

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 9826/05

ע"פ 9862/05

בפני: כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט ע' פוגלמן

המערער בע"פ 9826/05
והמשיב בע"פ 9862/05: ג'מאל מחאג'נה

נגד

המשיבה בע"פ 9826/05
והמערער בע"פ 9862/05: מדינת ישראל

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה
מיום 05.09.2005 בתיק פח 383/03 שניתן על ידי כבוד
סגן הנשיא ש' ברלינר והשופטים: ב' בר-זיו, ר' סוקול

תאריך הישיבה: י' בשבט התשס"ח (17.01.2008)

בשם המערער בע"פ 9826/05
והמשיב בע"פ 9862/05: עו"ד עאדל בוראת

בשם המשיבה בע"פ 9826/05
והמערער בע"פ 9862/05: עו"ד מיכאל קרשן

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

ביום 4.10.2003, אירע פיגוע מחריד במסעדת "מקסים" שבעיר חיפה, שבו נרצחו 21 בני אדם, ו-51 נוספים נפצעו. המחבלת, שפוצצה עצמה בלב המסעדה, נהרגה בפיצוץ. כעת, עומד לפנינו עניינו של המערער, מי שהסיע את המחבלת מהכפר ברטעה אל המסעדה בה אירע הפיגוע.

בבית המשפט המחוזי בחיפה, זוכה המערער מעבירה של סיוע לרצח על פי סעיפים 300(א)(2) ו-31 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), ומעבירה של סיוע לחבלה בכוונה מחמירה על פי סעיפים 329(א)(1) ו-31 לחוק העונשין, שיוחסו לו בכתב האישום. חלף עבירות אלה, הורשע המערער בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, על פי סעיף 304 לחוק העונשין, ובעבירה של חבלה ברשלנות, על פי סעיף 341 לחוק העונשין. בנוסף, הורשע המערער בעבירה של הסעת שוהה בלתי-חוקי, על פי סעיף 12א(ג)(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל). על המערער נגזרו עשר שנות מאסר בפועל בגין עבירות אלה. בערעור שלפנינו, מערערים שני הצדדים על פסיקתו של בית המשפט המחוזי, הן לעניין הכרעת הדין והן לעניין העונש.

עיקרי העובדות

1. מרבית עובדות המקרה, כפי שנקבעו על ידי בית המשפט המחוזי, אינן נתונות עוד במחלוקת בין הצדדים. ביום שבת ה-4.10.03 יצאה המחבלת, הנאדי ג'רדאת, באוטובוס מג'נין, כשהיא נושאת עימה חגורת נפץ, אל עבר הכפר ברטעה, שחלקו המזרחי נמצא בשטחי יהודה ושומרון וחלקו המערבי מצוי בשטח מדינת ישראל. בסמוך להגעתה לכפר, יצרה המחבלת קשר עם המערער, שאת מספר הטלפון הסלולארי שלו קיבלה קודם לכן דרך מכר משותף, וביקשה כי יפגוש אותה ויסיע אותה אל תוך שטחי המדינה. המחבלת עברה מחלקו המזרחי של הכפר אל חלקו המערבי, והמערער עשה דרכו לשם על מנת לפגשה.

באותו יום היה סגר כללי בשטחים. אין חולק כי למחבלת לא היה אישור כניסה לישראל. על פי קביעת בית המשפט המחוזי, המערער ידע שהמחבלת היא תושבת השטחים, ולא בירר האם היא מחזיקה אישור כניסה לישראל (עמ' 19-20 להכרעת הדין). המחבלת סיפרה למערער כי ברצונה לבקר את אביה בבית החולים רמב"ם בחיפה, והשניים החלו לנסוע לכיוון חיפה. כאשר הגיעו לאזור חדרה, שאלה המחבלת את המערער לגבי מיקומם, וכשומר לה כי לשמאלם נמצא בית החולים "הלל יפה", ביקשה המחבלת כי ייסע לבית חולים זה, משום שברצונה לבדוק האם אביה הועבר במקרה לשם. כשהגיעו לבית החולים "הלל יפה", עצר המערער את מכוניתו ליד קיוסק שבכניסה. המערער ירד מן המכונית על מנת לקנות סיגריות ושתייה, וכשחזר ביקשה ממנו המחבלת להמשיך לנסוע אל בית החולים רמב"ם, למרות שנראה שלא יצאה מן המכונית בהיעדרו, ולא ערכה בירורים כלשהם לגבי מיקומו של אביה.

לבסוף, הגיעו המחבלת והמערער למבואותיה הדרומיים של העיר חיפה. המחבלת ביקשה מהמערער לעצור במסעדה לאכול. המערער הציע למחבלת להמתין עד הגיעם לבית החולים, אך היא ביקשה לאכול לפני כן, והמערער הציע שיאכלו במסעדת "מקסים". השניים הגיעו אל המסעדה ונכנסו אליה, כאשר המאבטח שעמד בכניסה והכיר את המערער, נמנע, ככל הנראה, מלבדוק אותם. השניים הזמינו אוכל, ובהזמנתה של המחבלת נפלה טעות. המחבלת קראה למלצר, וביקשה שיחליף את המנה למנה שהזמינה. לאחר מכן, סיימו השניים לאכול, והמערער עשה דרכו אל מחוץ למסעדה. לפתע אירע הפיצוץ המחריד, פיצוץ שכתוצאה ממנו נגרמו מוות, פציעה, הרס וחורבן למשפחות שלמות, תמימי דרך שביקשו לבלות את השבת ולסעוד את נפשם במסעדה על חוף הים. בין הצדדים קיימת מחלוקת, שהייתה לה חשיבות במהלך המשפט, בשאלת מקום הימצאו של המערער בעת שהמחבלת פוצצה עצמה. לפי קביעת בית המשפט המחוזי, המערער היה מחוץ למסעדה, אך ככל הנראה עדיין בסמוך לה (עמ' 33 להכרעת הדין), עת פוצצה המחבלת את עצמה באמצע המסעדה.

בשלב זה, הבין המערער את אשר אירע, ונמלט מהמקום לכיוון ביתו שבאום-אל-פאחם. כשהגיע לביתו, הסיר את כיסויי המושבים הקדמיים במכוניתו, ומסרם לאשתו על מנת שתכבסם. אין חולק כי, בסמוך לאחר מכן, שרף המערער את בגדיו. לפי קביעת בית המשפט המחוזי, שרף המערער גם את בגדי המחבלת שנותרו במכוניתו (מטפחת ראש וגלבייה; עמ' 36 להכרעת הדין). המערער לא פנה למשטרה ולא הודיע דבר על האירוע. בשעת לילה מאוחרת, כתשע שעות לאחר הפיגוע, הגיעו אנשי משטרה לביתו של המערער ועצרו אותו.

בגין חלקו באירוע המתואר, הוגש כנגד המערער כתב אישום לבית המשפט המחוזי בחיפה, בעבירות של סיוע לרצח על פי סעיפים 300(א)(2) ו-31 לחוק העונשין, סיוע לחבלה בכוונה מחמירה על פי סעיפים 329(א)(1) ו-31 לחוק העונשין, והסעת שוהה בלתי-חוקי על פי סעיף 12א(ג)(1) לחוק הכניסה לישראל.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

2. בית המשפט המחוזי בחיפה קבע בממצאיו כי, בזמן שהסיע את המחבלת, המערער לא היה מודע לתוכניותיה הרצחניות, ולכן ממילא גם לא הייתה לו מטרה לסייע לה בביצוע הפיגוע. על כן, זיכה בית המשפט המחוזי את המערער מעבירת הסיוע לרצח ומעבירת הסיוע לחבלה בכוונה מחמירה, בהן הואשם בכתב האישום. בהתחשב בכך, בחן בית המשפט המחוזי את האפשרות להרשיע את המערער בעבירת ההריגה או בעבירה של גרימת מוות ברשלנות; זאת בהתאם להוראת סעיף 184 לחוק

סדר הדין הפלילי [נוסח חדש], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי), המאפשר לבית המשפט להרשיע נאשם בעבירות שאשמתו בהן נתגלתה מן העובדות שהוכחו בבית המשפט, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן. בנסיבות העניין, הגיע בית המשפט המחוזי למסקנה כי אין להרשיע את המערער בעבירת ההריגה, על פי סעיף 298 לחוק העונשין, ובעבירה של גרימת חבלה חמורה על פי סעיף 333 לחוק העונשין. זאת, נוכח הקביעה, לפיה המערער לא היה מודע בפועל לכוונותיה של המחבלת ולתוצאותיהם האפשריות של מעשיו. לעומת זאת, קבע בית המשפט המחוזי, כי, בנסיבות העניין, אדם סביר במקומו של המערער צריך היה לצפות את הסכנה הנובעת מהמעשים הנדונים, ולהבין את טבען של כוונות המחבלת. לפיכך, הורשע המערער בעבירות של גרימת מוות ברשלנות וחבלה ברשלנות על פי סעיפים 304 ו-341 לחוק העונשין. כמו כן, הורשע המערער בעבירה של הסעת שוהה בלתי-חוקי, בה הועמד לדין, על פי סעיף 12א(ג)(1) לחוק הכניסה לישראל.

3. בגזר הדין, ראה בית המשפט המחוזי להטיל על המערער תקופת מאסר ארוכה יותר מתקופת המאסר המקסימאלית בגין עבירה אחת של גרימת מוות ברשלנות, וזאת נוכח מספר הקורבנות הרב בפיגוע. במסגרת גזר הדין, דן בית המשפט המחוזי בהלכה שלפיה בעבירות המתה יש מקום לצבירת עונשים, בהתחשב במספר הקורבנות שגבו המעשים בניגוד הורשע הנאשם. כמו כן, דן בית המשפט בהלכה לפיה אפשרות צבירת העונשים חלה גם כאשר היסוד הנפשי העומד בבסיס ההרשעה הינו כזה של רשלנות, ולא של מודעות בפועל. נוכח מספר הקורבנות הרב בפיגוע שאירע במסעדת "מקסים", סבר בית המשפט המחוזי שהמקרה שלפניו מצדיק עונש כבד במיוחד. עוד התייחס בית המשפט בחומרה לעובדה שהמערער נהג להסיע שוהים בלתי-חוקיים אל תוך שטח ישראל כעניין שבשגרה ובדרך של עיסוק קבוע, וזאת בתקופה של פיגועים רצחניים רבים שחזרו והחרידו את הארץ. בהתחשב בכל אלה, הטיל בית המשפט המחוזי על המערער עונש של 12 שנות מאסר, מתוכן 10 שנות מאסר בפועל ושנתיים מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, שלא יעבור עבירה שהיא פשע או עבירה על סעיף 12א(ג)(1) לחוק הכניסה לישראל.

על פסק דין זה של בית המשפט המחוזי הוגש הערעור שלפניי, בו מערערים שני הצדדים, הן על הכרעת הדין, והן על גזר הדין.

טענות הצדדים בערעור

4. המדינה, בערעורה, מעלה טענות כנגד הכרעת בית המשפט המחוזי, לפיה זוכה המערער מעבירת הסיוע לרצח ומעבירת הסיוע לחבלה בכוונה מחמירה, ולחלופין מעבירת ההריגה ומעבירה של גרימת חבלה חמורה.

כאמור, בהכרעת דינו, קבע בית המשפט המחוזי, מתוך בחינה מפורטת של האירועים, כי ממהלך נסיעתו המשותפת של המערער עם המחבלת, אין להסיק שהוא ידע או חשד בפועל בדבר כוונותיה הרצחניות. לעומת זאת, סבורה המדינה, כי דרך ניתוחו של בית המשפט קמא את שרשרת האירועים הייתה שגויה, שכן בית המשפט התייחס בנפרד אל כל אחד מן האירועים שהתרחשו בזמן הנסיעה, ולא בחן את רצף האירועים כמכלול. לטענת המדינה, גם אם כל אחד מאירועים אלה בפני עצמו אינו מהווה אינדיקציה מספיקה להוכחת העובדה שהמערער חשד בפועל בכוונותיה של המחבלת, הרי שמחיבור כל הסימנים המחשידים שנצטברו משך זמן ארוך של נסיעה משותפת, מצטיירת תמונה לפיה המערער ידע בפועל, או למצער עצם את עיניו, בדבר כוונותיה של המחבלת, ואף צפה ברמה של קירבה לוודאות את התרחשות הפיגוע. בהתאם לכך, טוענת המדינה כי יש להרשיע את המערער בעבירות של סיוע לרצח וסיוע לחבלה בכוונה מחמירה, בהן הואשם בכתב האישום. לחלופין, טוענת המדינה, שגם אם ייקבע כי המערער לא צפה את קרות הפיגוע ברמה של קירבה לוודאות, הרי שהיה, לכל הפחות, מודע לאפשרות של קרות הפיגוע, או למצער נתעוררו אצלו חשדות בדבר אפשרות זו והוא נמנע מלבררם. על כן, מבקשת המדינה להרשיעו בעבירת ההריגה ובעבירה של גרימת חבלה חמורה. בהתאם לכך, מבקשת המדינה גם לגזור על המערער עונש חמור מזה שגזר עליו בית המשפט המחוזי בגין הרשעתו בעבירה של גרימת מוות ברשלנות ובעבירה של גרימת חבלה ברשלנות.

5. מנגד, טוען המערער, כי לא היה מקום להרשיעו בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, וכי יש לזכותו ממנה. המערער מנמק וטוען כי, בנסיבות העניין, לא היה מודע, ולא יכול היה להיות מודע, לכוונותיה של המחבלת. לחלופין, טוען המערער, כי העונש שנגזר עליו הינו כבד מדי, וכי גם אם תוותר הרשעתו בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, יש לקצר את תקופת המאסר שהוטלה עליו. לטענת המערער, אין להחיל את הכלל המאפשר צבירת עונשים בגין ריבוי קורבנות העבירה לגבי עבירה של גרימת מוות ברשלנות, כיוון שהעבירה אינה מבטאת יסוד נפשי חמור מספיק המצדיק צעד ענישתי קיצוני כזה. לפיכך, טוען המערער, כי גם אם תוותר ההרשעה על כנה, יש

להגביל את עונשו בהתאם לתקופת המאסר המירבית הקבועה בחוק בגין עבירה של גרימת מוות ברשלנות, קרי – 3 שנות מאסר.

דיון והכרעה

6. דיוננו בטענות הצדדים ייערך בסדר הבא: בתחילה, נתייחס בקצרה להרשעתו של המערער בעבירה של הסעת שוהה בלתי חוקי, לגביה דומה כי מלכתחילה לא הייתה מחלוקת של ממש בין הצדדים. לאחר מכן, תידון סוגיית אחריותו הפלילית של המערער למותם של קורבנות הפיגוע. עבירות ההמתה הרלוונטיות תידונה על פי סדר חומרתן: תחילה עבירת הסיוע לרצח, בה הואשם המערער בכתב האישום, לאחריה עבירת ההריגה, בה ביקשה המדינה להרשיע את המערער לפי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי, ולבסוף עבירת גרימת המוות ברשלנות, בה ראה בית המשפט המחוזי להרשיע את המערער בהתאם לעובדות שהוכחו בפניו. במסגרת דיון זה, תידון אחריותו הפלילית של המערער גם לפציעת הנוכחים במסעדה. לאחר כל אלה, תידונה טענות הצדדים לעניין העונש.

העבירה של הסעת שוהה בלתי-חוקי

7. המערער הועמד לדין והורשע בבית המשפט המחוזי בעבירה של הסעת שוהה בלתי-חוקי לפי סעיף 12א(ג)(1) לחוק הכניסה לישראל, שזו לשונו:

12א(ג)(1) המסיע ברכב תושב זר השוהה	”הלנה,
בישראל שלא כדין, דינו – מאסר שנתיים	העסקה
או הקנס הקבוע בסעיף 61א(3) לחוק	והסעה
העונשין, התשל”ז-1977.”	שלא כדין

אין חולק כי המערער הסיע את המחבלת לתוך ישראל, וכי המחבלת הינה תושבת שטחים שנכנסה לישראל ללא אישור שהייה כדין. בית המשפט המחוזי קבע בפסק דינו כי המערער ידע שמוטל סגר כללי על תושבי השטחים וכי הם אינם רשאים להיכנס לישראל; הוא ידע שהמחבלת הגיעה לישראל מהשטחים והוא נמנע מלערוך כל בירור עם המחבלת האם היא נושאת מסמכים המתירים לה לשהות בישראל. בהתחשב בכל אלה, ובהיעדר טענה לפטור מאחריות לפי סעיף 12א(ד) לחוק הנ”ל, הורשע המערער בעבירה של הסעת שוהה בלתי-חוקי. יצוין כי בנוגע להרשעה זו לא הייתה מחלוקת של ממש בין הצדדים, והמערער זנח את טענותיו בעניין זה עוד בשלב סיכומי הטענות בפני בית המשפט המחוזי. בכל זאת, ראינו להזכיר את ההרשעה האמורה, המצויה ברקע הדיון שלהלן בעבירות ההמתה.

סיוע לרצח – יסודות העבירה

8. בכתב האישום שהוגש כנגדו, הואשם המערער בעבירה של סיוע לרצח. בסעיף 31 לחוק העונשין, מוגדר המסייע כלהלן:

”מסייע
31. מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע.”

מבחינת היסוד העובדתי, מסייע לעבירה הוא מי שמעשהו או מחדלו תרם לביצוע העבירה העיקרית – ובמקרה שלפנינו, לביצוע עבירת הרצח שביצעה המחבלת. ראוי לציין, כי עבירת הסיוע היא עבירה עצמאית המבוצעת במטרה לתרום ולסייע לביצוע העבירה העיקרית. עוד נציין כי בעבירת הסיוע אין דרישה שמעשהו של המסייע יסייע בפועל או יהיה תנאי בלעדיו אין לביצוע העבירה העיקרית, אלא רק שיהיה מסוגל לסייע להגשמתה (ראו: ע”פ 4317/97 פוליאקוב נ’ מדינת ישראל, פ”ד נג(1) 289, 307 (1999); ע”פ 320/99 פלונית נ’ מדינת ישראל, פ”ד נה(3), 22 (להלן: פרשת פלונית), 31 (2001); ע”פ 11131/02 יוסופוב נ’ מדינת ישראל, פ”ד נח(3) 917 (להלן: פרשת יוסופוב), 923 (2004)). במקרה דנן, אין ספק, והצדדים אף אינם חלוקים על כך, כי במערער נתקיים היסוד העובדתי של המסייע לעבירת הרצח: המערער הסיע את המחבלת לחיפה, מעשה שאיפשר את ביצוע הפיגוע.

9. המחלוקת בין הצדדים שלפנינו נסובה על שאלת התקיימותו של היסוד הנפשי הנדרש ממסייע בנסיבות עניינו של המערער. כבר נקבע בפסיקתו של בית משפט זה, כי היסוד הנפשי הנדרש ממסייע מורכב משלושה רכיבים: מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת; מודעות לכך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע את העבירה העיקרית; ומטרה לסייע למבצע העיקרי (פרשת פלונית לעיל, בעמ’ 32-35). לגבי רכיבי המודעות שביסוד הנפשי האמור, נפסק, כי הם עשויים להיות מוחלפים בעצימת עיניים. כלומר, גם אם הנאשם לא היה מודע לכך שהתנהגותו מסייעת לביצוע העבירה העיקרית, ניתן להרשיעו בסיוע – וזאת אם יוכח שנתעורר אצלו, באופן סובייקטיבי, חשד ממשי באפשרות זו, אך הוא נמנע מלבררו (ראו למשל: פרשת יוסופוב לעיל, בעמ’ 924, 929; ע”פ 5938/00 אזולאי נ’ מדינת ישראל, פ”ד נה(3) 873, 896-898 (2001)). לעניין המטרה לסייע, נקבע כי, כאשר המסייע צפה ברמה של קירבה לוודאות, כי

התנהגותו תתרום לביצוע העבירה העיקרית, הרי שהדבר יכול להוות תחליף למטרה לסייע, במסגרת כלל הצפיות. לשון אחר; גם אם המסייע לא רצה בהתרחשות העבירה העיקרית, מספיק שהיה מודע ברמה של קרוב לוודאי לכך שפעולותיו מסייעות להגשמתה, על מנת שניתן יהיה להרשיעו כמסייע (פרשת פלונית לעיל, בעמ' 35). יצוין כי כאשר מדובר בסיוע לעבירות תוצאתיות הדורשות יסוד נפשי מיוחד, נפסק כי אין לדרוש שבמסייע יתקיים אותו יסוד נפשי מיוחד הנדרש מהמבצע העיקרי (פרשת פלונית לעיל, בעמ' 35-37).

בהתחשב בכך, בנסיבות העניין שלפנינו, לצורך הרשעת המערער כמסייע, נדרש להוכיח כי נתקיים אצלו יסוד נפשי של מודעות לטיב התנהגותו המסייעת, וכן מודעות לכך שהמחבלת עומדת לבצע את הפיגוע – או לפחות שהתעורר בו חשד ממשי אך הוא נמנע מלבררו. כמו כן, יש להוכיח שלמערער הייתה מטרה לסייע לעבירה העיקרית (רצח), או, לכל הפחות, שהמערער צפה, ברמה של קרוב לוודאי, את האפשרות שהתנהגותו תסייע להגשמת הפיגוע. עם זאת, אין הכרח להוכיח כי במערער נתקיים היסוד הנפשי המיוחד של כוונה תחילה הנדרש בעבירת הרצח.

הוכחת היסוד הנפשי בעבירת הסיוע לרצח – מן הכלל אל הפרט

10. כאמור, המערער אינו חולק כי התקיים בעניינו היסוד העובדתי של עבירת הסיוע לרצח, בכך שהסיע את המחבלת למקום הפיגוע. המחלוקת בין הצדדים נסובה על שאלת הוכחתו של היסוד הנפשי הנדרש בעבירה הנדונה. הוכחת היסוד הנפשי אצל נאשם הינה מלאכה מורכבת, שבדרך כלל קשה לבצעה בראיות ישירות. לרוב מוכח היסוד הנפשי באמצעות ראיות נסיבתיות, בהתחשב במכלול עובדות המקרה. במקרה שלפנינו, פסק בית המשפט המחוזי כי במערער לא נתקיים היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של סיוע לרצח; זאת, בהתחשב במכלול הממצאים העובדתיים שנקבעו על ידו לאחר ניתוח ארוך ומפורט – ממצאים אשר לא מצאנו להתערב בהם.

בעניין זה יצוין כי אין חולק לפנינו על קביעת בית המשפט המחוזי, לפיה איש ממי שראה את המחבלת ביום הפיגוע – חיילים שעצרו אותה במחסום, ואף יושבי המסעדה בה התפוצצה – לא חשד בכוונותיה הרצחניות. עם זאת, לטענת המדינה, המערער שונה מכל אדם אחר בהקשר הנדון, כיוון שבעת הסעתה של המחבלת מברטעה לחיפה הוא נחשף לפעולותיה באותו יום משך זמן ארוך יותר מכל אדם אחר. לטענת המדינה, נוכח כלל האירועים להם היה המערער עד, אין ספק כי הוא היה מודע לתוכניתה הרצחנית של המחבלת, ואף צפה אותה ברמה של קרוב לוודאי.

לאחר שבחנו את טענות הצדדים ועיינו בחומר שבתיק, באנו למסקנה, כי גם בהתחשב במכלול הסימנים המחשידים עליהם הצביעה המדינה בטיעוניה, צדק בית המשפט המחוזי בקובעו כי לא הוכח, ברמה שמעבר לספק סביר, כי המערער חשד בפועל בכוונותיה של המחבלת. אדרבה, מתוך בחינת מכלול אירועי היום, כפי שנקבעו בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי, עולה כי המערער, הגם שהיה צריך לחשוד בכוונותיה של המחבלת, לא חשד בהן בפועל. אם כך, ממילא ברור כי המערער גם לא צפה את אפשרות התרחשות הפיגוע ברמה של קירבה לוודאות. נעמוד על הטעמים למסקנותינו האמורות.

11. בטיעוניה בפנינו, הדגישה המדינה מספר נסיבות מחשידות אשר בהשתלבותן יחד, כך נטען, היה כדי לעורר בפועל חשד בליבו של המערער באשר לכוונותיה של המחבלת: ראשית, המערער והמחבלת לא קבעו מראש, בשיחת הטלפון ביניהם, את יעד הנסיעה ומחירה; שנית, המחבלת לבשה לבוש מסורתי, אך הסירה אותו עם כניסתה לרכבו של המערער, ונותרה בלבוש המתאים יותר להשתלבות בסביבה הישראלית אליה נסעו השניים; שלישית, המחבלת נראתה בעלת מבנה גוף מלא, דבר שעשוי לעורר חשד בדבר האפשרות לנשיאת חומר נפץ על גופה; רביעית, המחבלת לא סיפקה הסבר מלא וברור לרצונה לחפש את אביה בבית החולים "הלל יפה", בהתחשב בכך שלכתחילה אמרה שאביה נמצא בבית החולים רמב"ם, ובהתחשב בכך שבזמן שהייתם הקצרה של המערער והמחבלת בסמוך לבית החולים "הלל יפה", לא היה ברור האם המחבלת אמנם ברה אודות מיקומו של אביה; חמישית, המחבלת קיבלה שתי שיחות טלפון לטלפנו של המערער במהלך הנסיעה, למרות שהיה בידיה מכשיר סלולארי משלה, ובאחת משתי שיחות אלה דיברה המחבלת בליווי תנועות ידיים חדות ובמשפטים קצרים, כאשר היא פותחת חלון למרות שהמזגן ברכב פעל; שישית, המחבלת ביקשה לאכול במסעדה למרות שהמערער אמר לה שהם נמצאים כבר בקרבת בית החולים; שביעית, המחבלת לא סיימה את מנת האוכל שהוגשה לה, למרות שאמרה שהיא רעבה ולכן רוצה לעצור במסעדה; ושמינית, המחבלת שילמה את חשבון הארוחה, למרות שאמרה לפני כן שהיא נתונה בקשיים כספיים.

בהתייחס לטענות המדינה האמורות, נעיר כי חלק מהנסיבות עליהן הצביעה המדינה, כשהן לעצמן, אינן בהכרח מעוררות חשד בדבר כוונותיה של המחבלת, ועמד על כך בית המשפט המחוזי בפסק דינו. כך, למשל, העובדה שמחיר ויעד הנסיעה לא נקבעו מראש, וגם מבנה גופה המלא של הנוסעת, אינם מעידים בהכרח על כוונה לבצע פיגוע. גם העובדה שהנוסעת החליפה את לבושה בתחילת הנסיעה אינה מעידה בהכרח

על כוונות פליליות, ועשויה להתפרש כרצון לגיטימי להתלבש באופן הרגיל בסביבה שהייתה יעד הנסיעה. באופן דומה, שיחות הטלפון, וחוסר תאבונה של המחבלת, יכולים להוות נסיבה מחשידה, אך אלה מתיישבים גם עם המתח הטבעי לסיטואציה בה היא שוהה בלתי חוקית הנוסעת לבקר את אביה המאושפז בבית חולים. לפיכך, נכונה המסקנה שהסיק בית המשפט המחוזי, לפיה גם אם היו תמיהות מסוימות בהתנהגותה של המחבלת, הרי שבנסיבות העניין הן ניתנות לפירוש רב-משמעי, ולכן קשה להסיק מהן, ברמה שמעבר לספק סביר, שהמערער חשד בפועל בכוונותיה של המחבלת, והמסקנות שמבקשת המדינה להסיק מהתנהגותה של המחבלת בהיותה עם המערער הן בבחינת תובנה שלאחר מעשה.

בהקשר זה, ראוי להשוות את המקרה שלפנינו למקרה בפסק הדין בעניין ג'אבר (ע"פ 7580/02 אחמד ג'אבר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 22.9.2005)) שם נדון עניינו של מי שהסיע מחבל למקום הפיגוע, והורשע בגין כך בעבירת ההריגה. לצורך הדיון שלפנינו, חשובה התייחסותו של בית המשפט להוכחת מודעותו של הנאשם שהסיע את המחבל לאפשרות של ביצוע הפיגוע הרצחני. מפסק הדין בפרשת ג'אבר, עולה כי באותו מקרה היו סימנים מחשידים חד-משמעיים בהתנהגותו של המחבל, שהצדיקו את המסקנה כי מי שהסיע אותו היה מודע לאפשרות ביצוע הפיגוע. כך למשל, המחבל היה לבוש ז'קט אלגנטי וגדול על מידותיו, למרות מזג האוויר החם. המחבל לא דיבר כלל, ומלווהו הוא שדיבר עם הנהג וקבע עימו את מחיר הנסיעה. המחבל התנהג באופן מוזר ומעורר חשד, ונהגים אחרים במקום האיסוף חשדו בו, וסרכו להסיעו. בפרשת ג'אבר, התנהגותו של המחבל הייתה חשודה במידה כזו, שהוכיחה מעבר לכל ספק סביר שהמסיע, לכל הפחות, חשד בכוונותיו של המחבל, אך נמנע מלברר. בנוסף, בעניין ג'אבר הוכח כי הנאשם גבה מחיר נסיעה מופרז מהמחבל ביחס ליתר הנוסעים, באופן שהוכיח כי הנאשם אמנם חשד בפועל בכוונות המחבל. בניגוד למקרה ג'אבר, בנסיבות העניין שלפנינו, אופן התנהגותה של המחבלת היה ניתן לפירושים שונים, לבושה לא היה בלתי-מתאים, התנהגותה לאורך שעות רבות, ובפני אנשים רבים, לא עוררה את חשדו של איש, והיא סיפקה סיפור כיסוי מחוכם, שגם אם אינו מושלם, לא היה מעורר חשד במידה המוכיחה מודעות מצד המערער לכוונותיה הרצחניות. עוד יצוין כי בית המשפט המחוזי קבע כי לא הוכח שמחיר הנסיעה אותו גבה המערער מהמחבלת היה מופרז (עמ' 22 להכרעת הדין).

בהמשך לדברים האמורים, נעיר כי בית המשפט קמא ניתח באופן מעמיק ומפורט את כלל נסיבות האירוע, כולל נסיבות אחרות עליהן לא הצביעה המדינה בטיעוניה, אשר בהתחשב בהן מתבקשת המסקנה, כי לא הוכח שהמערער חשד בפועל בכוונותיה של המחבלת. בהקשר זה, יש לציין כי המחבלת הגיעה אל המערער דרך מכר משותף, שהכיר היכרות טובה את המחבלת במסגרת עבודתה כעורכת דין. נטייתו של המערער לבטוח במי שהוצגה לו דרך מכר משותף הינה נטייה מובנת. לכך יש להוסיף את נסיבות הארוחה המשותפת במסעדה – נסיבות אשר בכוחן לעורר ספק האם המערער חשד בכוונותיה הרצחניות של המחבלת כנטען על ידי המדינה. בעניין זה נזכיר כי המערער נכנס יחד עם המחבלת למסעדה, והזמין אוכל עבורו ועבור המחבלת. המחבלת בחרה לשנות את ההזמנה והזמינה לעצמה מנה אחרת. לאחר שמנתה הובאה אליה, נתברר למחבלת כי ארעה טעות, והמנה שניתנה לה לא הייתה המנה שהזמינה. בשלב זה, קראה המחבלת למלצר, וביקשה ממנו שיחליף את המנה בהתאם להזמנתה. התנהגות זו של המחבלת אינה מעוררת חשד לביצוע פיגוע. להיפך; קשה לשער שמי שטורח, בקור רוח ובשלווה, לתקן את טעויותיו של המלצר, יש לו כוונה נסתרת לביצוע פיגוע דקות מועטות אחר כך. הארוחה המשותפת של המערער והמחבלת ארכה זמן, ולאחר שסיימו השניים את ארוחתם, ביקש המערער לקבל שקית ניילון, וארז בה את שאריות הארוחה; גם התנהגות זו אינה מתיישבת עם טענת המדינה בדבר חשדות שנתעוררו בלב המערער בדבר האפשרות לביצוע פיגוע. בהתחשב במכלול הטעמים האמורים, לא ראינו להתערב במסקנתו של בית המשפט המחוזי, לפיה לא הוכח כי המערער חשד בפועל בדבר כוונותיה הרצחניות של המחבלת.

12. בסיום הדברים האמורים, נוסיף שתי הערות: ראשית, מספר שבועות לפני הפיגוע, זומן המערער לשיחה עם נציג שירות הביטחון הכללי, שם הוזהר המערער, כפי שהוזהרו גם מסיעים אחרים, לבל יסיע תושבי שטחים ללא אישורי שהייה בישראל אל תוך שטחי המדינה. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, דובר באזהרה כללית, שאין לה נגיעה ישירה למחבלת. בנסיבות העניין, אזהרה כזו, כשלעצמה, איננה מהווה אינדיקציה לחשד קונקרטי שנתעורר בפועל אצל המערער בנוגע למחבלת – חשד מהסוג הנדרש לשם הרשעה בעבירת הסיוע לרצח. המודעות הכללית לסכנת הפיגועים, הנובעת מהסעת שוהים בלתי-חוקיים, אינה מספיקה לשם הרשעה בעבירה של סיוע לרצח, שבמסגרתה יש להוכיח כי הנאשם היה מודע, בפועל, לכך שהוא מסייע לביצוע התכנית הרצחנית של המבצע העיקרי. שנית, בכל הנוגע למסקנות שמבקשת המדינה להסיק מהתנהגותו של המערער לאחר הרצח, צדק בית המשפט המחוזי בקביעתו לפיה

כל פעולותיו של המערער לאחר הפיגוע, אין בהן כדי להעיד על היסוד הנפשי שהיה לו עובר לכך – בזמן ביצוע ההתנהגות בגינה הואשם. לאחר הפיצוץ, נראה שהמערער הבין את אשר אירע, והוא נמלט מהמקום ללא שהציע עזרה לאיש מהנפגעים, ואף ניסה לטשטש את מעורבותו באירוע ככל האפשר. מובן שהתנהגות זו ראויה לכל גנאי, אך אין ללמוד ממנה לעניין היסוד הנפשי של המערער לפני התרחשות הפיגוע. אשר על כן, אין בנסיבות אלה כדי לשנות מהמסקנה אליה הגיע בית המשפט קמא בדבר אי-הוכחת היסוד הנפשי הנדרש לביצוע עבירת הסיוע לרצח.

המסקנה המתבקשת מכל האמור לעיל הינה, כי חרף העובדה שהמערער ידע שהנוסעת שעימו הינה שוהה בלתי-חוקית בתקופה בה קיימות התרעות כלליות על ביצוע פיגועים, וחרף קיומן של נסיבות שעשויות היו לעורר את חשדו של המערער, הרי בנסיבות העניין לא הוכח כי המערער חשד בפועל בדבר כוונותיה הרצחניות של המחבלת, וכי היה מודע לכוונות אלה. לפיכך, ממילא לא הוכח שהמערער צפה ברמה של קירבה לוודאות את ביצוע הפיגוע. אשר על כן, לא מצאנו להתערב בפסיקת בית המשפט המחוזי לזכות את המערער מעבירת הסיוע לרצח. מאותם טעמים, אף אין להתערב בזיכוי של המערער מעבירה של סיוע לחבלה מחמירה לפי סעיפים 329(א)(1) ו-31 לחוק העונשין. לפיכך, ערעור המדינה בעניין זה נדחה.

עבירת ההריגה

13. לטענת המדינה, אף אם אין מקום להרשיע את המערער בעבירה של סיוע לרצח, מן הראוי להרשיעו בעבירת ההריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין. יוער, כי אין חולק לפנינו שלמערער ניתנה הזדמנות להתגונן בפני בית משפט קמא מפני הרשתות בעבירת ההריגה, כנדרש על פי הוראת סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי. עוד אין חולק לפנינו, כי, בנסיבות העניין, התקיים היסוד העובדתי של עבירת ההריגה, שכן המערער הסיע את המחבלת לחיפה ובכך נטל חלק בגרימת מותם של קורבנות הפיגוע. המחלוקת בין הצדדים נסובה על שאלת הוכחתו של היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה בעבירה האמורה. מדובר ביסוד נפשי של מחשבה פלילית, הכולל מודעות לכל רכיבי היסוד העובדתי: לטיב המעשה, לקיום הנסיבות, ולאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית. בעניין זה, עצימת עיניים, כלומר, חשד שנתעורר אצל הנאשם והוא נמנע מלבררו, יכול לשמש כתחליף למודעות. אשר ליחסו של הנאשם כלפי התוצאה הקטלנית, די להוכיח פזיזות, כלומר אדישות של הנאשם לאפשרות גרימת המוות, או קלות דעת בלקיחת סיכון בלתי-סביר להתרחשות התוצאה הקטלנית, תוך תקווה להצליח למנעה (סעיף 20(א)(2) לחוק העונשין, וראו גם: ע"פ 6131/01 מדינת ישראל

נ' פרבשטיין, פ"ד נו(2) 24 (2001); ע"פ 4230/99 אבו ג'נאם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 34, 43 (2001)).

כפי שפורט לעיל, במסגרת הדיון בהוכחת היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של סיוע לרצח, הרי בנסיבות עניינו של המערער, לא הוכח במידת ההוכחה הנדרשת בפלילים, כי המערער היה מודע לכך שבכוונתה של המחבלת לבצע פיגוע. משמע, המערער לא היה מודע בפועל לכך שהסעתה של המחבלת תביא לתוצאה הקטלנית שאירעה, ואף לא חשד בפועל באפשרות זו. בהתחשב בכך, לא הוכח היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בעבירת ההריגה. מאותם טעמים, אף לא הוכח היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של גרימת חבלה חמורה על פי סעיף 333 לחוק העונשין. לפיכך, צדק בית המשפט המחוזי כשנמנע מלהרשיע את המערער בעבירות אלה. בהתאם לכך, הסוגיה שנותרה להכרעתנו בנוגע להכרעת הדין עניינה ערעורו של המערער כנגד הרשעתו בעבירות של גרימת מוות ברשלנות וגרימת חבלה ברשלנות. נפנה, אפוא, לדיון בעבירות אלה.

גרימת מוות ברשלנות

14. בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער בעבירה של גרימת מוות ברשלנות. בדומה לעבירת ההריגה, אף בעניין העבירה של גרימת מוות ברשלנות לא היה חולק לפנינו כי למערער ניתנה הזדמנות להתגונן כנדרש בסעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי. העבירה של גרימת מוות ברשלנות מוגדרת בסעיף 304 לחוק העונשין, כלהלן:

"גרימת
מוות
ברשלנות
304. הגורם ברשלנות למותו של אדם,
דינו - מאסר שלוש שנים".

היסוד העובדתי בעבירה זו, זהה ליסוד העובדתי בעבירת ההריגה, וכולל כל מעשה או מחדל שגרמו לתוצאה שהיא מותו של אדם. כבכל עבירת תוצאה, גם כאן יש להוכיח כי התקיים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין המעשה לבין התוצאה (ע"פ 341/82 בלקר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 1, 45 (1986)). כאמור, בעניינו של המערער, אין חולק כי התקיים היסוד העובדתי שבעבירה, והמחלוקת נסובה על הוכחת היסוד הנפשי.

בעוד שהיסוד העובדתי של עבירת גרימת המוות ברשלנות זהה לזה של עבירת ההריגה, הרי שמבחינת היסוד הנפשי נבדלות שתי העבירות זו מזו. כאמור, לצורך הרשעה בעבירת ההריגה, נדרשת מודעות בפועל לגבי כל רכיבי היסוד העובדתי. לעומת זאת, לצורך הרשעה בעבירה של גרימת מוות ברשלנות ניתן להסתפק במודעות

בכוח לגבי אחד או יותר מרכיבי היסוד העובדתי. לשון אחר: אין צורך להוכיח כי הנאשם היה מודע בפועל לכל רכיבי העבירה, ודי בכך שאדם סביר במקומו של הנאשם, יכול וצריך היה להיות מודע להם (ראו למשל: ע"פ 7832/00 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 534 (להלן: פרשת יעקובוב), 544 (2002)).

15. בנסיבות העניין שלפנינו, אין חולק כי המערער היה מודע בפועל להתנהגותו הרלוונטית, שהיא הסעת המחבלת. לפיכך, השאלה היחידה אותה יש לבחון הינה האם המערער היה צריך להיות מודע לאפשרות גרימת התוצאה הקטלנית, אף אם לא היה מודע לכך בפועל. לשון אחר: השאלה הינה האם המערער צריך היה לצפות שהסעת הנוסעת שאיתו תגרום לאירוע שיביא למותם של אחרים, כפי שאכן קרה בסופו של דבר. שאלה זו, בניגוד לשאלת מודעותו בפועל של המערער, אינה שאלה אמפירית התלויה במצב מודעותו הסובייקטיבי של המערער, אלא שאלה נורמטיבית, התלויה בסטנדרט התנהגות ראוייה שבית המשפט מבקש לקבוע (ראו למשל: פרשת יעקובוב לעיל, בעמ' 545-546).

בנסיבות העניין שלפנינו, ידע המערער שהוא מסיע שוהה בלתי-חוקית שהיא תושבת שטחים, בתקופה של פיגועי תופת קשים, והוא אף הוזהר מפני מעשים אלה באופן כללי על ידי כוחות הביטחון. בהתחשב בכך, ראוי להטיל דרישה נורמטיבית חמורה של צפיית הסכנה. אכן, עצם הסעת שוהה בלתי-חוקי, כשהיא לבדה, אינה מקימה בהכרח חובה לצפות סכנה קונקרטית של ביצוע פיגוע רצחני. עם זאת, בנסיבות עניינו של המערער נתקיימו סימנים מחשידים שבעטיים אדם מן היישוב היה צריך לצפות אפשרות של תוצאה קטלנית, במיוחד כשמדובר בתקופה של פיגועי תופת קשים. כל אותם סימנים שלא עוררו את חשדו של המערער צריכים היו לעורר את חשדו, כך ביחס לעובדה שהנוסעת החליפה לבוש במהלך הנסיעה, קיבלה שיחות טלפון ממקור לא ידוע, דיברה בעצבנות, לא עשתה כל שימוש בטלפון הסלולארי שברשותה, על אף ההזדמנויות לכך, שינתה את מסלול הנסיעה תוך הסבר חלקי בלבד, והתעקשה לאכול במסעדה – מקום הומה אדם – למרות שכבר הייתה קרובה לבית החולים. במקרה שלפנינו, אף כי לא הוכח כי סימנים אלה עוררו את חשדו של המערער בפועל, הרי אין בכך כדי לקבוע שסימנים אלה לא היו צריכים לעורר את חשדותיו. נסיבות המקרה אינן מובהקות דיין על מנת להוכיח, ברמה שמעבר לספק סביר, שהמערער חשד בכוונותיה של המחבלת. אולם, הן מהוות סימני אזהרה, שגם אם אינם נראים חד-משמעיים, הרי שבהקשרם החמור של הדברים, ועל רקע אזהרת השב"כ בתקופה של ביצוע פיגועי תופת, די בהם על מנת להקים חובה המוטלת על אדם סביר

לחשוד בדבר הסכנה הכרוכה במעשיו, זאת מעצם הסעת השוהה הבלתי-חוקית בנסיבות החריגות ביום הסגר, ובוודאי עקב סימני האזהרה שהיו צריכים להדליק נורות אדומות למערער. מסקנת הדברים היא, שגם אם המערער לא היה מודע בפועל לכוונותיה של המחבלת, הרי, שמבחינה נורמטיבית, היה עליו להיות מודע אליהן.

בהמשך לדברים אלה, יוער, כי בית המשפט קמא ביסס את מסקנתו בדבר התקיימות היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, בנסיבות העניין, על "עיתוי הנסיעה (ימי פיגועים וסגר בשטחים), יעד הנסיעה (למקום הומה אדם), מיקום האיסוף (על קו התפר שבין שטחי הרשות לשטח ישראל), האזהרה מצד גורמי הבטחון והעדרו של אישור כניסה כדין" (עמ' 56 להכרעת הדין). לדעת בית המשפט קמא, די בכל אלה כדי להביא "אדם מן היישוב" לצפות את הסכנה. לשיטתנו, התקיימותן של נסיבות מחשידות נוספות בהתנהגותה של המחבלת, כפי שפורטו לעיל, מסירות כל ספק בדבר התקיימותה של מודעות בכוח, להבדיל ממודעות בפועל, ביחס לאפשרות ביצוע הפיגוע בנסיבות העניין. בהתחשב בכך, לא ראינו להביע דעתנו בשאלה האם די באינדיקציות עליהן הצביע בית המשפט המחוזי – ללא הצטרפותן של הנסיבות המחשידות בהתנהגותה של המחבלת – כדי להוכיח מודעות בכוח לאפשרות ביצוע הפיגוע בנסיבות העניין.

16. סיכומם של דברים, לא הוכח במידה הדרושה במשפט פלילי, כי המערער חשד במחבלת ובכוונותיה, ולפיכך לא התקיים בעניינו היסוד הנפשי הדרוש לשם הרשעה בעבירת הסיוע לרצח, וגם לא בעבירת ההריגה. עם זאת, מן הטעמים שהובהרו לעיל, היה על המערער לצפות את התוצאה הקטלנית בנסיבות העניין. בהתחשב בכך, ובהיעדר מחלוקת לעניין היסוד העובדתי, צדק בית המשפט קמא כשהרשיע את המערער בעבירה של גרימת מוות ברשלנות לפי סעיף 304 לחוק העונשין. מאותם טעמים, אין להתערב בהרשעת המערער גם בעבירה של גרימת חבלה ברשלנות לפי סעיף 341 לחוק העונשין.

17. בסיום הדברים האמורים יוער, כי בטיעונו לפנינו, התייחס הסנגור למחדלים חקירתיים שלטענתו נפלו בעבודת רשויות החקירה ואשר בעטיים, כך נטען, יש לזכות את המערער מכל אשמה. בלא להביע כל עמדה לעניין המחדלים החקירתיים להם טען הסנגור, נעיר כי המחדלים הנטענים נוגעים, רובם ככולם, לעניינים הקשורים בהוכחת מודעותו בפועל של המערער לאפשרות התרחשות הפיגוע, ובעיקר לעניין מקום הימצאו של המערער בעת הפיצוץ, כאינדיקציה מרכזית לעניין מודעות זו. יצוין כי,

בבית המשפט המחוזי תפסה המחלוקת בשאלה איפה היה המערער בעת שאירע הפיצוץ מקום נכבד. זאת משום שהמערער ביקש כי ייקבע שהיה בתוך המסעדה בעת הפיצוץ, דבר המלמד, לשיטתו, שלא היה מודע לכוונת המחבלת ולסיכון הכרוך בשהייה במקום. משהורשע המערער בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, אין בטענותיו האמורות של בא כוח המערער, שנועדו לחזק את טענותיו בדבר היסוד הנפשי, להשפיע על המסקנה לפיה אדם סביר צריך היה, בנסיבות העניין, לחשוך באפשרות של גרימת התוצאה הקטלנית. יש להניח, כי מטעם זה, אף בית המשפט קמא לא ראה להכריע בטענות הסנגור האמורות במסגרת הכרעת דינו.

הסנגור העלה טענה נוספת, בדבר הצורך להפחית מהמשקל הראייתי שיש ליחס לזיכרונות-הדברים שנרשמו על ידי חוקרי השב"כ במהלך חקירתו של המערער טרם החקירה המשטרתית, וזאת על פי ההלכה שנקבעה בפסיקת בית משפט זה בפסק הדין בעניין סמירק (ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529 (2002)). באשר לטענה זו, יאמר כי מהכרעת דינו של בית המשפט קמא עולה כי בית המשפט המחוזי לא הסתמך על זיכרונות-הדברים של חוקרי השב"כ לצורך הוכחת אשמתו של המערער, והסנגור אף לא הצביע בטיעונו על הסתמכות כזו. לפיכך, אין בטענת הסנגור בדבר הצורך להפחית ממשקלם הראייתי של זיכרונות-הדברים הנדונים, כדי לשנות מהכרעת הדין.

אשר על כן, ומן הטעמים האמורים, הערעורים כנגד הכרעת הדין נדחים, והרשעתו של המערער בעבירות של גרימת מוות ברשלנות, חבלה ברשלנות, והסעת שוהה בלתי-חוקי נותרת בעינה. נעבור עתה לבחינת העונש.

הערעורים בעניין העונש

18. בערעורה לפנינו, טענה המדינה כי אם יורשע המערער בעבירות חמורות יותר מאלה בהן הורשע בבית המשפט המחוזי, יש להחמיר בעונשו בהתאם. משנדחה ערעור המדינה כנגד הכרעת הדין, ממילא אין לפנינו טענה להחמרה בעונש. הערעור שנוטר להכרעתנו, אפוא, הינו ערעורו של המערער להקלה בעונשו. השאלה המרכזית המתעוררת בהקשר זה הינה האם ניתן וראוי לגזור עונשים מצטברים בגין התנהגות רשלנית. הוראת החוק הרלוונטית בעניין זה קבועה בסעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי, שזו לשונו:

186. בית המשפט רשאי להרשיע נאשם
בהרשעה בעבירות בשל כל אחת מן העבירות שאשמתו בהן

אחדות נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אך לא יענישנו יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה".

בנסיבות העניין שלפנינו, טוען המערער כי המעשה בגינו הורשע הינו מעשה אחד, כמשמעותו בסעיף המדובר, וכי אין להענישו יותר מפעם אחת בגין מעשה זה, באופן המונע אפשרות לענישה מצטברת. עוד נטען, כי אף אם ניתן להורות על ענישה מצטברת בנסיבות העניין, לא ראוי לעשות כן, בהתחשב בכך שהמערער הורשע בעבירות שהיסוד הנפשי בהן הוא רשלנות.

טענות אלה דינן להידחות. כבר הובהר בפסיקתנו, כי המושג "אותו מעשה" בסעיף 186 הנ"ל איננו עוסק אך במעשה הפיזי של הנאשם, אלא מדובר במושג נורמטיבי, הנקבע על פי כלל נסיבות המקרה הספציפי. השאלה האם מעשיו של נאשם מהווים "מעשה אחד" אם לאו, מוכרעת באמצעות שני מבחני עזר: המבחן הצורני-העובדתי והמבחן המהותי-המוסרי ((ע"פ 9804/02 שר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 461 (להלן: פרשת שר), 470 (2004)). המבחן הצורני-עובדתי מנתח את מכלול עובדות האירוע הפלילי, ובוחר האם התנהגותו העבריינית של הנאשם הינה בגדר פעולה פיזית אחת בלתי-ניתנת לחלוקה, או שמא מדובר ברצף של פעולות הניתנות לפיצול, שניתן להבחין ביניהן. המבחן המהותי-מוסרי בוחן את אופי הפגיעה לה גרמה העבירה הספציפית, את מהות האינטרסים המוגנים על ידי העבירה, את חשיבותו של הערך הנפגע, ואת אופי השיקולים המוסריים העומדים בבסיס ההגנה על קורבן העבירה. במסגרת האמורה, נשקלים גם שיקולים הרתעתיים, שענינם מתן משקל לחומרת העבירה במסגרת ענישת העברייין, לשם העברת מסר מרתיע לעבריינים פוטנציאליים. לעניין היחס בין שני המבחנים, כבר נקבע בפסיקתנו, כי כאשר מדובר בעבירות המתה, יש ליתן משקל נכבד למבחן המהותי-מוסרי, ואין להסתפק במסקנות המבחן הצורני-העובדתי. כאמור, על פי המבחן המהותי-מוסרי, יש לבחון את מהות האינטרסים המוגנים על ידי העבירה. לפיכך, בעבירות המתה, מספר מעשי ההמתה עשוי להיות כמספר הקורבנות שהומתו ולא כמספר פעולותיו הפיזיות של העברייין, וזאת בשל הערך של קדושת חיי אדם (פרשת שר לעיל, בעמ' 473; ע"פ 1742/91 פור נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 289 (1997)). עיקרון כללי זה חל הן בעבירות שהיסוד הנפשי בהן הוא של מודעות פלילית, ואף כוונה, והן בעבירות שהיסוד הנפשי הנדרש בהן הוא של רשלנות. בעניין זה יצוין כי עוד בפסק הדין בעניין זלום, העיר הנשיא שמגר כי האפשרות לפצל את מעשה ההמתה על פי מספר הקורבנות, איננה מוגבלת אך לעבירות רצח או המתה זדונית, והצטברות הענישה במקרים המצדיקים זאת, אפשרית גם כאשר

מדובר במקרי מוות מרובים שהיו תוצאתה של פעולה רשלנית (ע"פ 399/89 מדינת ישראל נ' זלום, פ"ד מו(2) 187, 191 (1992)). לאחרונה, הפכה גישה זו להלכה פסוקה מפי המשנה לנשיאה ריבלין (רע"פ 4157/06 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 25.10.2007) (להלן: עניין פלוני)). באותו עניין נפסק כי גם בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, צבירת העונשים בהתחשב בריבוי קורבנות העבירה הינה אפשרית, אך עליה להיעשות בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו. ובלשונו של המשנה לנשיאה ריבלין: "לא בכל מקרה שבו התנהגות רשלנית מצד הנאשם הביאה למותם של מספר אנשים, מוצדק יהיה להטיל עונשים נפרדים ומצטברים. לא תמיד נכון להתייחס באותו אופן, בהקשר הנדון, למעשה-המתה מכוון ולמעשה-המתה רשלני" (עניין פלוני לעיל, בפס' 4).

ואכן, חישוב העונש אינו פעולת כפל אריתמטית על פי מספר הקורבנות. יש לבחון כל מקרה ומקרה, על פי המבחן המהותי-המוסרי כאמור, ולקבוע על פי כלל נסיבות העניין ובהתאם לחומרת האירוע העברייני, האם צבירת העונשים הינה ראויה (ראו למשל: דנ"פ 3371/98 אזולוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 502 (2000)). רק חומרה עבריינית מיוחדת תצדיק צבירת עונשים. בהתאם לכך, היותה של העבירה המדוברת עבירת רשלנות, עשויה להוות נסיבה המפחיתה מחומרת המעשה, ולכן מפחיתה גם את ההצדקה לצבירת העונש. עם זאת, אל מול טיבו הרשלני של היסוד הנפשי, יש לשקול את יתר נסיבות האירוע ואת חומרת ההתנהגות העבריינית. במקרה שלפנינו, צריך היה לצפות כי התממשות הסיכון ממעשה המערער, תביא לפגיעה במספר רב מאוד של קורבנות. בנסיבות העניין, קשה להגזים בתיאור חומרת התוצאה של האירוע הרצחני ועוצמת הזוועה שהתרחשה: מספרם הרב של הקורבנות הנרצחים ושל הפצועים, אובדן המשפחות, היעדר ההבחנה בין ילדים, הורים וסבים שיצאו לבילוי של שבת. נוכח עוצמתם של אלה ושל גודל האסון, ונוכח הסבל הרב ורחב ההיקף שנגרם, מוצדק לגזור על המערער, שפעולותיו הרשלניות הן שאפשרו את ביצוע הפיגוע, עונשים מצטברים. הפעלת המבחן המהותי-מוסרי מחייבת תוצאה זו, נוכח ההכרה בקדושתם המיוחדת של חיי אדם, העומדת ביסוד תפיסתנו המוסרית. פעולותיו של המערער, שהרשלנות שבהם מעידה על אטימות-לב וזלזול בערכים בסיסיים אלה, מצדיקות ענישה חמורה, המשקפת את עוצמת הסיכון שנטל על עצמו המערער במעשיו.

בהמשך לדברים אלה, יצוין, כי לא נעלמו מעינינו גם הנסיבות האישיות המקלות של המערער, שהינו חולה סכרת ואב לילדה קטינה. אלא, שנסיבות מקלות אלה אין בהן כדי לגבור על החומרה המיוחדת שבמעשיו של המערער. גם אם לא חשד המערער, באופן סובייקטיבי, בכוונותיה של המחבלת אותה הסיע, הוא ידע על הסיכון הכללי שבהסעתם של שוהים בלתי-חוקיים, ובנסיבות המקרה אף היה עליו לצפות את הסיכון הקונקרטי שהיה כרוך בכך. לפיכך, העונש שהושת עליו על ידי בית המשפט המחוזי נותן ביטוי, ולו בצורה חלקית, לחומרת התוצאה, לקורבנות שנהרגו בפגוע ולסבל הלא-יתואר שנגרם לבני משפחותיהם, וכן לפצועים הרבים הנושאים את צלקות האירוע וישאו אותן כל חייהם. על פי המבחן המהותי-מוסרי, ענישה כאמור מתחייבת אף לצורך העברת מסר תקיף, שמטרתו להרתיע את מי שבדרך עיסוקו עשוי לסייע בידי ארגוני הטרור וחבריהם, גם אם אין לו כוונה תחילה לקדם את מטרתם ולסייע לה. אשר לגובה העונש, משנדחתה טענתו המשפטית-עקרונית של המערער כנגד צבירת עונשים בעבירות רשלנות, לא ראינו, כערכאת ערעור, להתערב בגובה העונש שקבע לו בית המשפט המחוזי.

19. בשולי הדברים, אעיר כי, נוכח לשונו של סעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי, ההלכה לפיה בעבירות המתה ניתן לצבור לנאשם עונשים כמספר קורבנות העבירה, איננה נקייה מקשיים לשוניים ואנליטיים (ראו והשוו: ש"ז פלר יסודות בדיני העונשין כרך ג 287 (1992)). בנסיבות העניין, ראינו לצעוד בעקבות ההלכה שכבר קנתה לה שביתה בשיטתנו. עם זאת, ראוי היה, שהמחוקק יידרש לסוגיה, על מנת ליצור הסדר חקיקתי בהיר בעניין.

סוף דבר

20. על-יסוד האמור לעיל, יש לדחות את הערעור ואת הערעור שכנגד, ולהשאיר את הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי על כנם, במובן זה שהמערער יורשע בעבירות של גרימת מוות ברשלנות, על פי סעיף 304 לחוק העונשין, חבלה ברשלנות, על פי סעיף 341 לחוק העונשין, והסעת שוהה בלתי-חוקי, על פי סעיף 12א(ג)(1) לחוק הכניסה לישראל, וגזר הדין לפיו נגזרו עליו 12 שנות מאסר, מתוכן 10 שנות מאסר בפועל, ושנתיים על תנאי, למשך שלוש שנים, שלא יעבור עבירה שהיא פשע או עבירה על סעיף 12א(ג)(1) לחוק הכניסה לישראל, יישאר על כנו.

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

שופט

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, ו' בתמוז התשס"ח (09.07.2008).

שופט

שופט

הנשיאה