



ת"פ 64404/05/21 - מדינת ישראל נגד מחמד סבתיאני, מחמד אבו אהלווא

בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 64404-05-21 מדינת ישראל נ' סבתיאני(עציר) ואח'

לפני כב' השופטת חנה מרים לומפ

המאשימה מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים

על ידי ב"כ עו"ד בני לבסקינד

נגד

הנאשמים

מחמד סבתיאני (עציר) על ידי ב"כ נאיל זחאלקה

מחמד אבו אהלווא (עציר) על ידי ב"כ עו"ד מוחמד מחמוד

הכרעת דין

כתב האישום

1. כנגד הנאשמים הוגש כתב אישום, המייחס להם עבירות של מעשה טרור של חבלה בכוונה מחמירה, לפי סעיף 329(א) (1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "**החוק**") בצירוף סעיף 29 לחוק וסעיף 37 לחוק המאבק בטרור, תשע"ו-2016 (להלן: "**חוק המאבק בטרור**"), יידוי או ירי של אבן או חפץ אחר לעבר כלי תחבורה, לפי סעיף 332א(ב) לחוק וחבלה במזיד ברכב ממניע גזעני לפי סעיף 413ה בצירוף סעיף 144ו לחוק.

2. על פי עובדות החלק הכללי של כתב האישום, החל מיום 13.4.21, במהלך חודש הרמדאן 2021, התרחשו בארץ ובייחוד בירושלים, אירועים רבים של תקיפות יהודים וכוחות הביטחון על רקע לאומי וגזעני, בין היתר, באמצעות התפרעויות ותקיפות שכללו אלימות, זריקות אבנים וחפצים לעבר אנשים וכלי רכב בעלי חזות או סממנים יהודים ונגד כוחות המשטרה והביטחון.

3. על פי הנטען בעובדות כתב האישום, על רקע המתואר בחלק הכללי לכתב האישום, ביום 10.5.21, יום שחרור ירושלים תשפ"א, סמוך לשעה 09:15 נסעו בני משפחת יואלי ברכב מסוג סקודה אוקטביה (להלן: "**הרכב**") ברחוב ראבעה אל עדאווייה בשכונת א-טור שבירושלים (להלן: "**הכביש**") מכיוון הר הזיתים לכיוון הר הצופים. אב המשפחה, אריה יואלי (להלן: "**אריה**") נהג ברכב, לצדו ישבה אשתו גבריאל יואלי (להלן: "**גבריאל**") ובמושב האחורי מאחורי הנהג, ישבה בכיסא בטיחות, עם הפנים בניגוד לכיוון הנסיעה, בתם התינוקת (להלן: "**התינוקת ר**"), שבמועד האירוע הייתה בת שבעה חודשים (ילידת אוקטובר 2020). בני הזוג הם בעלי חזות יהודית דתית. בשלב מסוים של הנסיעה, עקב עומס שהיה בכביש, נאלץ אריה להאט את מהירות נסיעתו.

4. במקביל למתואר, נסעו הנאשמים ברכב מזדה (להלן: "**המזדה**") בבעלותו של נאשם 1, בנתיב הנגדי לנתיב הנסיעה של משפחת יואלי, כאשר נאשם 1 נוהג ברכב. עת חלפו הנאשמים על פני הרכב של משפחת יואלי והבחינו בהם, גמלה בליבם ההחלטה לתקוף את משפחת יואלי והכל מתוך מניע לאומני-אידיאולוגי וגזעני. מיד



לאחר מכן, עצר נאשם 1 את המזדה בחדות בצידי הכביש. הנאשמים ירדו במהירות מהמזדה, וכל אחד מהם הרים ממדרכה סמוכה אבנים גדולות במטרה ליידות אותן לעבר משפחת יואלי ולחבול בהם חבלות חמורות, והכל ממניע לאומני אידיאולוגי וגזעני. הנאשמים רצו עם האבנים בידיהם לעבר הרכב שנסע, כאמור, באותה עת במהירות איטית. נאשם 1 יידה לעבר החלק האחורי של הרכב, שם ישבה אותה העת התינוקת ר', ממרחק של כחצי מטר, שתי אבנים גדולות, אבן אחת ברוחב 16 ס"מ, אורך 10 ס"מ וגובה 3 ס"מ ואבן נוספת ברוחב 10 ס"מ, אורך 9.5 ס"מ וגובה 5.5 ס"מ. במקביל, יידה נאשם 2 לעבר חלון הנהג אבן גדולה, ממרחק של סנטימטרים ספורים. האבן לא ניפצה את השמשה ונאשם 2 דפק על חלון הנהג ובעט בדלתות הרכב. האבנים שיידה נאשם 1 פגעו בשמשה האחורית של הרכב וניפצו אותה. אחת האבנים פגעה בפניה של התינוקת ר', ולאחר מכן נחתה על בטנה והתינוקת ר' החלה לבכות. כתוצאה ממעשיהם של הנאשמים נגרמה לתינוקת ר' המטומה משמעותית בקוטר 5 ס"מ על כל אורך מצח ימין ולצרציה של כ- 2 ס"מ מתחת לגבה הימנית.

5. במעשיהם המתוארים לעיל, בצוותא חדא, בכוונה להטיל באדם נכות או מום, או לגרום לו חבלה חמורה שלא כדין, פצעו הנאשמים אדם שלא כדין, הכל מתוך מניע לאומני-אידיאולוגי וגזעני, במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור ובמעשה היה סיכון ממשי לפגיעה חמורה בגופו של אדם או ברכושו, וכן יידו אבנים לעבר כלי תחבורה בנסיעה באופן שיש בו כדי לסכן את בטיחותו של הנוסע או מי שנמצא בקרבתו, במטרה לפגוע בנוסע או במי שנמצא בקרבתו וחבלו במזיד ברכב מתוך מניע של גזענות.

תשובת הנאשמים לכתב האישום

6. הנאשמים בתשובתם לאישום אישרו את עובדות כתב האישום ביחס לחלק הכללי, לרקע ולמעשיהם בפן העובדתי-ידיי האבנים לעבר הרכב. ביחס לפן הנפשי טענו, כי לא הייתה להם כוונה לפגוע בנוסעי הרכב, וכי לא ידעו שברכב נמצאת תינוקת ברכב. לטענתם, כל מטרתם הייתה לתקוף את הרכב בלי לפגוע באיש מיושב הרכב. עוד נטען, כי מעשיהם אינם עולים כדי הגדרה של "מעשה טרור", ולכן אין לייחס לנאשמים עבירה של מעשה טרור של חבלה בכוונה מחמירה.

הראיות במבט על

7. מטעם התביעה העיד מר אריה יואלי (להלן: "המתלונן").

8. עוד הוגשו בהסכמה המסמכים כדלהלן: הודעת נאשם 1 מיום 18.5.21- **1/ת**, דיסק המתעד את חקירת נאשם 1 מיום 18.5.21- **1/תא**, הודעת נאשם 1 מיום 20.5.21- **2/ת**, דיסק המתעד את חקירת נאשם 1 מיום 20.5.21- **2/תא**, הודעת נאשם 1 מיום 25.5.21- **3/ת**, דיסק המתעד את חקירת נאשם 1 מיום 25.5.21- **3/תא**, הודעת נאשם 2 מיום 18.5.21- **4/ת**, דיסק המתעד את חקירת נאשם 2 מיום 18.5.21- **4/תא**, הודעת נאשם 2 מיום 20.5.21- **5/ת**, דיסק המתעד את חקירת נאשם 2 מיום 20.5.21- **5/תא**, הודעת נאשם 2 מיום 25.5.21- **6/ת**, דיסק המתעד את חקירת נאשם 2 מיום 25.5.21- **6/תא**, הודעת מחמד אבו אלהוא מיום 19.5.21- **7/ת**, הודעת עמאד חוויץ מיום 24.5.21- **8/ת**, הודעת יאסמין בדריה- **9/ת**, שרשרת מוצג- **10/ת**, מזכר מדידת אבנים- **11/ת**, תמונות האבנים- **11/תא**, הקפאת תמונות מתיעוד של החנות- **12/ת**, דו"ח פעולה חדירה למכשיר DVR מיום 19.5.21- **13/ת**, דו"ח פעולה חדירה למכשיר DVR מיום 20.5.21- **14/ת**, דו"ח



צפייה- **ת/15**, דיסק מצלמות עמאד עבוד- **ת/15א**, דיסק מצלמות עמאד חוויס- **ת/15ב**, דו"ח ביקור בזירה לחוקר זי"ט- **ת/16**, דיסק מצלמות אבטחה- **ת/16א**, דו"ח צפייה מצלמות מבט מתנייעת א טור עמוד 3- **ת/17**, דיסק מצלמת מבט מתנייעת א טור עמוד 3- **ת/17א**, מזכר תובנות מחת"ק- מחמד אבו אלהווא- **ת/18**, פלט מחת"ק לפלאפון של נאשם 2- **ת/18א**, דיסק מחת"ק- **ת/18ב**, תמלול ותרגום התכתבויות בין נאשם 1 לעמאד ראג'י- **ת/19**, התכתבויות בין נאשם 1 לעמאד ראג'י- **ת/19א**, תמונת הקעקוע של נאשם 1- **ת/20**, רשימת רכבים של נאשם 1- **ת/21**, דוח פעולה רותם סרי- **ת/22**, דוח פעולה אליעזר גפן- **ת/23**, דו"ח פעולה 244- **ת/24**, דו"ח מעצר נאשם 2- **ת/25**, דו"ח פעולה יחיאל פחימה- **ת/26**, דו"ח פעולה מוטי יצחקוב- **ת/27**, דיסק פריקת פלאפון של נאשם 1 ונאשם 2- **ת/28**, דו"ח מסכם חקירת מז"פ- **ת/29**, חוות דעת של מומחה- **ת/30**, דו"ח תיעוד פיתוח טביעות אצבע- **ת/31**, בדיקת טביעות אצבעות- **ת/32**, זיהוי ט.א לנאשם 2- **ת/33**, דו"ח תיעוד פיתוח טביעות אצבע- **ת/34**, בדיקת טביעות אצבעות- **ת/35**, זיהוי ט.א לנאשם 1- **ת/36**, מסמכים רפואיים- **ת/37**, הודעת גבראל יואלי מיום 18.5.21- **ת/38**, תמונת זוג הנפגעים- **ת/39**, תמונת התינוקת- **ת/40**.

9. מטעם הנאשמים העידו הנאשמים בלבד.

10. הצדדים סיכמו טענותיהם בעל פה בדיון מיום 30.5.22. ב"כ המאשימה השלים סיכומיו בכתב ביום 19.6.22 וב"כ נאשם 1 השלים סיכומיו בכתב ביום 23.8.22. ב"כ נאשם 2, הצטרף לטיעוניו של ב"כ נאשם 1, ולא ביקש להשלים טיעוניו בכתב.

יריעת המחלוקת

11. יוער, כי בענייננו, לב המחלוקת היא משפטית. הצדדים אינם חלוקים מבחינה עובדתית על עובדות כתב האישום, על כך שהנאשמים ביצעו את המעשים המיוחסים להם, על כך שהתרחש אירוע של יידוי אבנים, ועל כך שנגרמו לתינוקת לחבלות, כמפורט בכתב האישום. המחלוקת העובדתית נסובה סביב השאלה, האם הנאשמים הבחינו בכך שהתינוקת נמצאת ברכב.

12. מחלוקת נוספת נוגעת לקיומם של יסודות עבירת מעשה טרור של חבלה בכוונה מחמירה- הן היסוד העובדתי- האם מדובר בחבלה חמורה כהגדרתה בחוק, והן היסוד הנפשי- האם התקיים היסוד הנפשי של "כוונה מיוחדת" אצל הנאשמים, כך שהפגיעה בתינוקת התקיימה מתוך כוונה לגרום לה חבלה חמורה.

13. מחלוקת נוספת נוגעת לשאלה אם מעשיהם של הנאשמים עולים כדי "מעשה טרור".

14. בנוסף, נטען לאכיפה בררנית, בעת בחירת העבירות המיוחסות לנאשמים, לטענתם, מקרה זה אינו מצדיק ייחוס של עבירת חבלה בכוונה מחמירה, כאשר המאשימה בחרה במקרים חמורים יותר שלא לייחס לנאשמים עבירה חמורה של חבלה בכוונה מחמירה.



15. טענה נוספת שעלתה היא בקשר לכפילות אישומים, לנאשמים מיוחסות 2 עבירות דומות הנובעות ממסכת עובדתית זהה והערך המוגן בה דומה- עבירת ידיו או ירי אבן או חפץ לעבר כלי תחבורה ועבירת חבלה בכוונה מחמירה, על כן לא היה מקום להאשימם בשתי העבירות גם יחד, אלא היה על המאשימה לבחור אחת מהן.

דין והכרעה

האם הנאשמים ידעו, כי התינוקת נמצאת ברכב

16. כאמור, הנאשמים לא חלקו על עובדות כתב האישום למעט היסוד הנפשי והידיעה האם נמצאת התינוקת ברכב אם לאו. על פי טענת הנאשמים, מהראיות בתיק (דו"חות מז"פ, תצלומים) ובעיקר הצפייה בסרטונים, לא ניתן לקבוע מעבר לכל ספק סביר, כי הנאשמים הבחינו בתינוקת ברכב. נאשם 1 לא נראה בצמוד לחלון האחורי ימני של הרכב, ומכל מקום התינוקת ישבה בצד השמאלי. נאשם 2 עמד בסמוך לחלקו הקדמי ימני של הרכב, ולא לחלקו האחורי, ולשם כיוון את האבן שזרק. בנוסף, התינוקת ישבה בכיסא הפוך למושב הרכב, כך שקשה להבחין בה אם לא מצמידים את הראש לחלון הרכב. כמו כן, מדובר באירוע שמשכו קצר מאוד. על כן אני מאמינה לנאשמים, כי לא הבחינו בה.

חבלה בכוונה מחמירה

17. סעיף 329 (א)(1) לחוק כולל רכיב תוצאתי של פציעת אדם או גרימת חבלה חמורה. היסוד העובדתי לפי סעיף 329(א)(1) לחוק שעניינו חבלה בכוונה מחמירה הוא גרימת פציעה או חבלה חמורה, ומדובר בשתי דרישות חלופיות היינו, אין דרישה שתיגרם בפועל תוצאה של חבלה חמורה, ודי בפציעה. היסוד הנפשי הנדרש לפי סעיף 329(א) כולל כוונה מיוחדת, במסגרתה נדרש להוכיח כי התקיימה כוונה להטיל נכות או מום, או לגרום לחבלה חמורה.

18. במקרה שלפניי נסובה המחלוקת סביב שאלת הוכחת היסוד העובדתי והנפשי הנדרש להרשעה בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה. על פי הנטען ביחס לפן העובדתי, לדברי הנאשמים עולה מהמסמכים הרפואיים שאין מדובר בחבלה חמורה כהגדרתה בחוק, אלא לכל היותר חבלה של ממש, הא ותו לא. לתינוקת לא נגרמו פגיעות ממשיות, שברים, פגיעה חמורה בראש או נזק תמידי ואף לא התקיימה החלופה שבסעיף, לפיה החבלה המסוכנת היא חבלה חמורה גם כאשר היא עלולה לפגוע קשות או לצמיתות בבריאות הנחבל. אשר לפן הנפשי, לנאשמים לא הייתה מודעות לכך שתינוקת יושבת במושב האחורי, ואין עדות ישירה או חיזונית לכך שהאבנים כונו אליה על מנת לפגוע בה. לדידם, לא ניתן ללמוד מהסרטונים על נחישות מצד הנאשמים לפגוע ולחבול ביושבי הרכב, ולא כל שכן בתינוקת, אשר כלל לא ידעו על כך שישבה ברכב. למעשה לא קדם תכנון מדוקדק למעשה, ומדובר בהחלטה של הרגע. בנוסף, הנאשמים לא התקרבו לעבר הרכב בעת ידיו האבנים. על כן, טענו שהתנהגות זו של הנאשמים מלמדת שלא היתה להם כוונה מיוחדת לגרום לחבלה חמורה מכוח חזקת הכוונה. מנגד, המאשימה טענה, כי התקיימו יסודות העבירה, הן בפן העובדתי והן בפן הנפשי, בהתאם לחזקת הכוונה ולהלכת הצפיות.

19. סעיף 329 (א)(1) לחוק קובע :



**"א. העושה אחת מאלה בכוונה להטיל באדם נכות או מום, או לגרום לו חבלה חמורה...
1. פוצע אדם או גורם לו חבלה חמורה."**

20. סעיף 34 כד. לחוקמגדיר "פצע" כ"חתך או דקירה המבטרים או בוקעים כל קרום חיצוני של הגוף, ולענין זה קרום חיצוני הוא כל קרום שאפשר לנגוע בו בלי לבתר או לבקוע כל קרום". "חבלה חמורה" מוגדרת כ"חבלה העולה כדי חבלה מסוכנת, או הפוגעת או עלולה לפגוע קשות או לתמיד בבריאות הנחבל או בנוחותו, או המגיעה כדי מום קבע או כדי פגיעת קבע או פגיעה קשה באחד האיברים, הקרומים או החושים החיצוניים או הפנימיים", ו"חבלה מסוכנת" מוגדרת כ"חבלה שיש בה סכנת נפשות".

21. מבין העבירות המייחסות גרימת החבלה בגופו של אדם: תקיפה הגורמת חבלה ממשית לפי סעיף 380 לחוק; פציעה לפי סעיף 334 לחוק; חבלה חמורה לפי סעיף 333 לחוק; חבלה בכוונה מחמירה לפי סעיף 329 לחוק, מאובחן סעיף 329 לחוק מיתר הסעיפים בהלך הנפש המלווה את ההתנהגות. סעיף זה "מבטא את רמת החומרה הגבוהה ביותר של "גרם חבלה" לגופו של אדם; וזאת- לאו דווקא בשל חומרת החבלה הנגרמת בפועל, אלא- בשל "הכוונה המיוחדת", הטומנת בחובה סיכון ממשי של גרם חבלה גופנית קשה" (י' קדמי, על הדין בפלילים, חלק שלישי, מהדורה מעודכנת, תשס"ו- 2006, עמוד 1277). כאשר שאר העבירות דורשות התקיימות יסוד נפשי של מחשבה פלילית בלבד.

היסוד העובדתי

22. להרשעת נאשם בעבירה זו, ליסוד העובדתי נדרש מעשה, נסיבה ותוצאה. לדידי היסוד העובדתי התגבש במקרה דנן, שכן מצפייה בסרטונים המתעדים את האירוע, ניתן לראות את שני הנאשמים מפסיקים את נסיעתם בנתיב הנגדי, רצים למצוא אבנים בצד הדרך, ובהמשך אוחזים אבנים גדולות ורצים ריצת עמוק אחר הרכב בו נסעה משפחת יואלי, מתקרבים לרכב וזורקים את האבנים משני הכוונים בעוד הרכב בנסיעה איטית בשל עומס תנועה במקום. כתוצאה מזריקת האבנים הם פצעו את התינוקת ר' בראשה. מעשיהם מלמדים על נחישותם ודבקותם לפגוע ברכב וביושבים בו (ר' פירוט ראיות בהמשך הדיון על היסוד הנפשי).

23. הראיות שהובאו לפניי מלמדות, כי התינוקת ר' נחבלה באופן משמעותי. נגרמה לה המטומה גדולה בקוטר 5 ס"מ על כל אורך מצח ימין ולצריצה (קרע) של כ- 2 ס"מ מתחת לגבה ימין, הכל כפי שניתן ללמוד מהתמונה המזעזעת ומהסיכום הרפואי המלמדים על החומרה (ת/37, ת/40). אף אביה של ר', אריה יואלי תיאר בעדותו לפניי את הסימנים שנותרו בפניה לאחר האירוע - צלקת במצח וכן פגיעה בגבה (ר' פרוטוקול הדיון מיום 7.3.22, עמ' 18, ש' 25-18) בכך גרמו הנאשמים למתלונן לפציעה כהגדרתה בסעיף 34 כ"ד לחוק.

24. על מנת לחסות בצילה של ההגדרה "חבלה חמורה", הנזק שנגרם לקורבן אינו חייב להיות נזק קבוע, ודי בנזק חמור או נזק רציני לבריאות או לנוחות הנפגע, או בכאבים עזים. מעין בפסיקה עולה, כי לא נדרש להצביע על פגיעה שהוכחה כפגיעה קשה בבריאות או בנוחות הנפגע, ודי בכך שהחבלה עלולה, לכל הפחות, לפגוע קשות בבריאותו (ר' ע"פ 4267/09 עזאמי נ' מדינת ישראל (9.11.09); ת"פ (י-ם) 102/10 מדינת ישראל נ' נחום



בן יצחק ואח' (15.1.14)).

25. אשר לטענת ב"כ הנאשמים, כי על פי המסמכים הרפואיים עולה כי אין להתייחס לפגיעה זו כאל חבלה חמורה, סבורתני, כי המסמכים הרפואיים מצביעים על כך שלתינוקת נגרם נזק ממשי לבריאותה, אף אם נזק זה אינו עולה כדי נזק תמידי או נכות קבועה. בנוסף, לא נדרשת חוות דעת מומחים לאופן קביעת דרגת הפגיעה, אם מדובר בחבלה מחמירה אם לאו, ובסופו של יום החלטה זו נתונה לשיקול דעת בית המשפט (ר' ע"פ 10357/06 אבו דיב נ' מדינת ישראל (6.8.07)), אליו הפנה ב"כ המאשימה). יתרה מזו, על פי הפסיקה די בכך שהחבלה עלולה לפגוע קשות בבריאות הנפגע על מנת שתיחשב חבלה חמורה, ואין ספק כי בענייננו, חבלה מהסוג שספגה ר' היתה עלולה לפגוע קשות בבריאותה או לפגוע פגיעה קשה באחד מאבריה כלשון החוק. אך בנס הגולגולת והעין לא נפגעו, שכן האבן פגעה בחלק העליון של ראש התינוקת, וגרמו לפציעתה, כך שיידי האבן עלול היה לפגוע באיברים חיוניים ולהוביל לפגיעה קשה החוסה בצילה של ההגדרה "חבלה חמורה", לעניין התגבשות היסוד העובדתי הנדרש לעבירה זו.

היסוד הנפשי

26. היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירה הרלוונטית הוא "כוונה מיוחדת" להטיל באדם נכות או מום או לגרום לו חבלה חמורה. כוונה זו מתייחסת להלך רוחו של הנאשם ולא לרכיב התוצאה. כוונה מיוחדת לפי סעיף 20 (א)(1) לחוק דורשת מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה הנמנים עם פרטי העבירה ובמטרה לגרום לאותן תוצאות, בתוספת דרישה מיוחדת לכוונה לגרימת חבלה חמורה.

27. הכוונה האמורה ניתנת להוכחה בעדות ישירה, בראיות נסיבתיות או באמצעות חזקת הכוונה. (קדמי, על הדין בפלילים, שם, עמ' 1282-1284). חזקת הכוונה ניתנת להילמד מהתנהגות הנאשם ומהאופן בו נגרמה החבלה החמורה. חזקה זו קובעת, כי אדם המבצע פעולה, מודע לרוב לטיב הפיזי של מעשיו ולתוצאה הנובעת באופן טבעי ממעשיו (ר' ע"פ 10423/07 מדינת ישראל נ' שמשון סיטרין (11.6.08)); ע"פ 8871/05 שנגלוי נ' מדינת ישראל (12.3.07)). חזקה זו מבוססת על ניסיון החיים. היא אינה חזקה חלוטה, ודי בכך שהנאשם עורר ספק סביר בראיות המקימות את החזקה, על מנת להפריכה (ר' ע"פ 10110/03 גמליאל נ' מדינת ישראל (11.12.06)); ע"פ 413/10 פלוני נ' מדינת ישראל (23.3.11)).

28. זאת ועוד, הכוונה האמורה ניתנת להוכחה באמצעות הלכת הצפיות - לפיה היסוד הנפשי של כוונה מתקיים בעושה, אף אם זה לא רצה להשיג תוצאה כלשהי בהתנהגותו, אך נתקיימה אצלו צפייה ברמת הסתברות גבוהה, כי התוצאה אמנם תושג עקב ההתנהגות (ר' ע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט (6) 554, 570-571).

29. כאמור, המאשימה טענה כי הנאשמים התכוונו להטיל בתינוקת ר' נכות או מום או לגרום לה לחבלה חמורה ואף לשאר יושבי הרכב ועל כן יש להרשיעם בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה, לפי סעיף 329(א)(1) לחוק. מנגד, לטענת ההגנה לא הייתה לנאשמים כוונה מיוחדת שכזו, והם לא הבחינו בהימצאות התינוקת ברכב וכל מטרתם הייתה לפגוע ברכב, ולכן יש לזכותם מעבירה זו.



30. סבורתני, כי כוונת הנאשמים בביצוע העבירה נלמדת מהנסיבות. כאמור, הנאשמים עצרו את נסיעתם לצד הדרך עת הבחינו ברכבם של משפחת יואלי, יצאו מרכבם בריצת עמוק, נטלו אבנים גדולות ורדפו אחרי הקורבנות בעת שהם בנסיעה עד שהשיגו את רכבם, האבנים שחדרו לתוך הרכב הובילו לפגיעה בראש של ר'. אשר לגרסת הנאשמים בבית המשפט לקרות האירוע, לא מצאתי ליתן בה אמון כפי שיפורט בהמשך.

31. בפתח הדברים יודגש, כי גרסת הנאשמים במשטרה סותרת את גרסתם בעדותם לפניי. נאשם 1 בהודעותיו במשטרה הכחיש, כי יידה אבנים לעבר רכב של יהודים והכחיש כי קיים סרטון המתעד את מעשיו אלה (ר' ת/1-3). מאידך, במסגרת עדותו לפניי נאשם 1 הודה בזריקת האבנים לעבר הרכב, אולם טען שלא הייתה לו כל כוונה לפגוע בהם, אלא רק לפגוע ברכב (ר' פרוטוקול הדיון מיום 30.5.22, עמ' 48, ש' 20-22, עמ' 49, ש' 23-25, עמ' 50, ש' 1-3, ש' 7-10). אף בחקירתו הנגדית הוא מסר כי הכל קרה ללא כוונה וללא שיקול דעת ומטרתו הייתה לשבור את הרכב ולהפחיד את הנוסעים, אולם לא לפגוע בהם (שם, עמ' 53, ש' 1-14, עמ' 54, ש' 8-12, עמ' 55-56, ש' 18-25, ש' 1-4, עמ' 57, ש' 8-13). מדובר בגרסה כבושה, ולא ניתן הסבר מניח את הדעת לכבישתה.

32. נאשם 2 בהודעתו במשטרה מיום 18.5.21 הכחיש את מעשיו ומסר ש"לא עשיתי כלום". עוד הכחיש שראה זריקת אבנים לעבר רכבי יהודים, וטען כי אין לו קשר לזריקת אבנים לעבר רכב יהודי ומסר שלא נגע ברכב בדלתות או בחלונות מבחוץ ולא ניסה לפתוח את הדלתות (ת/4). בהודעתו במשטרה מיום 20.5.21 טען, כי אין לו קשר לאירוע והכחיש את זהותו בסרטון המתעד את אירוע זריקת האבנים על הרכב (ת/5). בהודעתו במשטרה מיום 25.5.21 הוא שמר על זכות השתיקה (ת/6). מנגד בעדותו לפניי מסר נאשם 2, כי כל מטרתו הייתה להפחיד ולא הייתה לו כוונה לפגוע במתלוננים (ר' פרוטוקול הדיון מיום 30.5.22, עמ' 68, ש' 4-6, עמ' 71, ש' 1-3, 15-18, עמ' 74, ש' 6, ש' 11-13). גם במקרה של נאשם 2 מדובר בגרסה כבושה, ולא ניתן הסבר מניח את הדעת לכבישתה.

33. בניגוד לגרסה שמסרו הנאשמים לפניי ובחקירה המשטרתית, מסרטונים המתעדים את האירוע נראה רכב מזדה עוצר בפתאומיות ליד משאית שחונה על המדרכה, הנאשמים יורדים מהרכב בריצה לכיוון רכבם של משפחת יואלי (רכב מסוג "סקודה" לבנה). נאשם 1 מתועד זורק 2 אבנים לכיוון הרכב, כאשר נראית האבן הראשונה שהשליך מנפצת את שמשו האחורית של הרכב, ומיד לאחר מכן, כשהוא סמוך לרכב הוא מיידה אבן גדולה נוספת לעבר החלון המנופץ לחלקו הפנימי של הרכב. במקביל נראה נאשם 2 רץ גם הוא לכיוון הרכב הלבן מסוג "סקודה" וזורק אבן לכיוון צד שמאל של הרכב, הוא מגיע קרוב לרכב, מעביר את האבן שאוחז מידו הימנית לשמאלית, וכשהוא צמוד לדלת הנהג הטיח את האבן מטווח קרוב מאוד לעבר ראשו של המתלונן, אך האבן אינה נוגעת בשמשה ועפה על הרצפה. מיד לאחר מכן הוא נוגע בכף ידו הימנית בחלון הנהג ובוועט ברכב ברגלו הימנית ורכב ה"סקודה" נראה נוסע מהמקום במהירות. הנאשמים נראים בורחים מהמקום לעבר רכב ה"מזדה" (ר' ch10, ch14, ch11, ת/15, ת/17, ת/17א). מהסרטון עולה, כי יידי האבנים היה מטווח קרוב מאוד לרכב.

34. בנוסף, ניתן להתרשם מתמונת האבנים שהשליכו הנאשמים, שמדובר באבנים לא קטנות (ר' תמונה ת/2 בעמ' 9). ממסמך שרשרת מוצג- נסים קטנוב מיום 24.5.21, "האבנים גדולות יחסית" (ת/10). אף ממזכר מדידת האבנים עולה, כי אבן אחת מידותיה: רוחב 16 ס"מ לערך, אורך 10 ס"מ לערך וגובה 3 ס"מ לערך. אבן שניה



מידותיה: רוחב 10 ס"מ לערך, אורך 9.5 ס"מ לערך וגובה 5.5 ס"מ לערך (ת/11-11/א).

35. מלבד תיעוד האירוע בסרטון, ישנן תמונות המתעדות את הפגיעה ברכב בשמשת הרכב האחורית, במדף המגן בתא המטען, ובצדו השמאלי של הרכב (ת/29). כמו כן עולה מהודעת גבריאלי במשטרה (ת/38) ומעדותו של אריה בגדרם תיארו את האירוע המתועד בסרטון- ידיו האבנים לעבר הרכב ואת הנזקים שנגרמו לרכב ולתינוקת ר' כתוצאה מהמעשים. אשר לגודל האבנים הדבר עולה הן מהתמונות וכן מעדות המתלונן (ת/29, ת/37, פרוטוקול הדיון מיום 7.3.22, עדות אריה יואלי עמ' 18, ש' 13-15, עמ' 28, ש' 11-15).

36. מכאן, שמהסרטונים ניתן ללמוד באופן וודאי על כוונת נאשם 1 הנלמדת ממעשיו, כאשר סטה עם רכבו בחדות וחנה לצד הדרך, רץ ריצת עמוק והצטייד בשתי אבנים גדולים, יידה את האבן הראשונה מטווח קצר בחלקו האחורי של הרכב והיא ניפצה את השמשה ומיד לאחר מכן הוא יידה אבן נוספת לתוך חלל הרכב כאשר ראה כי ברכב ישבו אנשים וידע שהאבן עלולה לפגוע בהם. לא זו אף זו, הוא אישר כי אבן כזאת שהוא זרק אשר פוגעת בראש של בן אדם יכולה לפצוע אותו קשה וככל שהיה מתקרב לאדם אזי הפגיעה יותר קשה (פרוטוקול הדיון מיום 30.5.22, עמ' 57, ש' 2-7).

37. כך גם התנהגותו של נאשם 2 מלמדת על מעשיו- הוא הגיע בסמוך לדלת הנהג, העביר את האבן שאחז מידו הימנית לשמאלית ומטווח קצר ניסה לפגוע בראש הנהג, אולם לא עלה הדבר בידו לאחר שהחלון לא התנפץ. לא זו אף זו, הוא בעט ברכב וניסה לחבוט בו. מכאן, שמעשיו מלמדים כי לא התכוון לפגוע ברכוש בלבד, כטענתו, אלא כיוון לראשו של הנהג.

38. אין ספק, כי כאשר מיידים אבן מטווח קצר לעבר פלג גוף עליון היא יכולה להוביל לפגיעה קשה, לחבלה חמורה ואף למוות במקרים מסוימים, במקרה זה אירע נס משום שהאבן הראשונה אותה יידה נאשם 1 ניפצה את השמשה והאבן השנייה פגעה בספסל האחורי בו ישבה התינוקת ומשם בתינוקת ולא פגעה בה ישירות (ת/29). גם האבן אותה יידה נאשם 2 לעבר המתלונן לא פגעה בו.

39. כל אלה מחזקים את המסקנה, לפיה הנאשמים אכן התכוונו לחבול במתלוננים חבלה חמורה, כדרישת סעיף 329(א)(1) לחוק, בו הואשמו הנאשמים. בעוד שגרסתם של הנאשמים כי כל כוונתם הייתה לפגוע ברכב, היא גרסה כבושה, שלא עולה בקנה אחד עם הסרטון המתעד את האירוע ועם שורת ההיגיון והשכל הישר.

40. יתרה מזו, בענייננו מתקיימת הלכת הצפיות, לפיה: **"היסוד הנפשי של כוונה מתקיים בעושה, אף אם זה לא רצה להשיג תוצאה כלשהי בהתנהגותו, אך נתקיימה אצלו צפייה ברמת הסתברות גבוהה כי התוצאה אמנם תושג עקב ההתנהגות"** (ר' רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן פ"ד נט' (6) 554, 570 - 571 (2005)). סעיף 20(ב) לחוקקובע: **"לעניין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן"**. על פי סעיף זה, טומנת בחובה הלכת הצפיות משוכה גבוהה של אפשרות קרובה לוודאי להתרחשות התוצאה. בית המשפט העליון פסק, כי יש בהלכת הצפיות כדי להספיק למילוי דרישת הכוונה המיוחדת הנדרשת להרשעה בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה לפי סעיף 329 לחוק (ר' ע"פ 6019/09 אשר



קילאני נ' מדינת ישראל, וע"פ 5492/11 מורד אלרחמן נ' מדינת ישראל).

41. במקרה דנן, הצטיידו הנאשמים במשותף במספר אבנים שגודלן אינו קטן. נאשם 1 יידה את האבן השנייה לאחר שראה שהשמש התנפצה, ויש הסתברות גבוהה כי האבן הנוספת תיכנס לתוך הרכב ותיפגע ביושביו. כך גם נאשם 2 לא הרפה ממעשיו לאחר זריקת אבן לעבר חלון הנהג ללא הצלחה, וכאשר אריה ניסה להימלט על נפשו, הוא נגע עם היד בחלון הרכב ובעט בדלת הנהג. במצב דברים זה, ניתן לומר כי הנאשמים צפו ברמה גבוהה של ודאות שיגרם לו נזק חמור, שהרי אם כל מטרתם הייתה אך להפחיד את יושבי הרכב, כפי שמסרו בעדותם, אזי היו משליכים את האבנים מרחוק ולא מטוח קרוב מאוד לרכב, מכוונים לחלונות הרכב ולמקום בו יושב הנהג, ולא היו רצים לעבר מכונית בכביש בו יש תנועה של מכוניות אשר יכולה להביא לידי סכנה. כמו כן, העובדה שהנאשמים חיפשו אבנים - נאשם 1 אישר כי הוא רץ להביא אבנים (ר' פרוטוקול הדיון מיום 30.5.22, עמ' 61-62, ש' 20-24, ש' 1-7) ורצו לעבר הרכב של משפחת יואלי, כאשר רואים נוסעים מקדימה אב ואם, בהחלט ניתן לצפות כי ישבו גם ילדים מאחור. מכאן, שהתמונה הראייתית בתיק זה, מלמדת כיאצל הנאשמים התקיימה לכל הפחות צפייה ברמת הסתברות גבוהה, כי התנהגותם תביא לתוצאה שנגרמה, דבר המלמד שהתקיים אצל הנאשמים היסוד הנפשי של כוונה, כנטען ע"י המאשימה.

42. מאחר שאין מחלוקת, כי מדובר במבצעים בצוותא אשר פעלו כגוף אחד לשם ביצוע של תוכנית עבריינית משותפת, מתבקשת המסקנה כי כל אחד מהם אחראי למעשיו של שותפו.

43. אומנם, כפי שקבעתי נתתי אמון בגרסת הנאשמים כי לא הבחינו בתינוקת, אולם יודגש כי איני מקבלת את הטענה לפיה הם לא התכוונו לפגוע במי מיושבי הרכב וכל מטרתם הייתה לפגוע ברכב. העובדה, כי לא ידעו שהתינוקת יושבת ברכב, אין בה כדי לזכותם מהעבירה המיוחסת להם, אך קביעה זו חשובה לשלב גזירת עונשם בעת בחינת מתחם העונש ההולם, ושם היא תקבל את המשקל הראוי לה. כאמור, הראיות מצביעות כי כל פעולות הנאשמים נעשו כשהם חדורי מטרה לפגוע במי שנמצא ברכב. הם לא בחנו ובדקו מי נמצא ברכב, ומרגע שהבחינו כי יהודי עם כיפה ואשה עם כובע נוסעים ברכב, הם הסתערו עליו, מבלי לבדוק מי נמצא בו, ולא וודאו כי אין נוסעים בחלקו האחורי, על אף שתמיד קיימת האפשרות שיושבים ברכב נוסעים גם בחלקו האחורי. מכאן, שהתנהגותם של הנאשמים באירוע מלמדת שהם רצו לפגוע בכל מי שישב ברכב, ולכל הפחות צפו ברמת הסתברות גבוהה שכך יקרה.

מעשה טרור

44. לטענת ב"כ הנאשמים, אין מעשי הנאשמים עולים כדי הגדרה של "מעשה טרור" בהתאם לחוק המאבק בטרור, ולכן אין לייחס לנאשמים עבירה של מעשה טרור של חבלה בכוונה מחמירה. מאידך, לטענת המאשימה המעשים נעשו ממניע לאומני ואידיאולוגי בהתאם לחוק המאבק בטרור.

45. "מעשה טרור" מוגדר בסעיף 2(א) לחוק המאבק בטרור כך:

'מעשה טרור' - מעשה המהווה עבירה או איום בעשיית מעשה כאמור, שמתקיימים לגביהם כל



אלה:

- (1) הם נעשו מתוך מניע מדיני, דתי, לאומני או אידאולוגי;
- (2) הם נעשו במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור או במטרה לאלץ ממשלה או רשות שלטונית אחרת, לרבות ממשלה או רשות שלטונית אחרת של מדינה זרה, או ארגון ציבורי בין-לאומי, לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה;
- (3) במעשה שנעשה או במעשה שאיימו בעשייתו, היה אחד מאלה, או סיכון ממשי לאחד מאלה:
 - (א) פגיעה חמורה בגופו של אדם או בחירותו;
 - (ב) פגיעה חמורה בבטיחות הציבור או בבריאותו;
 - (ג) פגיעה חמורה ברכוש, שבנסיבות שבהן בוצעה יש אפשרות ממשיה שתגרום לפגיעה חמורה כאמור בפסקאות משנה (א) או (ב) ושנעשתה במטרה לגרום לפגיעה כאמור;
 - (ד) פגיעה חמורה בקודשי דת; לעניין זה, "קודשי דת" - מקום פולחן או קבורה ותשמישי קדושה".

46. סעיף 2(ב) לחוק המאבק בטרור קובע: "כל מקום בחוק זה שבו נאמר "מטרה", ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן". סעיף 2(ב) לחוק המאבק בטרור מחיל את הלכת הצפיות הקבועה בסעיף 20 לחוק, כאמור. כלל זה מוחל לא רק בעבירות תוצאתיות, אלא גם בעבירות התנהגות.

47. ממכלול הראיות בתיק אני סבורה, כי מתקיימים כל הרכיבים של הגדרת "מעשה טרור" ויש לסווג את ביצוע מעשיהם של הנאשמים כ"מעשה טרור", כפי שיפורט בהמשך:

מעשיהם של הנאשמים נעשו מתוך מניע לאומני או אידאולוגי

48. בהודעת נאשם 1 במשטרה מיום 18.5.21 הוא קשר עצמו לאירוע, בכך שסיפר שנאשם 2 לקח אבן מהרצפה וזרק את האבן על הרכב ולגביו מסר "אני חשבתי שהוא עושה קטטה עם מישהו אני גם לקחתי אבן רציתי לזרוק אבל לא זרקתי כי ראיתי שיש לו כובע של יהודים קטנה לא זוכר צבע, אני רציתי לזרוק את האבן על הרכב וכשראיתי שזה יהודי זרקתי את האבן על הרצפה" (ר' ת/1, עמ' 7, ש' 143-152, הדגשות אינן במקור ח.מ.ל).

49. גם בחקירתו הראשית של נאשם 1 הוא ציין, כי ראה שמדובר ביהודי היושב ברכב: "מוחמד אבו אל הווא ביקש ממני לאסוף אותו אתנו, לקחת אותו אתנו הביתה, אמרתי לו תבוא איתי, אני אקח אותך בדרך, נסענו ברכב ובדרך והסתובבתי לקח את החגורה והחלון היה פתוח קצת, סובבתי את הפנים שלי ואז ראיתי כובע ושיער הבחורה שהייתה לידו, ואחר כך הורדתי את החגורה, הורדתי את ההנד ברקס ואמרתי יש יהודי וירדתי מהרכב והלכתי למדרכה וראיתי שם שני אבנים, לקחתי אותם וזרקתי על הרכב" (ר' פרוטוקול הדיון מיום 30.5.22, עמ' 48, ש' 12-18, הדגשות אינן במקור ח.מ.ל).



50. בהמשך אף מסר: "אני כשעליתי ברכב ונסעתי, כל החלונות של הרכב שלי הם שחורים, ואני כשהסתובבתי לקחתי את החגורה ככה פתאום ראיתי את הכיפה, את הכובע וירדתי וזרקתי" (שם, עמ' 53, ש' 6-8). כמו כן הסביר, כי הסיבה למעשיו היא "התקופה שהייתה והבעיות" (שם, עמ' 49, ש' 6-7) ועל רקע אירועי הרמאדן ואל אקצה שקדמו לאותו היום (שם, עמ' 51, ש' 3-5, ש' 23-24).

51. אף נאשם 2 העיד, כי הוא רץ לעבר הרכב במטרה להפחיד את היהודי (שם, עמ' 68, ש' 16), ובהמשך שב ואישר, כי שמע את נאשם 1 שאמר "המתנחל או יהודי", הוא ראה אותו יורד ואז ירד אחריו (שם, עמ' 70, ש' 13-15). עוד הסביר, כי הסיבה למעשיו היו תגובה לדברים שקרו באותה תקופה (שם, עמ' 70, ש' 18-21, עמ' 71, ש' 5-7).

52. מכאן עולה שהנאשמים ידעו, כי מדובר במשפחה יהודית, ומעשיהם בוצעו מתוך מניע לאומני, אידיאולוגי וגזעני.

מעשיהם נעשו במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור

53. נאשם 1 מסר בעדותו, שכאשר זרק את האבן מטרתו הייתה להפחיד ושהאבן תיפגע בבגד של הרכב ולשבור את הרכב (שם, עמ' 55-56, ש' 18-25, ש' 1-4, עמ' 57, ש' 8-13). נאשם 2 בעדותו טען, כי כל מטרתו בזריקת האבנים הייתה להפחיד, וללא כל כוונה אחרת "אז רדפתי אחריו, רצתי אחריו והלכתי וזרקתי ולא רצינו שנפגע בו, רק להפחיד אותו ולא שום כוונה אחרת" (שם, עמ' 68, ש' 4-6, עמ' 71, ש' 1-3, 15-18, עמ' 74, ש' 6, ש' 11-13).

54. יתרה מזו, לא ניתן לנתק אירוע זה מייתר האירועים שהתרחשו באותה עת, כמפורט בחלק הכללי של כתב האישום, והנאשמים אף טוענים שמעשיהם נעשו בראי אירועים אלה, ומכאן שיש לראות בהם כלק מכלל האירועים שכל אחד מהם נועד לעורר פחד ובהלה בלב מי שנפגע באותו אירוע ספציפי, אך מצבור האירועים מעוררים פחד ובהלה בציבור.

55. אשר לתנאי השלישי, אין חולק מהראיות, כאמור, כי במעשה שנעשה היה סיכון ממשי לפגיעה חמורה ביותר בגופה של התינוקת ר' ובהוריה.

56. אשר על כן, בנסיבות העניין, נתמלאו יסודותיה של עבירה זו, דהיינו, מעשה טרור של חבלה בכוונה מחמירה, לפי סעיף 329(א)(1) בצרף סעיף 29 לחוק וסעיף 37 לחוק המאבק בטרור.

אכיפה בררנית

57. אחת העילות לתחולת דוקטרינת ההגנה מן הצדק היא אכיפה בררנית, דהיינו מצב בו רשויות התביעה פעלו באופן לא שוויוני בהחלטותיהן בכל הנוגע להגשת כתבי אישום.



58. בבג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289, 304, נקבע כך:

"אפשר לומר, לצורך עתירה זאת, כי אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית היא, בדרך כלל, ההחלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני" (ההדגשה אינה במקור - ח.מ.ל.).

59. לטענת הנאשמים הגשת כתב אישום כנגדם בעבירת "מעשה טרור של חבלה בכוונה מחמירה" בנוסף לעבירת יידוי או ירי של אבן או חפץ אחר לעבר כלי תחבורה, מהווה אכיפה בררנית. לטענתם, הוגשו במקרים בהם היו נסיבות ביצוע עבירה זהות לנסיבות בענייננו, ואף חמורות יותר כתבי אישום המייחסים לנאשמים רק עבירת יידוי או ירי של אבן או חפץ אחר לעבר כלי תחבורה ללא יסוד נפשי מיוחד של חבלה בכוונה מחמירה או עבירות אחרות, פחות חמורות והפנו לפסיקה לתמיכה בטיעוניהם. על כן לשיטתם יש להרשיע את הנאשמים בעבירה שהיסוד הנפשי שלה מבוסס על רשלנות כאשר החבלה היא חבלה של ממש ולא חבלה חמורה. מנגד, המאשימה טענה כי לצד עבירת יידוי אבן לפי סעיף 332 לחוק, ישנם מקרים המצדיקים ייחוס של חבלה בכוונה מחמירה בשים לב לייחודו של האירוע, יידוי אבן מטווח קצר לעבר ראשו של אדם, והפנתה לפסיקה לתמיכה בטיעוניה.

60. סבורתני, כי יש לדחות טענתם של הנאשמים לאכיפה בררנית מן הטעמים שיפורטו להלן.

61. מושכלות יסוד הן, כי הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית שמורה למקרים חריגים והנטל המוטל על כתפי הנאשם הטוען לקיומה הוא כבד, ועליו להצביע על חריגה שיטתית ולאורך זמן ממדיניות האכיפה של הרשות, שכן לרשות עומדת חזקת תקינות מנהלית ביחס לפעולותיה (רע"פ 2958/13 סבא נ' מדינת ישראל (8.5.13)), בפס' 12 לפסק דינו של כב' השופט שהם). לפיכך, על הטוען לאכיפה בררנית הנטל להפריך חזקה זו, ולהראות שבבסיס הבחנה ניצב מניע פסול, כגון שרירות או שיקולים זרים. ואכן, בתי המשפט פסקו, כי בעת ההחלטה על העמדה לדין חייב התובע לפעול בתום לב, בהגנות, ללא הפליה ובסבירות. סטייה ניכרת מעקרונות אלה תצדיק את התערבותו של בית המשפט בשיקול דעתה של התביעה.

62. בהקשר זה הודגש, כי אין די בהעלאת טענה בעלמא ויש להניח תשתית ראייתית מספקת. כך למשל, בע"פ 3507/19 עבד אלסמאד בורקאן נ' מדינת ישראל (3.12.20) בית המשפט העליון קיבל את ערעורה של המדינה על הכרעת הדין של בית משפט קמא לפיה בשל קיומה של הגנה מן הצדק באכיפה בררנית הורשע הנאשם תחת עבירה של סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה, בעבירה של נהיגה בפזיזות ובעבירות נוספות. בית המשפט העליון נימק החלטתו, בכך שהמערער לא עמד בנטל הראשוני להראות, כי התקיימה בעניינו אכיפה בררנית. צוין, כי המערער לא הביא ראיות מוצקות להוכחת טענתו לאכיפה בררנית, שכן מבין שורת המקרים שהובאו בהכרעת הדין, מספר המקרים הרלוונטיים להשוואה עומד לשיטת המדינה על שבעה מקרים בהם טענה בשיקול דעתה, בכך שלא יוחסה לנאשמים שם עבירה של סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה אלא עבירה חמורה פחות, מדובר במקרים בודדים מתוך מאות על פני כעשור שבהם סתמה התביעה ממדיניותה המוצהרת



והנקוטה בדיה, לכן אין לומר כי הורם נטל הראייה הראשוני להוכיח כי מדובר בחריגה שיטתית ולאורך זמן, שיש בה כדי להצביע על אכיפה בררנית ביישום מדיניותה המוצהרת של התביעה, ואין במקרים שהובאו כדי להוות בסיס ראיתי מספק לקביעה, כי המדינה אינה מיישמת את מדיניותה באופן שוויוני.

63. כמו כן נקבע, כי בית המשפט אינו נוהג להתערב בשיקולי המאשימה, לרבות בהחלטות הנוגעות להגשת כתבי אישום (ר' למשל דנ"פ 5387/20 רתם נ' מדינת ישראל (15.12.21); בג"ץ 3197/20 הליכוד תנועה לאומית ליברלית נ' היועץ המשפטי לממשלה (29.12.20)). צודק ב"כ המאשימה בדבריו, כי למאשימה שיקול דעת רחב בהתאם לנסיבות והראיות בתיק לייחס לחשודים עבירות שונות, כך שאפשר שבמקרה מסוים שיקול דעתו של פרקליט אחד יהיה שונה משיקול דעתו של פרקליט אחר. כל כתב אישום הוא נגזרת של הראיות, עוצמתן, הקשיים המתעוררים בתיק, טיב עדויות ועוד. מאחר שכל כתב אישום הוא תוצאה של תשתית ראיתית אחרת, אין מדובר בבחינה טכנית בלבד ביחס לאישומים שיוחסו לנאשמים שונים, ויש לבדוק, לכאורה, את כל התשתית הראיתית על מנת להגיע למסקנה, כי עצם העובדה שהוגש כתב אישום ללא סעיף עבירה במקרה אחר, יביא למסקנה בדבר אכיפה בררנית. ב"כ המאשימה הפנה בעניין זה לת"פ 28246-06-21 מדינת ישראל נ' עמרני, שם הואשם הנאשם בעבירות דומות, בנסיבות דומות.

64. נכון שהנאשמים הפנו לכתבי אישום שהוגשו בנסיבות דומות שיוחסו בה עבירת ידיו או ירי של אבן או חפץ אחר לעבר כלי תחבורה בלבד ללא עבירות נלוות, אולם לא הורם הנטל הכבד הרובץ על כתפיהם להראות שיטתית מגמה מסוימת בהגשת כתבי אישום בעבירה זו בלבד, ולא הוכח כי במקרה דנן יש משום סטייה ממדיניות הגשת כתבי אישום בעבירות מסוג זה.

65. מכאן, שלא די בהבאת מקרים בודדים, שאף בהם אין הוכחה מובהקת לפגם או למדיניות שונה מזו שננקטה בעניינם של הנאשמים, על מנת להוכיח את טענתם. שהרי כל כתב אישום הוא תוצאה תשתית ראיתית מסוימת הקיימת או לא בכל מקרה לגופו. על כן אני קובעת, כי הנאשמים לא עמדו בנטל הדרוש לבסס טענת הגנה מן הצדק.

66. בשולי הדברים אוסיף, כי חוק הטרור נכנס לתוקף ביום 1.11.16, ומטבע הדברים הוא מיושם בהדרגה. בחינת כתבי האישום המוגשים בעבירה של סיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה, על פי סעיף 332 לחוק, מלמד שמדובר כלל באירועים נקודתיים. כאמור, במקרה דנן, מדובר באירוע שהיה חלק מאירועים רבים של תקיפות יהודים וכוחות הביטחון על פי החלק הכללי של כתב האישום, ויש לראות את בחינת הסעיפים גם בהקשר זה, שהוביל את המאשימה ליישם את חוק המאבק בטרור שתכליתו ייחס מחמיר למעשים מסוג זה.

כפילות בעבירות

67. הנאשמים טענו, כי עבירת החבלה בכוונה מחמירה ועבירת ידיו או ירי של אבן לעבר כלי תחבורה הן כפל אישום אסור. עבירת החבלה בכוונה מחמירה היא עבירה כללית, עבירת סל אשר מכילה תחתיה קשת רחבה ביותר של מעשים שנעשו במטרה להטיל מום באדם או לגרום לו לחבלה חמורה ובהן גם עבירת ידיו או ירי של



אבן לעבר כלי תחבורה. מדובר בעבירות בהן היסוד העובדתי זהה- ידוי אבן לעבר הרכב והערך המוגן זהה- שמירה על חייו ועל שלמות גופו ובריאותו של אדם ועבירות אלה מצויות תחת אותו פרק בחוק העונשין. עבירה של ידוי אבן במטרה לפגוע בנוסעיו היא נורמה מיוחדת הגוברת על נורמה רגילה של חבלה בכוונה מחמירה. על כן, לדידם, המאשימה לא הייתה רשאית לייחס לנאשמים את הנורמה הרגילה בנוסף לנורמה המיוחדת. עוד נטען, כי אף בחינת הכללים בדבר פרשנות תכליתית ופרשנות מצמצמת צריכה להביא למסקנה, כי לא היה מקום לייחס את שתי הוראות החיקוק זו לצד זו. על כן, יש להרשיע את הנאשמים בעבירה לפי סעיף 332א(א) לחוק ולא בסעיף 329 לחוק.

68. גם טענה זו לא מצאתי לקבל. אין מדובר בעבירות בהן יסודות העבירה זהים. עבירת מעשה טרור של חבלה בכוונה מחמירה היא עבירה תוצאתית של פגיעה ממש באדם "פוצע אדם או גורם לו חבלה חמורה" בה כחלק מיסודות העבירה, למתלונן נגרמת פגיעה או חבלה חמורה. מנגד, עבירת ידוי או ירי של אבן או חפץ לעבר כלי תחבורה היא עבירה שלא נדרש בהתאם ליסודותיה תוצאה של פגיעה או חבלה לאדם, אלא נדרש כי המעשה יעשה "במטרה לפגוע בנוסעאובמישנמצא בקרבה". על כן, אין מדובר בכפילות, אלא שמעשיהם של הנאשמים מקיימים יסודות של עבירה נוספת.

69. אומנם ניתן למצוא כתבי אישום, בהם הסתפקה המאשימה בנסיבות דומות, אך בעבירה של ידוי או ירי של אבן או חפץ לעבר כלי תחבורה, אולם כפי שצינתי, כאמור, למאשימה שיקול דעת רחב בהתאם לנסיבות והראיות בתיק לייחס לחשודים עבירות שונות. על כן, לא מצאתי כי נפל פגם בשיקול דעתה, לאור טיב הראיות שהוצגו לפני בתיק זה, וכן בבחינת ההקשר הכללי של התקופה בה התרחש אירוע זה.

ידוי או ירי של אבן או חפץ לעבר כלי תחבורה

70. אשר ליסוד העובדתי, עולה מניתוח הראיות כאמור (סרטונים, תמונות, גרסת המתלונן וגרסאות הנאשמים), כי יסודות העבירה התקיימו מבחינה עובדתית. עוד אוסיף, כי יואלי מסר שבעת האירוע הוא הרגיש שניסו לרצוח אותו ואת בתו, כלומר, הוא הרגיש בסכנת חיים ממשית (ר' פרוטוקול הדיון מיום 7.3.21 עמ' 19-20, ש' 19-24, ש' 1). תיעוד המעשים בסרטון, כאמור, מעלה שהנאשמים רדפו אחר הרכב עת שהיה בנסיעה, וכתוצאה מפגיעת האבן הראשונה אריה יואלי בולם את הרכב, ובהמשך לפגיעות הנוספות הוא נמלט מהמקום. אשר ליסוד הנפשי, חזקת הכוונה, כפי שפורטה באשר לעבירת החבלה בכוונה מחמירה, חלה גם בענייננו. בנסיבות העניין נתמלאו יסודותיה של עבירה זו, דהיינו, ידוי או ירי של אבן או חפץ לעבר כלי תחבורה, עבירה לפי סעיף 332א(ב) לחוק.

חבלה במזיד ברכב ממניע גזעני

71. לאור הודאת הנאשמים בעבירה זו אני מרשיעם בעבירה של חבלה במזיד ברכב ממניע גזעני, עבירה לפי סעיף 413 וסעיף 144 לחוק.



72. אשר על כן, לא מצאתי לקבל את טענות הנאשמים ביחס להתקיימות העבירות המיוחסות להם בכתב האישום, שכן, כל יסודות העבירה, הן העובדתיים והן הנפשיים מתקיימים, כאמור. עם זאת, מצאתי לקבל את טענת הנאשמים, כי לא הבחינו בתינוקת ברכב בעת ביצוע מעשה העבירה. כאמור, קביעה זו תבוא לידי ביטוי כאשר תבחן עוצמת הפגיעה בערכים המוגנים, ואשמם של הנאשמים בעת גזירת הדין, ולא בעת קביעת האשמה.

73. משהוכח לפניי מעבר לכל ספק סביר, כי הנאשמים ביצעו את המעשים המיוחסים להם בכתב האישום, ומכיוון שלא מצאתי לקבל את טענת ההגנה מן הצדק (אכיפה ברחוקה דן, אני מרשיעה אותם בעבירות של מעשה טרור של חבלה בכוונה מחמירה לפי סעיף 329(א)(1) בצירוף סעיף 29 לחוק וסעיף 37 לחוק המאבק בטרור, יידוי או ירי של אבן או חפץ לעבר כלי תחבורה- לפי סעיף 332(ב) לחוק וחבלה במזיד ברכב ממניע גזעני לפי סעיף 413 וסעיף 144 לחוק.

ניתנה היום, כ"ג אלול תשפ"ב, 19 ספטמבר 2022, במעמד ב"כ הצדדים והנאשמים