, או בסמוך לכך, לצורך ביצוע התכנית, יצר המערער 1 קשר, באמצעות המרשתת, עם ופאא אלביס, אשר דרכה סבר כי יוכל ליצור קשר עם מוחמד חג'אזי (להלן: חג'אזי), המפקד הכללי של ארגון "חללי אל אקצה" ברצועת עזה (להלן: הארגון). המערער 1 העביר מסר, באמצעות חשבון הפייסבוק שלו, לאדם בשם אחמד ח'ילה (להלן: אחמד), שהזדהה כבעלה של ופאא, לפיו הוא מבקש לבצע פעילות צבאית במסגרת הארגון, אולם הוא נטול אמצעי לחימה. על פי הנטען, המערער 1 ביקש מאחמד להעביר לחיג'אזי מסר, כי הוא זקוק ל"סיוע בהמרת תכניותיו לשלב של ביצוע ולשם כך הוא מעוניין בהדרכה, ייעוץ, תכנון וכן באמצעי לחימה". בסופו של דבר, לא נענה המערער 1 על ידי אחמד, והקשר בין השניים נותק.

יצוין, כי ארגון "גדודי חללי אל אקצה" הוכרז על ידי ממשלת ישראל, בשנת 2002, כארגון טרור.

גיוס החוליה

לאחר הניסיון ליצירת הקשר, החליט המערער 1 להקים חוליה אשר תבצע את התכנית בעצמה. במהלך חודש

פברואר 2013, נפגש המערער 1 עם המערער 3, ופרש בפניו את פרטי התכנית. באותה פגישה, ציין המערער 3, כי הוא מכיר מספר אנשים שייתכן ויהיו מעוניינים לקחת חלק בביצוע התכנית, והצהיר כי הוא יפגיש את המערער 1 עימם. במהלך אותו חודש, הכיר המערער 3 למערער 1 את המערער 2 ואת ג'לאל. במסגרת המפגשים עימם, הציג להם המערער 1 את "מצב הכיבוש השורר להשקפתו באל-אקצה ואת הצורך לעשות מעשה בכדי לשנות מצב זה"; וכן, תיאר בפניהם את תכניתו "לבצע ירי כלפי חיילים, להשיג נשק, ולקבל תמיכה מארגונים שונים באמצעי לחימה ובתכנון הפיגוע 'הגדול' שברצונו לבצע - ירי והריגת יהודים המנסים להיכנס לאל-אקצה". על פי הנטען, המערערים 2 ו-3 הביעו את הסכמתם לביצוע התכנית.

באותו חודש, וביוזמתו של המערער 2, גוייסו לחוליה המערער 4; ומוחמד, קרוב משפחתו של המערער 2, וזאת לאחר שהוצגה בפניהם תכניתה של החוליה, להקים ארגון צבאי לצורך ביצוע פעילות צבאית בירושלים.

פגישת תכנון צבאית של החוליה

במהלך חודש פברואר 2013, נפגשו המערערים 1-3, ג'לאל ומוחמד (להלן: חברי החוליה) בביתו של המערער 1. במסגרת אותה פגישה, הציג המערער 1 את התכנית, וכן העלה רעיונות נוספים לביצוע פיגועים. חברי החוליה הביעו את הסכמתם להשתתף בביצוע התכנית, ובהמשך אף "נשבעו על ספר הקוראן שלא לבגוד זה בזה". המערער 2 הביא עמו לפגישה אקדח בקוטר 9 מ"מ, מבלי שהיה לו רישיון לשאתו, ובהמשך לימדו המערערים 1 ו-2 את המערער 3 כיצד לפרק את האקדח ולהרכיבו.

ניסיון חטיפת נשק משוטר

בהמשך לפגישת התכנון הצבאית, בשעות הערב, החליטו חברי החוליה לחטוף נשק משוטרים סמויים, המוצבים באזור שכונת אבו-תור. המערערים 1-3, ג'לאל ומוחמד יצאו ברכבו של המערער 1 לשכונות סילוואן ואבו-תור בירושלים. זאת, כאמור, במטרה לאתר שוטרים סמויים ולחטוף את נשקם, כאשר המערער 2 היה מצויד באקדח ואילו ג'לאל ומוחמד נשאו על גופם מיכלי גז פלפל. בשלב מסוים, הבחינו חברי החוליה ברכב לבן, לגביו חשדו כי הוא משמש שוטרים סמויים (להלן: רכב המשטרה). חברי החוליה המתינו להגעת רכב המשטרה אליהם, על מנת להתנפל על השוטרים ולחטוף את נשקם. משנוכחו חברי החוליה לדעת כי רכב המשטרה אינו מגיע לכיוונם, ירדו ג'לאל ומוחמד לעבר טיילת "ארמון הנציב" בירושלים, כשהם מצויידים במיכלי גז פלפל. בשלב מסוים, ניגשו שני שוטרים אל ג'לאל ומוחמד, ובשל כך השליכו השניים את מיכלי גז הפלפל שהיו ברשותם. השוטרים ביקשו מג'לאל ומוחמד להזדהות באמצעות תעודות זהות, וחקרו אותם לפשר מעשיהם. לאחר זאת, חזרו ג'לאל ומוחמד לרכב, שם הם חברו למערערים 1-3, וחזרו יחדיו לביתו של המערער 1.

ניסיון לפנות לארגון "גדודי עז א-דין אל קסאם"

ביום 16.03.2013 או בסמוך לכך, שלח המערער 1 הודעה באמצעות המרשתת, לדף הפייסבוק של ארגון "גדודי עז אל דין אל קאסם", בה כתב כי הוא מבקש ליצור עימם קשר, ומסר את שמו ואת מספר הטלפון שלו לשם יצירת קשר. המערער 1 קיבל תשובה מאדם שזהותו אינה ידועה (להלן: האחר), בה נאמר כי לא ניתן לדבר בגלוי באינטרנט, והוא נשאל לרצונו. המערער 1 כתב, כי הוא מבקש ליצור קשר בעניין דחוף, הקשור למסגד אל-אקצה. בתגובה לכך, שאל האחר את המערער 1 האם הוא מעוניין בנשק. המערער 1, אשר חשש להמצא בקשר עם האחר, בעקבות שאלתו הגלויה לגבי הנשק, ניתק עימו את המגע.

יצוין, כי "גדודי עז א-דין אל קסאם" הם פלג של ארגון החמאס, אשר משמש כזרוע צבאית של החמאס, ארגון שהוכרז כארגון טרוריסטי על ידי ממשלת ישראל, ביום 22.06.1989, וכן כהתאחדות בלתי מותרת, על ידי שר הבטחון, ביום 15.09.1989.

אימוני ירי בקלנדיה

ביום 22.02.2013 או בסמוך לכך, הודיע המערער 1 למערערים 2 ו-3 וג'לאל כי עליהם להתאמן בירי, לצורך קידום התכנית. בהמשך אותו יום, נפגשו המערערים 3-1 וג'לאל ב"באב אל זהארה", והמערער 2 הביא עמו אקדח שהיה ברשותו, מבלי שהיה לו רישיון לשאתו. המערערים 3-1 וג'לאל נסעו לשטח פתוח באזור קלנדיה, שם הסביר להם המערער 1 כיצד לכוון למטרה וכיצד לירות. בהמשך, כל אחד מחברי החוליה ירה כ-4 כדורים באמצעות האקדח, לעבר גל אבנים שהקים המערער 1.

לאחר גיוסו של המערער 4 לחוליה, החליטו המערערים 2, 4 וג'לאל לנסות שוב לירות באקדח. השלושה נסעו לשטח פתוח באזור קלנדיה, שם ירו המערער 4 וג'לאל, כל אחד לחוד, כדור אחד באוויר, באמצעות האקדח.

ניסיון להשיג רימון

במועד שאינו ידוע במדויק למערערת בע"פ 8457/15; ובע"פ 633/16 והמשיבה בע"פ 8987/15; ובע"פ 592/16 (להלן: המשיבה), לצורך קידום התכנית, פנה המערער 1 לאדם בשם טארק (להלן: טארק), וביקש כי ישיג עבורו רימון רסס. לאחר שטארק חזר אליו עם הצעת מחיר, ביקש המערער 1 כי הלה יבדוק האם ניתן לקנות רימון במחיר זול יותר. לאחר מספר ימים, חזר טארק אל המערער 1 ואמר לו כי יוכל להשיג עבורו רימון במחיר של 700 ₪. המערער 1 פנה אל המערערים 2, 3 וג'לאל, הציג בפניהם את ההצעה וביקש את עזרתם במימון קניית הרימון. לאחר זאת, העביר המערער 2 למערער 1 כסף עבור רכישת הרימון, אולם בסופו של דבר ההצעה לא יצאה אל הפועל, והמערער 1 החזיר למערער 2 את כספו.

ניסיון להשיג או לייצר מטעני צינור

לשם קידום התכנית, פנה המערער 1 אל טארק וביקשו להשיג עבורו מטען צינור. בנוסף, ניסה המערער 1 ללמוד, באמצעות המרשתת, כיצד להרכיב מטען צינור בעצמו. המערער 1 אסף חומרים לצורך ייצור מטעני צינור, לרבות צינורות ואבקת שריפה שאסף מזיקוקים ונפצים.

במועד הסמוך לתחילת חודש מרץ 2013, הציג המערער 1 למערערים 2, 3 ולג'לאל את רצונו וכוונתו לייצר מטעני צינור, כדי שהחוליה תעשה בהם שימוש בעתיד. בהמשך, הסביר המערער 1 למערערים 2, 3 ולג'לאל כיצד מרכיבים מטען צינור, והורה לג'לאל לרכוש ברגים ומסמרים לצורך הכנת המטענים. לאחר שהמערער 1 הכין את מטעני הצינור, נפגשו חברי החוליה באזור בית חנינה בירושלים, וחיפשו שטח פתוח לצורך הפעלת המטענים, לשם בדיקתם. לאחר זאת, הפעיל המערער 1 את מטעני הצינור, אולם המטענים גרמו לפיצוץ קל בלבד.

בנוסף, במועד שאינו ידוע למשיבה, קנה ג'לאל חומרים לשם הרכבת מטען צינור נוסף, ובהמשך גם הרכיב אותו בעצמו בביתו. לאחר זאת, נפגש ג'לאל עם המערער 2 בשכונת א-טור בירושלים, שם ניסו השניים לפוצץ את מטען הצינור, אולם המטען לא התפוצץ. לבקשתו של המערער 2, ג'לאל הכין שני מטעני צינור נוספים. ביום שלמחרת, נפגשו המערערים 2-4 וג'לאל בשכונת א-טור. המערער 2 הביא עימו את אחד המטענים שקיבל מג'לאל, והארבעה ניסו לפוצץ את המטען, אולם המטען לא התפוצץ.

חטיפת יהודי לשם רציחתו ולקיחת נשקו

בתחילת חודש מרץ 2013, במועד שאינו ידוע במדויק למשיבה, קשרו המערער 2 וג'לאל קשר לחטוף יהודי ולרוצחו, לשם השגת נשקו (להלן: הקשר). המערער 2 וג'לאל החליטו כי הם יאספו אדם יהודי המבקש הסעה במסגרת "טרמפ", יחטפו ממנו את נשקו, ירצחו אותו ויזרקו את גופתו בשטחים. לשם קידום תכנית הקשר, נפגשו המערער 2 וג'לאל עם המערער 4, ועדכנו אותו בפרטי הקשר. השלושה נסעו ברכבו של המערער 2 לכיוון שכונת פסגת זאב, כאשר ג'לאל יושב בספסל האחורי, כשהוא מצוייד באקדח שהביא לו המערער 2. בהמשך, בסמוך לשעה 21:00, בתחנת אוטובוס, כ-200 מטרים לפני מחסום חיזמה, אספו המערער 2, המערער 4 וג'לאל לרכבם יהודי, אשר ביקש להגיע ליישוב אדם, תוך הצגת מצג שווא, כי הם יסיעו אותו ליעדו, וכל זאת לשם מימוש התכנית. במהלך הנסיעה, ולאחר שנוכחו לדעת כי הנוסע שאספו לרכבם אינו נושא עליו נשק, הורידו השלושה את הנוסע, בכניסה ליישוב אדם.

ניסיון נוסף לחטיפת יהודי לשם רציחתו ולקיחת נשקו

למחרת, או בסמוך לכך, נפגשו המערערים 2-4 וג'לאל, במטרה לנסות ולהוציא את התכנית אל הפועל. הארבעה נסעו בשני כלי רכב לתחנת אוטובוס שנמצאת לפני מחסום חיזמה, כאשר המערער 3 נוסע ברכב הראשון והמערערים 2, 4 וג'לאל נוסעים ברכב שאחריו. המערער 3, אשר נהג ברכב הראשון, אמור היה להעלות יהודי לרכבו, אולם העומדים בתחנת האוטובוס סרבו להצעותיו להסעה ברכבו. לאחר מכן, נסעו המערערים 2-4 וג'לאל לחפש נוסעים בתחנת אוטובוס נוספת, ואולם באותה תחנה לא היה איש.

תכנית הנסיעה לשכם לפגישה עם "אבו מהדי"

ביום 17.03.2013, או בסמוך לכך, פנה המערער 1, באמצעות המרשתת, לאדם המכונה "אבו מהדי", אשר המערער 1 סבר כי הוא דובר ארגון "חללי אל-אקצא", המתגורר בעיר שכם. המערער 1 ואבו מהדי קבעו להיפגש בשכם, ביום 20.03.2013. ביום 19.03.2013, סיפר המערער 1 למערערים 2 ו-3 על אודות פגישתו המתוכננת עם אבו מהדי, לשם קבלת כספים ואמצעי לחימה ממנו; ובמטרה שהוא יקשר לאנשים אשר יכולים לעזור לו במימוש התכנית. המערערים 1-3 קבעו להיפגש עם אבו מהדי, ביום 20.03.2012 בסמוך לשעה 09:00, אולם בסופו של דבר לא יצאה הפגישה עם אבו מהדי אל הפועל, בשל מעצרו של המערער 1.

ניסיון חטיפת נשק באבו תור

בחודש פברואר 2013 או בסמוך לכך, פנה המערער 3 אל אדם בשם אחמד בזלמית (להלן: בזלמית), והציע לו להצטרף לחוליה, אשר מטרתה לתקוף חיילים או שוטרים ולחטוף את נשקם. בזלמית הביע את הסכמתו לכך, בתנאי שבמפגשי החוליה יופיע כשהוא רעול פנים, כך שחברי החוליה האחרים לא יוכלו לזהותו. כשבוע לאחר מכן, אסף המערער 3 את בזלמית ברכב, והשניים נסעו לשכונת סילוואן, במטרה לבחון ולגבש תכנית כיצד ניתן יהא לחטוף כלי נשק מאנשי משטרה וחיילים שהיו במקום. בהגיעם לשכונת סילוואן, ירד המערער 3 מהרכב ושוחח עם המערער 2 ועם ג'לאל, שהגיעו למקום ברכב אחר. לאחר שהתברר כי עקב הפרות סדר שהתרחשו בשכונת סילוואן נכחו במקום כוחות משטרה וצבא רבים, החליטו הארבעה לעזוב את המקום ולנסוע לשכונת אבו-תור. כשהגיעו הארבעה ליעדם, פנה המערער 2 לבזלמית ואמר לו, כי אם הוא "יראה כוחות צבא או משטרה באבו תור, יתקשר לנאשם 2 [המערער 2], יאמר מילת קוד שנקבעה ביניהם, 'שרמוטין', ולשמע מילת הקוד יגיעו חברי החוליה למקום הימצאו של בזלמית באבו תור, יתקפו את השוטרים או החיילים ויגנבו את כלי הנשק שלהם. נאשם 2 [המערער 2] אמר לבזלמית שברשותו אקדח 9 מ"מ שבכוונתו לירות בו ואם יתאפשר החוליה גם תחטוף חיילים". מספר ימים לאחר הפגישה הנ"ל, נסע בזלמית ברחבי שכונת אבו-תור, ברכבו של אביו של המערער 3, וזאת "כדי לחפש כוחות משטרה או צבא כדי לתקוף אותם ולחטוף את נשקם, אך לא מצא כאלו".

הסתרת האקדחים ומטען הצינור

ביום 20.03.2013, נודע למערערים 2,3 ולג'לאל כי המערער 1 נעצר. בעקבות כך, ביקש המערער 3 מהמערער 2 להסתיר את החומרים המפלילים שהוא מחזיק ברשותו. לאחר מכן, העביר המערער 2 שקית ובה שני אקדחים, וכן מטען צינור, לקרוב משפחתו המתגורר בשכונת אבו-תור בירושלים, וביקש ממנו להחביא את השקית.

3. בשל המעשים המתוארים לעיל, ייחסה המשיבה למערערים 1-4, בין היתר, את העבירות הבאות: קשירת קשר לביצוע פשע (רצח וחטיפה), לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק); סיוע וקשירת קשר לסיוע לאויב בעת מלחמה, לפי סעיף 92, וסעיף 92 בצירוף סעיף 99 לחוק העונשין, בהתאמה; חטיפה וניסיון חטיפה לשם רצח, לפי סעיף 372, וסעיף 372 בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין, בהתאמה; ניסיון רצח, לפי סעיף

305 לחוק העונשין (שתי עבירות); אימונים צבאיים אסורים, לפי סעיף 143(א)(2) לחוק העונשין (שתי עבירות); וכן עבירות של ייצור, נשיאה וניסיון רכישה של נשק, לפי סעיפים 144(ב), 144(ב2), 144(א) בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין, בהתאמה.

למען שלמות התמונה יצוין, כי נגד שלושת חברי החוליה האחרים, ג'לאל מוחמד ובזלמית (להלן: הנאשמים האחרים), הוגש כתב אישום מקביל (להלן: כתב האישום המקביל) לכתב האישום דנן, שהוגש נגד המערערים, וזאת על יסוד תשתית עובדתית דומה. ביום 24.06.2015, הורשעו הנאשמים האחרים בכל העבירות שיוחסו להם בכתב האישום המקביל (תפ"ח 47805-04-13, בפני כב' הרכב השופטים: י' צבן - סג"נ; ר' כרמל; ו-ר' פרידמן-פלדמן).

הכרעת דינו הראשונה של בית משפט קמא

4. ביום 13.07.2015, ניתנה הכרעת הדין הראשונה בעניינם של המערערים, אשר נכתבה על ידי סגן הנשיא כב' השופט מ' דרורי, ואליו הצטרפו כב' הנשיא ד' חשין וכב' השופט ע' שחם. במסגרת הכרעת הדין, הורשעו המערערים בעבירות הבאות:

המערער 1 - מגע עם סוכן חוץ, לפי סעיפים 114(א) ו-114(ב) לחוק העונשין; אימונים צבאיים אסורים, לפי סעיף 143(א)(2) לחוק העונשין (שתי עבירות); נשיאת נשק, לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין; ניסיון לייצור נשק, לפי סעיף 144(ב2) בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין; וניסיון לרכוש נשק, לפי סעיף 144(א) בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין.

המערער 2 - אימונים צבאיים אסורים, לפי סעיף 143(א)(2) לחוק העונשין (שתי עבירות); נשיאת נשק, לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין; ניסיון לייצור נשק, לפי סעיף 144(ב2) בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין; ניסיון לרכוש נשק, לפי סעיף 144(א) בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין; שיבוש מהלכי משפט, לפי סעיף 244 לחוק העונשין; והחזקת נשק, לפי סעיף 144(א) לחוק העונשין (שתי עבירות).

המערערים 3-4 - אימונים צבאיים אסורים, לפי סעיף 143(א)(2) לחוק העונשין (שתי עבירות); וניסיון לנשיאת נשק, לפי סעיף 144(ב) בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין.

5. בפתח הכרעת הדין, ציין בית משפט קמא כי בטרם "הוקצה" התיק להרכב הנוכחי, התקיימו מספר הליכים, בפני שופטים שונים. בתחילה, הובא התיק בפני הרכב בראשותו של כב' השופט צ' סגל, שקיים דיונים בתיק במשך כשבעה חודשים. בהמשך, טופל התיק על ידי הרכב פשעים חמורים בראשותו של סגן הנשיא, כב' השופט י' צבן, אשר קבע כי תשובות המערערים לכתב האישום יוגשו בכתב. לאחר זאת, כב' הנשיא ד' חשין, החל לטפל בתיק כאב"ד. בישיבה שהתקיימה בפניו, ביום 16.03.2014, הצהירו באי כוח הצדדים כדלקמן:

"מקובלים עלינו דברי חברנו עו"ד דכוור, לפיהם לא ייערך משפט זוטא, התביעה תהיה רשאית להגיש את הודעות

הנאשמים, תוך כדי העדת עדיה בפרשת התביעה (ככל שלא יוגשו ההודעות בהסכמה, במסגרת סעיף 144), וחקירת החוקרים על נסיבות הגביה של ההודעות השונות, תיעשה אגב ניהול המשפט עצמו, הן במסגרת פרשת התביעה, והן במסגרת פרשת ההגנה, ובית המשפט יחליט בסוף המשפט לגופו. זה יחסוך שעות של דיונים. כמובן, שכל הטענות נגד קבילות ההודעות ומשקלן, תהיינה שמורות לסנגורים לשלב הסיכומים".

לאחר זאת, נתן הנשיא ד' חשין תוקף של החלטה להצהרת הסניגורים האמורה.

6. במהלך דיוני ההוכחות, ובמסגרת ישיבה שהתקיימה ביום 03.02.2015, העלה בא כוחו של המערער 1 טענה מקדמית שעניינה הגנה מן הצדק. לאחר שהטענה הוצגה באריכות על ידי הסנגור, ניתנה החלטת ההרכב כדלקמן:

"הדיון שנקבע להיום נועד להיות הדיון הראשון בפרשת ההגנה.

הוא נקבע למועד של כחודש ימים בערך לאחר תום פרשת התביעה.

בפתח הדיון ביקשנו מסנגורו של הנאשם הראשון [המערער 1], עורך דין הירש, להעלות את שולחו לעדות. אך הלה ביקש להעלות בפני בית המשפט טענה של הגנה מן הצדק.

בתמצית - טענתו היא כי הואיל ותלונות הנאשמים למבת"ן (הוא הגוף החוקר תלונות נגד חוקרי שב"כ) לא התבררו, לא נחקרו, קיימת לנאשמים הגנה מן הצדק. והדבר מחייב את ביטול כתב האישום כבר בשלב זה. משום שהתנהלות המדינה בנושא הזה מנוגדת לחוש ההגינות והצדק.

לאחר ששמענו בתמצית את טענותיו של בא כוח הנאשם 1 [המערער 1] בעניין זה, כולל טענתו כי התביעה לא קיימה את הוראות בית המשפט, לפיה היה עליה למסור לסנגוריה את החומר בכתובים שקיים אצלה בנושא הזה של תלונות הנאשמים על אופן חקירתם בשב"כ, ולאחר שבאת כוח התביעה השיבה מה שהשיבה לעניין זה - מצאנו כי ככלל, לא יהיה זה נכון להכריע בסוגיה זאת, בטענה זאת, בשלב זה אלא רק בשלב של הכרעת הדיון; כאשר בשלב הזה, אנו חוזרים ומורים לתביעה להגיש לבית המשפט ולסנגוריה, בתוך 7 ימים מהיום, דהיינו 11.02.2015, לכל המאוחר, הודעה בכתב באשר לחומר המצוי ברשותה, או לא מצוי ברשותה בנוגע לתלונות הנאשמים נגד חוקרי שב"כ, כולל השלב של עצם הגשת התלונה מהנאשמים לשב"כ, או מבאי כוח הנאשמים לשב"כ, וכולל השאלה: האם התלונה הזאת, התלונה או התלונות האלה הועברו למבת"ן, אם לאו, ואם הועברו האם נערכה בנושא חקירה, אם לאו.

ככל שהתשובות או חלקן לשאלות האלה חוסות, לדעת המדינה, תחת חיסיון של ביטחון המדינה, יצינו זאת במפורש, בתגובה בכתב.

בכך סיימנו את הדיון בטענת ההגנה מן הצדק, שהעלה בא כוח נאשם 1 [המערער 1], ונעבור עכשיו, לשמיעת העדויות".

7. בהמשך, פרט בית משפט קמא את תגובות המערערים לכתב האישום. תשובתו הכללית של המערער 1 לכתב



האישום, הייתה הכחשה כוללת של המיוחס לו. לטענת בא כוחו, המערער 1 הודה כי הוא מכיר חלק מן המערערים, אך טען כי הוא לא קָשָׁר קָשָׁר עם מי מהם, במסגרת הפעילות המתוארת בכתב האישום, כפי שנטען בעניינו. ב"כ המערער 1 אישר, כי מרשו הודה במיוחס לו בחקירותיו, הן במשטרה והן בשירות הביטחון הכללי (להלן: השב"כ), אולם לדבריו היה זה לאחר שהופעלו עליו אמצעי לחץ פסולים. עוד נטען על ידי ב"כ המערער 1, כי בחלק מתקופת מעצרו ובעת חקירתו, המערער 1 היה מנוע מלפגוש ולהוועץ בעורך דין, דבר אשר פגם ביכולתו לעמוד על מלוא זכויותיו. לפיכך, נטען על ידי ב"כ המערער 1 כי יש לברר את נסיבות גביית ההודאות, שדין פסלות.

ב"כ המערער 2 כפר בעובדות כתב האישום המיוחסות למרשו, וציין כי המערער 2 מתכוון לנהל משפט זוטא, שכן הוא טוען נגד קבילות אמרותיו, הן בחקירתו בשב"כ והן בחקירתו במשטרה. לטענת המערער 2, במהלך חקירותיו: נמנעו ממנו שעות שינה; הוא הושב על כיסא במשך ימים ארוכים; הוא הוחזק במתקני השב"כ במשך 47 ימים בתנאים "תת אנושיים"; והוא ביקש להיוועץ עם עורך דין, אך נאמר לו כי עורך דינו מסרב להגיע. עוד נטען על ידי המערער 2, כי חלק מן האמרות נגבו ממנו בשעות לילה מאוחרות או לפנות בוקר; וכי האמרות שהוא חתום עליהן היו מוכנות מראש. בנוסף, נטען על ידי המערער 2, כי הוצא בעניינו צו למניעת מפגש עם עורך דין, ועל כן נמנע ממנו מלקבל עצה משפטית.

ב"כ המערער 3 כפר בכל האישומים המיוחסים למרשו בכתב האישום. המערער 3 אישר, כי הוא מכיר את המערערים האחרים, והוסיף כי "אם יוכח כי שמע מהם סיפור כזה או אחר, הוא לא הסכים להיות שותף בו, בין מפורשות ובין בהתנהגות ובין בהתחמקות ו/או מבוכה, והכל במידה המוכיחה העדר כל כוונה להשתתף בו, או חזרה מכוונה שכזו להיות שותף לאותו מעשה". בהמשך, נטען על ידי המערער 3, כי בעת חקירתו נמנע ממנו לפגוש את עורך דינו ולהיוועץ עמו; נמנעה ממנו שינה; הוא הופרד מהעולם החיצון "וחוקריו ציירו בפניו שהוא אבוד, ושהוא חייב לשתף פעולה בחקירה". עוד נטען על ידי המערער 3, כי הוא היה נתון תחת לחץ פיזי ונפשי פסול, וכי חקירותיו במשטרה נוהלו על בסיס זכ"דים שנרשמו על ידי חוקרי השב"כ, אשר נמסרו ש"לא מרצון טוב וחופשי ובאמצעים פסולים". לפיכך, גורס המערער 3, כי תוצרי חקירותיו "אינם כדין ואינם קבילים כראיה במשפטו", לרבות שתי ההודעות שנגבו ממנו על ידי חוקרי המשטרה בבית המעצר בירושלים, ביום 23.03.2013 וביום 24.03.2013. נטען בנוסף על ידי המערער 3, כי המשיבה או מי מטעמה מחזיקים חומרים וראיות חסויות, המזכים אותו מכל אשמה.

ב"כ המערער 4 כפר אף הוא בעובדות כתב האישום המיוחסות למרשו, וטען כי הודאותיו נמסרו בעקבות לחצים פסולים מצד חוקריו. לשיטת המערער 4, הוא נעצר והובא למתקני השב"כ, שם נאמר לו כי חבריו כבר הודו במיוחס להם. עוד נטען על ידי המערער 4, כי החוקרים הושיבו אותו, במשך 3 ימים, על כיסא בחדר חקירות, באומרם לו כי הוא יקום מהכיסא רק אחרי "שידבר"; וכי רק לאחר שהוא אישר את ה"זכ"דים" שהוקראו לו וחתם עליהם, הותר לו לקום מהכיסא. נטען בנוסף על ידי המערער 4, כי החקירות נמשכו על פני 18-20 שעות ביום, תוך מניעת שינה ממנו, ולטענתו הוא סיפר למדובבים את שסיפר, רק לאחר שאלו איימו עליו כי יפגעו בו ובבני משפחתו. עם זאת, הודה המערער 4 כי התכוון להשיג אקדח, אולם זאת "כדי לירות בו בחתונות, ולא לשום מטרה עוינת".

הודאות המערערים במשטרה ובשב"כ - דיון בטענות הזוטא

8. בהכרעת דינו התייחס בית משפט קמא, בראש ובראשונה, להודאותיהם של המערערים בפני גורמי החקירה, בהבהירו כי:

"אנשי השב"כ, במקרה שלפנינו, חששו כי מדובר בסכנה משמעותית ביותר, שכן הם חשדו בנאשם 1 [המערער 1], כי בכוונתו לארגן מאות איש כדי לכבוש את הר הבית. שמענו את דברי הסניגורים, כאילו מדובר בחשש מוגזם של אנשי השב"כ... נחה דעתי, כי חוקרי השב"כ בראשות מיגל, היו חדורים תחושת שליחות אמיתית, כי אם לא יעצרו את הנאשמים, ואם לא יקבלו מהם את המידע על חברים אחרים בחוליה ועל אמל"ח מוסתר, יש חשש, כי מי שאינו עצור יצליח להגיע לאמל"ח, ועם אחרים, יבצעו פיגועים, שיכול שיפגעו בחיי אדם, שלא לאמר שיגרמו נזק מסדר גודל משמעותי, אם אכן מדובר בהרג של אנשי כוחות הביטחון, תוך ניסיון 'לכבוש' את הר הבית".

9. בהמשך, בחן בית משפט קמא את השאלה האם ניתנו למערערים, כבר בשלב חקירת השב"כ, מלוא הזכויות המגיעות להם על פי דין. אשר לזכות ההיוועצות עם עורך דין ושמירה על זכות השתיקה במסגרת חקירת השב"כ, ציין בית משפט קמא כי כל אחד מהמערערים חתם על טופס הכתוב בשפה הערבית, המסביר את זכויותיו, לרבות את זכות ההיוועצות וזכות השתיקה. בית משפט קמא הדגיש, כי הצווים שהוצאו, לפי סעיף 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה ומעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים), שעניינם מניעת מפגש עם עורך דין, ניתנו כדין. בית משפט קמא הבהיר, בהקשר זה, כי אין הוא משמש כערכאת ערעור על החלטותיהם של נשיא וסגן נשיא בית המשפט המחוזי, בעניין מניעת המפגש בין עורך דין לבין חשוד בעבירת ביטחון; וכי זכות ערעור על החלטות אלה הייתה נתונה למערערים, לפי סעיף 35(ה) לחוק המעצרים. אשר לזכות השתיקה, ציין בית המשפט המחוזי, כי המערערים חתמו, כאמור, על מסמך בערבית המפרט את זכותם לשתוק בחקירה; וכי בחלק מחקירות השב"כ אף הוסברו הדברים למערערים בעל-פה. על יסוד האמור, קבע בית משפט קמא, כי לא נמצא כל פגם בהקשר לטענה בדבר פגיעה בזכות השתיקה של המערערים וזכותם להיוועץ עם עורך דין במסגרת חקירותיהם.

בהמשך, הבהיר בית משפט קמא, כי טענותיהם של באי כוח המערערים מופנות, הלכה למעשה, רק כלפי חקירותיהם של המערערים בשב"כ, וככל שלא יוכחו הפגמים הנטענים במסגרת חקירות אלה, ייחשבו הודאותיהם של המערערים במשטרה כראיות קבילות. לאחר זאת, פנה בית משפט קמא לבחון, באורח פרטני, את טענות הזוטא שהועלו על ידי המערערים, ביחס לחקירותיהם בשב"כ.

טענות בדבר אלימות שהופעלה כלפי המערערים

10. בהכרעת דינו, פירט בית משפט קמא את תלונותיהם של המערערים בדבר אלימות שהופעלה כלפיהם, לכאורה, על ידי חוקרי השב"כ, תלונות שהועלו הן בפני בית המשפט במסגרת הארכות המעצר, והן בפני חוקרי השב"כ, כפי שעולה מחקירתם הנגדית בבית משפט קמא. בית משפט קמא ציין, כי על כך שהייתה תלונה בדבר שימוש באלימות כלפי המערערים, ניתן ללמוד מעדויותיהם של חוקרי השב"כ, ובראשם החוקר המכונה "מיגל", ואולם לא הוצג בפני בית המשפט עותק מהתלונה האמורה. עוד הוסיף בית משפט קמא, כי "אכן יש תחושה לא נוחה מכך שבפועל בית משפט זה אינו יודע מה תוצאות בדיקת המבת"ן, אך זאת בהנחה כי אכן הייתה תלונה כאמור". עם זאת, הודגש, כי:

"לאחר שהנושא עלה לא פעם ולא פעמיים לאורך הדיונים בפנינו, ניתן היה לצפות כי תוגש תלונה נוספת על ידי הסניגורים, תוך ציון מועד האלימות, מי בדיוק מבין הנחקרים הוכה, באיזה איברים הוא הוכה, על ידי מי, באיזו סיטואציה וכדומה. על כל אלה אין לנו מידע, פרט להצהרת הסניגור במסגרת חקירה נגדית, כי ידוע לו על אלימות או הכאה של נאשם 2 [המערער 2] בעת מעצרו, על ידי המכונה 'מיגל'".

לאור האמור, הטעים בית משפט קמא, כי לא ניתן לקבוע ממצא עובדתי בהקשר לאלימות שהופעלה, לכאורה, כלפי המערערים, כאשר חוקרי השב"כ מכחישים זאת בתוקף. בית משפט קמא הבהיר, בהקשר זה, כי משבחרו המערערים 2 ו-4 שלא להעיד בבית המשפט, עולה מאליה השאלה, כיצד יכולים מערערים אלה לבקש מבית המשפט לקבוע ממצא, לפיו נהגו החוקרים כלפיהם באלימות, טענה שהוכחה, כאמור, על ידי אנשי השב"כ, שהעידו במסגרת פרשת התביעה. בית משפט קמא סיכם את עמדתו בנושא זה באומרו, כי "משבחרו הנאשמים 2 ו-5 [המערערים 2 ו-4], שלא להעיד על האלימות כלפיהם, ומולם ניצבו עדויות אנשי השב"כ - המהימנות עלינו - לפיהן לא ננקטה כל פעולה אלימה כלפי הנחקרים, התוצאה הראייתית היא שטענת האלימות לא הוכחה, גם אם לא קיבלנו תמונה מלאה על חקירת המבט"ן". על יסוד האמור, קבע בית משפט קמא כי לא הוכחה האלימות הנתענת על ידי המערערים, ובכל מקרה אותה אלימות, ככל שהייתה, אינה מגיעה לעוצמה המאיינת את הודאותיהם של המערערים; והיא אף אינה פוגעת במשקלן של הודאות אלה.

תנאי המעצר והחקירה

11. בית משפט קמא הקדים ואמר, כי בעניין תנאי המעצר והחקירה אין מחלוקת של ממש בין הצדדים, אלא שמדובר בחוסר הסכמה ביחס להשלכותיהם של תנאים אלה על הודאותיהם של המערערים. כאמור, נטען על ידי המערערים כי הם נחקרו במשך שעות ארוכות, בשעות היום והלילה, כאשר הם כבולים לכיסא. בפתח דבריו, בהקשר זה, עמד בית משפט קמא על מטרתה של חקירת השב"כ והשפעת הדבר על תנאי המעצר והחקירה, בהבהירו כי: "לא היה מדובר בניסיון לפגוע 'סתם' בנחקרים. נהפוך הוא, נקודת המוצא של חוקרי השב"כ הייתה כי רק חקירה שתגרום לנחקרים להיפתח ולספר את האמת, היא זו שתביא את התוצאות שמבחינתם יניבו את ה'תוצרת' המבוקשת על ידם: תפיסת כל חברי החוליה האחרים והאמל"ח". לאחר זאת, התייחס בית משפט קמא, באופן פרטני, לטענות הבאות:

חקירות בשעות היום והלילה - אשר לטענה בדבר ביצוע חקירותיהם של המערערים בשעות היום והלילה, קבע בית משפט קמא, כי "כאשר ניצבים על כף המאזניים שיקולי סיכול, כאמור, מול שעות שינה של נחקר פלוני, הכף הראשונה מכריעה"; ומכל מקום, לא הוכח קיומו של קשר סיבתי בין חקירה בשעות הלילה לבין מסירת הודאה כוזבת על ידי מי מבין המערערים.

כבילת המערערים לכיסא בעת החקירה - בית משפט קמא קבע, כי אין לראות בכבילה זו משום אקט עונשי, ולא היה בה סממן של עינוי או רצון לפגיעה פיזית בנחקרים. בית משפט קמא הבהיר, בהקשר זה, כי הדבר נעשה לשם שמירה על ביטחונם של החוקרים, וזאת לאור לקחי העבר בחקירות השב"כ. עוד ציין בית משפט קמא, כי אין מדובר בהכבדה חמורה על הנחקרים, שהיה בה כדי לפגוע ברצונם החופשי, ולהשליך בכך על קבילות הודאותיהם.

תנאי השהות של המערערים בתאי המעצר במסגרת החקירה בשב"כ - בית משפט קמא קבע, כי לא הוכחה הטענה, ובוודאי שלא בעוצמה הנדרשת, כי תנאי מעצרם של המערערים, לרבות מידת החום והקור בתאי המעצר; היעדר חלון בתאים וקיומה של תאורה מלאכותית לאורך כל שעות היום; ותנאי סניטציה ירודים, הם שהובילו למתן הודאות כזב על ידי מי מבין המערערים, או שיש באותם תנאים כדי להפחית ממשקלן של ההודאות.

התבטאויות החוקרים כלפי הנחקרים - נקבע, בהקשר זה, על ידי בית משפט קמא, כי אין ראיות להשמעת מילים או ביטויים בלתי נאותים שנאמרו למערערים על ידי החוקרים. בנוסף, ציין בית משפט קמא, כי טענות אלה הועלו בשלב מאוחר, ומבלי שהוטחו במהלך חקירתם הנגדית של חוקרי השב"כ, ומכאן שלא ניתנה לחוקרים הזדמנות נאותה להפריך את הטענות.

ביצוע "עימות" בין הנחקרים - ב"כ המערער 3 טען, כי חוקרי השב"כ יצרו מעין עימות בין הנחקרים, בכך "שהכניסו את נחקר ב' לחדרו של נחקר א', וביקשו כי נחקר א' יודה כמו שהודה נחקר ב'". בית משפט קמא קבע, כי אין בשיטת חקירה זו משום "השאה או פגם המצדיק את פסילת הודאת נחקר א'". עוד הובהר על ידי בית משפט קמא, כי ככל ש"המשטרה 'הכחולה' רשאית לנקוט אמצעי חקירה אלה, אין כל סיבה כי על השב"כ יוטלו מגבלות, כפי שמבקש הסנגור". לפיכך, קבע בית משפט קמא כי לא נמצא כל פגם בחקירת השב"כ, ככל שהיא נוגעת לאותו "עימות" בין הנחקרים.

הבאת המערער 1 לכלא באר שבע ומפגשיו עם "מדובבים" - הובהר על ידי בית משפט קמא, כי טענה זו הועלתה במהלך עדותו של המערער 1 כעד הגנה, ואשר עליה לא נחקרו אנשי השב"כ. המערער 1 טען, כי הוא הועבר לכלא אחר בבאר שבע, שם שהה בחברת מדובבים, אשר איימו על חייו. בית משפט קמא הבהיר, כי נושא זה נמצא תחת חיסיון, לרבות הזכ"דים שנרשמו על ידי חוקרי השב"כ בהקשר לשיטת חקירה זו, וכי לא נתבקשה הסרתו של חיסיון זה במסגרת עתירה לגילוי ראיה. בית משפט קמא הזכיר, כי לפי סעיף 44 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), הסמכות להסרת לוט החיסיון נתונה לבית המשפט העליון בלבד, והוא זה שאמור לשקול, האם הצורך בגילוי הראיה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שלא לגלותה. לפיכך, קבע בית משפט קמא, כי:

"לאור המגבלות המוטלות עלינו כדי לעצב את אותה תשתית ראייתית, אין מנוס מן המסקנה, כי לא ניתן לקבל את עמדת הנאשם 1 [המערער 1], בסוגיה זו, הן בשל אי הצגתה בפני המכונה 'מיגל' והן בכך שלא שוכנענו כי נאשם 1 [המערער 1] אמר לא אמת בבאר שבע... גם אם ניתן לקבל את הטענה של נאשם 1 [המערער 1], שהיה שם אלמנט של איום על חייו, הרי מן הסיפור בכללותו, עולה כי נאשם 1 [המערער 1] לא היה בכלא באר שבע בסיטואציה שגרמה לו לספר דברי כזב".

עוד קבע בית משפט קמא, כי גם שיטת חקירה זו, שלא התחווה בפניו עד תום, אין בה כדי לפסול את הזכ"דים שרשמו חוקרי השב"כ; ובהתאם לכך לא ניתן לפסול או להפחית ממשקל הודאתו המשטרית של המערער 1, אשר נגבתה ממנו בהתבסס על אותם זכ"דים.

דרך ביצוע המעצר - בית משפט קמא קבע, בהקשר זה, כי "מעצר בשעות הלילה המאוחרות או בשעות הבוקר המוקדמות, בו זמנית, ביחס למספר נחקרים, שהם חברי אותה חולייה, אינו מצדיק כשלעצמו התערבות שיפוטית, וניתן לראות בו חלק ממשימות החקירה של השב"כ או המשטרה". בית משפט קמא הוסיף עוד, כי כל עוד לא ניתן להצביע על קשר סיבתי הדוק והכרחי בין שעת המעצר ואופן ביצועו לבין מסירת ההודאה, באופן שיש בו כדי להשפיע על פסלותה, אין מקום כי בית המשפט ישמיע בפסק דינו דברי ביקורת בהקשר לאופן ביצוע המעצר. אשר לטענותיו של המערער 3 בנושא זה, ציין בית משפט קמא, כי אין ברשותו מידע מלא על אודות קיומו או העדרו של צורך "מבצעי" לבצע את המעצר באופן שהדבר נעשה, בשל האמור בתעודת החיסיון, ולפיכך "לא ניתן לקבוע ממצא עובדתי, זה או אחר, התומך בעמדת הסניגור, בהקשר למיקום המעצר". על יסוד האמור, קבע בית משפט קמא, כי לא ניתן להצביע על קשר סיבתי בין אופן ביצוע המעצר לבין הודאות המערערים, לרבות המערער 3, בשלבים מאוחרים יותר.

מצבו הבריאותי של המערער 3 - בית משפט קמא תיאר את השתלשלות העניינים בנושא הטיפול במצבו הרפואי של המערער 3, בתהותו "מדוע אדם חולה, שיש לו מחלה משמעותית כרונית מזה 15 שנים, לא מספר אותה ביום מעצרו, והדבר מתגלה, על פי מחשב מחלקת הרפואה של השב"ס, רק למחרת בבוקר". אשר לטענת ב"כ המערער 3, כי לא ניתנה למרשו תרופה בשם "קולכיצין", הנדרשת לחולה מסוגו, קבע בית משפט קמא כי לא הוצגו בפניו ראיות מספיקות בעניין זה. בית משפט קמא הבהיר, כי גם אם היה איחור של מספר שעות במתן התרופה למערער 3, עולה מעדות רופא מומחה בתחום זה, כי אין בכך כדי לגרום ל"היעדר כושר או לפגיעה בריאותית בחולה". לפיכך, הטעים בית משפט קמא, כי "לא ניתן להצביע על קשר סיבתי קונקרטי בין אותה מניעת קבלת תרופה, לבין תוכן חקירה מסוימת, שהניבה את אותה הודאה, שלטענת הסניגור מן הראוי שלא להרשיע בה את מרשו".

12. לסיכום, קבע בית משפט קמא, כי הודאות המערערים שהתקבלו במסגרת חקירות השב"כ "לא הגיעו לכדי פסלות, באופן שיצדיק את קבלת טענות הזוטא" שהועלו על ידי המערערים.

משנדחו טענות הזוטא כלפי חוקרי וחקירות השב"כ, וקיימת הסכמה כי ההודאות במשטרה הן מעין "תרגום" של הדברים שנאמרו לחוקרי השב"כ, פנה בית משפט קמא, לבחון את השאלה הנוספת והיא: האם יש בהודאות המערערים במשטרה, שהינן, כאמור, הודאות קבילות וכשרות, בתוספת של ראיות חיצוניות אחרות, כדי להביא להרשתתם של המערערים בעבירות שיוחסו להם בכתב האישום?

13. בהמשך הכרעת הדין, פירט בית משפט קמא ראיות נוספות שהוגשו בעניינים של המערערים, פרט להודאותיהם בשב"כ ובמשטרה.

בין היתר, התייחס בית משפט קמא לדפי חשבון הפייסבוק של המערער 1, בדחותו את טענת מערער זה, כי אין ללמוד מחומר זה על כוונה פלילית לביצוע המעשים, מאחר שהתכתבויותיו של המערער 1 בחשבון הפייסבוק שלו נעשו בגלוי. בית משפט קמא ציין, בהקשר זה, כי העובדה שפלוני אינו מסתיר את מעשיו אינה יכולה לשמש כטענת הגנה, ככל שהחומר המדובר משתלב בתשתית הראייתית של המשיבה. בכל מקרה, הוסיף וקבע בית משפט קמא, כי ההתכתבות בחשבון הפייסבוק מהווה אישור לכך שהדברים נכתבו על ידי המערער 1 עצמו, ולפיכך כי יש ליתן לראיה זו משקל משמעותי, בין כראיה העומדת לגופה ובין כחיזוק ראייתי ליתר ראיות התביעה.

במישור הראיות החפציות שהגישה המשיבה, התייחס בית משפט קמא לתפיסת שני האקדחים, הנזכרים בכתב האישום, ומדובר באקדחים שהוחזקו ברשותו של המערער 2, שאף הודה בהחזקתם. הובהר, כי על פי חוות דעת מומחה מטעם מז"פ, שני האקדחים הם "כלי נשק פועל ובכוחו להמית אדם".

אשר למטען הצינור שנתפס, קבע בית משפט קמא כי מבחינה משפטית מדובר במטען חבלה, גם אם אותו מטען פוצץ על ידי חבלני המשטרה מטעמים בטיחותיים, ולא ידועים כל מרכיביו של המטען. זאת שכן, מנקודת מבטם של מכיני המטען, הוכנסו לתוכו כל האלמנטים הדרושים, במטרה להביא לפיצוץ ולהרג של אנשים חפים מפשע. יחד עם זאת, הובהר על ידי בית משפט קמא, כי משאין בנמצא ראיה פוזיטיבית לכך שיש בכמות חומר הנפץ באותו מטען כדי להמית, ניתן להרשיע את המערערים בעבירת ניסיון, להבדיל מהעבירה המושלמת.

14. לאחר שהתקבלו הודאות המערערים בשב"כ ובמשטרה, כראיות קבילות, פנה בית משפט קמא לבחון, באופן פרטני, לגבי כל אחד מן האירועים המופיעים בכתב האישום, האם הונחו בפניו ראיות מספיקות להרשעה.

התייחסות לחלק הכללי - בית משפט קמא קבע, כי המשיבה הוכיחה את מרבית העובדות המפורטות בחלק הכללי של כתב האישום, ואולם עובדות אלה אינן "מגלמות" עבירה כלשהי, על פי נוסחו של כתב האישום. בית משפט קמא הבהיר, כי הוכחה יוזמתו של המערער 1 לארגן ולאגד את החוליה, עליה נמנו המערערים 1-3 וג'לאל; וכי הוכחו דבריו של המערער 1, בדבר רצונו לבצע פעולות אלימות בהר הבית.

ניסיון לקשירת קשר עם מפקד ארגון גדודי חללי אל-אקצא ברצועת עזה - בית משפט קמא קבע, כי העובדות המפורטות במסגרת אישום זה הוכחו באמצעות הודאתו של המערער 1 במשטרה (ת/א/1א), והאמור בדפי הפייסבוק שלו, אשר התקבלו כראיות קבילות. לפיכך, הרשיע בית משפט קמא את המערער 1 בעבירה של מגע עם סוכן חוץ.

גיוס החוליה - בית משפט קמא קבע, כי הפגישות שקיימו המערערים לא הוכחו על ידיהם, אם כי באי כוחם תיארו את הפגישות הללו כ"מפגש חברתי למטרות סמים ואלכוהול". עוד קבע בית משפט קמא, כי למפגשים האמורים בין המערערים לבין עצמם, כולל דרך ההיכרות ביניהם, יש תימוכין גם בעדויותיהם של העדים החיצוניים. ואולם, משלא ייוחסה למערערים עבירה של חברות בארגון טרור, קבע בית משפט קמא, כי לא ניתן להרשיע מי מבין המערערים בעבירה קונקרטיית כלשהי, במסגרת אישום זה.

פגישת תכנון צבאית של החוליה - ככל שמדובר בפגישות בין המערערים בינם לבין עצמם, לרבות דברים שהוחלפו ביניהם לגבי העתיד, ציין בית משפט קמא כי קביעותיו לגבי "גיוס החוליה" יחולו, בשינויים המחוייבים, גם לגבי אישום זה. זאת, פרט לנושא החזקת האקדח שהובא לפגישה על ידי המערער 2, וההדרכה שבוצעה על ידי המערערים 1 ו-2 למערער 3 שכללה פירוק והרכבה של האקדח, לגביה קיימות ראיות חיצוניות. על יסוד האמור, הרשיע בית משפט קמא את המערערים 1-3 בעבירה של נשיאת נשק, לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין.

ניסיון לחטיפת נשק משוטר - בית משפט קמא קבע, בהקשר זה, כי אין חולק שתוצאות מעשיהם של המערערים היו

"אפס", שכן ג'לאל ומוחמד השליכו מידיהם את מיכלי גז הפלפל ולא השתמשו בהם, לאחר שהשוטרים ביקשו מהם להזדהות, וכל החמישה חזרו לרכב. לפיכך, קבע בית משפט קמא, כי ספק אם מדובר בניסיון חטיפה או שמא מדובר רק בקשירת קשר ומעשי הכנה. בית משפט קמא ציין עוד, כי לא הוצגו בפניו, לגבי אישום זה, ראיות חיצוניות כלשהן. זאת, בהתאם להלכה שנקבעה, לשיטתו של בית משפט קמא, בע"פ 6296/13 אדרים נ' מדינת ישראל (22.03.2015) (להלן: עניין אדרים), לפיה הודאה של נאשם אחד אינה יכולה לשמש כ"דבר מה נוסף" להודאה של אחר. על יסוד האמור, קבע בית משפט קמא, כי:

"בהעדר קיומן של ראיות חיצוניות ופנימיות, שכן הודאה אחת אינה משמשת כ"דבר מה נוסף" להודאה אחרת, ובהעדר כל ראיה חיצונית (אפילו לא הוצג מרשם של המשטרה, שבאותו יום אנשי משטרה עיכבו אותם לבדיקת זהותם, כנטען על ידם), אין מנוס מלהסיק כי לא הורם הרף הראייתי הנדרש, ולפיכך גם בפרשה זו, התוצאה היא - זיכוי".

ניסיון לפנות לארגון עז א-דין אל קסאם - בית משפט קמא הבהיר, כי משנקבע כי תוכן דפי הפייסבוק משמש כ"דבר מה נוסף", די בהודאת המערער 1 במשטרה, בצירוף אותם דפים, להוכחת הניסיון לקשירת קשר עם "גדודי עז א-דין אל קאסם". לפיכך, הרשיע בית משפט קמא את המערער 1 בעבירה של מגע עם סוכן חוץ, בניגוד לסעיפים 114(א) ו-114(ב) לחוק העונשין.

אימוני ירי בקלנדיה - בית משפט קמא קיבל את עמדת המשיבה, לפיה יש להרשיע את המערערים 1-3 בביצוע המעשים המיוחסים להם במסגרת אישום זה. בית משפט קמא ציין, בהקשר זה, כי מדובר בפגישות שהתקיימו בין המערערים, ובמסגרתן עלה עניין הר הבית, כאשר הגורם היוזם ו"הדוחף" היה המערער 1, והוא זה שביקש מהמערער 2 להביא את אקדחו, כחלק מתכנית הקשר. לפיכך, קבע בית משפט קמא כי אין מדובר רק בהחזקת נשק או בנשיאתו, ויש להרשיע את המערערים 1-3 גם בעבירה של ביצוע אימונים צבאיים אסורים, לפי סעיף 143(א)(2) לחוק העונשין. בנוסף, ובעקבות כך שהמערער 2 נשא את האקדח והעבירו מביתו למפגש עם המערערים בירושלים, ולאחר מכן הובילו חזרה לביתו, הרשיע בית משפט קמא את המערער 2 גם בעבירה של נשיאת נשק, לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין.

אימון הירי הנוסף בקלנדיה - בית משפט קמא הרשיע את המערערים 2 ו-4 בעבירה של נשיאת נשק; ואילו המערער 4 הורשע גם בעבירה של ביצוע של אימונים צבאיים, שכן הוכח כי הוא זה שירה באקדח. בית משפט קמא התבסס בכך על הודאותיהם של המערערים 2 ו-4 במשטרה; כמו גם על הודאתו של ג'לאל ותפיסת האקדח עצמו, ראיות המהוות, לשיטתו של בית משפט קמא, כ"דבר מה נוסף".

ניסיון להשיג רימון - בית משפט קמא סקר את הודאותיהם של המערערים 1 ו-2 ועמד על ראיות חיצוניות שהוגשו לבית המשפט, ולאחר זאת הרשיע את המערערים 1 ו-2 בעבירה של ניסיון לרכוש נשק, לפי סעיף 144(א) בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין. זאת, בהתבסס על הודאתו של העד טארק, שהתייחס ספציפית לנושא הרימון, ואמירתו הכללית של העד זעניני בנושא זה, ראיות שיש בהן כדי לשמש "דבר מה נוסף" להודאותיהם של המערערים 1 ו-2. אשר למערער 3, קבע בית משפט קמא כי הודאתו של המערער 2 אינה יכולה לשמש ראיה נגד מערער זה, שכן לא הייתה למערער 3 הזדמנות לחקור את המערער 2, אשר לא עלה על דוכן העדים כדי להעיד. עוד נקבע על ידי בית משפט קמא, כי גם



אם נקבל את גרסתו של המערער 1 במלואה, נראה כי לא הייתה למערער 3 כל מעורבות בניסיון להשיג את הרימון, והוא רק שמע על הכוונה לעשות כן. על יסוד האמור, החליט בית משפט קמא לזכות את המערער 3, מחמת הספק, מעבירה זו.

ניסיון להשיג או לייצר מטעני צינור - נקבע, בהקשר זה, כי משאין דרישה בדין, כתנאי מוקדם להרשעה בהכנת מטען, לידע הנדסי ורמת מיומנות גבוהה; ומשהוכחו העובדות לגבי אופן הכנת המטען, תוך צפייה באתרים המתאימים במרשתת, לרבות רכישת זיקוקים, ברגים ומסמרים, ועריכת מספר ניסיונות להפעלת המטען, הרשיע בית משפט קמא את המערערים 1 ו-2 בעבירה של ניסיון לייצור נשק; ואת המערערים 3 ו-4 בעבירה של ניסיון לנשיאת נשק.

חטיפת יהודי לשם רציחתו ונטילת נשקו - בגין אישום זה, ייוחסו למערערים 2 ו-4 עבירות של חטיפת אדם לשם רצח וניסיון לרצח. בית משפט קמא סקר את הראיות בנושא זה, ולאחר זאת קבע, כי: "אין חולק שאותו אדם [הטרמפיסט - א.ש] לא העיד, ולמעשה, לאחר חקירות השב"כ והמשטרה, לא נמצא איש כזה. אין כל הוכחה כי אותו אדם היה יהודי. לא הוגשה כל תלונה במשטרה". בהמשך, התייחס בית משפט קמא לדרישת ה"דבר מה הנוסף", בציינו כי "במקרה שלנו, בולט מאוד המימד של 'דבר מה חסר', שכן לא הובאו כל ראיות חיזוניות שהאירוע בכלל אירע... וכי בהודאות של 'השותפים' - אין די". לאור זאת, זיכה בית משפט קמא את המערערים 2 ו-4 מהעבירות שיוחסו להם במסגרת אישום זה.

ניסיון נוסף לחטיפת יהודי לשם רציחתו ולקליחת נשקו - אף כאן החליט בית משפט קמא לזכות את המערערים 2-4 מן העבירה של ניסיון חטיפה לשם רצח, בקובעו כי "אם נקבל את פרשת אדריס, וזו ההלכה כיום, אין כל ספק - כפי שהוסבר לעיל - שאם על פי מבחן זה, אין 'דבר מה נוסף', בהעדר חטוף, ובהעדר תלונה במשטרה ועוד, לא כל שכן שאין להרשיע כאן, על תכנון גרידא, כאשר אף אדם לא עלה על הרכב, על פי הנטען בכתב האישום".

תכנית הנסיעה לשכם לפגישה עם "אבו מהדי" - בית משפט קמא קבע, בהקשר זה, כי אין ראיות מספיקות להרשעה, וזאת לא רק בשל העדרו של "דבר מה נוסף", אלא גם בשל מחדלים ראייתיים, המגיעים לכדי "נזק ראייתי". בית משפט קמא הטעים, כי "מבחינת זכויות הנאשמים בתיק זה, לא נוכל - כבית משפט - לעצום את עינינו, ולמנוע מן הנאשמים לחקור את אבו מהדי, בחקירה נגדית, כעד מטעם המאשימה. המדינה לא הביאה אותו כעד, מטעמה, וזה אותו מחדל חקירתי או נזק ראייתי". בית משפט קמא קבע עוד, כי לא ניתן לשלול את ההסבר לפיו מטרת הנסיעה לשכם הייתה על מנת לשוחח עם אבו מהדי בנושא ציוד הגברה גנוב, ולפיכך לא ניתן להרשיע את המערער 1 בעבירה זו, מאחר שאין די ראיות להרשעתו.

ניסיון חטיפת נשק באבו תור - בית משפט קמא קבע, כי יש לזכות את המערערים מעבירה של ניסיון לחטיפת נשק גם ביחס לאישום זה, שכן לא הוצגו די ראיות לצורך הרשעה. בית משפט קמא הטעים, כי הכרעת הדין בעניינו של בזלמית, אשר הוכרז כעד עוין, היא בגדר עדות שמיעה ואין לראות בה כ"דבר מה נוסף" לצורך הרשעתם של המערערים.

הסתרת האקדחים ומטען הצינור - לנוכח הודאתו של המערער 2 בדבר הסתרת כלי הנשק; כמו גם הודעותיהם של בני

משפחה דג'אני, ודו"חות הפעולה של השוטרים, קבע בית משפט קמא, כי יש להרשיע את המערער 2 בעבירה של שיבוש מהלכי משפט, לפי סעיף 244 לחוק העונשין. ואולם, בשל חוסר ראיות מספיקות, זיכה בית המשפט המחוזי את המערער 3 מביצוע עבירה זו.

החזקת שני אקדחים על ידי המערער 2 - בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער 2 בעבירה של החזקת נשק, לפי סעיף 144(א) לחוק העונשין (שתי עבירות), וזאת בהתבסס על הודאתו של המערער 2 עצמו; ועצם מציאת האקדחים, דבר המהווה "דבר מה נוסף", בכל הנוגע לעבירות שיוחסו למערער 2 בהקשר זה.

סיוע לאויב במלחמה וקשר לסיוע לאויב במלחמה - בית משפט קמא הבהיר, כי "על פי מבחני פרשת אדריס, אין לעניין זה של 'כיבוש' הר הבית על ידי 300 איש, כל ראיות חיזוניות (אם כי יש ראיות על מוטיבציה כללית של נאשם 1 [המערער 1] לפעול בנושא הר הבית, כמוסלמי, דבר שבא לידי ביטוי בכרוזים), ועל כן נעדר 'דבר מה נוסף'". לפיכך, קבע בית משפט קמא כי המשיבה לא צלחה את המשוכה הנדרשת ולא עמדה בנטל להביא ראיות מספיקות בנושא זה. בנוסף, נקבע על ידי בית משפט קמא, כי גם לו היו המעשים מוכחים, הם לא הגיעו לעוצמה הנדרשת להרשעה בעבירה של סיוע לאויב במלחמה, לפי סעיף 99 לחוק העונשין.

15. כב' השופט ע' שחם, הצטרף לחוות דעתו של סגן הנשיא דרורי, תוך התייחסות לעבירה שעניינה סיוע לאויב במלחמה. השופט שחם סקר את המחלוקת שהתגלעה בפסיקה בדבר פרשנותו של היסוד העובדתי בסעיף 99 לחוק העונשין, וקבע כי לפי סעיף 34 כחוק העונשין, יש להעדיף את הפירוש המקל יותר עם המערערים, כשמשמעות הדבר היא כי יש להוכיח "מעשים שחומרתם מופלגת, ואשר לא נועדו כדי לגרום לפגיעה או נזק נקודתיים, אלא נודעת להם מטרה רחבה וכוללת יותר להביא לערעור עצם קיומה של מדינת ישראל כמדינה ריבונית".

בהמשך, עמד השופט שחם על הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בנושא זה, לפיהן "יש לשמור על התאמה בין חומרת העבירה והסטיגמה שהיא מטילה לבין מאפייני האירוע. לפיכך, העמדה לדין בעבירת הסיוע לאויב בזמן מלחמה תיעשה, בדרך כלל, רק מקום שהאירוע הינו בעל עוצמה מספקת להוות מעשה שיש בו כדי לסייע לאויב במלחמתו באופן מהותי". עוד הבהיר השופט שחם, כי המשיבה אינה מייחסת עבירה זו לפעולה מסוימת של המערערים, אלא לשורה של עבירות, שחומרתן רבה, אשר נעשו במסגרת תכנית לבצע פיגוע ירי נגד יהודים המגיעים להר הבית, ונגד כוחות משטרה המוצבים במקום. השופט שחם קבע, כי במסגרת היסודות הפיזיים של העבירה, נדרש להוכיח כי מדובר ב"מעשה שיש בו כדי לסייע" לאויב במלחמתו בישראל, ואילו מחומר הראיות עולה כי הפעולות הממשיות שביצעו המערערים כללו בעיקר אימון ירי, במהלכו נורו כדורים בודדים, וניסיון לייצר מטען, אשר לגביו אין אינדיקציה של ממש כי הוא היה עלול, כעניין שבעובדה, לגרום לפגיעה גופנית למאן דהוא. לפיכך, קבע השופט שחם, כי קיים פער בולט בין היעד שעליו הצביעו המערערים כמטרה, יעד הכולל גיוס של מאות לוחמים לצורך כיבוש הר הבית, לבין המציאות האובייקטיבית שהוכחה. השופט שחם הוסיף עוד, כי המדובר בהתארגנות מאולתרת, שאינה כוללת תכנון וביצוע, המאפיינים ארגון טרור. בשל הפער האיכותי הקיים בין העבירות שבוצעו על ידי המערערים לבין העבירה שעניינה סיוע לאויב במלחמה, הציע השופט שחם לזכות את המערערים, מחמת הספק, מן העבירה של סיוע לאויב במלחמה, ומטעמים דומים, גם מן העבירה של קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה.

16. הנשיא ד' חשין הצטרף לחוות דעתו של סגן הנשיא דרורי, ולהערותיו של השופט שחם.

גזר דינו של בית משפט קמא

17. ביום 13.07.2015, ניתן גזר דינו של בית משפט קמא בעניינם של המערערים 3 ו-4, ובית המשפט גזר עליהם את העונשים הבאים: מאסר לריצוי בפועל מיום מעצרו, עד ליום מתן גזר הדין, כשהמשמעות היא כי ניתן לשחררם לאלתר; ושתי שנות מאסר על תנאי, לבל יעברו המערערים 3 ו-4 עבירות לפי סעיפים 143-144 לחוק העונשין, למשך 3 שנים. עוד נקבע, כי הטיעונים לעונש בעניינם של המערערים 1 ו-2 ישמעו ביום 07.09.2015, והשניים הופנו אל שירות המבחן, לשם הכנת תסקירי מבחן בעניינם.

למען שלמות התמונה, יצוין כי בית משפט קמא נעתר לבקשת המשיבה, להותיר את המערערים 3 ו-4 ב"מעצר גישור", לפי סעיף 63 לחוק המעצרים, לצורך הגשת ערעור לבית משפט זה. כמו כן, נותרו המערערים 1 ו-2 במעצר עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינם.

18. ביום 16.07.2015, הגישה המשיבה ערעור לבית משפט זה על הכרעת דינו של בית משפט קמא, בדגש על זכויות של המערערים 3 ו-4 ממספר רב של עבירות שיוחסו להם בכתב האישום המתוקן. ביום 02.09.2015, קיימו דיון בערעור זה ובסיומו ניתן על ידינו פסק דין, בזו הלשון:

"חוששנו - בכל הכבוד - כי נפלה שגגה מלפני בית המשפט קמא באשר לנושא התוספת הראייתית. בית משפט קמא השווה את הנסיבות בתיק שלפנינו לע"פ 6296/13 אדריס נ' מדינת ישראל (22.3.2015). ואולם, בעניין אדריס היה המדובר בשאלה האם שתי הודאות של נאשם אחד עשויות לשמש תוספת ראייתית זו לזו, ונקבע (וכך גם בפסיקת עבר) כי התשובה אינה בחיוב. בענייננו, לעומת זאת, מדובר בשאלה האם אמרת חוץ של נאשם אחד יכולה לשמש תוספת ראייתית לאמרת חוץ של נאשם אחר. על כן חוששנו כי אין הנדון דומה לראיה; בנדון דידן הודעות של נאשמים אחרים ושל מעורבים אחרים, יכולות להוות דבר מה נוסף להודאות המשיבים, שבית המשפט ראה אותן כתקפות לעצמן. כמובן עליהם להיבחן באופן פרטני בהנחה זו. ההלכה היא כי הודאת חוץ של אחר יכולה לשמש דבר מה נוסף להודאת נאשם; ראו גם י' קדמי על הראיות א' (מהדורת תש"ע-2009), עמ' 161 והאסמכתאות שם.

על כן אין מנוס מהחזרת הדיון לבית המשפט קמא לבחינה קונקרטיית של התיק על יסוד הלכה זו וההלכות הנוהגות לעניין 'דבר מה נוסף', קרי, לבחון האם קיימות תוספות ראייתיות באישומים השונים שבתיק, במקום בו נחוצות הן. הערעור מתקבל לפי האמור. אין בכך כדי לשנות הסכמות שהיו בבית המשפט קמא. המשיבים יוחזקו במעצר עד תום ההליך, בכפוף לדיני המעצרים. בית המשפט המחוזי מתבקש לקיים המשך הדיון בהקדם לפי אפשרויות יומנו, ואנו מקדימים תודה" (ע"פ 4940/15 מדינת ישראל נ' פלוני (02.09.2015)).

19. ביום 07.09.2015, הודיע ב"כ המערערים 1 ו-2, כי "מטעמים של יעילות וחסכון בזמן, מסכים הוא כי הוראות פסק דינו של בית המשפט העליון...יחולו גם על הנאשמים 1 ו-2 [המערערים 1 ו-2]". לפיכך, קבע בית משפט קמא, כי "יש להחיל על הנאשמים 1 ו-2 [המערערים 1 ו-2] את אותן הוראות של בית המשפט העליון בפסק דינו הנ"ל, שניתן

כאמור בהתייחס אך לנאשמים 4 ו-5 [המערערים 3 ו-4]. לשון אחר, לצורך העניין, יש לראות את הנאשמים 1 ו-2 [המערערים 1 ו-2], כאילו אף הם היו משיבים בבית המשפט העליון, וכאילו פסק הדין שניתן בבית המשפט העליון, בהתייחס לנאשמים 4 ו-5 [המערערים 3 ו-4], ניתן גם לגבי נאשמים 1 ו-2 [המערערים 1 ו-2]."

הכרעת דינו המשלימה של בית משפט קמא

20. בהמשך לפסק דינו כמפורט בפסקה 18 לעיל, ניתנה, ביום 17.11.2015, הכרעת דין משלימה על ידי בית משפט קמא. בפתח הכרעת הדין המשלימה, הבהיר בית משפט קמא, כי הכרעת דינו הראשונה בעינה עומדת, ויראו אותה כחלק בלתי נפרד מהכרעת הדין המשלימה. הודגש כי הכרעת הדין המשלימה תעסוק, בעיקרו של דבר, בחלקים הנוגעים לדיני הראיות ולסוגיית קיומו או היעדרו של "דבר מה נוסף".

בהמשך, התייחס בית משפט קמא למעמדה של הכרעת הדין שניתנה בעניינו של ג'לאל בכתב האישום המקביל, וקבע כי לא ייעשה בה כל שימוש במסגרת הליך זה.

21. מכאן, עבר בית משפט קמא לדון במשמעות החלטת המערערים 2 ו-4 שלא להעיד בבית המשפט, בקובעו, כי:

"ניצבים אנו בפני הודאה של נאשמים 2 ו-5 [המערערים 2 ו-4] במעשים המהווים עבירה פלילית, מבלי שהם עלו על דוכן העדים והפריכו הודאות אלה. לא רק שנאשמים אלה לא התייצבו לחקירה נגדית כדי להסביר שלא עשו את הכתוב בהודאותיהם, אלא גם לא העידו על הסבר כלשהו או הצגת נסיבות מקלות. לכן, כלפי נאשמים 2 ו-5 [המערערים 2 ו-4] ניצבות הודאותיהם במשטרה, כראיות חשובות".

בית משפט קמא הבהיר, כי מאחר שלסנגוריהם של המערערים 1 ו-3 לא הייתה הזדמנות לחקור בחקירה נגדית את המערערים 2 ו-4, הרי שהודאותיהם של המערערים 2 ו-4 לא ישמשו כראיה נגד המערערים 1 ו-3, אשר התייצבו על דוכן העדים והעידו, והיו חשופים לחקירה נגדית. בנוסף, ציין בית משפט קמא, כי מאחר שאמרותיהם של עדים חיצוניים במשטרה, התקבלו כראיה על פי סעיף 10א לפקודת הראיות, אין די בקיומו של "דבר מה נוסף", אלא נדרשת "חגורת ביטחון" לחיזוק האמינות בדברים שנאמרו מחוץ לבית המשפט, ויש מקרים שבהם הראיה לחיזוק צריכה להיות בעלת משקל ניכר, שאף תגיע לידי דרגת סיוע".

בהמשך, ציין בית משפט קמא, בקשר לעדים החיצוניים, כי ניתן לראות את הודעותיהם במשטרה של העדים: ג'לאל; בזלמית; טארק; וזעניני, כ"דבר מה נוסף" להודאות המערערים.

ניתוח הראיות על ידי בית משפט קמא



22. בהמשך הכרעת הדין המשלימה, דחה בית משפט קמא את טענת המשיבה, לפיה "אין צורך בתוספת ראייתית לכל עבירה ועבירה, ותוספת ראייתית לעבירה אחת יכולה לפרוס מצודתה על העבירות האחרות", בקובעו כי יש לבחון כל מקרה ומקרה לגופו. לאחר זאת, פנה בית משפט קמא לבחון את האישומים שבהם היו זיכוי או הרשעה חלקית של המערערים, במסגרת הכרעת הדין הראשונה.

גיוס החוליה ופגישת תכנון צבאית - בית משפט קמא הבהיר, כי לנוכח היקף הראיות שהוגשו, לא ניתן לחלוק על עצם גיוס החוליה וקיום פגישת התכנון הצבאית, כאשר השאלה היחידה היא, "איזו עבירה חבויה או כלולה במעשים אלה". לאחר זאת, קבע בית משפט קמא, כי בשל כך שהמערער 3 לא פירק והרכיב את האקדח בעצמו, ניתן להרשיעו אך בעבירה של ביצוע אימונים צבאיים אסורים, לפי סעיף 143(ב) סיפא לחוק העונשין. בנוסף, הרשיע בית משפט קמא את המערערים 1, 2 ו-4 בעבירות של נשיאת נשק וביצוע אימונים צבאיים אסורים, לפי סעיף 143(א)(2) לחוק העונשין.

ניסיון חטיפת נשק משוטר - בית משפט קמא קבע, כי יש לקבל את טענת המשיבה, ולהרשיע את המערערים 1 ו-2 בעבירה של ניסיון שוד, וזאת על יסוד הודאותיהם במשטרה, ועדותו של ג'לאל, בצירוף שתיקתו של המערער 2 במשפט, ראיות המהוות "דבר מה נוסף". אשר למערער 3, נקבע על ידי בית משפט קמא, כי בשל כך שהוא לא מסר כל גרסה בעניין זה בהודעותיו במשטרה; ולנוכח העובדה כי גם מהודאתו של ג'לאל עולה כי המערער 3 הלך עם המערערים 1 ו-2, במרחק של כ-30 מטרים מאחורי ג'לאל ומוחמד, שהיו אמורים לבצע את השוד, מתעורר ספק בדבר חלקו בביצוע העבירה, דבר המחייב את זיכוי.

חטיפת יהודי לשם רציחתו ונטילת נשקו - בית משפט קמא ציין, כי הראיות התומכות באישום זה הן הודאותיהם של המערערים 2 ו-4 במשטרה, וכן עדותו של ג'לאל בצירוף האקדח שנמצא, אשר מהווים "דבר מה נוסף". אשר לאשמה המיוחסת למערערים 2 ו-4 בעבירות של חטיפה לשם רצח או סחיטה; וקשירת קשר (חטיפה, רצח), לפי סעיפים 372 ו-499(א)(1) לחוק העונשין, קבע בית משפט קמא, כי "גם אם לא נאמרו מילים מפורשות בין החוטפים לבין הנחטף, די בכך שהוא עצר כדי לנסוע בטרמפ, והם אפשרו לו לעלות על הטרמפ, יש בכך פיתוי באמצעי תרמית, בדרך של התנהגות". בית משפט קמא הוסיף וקבע, כי מאחר שנוסחו של סעיף 372 לחוק אינו מחייב כי החטיפה תמשך לאורך תקופה ארוכה, וכי היא תסתיים ברצח או בפגיעה פיזית אחרת, די בעובדות שתוארו בכתב האישום כדי להרשיע את המערערים 2 ו-4 בעבירות האמורות. יחד עם זאת, זיכה בית משפט קמא את המערערים 2 ו-4 מעבירה של ניסיון לרצח, על פי סעיף 305 לחוק העונשין, בהבהירו כי "במקרה שלפנינו הייתה לנאשמים שליטה, והעושים אכן התחרטו ולא מימשו את כוונתם לרצוח. בנסיבות אלה, סבורים אנו, כי אין מקום להרשיעם בניסיון לרצח". בהמשך, הטעים בית משפט קמא, כי מתעורר ספק רב "אם יש הצדקה להעמיד לדין ולהרשיע אדם החוטף אחר כדי לרצחו, בשתי העבירות, הן של חטיפה למטרת רצח והן בניסיון לרצח, שכן הראשונה היא בגדר דין מיוחד, המתגברת על הדין הכללי של ניסיון לרצח (Lex specialis derogate generali)". עוד ציין בית משפט קמא, כי בכל מקרה, אינטרס הציבור בהענשת המערערים, שביצעו את המעשה, בא על סיפוקו בכך שהם מורשעים בעבירה של חטיפה למטרת רצח, שעונשה המירבי עומד על 20 שנות מאסר, ואין מתעורר כל צורך בהרשעתם גם בעבירה של ניסיון לרצח, שגם לצידה קבוע עונש מירבי של 20 שנות מאסר.

ניסיון נוסף לחטיפת יהודי לשם רציחתו ולקיחת נשקו - בית משפט קמא קיבל את טענות המשיבה, לפיהן ניתן לבסס

אישום זה, ככל שמדובר במערערים 2 ו-4, על הראיות הבאות: הודאותיהם של המערערים 2 ו-4 במשטרה ושתיקתם במהלך המשפט; ובנוסף, הודעתו של ג'לאל במשטרה ושתיקתו במשפט, עת זומן להעיד מטעם התביעה. על יסוד האמור, הרשיע בית המשפט המחוזי את המערערים 2 ו-4 בעבירות של ניסיון חטיפה לשם רצח וקשירת קשר (חטיפה, רצח). בהתאם לגישתו כמפורט לעיל, החליט בית משפט קמא לזכות את המערערים 2 ו-4 מעבירה של ניסיון לרצח, לפי סעיף 305 לחוק. אשר למערער 3, קבע בית משפט קמא, כי לא ניתן לומר, במידת הוודאות הנדרשת במשפט הפלילי, שהמערער 3 היה "בסוד התכנון של החטיפה". הובהר על ידי בית משפט קמא, כי "האמור בכתב האישום, כאילו הנאשם 4 [המערער 3] אמור היה להעלות נוסעים לרכבו, כדי לחטוף אותם, לא נתמך בראיות מספיקות. קשה גם להבין כיצד נשלח נאשם 4 [המערער 3] לבדו לחטוף". בית משפט קמא קבע עוד, כי "אין בעדותו של ג'לאל קוטוב 'חוליה מקשרת', לכך שגם נאשם 4 [המערער 3] ידע שמדובר בחטיפה, שכן האקדח היה במכונת האחרת של עמאד, ובסוף הנסיעה נסע כל אחד לביתו". על יסוד האמור, זיכה בית משפט קמא את המערער 3, מביצוע העבירות שיוחסו לו במסגרת אישום זה, מחמת הספק.

תכנית הנסיעה לשכם לפגישה עם "אבו מאדי" - בשל העובדה כי המשיבה לא התייחסה בטיעוניה המשלימים לעניין זיכוי של המערער 1 מעבירה של מגע עם סוכן חוץ; ובשל כך שהסיבות לזיכוי אינן מסתכמות בהיעדר "דבר מה נוסף", אלא נובעות גם מהיעדר ראיות מספיקות, קבע בית משפט קמא, כי זיכוי של המערער 1 מאישום זה יוותר על כנו.

ניסיון חטיפת נשק בשכונת אבו-תור - בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער 2 בעבירה של קשירת קשר לביצוע שוד, בהתבסס על הודאתו של מערער זה במשטרה; המנעותו מלהעיד בבית המשפט, וכן בהתבסס על הודאותיהם של העדים: בזלמית וג'לאל, המהוות "דבר מה נוסף".

ככל שמדובר במערער 3, הבהיר בית משפט קמא, כי הודאתו של המערער 2 אינה יכולה לשמש כראיה נגדו, שכן המערער 2 לא העיד בבית המשפט. ואולם, הוסיף בית משפט קמא וקבע, כי:

"עדותו של בזלמית במשטרה היא ראיה כשרה על פי סעיף 10א לפקודת הראיות, והיא מהווה ראיה משמעותית, ביחד עם הודעת ג'לאל קוטוב, כדי להרשיע גם את נאשם 4 [המערער 3]. בעניין אחרון זה, יש אכן תוספת משקל ראייתי לעבירה זו של ניסיון חטיפת הנשק באבו-תור, שהיה צריך להתבצע, כאשר החוטפים מזויינים באקדח, לכך שאקדח נמצא, ואין חולק על כך שנאשם 4 [המערער 3] ירה באקדח על יד קלנדיה (אחד מן האישומים שבהם הודה נאשם 4 [מערער 3] באמצעות בא כוחו עו"ד יחיא)".

יצוין, כי במסגרת הכרעת הדין המשלימה הושמט סעיף העבירה בו הורשע המערער 3, ובהחלטה נפרדת, מיום 02.12.2015, נקבע כי המערער 3 יורשע בעבירה של קשירת קשר לפשע, לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין.

קשר לסיוע לאויב במלחמה וסיוע לאויב במלחמה - הובהר, בעניין זה, על ידי בית משפט קמא, כי:

"גיוס 300 החיילים לכיבוש הר הבית, לא נכלל פורמאלית בכתב האישום, אם כי הוזכר במהלך הדיונים. גם מעדויותיהם

של חוקרי השב"כ המנוסים, לא היה ברור, הן מדבריהם והן מהחיוכים שהיו בזווית פיהם עת העידו על כך, האם מדובר על חשש אמיתי או פנטזיה של נאשם 1 [המערער 1]. על כל פנים, לא ניתן לומר כי יש בפנינו ראיות מספיקות במשפט הפלילי על כוונה קונקרטיה לגייס 300 אנשים לשם כיבוש הר הבית".

עם זאת, ציין בית משפט קמא, כי הכוונה המוצהרת של המערער 1, שהיה גם מגייסם של המערערים האחרים, הייתה "מציאת כל דרך להחזיר את הר הבית, למוסלמים, לפי הבנתו. דבר זה בא לידי ביטוי בכרוזים, באימון בנשק, וכן בניסיונות שוד הנשק, ניסיונות החטיפה והרצח, הכנת המטען ואימוני הירי, מעשים שבהם בסיומו של יום הורשעו הנאשמים (פרט לזיכוי של נאשם 4 [המערער 3] מחלק מעבירות אלה)".

23. לאחר זאת, קבע בית משפט קמא, כי ניתן להרשיע את המערערים (למעט המערער 3) בעבירה של קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה, לפי סעיף 92 בצירוף סעיף 99 לחוק העונשין, הגם שכמות וטיב המעשים הקונקרטיים שבוצעו אינם מגיעים למסה הקריטית, שבגינה ניתן להרשיע את המערערים בעבירה המושלמת של סיוע לאויב במלחמה, לפי סעיף 99 לחוק העונשין. בית משפט קמא הטעים, כי "ראוי לשבח" את השב"כ לגבי עיתוי המעצר, באופן שחברי החוליה הספיקו לבצע "רק" אימונים בנשק, והלכה למעשה, כל יתר תכניותיהם נותרו בגדר ניסיון. לדידו של בית משפט קמא, מבחינה משפטית, די בכך כדי להרשיע את המערערים (למעט המערער 3) בעבירה של קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה, אך לא בעבירה המושלמת, כאמור.

24. לסיכום, קבע בית משפט קמא, כי בנוסף לאשר נקבע בהכרעת הדין הראשונה, יש להרשיע את המערערים כדלקמן:

המערער 1 - בעבירות של קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה, לפי סעיפים 92 ו-99 לחוק העונשין; וניסיון שוד, לפי סעיפים 402(א) ו-402(ב) בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין.

המערער 2 - בעבירות של קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה, לפי סעיפים 92 ו-99 לחוק העונשין; קשר לפשע (חטיפה, רצח), לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין; חטיפה לשם רצח, לפי סעיף 372 לחוק העונשין; ניסיון חטיפה לשם רצח, לפי סעיף 372 בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין; וניסיון שוד, לפי סעיפים 402(א) ו-402(ב) בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין.

המערער 3 - בעבירות של אימונים צבאיים אסורים, לפי סעיף 143(ב) סיפא לחוק העונשין; וקשר לפשע, לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין.

המערער 4 - בעבירות של קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה, לפי סעיפים 92 ו-99 לחוק העונשין; קשר לפשע (חטיפה, רצח), לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין; חטיפה לשם רצח, לפי סעיף 372 לחוק העונשין; ניסיון חטיפה לשם רצח, לפי סעיף 372 בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין; ואימונים צבאיים אסורים, לפי סעיף 143(א)(2) לחוק העונשין.

25. ביום 08.12.2015, ניתן גזר דינו של בית משפט קמא. בפתח גזר הדין, סקר בית משפט קמא את ההליכים שהתקיימו בעניינם של המערערים, ואת המעשים בהם הם הורשעו בסופו של יום. לאחר זאת, התייחס בית משפט קמא לעברם הפלילי של המערערים. בשנת 2013, הורשע המערער 1 בעבירה של התנהגות העלולה להפר את שלום הציבור; בשנת 2006, הורשע המערער 3 בעבירה של סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה; ובשנת 2013, הורשע המערער 4 בעבירות של תקיפה סתם ותקיפת שוטר בעת מילוי תפקידו. עוד צוין, כי עברו של המערער 2 נקי.

בהמשך, סקר בית משפט קמא את תסקירי שירות המבחן שהוצאו בעניינם של המערערים 1 ו-2. בתסקיר המבחן בעניינו של המערער 1, מיום 06.08.2015, נאמר כי המערער 1 הכחיש כל קשר למיוחס לו בכתב האישום, וטען כי עובדות כתב האישום הינם בגדר המצאה של השב"כ. עוד נמסר בתסקיר, כי המערער 1 טען כי אינו מכיר את המעורבים האחרים בפרשה, פרט למערער 3. לסיכום, נאמר בתסקיר המבחן כך:

"לאור העובדה כי נור [המערער 1] לא לוקח אחריות על ביצוע העבירות, ויש פער בין תיאוריו את תפקודו עד המעצר (עבודה ותכנון עתיד תעסוקתי עצמאי) ובין העבירות החמורות בהן הורשע, אנו מתקשים להעריך את רמת הסיכון והמסוכנות הקיימת אצלו לביצוע עבירות דומות בעתיד.

לאור חומרת עבירותיו והעובדה כי יש מאסר על תנאי בר הפעלה, אנו מעריכים כי הטלת עונש של מאסר בין כותלי הכלא יהווה גבול בין מותר לאסור".

בתסקיר המבחן בעניינו של המערער 2, מיום 04.08.2015, נאמר כי מערער זה הביע עמדות קורבניות סותרות וחלקיות, תוך ניסיון לטשטש פרטים באשר לעומק ולטיב קשריו עם המערערים האחרים. בין יתר הגורמים המגבירים סיכון להישנות התנהגות דומה בעתיד, התייחס שירות המבחן למאפייני אישיותו "החלשה והגנררת" של המערער 2, בהיותו נתון להשפעות סביבתיות שליליות, ולנוכח קשייו לקחת אחריות על המיוחס לו. בסופו של התסקיר, נאמר כדלקמן:

"לאור עמדותיו וקשייו לערוך בדיקה עצמאית באשר להתנהגותו פורצות הגבולות, אין אנו באים בהמלצה טיפולית בעניינו [של המערער 2].

באשר לשאלת העונש, אנו סבורים כי יש מקום לענישה מוחשית אשר תחדד אחריותו לביצוע העבירות, וכן על ענישה מותנית, אשר תהווה גורם מרתיע מפני הישנות עבירות דומות בעתיד".

אשר למערער 3, מסר בא כוחו כי הוא מוותר בשמו על הכנת תסקיר מבחן בעניינו, וכי הוא "לא יטען לפגם כלשהו בעניינו של נאשם 4 [המערער 3], יהיה גזר הדין אשר יהיה, עקב אי הגשת התסקיר".



גם המערער 4, ויותר על הגשת תסקיר מבחן.

26. בהמשך גזר הדין, פנה בית משפט קמא לקבוע את מתחמי הענישה ההולמים בעניינם של המערערים, בהתאם לעקרונות המופיעים בתיקון 113 לחוק העונשין. בתחילה, קבע בית משפט קמא, כי יש לראות את כל מסכת העבירות, המיוחסת לכל אחד מן המערערים, כאירוע אחד. בית משפט קמא הטעים, בהקשר זה, כי "מדובר בעוצמת קשר רבה בין העבירות, שבוצעו בפרק זמן קצר יחסית של כחודש-חודשיים (פברואר-מרץ 2013), בחבורה, למען אותה מטרה, דהיינו: קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה...וכן הירי בנשק וקשירת הקשר לחטיפת הנשק משוטרים וחיילים... בנסיבות אלה, מתחייב כי יש לראות את כל העבירות ואת כל האירועים כאירוע אחד". בהמשך, עמד בית משפט קמא על הערכים החברתיים שנפגעו כתוצאה ממעשיהם של המערערים, ובהם: אינטרס השמירה על ביטחון המדינה; ואינטרס השמירה על חיי, גופו, רכושו, וזכותו של אדם להלך חופשי בארץ, כאשר חיי אינם נתונים בסכנה. לאחר זאת, סקר בית משפט קמא את מדיניות הענישה הנוהגת, והתעכב על מספר מקרים, בהם נגזרו על הנאשמים עונשים העומדים על כשליש מהעונש המבוקש על ידי המשיבה בהליך דן, כאשר המדינה נמנעה מהגשת ערעור על כך. אשר לנסיבות הקשורות בביצוע העבירות, ציין בית משפט קמא, כי התכנון נעשה, בעיקרו של דבר, על ידי המערער 1, שהיה היוזם של הקשר, ובשלב מאוחר יותר, הצטרף אליו המערער 2, לתפקידי יוזמה וארגון. עוד הבהיר בית משפט קמא, כי הצדדים הסכימו ביניהם, כי "המדרג של הנאשמים וחלקם היחסי, ומידת ההשפעה ביניהם, היא כזו שהיוזם והמארגן הראשי הוא נאשם 1 [המערער 1]. בשלב מאוחר יותר נאשם 2 [המערער 2] הפך להיות מעין ראש החוליה. השלישי בחשיבותו הוא נאשם 5 [המערער 4] והאחרון במדרג הוא נאשם 4 [המערער 3]". עוד ציין בית משפט קמא, כי אין לקבל במלואה את טענת המערערים, לפיה אמת המידה הרלוונטית היא הנזק שנגרם מביצוע העבירות, הגם שאין להתעלם מנתון זה. בית משפט קמא הוסיף עוד, כי "אם, דרך משל, חטיפת היהודי הייתה מתקדמת והוא היה חטוף או הייתה נופלת שעה משערות ראשו, ולא כל שכן אם היה נפצע או נחבל באופן משמעותי, כי אז העונש היה צריך להיות חמור בהרבה מהעונש שיש להטיל על חטיפה שהופסקה באמצעה, כמוסבר לעיל".

בנוסף, עמד בית משפט קמא על הסיבות שהביאו את המערערים לבצע את העבירות, בקובעו כי סיבות אלה אינן יכולות לשמש כשיקול לקולה, כאמור בסעיף 40ט(ב) לחוק, שכן מדובר בעבריינות אידיאולוגית, כאשר המניע הוא רצונם של המערערים לפגוע בביטחון מדינת ישראל ובתושביה. לבסוף, קבע בית משפט קמא, כי מתחם הענישה ביחס לעבירה שעניינה קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה נע בין 6 ל-12 שנות מאסר לריצוי בפועל, וההבחנה בין המערערים תעשה על פי יתר העבירות שביצעו, ומעמדם בתוך החוליה (להוציא המערער 3, לגבי נקבעו פרמטרים שונים).

לאחר שקלול כלל הנסיבות, נקבע כי בעניינו של המערער 1 ינוע מתחם ענישה בין 9 ל-15 שנות מאסר. לגבי המערער 2, נקבע מתחם ענישה הנע בין 8 ל-14 שנות מאסר; ולגבי המערער 4 נקבע מתחם ענישה הנע בין 7 ל-13 שנות מאסר.

אשר למערער 3, אשר היה מעורב בעבירות של: נשיאת נשק; אימונים צבאיים; וקשירת קשר לפשע, נקבע מתחם ענישה הנע בין שנתיים לבין 4 שנות מאסר לריצוי בפועל.

27. לצורך קביעת עונשם של המערערים בגדרי המתחם, נדרש בית משפט קמא לנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה. בית משפט קמא נתן את דעתו לנסיבותיהם האישיות והמשפחתיות של המערערים; לעברו הנקי של המערער 2; ולמצבו הבריאותי של המערער 3. בהמשך, התייחס בית משפט קמא לשיקולי ההרתעה, בקובעו כי "בהעדר מידע קונקרטי לגבי כוונתו של מי מבין הנאשמים לבצע מעשים דומים בעתיד, ותוך התחשבות בהבעת החרטה הכוללת של הנאשמים, נותרנו באותה נקודה כפי שתואר לעיל והיא - אמצע המתחם, כפי שעותר ב"כ המאשימה". עוד הבהיר בית משפט קמא, כי "ניתן לומר שבתיק זה מן הראוי היה, לכאורה, להפעיל את הרעיון העומד ביסודו של סעיף 40ז [לחוק העונשין], בדבר הרתעת הרבים. ברם, מאחר וב"כ המאשימה לא ביקש להטיל עונש בחלק העליון של המתחם אלא רק באמצע, די בדברים הכלליים שאמרנו".

28. על יסוד האמור, החליט בית משפט קמא לגזור על המערערים את העונשים הבאים:

המערער 1 - 12 שנות מאסר לריצוי בפועל, החל מיום מעצרו; שנתיים מאסר על תנאי, לבל יעבור המערער 1 עבירות של סיוע לאויב במלחמה, קשר לסיוע לאויב במלחמה, ומגע עם סוכן חוץ, למשך 3 שנים; ושנה וחצי מאסר על תנאי, לבל יעבור המערער 1 עבירות בנשק, אימונים צבאיים בנשק ושוד, לרבות ניסיון לעבור עבירות אלה, למשך 3 שנים.

המערער 2 - 11 שנות מאסר לריצוי בפועל, שמניין מיום מעצרו; שנתיים מאסר על תנאי, לבל יעבור המערער 2 עבירות של סיוע לאויב במלחמה, קשר לסיוע לאויב במלחמה, ומגע עם סוכן זר, למשך 3 שנים; ושנה וחצי מאסר על תנאי, לבל יעבור המערער 2 עבירות בנשק, אימונים צבאיים בנשק, שוד, קשירת קשר לפשע וחטיפה לשם רצח, לרבות ניסיון לעבור עבירות אלה, למשך 3 שנים.

המערער 3 - 32 חודשים ו-6 ימים מאסר לריצוי בפועל, מיום מעצרו, כך שהמערער 3 לא ירצה תקופת מאסר נוספת; שנת מאסר על תנאי, לבל יעבור המערער 3 עבירות בנשק, אימונים צבאיים בנשק, וקשירת קשר לפשע, לרבות ניסיון לעבור עבירות אלה, למשך 3 שנים.

המערער 4 - 10 שנות מאסר לריצוי בפועל, החל מיום מעצרו; שנתיים מאסר על תנאי, לבל יעבור המערער 4 עבירות של סיוע לאויב בשעת מלחמה, קשר לסיוע לאויב בזמן מלחמה, ומגע עם סוכן זר, למשך 3 שנים; ושנה וחצי מאסר על תנאי, לבל יעבור המערער 4 עבירות בנשק, אימונים צבאיים בנשק, קשירת קשר לפשע וחטיפה לשם רצח, לרבות ניסיון לעבור עבירות אלה, למשך 3 שנים.

המערערים 1-4 והמשיבה אינם משלימים עם הכרעותיו של בית משפט קמא, ומכאן הערעורים שלפנינו.

ערעורים של המערערים 1, 2 ו-4 (ע"פ 8987/15)

29. המערערים 1, 2 ו-4 מערערים הן על הרשעתם בדין והן על חומרת עונשם. בהודעת הערעור שהוגשה

נטעם, נטען כי בהכרעת דינו המשלימה התעלם בית משפט קמא מן ההלכות הנהוגות לענין קיומו של "דבר מה נוסף". לשיטת המערערים 1, 2 ו-4, "בית המשפט המחוזי קבע באופן שגוי בהכרעת הדין המתוקנת, כי על פי פסק דינו של בית המשפט העליון, ההודאות מהוות באופן אוטומטי דבר מה נוסף זו לזו", וזאת מבלי להפעיל שיקול דעת, בהתבסס על מבחן "הדבר מה חסר והדבר מה סותר". עוד נטען על ידי המערערים 1, 2 ו-4, כי נדרשת תוספת ראייתית מחוזקת מסוג "דבר מה נוסף מוגבר" או "דבר מה נוסף בעל משקל מיוחד, מהותי וממשי". זאת, שעה שהודאותיהם של המערערים עצמם הן הראיות היחידות לעבירות שיוחסו להם בכתב האישום; ומשהם הורשעו בעבירות ביטחון חמורות, מבלי שקיימת כל ראיה לקיומו של *Corpus delicti*. נטען בנוסף על ידי המערערים 1, 2 ו-4, כי "אילו בית משפט קמא היה מבצע איזון ראוי של משקל הדבר מה חסר והמחדלים הראייתיים, הייתה מתבקשת מסקנה כי מדובר כאן בדבר מה נוסף בעל משקל נמוך ועוצמה מוחלשת".

בהמשך, עמדו המערערים 1, 2 ו-4 על קיומם של מחדלים ראייתיים ועל שיקולים נוספים המחלישים את עוצמת הראיות, וזאת בין היתר, לנוכח העובדה כי החקירה לא תועדה בווידיאו ולא בוצעו "פעולות חקירה בנאליות כמו לדוגמא שחזור, איכון טלפונים ומחקרי תקשורת פשוטים אחרים". בנוסף, נמנעה מהמערערים זכות ההיוועצות בעורך דין ונפגעה זכות השתיקה העומדת להם, במהלך החקירה. כמו כן, לא בוצעה הבחנה, בהקשר לתוכן הודאות המערערים, לגבי פרטים אליהם הם נחשפו באופן אישי לבין פרטים שמקורם בדברים ששמעו מאנשים אחרים. עוד נטען על ידי המערערים 1, 2 ו-4, כי בית משפט קמא לא נתן את דעתו לחוסר ההיגיון הטמון בהודאותיהם של המערערים, שעה שהן מתייחסות ל"גיוס 300 לוחמים לצורך שחרור הר הבית"; לעובדה כי ההודאות אינן מנוסחות בבירור ולא מופיע בהן רצף כרונולוגי של האירועים; לקיומה של טרמינולוגיה משותפת בכל ההודאות, דבר המעיד על התערבות חיצונית בניסוח ההודאות; ולהיעדרם של פרטים מוכמנים בהודאות המערערים ושותפיהם. עוד נטען על ידי המערערים 1, 2 ו-4, כי בשל מחדלים חקירתיים וראייתיים כאלה ואחרים, היה על בית משפט קמא לייחס להודאותיהם של המערערים משקל ראייתי נמוך. נטען בנוסף על ידי המערערים 1, 2 ו-4, כי לא נערך בירור מבט"ן בנוגע לתלונותיהם של המערערים, והודגש כי "במקרה זה שבו אין ראיות ואפילו לא נסיבתיות לקורפוס דליקטי ובהינתן כל השיקולים המחלישים שפורטו לעיל, יש לתת לאי קיום בירור מבט"ן משקל מכריע ולהורות על זיכוי המערערים גם בשל עניין מהותי זה". על יסוד האמור, נטען על ידי המערערים 1, 2 ו-4, כי יש לזכותם "מכל עבירות הביטחון הנוספות שבהן הם הורשעו בהכרעת הדין המשלימה, וכן יזכו מעבירות הביטחון שבהן הם הורשעו בהכרעת הדין המתוקנת ואשר אין לגביהן ראיות ל-*Corpus delicti* ו/או דבר מה נוסף מוגבר-ממשי-ומהותי. כפועל יוצא יש להותיר על כנה את הרשעת המערערים בעבירות של אחזקת האקדחים, נשיאתם וירי לעבר מערום אבנים".

בהתייחס לעונשם של המערערים 1, 2 ו-4, נטען כי בית משפט קמא החמיר עמם יתר על המידה, מבלי שניתן משקל ראוי לחרטה אותה הפגינו המערערים "ברגע האמת, שבו הקשר לסיוע לאויב הבשיל להגיע לשיאו בהימצאות חטוף ברכבם של המערערים". לגישת המערערים 1, 2 ו-4, שגה בית משפט קמא בקביעת מתחמי ענישה מחמירים מידי בעניינם, שעה שבמתחם הענישה "המיוחד", שנקבע בהקשר לעבירה שעניינה קשירת קשר לסיוע לאויב, יש כדי "לבלוע" את יתר העבירות שבוצעו, כפועל יוצא מאותו קשר. בנוסף, סבורים המערערים 1, 2 ו-4, כי יש להעמיד את עונשם על הרף התחתון של מתחם הענישה.

עיקרי טיעון מטעם המשיבה בעניינם של המערערים 1, 2 ו-4

30. בעיקרי הטעון מטעם המשיבה נטען, כי אשמתם של המערערים 1, 2 ו-4 הוכחה, מעבר לספק סביר, בראיות איתנות ומשכנעות. לטענת המשיבה, קיימות בעניינם של המערערים 1, 2 ו-4 הודאות מפלילות למכביר, התומכות זו בזו, ומציגות תמונה ראייתית מלאה וכוללת לגבי העבירות בהן הם הורשעו. בנוסף לכל אלה, הוצגו בפני בית משפט קמא ראיות חפציות, המשמשות אף הן כתוספת ראייתית מספקת. לשיטת המשיבה, הראיות הרבות שהוגשו לבית משפט קמא, לא זו בלבד שהן מחזקות את הודאותיהם של המערערים, אלא שהן יכולות לשמש אף כראיה מסבכת מסוג "סיוע".

בהמשך, נטען על ידי המשיבה כי יש לדחות את טענת המערערים 1, 2 ו-4, לפיה יש צורך ב"דבר מה מוגבר", לנוכח היעדרו של "קורפוס דליקטי". הובהר על ידי המשיבה, כי תורת ה"קורפוס דליקטי", במתכונתה האנגלית, לא אומצה במשפט הישראלי, אולם גם אם נניח אחרת, הרי שבנוסף להודאותיהם של המערערים בפרשה, קיימות נגד המערערים ראיות פיזיות המוכיחות את ביצוען של חלק מהעבירות, ועשויות אף לשמש כ"קורפוס דליקטי" ביחס לעבירות אלה. עוד נטען על ידי המשיבה, כי בחלק נכבד מהעבירות שיוחסו למערערים, כלל לא קיים "קורפוס דליקטי". לסיכום, גורסת המשיבה כי ביחס לרובן המכריע של העבירות, בהן הורשעו המערערים 1, 2 ו-4, אין מתעורר ספק בייחס לביצוען, כתוצאה מהיעדרו של "קורפוס דליקטי", ולפיכך אין צורך בתוספת ראייתית מוגברת. בנוסף, טוענת המשיבה, כי אף אם היה צורך ראייתי כאמור, הוא בא על סיפוקו בשלל הראיות שהוצגו בפני בית משפט קמא.

המשיבה הוסיפה וטענה, כי יש לדחות את טענות המערערים 1, 2 ו-4, לפיהן בית משפט קמא לא הפעיל שיקול דעת בבחינת דיוטן של התוספות הראייתיות. המשיבה הבהירה, כי בית משפט קמא הקדיש מקום רב, בהכרעות הדין שניתנו על ידו, לבחינת טענות המערערים בנושא זה. המשיבה הוסיפה עוד, בהקשר הנדון, כי "בית משפט קמא לא התייחס כלל וכלל באופן טכני לדרישת ה'דבר מה נוסף' וערך בדיקה עניינית ביותר לכל אחת מן הראיות, קרא את תוכן ההכרעה האם יש בהן כדי לספק את אותה דרישה לתוספת ראייתית העולה מהודעת חוץ של נאשם".

אשר לטענה בדבר קיומם של שיקולים המחלישים את מכלול הראיות, נטען על ידי המשיבה כי חלק ניכר משיקולים נטענים אלה, לא הועלו כלל בפני בית משפט קמא, בהקשר להכרעת הדין הראשונה, וחלקם האחר של הטענות נדחו על ידי בית משפט קמא. בהתייחס לטענה בדבר הצורך ב"איזון ראוי של משקל הדבר מה חסר והמחדלים הראייתיים", נטען על ידי המשיבה כי לאור הנחייתו של בית משפט זה, חזר בו בית משפט קמא מחלק מהדברים שנכתבו על ידו בהכרעת הדין הראשונה, בנוגע לקיומו של "דבר מה חסר", לאחר שמצא תוספות ראייתיות למכביר לשם הרשעת המערערים במיוחס להם. אשר למחדלי החקירה הנטענים, הובהר על ידי המשיבה כי בית משפט קמא נתן משקל למחדלי חקירה מסויימים, והוא זיכה, בין היתר, מטעם זה את המערער 1 מעבירה של מגע עם סוכן חוץ, בגין הפגישה הנטענת עם "אבו מהדי".

בהתייחס לטענה בדבר העדר תיעוד חזותי של החקירות, נטען על ידי המשיבה כי היעדר תיעוד שכזה אינו משליך על משקלן הראייתי של ההודאות. לכל היותר, יש להיעדר התיעוד השלכה לגבי השאלה האם הופעלו במסגרת החקירה אמצעים פסולים, כגון שימוש באליומות כלפי המערערים, נושא שהוכרע, כאמור, במסגרת הדין בטענות הזוטא של המערערים. אשר להיעדר פרטים מוכמנים, נטען על ידי המשיבה כי הימצאותם של פרטים מוכמנים בהודאות עשויה לחזק ואף לסייע לראיות התביעה, אולם אין בהעדרם כדי להחליש את משקל ההודאות במטרה. לגבי תוכן ההודאות,

נטען על ידי המשיבה, כי אף אם תכניותיו של המערער 1 גובשו בהשראת סרט קולנוע כלשהו כטענתו, אין בכך כדי לשלול, מניה וביה, את גרסת המשיבה כי כוונתו הייתה להוציא את התכניות מהכוח אל הפועל. אשר לטענה בדבר הנוסח המופיע בהודאות והיעדר רצף כרונולוגי בהן, נטען על ידי המשיבה כי הדברים הועלו על ידי המערערים באופן כללי וכוללני, דבר המקשה על התייחסות פרטנית לטענות אלה. עם זאת, הבהירה המשיבה, כי רצף האירועים באמרות המשטריות אינו מופיע תמיד בסדר כרונולוגי, אלא מוכתב על ידי אופן חשיפת הדברים על ידי הנחקרים. מעבר לכך, צויין על ידי המשיבה, כי לכל אחד מהמערערים ישנה לפחות אמרה משטרית אחת, במסגרתה מופיעה הודייה במרבית העבירות בהן הוא נטל חלק, כאשר עיקרי האירועים תוארו בסדר כרונולוגי.

עוד גורסת המשיבה, כי אין לקבל את הטענה הנוגעת להבחנה בין הפללה מידיעה אישית לבין הפללה המבוססת על עדות מפי שמועה, שעה שטענה זו הועלתה לראשונה במסגרת הערעור, בלא הפניות לכתוב ובלא אסמכתאות מתאימות. לגופו של עניין, נטען על ידי המשיבה, כי "מקריאת כל ההודאות של המעורבים השונים, לא נמצאה ולו דוגמא אחת לכך שאחד המערערים הורשע על סמך תוספת ראייתית שמקורה בעדות מפי שמועה".

אשר לטענה בדבר היעדר בירור שנעשה על ידי מבת"ן, נטען על ידי המשיבה, כי אף לו הוגשה תלונה למבת"ן, הרי שגוף זה לא היה אמור לבצע כל בירור לפני סיומו של ההליך, וזאת לאור העלאתן של טענות זוטא, אשר עודן שנויות במחלוקת במסגרת ערעור זה. עוד נטען על ידי המשיבה, כי לאחר שבית משפט קמא בחן את טענות המערערים, לפיהן הופעלה כלפיהם אלימות בזמן החקירה, וקבע כי הדברים לא הוכחו ולא מתעורר, ולו ספק קל בשאלה זו, "לא ברור מה טעם בבירור המבת"ן".

לאור האמור לעיל, גורסת המשיבה כי יש לדחות את טענותיהם של המערערים 1, 2 ו-4, ולהותיר את הרשעתם על כנה.

ערעורו של המערער 3 (ע"פ 592/16)

31. המערער 3 הגיש ערעור על הרשעתו בדיון. הטיעון המרכזי, העולה מהודעת ערעורו של המערער 3, נוגע לשאלת קבילות הודאותיו. לטענת ב"כ המערער 3, שגה בית משפט קמא עת דחה את טענות הזוטא בעניינו של המערער 3, וקיבל את הודאותיו כראיה קבילה במשפט. לשיטת המערער 3, הודאותיו במשטרה נמסרו בעקבות לחצים שהופעלו עליו בימי חקירתו הראשונים, עת נמנע ממנו להיפגש עם עורך דינו ולהיוועץ בו. המערער 3 חזר בערעורו על טענות הזוטא, כפי שהעלה אותן בתשובתו לכתב האישום, והדגיש כי התנאים בהם הוא הוחזק במעצר בעת חקירתו בשב"כ ובמשטרה, מהווים "מכלול אמצעים פסולים שכל אחד לחוד יכול להביא לפסילת ההודעות ובוודאי המכלול כולו". המערער 3 הוסיף וטען, כי לא ניתן לסתור את טענות הזוטא שהעלה, "משאין עדות ישירה המוציאה אותן".

אשר לטענה בדבר מניעת מפגש עם עורך דין, הבהיר המערער 3 כי אין לו טענה בדבר חוקיות הוצאת צווי מניעת המפגש, אלא שיש בעצם מניעת המפגש "כדי לפגום בחקירתו והדברים שנמסרו במהלכה". אשר לאופן ביצוע המעצר, נטען על ידי המערער 3, כי שגה בית משפט קמא עת קבע כי אין קשר סיבתי בין אופן ביצוע המעצר לבין

הודאתו, "שהרי באף מסמך לא נטען כי איש מרות, ולו מטעמים הומאניים טרח לעדכן את המערער מה עלה בגורל בנו ואשתו". אשר למצבו הבריאותי, נטען על ידי המערער 3, כי שגה בית משפט קמא משלא נתן את המשקל הראוי למסמכים שהוגשו בעניין זה ולעדויות בנוגע למחלתו; ומשקבע כי לא מתקיים קשר סיבתי בין אי קבלת התרופה, לה הוא נזקק, לבין מתן ההודאה.

לבסוף, נטען על ידי המערער 3, כי שגה בית משפט קמא משדחה את טענות הזוטא בעניינו "בלא קביעות ספציפיות וניתוח פרטני בהתאם לעניין הזוטא של המערער"; ו"מבלי לקבוע שום ממצא האם בכל המכלול הנטען על ידי ההגנה אין בו כדי לפסול את הודעות המערער כראיה במשפט זה". לגישת המערער 3, "בית משפט קמא לא הבהיר מה עמדתו לגבי עדות המערער בפניו...ואם העדות מקובלת עליו". עוד נטען על ידי המערער 3, כי בית משפט קמא "החסיר כל ניתוח ו/או קביעה משפטית לעדותיו בפניו, להסבריו לגבי העובדות המצויות בת/11 ובת/12... וגם אם טענת הזוטא נדחית נותרה חסרה הקביעה אם יש חלקים בהודעות שלא יתקבלו או למצער יקבלו משקל מועט בניתוח הסופי...". על יסוד האמור, גורס המערער 3, כי יש לקבוע כי טענות הזוטא בעניינו הוכחו כדבעי, ולפסול את מכלול הודאותיו כראיה במשפטו.

עיקרי טיעון מטעם המשיבה בעניינו של המערער 3

בעיקרי הטיעון מטעם המשיבה נטען, כי יש לדחות את טענת המערער 3, לפיה הכרעת דינו של בית משפט קמא אינה עומדת בדרישות ההנמקה של פסק דין פלילי. לגישת המשיבה, בית משפט קמא הקדיש מקום רב בהכרעת דינו, לבחינת טענות הזוטא שהועלו על ידי כלל המערערים, והמערער 3 בכלל זה. אשר לקביעות המהימנות, נטען על ידי המשיבה, כי מעיון בחלק הרלוונטי של הכרעת הדין, עולה תמונה ברורה כי בית משפט קמא "מאמין לחוקרי השב"כ וכי אינו נותן משקל לעדותו של נאשם 4 [המערער 3]... והלא התרשמות שונה הייתה מובילה לתוצאה הפוכה של פסילת הודאות הנאשמים או למצער לקביעה כי טענות הנאשמים הוכחו ולדין בשאלת השפעתן על קבילות ההודאות".

בהתייחס לטענות הפרטניות שהעלה המערער 3, גורסת המשיבה כי "לכל אחת ואחת מטענות אלה ישנה התייחסות מקיפה בהכרעת הדין", וכי יש לדחותן מכל וכל. אשר לאופן ביצוע המעצר, טוענת המשיבה, כי בית משפט קמא קבע כי לא מתקיים קשר סיבתי בין דרכי המעצר לבין הודאתו של המערער 3 בחקירה. לשיטת המשיבה, בית משפט קמא קבע בהכרעת דינו, כי אף אם נסיבות ביצוע המעצר גרמו לעוגמת נפש למערער 3, הרי שהדבר לא הביא אותו לידי הודאה. עוד נטען על ידי המשיבה, כי בית משפט קמא דחה את הטענה, לפיה נמנעה מהמערער 3 קבלת תרופה למחלה ממנה הוא סובל, או שהספקת התרופה הותנתה בשיתוף פעולה שלו עם החוקרים. המשיבה הוסיפה וטענה, כי "אף אם היה עיכוב של מספר שעות בנטילת התרופה, הרי שלא הוכח שבפרק זמן זה מופיעות תופעות לוואי או שאחת מתופעות הלוואי היא השפעה על היכולות הקוגניטיביות".

אשר לטענת המערער 3 בנוגע למניעת מפגש עם עורך דינו, חזרה המשיבה על קביעתו של בית משפט קמא כי ההחלטות בנושא זה ניתנו כדין. נטען בנוסף על ידי המשיבה, כי המערער 3 היה מנוע מפגש עם עורך דין במשך 5 ימים בלבד, ואין בתקופה קצרה זו כדי להוות גורם בר השפעה בשאלת קבילות ההודאה. לבסוף, הובהר על ידי המשיבה, כי המערער 3 חזר על הודאתו אף לאחר שהוסרה מניעת המפגש, ועל כן לא קיים קשר סיבתי בין מניעה זו

לבין הודאתו.

לסיכום, נטען על ידי המשיבה, כי מרבית טענותיו של המערער 3 מופנות כלפי מסקנות משפט הזוטא, וכלפי קביעות מהימנות שנעשו על ידי בית משפט קמא. בנסיבות אלה, כך מוסיפה וטוענת המשיבה, הכלל לגבי אי התערבותה של ערכאת הערעור בממצאי עובדה ומהימנות שנעשו על ידי הערכאה הדיונית, חל במקרה דנן בעוצמה רבה. לגישת המשיבה, כלל טענותיו של המערער 3 קיבלו מענה מפורט ומנומק בפסק דינו של בית משפט קמא, ואין עילה להתערב בקביעותיו. על יסוד האמור, גורסת המשיבה כי יש לדחות את ערעורו של המערער 3, ולהותיר את הרשעתו על כנה.

ערעורי המשיבה (ע"פ 8457/15 וע"פ 633/16)

32. בע"פ 8457/15, טוענת המשיבה, כי שגה בית משפט קמא בקובעו, כי אין די בראיות שהוגשו על ידה כדי להוכיח כי המערער 3 היה שותף לתכנית לחטוף נשק משוטר. לגישת המשיבה, בית משפט קמא התעלם מראיה נוספת שהוצגה לו, והיא הודעתו של המערער 1 (ת/א2). בהודעה זו, מסר המערער 1 כיצד התקבצו בביתו ארבעה מעורבים: המערערים 2 ו-4, ג'לאל ומוחמד, ולאחר מכן המשיך המערער 1 ותיאר את השתלשלות העניינים באותו אירוע, כאשר הוא נוקט בלשון רבים: "שאלתי את פלוני [המערער 3] האם סיפר לבחורים משהו והוא אמר דברים קטנים ואתה תספר להם תשכנע אותם אם רצונם בזה... והחלטנו אנחנו החמישה שסיפרתי לך עליהם לצאת לאזור סילוואן... והם הסכימו לעלות לשם... אנחנו נכנסנו בכניסה הפוכה לטיילת וחיכינו באזור כדי לראות מה יקרה איתם...". לגישת המשיבה, עולה מהודעה זו, אשר נמצאה מהימנה על ידי בית משפט קמא, כי המערער 3, אשר הביא עמו למפגש בביתו של המערער 1, את המערער 2 ואת מוחמד, נכח בפגישה זו, בה הוחלט לצאת יחדיו לאזור שכונת סילוואן; כי חמשת המעורבים נסעו ברכב אחד, לאחר שהחליטו בצוותא חדא לנסוע לטיילת; וכי המערער 1 המתין, ביחד עם המערערים 2 ו-3, על מנת לראות מה יקרה עם ג'לאל ומוחמד שהלכו לפניהם. לפיכך, נטען על ידי המשיבה, כי מודעותו של המערער 3 לתכנית ומעורבותו בניסיון חטיפת הנשק משוטר הוכחו מעבר לספק סביר. המשיבה טענה בנוסף, כי שגה בית משפט קמא עת קבע, כי אין התייחסות בחקירתו המשטרית של המערער 3 לאירוע זה. המשיבה גורסת, כי בחקירתו במשטרה של המערער 3, מיום 07.04.201, הוא:

"נשאל האם יש אמת בדברים שונים שמסר בחקירתו ביום 4.4.13, בפני החוקר מירון (חקירות שירות הביטחון הכללי). נאשם 4 [המערער 3] השיב כי אכן נחקר על ידי מירון ביום זה, הודה בירי באקדח אך הכחיש את יתר החשדות 'לא תכנון לגניבת נשק ולא תכנון לחטיפה...'. (ת/12 שורות 6-12). מעיון בזכ"ד חקירת השב"כ מיום 4.4.13, 21:40 עולה כי נאשם 4 [המערער 3] אכן התייחס בהרחבה לנסיון לחטיפת נשק".

לפיכך, נטען על ידי המשיבה, כי המערער 3 עומת בחקירותיו עם חשד זה, וניתנה לו ההזדמנות למסור את גרסתו בנושא, אך הוא הכחיש כל מעורבות בביצוע העבירה. לפיכך, גורסת המשיבה כי יש להרשיע את המערער 3 בעבירה זו.

אשר לאישום שעניינו ניסיון חטיפה לשם רצח, נטען על ידי המשיבה, כי שגה בית משפט קמא עת קבע, כי

מדבריו של ג'לאל, המפלילים את המערער 3 בעבירה זו, לא ניתן ללמוד על כי המערער 3 היה מודע לתכנית החטיפה. לשיטת המשיבה, המערער 3 היה שותף לתוכנית הקשר הפלילי לפעול לשם ביצוע פיגוע נגד מתפללים יהודים בהר הבית; פעל לגיוס חברים נוספים לחוליה; השתתף באימונים צבאיים לצורך קידום התכנית; ניסה לפוצץ, ביחד עם המערערים האחרים וג'לאל, מטען צינור; ויצא עם המערער 2 לאתר שוטרים על מנת לחטוף את נשקם. לגישת המשיבה, לאור חלקו של המערער 3 בגיבוש תכנית קשר בכללותה, וקשריו ההדוקים עם יתר חברי החוליה, "המסקנה כי נאשם 4 [המערער 3] לא היה מודע לתכנית החטיפה אינה עומדת במבחן ההיגיון... האפשרות שקוטוב [ג'לאל] לא שיתף את נאשם 4 [המערער 3] בתוכניתם אינה מתקבלת על הדעת". לפיכך, סבורה המשיבה, כי יש להרשיע את המערער 3 בעבירה של חטיפה לשם רצח, בדומה ליתר המערערים.

בהמשך, נטען על ידי המשיבה כי שגה בית משפט קמא משזיכה את המערער 3 מעבירה של קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה, מהטעם "שהתמונה הראייתית הכוללת כלפיו הינה גבולית". לשיטת המשיבה, בית משפט קמא טעה "טעות משפטית, בסוברו כי על מנת להרשיע נאשם בעבירת קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה יש להוכיח שמעשיו הינם משמעותיים מספיק לשם הרשעה בעבירה המושלמת". המשיבה הוסיפה וטענה, כי על פי קביעותיו של בית משפט קמא עצמו, המערער 3 היה הראשון אשר גויס על ידי המערער 1; והוא עצמו נכח בפגישות הראשונות, בהן נקשר הקשר לביצוע פיגוע בהר הבית. לפיכך, נטען על ידי המשיבה כי יש להרשיע את המערער 3 בעבירה זו.

בהמשך, נטען על ידי המשיבה כי שגה בית משפט קמא בקובעו, כי "יש צורך במסה קריטית כדי להרשיע בעבירה של סיוע לאויב במלחמה. ניתוח זה של יסודות העבירה אינו מבוסס על פסיקת בית המשפט העליון". לשיטת המשיבה, מעשיו של המערער 3, אשר נעשו במסגרת מטרת העל של ביצוע פיגוע המוני בהר הבית, מקיימים את יסודות העבירה, הן לפי גישתו של הנשיא א' ברק והן לפי גישתו של השופט א' לוי, בע"פ 11328/03 מדינת ישראל נ' כיאניה (08.09.2005) (להלן: עניין כיאניה). המשיבה טענה בנוסף, כי מעשיו של המערער 3 משתלבים בפעילותם של ארגוני הטרור הפועלים נגד מדינת ישראל, כפי גישתו של הנשיא ברק בעניין כיאניה. עוד נטען על ידי המשיבה, כי למעשיהם של המערער 3 ושותפיו הייתה מטרה רחבה וכוללת יותר, מעבר לפגיעה או לנזק הנקודתי של המעשים הספציפיים אותם ביצעו, והיא "כיבוש" הר הבית ופגיעה בריבונות הישראלית בו, דבר המתיישב עם גישתו של השופט לוי בעניין כיאניה. לאור האמור, גורסת המשיבה כי יש להרשיע את המערער 3 בעבירה של סיוע לאויב במלחמה, ולחילופין, להרשיע אותו בעבירה של ניסיון לסיוע אויב במלחמה.

לבסוף, הובהר על ידי המשיבה, כי ככל שבית המשפט יקבל את ערעורה וירשיע את המערער 3 בארבעת העבירות הנוספות או בחלקן, היא תעתור להחמרה משמעותית בעונשו של המערער 3.

עיקרי טיעון מטעם המערער 3

33. בעיקרי הטיעון מטעם המערער 3 נטען, כי הוא סומך את ידיו על פסק דינו של בית משפט קמא, וכי בדין זיכה אותו בית משפט זה מארבעת העבירות נשוא הערעור. לגישת המערער 3, עיקר ערעורה של המשיבה נסוב סביב החלק השני של כתב האישום, לגביו נקבע כי אין די בהודעותיו של ג'לאל, מבחינת תוכן, דיותן, והאיכות הראייתית שבהם, כדי להביא להרשעתו של המערער 3 בדין, לאחר שבית משפט קמא התרשם ממנו ומעדו. עוד נטען על ידי המערער 3,

כי משהסכימה המשיבה לזכותו מעבירות של שיבוש הליכי משפט; חטיפה לשם רצח; וניסיון לרצח, ניכר כי גם לשיטתה "אין מדובר במסכת עובדתית אחת כאשר כל השותפים אותו דבר, כפי שמנסה לטעון בערעור". המערער 3 הוסיף וטען, כי "אין בעצם הקבילה וההעדפה של אמרת חוץ על פני עדות סותרת של עד מפליל, בין אם היה המערער 1 ו/או ג'לאל קוטוב, בבית המשפט כדי להביא להרשעה שעה שאמרת החוץ חלשה, כפי שקבע בית משפט קמא".

בהמשך, הבהיר המערער 3, כי כבר בשלב החזרת התיק לערכאה הדיונית, לצורך יישום פסק דינו של בית משפט זה, בעניין ה"דבר מה הנוסף", הוא הבהיר כי "בעניינו אין מדובר בשאלה של תוספת ראייתית אלא בהעדר הוכחה בסיסית וראיות קבילות המבססות אשמה".

אשר לזיכוי מעבירות של ניסיון לחטיפת נשק; וחטיפת אדם יהודי לשם רציחתו, נטען על ידי המערער 3, כי בית משפט קמא הבחין בנימוקיו "היטב ובאופן נכון בינו לבין יתר חבריו לאישומים והכל לפי מבחן דיות הראיות ואיכותן, כך שלא ניתן לומר כי נפלה שגגה בהכרעת דינו של בית משפט הנכבד קמא".

בהתייחס לזיכוי מהעבירה שעניינה ניסיון שוד, נטען על ידי המערער 3, כי "בית המשפט רשאי לפלג עדות וכן רשאי לא לקבל חלקים מהודעה על פי סעיף 10א לפקודת הראיות, כך נהג בסמכות בית המשפט קמא הנכבד ואין להתערב בקביעתו". עוד נטען, בהקשר זה, כי משנמנעה המשיבה מלהביא את העד מוחמד לעדות, אין לה אלא להלין על עצמה.

אשר לזיכוי מעבירות של סיוע וקשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה, נטען על ידי המערער 3, כי קביעותיו של בית משפט קמא הן "איתנות ונכונות שאין להתערב בהן". לגישת המערער 3, משהוא זוכה בבית משפט קמא ממרבית העבירות, נשמט הבסיס אליו כיוונה המשיבה, כיוון שההרשעה בעבירות שעניינן סיוע לאויב במלחמה מבוססת על "מסכת אחת", וכעת היא טוענת טענה חלופית, דבר שאין לקבלו.

על יסוד האמור, נטען על ידי המערער 3 כי יש לדחות את הערעור על זיכוי בבית משפט קמא, וזאת "לאור המכלול שלא הגיע לחומרה יתרה ו/או לביצוע ברף סכנה גבוה כנדרש בסעיפים הרלוונטיים"

34. בע"פ 8987/15 מערערת המשיבה על זיכויים של המערערים 1, 2 ו-4 מעבירות של סיוע לאויב במלחמה וניסיון רצח; וכן על קולת עונש המאסר לריצוי בפועל, שהושת על שלושת המערערים.

אשר לזיכוי המערערים מעבירה של ניסיון רצח, נטען על ידי המשיבה כי שגה בית משפט קמא בשני נימוקיו לזיכוי. המשיבה גורסת, כי מעשיהם של המערערים 2 ו-4 אינם מבססים פטור מאחריות פלילית עקב חרטה, שכן הם אינם מקיימים את התנאים הקבועים בסעיף 28 לחוק העונשין. המשיבה סקרה את התפתחות ההלכה בעניין הפטור, וטענה כי על פי האמור בע"פ 401/99 מצארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 561 (1999) (להלן: עניין מצארווה), במסגרתו נדחה הנימוק התועלתני לפטור, ואומץ תחתיו הנימוק הערכי-מוסרי, לא מתקיימים במערערים 2 ו-4 יסודות הפטור. לשיטת המשיבה, אין חולק שחידלתם של המערערים 2 ו-4 מהשלמת עבירת הרצח לא "צמחה מעומק ליבם".



בהמשך, התייחסה המשיבה להלכה החדשה בנושא הפטור בשל חרטה, אשר מבטלת את שנקבע בעניין מצארווה, ולפיה נאשם יכול ליהנות מהפטור אף כאשר חדילתו מהשלמת העבירה נבעה ממניעים אחרים, כלכליים, חברתיים וכדומה (ע"פ 5767/14 פלוני נ' מדינת ישראל (16.06.2015) (להלן: עניין פלוני)). לשיטת המשיבה, המערערים 2 ו-4 כלל לא חזרו בהם מכוונתם לרצוח יהודי במטרה לחטוף את נשקו, אלא שהם דחו את ביצועה של העבירה, לאחר שהתברר להם כי ליהודי שעלה לרכבם אין נשק. על יסוד האמור, גורסת המשיבה כי החזרה מהכוונה להשלים את העבירה נבעה מנסיבות חיצוניות, הקשורות לתכנית עצמה של החטיפה והרצח, והיא אינה מעידה על כל שינוי נפשי בנוגע לכוונה לבצע את העבירה, ולפיכך יש להרשיע את המערערים 2 ו-4 בעבירה של ניסיון לרצח.

אשר לנימוקו השני של בית משפט קמא, שלא להרשיע את המערערים 2 ו-4 בעבירת הניסיון לרצח, נטען על ידי המשיבה כי העבירה שעניינה חטיפה לשם רצח אינה בגדר דין מיוחד המתגבר על העבירה שעניינה ניסיון רצח, כאשר, לשיטתה של המשיבה, שתי העבירות דרות זו לצד זו. לגישת המשיבה, על פי פסיקתו של בית משפט זה בע"פ 132/57 נכט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 1544 (1957) (להלן: עניין נכט); וע"פ 173/75 מדינת ישראל נ' בן-ציון, פ"מ ל(1) 119 (1975) (להלן: עניין בן-ציון), אין כל מניעה להרשיע את המערערים 2 ו-4 בשתי עבירות הצומחות מאותם מעשים, ואף ניתן להטיל עליהם עונשים נפרדים בגין כל עבירה, שעה שלא מתקיימים יחסי כלילות בין העבירות. המשיבה הוסיפה וטענה, כי אין בין היסוד העובדתי של עבירת החטיפה לבין היסוד העובדתי של עבירת הניסיון רצח ולא כלום. זאת שכן, "בעוד שייטכנו מקרים בהם ביצוע מעשה החטיפה לשם רצח יהווה תחילת ביצוע אף בהתייחס לעבירת ניסיון רצח, ייתכנו אף מקרים בהם מעשה החטיפה יהווה עבירה בפני עצמו, אך יותר בשלב ההכנה בכל הנוגע לעבירת ניסיון רצח. ההכרעה תהא תלויה בנסיבות הקונקרטיות של התכנון העברייני". יחד עם זאת, הובהר על ידי המשיבה, כי בנסיבות תיק זה היא אינה מבקשת ענישה נפרדת, בגין כל אחת מן העבירות. על יסוד האמור, גורסת המשיבה כי שגה בית משפט קמא בזכותו את המערערים 2 ו-4 מעבירת ניסיון רצח, ובאופן דומה נטען על ידי המשיבה כי שגה בית משפט קמא בזכותו אותם מעבירת ניסיון רצח נוספת, אשר יוחסה להם בשל ניסיונם הנוסף לחטוף יהודי ולרצחו.

בהתייחס לעבירה שעניינה סיוע לאויב במלחמה, חזרה המשיבה על טיעוניה כפי שנטענו ביחס למערער 3. לשיטת המשיבה, שגה בית משפט קמא עת קבע, כי יש צורך במסה קריטית של מעשים כדי להרשיע נאשם בעבירה זו. המשיבה הוסיפה וטענה, כי מעשיהם החמורים של המערערים 1, 2 ו-4, לרבות ביצוע עבירות של חטיפה לשם רצח; עבירות בנשק; ניסיון שוד וקשירת קשר לפשע, אשר בוצעו במסגרת מטרת העל של פיגוע המוני בהר הבית, מקימים את יסודות העבירה, הן לשיטתו של הנשיא ברק והן לשיטתו של השופט לוי בעניין כיאניה. לחלופין, נטען על ידי המשיבה, כי יש מקום להרשיע את המערערים 1, 2 ו-4 בעבירת ניסיון לסיוע לאויב במלחמה, ככל שיקבע כי עיקר המעשים בהם הם הורשעו מהווים ניסיונות בלבד.

אשר למידת העונש, נטען על ידי המשיבה כי שגה בית משפט קמא משלא נתן משקל הולם לכך שהמערערים 1, 2 ו-4 ביצעו עבירות ביטחוניות חמורות, שפוטנציאל הפגיעה בחיי אדם והסכנה הגלומה בהן, הם רבים. לגישת המשיבה, העונשים שנגזרו על המערערים 1, 2 ו-4 אינם נותנים ביטוי ראוי לחומרת מעשיהם, בהתאם לעקרונות הגמול וההלימה, ואינם משקפים את הצורך בהרחקתם מהציבור לתקופה ממושכת. עוד נטען על ידי המשיבה, כי העונשים שהושתו על המערערים 1, 2 ו-4 אינם מביאים לידי ביטוי, במידה הראויה, את טיב המעשים בהם הם הורשעו; את משמעותם החברתית; את מידת אשמם; ואת החומרה היתרה שרואה המחוקק בעבירה זו ובמעשיהם של המערערים. נטען בנוסף על ידי המשיבה, כי היה מקום ליתן משקל רב יותר לעובדה שהמערערים 1, 2 ו-4 לא הסתפקו בדיבורים

ובקשירת קשר בלבד, אלא הם ביצעו "מעשים אופרטיביים להוציא את התכנית לפעולה"; וכי מטרתה הסופית של החוליה הייתה לבצע פיגוע קשה בהר הבית נגד מתפללים יהודים. לבסוף, נטען על ידי המשיבה, כי העונשים שנגזרו על המערערים 1, 2 ו-4 אינם נותנים ביטוי הולם לצורך בהרתעת נאשמים פוטנציאליים מביצוע עבירות דומות; וכי הותרת העונשים על כנם, עלולה לשדר מסר סלחני לאלו השוקלים לפעול נגד ביטחון המדינה ונגד אזרחיה, "בניסיון להבעיר ולהתסיס את האווירה המתוחה גם כך". על יסוד האמור, גורסת המשיבה כי יש להחמיר, באורח משמעותי, בעונשי המאסר בפועל אשר הושתו על המערערים 1, 2 ו-4.

עיקרי טיעון מטעם המערערים 1, 2 ו-4

35. בעיקרי הטעון מטעם המערערים 1, 2 ו-4 נטען, כי בדין זוכו מערערים אלו מעבירות של ניסיון לרצח וסיוע לאויב במלחמה. לגישת המערערים 1, 2 ו-4, בהכרעת הדין המשלימה לא נערכה בחינה קונקרטיית של השאלה, האם די במקרה זה בראיות שהוגשו כ"דבר מה נוסף" לצורך הרשעה. נטען, בהקשר זה, כי:

"אילו הייתה נערכת בחינה כאמור, הייתה מתקבלת המסקנה כי במקרה שבו: א. המערערים כפרו בהודאותיהם וניהלו משפט זוטא; ב. אין כל ראיה לכך שהעבירות התרחשו במציאות; ג. מדובר בעבירות שחומרתן מפליגה והעונש הנקוב בצידן הוא מיתה או מאסר עולם, הרי שנדרשת 'זהירות יתר' בבוא בית המשפט לבסס את מסקנתו על הודאה בלבד ועל כן אין להסתפק בדבר מה רגיל ולצורך הרשעה נדרש דבר מה נוסף מוגבר מהותי וממשי".

המערערים 1, 2 ו-4 הוסיפו וטענו, כי את "היעדרו של דבר מה משמעותי יותר" יש לראות על רקע זה ש"במקרה שלנו, בולט מאד המימד של 'דבר מה חסר', שכן לא הובאו כל ראיות חיזוניות שהאירוע בכלל אירע"; וקיימים "מחדלים ראייתיים, המגיעים לכדי 'נזק ראייתי'". בשילוב כל אלה, נטען כי אין מנוס מזיכויים של המערערים מהעבירות המדוברות.

בהמשך, נטען על ידי המערערים 1, 2 ו-4, כי "להבדיל מחקירות משטרה המתועדות בווידיאו אשר ניתן להיווכח באמצעותן על נסיבות מתן ההודאה, הרי שבחקירת השב"כ אין בפנינו אמצעי שכזה ולפיכך הרשעה על סמך הודאות שכאלה מחייבת זהירות יתר". לגישת המערערים 1, 2 ו-4, זהירות היתר מתחייבת במקרה זה, גם בשל העדרו של אישור על חקירת מבת"ן, למרות שהוכח כי המערערים התלוננו, עוד במהלך חקירתם, על אלימות מצד החוקרים. לבסוף, נטען על ידי המערערים 1, 2 ו-4, כי: "הותרת הרשעת המערערים על כנה, צריכה להפחיד אותנו כחברה דמוקרטית, שבה כל אזרח, גם אם הוא חף מפשע, עלול למצוא עצמו יום אחד בחקירת שב"כ ובהמשך מורשע בעבירות שדין מיתה או מאסר עולם רק מפני שנשבר באותה חקירה והודה בעבירות שלא ביצע".

על יסוד האמור, גורסים המערערים כי יש לדחות את ערעור המשיבה, ולהותיר את זיכויים של המערערים 1, 2 ו-4 על כנו.

הליכים בבית משפט זה

36. ביום 03.05.2017, נערך דיון בפני מותב זה, ובמסגרתו הוצע למערער 3 ולמשיבה למחוק את ערעוריהם באופן הדדי, לאחר שהוברר כי המערער 3 שוחרר ממאסרו, ביום 11.12.2015. הצדדים ביקשו לצאת לצורך התייעצות, ולאחר זאת הודיעה המשיבה כי אין בידה לקבל את הצעת בית המשפט ולמשוך את הערעור שהגישה.

37. לאחר שנשמעו טענות הצדדים במהלך הדיון, קבענו כי יינתן פסק דין בערעורים ההדדיים, לאחר שהמשיבה תמסור הודעה בעניין "נהלי עבודה של המבת"ן", וזאת עד ליום 08.05.2017.

ביום 08.05.2017, הוגשה הודעה מטעם המשיבה, ולפיה:

"מבירור שערכה עם המבת"ן עולה, כי טרם הועלו על כתב הנהלים לעבודת המבת"ן, וזאת בשל שינוי סדרי העדיפויות בעבודתם (לאור עומס העבודה בו הם שרויים מאז העברת האחריות למשרד המשפטים והצורך להשלמת תהליך הארגון, עליו דובר בדיון). עם זאת, המשיבה תבקש להפנות את בית המשפט הנכבד להחלטת כב' השופט סולברג בבש"פ 9714/16 פלוני נ' מדינת ישראל (17.1.17), בו ישנה הכרה בעקרונות פסק הדין בעניין עליוואת, אף בנוגע לפעילות המבת"ן".

דיון והכרעה

38. נפנה עתה לדון בערעורים המונחים לפנינו. את הדיון נחלק לשלושה חלקים: חלקו הראשון יוקדש לבחינת טענותיו של המערער 3 המופנות כלפי קבילות הודאותיו, בהתבסס על טענות הזוטא שהעלה. בחלקו השני של הדיון אדרש לטענותיהם של המערערים 1, 2 ו-4, המופנות כלפי משקל הודאותיהם וכפועל יוצא מכך גם כלפי הרשעתם בדיון. בחלקו השלישי של הדיון אתייחס לטענותיה של המשיבה, בע"פ 633/16, המופנות כלפי זיכויים של המערערים 1, 2 ו-4 מעבירות של ניסיון לרצח וסיוע לאויב בעת מלחמה; ולאחר מכן אדון בטענותיה של המשיבה, בע"פ 8457/15, המופנות כלפי זיכוי של המערער 3 מארבע עבירות: ניסיון שוד; חטיפה לשם רצח, קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה; וסיוע לאויב בעת מלחמה. ובחלק הרביעי והאחרון, אדרש לטענות הצדדים ביחס למידת העונשים שהושתו על המערערים.

ע"פ 592/16 וע"פ 8987/15

39. הנושא העיקרי, עליו נסוב ערעורו של המערער 3, נוגע לקבילות הודאותיו במהלך חקירותיו בשב"כ ובמשטרה. ואילו המערערים 1, 2 ו-4 מעלים טענות באשר למשקל שנתן בית משפט קמא להודאותיהם. טענה נוספת שהועלתה בערעורם של המערערים 1, 2 ו-4, נוגעת לתוספת הראייתית הנדרשת בעניינם, לצורך הרשעה בעבירות שיוחסו להם.

כפי שיובהר להלן, לא מצאתי ממש בטענותיהם של המערערים, הן באשר לקבילות ההודאות והן ביחס למשקלן הראייתי, וסבורני כי לא נפל פגם בקביעותיו של בית משפט קמא בהקשר זה.

40. בפתח הדברים, יש לציין כי מרבית טענותיהם של המערערים בסוגיות אלה מופנות כלפי ממצאי עובדה וקביעות מהימנות שנעשו על ידי בית משפט קמא. לפיכך, מן הראוי לחזור בקצרה על מושכלות ראשונים, לפיהן ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בקביעות כגון דא, אשר נעשו על ידי הערכאה הדיונית. זאת, בשל היתרון האינהרנטי הנתון לערכאה הדיונית להתרשם, באורח ישיר, מן העדים שהופיעו בפניה, מאופן מסירת עדותם, מהתנהלותם על דוכן העדים, ומשפת גופם. כל אלה, מאפשרים לערכאה הדיונית לתור, באופן מיטבי, אחר "אותות האמת" המתגלות בעדויות. זאת, בעוד שמסקנותיה של ערכאת הערעור מתבססות, בדרך כלל, על החומר הכתוב המונח לפניה (ע"פ 7090/15 ח'ליפה נ' מדינת ישראל (25.08.2016) (להלן: עניין ח'ליפה); ע"פ 2470/15 פלוני נ' מדינת ישראל (25.10.2015); ע"פ 2177/13 פלוני נ' מדינת ישראל (13.10.2015); ע"פ 919/14 פלוני נ' מדינת ישראל (03.09.2015); ע"פ 2177/13 פלוני נ' מדינת ישראל (09.07.2015)).

41. חרף הכלל האמור, התפתחו, במרוצת השנים, חריגים לכלל אי ההתערבות, העשויים להקנות לערכאת הערעור שיקול דעת רחב יותר להתערב בקביעות מהימנות וממצאי עובדה שנעשו על ידי הערכאה הדיונית. כך הוא הדבר, כאשר הכרעתה של הערכאה הדיונית התבססה על ראיות בכתב, להבדיל מהתרשמותה מן העדים; כאשר ממצאי המהימנות שנקבעו מבוססים על שיקולים שבהיגיון ושל שכל ישיר; כאשר דבק פגם ממשי באופן הערכת מהימנות העדים על ידי הערכאה הדיונית; או כאשר קיימות עובדות המצביעות על כך לא היה באפשרותה של הערכאה המבררת לקבוע את הממצאים שנקבעו (ע"פ 433/13 מדינת ישראל נ' פלוני (02.06.2015); ע"פ 6924/13 בעראני נ' מדינת ישראל (29.10.2013); ע"פ 3578/11 סטרוק נ' מדינת ישראל (13.08.2012)).

"יאמר כבר עתה, כי לטעמי עניינם של המערערים אינו נכנס בגדר אחד החריגים לכלל אי ההתערבות, כפי שיובהר בהמשך.

ע"פ 592/16

קבילות הודאותיו של המערער 3

42. לטענת המערער 3, יש לפסול את ההודאות שמסר לחוקרי השב"כ והמשטרה, וזאת בשל: פגיעה בזכותו להיוועץ בעורך דין ופגיעה בזכות השתיקה; הפעלת אמצעי כפייה ולחץ פסולים על ידי החוקרים; ואופן ביצוע מעצרו, כמו גם תנאי מעצר ירודים שהיו מנת חלקו של המערער 3, לרבות מניעת קבלת טיפול תרופתי על ידי החוקרים.

המסגרת הנורמטיבית לבחינת קבילותן של הודאות חוץ נסקרה, לא אחת, בפסיקתו של בית משפט זה. ביסודו של דבר, קיימים שני מסלולים לבחינת קבילות הודאות חוץ של נאשמים. המסלול האחד מעוגן בהוראת סעיף 12 לפקודת הראיות, הקובעת כי הודאה "תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודאה ובית המשפט ראה שההודאה הייתה חופשית ומרצון". בהתייחס למסלול זה, קבע השופט י' דנציגר בע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל (23.12.2015) (להלן: עניין זדורוב), כי:

"לא כל פגיעה בזכות מוגנת של הנחקר תוביל לפסילת קבילות הודאתו מכוחו של סעיף 12 לפקודה, אלא רק כזו שגרמה בפועל לפגיעה חמורה בחופש הבחירה ובאוטונומיית הרצון שלו, הכל בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו... לצד זאת, על פי הגישה המקובלת בפסיקה, במקרים שבהם הגיעה רמת הפסלות כדי פגיעה 'בצלם דמות האדם' של הנאשם, כי אז תיפסל קבילות ההודאה בהכרח, מבלי שתיבחן ההשפעה בפועל של אמצעי החקירה הפסול על חופשיות רצונו של הנחקר... עוד יובהר כי סעיף 12 לפקודה עוסק בפסילת הודאה עקב לחצים חיצוניים שהופעלו על הנחקר והשפיעו על חופשיות רצונו, בשונה מלחצים פנימיים שבנפשו שעשויים היו להוביל למסירת הודאת שווא, אשר נבחנים במישור משקל ההודאה..." (שם, פסקה 48).

בהתייחס למסלול זה, ציינתי בע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל (02.08.2018) (להלן: עניין חייבטוב),

כי:

"יש לבחון, מבחינה עובדתית, האם היה באמצעי הפסול כדי לשלול את רצונו הטוב והחופשי של הנחקר במסירת ההודאה, וכאשר התשובה היא חיובית, תיפסל ההודאה מחשש לאמינותה. עם זאת, באותם מקרים בהם הופעלו כלפי הנחקר אמצעי חקירה פסולים באופן קיצוני, כך שהפעלתם מגעת כדי 'פגיעה בצלם דמות האדם', תפסל ההודאה, מניה וביה, מבלי לבחון את ההשפעה בפועל של אמצעי החקירה הפסול על חופשיות רצונו של הנחקר. במקרה מעין זה, ניתן משקל הבכורה להגנה על הזכות לכבוד ולשלמות הגוף והנפש. מאז ניתן פסה"ד בעניין מועדי, אומצה גישה פרשנית זו בפסיקתו של בית המשפט העליון, והיא זכתה לעיון מחדש בעניין יששכרוב [...] סיכום ההלכה, בעידן שלאחר מתן פסה"ד בעניין יששכרוב, הוא, אפוא, כי 'התכלית של הגנה על זכויות הנחקר - ובכלל זה גם ההגנה על הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי וחופש הבחירה - מהווה, אם כן, טעם מרכזי ועצמאי לפסילת קבילותן של הודאות לפי סעיף 12 לפקודת הראיות'" (שם, בפסקה 85).

המסלול השני לבחינת קבילותה של הודאה, הוא במסגרת דוקטרינת הפסלות הפסיקתית, שמקורה בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: עניין יששכרוב). על פי דוקטרינה זו, לבית המשפט מסור שיקול דעת לפסול ראיה, לרבות הודאה, אם הוא נוכח לדעת כי היא הושגה שלא כדין, וקבלתה במשפט תגרום לפגיעה מהותית בזכותו של נאשם להליך הוגן (עניין יששכרוב, בפסקה 76; ע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל, בפסקאות 2-3 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (22.06.2009) (להלן: עניין אלזם); עניין חייבטוב, בפסקה 87).

כפי שציינתי בעניין חייבטוב, בעניין זה:

"אשר לתנאי שעניינו 'ראיה שהושגה שלא כדין' נקבע בעניין יששכרוב כי 'מדובר בראיה שהושגה באמצעי חקירה בלתי חוקיים, קרי - מנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב; באמצעים בלתי הוגנים; או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות - יסוד מוגנת' (שם, בפסקה 64). הובהר, כי שאלת העדר החוקיות או חוסר ההגינות של אמצעי החקירה, צריכה להיבחן על פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו, וכי נדרשת זיקה בין הפעלת אמצעי החקירה הבלתי כשרים לבין השגת הראיה. התנאי האחר עניינו בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן, והוא נועד להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו" (שם, בפסקה 87).

אמות המידה המנחות, בהקשר זה, הן: אופייה וחומריתה של אי החוקיות הכרוכה בהשגת הראיה; בחינת הנזק אל מול התועלת החברתית הכרוכים בפסילת הראייה; ומידת ההשפעה של אמצעי החקירה על הראיה שהושגה (עניין יששכרוב, בפסקאות 70-73; עניין חייבטוב, בפסקה 88). כלומר, גם במסלול זה נדרשת בחינת השפעתו בפועל של השימוש באמצעי החקירה הפסול על השגת ההודאה (ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל, בפסקה 73 (10.04.2013)).

שאלת העדר החוקיות או חוסר ההגינות של אמצעי החקירה, צריכה להיבחן על פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו, ונדרשת, כאמור, זיקה בין הפעלת אמצעי החקירה הבלתי כשרים לבין השגת הראיה.

43. ובחזרה לענייננו. כזכור, המערער 3 משיג על קביעותיו של בית משפט קמא בעניין טענות הזוטא שהועלו על ידו, וטוען כי שגה בית משפט קמא במסקנתו כי הודאותיו ניתנו באופן חופשי ומרצון. בערעורו, מתבסס המערער 3 על שלוש טענות עיקריות: פגיעה בזכותו להיוועץ בעו"ד; האופן בו הוא נעצר, "באמצע כביש 6", בלא נימוק ולעיני בני משפחתו; והעובדה כי נמנע ממנו טיפול תרופתי. להלן אדון בטענות אלו כסדרן, אך ראשית, אתייחס לטענותיו הכלליות של המערער 3, לפיהן הכרעת דינו של בית משפט קמא אינה מנומקת די צורכה, ככל שהדבר נוגע לנושא קבילות הודאותיהם של המערערים, בדגש על הודאתו של המערער 3 עצמו.

אין בידי לקבל טענות אלה של המערער 3. הכרעת דינו הראשונה של בית משפט קמא מנומקת ומפורטת כדבעי, ובית המשפט דן במסגרתה בכל טענת זוטא שהועלתה על ידי באי כוח המערערים, לרבות ב"כ המערער 3. הדין בטענות הזוטא מתפרש על פני 26 עמודים בהכרעת הדין הראשונה. במסגרת זו, בחן בית משפט קמא את טענותיו של המערער 3 ואת עדות החוקרים לעומקן, התמודד עם תמיהות, שאלות וקשיים שהתעוררו בנוגע לגרסאות השונות, ולאחר זאת מצא כי יש להעדיף את גרסאותיהם של החוקרים על פני גרסתו של המערער 3.

ומכאן אעבור לדון בטענותיו הפרטניות של המערער 3.

פגיעה בזכות ההיוועצות

44. זכות ההיוועצות בעורך דין, אשר מעוגנת, בין היתר, בסעיף 34 לחוק המעצרים, היא אחת מזכויות היסוד הנתונות לנאשם במהלך חקירה פלילית (בג"ץ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד (2) 843, 847 (1993)). אין צורך להכביר מילים על אודות חשיבותה של זכות זו, אשר המטרה העיקרית העומדת ביסודה היא למנוע פגיעה בהליך הוגן, הנובעת מהיעדר ידיעה של החשוד לגבי זכויותיו, ולצמצם את פער הכוחות המובנה הקיים בין הנחקר לבין חוקריו (עניין אלזם, בפסקאות 4-6 לפסק דינו של השופט א' א' לוי; עניין זדורוב, בפסקה 68).

בפסק דיני בע"פ 8347/13 פלוני נ' מדינת ישראל (11.02.2016), עמדתי על הזכות לייצוג בהליך הפלילי, באומרי את הדברים הבאים:

"כידוע, הזכות לייצוג בהליך פלילי, נחשבת לאחת מזכויות היסוד של הנאשם, ותכליתה להבטיח קיומו של משפט צדק (ע"פ 134/89 אברג'יל נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 203 (1990); בג"ץ 515/74 פלוני נ' מפקד משטרה צבאית חוקרת, פ"ד כט(2) 169, 171 (1975)). זכות זו נגזרת, בין היתר, מעקרון השוויון, לפיו הצדדים במשפט הפלילי - קרי המדינה והנאשם - אמורים להיות שווי מעמד, במסגרת ההליך המשפטי. הואיל והמדינה מיוצגת על-ידי פרקליט מקצועי, מן הראוי, בשל עקרון השוויון, כי גם הנאשם יהיה מיוצג על-ידי סנגור (אלהו הרנון "הגנה משפטית לנאשמים ולחשודים" משפטים ד 567, 568-567 (1972) (להלן: הרנון)). זכותו של הנאשם להיות מיוצג, נובעת מן ההנחה כי ייצוגו בהליך הפלילי יטיב עימו ועשוי למנוע הרשעות שווא, שעה שהיעדר ייצוג עלול לפגוע ביכולת הגנתו של הנאשם, ובמימוש זכויותיו הדיוניות והמהותיות, במסגרת ההליך הפלילי המתנהל נגדו (ע"פ 816/10 גולד נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (3.9.2012) (להלן: עניין גולד); ע"פ 7335/05 הסניגוריה הציבורית מחוז נצרת נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 354 (2005); הרנון, בעמ' 568) ([...])" (שם, בפסקה 15; עוד ראו: עניין חייבטוב, בפסקאות 90-91).

45. ומן הכלל אל הפרט. בית משפט קמא ציין, בעניינו של המערער 3, כי בחקירתו הראשונה בשב"כ, מיום 21.03.2013 שעה 20:15, על ידי המכונה "ארבל" (תג; ת/27 א), נכתב בסעיפים 2-3, כי "הנידון [המערער 3] קרא וחתם על טופס זכויות וחובות העצור בשעה 20:20, הודעתי לנידון [המערער 3] כי הנו מנוע מפגש עם עו"ד עד לתאריך 24.03.2012 עד לשעה 23:59". כפי שהבהיר בית משפט קמא, ניתנו שני צווים בעניינו של המערער 3, מכוח סעיף 35 לחוק המעצרים, שעניינם מניעת מפגש עם עורך דין, ואין מחלוקת כי צווים אלה נחתמו על ידי הגורם המוסמך, והוצאו כדין. בית משפט קמא ציין, בהקשר זה, כי הוא אינו משמש כערכאת ערעור על החלטות נשיא או סגן נשיא של בית המשפט המחוזי בעניין זה, וקבע כי לא נפל פגם בהפעלת הסמכות למניעת המפגש בעניינו של המערער 3.

עוד יש לציין, כי המערער 3 היה מנוע מפגש עם עורך דין במשך חמישה ימים בלבד (בין התאריכים 21-26 מרץ 2013), וספק רב בעיניי אם יש בתקופה קצרה זו כדי להוות גורם ממשי בשאלת רצונו החופשי של המערער 3. יש להזכיר, בהקשר זה, כי המערער 3 חזר על הודאתו גם בהמשך החקירה, לאחר שהוסרה מניעת המפגש, והוא נועץ עם עורך דינו. לפיכך, מקובלת עליי קביעתו של בית משפט קמא, לפיה לא הוכח קשר סיבתי בין מניעת המפגש עם עורך דין לבין הודאותיו של המערער 3 בחקירתו בשב"כ ובמשטרה.

טענות בדבר אופן ביצוע המעצר

46. לטענת המערער 3, מעצרו התבצע ב"כביש 6", כאשר הוא נהג ברכבו וביחד איתו היו אשתו ובנו התינוק. לגרסתו של המערער 3, הוא הוצא מרכבו ונעצר, מבלי שהוסברה לו סיבת מעצרו; ובלא שנאמר לו כיצד אשתו ובנו הפעוט יוכלו להגיע לביתם, כאשר האישה אינה בעלת רישיון נהיגה. בית משפט קמא לא התעלם מטענות אלה וגילה הבנה לתחושותיו של המערער 3, אולם הוא קיבל את דברי המשיבה, לפיהם "היה צורך 'מבצע' לבצע מעצר דווקא בשעה זו ובמקום זה", שכן מדובר ב"חקירה סיכולית [..] מדובר כאן בחוליה שמטרותיה היו חמורות ביותר, מסוכנות ביותר [...] [אשר] התחילה להוציא לפועל את הפעולות שלה השתתפות באימוני ירי, חטיפות וכו'. במצב כזה, כן לפעמים נדרש גם לעצור אדם על כביש 6... כאשר יש צורך כזה, אז זה נעשה". בית משפט קמא קבע, על יסוד האמור לעיל, כי לא ניתן היה לעצור את המערער 3 לפני או לאחר אותו מועד, ובדרך אחרת.



מכל מקום, הוסיף וקבע בית משפט קמא, ובצדק לטעמי, כי לא ניתן להצביע על קשר סיבתי בין אופן ביצוע המעצר לבין הודאתו של המערער 3, שהרי בחקירתו הראשונה והשנייה, בסמוך למועד מעצרו, הכחיש המערער 3 את המיוחס לו, ורק בחקירתו השלישית, החל המערער 3 לספר על קשריו עם המעורבים האחרים בפרשה, ומסר את הודאתו. מכאן, וכפי שציין בית משפט קמא, כי גם אם צודק ב"כ המערער 3, בדבר ההשפעה הקשה של המעצר על מרשו, "אין ולא הייתה לכך 'תוצאה' חקירתית של הודאה". דברים אלה מקובלים עליי, ואינני רואה להוסיף על כך דבר.

מצבו הבריאותי של המערער 3

47. בית משפט קמא הקדיש פרק נרחב לסקירת התיעוד הרפואי הנוגע למצבו הבריאותי של המערער 3, ועמד על הטיפול שניתן לו. כפי שצוין בהכרעת הדין, המערער 3, מטעמים שלא התחוויר עד תום, בחר שלא לספר על מחלתו העיקרית (FMF) בליל מעצרו, והובהר כי דבר מחלתו התגלה רק למחרת בבוקר, דבר שלא ניתן לו הסבר של ממש על ידי המערער 3. עוד ציין בית משפט קמא, כי על פי עדותו של ראש צוות החוקרים, המכונה "מיגל", במהלך שהייתו של המערער 3 במתקן, הוא לא סבל מהתקף של FMF (קדחת ים תיכונית). אשר לטענת ב"כ המערער 3, כי התרופה הנדרשת לחולה מסוגו, "קולכיצין", לא ניתנה לו בתחילת החקירה, אלא בשעת לילה מאוחרת, קבע בית משפט קמא כי לא הובאו לעניין זה ראיות מספיקות. עם זאת, הבהיר בית משפט קמא, כי גם אם היה איחור של מספר שעות במתן התרופה, עולה מעדות המומחה שהעיד בעניין זה, כי אין בכך כדי לגרום לסימפטומים חמורים או לפגיעה רפואית בחולה. על יסוד האמור, קבע בית משפט קמא, כי גם אם תתקבל הטענה בדבר מצבו הרפואי של המערער 3 והטיפול שניתן לו, אין בכוחה של טענה זו כדי להשליך על קבילות הודאתו של המערער 3. דעתי בעניין זה כדעתו של בית משפט קמא, ואינני רואה כל הצדקה להתערב במסקנה אליה הגיע.

סיכום של דברים

48. לאחר עיון בחומר הראיות, ובכלל זה בזכ"דים שנרשמו על ידי חוקרי השב"כ; באמרותיו של המערער 3 בחקירתו במשטרה; ובעדויותיהם של חוקרי השב"כ והמשטרה, לא ראיתי מקום להתערב בקביעותי העובדתיות של בית משפט קמא לעניין טענות הזוטא שהעלה המערער 3. סבורני, כי יש בסיס איתן בחומר הראיות למסקנתו של בית משפט קמא, כי בחירתו של המערער 3 להודות במיוחס לו הייתה חופשית ומרצון, תוך שזכויותי להליך הוגן לא נפגעו.

לפיכך, יש לדחות את ערעורו של המערער 3 בהקשר זה.

ע"פ 8987/15

49. במסגרת ערעורם של המערערים 1, 2 ו-4 יש להידרש לשאלות הבאות: הראשונה, האם נפל פגם בקביעת המשקל שנתן בית משפט קמא להודאותיהם של המערערים? השאלה השנייה, נוגעת לעניין התוספות הראייתיות

הנדרשות להודאות המערערים. והשאלה השלישית היא, האם מסקנתו של בית משפט קמא, כי הוכחה כנדרש אשמתם של המערערים 1, 2 ו-4 בעבירות שיוחסו להם, עומדת על קרקע מוצקה.

משקלן הראייתי של הודאותיהם של המערערים 1, 2 ו-4

50. נטען על ידי המערערים 1, 2 ו-4, כי גם אם הודאותיהם בחקירה נמצאו קבילות, הרי שאין מקום ליתן להם משקל ראייתי רב, אם בכלל, עקב קיומם של כשלים ראייתיים ושיקולים נוספים, שיפורטו להלן, אשר יש בהם כדי להחליש עד מאוד את משקלן של הודאות, דבר שצריך להוביל לזיכויים.

51. אקדים תוצאה להנמקה ואומר כבר עתה, כי אין בידי לקבל טענה זו, ודינה להידחות. יש לחזור ולהזכיר, כי בפי ב"כ המערערים 1, 2 ו-4 אין כל טענה הנוגעת להודאות המערערים בפני חוקרי המשטרה, וטענותיהם מכוונות, רובן ככולן, כלפי הודאות שניתנו לחוקרי השב"כ. משמעות הדבר היא, כי אם לא תתקבלנה טענות המערערים ביחס לחקירתם בשב"כ, הודאותיהם של המערערים במשטרה, יוכרו כראיות קבילות ובעלות משקל ראייתי.

טרם שניגש לבחינת הטענות הנוגעות למשקלן של הראיות, מן הראוי להבהיר כי טענות בדבר היעדר תיעוד חזותי של החקירות; אי מסירת פרטים מוכמנים; והיעדר רצף כרונולוגי בהודאות, הועלו בפעם ראשונה במסגרת הערעור שלפנינו, ולפיכך נעדרת התייחסות של בית משפט קמא לטענות אלה. במצב דברים זה, היה מקום לדחות על הסף את הטענות הללו מטעם זה בלבד, אולם בשל חשיבות הדברים, אתייחס גם לנושאים אלה לגופם.

המסגרת הנורמטיבית

52. קביעתו של בית המשפט כי הודאה המונחת לפניו היא קבילה, אינה מעידה בהכרח על אמיתות תוכנה, ובית המשפט נדרש לבחון את משקלה הראייתי, וזאת על מנת להפיג את החשש שמא מדובר בהודאת שווא (ע"פ 8589/13 רמילאת נ' מדינת ישראל (17.01.2015) (להלן: עניין רמילאת), בפסקה 24 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר; עניין חייטוב, בפסקה 85). עמד על כך השופט י' דנציגר, בעניין זדורוב:

"בשונה מבחינת קבילות ההודאה, הבודקת אם ההודאה הושגה כתוצאה מלחץ חיצוני שהופעל על הנחקר, הרי שבחינת משקל ההודאה תפקידה לוודא כי זו לא נמסרה כתוצאה מלחץ פנימי שבגינה הודה הנחקר לשווא. אכן, מבחן הקבילות לחוד, ומבחן המשקל לחוד. 'נכון הדבר שכאשר בית-המשפט מחליט כי ההודאה קבילה, משמעות ההחלטה היא - כי אין בנסיבות גבייתה של ההודאה כדי להקים חששות בדבר אמיתות תוכנה. ברם, אין בכך בשום פנים ואופן משום קביעה שתוכן ההודאה אמת הוא'. גם שימוש בדרכי חקירה מותרות עלול במקרים מסוימים, להביא לכך שהנחקר יודה במה שלא חטא [...] '[עניין מועדי, עמ' 251]' (שם, בפסקה 87).

53. משקלה של הודאה נבחן באמצעות שני מבחנים מצטברים: מבחן פנימי ומבחן חיצוני (ע"פ 774/78 לוי נ')



מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 228 (להלן: עניין לוי)). בפסק דיני בעניין ח'ליפה, התייחסתי לנושא זה באומרי:

"המבחן הפנימי בוחן את משקלה של ההודאה לנוכח סימני האמת העולים ממנה 'כגון הגיונה או חוסר הגיונה הפנימי, סידורם או בלבולם של הפרטים הנמסרים בה וכיוצא בהם סימנים של שכל ישר המביאים אדם בר דעת להתייחס לדברי זולתו באמון' (ראו: עניין לוי, עמ' 234-235; עניין מילשטיין, בפסקה 16 לפסק דינו של השופט א' א' לוי). המבחן החיצוני עניינו בדרישה לתמוך את ההודאה בתוספת ראייתית מאמתת מסוג 'דבר מה נוסף', שתכליתה להפיג את החשש שהנאשם הודה במעשים שלא ביצע. נקבע בפסיקה, כי ניתן להסתפק בכל סוג של ראיה, ישירה ונסיבתית כאחת, שיש בה כדי לאשר את תוכן ההודאה (ראו: ע"פ 6977/03 סארה נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (20.7.2009) (להלן: עניין סארה)). המבחן החיצוני בודק את ההודאה על פי סימני האמת החיצוניים לה, אשר יש בהם, לפי מבחני השכל הישר, כדי לשפוך אור על אמיתותה (עניין לוי, עמ' 234). שני המבחנים מקיימים ביניהם 'מקבילית כוחות', באופן שככל שההודאה זוכה למשקל רב יותר, כך יהיה צורך בתוספת ראייתית בעלת משקל משמעותי יותר (ראו: עניין מילשטיין, פסקה 20 והאסמכתאות שם, וראו גם, ע"פ 3873/08 אטיאס נ' מדינת ישראל (6.9.2010) בפסקה 113-114; ע"פ 2094/15 אטיאס נ' מדינת ישראל (1.9.2016) בפסקה 57 (להלן: עניין אטיאס); עניין רמילאת, בפסקה 26; וע"פ 3577/12 פריח נ' מדינת ישראל (23.7.2014) בפסקה כ') " (שם, בפסקה 64).

השופט נ' הנדל הציע בחוות דעתו, בע"פ 4179/09 מדינת ישראל נ' וולקוב (18.10.2010), מבחן משולש לשם בחינת משקלה של ההודאה, ובלשונו:

"על פי המבחן המשולש המוצע יש לבדוק בהודאת חוץ של נאשם את ההיבטים הבאים: האחד, מי אמר. השני, מה אמר. והשלישי דבר מה... ההיבט הראשון עניינו זהותו של הנאשם. מי הוא הנאשם אשר הודה? האם, למשל, שייך הנאשם לאחת מהקבוצות אשר לחבריה נשקף סיכון גדול יותר למסירת הודאת שווא? ... הניסיון המשפטי מלמד כי קיימות קבוצות סיכון החשופות יותר למנגנון העלול להוביל להודאת שווא. רשימת קבוצות הסיכון עשויה להשתנות בהתאם לתמורות השעה והחברה... מעבר לבדיקת ההשתייכות הקבוצתית, על הערכאה המבררת ליתן דעתה להתרשמותה הישירה מן הנאשם, בניסיון לקבוע עמדה בשאלה האם הלה בעל מאפיינים אישיים המחזקים את האפשרות שמסר הודאת שווא... ההיבט השני הוא, כאמור, ה'מה'. בדיקת נושא זה דורשת התמודדות חזיתית עם פרטי ההודאה - הגיונה הפנימי, סבירותה, רציפותה, מידת הקוהרנטיות שבה וכיו"ב. כן יש חשיבות לשלב במהלך החקירה בו הודה הנאשם... היבט זה דומה למבחן הפנימי, אך הדגש הוא על כניסה לעובי הקורה של סיפור המעשה ועלילות החקירה... ההיבט השלישי הוא כאמור 'דבר מה'. ברם, הכוונה אינה רק בדיקת קיומו של דבר מה נוסף - דרישה ראייתית הכרחית לצורך קבלת ההודאה... לשם הפעלתו של שיקול דעת מעין זה, יש לעשות שימוש במבחן החיצוני במובן הבא: האם קיימים גם 'דבר מה חסר' או 'דבר מה סותר'..." (פסקה 4 לחוות דעתו של השופט הנדל).

המבחן הפנימי

54. כאמור, המבחן הפנימי נועד לבדוק עד כמה ההודאה, כשהיא עומדת לעצמה ומתוכה, מעוררת אמון (עניין חייבטוב, בפסקה 100). המערערים טוענים, כי בבחינת משקלן הפנימי של ההודאות, היה על בית משפט קמא ליתן את דעתו לכך ש"ההודאות מדברות על גיוס 300 לוחמים לצורך שחרור הר הבית, דבר שאיננו הגיוני בעליל ונובע

מהתלהבות יתר מצפייה בסרט הוליוודי הנושא את השם: 300". טענה זו מוקשית בעיניי, שכן אינני סבור כי מדובר בתכנית בלתי סבירה בעליל וגם אם תכניתו של המערער 1, אליה הצטרפו יתר המערערים, הוכנה בהשראת סרט קולנוע כלשהו, אין בכך כדי לפגום, בהכרח, במשקלן הפנימי של ההודאות. יש לזכור, כי עניין זה תופס חלק קטן של ההודאה, כאשר לגבי יתר הדברים לא נטען כי הם חסרי הגיון פנימי.

55. כמו כן, יש לדחות את טענת המערערים בדבר היעדר בהירות בניסוח ההודאות וחוסר רצף הכרונולוגי בהם. ראשית, יש להזכיר כי מדובר במספר הודאות, כאשר כל אחד מהמערערים מסר, לכל הפחות, אמרה מרכזית אחת, במסגרתה תיאר הנחקר את האירועים, תוך פירוט הדברים בסדר כרונולוגי (המערער 1 - אמרה מיום 24.03.2013; המערער 2 - אמרה מיום 07.04.2013; והמערער 4 - אמרה מיום 07.04.2013). זאת ועוד, אופן מסירת ההודאה עשוי להיות מושפע מגורמים שונים, כאשר הרצף הכרונולוגי אינו עומד תמיד במרכזה של ההודאה. הסדר הפנימי יכול להיות מוכתב על ידי שאלות החוקרים, ומדרך חשיפת האירועים על ידי הנחקר עצמו, שאינו "מתנדב" תמיד להודות בכל המיוחס לו בהזדמנות הראשונה. לפיכך, אין בטענה כי ההודאות, רובן או כולן, אינן ערוכות בסדר כרונולוגי, כדי להפחית, כהוא זה, ממשקלן הראייתי.

בנוסף, לא ראיתי ממש בטענה, לפיה ניתוח תוכן הודאותיהם של המערערים ושל שותפיהם, מעלה סימנים להכתבה של הדברים על ידי החוקרים, באופן המסביר את "התאימות בתוכן ההודאות". סבורני, כי נקיטה במונח כזה או אחר על ידי מי מבין הנחקרים, אינו מעיד, בהכרח, על מעין "הכתבה חיצונית" של החוקרים, דבר שיש בו כדי להפחית במשקל הראייתי של ההודאות.

לסיכום חלק זה, נראה בעיניי כי הודאותיהם של המערערים 1, 2 ו-4 צולחות את המבחן הפנימי, ככל שהדבר נוגע לתוכן של ההודאות.

המבחן החיצוני

56. כעת, אפנה לדון במבחן החיצוני, הבוחן את השאלה האם קיימת תוספת ראייתית מאמתת להודאות המערערים, בדמות "דבר מה נוסף".

57. אקדים מסקנה להנמקה, ואומר כבר עתה, כי הוצגה במקרה דנן תשתית ראייתית מספקת לחיזוקן של הודאות המערערים, ובכלל זה ניתן למנות את אלה: הודאותיהם של שישה מעורבים שונים בפרשה: ארבעת הנאשמים בתיק זה, ושני מעורבים נוספים שהורשעו בתיק המקביל - ג'לאל ובזלמית; עדויותיהם של בני משפחת דג'אני, אשר אינם מעורבים בעבירות העיקריות שיוחסו למערערים; ראיות חפציות שונות - לרבות: האקדחים אשר שימשו בחלק מהעבירות, מטעני הצינור שהוכנו על ידי חברי החוליה, ומאות עמודים שהודפסו מתוך חשבון הפייסבוק של המערער 1, הכוללים צילומים שונים, ובכלל זה של הר הבית, התכתבויות שונות, ועוד.

כפי שהובהר בפסיקה, הודאות שותפיהם של המערערים יכולות לשמש כתוספת ראייתית מאמתת להודאות

הקבילות של המערערים. יפים לעניין זה, דבריו של השופט נ' הנדל: "עדות הטעונה תוספת יכולה לשמש 'תוספת' (לעדות אחרת הטעונה תוספת); ובית המשפט אינו מנוע מלמצוא 'סיוע', 'דבר מה נוסף' או 'דבר לחיזוק' - הכל לפי העניין - לעדותו של שותף לעבירה, בעדותו של שותף אחר לאותו עבירה" (ע"פ 804/95 גרינברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 200 (1995)). דברים אלה הובהרו גם בפסק הדין שניתן על ידינו "בסיבוב הראשון", כמפורט בפסקה 18 לעיל.

לגישת המערערים, הם הורשעו בעבירות בטחון חמורות, מבלי שקיים בעניינם "קורפוס דליקטי", דבר המוביל, לשיטתם, לדרישת "דבר מה נוסף" מוגבר, דרישה אשר לא התמלאה במקרה דנן. דין טענה זו להידחות. ראשית, בשיטת המשפט הנוהגת בישראל הוכחת "קורפוס דליקטי" אינה מהווה תנאי הכרחי להרשעה. אמנם, קיומו של ספק בדבר עצם ביצוע העבירה עשוי להוביל לדרישת "דבר מה נוסף" מוגבר במשקלו, כפי שנטען על ידי המערערים, ואולם, בענייננו, במרבית המקרים כלל לא מתעורר ספק לגבי עצם התרחשותה של העבירה. אוסיף עוד, למעלה מן הצורך, כי התוספות הראייתיות להודאותיהם של המערערים עומדות בדרישת החיזוק המוגבר, הן בהפללה הצולבת של כלל המעורבים בפרשה והן בתפיסת חלק מהאמצעים ששימשו לביצוע העבירות (אקדחים ומטען צינור), ויש בכך כדי להסיר את החשש שמא המערערים נטלו על עצמם אחריות לעבירות שלא ביצעו (ראו, בהקשר זה, ע"פ 556/89 מוחמד עלי נ' מדינת ישראל לז(3) 169 (1983)).

אכן, מעצרו של המערער 1, ובעקבות כך גם מעצרו של יתר המעורבים, מנע את המשך הוצאתה של תכנית הקשר הפלילי שנתקם בין המערערים, מן הכוח אל הפועל. אך כאמור, הוצגו בפני בית משפט קמא אימותים חיצוניים למכביר לאמור בהודאותיהם של המערערים.

אשר לעבירת החטיפה לשם רצח, בה הורשעו המערערים 2 ו-4, אין חולק כי לא אותר אותו "טרמפיסט" שהורד בכניסה ליישוב אדם, חרף הניסיונות שנעשו כדי לאתרו. ואולם, גם לגבי עבירה ספציפית זו קיימות תוספות ראייתיות מספקות, ביחס לכל אחד מן המערערים הנוגעים בדבר. בנוסף להודאות עצמן, הגישה המשיבה את הודאתו של ג'לאל, שבה מופיע אימות מלא לאמור בהודאות המערערים; וכן, נתפס האקדח אותו נשא המערער 2 בעת ביצוע העבירה.

כפי שהובהר לעיל, בית משפט קמא לא התייחס לדרישת ה"דבר מה נוסף" כדרישה טכנית בלבד, אלא ערך בדיקה מעמיקה של כל אחת מן הראיות הנוספות, ובחן את השאלה האם יש בהן כדי לספק את הדרישה לתוספת ראייתית, לשם חיזוק אמינות הדברים שנאמרו על ידי המערערים בחקירתם בשב"כ ובמשטרה. לפיכך, נראה כי הודאותיהם של המערערים צולחות אף את המבחן החיצוני.

טענות נוספות

58. בהודעת הערעור, מצביעים המערערים 1, 2 ו-4 על מספר כשלים חקירתיים וראייתיים אשר יש בהם, לשיטתם, להביא להפחתת המשקל שיש לייחס להודאותיהם בחקירה, אליהם אתייחס להלן.

אי תיעוד חזותי של החקירות - המערערים 1, 2 ו-4 טוענים כי יש בעובדה "שלא ניתן לעמוד באמצעות צילומי וידאו של החקירות, על אופן התנהלותה ובהתאם גם על טענות הנחקרים לאליומות מצד החוקרים או מידת מסירת ההודיות באופן חופשי ומרצון", כדי להשפיע על מידת האמון והמשקל שיש לייחס להודאותיהם. סבורני, כי דין טענה זו להידחות. בית משפט קמא נימק באריכות, במסגרת הכרעת דינו הראשונה, את דחיית טענות המערערים בדבר האליומות שהופעלה נגדם במהלך החקירה, קביעות אותן אין המערערים תוקפים במסגרת ערעורם. משבית משפט קמא קבע עובדתית, כי לא הופעלה אליומות כלפי המערערים, אין בהעדר תיעוד חזותי כדי להשפיע על משקל ההודאות, ועל אחת כמה וכמה שאין בכך כדי להביא לפסילתן.

מחדלי חקירה - לשיטת המערערים, לא בוצעו במקרה דנן "פעולות חקירה בנאליות, כמו לדוגמה שיחזור, איכון טלפונים ומחקרי תקשורת פשוטים אחרים". נטען בנוסף על ידי המערערים, כי היה מצופה שהם "יתועדו בווידיאו בדרכם הלך או חזור, או בעת ביצוע איזו מבין כל העבירות הרבות המיוחסות להן". אין בידי לקבל טענות אלה בדבר קיומם של מחדלי חקירה, שכן פעולות החקירה שבוצעו בתיק זה חוסות תחת תעודת חיסיון; ומשהמערערים לא הגישו עתירה לגילוי ראייה חסויה, אין זה ראוי כי הם יעלו בפנינו טענות בעניין זה.

מניעת זכות היוועצות בעורך דין ופגיעה בזכות השתיקה - יש לדחות את טענת המערערים, לפיה גם אם מניעת המפגש עם עורך דין, בתחילתה של החקירה, נעשתה כדי, הרי שבשל "המניעים המהותיים שעומדים ביסוד זכויות יסוד אלה" אין לייחס להודאותיהם של המערערים משקל גבוה. בית משפט קמא קבע בהכרעת דינו הראשונה, כי הודעה למערערים זכותם לשתוק בתחילת החקירה; וכי מניעת המפגש עם עורך דין נעשתה כדין ובסמכות. בדומה למערער 3, גם המערערים 1, 2 ו-4 היו מנועי מפגש עם עורך דין לימים ספורים בלבד, ולפיכך מוקשית בעיני הטענה, כי יש בתקופה קצרה זו כדי להוות גורם ממשי בשאלת קבילות ההודאות, או בשאלת משקלן הראייתי. אוסיף עוד, כי אין להסיק מכך שבחלק קטן מתקופת מעצרו לצורך חקירה היו המערערים מנועים מלפגוש עורך דין, את המסקנה כי נמנע מהם לעמוד על מלוא זכויותיהם. זאת, בעיקר לנוכח "מסמך הזכויות" עליהם הם חתמו; וההסברים שניתנו להם בעל-פה על ידי החוקרים. כמו כן, סבורני כי אין במניעה קצרה זו כדי להוביל בהכרח למסקנה, כי יש להפחית במשקל הראייתי המיוחס להודאות. בדומה לאמור ביחס למערער 3, הנני סבור כי לא הוכח קיומו של קשר סיבתי, גם בעניינם של המערערים, בין מניעת המפגש עם עורך דינם לבין תוכן ההודאותיהם בחקירה, באופן שיש בו, כאמור, כדי להפחית במשקל הראייתי של ההודאות.

העדרם של פרטים מוכמנים - לגישת המערערים 1, 2 ו-4, בהכרעת דינו של בית משפט קמא לא הייתה כל התייחסות להעדרם של פרטים מוכמנים בהודאות המערערים ושותפיהם, וכי "היה ראוי ליתן לכך משקל ראייתי בכלל ובשאלת קיומו של 'דבר מה נוסף' בפרט". אין בידי לקבל טענה זו. פרטים מוכמנים הנמסרים על ידי נחקר בהודאתו עשויים לשמש כראיה מאמתת להודאת חוץ (עניין מילשטיין, פסקה 20). כמו כן, פרטים מוכמנים אף עשויים לשמש כראיה מסייעת, ובלבד שבקיאיותו של הנאשם בפרט גלויה וברורה; כי קיומו של הפרט המוכמן הוכח כדבעי; וכי פרט זה לא יכול היה להימצא אלא בתודעתו של מי שביצע את העבירה (ע"פ 2109/96 אל עביד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 673, 719-718 (1997); ע"פ 8867/10 עלי גזאל נ' מדינת ישראל, בפסקה 21 (24.02.2016)). יחד עם זאת, אין הכרח כי יימסרו על ידי הנחקר פרטים מוכמנים, ואין בהעדרם כדי להחליש, מניה וביה, את משקל ההודאותיהם של המערערים.



הבחנה בין הפללה מידיעה אישית לבין הפללה המבוססת על עדות מפי השמועה - אין בידי לקבל את טענת המערערים, לפיה בית משפט קמא היה צריך לערוך הבחנה בין הודאות המערערים שמקורן בדיעתם האישית, לבין הודאות המתבססות על עדות מפי השמועה. טענות אלה נטענו ללא כל הפנייה לחומר וללא אסמכתא מתאימה. כמו כן, וכפי שעולה מהתשתית הראייתית שלפנינו, איש מן המערערים לא הורשע על סמך תוספת ראייתית שמקורה בעדות מפי השמועה.

היעדר בירור על ידי מבת"ן - לגישת המערערים, שגה בית משפט קמא משלא נתן כל משקל ראייתי להיעדרה של חקירת מבת"ן בתלונותיהם של המערערים, לגבי שימוש באלימות מצד החוקרים. לגישת המערערים, בנסיבות אלה, אי קיום בירור על ידי מבת"ן צריך להוביל לזיכויים מן המיוחס להם. על פי הנמסר לנו על ידי המשיבה, נוהל העבודה של המבת"ן משקף את הלכת בית משפט זה, בבג"ץ 5413/03 עליוואת נ' ראש המחלקה לחקירת שוטרים ואח' (25.09.2003) (להלן: עניין עליוואת); ובבג"ץ 9347/07 נחמני נ' הפרקליט הצבאי הראשי (06.11.2009). לפיכך, אף לו הוכחה עצם הגשת התלונה למבת"ן, הרי שלאור טענות הזוטא שהועלו על ידי המערערים במשפטם, אשר עודן שנויות במחלוקת במסגרת ערעור זה, הרי שבירור התלונה היה נדחה, מן הסתם, עד לסיום משפטם, ובמקרה דנן עד לסיום ההליך שלפנינו. סבורני, כי עניינם של המערערים אינו בא בגדרם של אותם מקרים חריגים, אשר מחייבים הקדמה של חקירת מבת"ן לקיומם של הליכי משפט הזוטא. יש להזכיר, בהקשר זה, כי בית משפט קמא בחן את כלל העדויות הרלוונטיות וקבע כי אין מתעורר ספק סביר בשאלה האם נקטו החוקרים באלימות נגד המערערים, קביעה עליה לא משיגים המערערים, ועל כל פנים אין מקום להתערב בה.

59. אוסיף עוד, כי לא מצאתי ממש בטענותיהם של המערערים, לפיהן קיימים "כשלים חקירתיים וראייתיים", אשר יש בהם כדי להפחית ממשקלן הראייתי של ההודאות שניתנו על ידם. נראה, כי לא הונחה על ידי המערערים כל תשתית ראייתית, ולו מינימאלית, להוכחת טענה זו. לפיכך, וכפי שקבע בית משפט קמא, הודאותיהם של המערערים הינן הודאות קבילות ובעלות משקל ראייתי מלא.

אשר למחדלי החקירה, שהוזכרו בפסקה 381 להכרעת הדין הראשונה, יצוין כי מדובר במחדל חקירה בודד הנוגע לאישום אחד בלבד, שעניינו "תכנית הנסיעה לשכם עם 'אבו מהדי'". בית משפט קמא סקר מחדל זה, שאף לשיטתו גרם ל"נזק ראייתי", ולפיכך זיכה את המערער 1 מהמיוחס לו באישום זה.

60. לאור האמור, יש לדחות את טענות המערערים 1, 2 ו-4 באשר למשקלן הפנימי והיחצוני של ההודאות.

לסיכום, לאחר בחינת כלל הראיות והאזנה לטיעוני הצדדים, הגעתי לידי מסקנה כי אין מקום להתערבותו בקביעתו של בית משפט קמא, לפיה צָבַר הראיות העומדות לחובת המערערים, היינו הודאותיהם בחקירה והראיות המשמעותיות התומכות ומחזקות הודאות אלה, מוביל לידי מסקנה ברורה, כי לא נותר ספק סביר בדבר אשמתם, בעבירות שבהן הם הורשעו.

ערעורם של המערערים 1, 2 ו-4 על חומרת עונשם, יידון בהמשך, במסגרת הערעורים על גזר הדין.

61. בערעור שהוגש על ידי המשיבה, היא משיגה על זיכויים של המערערים 1, 2 ו-4 מהעבירות שעניינן ניסיון לרצח וסיוע לאויב במלחמה. כמו כן, מערערת המשיבה על קולת עונשם של המערערים, בדגש על רכיב המאסר בפועל.

62. הנושאים העיקריים הדורשים הכרעה הם, אפוא, אלה:

א. הנושא הראשון, עניינו בשאלה האם ניתן להרשיע את המערערים 2 ו-4 בעבירה של ניסיון לרצח, לפי סעיף 305 לחוק העונשין, במסגרת האישום שעניינו "חטיפת יהודי לשם רציחתו ולקיחת נשקו". בחלק זה, נעמוד על פרשנותו של סעיף 28 לחוק, שעניינו "פטור עקב חרטה"; ועל היחס הראוי בין עבירת החטיפה לשם רצח ועבירת הניסיון לרצח.

ב. הנושא השני, עניינו בשאלת פרשנותו של סעיף 99 לחוק העונשין, שעניינו "סיוע לאויב במלחמה", בדגש על היסוד העובדתי של העבירה.

אדון בשאלות אלה, כסדרן.

עבירת הניסיון לרצח

63. אפתח בטענות המשיבה בנוגע לזיכויים של המערערים מעבירת הניסיון לרצח.

64. לגישת המשיבה, שגה בית משפט קמא בהנמקתו הכפולה לזיכויים של המערערים 2 ו-4 מעבירה של ניסיון לרצח. אשר לנימוק שעניינו פטור עקב חרטה, נטען על ידי המשיבה, כי המערערים אינם מקיימים בהתנהגותם את התנאים הקבועים בסעיף 28 לחוק העונשין, לצורך גיבושו של הפטור. אשר לנימוק השני, נטען על ידי המשיבה, כי על פי פסיקתו של בית משפט זה, אין כל מניעה להרשיע את המערערים 2 ו-4 בעבירה של חטיפה לשם רצח בצד עבירה נוספת של ניסיון לרצח, ואף ניתן להטיל עליהם עונשים נפרדים בגין כל עבירה.

עבירת הניסיון לרצח - מסגרת נורמטיבית

65. סעיף 305 לחוק העונשין, מגדיר את עבירת ה"ניסיון לרצח" כך:

"305. העושה אחת מאלה, דינו - מאסר עשרים שנים:

(1) מנסה שלא כדין לגרום למותו של אדם;

(2) עושה שלא כדין מעשה, או נמנע שלא כדין מעשות מעשה שמחובתו לעשותו, בכוונה לגרום למותו של אדם, והמעשה או המחדל עלולים מטבעם לסכן חיי אדם."

66. עבירת הניסיון לרצח היא עבירה מיוחדת, בהיותה עבירת ניסיון עצמאית. חרף זאת, נפסק לא אחת, כי יחולו על עבירה זו הוראות החלק הכללי של חוק העונשין (ע"פ 6468/14 צרפתי נ' מדינת ישראל (03.05.2015)), ובכלל זה סעיף 25 לחוק, אשר מגדיר ניסיון מהו: "אדם מנסה לעבור עבירה, אם במטרה לבצע, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה".

היסוד העובדתי בעבירת הניסיון, ובכלל זה בניסיון לרצח, מתגבש כאשר המעשה שבוצע יצא מגדר פעולות הכנה, והוא מהווה חוליה בשרשרת מעשים שנועדו להביא, בסופו של דבר, לביצועה של העבירה המושלמת, ובענייננו, עבירת הרצח בכוונה תחילה (ע"פ 4711/03 אבו זייד נ' מדינת ישראל (15.01.2009)).

במקרה דנן, אין חולק כי מעשיהם של המערערים 2 ו-4 יצאו מגדר מעשי הכנה בלבד, ונכנסו אל תחום הניסיון, כאשר, למרבה המזל, לא עלה בידי המערערים לבצע את העבירה המושלמת. המערער 2 וג'לאל נפגשו עם המערער 4 ועדכנו אותו בפרטי התכנית. לאחר מכן, יצאו השלושה בנסיעה לכיוון שכונת פסגת זאב בירושלים, כאשר ג'לאל יושב בספסל האחורי, כשהוא מצוייד באקדח, אותו הביא המערער 2. בהמשך, עצרו השלושה בתחנת אוטובוס, ואספו אל רכבם יהודי אשר ביקש להגיע ליישוב אדם, תוך הצגת מצג שווא, לפיו בכוונתם להסיע אותו ליעדו, וכל זאת לשם מימוש תכניתם הזדונית. לאחר שהשלושה נוכחו לדעת כי הנוסע שאספו לרכבם אינו נושא ברשותו נשק, הם החליטו להימנע מלבצע את זממם והורידו את הנוסע בכניסה ליישוב אדם, ולאחר מכן עזבו את המקום. בנסיבות אלה, נראה כי הוכח היסוד העובדתי שבעבירה, ואין צורך להרחיב מעבר לכך.

אשר ליסוד הנפשי הנדרש, נקבע בע"פ 1474/14 פלוני נ' מדינת ישראל (15.12.2015), כי "במסגרת היסוד הנפשי בעבירת הניסיון לרצח, יהא צורך להוכיח כי התקיימו שלושת חלקיו של היסוד הנפשי בעבירת הרצח, קרי: החלטה להמית; הכנה; והיעדר קנטור" (שם, בפסקה 73, תוך שינוי ההלכה הותיקה שנקבעה בע"פ 144/59 דרעי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 233 (1960)). בענייננו, לנוכח האמור בהודאותיהם של המערערים 2 ו-4, אין ספק בדבר התקיימותו של היסוד הנפשי אצל המערערים. אין חולק כי התגבשה בקרבם ההחלטה להמית, ובהתארגנותם של המערערים 2 ו-4 וג'לאל לקראת ביצוע התכנית, יש כדי להוות משום "הכנה" לניסיון הרצח של אותו "טרמפיסט", ולפיכך מתקיים גם יסוד "ההכנה". אשר ליסוד "היעדר קנטור", לא הועלתה במקרה דנן כל טענת קנטור, ואין חולק כי לא אירעה כל התנהגות מקנטרת כלפי המערערים, מצידו של ה"טרמפיסט" התמים.

67. על יסוד האמור, נראה כי הוכחו בעניינם של המערערים 2 ו-4 כלל יסודות עבירת הניסיון לרצח.

להלן, אבחן את טענותיה של המשיבה ביחס לנימוקים שהובילו לזיכויים של המערערים 2 ו-4 מעבירה זו.

הנימוק הראשון - פטור מעבירת הניסיון לרצח עקב חרטה

68. המשיבה טוענת, כאמור, כי המערערים 2 ו-4 אינם זכאים לפטור מעבירת הניסיון לרצח עקב חרטה, רק בשל כך שהם לא המשיכו בביצוע מעשה ההמתה. ייאמר כבר עתה, כי לאחר שבחנתי את הדברים, סבורני כי הדין עם המשיבה בעניין זה.

פטור עקב חרטה - מסגרת נורמטיבית

69. כידוע, ניסיון לבצע עבירה הוא בר ענישה, ולאחר תיקון 39 לחוק העונשין, העונש בשל הניסיון זהה לעונש בגין ביצוע העבירה המושלמת, "מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת" (סעיף 34ד לחוק העונשין). בעבר, העונש בשל ניסיון לבצע עבירה היה מחצית מהעונש בגין ביצוע העבירה המושלמת, ובכדי לצמצם את מקומו של המזל המוסרי בענישה, הוחלט להשוות את העונשים של הניסיון ושל העבירה המושלמת (ש"ז פלר ומדרכי קרמניצר "הצעת חלקי מקדמי וחלק כללי לחוק העונשין החדש ודבר הסבר תמציתיים" משפטים יד 208, 127 (1984) (להלן: פלר וקרמניצר)).

במקביל להשוואת העונשים בין עבירת הניסיון לבין העבירה המושלמת, נחקק סעיף 28 לחוק העונשין, אשר קבע חריג לכלל המטיל אחריות פלילית על ניסיון לבצע את העבירה והעניק פטור מעבירה זו, עקב חרטה.

סעיף 28 לחוק העונשין קובע כדלקמן:

"28. מי שניסה לעבור עבירה, לא יישא באחריות פלילית לניסיון, 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".

כלומר, לפי סעיף 28 לחוק העונשין, כדי לזכות בפטור עקב חרטה, על הנאשם להוכיח קיומם של שלושה תנאים מצטברים: האחד, כי הוא חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה; השני, כי הוא חדל מעשיית המעשה מחפץ נפשו בלבד; והשלישי, כי החדילה נעשתה מתוך חרטה. בפסיקה נקבע, כי על הטוען לפטור עקב חרטה להוכיח את תנאי הסעיף ברמת הוכחה של מאזן ההסתברויות, כנהוג במשפט האזרחי (ע"פ 297/11 סעיד נ' מדינת ישראל, פסקה 50 (22.07.2013) (להלן: עניין סעיד); ע"פ 10110/03 גמליאל נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (11.12.2006)).

טרם שאדון בשאלת התקיימותם של תנאי הפטור עקב חרטה בנסיבות ענייננו, אסקור בקצרה את ההיסטוריה החקיקתית והפסיקתית, בהקשר לפרשנותו ואופן יישומו של סעיף זה.

70. בספרות המשפטית ניתנו מספר טעמים למתן הפטור עקב חרטה, אותם ניתן למצות בשני טעמים מרכזיים: טעם מוסרי וטעם תועלתני. לפי הטעם התועלתני, תכליתו של הפטור היא לעודד עבריינים לחדול ממעשה העבירה לפני השלמתו, או לנסות ולמנוע את תוצאות המעשה, ככל שמדובר בעבירה תוצאתית, והושלם היסוד העובדתי של העבירה. לפי הטעם המוסרי, החרטה מצביעה על שינוי שחל במצבו הנפשי של הנאשם ועל כך שהוא מבקש להתנער מביצוע העבירה, גם אם הוא חצה את סף הניסיון (ראו: עניין מצארווה, בעמ' 569-570).

בדברי ההסבר להוספת הסעיף - הן בהצעה המקורית לחלק הכללי לחוק העונשין משנת 1980, והן בהצעה שהתקבלה לבסוף בתיקון מס' 39 לחוק העונשין בשנת 1992 - נכתב כך:

"הוראת סעיף 20 [28 בהצעה המאוחרת - א.ש.] היא בבחינת חידוש. המפנה הפנימי החזק, המביא אדם לידי הפסקת התנהגותו העבריינית, ראוי להתחשבות פנולוגית. המדובר בבעל תשובה בעיצומו של המעשה וטרם השלמתו. יש לעודדו עד כדי פטור מאחריות על הניסיון. חזקה על אדם כזה שלא ישוב עוד לסורו, ואין כל טעם לייסר אותו בייסורים נוספים. אבל כל זאת בשני תנאים: אם המדובר בעבירה של תוצאה והמנסה השלים את האלמנט ההתנהגותי, מן הדין שיצליח למנוע את התוצאה; ועל כל פנים, שבחלק מן העבירה שבוצע לא יהיה משום עבירה מושלמת אחרת" (שמואל תמיר "הצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר" משפטים י 202, 219 (1980) (להלן: הצעת חלק כללי); הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, בעמ' 129 (להלן: הצעת חוק תיקון מס' 39 לחוק העונשין)).

כלומר, נקודת המוצא להענקת הפטור מאחריות פלילית נעוצה במפנה הפנימי המשמעותי אשר הביא את המנסה לחדול מביצוע המעשה או למנוע את התוצאה, וכדי לעודד אותו ללכת בדרך זו - ניתן לו פטור מאחריות פלילית בגין הניסיון לבצע את העבירה.

לאחר אישור הצעת תיקון מס' 39 לחוק העונשין בקריאה ראשונה בכנסת, בתחילת שנת 1992, עמדה פרופ' מ' גור-אריה על משמעות ההסדר המוצע של הפטור עקב חרטה:

"[...] במקרים החריגים, שבהם המנסה התחרט וחדל מיוזמתו מן הביצוע, אין סיבה שלא לפטור אותו מאחריות פלילית, כפי שמוצע בסעיף 28 להצעה. אדרבא: דווקא משום שהוא כבר היה בעיצומו של הביצוע, חשוב לספק לו מוטיבציה להתחרט אפילו בשלב זה. יש גם להניח כי מי שחזר בו לאחר שכבר התנסה בתחילת הביצוע של העבירה 'לא ישוב עוד לסורו' - כלשון דברי ההסבר להצעה.

[...] את הפטור מאחריות יש להעניק למי שזנח את הרעיון לבצע את העבירה עקב מפנה פנימי בעמדתו הנפשית, ולא למי שעקב נסיבות חיצוניות שהתגלו במהלך הביצוע הבין כי השלמתו של הביצוע עלולה להיכשל וכי הוא עלול להיתפס" (מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" משפטים כ"ד 9, 41 (1994) (להלן: גור-אריה - הצעת חוק העונשין) (ההדגשות שלי - א.ש.).

מדבריהם של חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת, עולה כי הפטור נועד לעודד מי שמבקשים לחזור בהם מביצוע העבירה, או להרתיע אותם מביצועה המושלם של העבירה. כך עולה מדבריו של ח"כ דן מרידור, עת הביא את הצעת חוק תיקון מס' 39 לחוק העונשין, בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט בפני הכנסת:

"אנחנו עוסקים כאן בפטור עקב חרטה. זהו חידוש. מטרתו היא מדיניות של הרתעה מפני ביצוע עבירה או עידוד לחזור בך מכוונתך לעבור עבירה.

לא יהיה קל להוכיח את הצטברות התנאים האלה [שקובע סעיף 28 לחוק העונשין - א.ש.]. לא מספיק שאדם ניסה וחזר בו. צריך שהחזרה הזאת תהיה מלווה בחדילה מהשלמת המעשה, או אם הוא כבר השלים את שלו, והוא לא יכול לעשות יותר לצורך השלמת העבירה, הוא יעשה מאמץ כדי למנוע את תוצאותיה, יתרום תרומה של ממש למניעת תוצאות. הביטוי הוא 'תרומה של ממש', וכל זה צריך להיות מחפץ נפשו - SUA SPONTE - ומתוך חרטה.

כדי להדגים אומר, אם הוא ראה מכונית משטרה מתקרבת וחזר בו, זה לא מחפץ נפשו אלא מפני שהוא ראה את המשטרה. לכן הוא יצטרך להוכיח שזה מחפץ נפשו ולא מתוך פחד או חשש, גם חפץ הנפש בלבד וגם מתוך חרטה.

כמובן, אם עד אותו מועד הוא כבר ביצע עבירה אחרת שהיא כבר מושלמת, לא רק ניסיון לבצע עבירה, הוא יכול להיות מורשע בה" (ד"כ 124 (תשנ"ד) 2297) (ההדגשות שלי - א.ש.).

וכן, ראו גם את דבריו של ח"כ דוד צוקר, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט דאז, באותו דיון:

"אני מניח שלסעיף זה יש חשיבות רבה בתור עניין, אלמנט, מרכיב, שמעודד חרטה וחזרה למוטב. הוא איננו מסכן את הציבור, היות שאינו פוטר מאחריות לאותן עבירות שכבר בוצעו על-ידי מי שאחר כך התחרט.

יותר מזה, אני אומר לחבר הכנסת יצחק לוי, הסעיף המוצע פוטר מאחריות רק מי שהוכיח - וזה הוא תנאי, לדעתי, מחמיר, מחמיר ביותר - שמחפץ נפשו בלבד, ומתוך חרטה, חדל מביצוע העבירה.

ביסודו של דבר אני אומר אותו דבר גם לידידי, עמיתי, חבר הכנסת רביץ: ביסוד הסעיף, כפי שאמרתי, מונח הרצון לעודד חזרה מהעבירה, אפילו אם זה בעיצומו של ביצוע העבירה" (ד"כ 124 (תשנ"ד) 2297) (ההדגשות הן שלי - א.ש.).

עתה, ולאחר סקירת הרקע לחקיקת סעיף הפטור עקב חרטה, והבהרת כוונת המחוקק בחקיקתו, אעבור לדון ביסודות הפטור עצמם. ראשית, אדון ביסודות אלו ברמה העקרונית, ולאחר מכן ברמה הפרטנית, הנוגעת למערערים שלפנינו.

התנאים להכרה בפטור עקב חרטה

71. כאמור לעיל, כדי ליהנות מהפטור על העושה להוכיח התקיימותם של שלושה תנאים מצטברים: חדילה מהשלמת המעשה; מחפץ נפשו בלבד; ומתוך חרטה. אדון בתנאים אלה כסדרם.

תנאי ראשון - חדילה מהשלמת המעשה או הרמת תרומה של ממש למניעת התוצאות

72. לפי סעיף 28 לחוק העונשין, ההתנהגות הנדרשת מהעושה, על מנת ליהנות מהפטור, היא חדילה מהשלמת המעשה או הרמת תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה. הדרישות מהעושה לגבי תנאי זה, מתייחסות למישור העובדתי בלבד, ואילו במישור הנפשי, על העושה להיות מודע לכך שהוא חדל מהשלמת המעשה או שהוא תורם תרומה של ממש למניעת התקיימות התוצאות, שבהן מותנית השלמת העבירה.

תנאי שני - מחפץ נפשו בלבד

73. התנאי השני, לצורך קבלת הפטור עקב חרטה, הוא כי על החזרה מהשלמת העבירה להיות "מחפץ נפשו בלבד" של העושה.

בהצעת החוק הכללי של חוק העונשין, משנת 1980, תנאי זה נוסח כדרישה לכך שהחזרה מהשלמת העבירה תהיה "מיוזמתו" של העושה (סעיף 20 להצעה זו). כך גם בדברי ההסבר להצעת החוק של תיקון מס' 39, משנת 1984 - בה נקבע התנאי לפיו החזרה מהשלמת העבירה תהיה "מחפץ נפשו בלבד" של העושה - תוך שהובהר, כי "המנסה החדל מיוזמתו מתוך חרטה - פטור מעונש" (פלר וקרמניצר, בעמ' 208).

בדומה, בשנת 1992, לאחר שתיקון מספר 39 לחוק העונשין עבר בקריאה ראשונה בכנסת, הבהירה גור-אריה את משמעות ההסדר המוצע, וציינה כי "במקרים חריגים שבהם המנסה התחרט וחדל מיוזמתו מן הביצוע, אין סיבה שלא לפטור אותו מאחריות פלילית, כפי שמוצע בסעיף 28 להצעה" (גור-אריה - הצעת חוק העונשין, עמ' 41).

כאמור, גם ח"כ דן מרידור, עת הביא את הצעת החוק בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט, בפני הכנסת, ציין כי: "כל זה צריך להיות מחפץ נפשו - SUA SPONTE - ומתוך חרטה. כדי להדגים אומר, אם הוא ראה מכונית משטרה מתקרבת וחזר בו, זה לא מחפץ נפשו אלא מפני שהוא ראה את המשטרה. לכן הוא יצטרך להוכיח שזה מחפץ נפשו ולא מתוך פחד או חשש, גם חפץ הנפש בלבד וגם מתוך חרטה" (ד"כ 124 (תשנ"ד) 2297).

74. עולה מהדברים הללו, כי תנאי זה משמעו כי החזרה מהשלמת העבירה תהא מיוזמתו של העושה, וללא השפעה של גורם חיצוני. כך, בעניין סעיד, התייחס חברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר לתנאי זה, כדורש חדילה מניסיון "שלא בגין השפעות חיצוניות" (שם, בפסקה 50).

תנאי שלישי - מתוך חרטה

75. התנאי השלישי והאחרון, הנדרש לקבלת הפטור עקב חרטה, הוא כי על החזרה מהשלמת העבירה להיות "מתוך חרטה של העושה". הפסיקה הישראלית התמקדה בעיקר בפרשנותו של תנאי זה, וההלכה הנהוגה כיום הובהרה בעניין פלוני.

בעניין פלוני, חזר בית משפט זה, הלכה למעשה, למתווה שנקבע בע"פ 7399/95 נחושתן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105 (1998) (להלן: עניין נחושתן). שם נפסק, כי ככל שהחזרה מהכוונה להשלים את העבירה נבעה מחפץ נפשו של העושה, וללא השפעות חיצוניות, יש להעניק את הפטור למי שחזר בו מכוונתו להשלים את העבירה עקב חרטה, אף שחרטתו אינה "רגשית-מוסרית".

בפסק הדין בעניין מצארווה, אשר ניתן בבית משפט זה כשנה בלבד לאחר עניין נחושתן, נקבעה הלכה הפוכה, וזאת מבלי להתייחס להלכה הקודמת, ולפיה על החרטה להיות "רגשית-מוסרית", היינו מעין "חזרה בתשובה" של העושה:

"יש המדגישים דווקא את הפן התועלתי בפטור מחמת חרטה. לדעה זו הפטור בא לעודד עבריינים לחדול מן המעשה לפני השלמתו. לדעה זו היה צורך בעידוד מפורש זה, שכן על-ידי השוואת העונש על ניסיון לעונש על עבירה מוגמרת, ניטל התמריץ שהיה במשפט המקובל לעברייני לא להשלים את העבירה (ראה [6], at P.H. Robinson Criminal Law [6], at p. 695).

המצב במדינתנו שונה. אצלנו שואלים לפשר המניע של הנאשם לנטישת הניסיון, כפי שמלמדת לשונו של הסעיף המאוזכר לעיל, והדגש הוא על המילים 'אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה'" (שם, בעמ' 570) (ההדגשה שלי - א.ש.).

במקום אחר בעניין מצארווה, נאמר כי: "הביטוי שהמחוקק השתמש בו הוא 'מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה' [...] ביטוי זה מלמד שהחרטה צריכה לבוא מתוך שכנוע פנימי, ולא בגלל איזה קושי חיצוני" (שם, בעמ' 569) (ההדגשה במקור - א.ש.).

וכך נאמר בע"פ 5268/04 מינין נ' מדינת ישראל (07.11.2005): "הפטור מאחריות פלילית מותנה בהתקיימותה של חרטה. חרטה זו איננה ויתור על השלמת העבירה עקב נסיבות חיצוניות. החרטה היא הלך רוח נפשי פנימי שמדריך את העברייני למנוע את השלמת העבירה" (שם, בפסקה 12) (ההדגשות שלי - א.ש.).

כאמור, בשנת 2015, בעניין פלוני, דן בית משפט זה בהרחבה בתנאי הפטור, וקבע כי אין להוסיף ולדבוק בהלכה שנקבעה בעניין מצארווה, לפיה יש להוכיח חרטה "ערכית מוסרית", כדי להכנס לגדרי הפטור. נקבע, כי יש לחזור למתווה בעניין נחושתן, לפיו נאשם יכול ליהנות מהפטור אף כאשר חדילתו מהשלמת העבירה נבעה ממניעים אחרים. וכך באו הדברים לידי ביטוי בעניין פלוני: "הדרישה לחרטה רגשית-מוסרית איננה ראויה, וכי ניתן להסתפק בחזרה מהכוונה לבצע את העבירה על מנת לעמוד בתנאי של 'מתוך חרטה'. זאת, גם אם החזרה מהכוונה נבעה משיקולים שאינם מוסריים-ערכיים, אלא כלכליים, חברתיים וכדומה" (שם, בפסקה 69). בפסיקה זו, ביכר בית משפט זה

את התכלית התועלתנית של הסעיף, שהיא, כאמור, תמרוץ העושה לחזור בו מהשלמת העבירה.

76. וכך סוכמו התנאים להענקת הפטור עקב חרטה, בעניין פלוני:

"על מנת לעמוד בתנאי היסוד הנפשי של הוראת הפטור עקב חרטה, על העושה לחזור חזרה מלאה מכוונתו להשלים את העבירה, מיוזמתו וללא השפעה של גורמים חיצוניים. ועל מנת לעמוד בתנאי היסוד העובדתי, על העושה לחדול מהשלמת המעשה (כל עוד הוא לא הושלם) או לנקוט צעדים מהותיים אשר מסוגלים בדרך כלל למנוע את התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה" (שם, בפסקה 70).

ומן הכלל אל הפרט

77. אפתח ואומר, כי במקרה שלפנינו אינני סבור כי המערערים 2 ו-4 עומדים בתנאי הפטור עקב חרטה, וזאת בשל אי התקיימותו של לפחות אחד מתנאי הפטור הדרושים. אמנם, עיקר טענותיה של המשיבה מתמקד בתנאי השלישי, ובפרשנות הראויה ליסוד החרטה, אולם לטעמי במקרה דנן לא מתקיים גם התנאי השני, הנדרש בסעיף הפטור.

להלן, אדון ביסודות הפטור כסדרם, ככל שהם נוגעים לעניין המונח לפנינו.

"חזרה מהשלמת העבירה"

78. במסגרת היסוד העובדתי של הוראת הפטור עקב חרטה נדרש, כאמור, כי העושה יחדל מהשלמת העבירה. מבחינת היסוד הנפשי, על העושה להיות מודע לכך שהוא חדל מהשלמת המעשה הפלילי. לאחר שהמערערים 2 ו-4 הורידו את ה"טרמפיסט" בכניסה ליישוב אדם, מבלי להשלים את מעשה ההמתה המתוכנן, תוך שהם מודעים למעשיהם ולעובדה כי הם חדלו מהשלמת ביצוע העבירה - נראה כי מתקיים התנאי הראשון.

"מחפץ נפשו בלבד"

79. התנאי השני דורש, כי החזרה מהשלמת העבירה תיעשה מיוזמתו של העושה וללא השפעת גורמים חיצוניים. במקרה שלפנינו, המערערים 2 ו-4 חזרו בהם מהשלמת העבירה מיוזמתם, אך לא ניתן לומר כי הדבר נעשה "ללא השפעת גורמים חיצוניים".

80. כזכור, הסיבה בגינה הפסיקו המערערים 2 ו-4 את מעשה העבירה הייתה כי הם הבחינו, במהלך הנסיעה, כי הנוסע, אותו אספו לרכבם, איננו נושא ברשותו נשק. אי לכך, לא היה בידם להוציא לפועל את תכניתם הזדונית,

שהייתה, כידוע, לחטוף יהודי, לרצחו ולקחת את נשקו. בנסיבות אלה, אין ניתן לומר כי המדובר בהחלטה פנימית של המערערים, אליה הם הגיעו באופן עצמאי, אלא בהחלטה שהתקבלה בשל קיומו של גורם חיצוני - היינו: ה"טרמפיסט" והעובדה כי הוא לא נשא נשק על גופו. ככל שאותו אדם היה מחזיק בנשק - קרוב לוודאי שהעבירה הייתה מושלמת, ואותו "טרמפיסט" היה מוצא את מותו, בהתאם לתכניתם הנפשעת של המערערים.

בספרו של גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך ב 554 (2009) (להלן: הלוי), הובהר בהקשר הנדון, כי:

"[...] יש להבחין במצב זה של אי - הבאתה של העבירה הפלילית לידי ביצועה המוגמר בין גורמים חיצוניים למנסה, אשר מנעו את הביצוע המוגמר, ובין הגורם הפנימי של חרטתו. כאשר אדם נמנע מלהמשיך את הבאתה של העבירה הפלילית הספציפית לידי ביצועה המוגמר בשל גורמים חיצוניים, לדוגמא לכידתו בידי רשויות אכיפת החוק, סיכול פעילותו בידי נפגע העבירה, חוסר באמצעים הולמים, מידע מוקדם המתברר כבלתי-מהימן וכיוצא באלה, אין אותו אדם שונה מאדם המנסה לעבור עבירה ואינו מצליח להביאה לידי גמר בשל נתונים אובייקטיביים - חיצוניים, ועל כן לא תעמוד לזכותו הגנת החרטה והנסיגה".

דברים אלה יפים לענייננו, שכן הנסיגה מביצוע העבירה לא באה בשל החלטה פנימית של המערערים, הנובעת מחפץ נפשם בלבד, אלא משום הנתון האובייקטיבי שלא היה בשליטתם, היינו - העדר נשק אצל קורבן העבירה המיועד. וכך גם בעניין פלוני, נקבע כי התנאי השני אינו מתקיים שעה שהמערער החל לחנוק את המתלוננת והרפה ממנה רק כאשר הוא סבר כי הצליח להמיתה. במצב דברים זה, נאמר בעניין פלוני, כי "לא היה מדובר בהחלטה פנימית שלו עם עצמו אליה הוא הגיע באופן עצמאי, אלא בהחלטה אשר אליה הגיע בשל גורם חיצוני - המתלוננת ואשליית מותה בעיניו - ומשכך אינה עומדת בדרישת תנאי זה" (שם, בפסקה 87).

באותה מידה, המערערים לא קיבלו החלטה פנימית להימנע מהרצח ולקחת הנשק, אלא הגיעו להחלטה זו בשל גורם חיצוני, העדר נשק אצל הקורבן המיועד. יש להזכיר, בהקשר זה, כי המערערים לא זנחו את תכניתם הנפשעת, אלא דחו את הביצוע להזדמנות אחרת, שבה ניתן יהיה להשלים את מעשה העבירה.

"מתוך חרטה"

81. התנאי השלישי של הוראת הפטור דורש, כי החזרה מהשלמת העבירה צריכה להיות "מתוך חרטה". לפי ההלכה שנקבעה בעניין פלוני, החרטה הנדרשת היא חזרה מלאה מכוונתו של המנסה להשלים את ביצוע העבירה, ולא דווקא חרטה מוסרית-רגשית. סבורני, כי תנאי זה אינו מתקיים בענייננו.

אין ספק כי מניעיהם של המערערים שלא לרצוח את ה"טרמפיסט" נבעו מתוך ההבנה כי הם לא יוכלו להשלים את תכניתם לרצוח יהודי וליטול את נשקו, שעה שלא היה ברשותו כלי נשק. לפיכך, חדילתם של המערערים מהשלמת עבירת הרצח לא "צמחה מעומק ליבם", והיא אינה משקפת "הלך רוח נפשי פנימי שהדריך אותם למנוע את השלמת

העבירה".

בנסיבות אלה, סבורני כי חדילת המערערים מהשלמת העבירה אינה עולה כדי "חרטה", גם כפי הפרשנות שניתנה לכך בעניין פלוני, שם נקבע כי לא כל חדילה מהשלמת העבירה תקנה לנאשם פטור מאחריות פלילית, אלא "יש לבחון את מעשיו של העושה, והאם אלו מעידים על שינוי נפשי בנוגע לכוונה לבצע את העבירה וחזרה ממנה" (שם, בפסקה 66). דרישת החרטה הפנימית של המנסה, מהווה ביטוי לרצונה של החברה ליתן פטור מאחריות פלילית למי שאינו מהווה עוד סיכון כלפיה, וכפי שהובהר על ידי הלוי: "בהיעדר קיומו של הלך נפש חפצי (ווליטבי) זה של חרטה פנימית, הסיכון החברתי הנשקף מן המנסה לעבור עבירה עדיין בעינו עומד וזאת כאשר המנסה עדיין חפץ בביצועה המוגמר של העבירה" (שם, בעמ' 555).

במצב דברים זה, אין לומר כי קיימת אצל המנסה כוונה שלמה לחזור בו מביצוע העבירה. לא למותר הוא לציין, כי חזרה מביצוע המעשה אינה שלמה, אם הכוונה היא לדחות את המעשה הפלילי לזמן מתאים יותר, או להעביר את המאמץ הפלילי לקורבן או לאובייקט אחר.

בענייננו, אין חולק כי המערערים 2 ו-4 לא חזרו בהם מכוונתם לרצוח יהודי במטרה לחטוף את נשקו, אלא אך דחו את ביצועה של העבירה, לאחר שהתברר להם, כאמור, כי היהודי שעלה לרכבם אינו נושא נשק. על כוונתם של המערערים להשלים את ביצוע העבירה במועד אחד, ניתן ללמוד הן מאמרותיהם של המערערים בפרשה; והן מניסיונם הנוסף לחטוף יהודי במטרה לרצחו. על יסוד האמור, אני מוצא כי החלטתם של המערערים 2 ו-4, לחזור בהם מהשלמת העבירה, לא הייתה חזרה מלאה, היות שהיא מלווה בכוונה להשלימה בהזדמנות אחרת, ולפיכך אין הם מקיימים גם את תנאי "החרטה" שבסעיף הפטור.

82. זה המקום לציין, כי אי תחולת סעיף הפטור עקב חרטה, במקרים בהם הנסיגה מהשלמת העבירה נובעת מגורמים חיצוניים ולא מיוזמה ורצון אישי; או שעה שהחרטה אינה שלמה וכאשר ביצוע העבירה נדחה למועד אחר, מקובלת גם בשיטות משפט אחרות, המכירות בפטור עקב חרטה.

כך, למשל, נקבע בסעיף 24(1) לקוד הפלילי הגרמני, כי פטור מאחריות פלילית בגין עבירת ניסיון, ינתן במקרים שבהם המנסה, מיוזמתו הכנה בלבד, חוזר בו ואינו ממשיך בביצוע המעשה או מונע את השלמת המעשה ("Shall not be punished if he makes voluntary and earnest efforts to prevent it's completion").

דוגמא נוספת, היא בסעיף 23(1) לקוד הפלילי השוויצרי, המאפשר לבית המשפט להפחית מהעונש או להעניק פטור מענישה, כאשר אדם מיוזמתו או רצונו האישי אינו משלים את המעשה או מסייע למניעת השלמתו של המעשה ("If the person concerned of his own accord").

גם סעיף 25(3)(f) לחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי, קובע כי אדם החדל מהמאמץ לבצע פשע או מונע את השלמת הפשע לא יוענש אם הוא וויתר באופן שלם ומרצון על הכוונה הפלילית ("If that person").

."completely and voluntarily gave up the criminal purpose".

וכך גם ב-Model Penal Code האמריקני (להלן: MPC) המפרט את תנאי סייג הפטור עקב חרטה. לפי סעיף 5.01(4) ל-MPC, על מנת ליהנות מההגנה, על העושה לחדול מנסיונו לבצע פשע או למנוע את השלמתו בנסיבות המעידות על חזרה שלמה ומרצון מכוונתו הפלילית. הסעיף ממשיך ומבהיר, כי החזרה מהכוונה הפלילית אינה חופשית "אם המניע לה, כולו או חלקו, הוא נסיבות אשר לא היו קיימות או ידועות בתחילת הביצוע של העושה, אשר מגבילות את ההסתברות של גילוי או תפיסה או מקשות על השלמת הכוונה הפלילית". כמו כן, הסעיף מבהיר, כי החזרה מהכוונה הפלילית אינה שלמה, אם המניע לה הוא "ההחלטה לדחות את המעשה הפלילי לזמן טוב יותר או להעביר את המאמץ הפלילי לקורבן או לאובייקט דומה אחר". וזו לשונה של ההוראה בנושא זה:

Renunciation of Criminal Purpose. When the actor's conduct would otherwise constitute an attempt under Subsection (1)(b) or (1)(c) of this Section, it is an affirmative defense that he abandoned his effort to commit the crime or otherwise prevented its commission, under [...] circumstances manifesting a complete and voluntary renunciation of his criminal purpose

Within the meaning of this Article, renunciation of criminal purpose is not voluntary if it is motivated, in whole or in part, by circumstances, not present or apparent at the inception of the actor's course of conduct, that increase the probability of detection or apprehension or that make more difficult the accomplishment of the criminal purpose. Renunciation is not complete if it is motivated by a decision to postpone the criminal conduct until a more advantageous time or to "transfer the criminal effort to another but similar objective or victim (ההדגשות הן שלי- א.ש.).

83. עינינו הרואות, כי המערערים 2 ו-4 חדלו, אמנם, מהשלמת העבירה, אך דומה כי חזרתם נובעת מנסיבות חיצוניות, הקשורות להעדר היתכנות אובייקטיבית לבצע את החטיפה והרצח, שמטרתם השגת נשק, ואינה נובעת משינוי נפשי בנוגע לכוונה לבצע את העבירה, ולפיכך, אין מדובר כלל בחרטה. בנסיבות אלה, המערערים 2 ו-4 אינם עומדים בתנאי סייג הפטור עקב חרטה, הקבוע בסעיף 28 לחוק, ועל כן יש להטיל עליהם אחריות פלילית בגין עבירת הניסיון לרצח.

נימוק שני - ריבוי עבירות ועונשים

84. לגישת המשיבה, שגה בית משפט קמא, עת קבע כי עבירת החטיפה לשם רצח מהווה דין מיוחד "המתגבר" על עבירת ניסיון לרצח, ולפיכך אין להרשיע בשתי העבירות הללו, גם יחד. סבורני, כי גם בנושא זה, הדין הוא עם המשיבה.

85. אומר בקצרה, כי על פי קביעותיו של בית משפט זה בעניין נכט ובעניין בן-ציון, אין כל מניעה להרשיע את המערערים 2 ו-4 בשתי העבירות המדוברות, הצומחות ממעשיהם, חטיפה לשם רצח וניסיון רצח, אשר אינם מתקיימים

ביניהן יחסי כלילות.

בעניין נכט, קבע השופט (כתוארו אז) מ' לנדוי, כי:

"בדרך כלל שני מעשים הם זהים לצורך הסעיף 21, גם כשלשניהם יסודות עובדתיים חופפים, אך לאחד מהם יש גם יסוד או יסודות עובדתיים נוספים. בלשון אלגבראית: כשעבירה אחת מכילה יסודות א', יכולה העבירה השניה להכיל יסודות א' + ב', וגם לזה ייקרא זהות המעשים. אולם כאשר בעבירה הראשונה קיימים יסודות א' + ב', ובשנייה יסודות א' + ג', זאת איננה זהות המעשים, כמשמעותו בסעיף 21" (שם, בעמ' 1551).

בע"פ 244/73 רבר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 1553, 798 (1974), הובהר כי המבחן ל"זהות המעשה" בסוגיית הסיכון הכפול זהה למבחן "הענישה הכפולה", כאשר עסקינן בשתי עבירות המיוחסות לנאשם באותו כתב אישום. לפיכך, נקבע כי במצב דברים זה, ניתן יהיה להרשיע בשתי העבירות, אך לא יוטל עונש כפול בגינן.

לאחר שהלכת נכט באה לעולם, נחקק סעיף 168 לחוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה-1965, אשר זהה בנוסחו לסעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]

התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), אשר נחקק תחתיו, וזו לשונו:

"בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בשל כל אחת מן העבירות שאשמתו בהן נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אך לא יענישנו יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה".

יחד עם זאת, הובהר על ידי בית משפט זה, בעניין בן-ציון, כי הלכת נכט ממשיכה לחול, למרות חקיקתו של סעיף 168 הנ"ל (עניין בן-ציון, בעמ' 138).

מבלי להאריך, ייאמר בקצרה כי על פי סעיף 186 לחסד"פ והפסיקה הנוהגת, ניתן להרשיע במספר עבירות העולות ממעשה אחד, כאשר מדובר ביסודות שונים של כל אחת מהעבירות, אולם אין להעניש יותר מפעם אחת בגין אותו מעשה. בענייננו, אינני רואה כל מניעה להרשיע את המערערים 2 ו-4 בעבירת ניסיון לרצח, שכן, וכפי שהובהר על ידי המשיבה, מדובר ביסודות שונים בשתי העבירות ואין מתקיימים ביניהן יחסי כלילות. למותר הוא לציין, כי לא בכל מקרה בו מתבצעת עבירת חטיפה לשם רצח מתגבשת גם עבירת ניסיון לרצח. ייתכנו מקרים, בהם מעשה החטיפה יהווה עבירה מושלמת, אך הוא לא יעבור את שלב ההכנה, בכל הנוגע לעבירת ניסיון לרצח.

86. על יסוד האמור, סבורני כי שגה בית המשפט המחוזי בזכותו את המערערים 2 ו-4 מעבירת ניסיון לרצח, בגין ניסיונם הראשון לחטוף יהודי לשם רציחתו ונטילת נשקו.

87. באופן דומה, סבורני כי יש להרשיע את המערערים 2 ו-4 בעבירה נוספת של ניסיון לרצח, בגין ניסיונם הנוסף לחטוף יהודי, לרצחו וליטול את נשקו. לאור דברינו בהקשר לניסיון החטיפה הראשון, כמפורט לעיל, לא ראיתי טעם מבורר שלא לאשר את הרשעתם של המערערים 2 ו-4 בעבירה של ניסיון לרצח, גם בגין הניסיון השני. אמנם, המערערים לא הצליחו למצוא יהודי שיהיה מוכן לעלות לרכבם, כדי שיוכלו לממש את כוונתם הפלילית, אך ניסיונותיהם החוזרים ונשנים לאתר אדם כזה, שעה שג'לאל היה חמוש באקדחו של המערער 2, מהווים מעשים אשר יצאו מתחום ההכנה בלבד, ונכנסו אל תחום הניסיון. לפיכך, גם אם שלא בוצע אקט של חטיפה בניסיונם השני של המערערים 2 ו-4, יצאו מעשיהם מגדר פעולות הכנה, והם מהווים חוליה בשרשרת של מעשים שנועדה להביא, בסופו של דבר, לביצועה של העבירה המושלמת, קרי עבירת הרצח בכוונה תחילה.

יחד עם זאת, הובהר על ידי המשיבה כי היא אינה מבקשת ענישה נפרדת בגין ההרשעה בכל אחת מן העבירות, ולפיכך אין להידרש לנושא זה.

סיוע לאויב במלחמה

88. כאמור, נטען על ידי המשיבה, כי שגה בית משפט קמא עת זיכה את המערערים 1, 2 ו-4 מעבירה של סיוע לאויב במלחמה. לשיטת המשיבה, מעשיהם החמורים של המערערים, אשר בוצעו במסגרת מטרת העל של ביצוע פיגוע המוני בהר הבית, מקיימים את יסודות העבירה, אף בהתאם לעמדות השונות שהובעו בנושא זה, בעניין כאניה. לחילופין, נטען על ידי המשיבה, כי יש להרשיע את המערערים בעבירת ניסיון לסיוע לאויב במלחמה.

לטעמי, וכפי שיפורט להלן, אין מקום להרשעת המערערים 1, 2 ו-4 בעבירה של סיוע לאויב במלחמה, לרבות בעבירת הניסיון.

מסגרת נורמטיבית

89. סעיף 99 לחוק העונשין, מגדיר את העבירה של סיוע לאויב במלחמה, בזו הלשון:

"99. (א) מי שעשה, בכוונה לסייע לאויב במלחמתו נגד

ישראל, מעשה שיש בו כדי לסייעו לכך, דינו -

מיתה או מאסר עולם.

(ב) לעניין סעיף זה, 'סיוע' - לרבות מסירת

ידיעה בכוונה שתגיע לידי האויב או ביודעין

שהיא עשויה להגיע לידי האויב, ואין נפקא מינה

שבעת מסירתה לא התנהלה מלחמה".

כפי שנקבע בע"פ 172/88 וענונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 265, 290 (1990) (להלן: עניין וענונו):

"זו היא עבירה התנהגותית, המציבה את מטרת מבצעה כציר מרכזי של יסודותיה. מרכיביה הם אלה:

עשיית מעשה;

בכוונה לסייע לאויב במלחמתו נגד ישראל;

המעשה, כאמור בפסקה (א), יש בו כדי לסייע לאויב במלחמתו נגד ישראל" (שם, בפסקה 24(א)).

סעיף 91 לחוק העונשין מגדיר את המונח "אויב", המופיע בסעיף 99 לחוק, כדלקמן:

"בפרק זה -

'אויב' - מי שהוא צד לוחם או מקיים מצב מלחמה נגד ישראל או מכריז על עצמו כאחד מאלה, בין שהוכרזה מלחמה ובין שלא הוכרזה, בין שיש פעולה איבה צבאית ובין שאין וכן ארגון מחבלים".

כפי שנקבע בפסיקתו של בית משפט זה, מטרתו של סעיף 99 לחוק העונשין, היא, בין היתר, ליתן מענה ל"אותם יחידים אשר הצטרפו למעגל הטרור שלא במסגרת מאורגנת. ובמילים אחרות, הוא נועד להרתיע, ובמקרים המתאימים גם להעניש את כל מי שרתם את עצמו לסייע ל'אויב', כהגדרתו של מושג זה" (עניין כיאניה, בפסקה 10).

על רקע זה, נקבע בהלכה הפסוקה כי המונח "אויב" משמש כמונח כולל "לכל אלה החורשים מזימות נגד מדינת ישראל" (ע"פ 5236/05 עמאשה נ' מדינת ישראל (04.03.2009) (להלן: עניין עמאשה)). יובהר, כי לצורך הרשעה על פי סעיף זה, אין צורך בהוכחת קיומו של אויב ספציפי, לו ביקש הנאשם לסייע; או להוכיח מצב ממשי של מלחמה בין אותו אויב לבין מדינת ישראל (עניין וענונו, בעמ' 929).

אשר ליסוד הנפשי שבעבירה, נקבע כי ניתן להסתפק בהלכת הצפיות, שמשמעה כי "המודעות להסתברות הגבוהה שהמטרה תתממש או שמימוש המניע יוליך בהסתברות גבוהה למצב אותו ביקש המחוקק למנוע, יוצרים מקבילה: המודעות לוודאות הקרובה שקולה כנגד החפץ הממשי להשיגה" (עניין וענונו, בעמ' 288). ודוקו, ניתן ללמוד על קיומה של הכוונה המיוחדת לסייע לאויב במלחמה, כאשר מדובר במעשה אשר נעשה מתוך ידיעה בהסתברות גבוהה, או במידת וודאות קרובה, כי תגרם התוצאה אותה מבקש המחוקק למנוע (ע"פ 6411/98 מנבר נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 150 (2000)).

בכל הנוגע ליסוד העובדתי, בעבירה לפי סעיף 99 לחוק, קיימת מחלוקת פרשנית בפסיקתו של בית משפט זה. מחלוקת זו מוצאת את ביטויה בעניין כיאניה. עמדתו של השופט א' א' לוי, בהתייחס להתנהגות הנדרשת בעבירה זו, היא כי "לרוב יהיו אלה מעשים שחומרתם מופלגת, ואשר לא נועדו כדי לגרום לפגיעה או נזק נקודתיים, אלא נודעת להם מטרה רחבה וכוללת יותר - להביא לערעור עצם קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית" (עניין כיאניה, בפסקה 9 לחוות דעתו של השופט לוי).

עמדתו של הנשיא א' ברק בעניין זה, הייתה שונה. לגישתו של הנשיא ברק, הדרישה אותה הציב השופט לוי, להוכחת הרכיב העובדתי המופיע בסעיף 99 לחוק, הינה קשה מידי. בהתייחסו להתנהגות, שבה יש לראות משום "סיוע לאויב", קבע הנשיא ברק, כי מדובר ב"אותה התנהגות המשתלבת באופן מוחשי וקונקרטי בפעילותו של האויב, באופן שמבצעה מהווה, מבחינת סוג הפעילות ותוצאותיה, ידו הארוכה של האויב" (עניין כיאניה, בפסקה 3 לחוות דעתו של הנשיא ברק).

באותה פרשה, לא הוכרעה המחלוקת האמורה, ובקשה לקיים דיון נוסף, בעניין זה, נדחתה על ידי המשנה לנשיא מ' חשין (דנ"פ 9517/05 כיאניה נ' מדינת ישראל (11.12.2005)). יצוין, כי גם בפרשות מאוחרות יותר, בהן עמדו הרכיבים הפיזיים של הסעיף לדיון, לא נקבעו מסמרות בעניין המחלוקת האמורה (ראו, למשל: עניין עמאשה; ע"פ 6467/12 אטון נ' מדינת ישראל (30.07.2013) (להלן: עניין אטון); ע"פ 8931/04 ג'בארין נ' מדינת ישראל (03.09.2007) (להלן: עניין ג'בארין)).

90. לאחר בחינת הפסיקה הנוהגת, בהקשר לסעיף 99 לחוק העונשין, הגעתי לידי מסקנה כי קיים ספק אם יש במעשיהם של המערערים כדי לענות על הרכיב ההתנהגותי, שעניינו סיוע לאויב במלחמתו נגד ישראל. מסקנה זו נכונה לטעמי, הן לפי גישתו של השופט לוי והן לפי גישתו של הנשיא ברק, כפי שהובעו בעניין כיאניה.

עם זאת, ולנוכח המחלוקת הקיימת בעניין זה, סבורני כי יש מקום להבהיר, במידת מה, את ההלכה קא עסקינן. לטעמי, יש מקום לאמץ שלושה מבחני עזר מצטברים, בבוא בית המשפט להכריע בשאלה, האם התנהגות מסוימת עומדת בדרישת הרכיב העובדתי, המופיע בסעיף 99 לחוק העונשין, שעניינו סיוע לאויב במלחמתו בישראל. מבחני עזר אלה עשויים לאפשר לבית המשפט לבחון את פעולותיו של הנאשם, בנקודת הזמן שבה הם בוצעו, על רקע אופי ההתארגנות העוינת, ופעולות שנעשו במסגרת התארגנות זו, בכדי להכריע בשאלה האם מדובר בהתנהגות העולה לכדי "סיוע לאויב במלחמה". ודוקו, אין מדובר, בהכרח, במבחנים ממצים, אלא בניסיון ליצוק תוכן ממשי ליסוד העובדתי שבעבירה ולפרט את ההתנהגות הנדרשת לשם עמידה ביסודות סעיף זה.

להלן אפרט את מבחני העזר המוצעים, ובהמשך אבחן את השאלה האם מעשיהם של המערערים עולים כדי "סיוע לאויב במלחמה", כמשמעותו בסעיף 99 לחוק, בהתבסס על מבחני עזר אלה.

מבחן העזר הראשון - במסגרת מבחן זה, יש להידרש לשאלה, מהו אופייה של ההתארגנות המדוברת, במידה שעסקינן בהתארגנות ולא בפעילות של אדם בודד. יש לבחון במסגרת זו, האם מדובר בהתארגנות מקומית, שאינה

משויכת לארגון טרור "ממוסד", או שמא לפנינו התארגנות שהיא חלק מאחד מארגוני הטרור המוכרים, או כזו המקבלת סיוע בנשק, במימון, ובכוח אדם מאותו ארגון טרור.

הובהר בפסיקה, כי המונח "אויב", המופיע כחלק מיסודות העבירה, אינו דורש השתייכות למסגרת טרור מסויימת, אלא המדובר ב"מונח כולל", לכל אלה החורשים מזימות נגד ישראל, ורוצים לפגוע בבטחונה ובשלום תושביה, לרבות יחידים אשר הצטרפו למעגל הטרור שלא במסגרת מאורגנת. עוד נקבע בפסיקתו של בית משפט זה, כי אין צורך בהוכחת קיומו של אויב ספציפי, לו ביקש הנאשם לסייע, כדי לעמוד בדרישות הסעיף.

עם זאת, יש חשיבות לשאלה באיזו התארגנות מדובר, מיהם חבריה, ומה רמת הבשלות אליה הגיעה אותה התארגנות.

מבחן העזר השני - במסגרת זו, יש לבחון את טיב והיקף פעילותה של ההתארגנות, תוך שימת לב מיוחדת לרמת התכנון אליה הגיעה, ולהיקף ואופי ההכנות שנעשו על ידה, כחלק מהפעילות העויינת נגד המדינה ותושביה. על בית המשפט ליתן את דעתו לשאלה, האם מדובר במקרה הקונקרטי ב"תכנית כללית", שאין בה הגדרה מדויקת של יעדי פיגוע, והיא נעדרת קביעה של המקום והזמן לביצוע המעשים; או שמא מדובר בתכנית מוגדרת, המתוכננת לפרטים, שאף הוחל לבצע במסגרתה פעולות הכנה, התארגנות והצטיידות. בהקשר זה, יש לבחון את אופי פעולות ההכנה, את מורכבותם, ואת השלב שאליו הגיעו.

מבחן העזר השלישי - כאן יש לבחון את המעשים והתוצאות בשטח של אותה התארגנות, ואת מידת חומרתם. יש להידרש, בהקשר זה, לשאלה האם מדובר במעשים המעמידים בסכנה מוחשית את ביטחון המדינה ואת שלום אזרחיה, ומערערים את היציבות ואת שגרת החיים במדינה. בין היתר, על בית המשפט ליתן את דעתו לשאלה, האם ועד כמה, קיים פער בין היעד או היעדים שהוצבו על ידי ההתארגנות, לבין המציאות האובייקטיבית, הן מבחינת אופי הפעילות בשטח והן מבחינת התוצאות בפועל. ככל שקיים פער ממשי בין היעדים לבין המעשים, ולאחר בירור הסיבות לפער זה, תפחת הנטייה לראות במעשים משום סיוע לאויב במלחמתו בישראל. במילים אחרות, במסגרת מבחן עזר זה, יש לבחון את השאלה, האם בוצעו על ידי ההתארגנות המדוברת מעשים אופרטיביים בכדי להוציא את תכניתה מהכוח אל הפועל, והאם נעשו פעולות בכדי לשפר ולשכלל את יכולות הביצוע, באופן המלמד על הכוונה להשיג את היעדים במלואם, במטרה לגרום לפגיעה קשה לביטחון המדינה ובאזרחים חפים מפשע. בנוסף, על בית המשפט ליתן את דעתו לפוטנציאל הסיכון, גם אם זה עדיין לא מומש, לפגיעה קשה בביטחון התושבים ולהתססת והפעלת גורמים נוספים, העשויים להצטרף לפעילות העויינת. עם זאת, יש לחזור ולהבהיר כי גם אם לא התממשה התכנית העויינת במלואה, היעדים הטרוריסטיים לא התממשו עדיין, אין בכך כדי למנוע עמידה ביסודות העבירה.

91. כאמור, לאורם של שלושה מבחני עזר אלה, אבחן את השאלה האם מתקיים בעניינו היסוד העובדתי הנדרש בעבירה זו, היינו "סיוע לאויב במלחמה". כאמור, הנני סבור כי, בהתאם למבחני העזר שפורטו, נותר ספק באשר לסיווג מעשיהם של המערערים כסיוע לאויב במלחמתו בישראל, ונראה כי אף אין מדובר בניסיון לעבור עבירה זו.

92. טרם שאדרש לעניינם של המערערים, מן הראוי להזכיר, בהקשר זה, את הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ"ש). המדובר בהנחיה מספר 4.1106, מיום 25.08.2005. ובמסגרתה הבהיר היועמ"ש כי בעבירה לפי סעיף 99 לחוק העונשין, "המחוקק ביקש לאסור על מעשים מהותיים ומשמעותיים שיש בהם כדי לסייע לאויבי ישראל במלחמתם". ועוד נאמר, כי יש להפעיל שיקול דעת בהעמדה לדין בגין עבירה זו, "נוכח מהותה של העבירה וחומרתה המופלגת בהיותה עבירה אשר העונש הקבוע לצידה הוא מיתה או מאסר עולם". עוד נקבע, כי מקום בו לא ניתן להוכיח זיקה של אדם לארגון מחבלים ספציפי, "ייעשה שימוש בעבירה דן רק אם קיימת מובהקות ברורה של המעשה כמעשה המסייע לאויב", וכי העמדה לדין תעשה, "רק מקום שהאירוע הוא בעל עוצמה מספקת להוות מעשה שיש בו כדי לסייע לאויב במלחמתו באופן מהותי".

מן הכלל אל הפרט

99. כאמור, סבורני כי קיים ספק האם מעשיהם של המערערים במקרה דנן, עולים כדי "סיוע לאויב", כנדרש בסעיף 99 לחוק.

על פי מבחן העזר הראשון, יש לבחון את השאלה, מהו אופייה של ההתארגנות, אליה השתייכו המערערים. נראה, כי יש להגדיר את ההתארגנות של המערערים כהתארגנות מקומית, שאינה משוייכת לארגון טרור "ממוסד". אמנם, נעשו ניסיונות ואף נוצרו קשרים בין המערער 1 לבין פעילים בארגוני טרור מוכרים, אך ניסיונות אלה לא התגבשו לכדי קשר ממשי. בנסיבות אלה, לא ניתן לשייך את המערערים לארגון מחבלים כלשהו, ואף לא ניתן לראותם כ"שלוחים" של ארגון טרור, כזה או אחר. המדובר בהתארגנות עצמאית של יחידים, אשר חברו יחדיו כדי לבצע פעולות טרור נגד אזרחים וכוחות הביטחון. כאמור, אין בעובדה כי המערערים התארגנו במסגרת מקומית, כדי למנוע אפשרות לעמוד בתנאי הסעיף, הגם שיש לנקוט בגישה זהירה יותר, משמדובר בהתארגנות מסוג זה.

על פי מבחן העזר השני, יש לבחון, בעיקר, את היקף ורמת התכנון אליה הגיעו המערערים, ולעמוד על התכניות והיעדים שהם קבעו לעצמם. טרם שנבחן שאלה זו, יש לחזור ולהזכיר כי מדובר בהתארגנות מקומית בעלת מספר מצומצם של פעילים, כאשר חברי החוליה היו דלים באמצעים, והם ניסו לגייס כספים ואמצעי לחימה, הן מארגוני טרור קיימים והן מחברי החוליה עצמם, אך בדרך כלל מאמצים אלה העלו חרס בידיהם. גם האימונים בנשק שנעשו על ידי חברי החוליה, בוצעו בצורה שאינה מקצועית, כאשר מרביתם של המערערים כלל לא ידעו לעשות שימוש בכלי ירייה. מתחילת הדרך, המערערים פעלו ללא מימד תכנוני מגובש, והתכנית לבצע פיגוע המוני בהר הבית, נותרה בגדר רעיון "כללי", מבלי שמדובר בתכנית מוגדרת ומפורטת, ואף לא ננקטו לשם מימושה של "תכנית העל" פעולות הכנה כלשהן.

על פי מבחן העזר השלישי, יש לבחון את פעילותם של המערערים בשטח ואת תוצאות ומידת חומרתם של המעשים. נראה בעינינו, כי כוונותיהם של המערערים מתאפיינות ברמת חומרה גבוהה, אך מבחינת הביצוע, המעשים והתוצאות בשטח, לא הייתה התקדמות של ממש להשגת היעדים.

קיים פער מהותי בין מטרת העל של המערער 1 וחבריו, היינו גיוס 300 לוחמים לצורך ביצוע פיגוע המוני בהר הבית, לבין המציאות בשטח. מחומר הראיות עולה, כי הפעולות הממשיות שביצעו המערערים כללו בעיקר אימוני ירי,

במסגרתם נורו כדורים בודדים, וניסיון לייצר מטען חבלה, אשר לגביו אין אינדיקציה ממשית כי היה עלול לגרום לפגיעה גופנית למאן דהוא. בנסיבות אלה, ניתן לומר כי "תכנית העל" נותרה בגדר "תכנית כללית", ומבלי שבוצעו פעולות ממשיות לשם הוצאתה מהכוח אל הפועל. מן הראוי להפנות, בהקשר זה, לדברי בית משפט קמא:

"נעיר, כי גיוס 300 לוחמים לכיבוש הר הבית, לא נכללו פורמאלית בכתב האישום, אם כי הוזכר במהלך הדיונים. גם מעדויותיהם של חוקרי השב"כ המנוסים, לא היה ברור, הן מדבריהם והן מהחיוכים שהיו בזווית פיהם עת העידו על כך, האם מדובר על חשש אמיתי או פנטזיה של נאשם 1 [המערער 1]. על כל פנים לא ניתן לומר כי יש בפנינו ראיות מספיקות משפט הפלילי על כוונה קונקרטית לגייס 300 אנשים לשם כיבוש הר הבית" (הכרעת הדין המשלימה, בפסקה 144).

בנסיבות אלה, מתעורר ספק בשאלה האם המעשים הקונקרטיים שבוצעו על ידי המערערים, לשם מימוש "תכנית העל" מגיעים לכדי אותה מסה קריטית ההופכת את ההתנהגות לסיוע לאויב במלחמה, כנדרש בסעיף 99 לחוק.

לסיכום, סבורני כי המשיבה לא הוכיחה, מעבר לספק סביר, את התקיימותו של היסוד העובדתי הנדרש לשם הרשעה בעבירה של סיוע לאויב במלחמה, והדברים נכונים גם לגבי עבירת הניסיון לעבור עבירה זו.

ע"פ 8457/15

93. בערעורה כלפי המערער 3, משיגה המשיבה, כאמור, על זיכוי מארבע עבירות: חטיפה לשם רצח; ניסיון לשוד; קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה; וסיוע לאויב במלחמה. אשר לעבירת הניסיון לשוד, גורסת המשיבה כי בית משפט קמא שגה בהתעלמו מדבריו של המערער 1, המהווים תוספת ראייתית מספקת לצורך הרשעתו של המערער 3 בעבירה זו. אשר לעבירה שעניינה חטיפה לשם רצח, טוענת המשיבה, כי לנוכח חלקו של המערער 3 בתכנית הקשר, אין לקבל את קביעת בית משפט קמא כי הוא לא היה מודע לתכנית החטיפה, ולפיכך נטען על ידי המשיבה, כי יש להרשיעו גם בעבירה זו. בהמשך, נטען על ידי המשיבה, כי יש להרשיע את המערער 3 בקשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה, לאור מובהקות חלקו בקשר שהתגבש בעניין זה. כמו כן, טוענת המשיבה, בדומה לנטען לגבי יתר המערערים, כי ראוי היה להרשיע את המערער 3 אף בעבירה של סיוע לאויב במלחמה, מאותם הנימוקים שהועלו על ידה.

אדון בטענות אלה כסדרן.

ניסיון חטיפת נשק משוטר

94. לאחר שבחנתי את חומר הראיות, והאזנתי בקשב רב לטיעוני הצדדים, סבורני כי הדין עם המשיבה, בעניין זה. כפי שעולה מחומר הראיות, אין מתעורר ספק בדבר שותפותו של המערער 3 באותו אירוע, כאשר הוא נכח ביחד עם יתר המערערים, בשלבי תכנון המעשה; בפעולות ההכנה שבוצעו לקראתו; וגם במקום התרחשות האירוע עצמו. נוכחותו

של המערער 3 בכל השלבים שתוארו לא הייתה מקרית, והוא היה חלק מהגרעין הפנימי של מבצעי העבירה.

יצוין, כי נוסף להודעתו של ג'לאל במשטרה, הודעה המפלילה את המערער 3, קיימת ראייה נוספת, בדמות הודעתו של המערער 1 (ת/א2). בהודעה זו, תיאר המערער 1 את התקבצותם של חמשת המעורבים, ובכלל זה המערער 3, לצורך תכנון החטיפה, כמו גם לצורך ביצועה. בהמשך, תיאר המערער 1 את התפתחות העניינים באותו אירוע, כאשר הוא נוקט בלשון רבים. מהודעה זו, אשר נמצאה מהימנה, עולה בצורה ברורה כי המערער 3, אשר הביא עמו את מוחמד ואת המערער 2, נכח בפגישה בביתו של המערער 1, בה הוחלט לצאת בצוותא חדא כדי לבצע את חטיפת הנשק. חמשת המעורבים נסעו יחדיו ברכב אחד, ואילו המערער 3 המתין, עם המערערים 1 ו-2, על מנת לראות כיצד יפעלו ג'לאל ומוחמד, שצעדו כ-30 מטרים לפניו. יצוין, כי הודעתו של המערער 1 עולה בקנה אחד עם האמור בהודעתו של ג'לאל, ומשך מדובר בשתי ראיות מאמתות לאמור בהודאתו של המערער 3 במשטרה.

זאת ועוד, נראה כי שגה בית משפט קמא, בקובעו כי המערער 3 לא התייחס בחקירתו המשטרית, לאירוע זה. כעולה מחומר הראיות, המערער 3 נשאל האם יש אמת בדברים שמסר בחקירתו, מיום 04.04.2013, בפני החוקר המכונה "מירון". בתשובתו, אישר המערער את קיום החקירה שבראשה עמד החוקר "מיגל". כמו כן, במסגרת תשובתו, הודה המערער 3 בביצוע ירי באקדח; אך הכחיש את יתר החשדות נגדו, באלו המילים: "לא תכנון לגניבת נשק ולא תכנון לחטיפה..." (ת/שורות 6-12). בנוסף, עולה מזכ"ד במסגרת חקירת השב"כ, מיום 04.04.2013 שעה 21:40, כי המערער 3 התייחס "בהרחבה" לאירוע ניסיון השוד, בחקירתו. לפיכך, נראה כי המערער 3 עומת בחקירתו עם החשדות ביחס לאירוע זה; וניתנה לו ההזדמנות למסור את גרסתו בנושא, הגם שהוא בחר להכחיש את מעורבותו בביצוע העבירה.

לאור האמור, יש להרשיע את המערער 3 בעבירה זו, וזאת בדומה להרשעתם של המערערים 1 ו-2 בגין אותו אירוע.

ניסיון חטיפה לשם רצח

95. אשר לניסיון הנוסף לחטיפת יהודי לשם רציחתו ונטילת נשקו, סבורני כי בדין זיכה בית משפט קמא את המערער 3 מאישום זה. כזכור, המערער 3 לא הודה באישום זה, והוא הכחיש כל מעורבות בו גם בחקירתו במשטרה, ולפיכך עומדת לחובתו הודעתו המפלילה של ג'לאל, לבדה. הודעתו של ג'לאל, שהוגשה במסגרת סעיף 10א לפקודת הראיות, הינה בגדר "עדות שותף", לה נדרש חיזוק מוגבר. ייאמר כבר עתה, כי לא עלה בידי המשיבה לספק תוספת ראייתית מסוג זה, לצורך הרשעה בעבירה המדוברת. אין בידי לקבל את טענת המשיבה, לפיה "אמרות הנוגעות לאישומים הנוספים", יכולות לשמש כראיה נגד המערער 3, "בהיותן של העבירות מסכת עובדתית אחת". כל עבירה עומדת בפני עצמה, ומעורבותו של המערער 3 בעבירה אחת אין בה כדי להעיד על מעורבותו בעבירה אחרת.

96. על יסוד האמור, מקובלת עליי מסקנתו של בית משפט קמא, לפיה מחומר הראיות נותר ספק לגבי מעורבותו של המערער 3 בניסיון החטיפה השני, ולפיכך בדין הוא זוכה מאישום זה.



קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה

97. אשר לטענת המשיבה, כי שגה בית משפט קמא משזיכה את המערער 3 מעבירה של קשר לסיוע לאויב במלחמה, סבורני כי הדין עמה. כאמור, עת זיכה את המערער 3 מעבירה זו, הטעים בית משפט קמא כי "התמונה הראייתית הכוללת כלפיו הינה גבולית". דעתי בעניין זה שונה.

בפתח הדברים, מן הראוי להפנות להלכה הפסוקה, לפיה אין נדרשת הוכחה, לצורך התגבשותו של הקשר הפלילי, כי הוסכם על פרטי הביצוע של המעשה הפלילי וכי מדובר בתוכנית קונקרטית. כפי שנקבע בע"פ 330/85 דוד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 29 (1986): "יש לפחות להוכיח רצון משותף לבצע בצוותא עבירה מסוג מסוים (כגון, עבירת שוד) אם כי לאו דווקא עבירה קונקרטית במועד מוגדר" (שם, בעמ' 33).

המערער 3 היה הראשון במספר, אשר גויס על ידי המערער 1 לצורך ביצוע התכנית, שעניינה גיוס 300 לוחמים לשם כיבוש הר הבית, הגם שאותה תכנית נותרה בגדר "תכנית כללית". כמו כן, היה זה המערער 3, אשר הצהיר כי יפגיש בין המערער 1 לבין אנשים נוספים, שיהיו מעוניינים לקחת חלק בתכנית, והוא זה שהביא לצירופו של ג'לאל לחוליה. בנוסף, המערער 3 נכח בפגישות שהתקיימו בין חברי החוליה, במסגרתן נקשר הקשר לביצוע הפיגוע בהר הבית, וכן היה שותף למרבית המעשים והפעילויות שבוצעו על ידם.

לפיכך, נראה כי המערער היה חלק מן "המעגל הפנימי" של הפעילות העבריינית. כפי שעולה מחומר הראיות, המערער 3 היה שותף לקשר הכללי לפעול לשם ביצוע פיגוע נגד מתפללים יהודים בהר הבית; הוא פעל לגיוס חברים נוספים לחוליה; השתתף באימונים צבאיים לצורך קידום התכנית; ניסה לפוצץ ביחד עם המערערים האחרים וג'לאל מטען צינור; ויצא עם המערער 2 לאתר שוטרים על מנת לחטוף את נשקם.

לאור האמור, בעצם ההסכמה להצעתו של המערער 1, ופעולותיו של המערער 3 בהמשך, הקשורות בביצוע התכנית, השתכללה עבירת הקשר, ונראה כי בין הצדדים נרקם רצון משותף לביצוע העבירה. ככל שמדובר ביסוד הנפשי שבעבירה, הוכח כי המערער 3 התכוון להתקשר עם המערער 1, ובמסגרת ההתקשרות הוא ביקש להביא להגשמת המעשה האסור, בידעה כי יש בכך כדי לסייע לאויב במלחמתו בישראל (עניין אטון, בפסקה 22; ע"פ 10946/03 עיסא נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 33 (2005)).

98. סיכומי של חלק זה, ערעורה של המשיבה מתקבל במובן זה, שהמערער 3 יורשע בעבירה של ניסיון שוד ובעבירה של קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה. יתר חלקי הערעור נדחים בזאת.

הערעורים על מידת העונש

99. אפתח בערעורה של המשיבה להחמרת עונשו של המערער 3, ככל שיתקבל ערעורה לעניין הכרעת הדין.

לאחר שבחנתי את כלל הנסיבות ונתתי דעתי לעובדה כי המערער 3 הורשע בעבירות חמורות נוספות: ניסיון שוד וקשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה, סבורני כי עונש המאסר שנגזר עליו אינו יכול לעמוד.

כפי שנקבע בשורה של פסקי דין, הרשעה בעבירות הנוגעות לסיוע לאויב במלחמה, בין אם מדובר בעבירה המושלמת ובין אם בקשירת קשר או בניסיון, מחייבת הטלת עונשים כבדים וממשיים על העבריין. כפי שציינתי בעניין אטון:

"על רמת הענישה בעבירות מסוג זה ניתן ללמוד מעניין כיאניה, שם התקבל ערעור המדינה ועונשו של כיאניה, אשר קשר קשר לבצע הרעלה המונית של אורחי המסעדה בה עבד, הוחמר לכדי 7.5 שנות מאסר לריצוי בפועל, וזאת מבלי למצות עמו את הדין.

מדיניות ענישה זו מביאה לידי ביטוי את הצורך להאבק בארגוני הטרור, המבקשים לפגוע בבטחון המדינה ובשלום אזרחיה, באמצעות פיגועי טרור רצחניים בקרב אוכלוסיה אזרחית, ועל בתי המשפט לתרום את תרומתם למאבק זה, בדרך של ענישה הולמת ומכבידה, על אלו הנוטלים חלק בפעילות נפשעת זו" (שם, בפסקה 25).

כמו כן, יפים לעניין זה, דברי השופט לוי בע"פ 6930/06 פלוני נ' מדינת ישראל (25.05.2008), בפרשה שעניינה פיגוע שתוכנן ולא התרחש: "אכן כוונת הפיגוע של המערער ושולחיו לא התממשה, אולם בנכונותו לרתום את עצמו לפעילות טרור מסוג זה, הוא חשף את מסוכנותו, ואת זו מצווה מערכת המשפט למנוע על ידי שליחתו לתקופה ממושכת אל מאחורי סורג ובריח" (שם, בפסקה 3).

בע"פ 902/06 פלוני נ' מדינת ישראל (23.10.2007), ציין חברי המשנה לנשיאה ח' מלצר, כי רף הענישה בעבירה של סיוע לאויב במלחמה "חייב להיות גבוה ביותר", והזכיר כי במאטריה זו - של ניסיונות פיגוע ופעילות טרור - ההלכה הפסוקה קובעת, כי:

"יש לנקוט את הגישה המחמירה, לאמור גישה הרואה בעונש המרבי את נקודת המוצא, וממנו מפחיתים, לפי נסיבות המקרה, את נסיבותיו האישיות של העבריין, תדירותה או נדירותה של העבירה, הרתעת עבריינים בכוח ועוצמת הסלידה ושאת הנפש של החברה. בבואנו לשקול את משקלם היחסי של כל אחד מאלה יש לייחס משקל כבד במיוחד להרתעה ולעוצמת הסלידה של החברה (דברי השופט י' טירקל בע"פ 9338/01 מדינת ישראל נ' עוידה, פ"ד נז(1) 533, 529 (2002))" (שם, בפסקה 6).

בנסיבות אלה, נראה כי יש להחמיר בעונשו של המערער 3, גם אם לא נמצה עמו את הדין משום שאין זה מדרכה של ערכאת הערעור להטיל את מלוא חומרת העונש משמתקבל ערעור תביעה. לאור האמור, ולאחר שנתתי את דעתי לכלל השיקולים לקולה ולחומרה, אציע להעמיד את עונשו של המערער 3 על 6 שנות מאסר לריצוי בפועל, בניכוי התקופה אותה ריצה עד כה. יתר העונשים שנגזרו על ידי בית משפט קמא יעמדו בעינם.

100. ומכאן לערעוריהם של המערערים 1, 2 ו-4 ושל המשיבה, לגבי מידת העונשים שהושתה על המערערים.

במסגרת הערעור על גזר דינם, משיגים המערערים על מתחמי הענישה שנקבעו בעניינם. לשיטת המערערים, שגה בית משפט קמא עת קבע מתחמי ענישה מחמירים, "בהתבסס על מתחם עונש אחד לעבירה של קשר לסיוע לאויב והוספת מספר שנים נוספות בהתאם לעבירות הנוספות בהן הורשע המערער". לטענת המערערים, העבירה שעניינה קשר לסיוע לאויב במלחמה היא עבירה שדינה מיתה, ולפיכך "יש לה מתחם ענישה מיוחד שצריך לבלוע את כל יתר העבירות שבוצעו כפועל יוצא של אותו קשר לסיוע לאויב במלחמה". עוד נטען על ידי המערערים, כי שגה בית משפט קמא עת קבע כי יש למקם את עונשם באמצע מתחמי הענישה, לנוכח העובדה כי הם הביעו "חרטה ברגע האמת שבו הקשר לסיוע לאויב הבשיל והגיע לשיאו בהימצאות חטוף ברכבם".

101. במסגרת ערעור המשיבה על גזרי הדין, היא משיגה על קולת העונשים שהושתו על המערערים 1, 2 ו-4. לגישת המשיבה, מתחמי הענישה שנקבעו בעניינם של המערערים אינם מבטאים נכונה יחס הולם לגבי חומרת המעשים שבוצעו ומידת אשם של המערערים. כמו כן, נטען על ידי המשיבה כי העונשים שהוטלו על המערערים אינם עולים בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט זה בעבירות דומות, אשר בוצעו על רקע ביטחוני. עוד נטען על ידי המשיבה, כי שגה בית משפט קמא משלא ייחס משקל מספיק לעובדה כי המערערים לא הסתפקו בדיבורים ובקשירת קשר, אלא שמעשיהם התגבשו לכדי עבירות ניסיון; וכי מטרתה הסופית של החוליה הייתה לבצע פיגוע קשה, בו גלום "פוטנציאל סיכון לפגיעה קשה באזרחים חפים מפשע ולהתססת האזור כולו". עוד הוסיפה וטענה המשיבה, כי העונשים שהושתו על המערערים בבית משפט קמא, אינם נותנים ביטוי לצורך בהרתעת נאשמים פוטנציאליים במקרים דומים - וכי בעבירות מעין אלו, "יש צורך בענישה נוקשה ומחמירה - אשר תשדר מסר חד וברור מפני תכנון מעשי טרור המכוונים כלפי אזרחים בישראל".

102. לאחר שבחנתי את מתחמי הענישה ואת גזרי הדין שנקבעו על ידי בית משפט קמא, והאזנתי בקשב רב לטיעוני הצדדים בפנינו, הגעתי לכלל מסקנה, כי יש לדחות את הערעורים ההדדיים לעניין העונש.

103. אפתח בטענה בדבר קביעת מתחמי ענישה מחמירים.

סעיף 40ג(א) לחוק העונשין קובע, כדלקמן: "הרשיע בית המשפט נאשם בכמה עבירות המהוות אירוע אחד, יקבע מתחם עונש הולם כאמור בסעיף 40ג(א) לאירוע כולו, ויגזור עונש כולל לכל העבירות בשל אותו אירוע".

בע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל (29.10.2014) (להלן: עניין ג'אבר) נדונה השאלה אימתיי תסווג מסכת התרחשויות מסויימת כ"אירוע אחד", כמשמעותו בסעיף 40 יג לחוק. בפרשה זו נקבע, בדעת רוב, כי עבירות המקיימות את מבחן "הקשר ההדוק", במובן זה שהן בוצעו בסמיכות זמנים והן חלק מתכנית עבריינית אחת, ייחשבו לאירוע אחד (עניין ג'אבר, פסקה 5 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז). עוד הודגש, כי מקום שנקבע כי סדרת פעולות מהווה אירוע אחד, שומה על בית המשפט לקבוע בגינה מתחם ענישה אחד (סעיף 40ג(א) לחוק). בשלב הבא, לאחר שבית המשפט החליט אם מדובר באירוע אחד או במספר אירועים, עליו להמשיך ולקבוע, ביחס לכל אירוע

בנפרד, אם הוא כולל "מעשה" אחד או יותר (סעיף 186 לחסד"פ; עניין ג'אבר, פסקה 26 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר; פסקה 8 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז). כאשר אירוע אחד כולל מספר "מעשים", תקרת מתחם הענישה הפוטנציאלי תיקבע לפי הצטברות עונשי המקסימום בכל אחד מהמעשים. ודוקו, הצטברות עונשי המקסימום בכל אחד מהמעשים מהווה את תקרת המתחם האפשרית, אך אין משמעות הדבר כי תקרה זו תהווה, בהכרח, או אף לרוב, את הרף העליון במתחם הענישה, שכן המתחם ייקבע בהתאם לנסיבות העניין הקונקרטיות (ע"פ 2519/14 אבו קיעאן נ' מדינת ישראל (29.12.2014)).

במקרה דנן, נקבע בהסכמת הצדדים, כי יש לראות את כל העבירות כ"אירוע" אחד, במסגרתו יקבע מתחם ענישה אחד, עבור כל אחד מהמערערים. אין חולק כי במסגרת אותו אירוע בודד ביצעו המערערים מספר "מעשים": תחילה ניסה המערער 1 ליצור קשר עם מפקד ארגון "גדודי חללי אל אקצא" ברצועת עזה; החולייה גויסה; והתקיימה פגישת תכנון צבאית של החולייה. בהמשך, בוצעו ניסיונות חטיפת נשק משוטר; כמו גם חטיפה וניסיון לחטיפת יהודי לשם רציחתו ולקייחת נשקו; וכן, בוצעו אימוני ירי שונים בקלנדיה, וניסיונות להשיג רימון ולייצר מטעני צינור. בנסיבות אלה, ועל אף הסכמת הצדדים לקביעת מתחם ענישה אחד לאירוע כולו, אין בכך כדי "להבליע" את כלל העבירות בהן הורשעו המערערים בתוך עבירת הקשר לסיוע לאויב במלחמה, ועל מתחם הענישה שייקבע לשקף את כלל העבירות.

כאמור, משסווג המקרה שלפנינו כ"אירוע" אחד, וכפועל יוצא מכך יש לקבוע לגביו מתחם ענישה, הגבול העליון (שאינו מחייב) למתחם הענישה יכול שיהא הצטברותם של עונשי המקסימום של כל העבירות בהן הורשעו המערערים. לפיכך, אין לקבל את טענת המערערים, כי הגבול העליון שנקבע ביחס לעבירה שעניינה קשירת קשר לסיוע לאויב (12 שנים) "בולע" את כל יתר העבירות שבוצעו. המדובר ב"מעשים" שונים ועצמאיים, ומתחם הענישה ההולם צריך לבטא אף אותם ואת חומרם.

כאמור, ניתן היה לקבוע לכל אחד מהמערערים, מתחם ענישה שגבולו העליון גבוה הרבה יותר מזה שנקבע בגזר הדין (מערער 1 - 15 שנים; מערער 2 - 14 שנים; מערער 4 - 13 שנים). בית משפט קמא בחר שלא לקבוע תקרה גבוהה יותר של מתחמי הענישה, ובכך הוא הקל עם המערערים.

יחד עם זאת, אינני סבור כי במתחמי הענישה שנקבעו על ידי בית משפט קמא, לכל אחד מהמערערים, יש משום סטייה מהנהוג בנסיבות דומות, אשר מחייבת את התערבותנו. בנסיבות העניין, הנני סבור כי מתחמי הענישה שנקבעו בעניינם של המערערים הם ראויים ולא הייתי מתערב בהם למרות הרשתם הנוספת של המערערים בניסיון לרצח.

104. אשר לטענות הצדדים בדבר מידת העונשים שנגזרו על המערערים 1, 2 ו-4, מן הראוי להזכיר את ההלכה המושרשת לפיה ערכאת הערעור תתערב בעונש, שהוטל על ידי הערכאה הדיונית, רק במקרים חריגים של סטייה קיצונית ממדיניות הענישה הראויה, או כאשר נפלה טעות מהותית בגזר הדין (ע"פ 1242/97 גרינברג נ' מדינת ישראל (3.2.1998); ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל (29.1.2009); ע"פ 6095/10 חאג' יחיא נ' מדינת ישראל (18.7.2012); ע"פ 3578/11 סטרוק נ' מדינת ישראל (18.8.2012)).

עיון בגזרי דינו של בית משפט קמא, מלמד כי אין בעונשים שנגזרו על המערערים משום סטייה מהותית ממדיניות הענישה המקובלת בעבירות דומות, ובוודאי שאין מדובר בחריגה כה קיצונית המצדיקה את התערבותה של ערכאת הערעור, ולפיכך יש לדעתי לדחות את הערעורים המופנים כלפי מידת העונשים.

דומה, כי בית משפט קמא איזן כראוי בין כלל השיקולים הדרושים, והשית על המערערים עונשים ראויים, הגם שהם נוטים לקולה, ואפשר שלו אנו ישבנו לדון בענינם של המערערים כערכאה ראשונה, היינו מחמירים יותר בעונשם.

105. לאור האמור, הנני סבור כי יש לדחות את הערעורים ההדדיים על גזרי הדין שהושטו על המערערים בבית משפט קמא.

סוף דבר

130. לו תשמע דעתי ידחו ערעוריהם של המערערים על הכרעת הדין. ערעור המשיבה על הכרעת הדין מתקבל בחלקו, והמערערים 2 ו-4 יורשעו בשתי עבירות של ניסיון לרצח. המערער 3 יורשע בנוסף בעבירות של ניסיון שוד וקשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה. ערעורה של המשיבה בנוגע למידת עונשו של המערער 3 מתקבל, כמפורט בפסקה 99. הערעורים ההדדיים על גזרי הדין בענינם של המערערים 1, 2 ו-4, ידחו.

שׁוֹפֵט (בדימ')

השופט נ' סולברג:

אני מסכים עם פסק הדין המקיף והממצה של חברי השופט א' שהם. משהרחיב חברי בסוגיית הפטור מאחריות פלילית עקב חרטה, אוסיף על כך כמה מילים על יסוד המשפט העברי (ראו גם ע"פ 5767/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 62 (16.6.2015)).

סעיף 28 לחוק העונשין מעניק פטור מעונש על עבירת ניסיון, במקרה שבו חדל המבצע מהשלמת המעשה, או ניסה למנוע את תוצאתו במקרה של עבירת תוצאה, מחפץ נפשו בלבד, ומתוך חרטה. הסעיף מעלה על נס את המפנה הפנימי שאירע בנפשו של המבצע, ובא לידי ביטוי חיצוני בהתנהגותו. אין טעם מוסרי בענישתו, אם לא הושלם ביצועם של יסודות העבירה (מעשה או תוצאה); כשהיסוד הנפשי, שהוא הבסיס לענישת הניסיון, השתנה תוך כדי הביצוע. הטעם התועלתני מבקש לעודד עבריינים לעצור, מיוזמתם, ולא מחמת עכבה חיצונית, עד לרגע האחרון של ביצוע העבירה.

בעולם ההלכה והמחשבה היהודית יש עיסוק נרחב במשמעותה של החזרה בתשובה, ובחשיבותה של החרטה על המעשה העברייני. הרמב"ם (הלכות תשובה א, ב) דן בשלושה מצבים של חזרה בתשובה, ומדרג אותם: הראשון הוא

מי שכוחו עדיין במותניו לעבור עבירות נוספות, ואף על-פי כן הוא מתחרט ועוזב את חטאו; השני הוא בא בימים, זקן, המתחרט בשלב שבו כבר תש כוחו מביצוע עבירות נוספות; ולבסוף, השב בתשובה ביום מותו. בניגוד לנדון דידן, סעיף 28 לחוק העונשין העוסק בחרטה בעיצומו של ניסיון ביצוע העבירה, דן הרמב"ם בחזרה בתשובה לאחר שנעשה כבר מעשה העבירה. למרות זאת, ניתן ללמוד מדבריו, ואילו עשויים להועיל לענייננו. הרמב"ם מציין כי שינוי התנהגותי העובר על מי שעדיין מסוגל לבצע עבירות, ערכו רב ממי שמתחרט על ביצוען בדיעבד, כאשר הוא אינו מסוגל עוד לחזור על הדפוס העברייני.

ההימנעות מעשיית העבירה, כאשר יש באפשרותו של העבריין לבצע אותה, מייצגת לדברי הרמב"ם את התשובה הגמורה:

"איזו היא תשובה גמורה? זה שבא לידו דבר שעבר בו, ואפשר בידו לעשות, ופירש ולא עשה מפני התשובה, לא מיראה ולא מכשלון כוח" (שם).

הימנעות מתוך חשש, או מתוך חוסר יכולת לבצע את העבירה, אינה מעידה על המפנה הפנימי הנחוץ. זאת, בדומה לשני היסודות הראשונים של סעיף 28: חדילה מהשלמת המעשה, וחפץ נפשו של העבריין, שאיננו נובע מיראה או מכשלון כוח אלא מתהליך התשובה שהוא נתון בו. מוסיף הרמב"ם ואומר:

"ומה היא התשובה? הוא שיעזוב החוטא חטאו, ויסירו ממחשבתו ויגמור בליבו שלא יעשהו עוד [...] ויעיד עליו יודע תעלומות שלא ישוב לזה החטא לעולם" (שם, הלכה ב).

אין בכוחו של אדם, וממילא אין בכוחו-שלנו, להעיד במקומו של יודע תעלומות "שלא ישוב לזה החטא לעולם". על-פי הצעת החוק שצוטטה בדברי חברי, סעיף 28 לחוק העונשין מסתפק בכך שמעשה העבירה המסוים הזה נפסק במהלך ביצועו, או שנעשה מעשה כלשהו על מנת למנוע את תוצאותיו, ללא כל מניע חיזוני, על מנת להקים חזקה כי אדם כזה "לא ישוב עוד לסורו", לא ישוב לזה החטא. הפסקת המעשה בעיצומו היא תנאי חיוני להתחשבות בחרטה:

"אמר רב אדא בר אהבה: אדם שיש בידו עבירה, ומתוודה ואינו חוזר בה, למה הוא דומה? לאדם שתופס שרץ בידו, שאפילו טובל בכל מימות שבעולם - לא עלתה לו טבילה. זרקו מידו, כיון שטבל בארבעים סאה מיד עלתה לו טבילה, שנאמר (משלי, כח, יג): 'וּמוֹדָה וְעֲזָב יָרְחָם'" (תלמוד בבלי, תענית, טז ע"א).

ניתן לדמות את החרטה במהלך ביצוע העבירה לסיטואציה של טובל ושרץ בידו. תנאי בסיסי וראשוני הוא שעליו לזרוק את השרץ מידו, כדי שתעלה בידו הטבילה. חרטה בלבד איננה מספיקה, היא דורשת עמה מעשה של עזיבה, ובמקרה של סעיף 28 - במהלך ניסיון ביצוע העבירה. כאשר המעשה הזה נעשה מחפץ נפשו של העושה, ומתוך חרטה, כפי שתנאים אלו פורשו בפסיקתנו - מן הראוי להעניק למבצע הניסיון פטור מאחריות פלילית.

כפי שפרט חברי בהרחבה, תנאים אלו אינם מתקיימים בענייננו, ועל כן הפטור הקבוע בסעיף 28 אינו עומד להם, למערערים.

שׁוֹפֵט

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. אני מסכים עם פסק דינו המקיף והממצה של חברי, השופט (בדימ') א' שהם, ולהערותיו של חברי השופט נ' סולברג. בנושא אחד הנני מרשה לעצמי להוסיף מספר הערות.
2. ביחס לערעורה של המשיבה על הכרעתו של בית המשפט המחוזי הנכבד שלא להרשיע את המערערים 2 ו-4 בעבירת הניסיון לרצח, בנוסף על הרשתם בעבירת החטיפה לשם רצח - חברי, השופט (בדימ') א' שהם, כתב כדלקמן:
"אינני רואה כל מניעה להרשיע את המערערים 2 ו-4 בעבירת הניסיון לרצח, שכן, וכפי שהובהר על ידי המשיבה, מדובר ביסודות שונים בשתי העבירות ואין מתקיימים ביניהן יחסי כלילות. למותר הוא לציין, כי לא בכל מקרה בו מתבצעת עבירת חטיפה לשם רצח מתגבשת גם עבירת ניסיון לרצח. ייתכנו מקרים, בהם מעשה החטיפה יהווה עבירה מושלמת, אך הוא לא יעבור את שלב ההכנה בכל הנוגע לעבירת ניסיון לרצח" (ראו: פסקה 85 לפסק דינו של חברי).
אני מסכים עם חברי כי ניתן להרשיע את המערערים 2 ו-4 בעבירת הניסיון לרצח, בנוסף לעבירת החטיפה לשם רצח, ואולם דרך הילוכי בסוגיה האמורה שונה במקצת.
3. היסוד העובדתי של עבירת הניסיון לרצח חובק בחובו, כאמור בחוות דעתו של חברי, השופט (בדימ') א' שהם, כל מעשה החורג מגדרה של פעולת הכנה, ואשר מהווה חוליה בשרשרת של מעשים שנועדו להביא לביצועה של עבירת הרצח בכוונה תחילה.

יסודותיה של עבירת החטיפה לשם רצח מנויים בסעיף 372 לחוק העונשין, המורה כך:

"החוטף אדם כדי לרצחו או כדי להעמידו בסכנת רצח, או חוטף אדם כדי לסחוט או לאיים, דינו - מאסר עשרים שנים".

במילים אחרות, כדי להרשיע נאשם בעבירת החטיפה לשם רצח יש להוכיח כי הנאשם חטף את הקורבן כדי לרצחו, או כדי להעמידו בסכנת רצח (או כדי לסחוט, או לאיים עליו). משכך, ספק בעיני אם ימצא מקרה שבו אדם תכנן לרצוח את

חברו וכבר חטף אותו לצורך מטרה נפשעת זו, ובכל זאת מעשיו לא ייחשבו כחורגים מ"מתחם ההכנה" ומשכך לא ייחשבו כ"ניסיון לרצח".

4. מדובר איפוא במצב דברים שבו העבירות הנ"ל מקיימות ביניהן "יחסי כלילות" ולפיכך ניתן להרשיע את הנאשם בהן, ככל שהוכחה אשמתו, ובלבד שלא יוטל עליו עונש העולה על העונש המירבי הקבוע לעבירה החמורה ביותר (ראו: סעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982; ע"פ 132/57 נכט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 1544 (1957) (להלן: עניין נכט); ע"פ 173/75 בן ציון נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(1) 119 (1975) ועיינו: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א, 370-373 (2014); רות קנאי "ריבוי עבירות ועונשים באירוע פלילי אחד" מחקרי משפט ג 247, 256-258 (1984)).

הפרופוזיציה המוצגת לעיל מודגמת גם במקרה שבו הנאשם השלים את עבירת החטיפה לשם רצח, אך נהנה מפטור עקב חרטה ביחס לעבירת ניסיון הרצח. עם זאת אינני משוכנע שמקרה כזה מוכיח, כהשקפת חברי, שבין שתי העבירות לא מתקיימים "יחסי כלילות", זאת מאחר שהטעם שבגינן עבירת החטיפה לשם רצח משתכללת ללא עבירת הניסיון לרצח נעוץ במצב דברים זה בקיומו של פטור חיצוני לגבי עבירת הניסיון לרצח, ולא בעובדה כי יסודות העבירה עצמם אינם "כלולים".

בהתחשב בשיקולים אלה, אשר ודאי עוד נעסוק בהם בעתיד - ומאחר שכאמור לעיל, היעדר "יחסי כלילות" בין עבירות החטיפה לשם רצח והניסיון לרצח איננו תנאי הכרחי להרשעת המערערים 2 ו-4 בשתי העבירות יחד (ובלבד שהם לא יענשו יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה - מה שמתקיים בענייננו), הנני מעדיף להשאיר את ההכרעה בסוגיה האמורה, בצריך עיון.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט (בדימ') א' שהם.

המערער 3 יתייצב לריצוי עונשו ביום 26.11.2018 עד השעה 10:00 בימ"ר ניצן, או על פי החלטת שירות בתי הסוהר, כשברשותו תעודת זהות או דרכון ועותק מפסק דין זה. על המערער 3 לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיזן מוקדם, עם ענף אבחון ומיזן של שירות בתי הסוהר, בטלפונים: 08-9787377 או 08-9787336.

ניתן היום, כ"ג בחשוון התשע"ט (1.11.2018).

המשנה לנשיאה שופט שופט (בדימ')



111.doc_15084570 לט