



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2067/16

ע"פ 2277/16

ע"פ 4713/16

לפני :
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט א' שהם
כבוד השופט ג' קרא

המערער בע"פ 2067/16 : פלוני
המערער בע"פ 2277/16 : פלוני
המערער בע"פ 4713/16 : יוסף חיים בן דוד

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים בתפ"ח 034700-07-14 שניתן ביום 3.5.2016 על ידי כבוד השופטים י' צבן, ר' כרמל וע' זינגר, וביום 4.2.2017 שניתן על ידי כבוד השופטים י' צבן, ר' כרמל ור' פרידמן-פלדמן

תאריך הישיבה : ו' בשבט התשע"ח (22.01.2018)

בשם המערער בע"פ 2067/16 : עו"ד ציון אמיר
בשם המערער בע"פ 2277/16 : עו"ד אבי חימי
בשם המערער בע"פ 4713/16 : עו"ד חן הולנדר ועו"ד איתמר בן-עמי
בשם המשיבה : עו"ד איתמר גלבפיש ועו"ד אורי קורב
בשם שירות המבחן לנוער : גב' טלי סמואל

פסק-דין

השופט י' עמית:

1. בלילה שבין 1.7.2014 ל-2.7.2014 הגיחו ממנהרה חשוכה של גזענות, בערות בורות ושנאה, שלוש דמויות, הם שלושת המערערים שבפנינו – בגיר ושני קטינים בני 17 ו-16 וחצי. את מעשיהם של השלושה באותו לילה, במהלכו רצחו את הנער מחמד אבו חדיר (בתעתיק נכון מחמד אבו ח'צ'יר- محمد أبو خضير) (להלן: המנוח), ניתן לתאר כ"פיגוע אסטרטגי" שהצית תבערה בשטחים בכלל ובירושלים המזרחית בפרט. על אירועי אותו לילה אין מחלוקת עובדתית, ונביא את תיאור הדברים בלשונו של בית המשפט המחוזי:

" [...] למחרת בשעות הערב נפגשו השלושה בחנות הנאשם 1 [המערער בע"פ 4713/16 – י"ע] וסיכמו על פעולת נקם בלילה. נאשם 2 [המערער בע"פ 2067/16 – י"ע] הלך לביתו ואילו נאשמים 1, 3 [המערער בע"פ 2277/16 – י"ע] נסעו לישוב אדם שם הכינו מצית, לום, מברג, אזיקונים ובקבוקים ריקים, אותם מילאו בדלק בתחנת דלק סמוכה. הנאשמים דאגו להסוות את חזותם החרדית, החליפו בגדים ואף הרכיבו עדשות מגע במקום משקפיים. סמוך לחצות אספו לרכב ההונדה בו נהג הנאשם 1 את הנאשם 2 והשלושה יצאו לתור אחר קורבן לחטיפה. הסתובבו בשכונות מספר שעות, ראו קבוצת ילדים, ניגשו אליהם, חזרו לרכב. לאחר מכן ראו אנשים מבוגרים, החליטו שלא להיכנס איתם למגע כלשהו. נאשמים 2, 3 חשו בהמשך תסכול ועייפות ונאשם 1 עודדם באוכל ובמשקה ואז נסעו לבית חנינא, שם ראו את מחמד אבו חדיר, תחילה מהלך ברחוב ולאחר מכן יושב על מדרגות. נאשמים 2, 3 יצאו מהרכב, פנו בדיבור אל מחמד כדי לוודא שהוא ערבי, נאשם 3 הכה בו ואז השניים תפסוהו וגררו אותו לרכב כשהם מתגברים בכוח על התנגדותו. בתוך הרכב הם הניחו את מחמד בתווך, כאשר נאשם 2 יושב על רגליו ואילו נאשם 3 בצד השני של הרכב מחזיק בידיו ומנסה לאזקם באזיקונים ללא הצלחה. מחמד זעק ולכן הנאשם 2 סכר את פיו בכוח ולאחר מכן לפת את גרונו באזור הגרוגרת בכף ידו ובמהלך הנסיעה המהירה לכיוון יער ירושלים שנמשכה כעשר דקות, הניח את מרפקו על הגרוגרת ועם ידו השנייה לחץ על היד כדי להגביר הלחץ על צווארו של הקורבן. כאשר התעייף עזר לו נאשם 3, לחץ על ידו של נאשם 2 שהייתה מונחת על הגרוגרת. במהלך הנסיעה בעודם מחזיקים בקורבן צעק נאשם 1 לנאשמים האחרים: 'תהרגו אותו, תהרגו אותו'. הנאשמים 2, 3 המשיכו להחזיק בקורבן וללחוץ על צווארו, קצף ורוק יצאו מפיו, הוא הפסיק לנשום באופן סדיר, התחיל לחרחר ובהגיעם ליער ירושלים כשנעצר הרכב והדלת האחורית נפתחה, ראשו ופלג גופו העליון של מחמד, שהיה מחוסר הכרה, נשמט החוצה. בשלב זה הנאשם 2 בא בטרוניה כלפי נאשם 1 שהם עושים הכל והוא רק נוהג, נאשם 1 יצא מהרכב, נטל את הלום, הכה בראשו של הקורבן פעמיים, ומשך אותו אל מחוץ לרכב, הורה לנאשם 3 שהתקשה להסתכל להיכנס לתוך הרכב, הורה לנאשם 2 להביא בקבוק דלק ולשפוך על הקורבן. נאשם 2 שפך על רגליו, נאשם 1 נטל הבקבוק ושפך על יתר חלקי הגוף, הורה לנאשם 2 להיכנס לרכב ואז הצית את הקורבן והשלושה נסעו מהמקום לעבר גן סאקר, שם שרף נאשם 1 נעליים, ואת הלום. משם נסעו לביתו של נאשם 1 בישוב אדם.

הקורבן איבד את הכרתו כתוצאה מהחניקה שנחנק בתוך הרכב על-ידי הנאשם 2, בשיתוף הנאשם 3. מכות הלום שהכה נאשם 1 בראשו של הקורבן גרמו לנזק, אך לא קטלוהו, הוא מצא את מותו כתוצאה מההצתה והשריפה.

2. על רקע עובדות אלה, שכאמור אינן שנויות במחלוקת, הרשיע בית המשפט את שלושת המערערים בעבירות של רצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק); חטיפה לשם רצח לפי סעיף 372 לחוק. בגין מעשים נוספים שאירעו בלילה הקודם לליל הרצח, ושעליהם אעמוד להלן, יוחסו לנאשמים 1 ו-2 גם עבירות של ניסיון לחטיפה לשם כליאה לפי סעיף 371 + סעיף 25 לחוק; תקיפה הגורמת חבלה של ממש לפי סעיף 382(א) בנסיבות סעיף 380 לחוק; ניסיון הצתה לפי סעיף 448 רישא + סעיף 25 לחוק.

בית המשפט השית על השלושה את העונשים הבאים:

המערער בע"פ 4713/16 (להלן: יוסף) נדון למאסר עולם ו-20 שנות מאסר נוספות במצטבר בגין העבירות הנוספות בהן הורשע;

המערער בע"פ 2067/16 (להלן ולשם הנוחות: המערער 2) נדון למאסר עולם ו-3 שנות מאסר בחופף;

המערער בע"פ 2277/16 (להלן ולשם הנוחות: המערער 3) נדון בדעת רוב ל-21 שנות מאסר, בעוד דעת המיעוט סברה כי גם עליו יש להטיל מאסר עולם.

3. טרם נמשיך בדרכנו, נסקור את אירועי הלילה הקודם לליל הרצח, אירועים בהם נטלו חלק רק יוסף והמערער 2. לשם כך נפנה לתיאור הדברים כפי שהם מופיעים בכתב האישום, ואשר על פיהם הורשעו השניים:

בלילה שבין 30.6.2014 ל-1.7.2014 אמר יוסף למערער 2 כי עליהם לבצע פיגוע נקמה בערבים. השניים תכננו לתקוף ולחטוף ערבים ולשם כך נסעו סמוך לחצות הלילה ברכב בו נהג יוסף לשכונת בית חנינא, ותרו אחרי קורבן פוטנציאלי. בהוראת יוסף התיישב המערער 2 במושב האחורי ברכב. בשעה 01:00 לערך הבחינו השניים באם הדוחפת עגלת ילדים ומאחוריה הולכים שני ילדים קטנים. המערער 2 יצא מהרכב, הגיח מאחורי הילד מ' בן 7.5, לפתו בגרונו והחל לגרור אותו לרכב. הילדים פרצו בצעקות, אמם הסתערה על המערער 2, התפתח עימות פיסי במהלכו משכה בשערותיו בעוד המערער 2 מכה באגרופו בפניה של האם ואף בועט בה, כאשר יוסף צועק אליו להכניס את הילד לרכב. אנשים התקרבו למקום ומערער 2 הירפה מהילד, נכנס לרכב והשניים נמלטו. מ' ואמו נזקקו בהמשך לטיפול רפואי. יוסף והמערער 2 נסעו לחולון,

אכלו במסעדה והחליטו לשוב ולבצע פעולת נקם בערבים – פגיעה בכלי רכב. הם חזרו לירושלים לשכונת צור באחר, המערער 2 שפך בנזין על שני כלי רכב ולאחר מכן זרק סמרטוט בוער לעבר אחד הרכבים. כאשר הגיעו עוברי אורח השניים נמלטו.

אלו אפוא אירועי הלילה הקודם לליל האירוע, ליל הרצח של המנוח.

4. פתחנו ואמרנו כי העובדות לגבי מה שאירע באותו לילה מר ונמהר אינן שנויות במחלוקת. העובדות קשות לקריאה, אך בהיבט המשפטי, הערעורים שבפנינו קלים להכרעה. אציג בתמצית שבתמצית את קווי ההגנה של שלושת המערערים שבפנינו:

י0סף – לטענתו, יש לפטור אותו מאחריות פלילית בשל סייג אי השפיות הקבוע בסעיף 34 ח לחוק העונשין, לחלופין יש לייחס לו עבירה של הריגה בשל מצבו הנפשי, ולחלופי חלופין יש להקל בעונשו מכוח סעיף 300א לחוק העונשין.

המערער 2 – לשיטתו, לא התגבשה אצלו "תוכנית קטילה" טרם חטיפת המנוח, והאירועים התדרדרו במהירות מבלי שהתגבשה אצלו החלטה להמית.

המערער 3 – גם המערער 3 אחז בקו הגנה זה, והוא תלה יהבו במיוחד בכך שלא נטל חלק בשריפתו של המנוח, ותוך כדי נסיעה ברכב, אף צעק "אל תהרוג אותו".

אפתח בערעורו של מי שהיה היוזם והרוח החיה של מעשה הרצח.

ערעורו של יוסף (ע"פ 4713/16)

5. יוסף בחר שלא להעיד במשפטו ולמעשה, עד עצם היום הזה, ולאורך כל ההליכים המשפטיים, קולו לא נשמע. במהלך הדיונים הודיעו באי כוחו כי הוא מקבל אחריות על המעשה והפנו לאמרות שלו במשטרה ולשחזור שערך.

נספר לקורא, כי יומיים לאחר מעצרו נבדק יוסף על ידי פסיכיאטר, ד"ר אסף יעקובי, שהתרשם כי הוא כשיר לעמוד לדין וכי היה שפוי בעת המעשה (ת/65). כתב האישום הוגש בחודש יולי 2014, והכרעת הדין ניתנה ביום 30.11.2015. שבוע טרם המועד שנקבע להכרעת הדין הודיע סניגורו של יוסף כי יש בידו חוות דעת של מומחה בשם ד"ר סירקין לגבי מצבו הנפשי של יוסף בעת ביצוע העבירה. למרות השלב המאוחר מאוד, בלשון המעטה, שבו ביקשה ההגנה להגיש את חוות הדעת מטעמה,

נעתר בית המשפט המחוזי לבקשה, וכן התיר למדינה להגיש חוות דעת נגדית. ביני לביני ניתנה הכרעת הדין, בה נקבע כי המערער ביצע את המעשים המיוחסים לו, כמתואר לעיל, אך בית המשפט נמנע באותו שלב מהרשעתו על מנת להשלים את הדיון בטענת אי השפיות.

ביום 11.2.2016 העיד ד"ר אסף יעקובי ונחקר מומחה ההגנה ד"ר סירקין. ביום 18.2.2016 הוגשה חוות דעת של הפסיכיאטר המחוזי, שנערכה על ידי פנל של שלושה מומחים מבית החולים איתנים, ואלו העידו ונחקרו ביום 22.3.2016. מסקנת פנל המומחים מטעם הפסיכיאטר המחוזי היתה כי המערער בעל "הפרעת אישיות, הפרעה קומפולסיבית והפרעה דו-קוטבית מסוג 2 – אפיזודות דיכאוניות והיפומאניות". הפנל גם התרשם כי יוסף התחזה בבדיקות שנערכו לו לצורך חוות הדעת. נקבע כי אין עדות לסימנים פסיכויטיים, כי יוסף הבין את טיב המעשה ומעשיו לא היו פועל יוצא ממחלת נפש, ומשכך הוא אחראי למעשיו. לא למותר לציין כי המומחים לא נחקרו בבית המשפט לגופה של חוות הדעת, וחקירתם התמקדה בטענת ההגנה כי התביעה "הנחתה" את הפסיכיאטר המחוזי ולכן יש לפסול את חוות הדעת או לא ליתן לה משקל.

לאחר כל אלה, ניתנה ביום 19.4.2016 הכרעת דין משלימה בעניינו של יוסף, שהשורה התחתונה בה הייתה דחייתן של טענות ההגנה לגבי אי שפיות יוסף בעת ביצוע המעשים.

6. טרחתי לציין את העובדות והתאריכים הנ"ל, לאור טענתו של המערער כי בית המשפט שגה בכך שהתיר לתביעה להגיש חוות דעת מטעם הפסיכיאטר המחוזי, באשר לשיטתו לא היה מקום לאפשר הבאתה של ראיית הזמה לאחר פרשת ההגנה.

בטענה זו יש משום עזות מצח. המערער עצמו לא הביא חוות דעת מטעמו לאורך כל המשפט ורק בדקה ה-91, ערב הכרעת הדין, עלה בידו לאתר מומחה זר שהסכים ליתן חוות דעת. במצב דברים זה, בשלב בו לא עמדה בפני בית המשפט כל חוות דעת או אינדיקציה מטעם ההגנה, שיש בה כדי לסתור את חזקת השפיות, וגם יוסף עצמו מילא פיו מים ובחר שלא להעיד, לא הייתה כל סיבה שהתביעה תגיש חוות דעת מטעמה. יפים לעניינו הדברים הבאים:

"אכן אין להסכים, שההליך הפלילי יהפוך לנדנדה אין-סופית של עדויות הזמה הדדיות; אולם, מאידך גיסא, אין לקבל את המסקנה, כי שאלה כגון היעדר אחריות

פלילית [...] המועלית בשלב מאוחר תוך כדי הליכי משפט רצח, תהיה מוכרעת על יסוד טענותיו של צד אחד בלבד, עקב הסירוב של בית המשפט לבחון את הנתונים הרלבנטיים שבידי הצד השני. תהיה בכך עצימת עיניים שאינה ראויה לנושא ואינה מוצדקת לאור השלב בו הועלתה הטענה האמורה מטעם המערער" (ע"פ 842/85 הרנוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 245, 259 (1988)).

ודוק: ת/65 אינו בגדר חוות דעת שהוגשה על ידי התביעה אלא "הערכה פסיכיאטרית ראשונית לבית המשפט" של ד"ר יעקובי שנעשתה בעקבות הוראת בית המשפט בשלב המעצר, מכוח סעיף 16 לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991. בדיקה ראשונית זו נועדה לבחון אם מצבו של העצור מחייב שהייה בבית חולים, להבדיל משהייה במתקן מעצר רגיל, ואין מטרתה לברר את מצבו הנפשי של העצור לעניין כשירותו לעמוד לדין או לעניין סייג שפיות הדעת בעת ביצוע העבירה (ראו בש"פ 92/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 240, 256-257 (2000)). מכאן, שרק כאשר הוגשה לבסוף חוות דעת מטעם ההגנה קם הצורך של התביעה להגיש חוות דעת, כראיית הזמה לפי סעיף 165 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החט"פ).

זה המקום להדגיש, כי בניגוד לטענת המערער, חוות דעתו של הפסיכיאטר המחוזי, שהקים לשם כך פנל מומחים, לא הונחתה על ידי התביעה. כל שעשתה התביעה היה לפנות לפסיכיאטר המחוזי, אשר לצורך זה נחשב כידו הארוכה של בית המשפט, ולהעביר לו החומר הרלבנטי לבדיקה, כפי שנעשה כדבר שבשגרה.

7. עודנו מגיעים לעיצומה של טענת אי השפיות, קשה שלא לתמוה הכיצד לא עלה בידי ההגנה לאתר פסיכיאטר בישראל שיתן חוות דעת מטעם ההגנה. ההגנה טענה כי נוכח הנסיבות הקשות של המקרה, פסיכיאטרים בישראל סירבו ליתן חוות דעת. ברם, בעשרות, אם לא במאות מקרים בפסיקה, נדונה טענת אי השפיות, לרבות במקרי רצח מתועבים ומזוויעים במיוחד. למרות זאת, טרם נתקלתי במצב בו לא עלה בידי ההגנה להגיש חוות דעת של פסיכיאטר מטעמה. העובדה שאף פסיכיאטר בישראל לא הסכים ליתן חוות דעת מטעם ההגנה, ועוד טרם בדיקת הדברים לגופם, עשויה להעיד כשלעצמה על חולשתה של הטענה.

ואכן, המערער הביא לחמו מן החוץ ואיתר פסיכיאטר בארצות הברית, ד"ר סירקין, שנתן חוות דעת. ד"ר סירקין אינו דובר את השפה העברית ואינו מכיר את ה"סלנג" והרקע התרבותי-חברתי. על רקע זה ניתן אולי להתייחס בסלחנות-מה

למסקנות משונות אליהן הגיע ד"ר סירקין, שמצא כי המערער היה נתון במצב פסיכוטי בעת ביצוע העבירה. כך, למשל, אין חולק כי בעוד המערערים 2-3 מנסים במושב האחורי לחנוק למוות את המנוח אשר חרחר אך "סירב" למות, התבטא יוסף כי "למנוח שבע נשמות". מכאן הסיק ד"ר סירקין, כי יוסף היה במצב פסיכוטי. דוגמה נוספת: לאחר שהמנוח נגרר לתוך המכונית והשלושה נמלטו, ומכונית החלה לרדוף אחרי מכוניתם של המערערים, התבטא יוסף כי "מיליון ערבים רודפים" אחריהם, וגם מכאן הסיק ד"ר סירקין כי היה במצב פסיכוטי, שהרי לא רדפו אחריו מיליון ערבים. אומר בעדינות כי משקלה של חוות הדעת הוא אפסי.

מהשחזור ומקריאת מכלול הדברים, עולה כי יוסף והאחרים נלחצו מכך שהמנוח עדיין לא מת לאחר דקות ארוכות של מאבק. כך מספר יוסף בשחזור: "אמרתי לו תגמור אותו, מלחץ, שלא יקום עלינו יש לו שבע נשמות..." (ת/ב עמ' 23). "...ביקשתי מי' [המערער 2 – י"ע] שיגמור אותו, זה מה שאמרתי לו, תגמור אותו, למה כי אמרתי לו יש לו שבע נשמות הוא יקום עלינו הוא ירצח אותנו, עכשיו בדעתי שהוא גדול, הוא אחד ענק, ולא בגלל הדמיון אלא ראינו אותו, הוא ענק, הוא גבוה, לא חלמנו שמדובר בנער בן 16 או 15 או 17 או 20" (שם, עמ' 31, הדגשה הוספה – י"ע).

8. למעשה, אפילו מחוות דעתו של המומחה מטעם ההגנה עולה כי יוסף אינו יכול לחסות תחת סייג אי השפיות, באשר בחוות הדעת נכתב כי "These active manic and psychotic symptoms would have affected YHBD's ability to refrain from committing the offense." ובחקירתו הנגדית הוסיף ואמר "הוא הושפע בדרגה מסוימת. אני לא יכול להיות ספציפי במושגים של עד כמה" (עמ' 827 שורה 21 לפרוטוקול). מכאן, שאפילו לשיטת מומחה ההגנה, לא הוכח מצב שלפיו יוסף היה "חסר יכולת של ממש להבין את מעשיו או את הפסול במעשים או להימנע מהם", או במצב של "גריעה ממשית" מיכולתו להבין או להימנע (להנמכת הרף של "חסר יכולת של ממש" לרף של גריעה ממשית, ראו, לדוגמה אחת מני רבים, ע"פ 8220/02 ברוכים נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(5) 724, 733 (2004)).

9. אין חולק כי ליוסף עבר נפשי. הוא טופל על ידי מספר רופאים ומטפלים מאז שנת 2010, אובחן כסובל מהפרעת OCD שהתבטאה באובססיה לקניות, שטיפת ידיים ובדיקות חוזרות, נטל לאורך השנים תרופות פסיכיאטריות במינונים משתנים, ואובחן בשעתו על ידי פסיכולוג קליני כסכיזואיד. ההגנה תלתה את יהבה בכך שבשנת 2012 הגיע המערער למיון בבית החולים הדסה, לאחר שביקש לחנוק את בתו התינוקת. אולם עיון זהיר בגיליון בית החולים מיום 10.10.2012 וברישומים של הרופאה המטפלת

לאחר מכן, מלמדים על כך שגם באותו אירוע המערער לא היה במצב פסיכוטי. המערער לא טען כי שמע "קולות" או שהיו לו הזיות, אלא סיפר מיוזמתו כי נכנס לחדר של בתו, הוריד את השמיכה, נגע לה בצוואר ולאחר מכן סיפר לאשתו כי חשב לחנוק את התינוקת. הוא סיפר על כך לעו"סית המטפלת בו, אשר בהתייעצות עם מומחית החליטו להתקשר למשטרה, וכך התגלגלו הדברים עד להבאתו של יוסף למיון. בחדר המיון התרשמו הרופאים כי המערער סובל ממצב היפומאני, שאינו מצב פסיכוטי, וכן צוין על ידי הרופא כי במרבית המקרים בהם אנשים עם OCD מתארים מחשבות של פגיעה בזולת, הם לא פועלים בעקבות מחשבות אלו.

בכל אלה אין אפילו כדי לקרב את יוסף לסייג אי השפיות שבסעיף 34 לחוק העונשין. איני רואה לחזור על שלל הפסיקה הנוגעת לנושא אי השפיות, ואומר בקצרה כי נדרשים שלושה תנאים מצטברים לתחולת התנאי והם: הנאשם סבל ממחלה נפשית או מליקוי בכושרו השכלי בעת ביצוע המעשים; הנאשם היה חסר יכולת של ממש להבין את מעשיו או את הפסול במעשים או להימנע מהם; קיים קשר סיבתי בין המחלה או הליקוי לבין חוסר היכולת כאמור (לדוגמה אחת מני עשרות דוגמאות, ראו פסק דיני בע"פ 8287/05 בחט"ז נ' מדינת ישראל, בפסקה 13 (11.8.2011) (להלן: עניין בחט"ז)). עניינו של יוסף אינו נכנס לאף אחד משלושת התנאים. אכן, יוסף סבל מהפרעות נפשיות שונות, אך יש להבחין בין הפרעה נפשית לבין מחלת נפש, ויש להבחין בין מחלת נפש לבין מצב פסיכוטי. כך, לדוגמה, הסבירו הפסיכיאטרים בפנל המומחים, כי מצב של היפומאניה אינו מצב פסיכוטי, אלא אחד המאפיינים של הפרעה ממנה סובל יוסף.

במצב בו בוחן המציאות של הנאשם משובש באופן כזה שאינו מבדיל בין טוב לרע, או שאינו יכול להימנע מעשיית המעשה – אז יכול הנאשם ליהנות מהגנת סייג אי השפיות לפי סעיף 34 לחוק העונשין. אדם יכול להיות בעל הפרעת אישיות כזו או אחרת, או חולה במחלת נפש כזו או אחרת, אך לשם התקיימות הסייג עלינו לבחון את מצבו הנפשי בעת ביצוע המעשה. בהקשר זה אציין כי הפסיקה בשנים האחרונות שמה את הדגש יותר על עוצמת התסמינים, ולא על סיווג המחלה המהווה את המצע ממנה התפתח המצב הפסיכוטי:

"הגישה להערכת מצבו הנפשי של הנאשם מתמקדת כיום בעוצמת התסמינים והשפעתם על גיבוש המחשבה הפלילית של הנאשם, להבדיל מסיווג של מחלת הנפש ממנה הוא סובל" (פסק דיני בע"פ 8503/14 אבו טיאם נ' מדינת ישראל, בפסקה 12 (26.4.2017) (להלן: עניין אבו טיאם)).

10. בכל השנים שקדמו למעשה אין אף אירוע, תיאור או רישום של תסמינים פסיכויטיים בעניינו של יוסף. לא בכדי, ההגנה לא הצביעה ולו על מקרה אחד בפסיקה שבו הוכרה אפיזודה פסיכויטית רגעית או קצרה שלא היה לפניה או לאחריה כל תסמין המתאים למצב הנפשי בעת המעשים – ואילו בעניין דנן מבקשת ההגנה כי נשתכנע שכך אירע.

שבועות ספורים לפני האירוע יוסף נבדק, וגם בבדיקה לאחר האירוע (ת/65) נמצא כי בוחן המציאות שלו תקין, שיפוטו תקין, כי היה אחראי למעשיו בעת ביצוע העבירות וכי הוא מבין הליכי משפט. יוסף תיפקד בחיי היומיום כבעל חנות אופטיקה, פעל כיבואן של מסגרות משקפיים ולשם כך נסע לסין מספר פעמים בשנה, ולא התנהל באופן יומיומי כמי שנתון לאפיזודות של מצבים פסיכויטיים. המעשים נעשו על רקע של מניע גזעני ושנאה לערבים, ולא כתוצאה של הלך רוח פסיכויטי. גם אם התכונן לא היה מוקפד לפרטיו, אין הם תוצר של מצב נפשי שאינו מאפשר לאדם להימנע מעשיית פשע. בסופו של דבר, התנהגותו של יוסף לפני, בעת ולאחר האירוע, ובעת חקירותיו ובשחזור, אינה מעידה על כל תסמין פסיכויטי (לאנטומיה של הידרדרות במצב נפשי של נאשם בתקופה הסמוכה לפני ביצוע העבירה ולאחריה ראו, לדוגמה, ע"פ 6570/16 סופיצייב נ' מדינת ישראל (18.12.2016) (להלן: עניין סופיצייב); ת"פ (מחוזי חי') 126/03 מדינת ישראל נ' סקורצ'רו (21.3.2004)). כך, בלילה הראשון יוסף נסוג לאחר המאבק של אם הילד שאותו ניסו לחטוף תוך הפגנת מודעות לסכנה בה הציב עצמו; בלילה השני נהג ברכב, עודד את שני המערערים במושב האחורי, דיבר לעניין, ידע את שמתרחש, דאג לטשטש ראיות בגן סאקר לאחר המעשה ועוד. כפי שציין בית משפט קמא בהכרעת הדין המשלימה: "הנאשמים האחרים תארו אדם נחוש, דבק במטרה אך בשליטה מלאה ללא מחשבות שווא, הבנת מעשיו מציאותי לחלוטין" (עמ' 22).

הסניגורים הפצירו בנו להתבונן בקלטת השחזור, אך הרושם המתעורר מצפייה בה הוא שהמערער בשליטה מלאה, מפגין ביטחון, רהיטות, מורה בשקט ובסמכותיות לחוקרים לאן ומהיכן לנסוע, מסביר כי גם בעת הנהיגה לאחר החטיפה, למרות הלחץ בו היו נתונים, נהג בזהירות כדרכו ובמהירות שאינה מעוררת חשד, העדיף לנסוע דרך רחוב מסוים ולא רחוב אחר שבו יש הרבה פסי האטה ("במפרים"). רק כאשר יוסף מגיע ליער הוא מסביר כי הסיטואציה קשה לו, ומבקש הפסקה, ולאחר מכן מסביר ומדגים שוב בפירוט את שאירע ביער. כל מי שצופה בשחזור מתרשם כי במהלך הדברים אין שמץ תסמין שיכול לעורר חשד למצב פסיכויטי. ממילא לא הוכח כל קשר

סיבתי בין ההפרעות מהן סבל המערער, כמו הפרעת טורדנות כפייתית (OCD) לבין מעשיו בליל האירוע ובלילה שקדם לו. יוסף הונע מכוח שאיפת נקם עיוורת בערבים, ומתוך מניע זה משתרג הקשר הסיבתי למעשים הקשים שביצע באותו לילה.

גם בחקירות בשב"כ ובמשטרה וגם במהלך השחזור, יוסף לא נראה כמי שנמצא במצב פסיכוטי. הוא הסביר את הדברים והביע חרטה על המעשים. יוסף נשאל במשטרה אם הוא סובל מהתקפי זעם או אלימות כתוצאה מהטיפולים והכדורים שהוא נוטל והשיב "לא, מה פתאום, אולי קצת עצבים בדיבור לא מעבר לזה", ובתשובה לשאלה על אודות מצבו בליל האירוע העיד על עצמו כי "הייתי רגיל [...] הייתי מפוקס" (חקירה מיום 7.7.2014 ת/5 שורה 221). אכן, יוסף האשים את תרופת ה"ציפרלקס" שהוא נוטל כגורם לכך שהיה קר רגש באותו לילה, אך בנטילת תרופה זו לא היה כדי לפגוע בבוהן המציאות שלו באותו לילה.

11. הזכרנו כי יוסף בחר שלא להעיד במשפטו. אין חולק כי במהלך הדיון המשפטי יוסף היה כשיר לעמוד לדין, אך למרות זאת בחר לשתוק, מה שנוקף לחובתו עד כדי חיזוק ראיות התביעה.

הדברים נכונים גם כאשר השאלה העומדת על הפרק נוגעת לסייג אי השפיות: "אכן, המערער הוא חולה נפש; אדם הנאבק על חוסר אחריותו למעשי עבירה, ואין חולק באשר לכשירותו לעמוד לדין – השיקולים שבדין באשר להערכת הימנעותו מעדות לפי סעיף 162(א) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) תשמ"ב-1982 יפה כוחם" (ע"פ 2965/06 אבו חאמד נ' מדינת ישראל, בפסקה יא(3) (19.9.2007)); "הלכה היא, כי מי שמבקש לחסות בצל הגנת אי-שפיות הדעת ולא העיד במשפט חרף היותו כשיר לעמוד לדין, עשוי הדבר לשמש כחיזוק למשקל הראיות נגדו" (ע"פ 2098/08 פרעוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 19 (28.12.2011)). רק במקרים חריגים מצאה הפסיקה להכיר בהגנת אי השפיות גם מקום בו הנאשם, הכשיר לעמוד לדין, לא העיד (ראו עניין טופיציב בפסקה 36). המקרה שבפנינו רחוק עד מאוד ממקרים אלה.

12. ולבסוף, אך למעשה כנקודת מוצא.

בית המשפט המחוזי שמע והתרשם ישירות מד"ר סירקין, המומחה מטעם ההגנה, ומעדותם של שלושת חברי הפנל שהרכיב הפסיכיאטר המחוזי, והגיע למסקנה כי:

"ממצאיו ומסקנותיו של ד"ר סירקין אינם עומדים במבחן הביקורת מהטעמים הבאים: הנאשם טופל על-ידי מספר רופאים ומטפלים מאז שנת 2010, ואין ברישומים השוטפים ציון של פסיכוזזה. להיפך, צוין במפורש שאין סימנים מאניים או פסיכויים, כן צוינה אובססיביות ובקיץ 2014, שבועות ספורים לפני ביצוע העבירות, אף צוין תפקוד טוב בעבודה, רצון לחיות. ד"ר סירקין התעלם מנתונים אלה וטען, כי התוצאה מלמדת כי ד"ר וישנה לא הבינה נכון את הסימפטומים. אלא שגישה זו אינה לעניין, שהרי הנאשם נבדק ואובחן על-ידי מספר רופאים במשך השנים שהכירו היטב בעיותיו ופעם ועוד פעם לא מצאו סימנים פסיכויים הגורמים לאובדן שליטה. לשיטת ד"ר סירקין 'הבור מתמלא מחולייתו', קרי התוצאה הרצחנית היא שמלמדת על אי יכולת להימנע מהמעשה, אולם 'אין הבור מתמלא מחולייתו', ולתוצאה יש להגיע מנתונים קודמים ולא להיפך" (בפסקה 19 להכרעת הדין המשלימה).

לא מצאתי כל סיבה מדוע לסטות מההלכה הנהוגה עמנו, ולפיה כלל אי ההתערבות בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית "כוחו יפה גם לגבי קביעות מומחים בכלל, וקביעות מומחים בתחום הפסיכיאטרי בהליך פלילי בפרט" (פסק דיני בע"פ 5417/07 בונר נ' מדינת ישראל, בפסקה 24 (30.5.2013)). הכרעת הדין המשלימה של בית המשפט המחוזי ברורה ועומדת על רגליים איתנות המעוגנות היטב בחומר הראיות, ואין כל סיבה לסטות ממנה.

13. סיכום הדברים מצביע על קלישותה של הטענה לסייג אי השפיות:

(-) יוסף בחר שלא להעיד.

(-) גם מחוות הדעת של ד"ר סירקין מטעם ההגנה ומחקירתו הנגדית עולה כי לא ניתן לייחס ליוסף גריעה ממשית מיכולתו להבין או להימנע מעשיית המעשה.

(-) חוות הדעת של ד"ר סירקין, שאינו דובר את השפה העברית ואינו מעוגן ברקע התרבותי-חברתי בארץ, קלושה על פניה, וביטויי "סלנג" פורשו על ידו כמעידים על מצב פסיכוי.

(-) יוסף לא הצליח לאתר אף פסיכיאטר בישראל שהיה נכון לכתוב חוות דעת

בעניינו.

(-) המערער לא אובחן אף פעם לפני האירוע כסובל ממצב פסיכוטי.

(-) לא דווח על תסמין כלשהו בזמן המעשים המלמד על אובד הכושר הנפשי; אין כל אינדיקציה להתדרדרות במצבו הנפשי של יוסף עובר לאירועים, ולא אובחן תסמין כלשהו לפני בעת ואחרי המעשים, כך שאין כל סיבה להניח כי דווקא בעת ביצוע המעשים יוסף היה שרוי באפיזודה פסיכוטית רגעית. ממילא לא הוכח קשר סיבתי בין המצב הנפשי הנטען לבין המעשים.

(-) שלושת חברי הפנל לא נחקרו כלל לגבי תוכן חוות דעתם וממילא לא נסתרה חוות דעתם.

(-) בית המשפט המחוזי ביכר את חוות דעתם של חברי הפנל.

14. המסקנה אליה הגענו לגבי אי תחולת סייג אי השפיות, משליכה גם על טענתו של יוסף שביקש להחיל עליו את סעיף 300א לחוק:

"האפשרות להקל בענישה מכוח סעיף 300א נועדה למקרים בהם המינון והעוצמה של הפגיעה בכושר ההבנה או ביכולת להימנע מעשיית המעשה, נמוכים במצט מהרף הנדרש לצורך פטור מוחלט לפי סעיף 34ח. השוני לעומת סעיף 34ח הוא שוני כמותי ולא שוני איכותי (דנ"פ 2156/98 צלאח נ' מדינת ישראל בפסקה 4 להחלטה, 18.6.98) והרף שנקבע בפסיקה לגבי עוצמת הפגיעה הוא 'מרחק פסע בלבד מחוסר יכולת של ממש', מה שמשקף עמדה מחמירה של הפסיקה ביחס לפרשנות סעיף 300א לחוק" (עניין בחטרוזה, בפסקה 14ה)."

יוסף ניצב הרחק מחוץ לרדיוס הסייג של אי השפיות בסעיף 34ח, וממילא גם אינו מתקרב ל"מרחק פסע" הנדרש לצורך תחולת סעיף 300א לחוק. מכל מקום, גם כאשר נתמלאו כל התנאים הנדרשים לתחולת סעיף 300א – ולא זה המקרה שבפנינו – הרי שהפעלתו של הסעיף לשם הפחתה בעונש מסורה לשיקול דעת בית המשפט, על רקע כלל נסיבות המקרה ותחושת הצדק (ע"פ 2457/98 שמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 289, 298 (2002); ע"פ 3071/01 מאירוב נ' מדינת ישראל (20.12.2006); ע"פ 7010/09 אבשלומוב נ' מדינת ישראל (5.7.2012); עניין אבו טיאם). במקרה דנן, גם אם היה

המערער עומד בכל תנאי סעיף 300א – וכאמור הוא רחוק מכך – הרי שבנסיבות המזעזעות של המקרה תחושת הצדק מתקוממת נוכח האפשרות להחלת סעיף זה.

15. יוסף טען לחלופין כי יש להמיר את עבירת הרצח בעבירת הריגה, תוך שהוא מסתמך על ע"פ 5031/01 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 625, 640 (2003) (להלן: עניין פלונית).

אלא שהמרה של יסוד נפשי של כוונה תחילה ליסוד נפשי של הריגה בשל מצב נפשי היא נדירה ביותר. דומה כי ניתן להסביר את התוצאה בעניין פלונית בנסיבות המיוחדות של אותו מקרה, בו היה מדובר באשה שהשליכה את תינוקה מהחלון. פלונית הציגה עוד לפני האירוע סימני מצוקה שהעידו על היקלעות למצב פסיכוטי או קרוב לכך, כדי כך שהסובבים אותה דיווחו על התנהגות מוזרה מצידה והחרפה במצבה. אותה פלונית אף ביקשה כי יאשפזו אותה לפני ביצוע העבירה, ולאחר שהשליכה את תינוקה מהחלון, השליכה גם את כלבה ורצה כשהיא עירומה וסכין בידה לאורך הכביש. ההשוואה בין מקרה זה למקרה שבפנינו, אך נזקפת לחובתו של יוסף, שכן הפער ביניהם תהומי.

16. סוף דבר, שדין ערעורו של יוסף על הרשעתו להידחות.

ערעורי המערערים 2 ו-3 (ע"פ 2067/16; ע"פ 2277/16) – כללי

17. שני המערערים הקטינים העלו מספר טענות משותפות הנוגעות לאופן חקירתם.

נספר לקורא כי השניים נעצרו כחשודים בעבירת ביטחון ונחקרו על ידי השב"כ והמשטרה, ומשכך, חקירתם לא תועדה בהתאם להוראת סעיף 17 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002. בנוסף, הוצא צו מניעת מפגש לפי סעיף 35א לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996 לתקופה בין 6.7.2014 ועד 9.7.2014 שעה 14:30, כך שהשניים לא נפגשו עם עורך דין משך כשלושה ימים. ראוי לציין, וכך עולה גם מהטבלה המפורטת בערעורו של המערער 2, כי חקירותיהם של המערערים לא בוצעו בשעות הלילה (למעט השחזור שהחל בשעה 05:30 בבוקר מחשש לביטחונם של השניים ומחשש למהומות בשטח בעת השחזור). זאת, על אף שסעיף 9 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971

(להלן: חוק הנוער) קובע כי קצין מוסמך רשאי להורות, בהחלטה מנומקת בכתב ובהתקיים הנסיבות המפורטות בסעיף, על חקירתו של קטיין חשוד גם בשעות הלילה.

18. לטענת המערערים, כבר ביום הראשון או השני לחקירה הבינו החוקרים כי אין מדובר בתא טרור או בהתארגנות רחבה יותר, ולכן צריך היה לקצר את צו מניעת המפגש.

בטענה זו יש משום חכמה בדיעבד. הרצח הצית את השטח, ומטבע הדברים החוקרים נדרשו לוודא כי רק שלושת המערערים היו מעורבים בו, הם ולא אחרים זולתם שעלולים להמשיך ולבצע מעשים דומים. לא ניתן לקחת סיכון במצבים רגישים כגון דא, ועל כך העידו חוקרי השב"כ. אדרבה, אורכו של צו מניעת המפגש היה מתון בנסיבות העניין, והוא נמשך עד שנתחוויר לחוקרים באופן סופי כי אין מדובר בהתארגנות טרור רחבה יותר.

19. ההגנה לא טענה בבית משפט קמא כנגד קבילות ההודעות וכנגד השחזורים שערכו שני המערערים. עם זאת, נטען כי יש לייחס משקל נמוך יותר לזכ"דים מחקירות השב"כ ולהודעות שנגבו במשטרה, מאחר שאלה לאקוניים למדי ביחס לאורכן של החקירות.

ברם, היו אלה שני המערערים שאישרו בעדותם בבית המשפט כי אמרו את האמת בחקירות השב"כ, במשטרה ובשחזור. המערער 3 אף ביקש לדייק, ובתשובה לשאלה אם הוא עומד מאחורי כל הכתוב בהודעות שלו במשטרה ובשב"כ, הבהיר כי מאחר שהזכ"דים שנרשמו בשב"כ הם מאוד תמציתיים, "זה כאילו בעצם תקציר של מה שהלך בחקירה, זה כן משקף בערך את הדברים שנאמרו ואצל המשטרה זה יותר מדויק [...] המשטרה זה יותר בהרחבה, זה משקף בעצם את הדברים שנאמרו" (עמ' 522 לפרוטוקול).

אכן, חקירה מתועדת מאפשרת התרשמות ישירה מהנחקר, ומטבע הדברים היא כוללת יותר מידע מהודעה שנמסרה בכתב. אך בשורה התחתונה לא נפלו פגמים בהודעות שנמסרו על ידי שני המערערים בחקירותיהם, מה עוד שהשחזורים תועדו והם מדברים בעד עצמם.

איני רואה אפוא סיבה להפחית במשקלם של ההודעות והזכ"דים.

על רקע מסקנה זו, אליה הגיע גם בית משפט קמא בהכרעת הדין, נעבור לבחינת שני הערעורים לגופם.

האם היה תכנון מוקדם לחטוף ולהרוג?

20. שני המערערים טענו כי כאשר יצאו לדרכם במכוניתו של יוסף באותו לילה, הם לא תכננו להרוג אלא להכניס מישהו לאוטו, להכות אותו ולהשליכו. אם נתרגם את הטענה לשפה משפטית, המערערים תוקפים את התקיימות היסוד הנפשי של החלטה להמית. לשיטתם, לפני היציאה לביצוע לא התקבלה החלטה להמית, והדברים התגלגלו מעצמם תוך כדי האירוע.

טרם אדרש לגופה של טענה, אקדים ואדגיש כי אין בפי המערערים טענה לסטייה מהתוכנית המקורית לפי סעיף 34 לחוק העונשין, שעניינו בעבירה שונה או נוספת שנעברה אגב עשיית העבירה. הטענה לא נזכרה בכתבי הערעור ולשאלתי במהלך הדיון אישר זאת בא כוח המערער 2.

עוד אקדים ואומר, כי אפילו היינו מקבלים את טענתם של המערערים – וכפי שנראה להלן היא עומדת בסתירה רבתי לגרסאותיהם בשב"כ, במשטרה ובשחזור – לא היה בכך כדי לחלץ את השניים מעבירת הרצח, ועל כך אעמוד בהמשך במסגרת הדיון על אודות ביצוע בצוותא.

21. ולעיצומה של טענה.

בחקירתו השניה בשב"כ (ת/19) סיפר המערער 2 על כך שבתחילת הלילה יוסף אמר לו לצאת מהמכונית ולהביא ילד אחד, אך הוא סרב כי מדובר בילדים קטנים "יוסף/חיים אמר לנדון צא ותביא ילד אחד, כאשר הנדון הבין שהכוונה לחטוף ולהרוג את הילד". כפי שנראה בהמשך, גם המערער 3 סיפר שהם ריחמו על ילד קטן ולכן סרבו לחטוף אותו.

בהמשך אותה חקירה וגם בשחזור הסביר המערער 2 כי הוא לא רצה לצאת "פראייר" (כלשונו "אני לא יוצא כאפות הלילה") מבלי לבצע דבר. אף לא למותר לציין כי המערער 2 יצא לדרך כשהוא נושא סכין על גופו.

אין חולק כי כאשר המערער 2 הגיע באותו לילה לחנותו של יוסף, המערער 3 כבר ישב שם לאחר ששוחח עם יוסף. מכאן טענת המערער 2 כי לא היה שותף לתכנון המוקדם, ורק במהלך הנסיעה והחטיפה הבין למה נתכוונו. טענה זו אני מתקשה לקבל. אם נותר ספק לגבי כוונת השלושה, אפנה לדברי המערער 3 בשחזור:

”חיפשנו תמיד מישהו שלא יהיה ילד. לא סתם להרוג מישהו [...] אבל גם ש... שלא יהיה שאהיד, לא יהיה מחבל שנהרוג מישהו שכאילו הוא יצא אז חסכנו מחבל אחד. זה מה שחיפשנו. כאילו מישהו שנראה כזה... זה אומר שלא היינו הורגים לא זקן בן 70 ולא איזה אשה אבל אה... גם לא ילד קטן” (ת/ג עמ' 24).

הפועל “להרוג” מופיע שלוש פעמים בשורות אלה, וברי מהדברים כי זו הייתה כוונת השלושה מלכתחילה – חטיפת אדם כדי להורגו.

גם בשחזור מסביר המערער 2 כי הם הסתובבו כדי לנקום, לעשות פעולה נגד ערבים בבחינת “תג מחיר” על שלושת הנרצחים החטופים (ת/ג עמ' 18).

22. שני המערערים העלו את הטענה כי בחקירותיהם במשטרה ובשב"כ הם הקדימו תוצאה למחשבה תחילה, ובדבריהם שהתייחסו לאירועים טרם הרצח, השליכו את ידיעתם על התוצאה הסופית. דהיינו, לגרסתם הדברים נתערבבו אצלם עקב הידיעה כיצד הסתיים בסופו של דבר מעשה החטיפה, ומתוך כך הסיקו מהתוצאה כי כך תוכנן מלכתחילה.

אני מתקשה לקבל טענה זו, באשר קשה להלום כי אצל השניים כאחד נתחלף ונתערבב מאוחר במוקדם.

23. התכחשות מפורשת ראשונה של המערער 3 לתכנון המוקדם, ואמירה כי השלושה יצאו לדרך רק למטרה של חטיפה והכאת החטוף, נשמעו במפורש לראשונה לאחר שהוסרה מניעת המפגש וניתנה לו הזדמנות לפגוש עורך דין. מכאן ואילך דבק המערער 3 בגרסה זו, ובתשובה לשאלה מדוע אם כך אמר שחיפשו מישהו בשביל לחטוף ולרצוח, השיב כי כך נפלט לו מהפה מפני שידע שבסופו של דבר היה רצח.

אלא שגרסה כבושה זו עומדת בסתירה רבתי לאמירות רבות אחרות של המערער 3 קודם לכן, שקשה לראות בהן אך "פליטת פה" כגרסתו, הן נוכח כמות הפעמים שחזר על מסרים אלה והן נוכח תוכנם.

24. בחקירותיו במשטרה ובשב"כ חזר ואמר המערער 3 כי התכוונו לחטוף ולהרוג, לבצע פעולת נקם; סיפר כי הרגישו מחוייבים לבצע פעולת נקם כשם שפנחס בן אלעזר נקם, הגם שטעו מאחר שבפרשת פנחס מדובר על הנקם שה' יבצע עבור עם ישראל; סיפר כי הסתובבו על מנת לתפוס אדם ולנקום את דם הנערים החטופים; הרעיון היה לחטוף ולהרוג אשה או ילד היות שהינם חלשים; לבסוף החליטו לבצע את פעולת הנקם על ילד, אך כאשר הבחינו בילד כבן 10 נכמרו רחמיו על הילד ולכן לא הכניסוהו לרכב (ת/30 זכ"ד החקירה הראשונה בשב"כ).

[במאמר מוסגר נציין כי המערער 3 ידע על עוללות הלילה הקודם, כפי שניתן ללמוד גם מסרט מצלמת האבטחה מחנות המשקפיים של יוסף (ת/103). מדובר ב"סרט אילם" ללא אודיו, בו ניתן לראות כיצד יוסף והמערער 2 מדגימים בפני המערער 3 לפיתת חניקה, מכת אגרוף ובעיטות. מדברי המערערים 2-3 ומהודעותיהם, עולה כי יוסף והמערער 2 סיפרו למערער 3 את אירועי הלילה הקודם, וכפי שציין בית משפט קמא בהכרעת הדין, השלושה נראים משולהבים].

אם נותר ספק ספיקא בכוונתם של המערערים מלכתחילה, הרי שבחקירתו השלישית בשב"כ כתב המערער 3 את הודעתו בכתב ידו שלו (ת/32), ומשום חשיבות הדברים נביא אותם כלשונם:

"החלטנו לצאת לחטוף ולהרוג אשה או ילד מאחר והינם חלשים. ולבסוף החלטנו להרוג ילד כיוון שאשה תעשה הרבה רעש [...] הכוונה היתה ילד ערבי זאת כנקמה על מותם של החטופים היהודים. יוסף הביא בנוסף מברג שנועד לדקור את הילד הערבי במקרה שיתפרע (?) ואזיקונים כדי לקשור אותו [...] ויצאנו לחפש באזור ואדי ג'וז ילד אותו נוכל לחטוף ולהרוג. לאחר מספר סיבובים באזור ואדי ג'וז הבחנו בילד כבן 10. יוסף עצר את רכבו ואני פניתי לילד ושאלתי אותו איך מגיעים לשער שכם, אולם מאחר והיה מדובר בילד קטן ריחמתי על הילד ולכן לא הכנסתיו לרכב, שכן ידעתי כי יהיה בכוונתנו להורגו [...]

[...] בערך בשעה 3:00 הבחנו בזוג מבוגר של ערבים בעל ואשה, אותו שקלנו לחטוף (מילה לא ברורה) יוסף

התנגד לכך שכן רצה לחטוף ולהרוג ילד שהינו מטרה קלה יותר [...] [...] לאחר מכן בצענו סיבוב פרסה הבחנו בנער והחלטנו לנסות לחטוף אותו במטרה לרוצחו. יוסף חיים עצר רכבו בסמוך לנער [...] נזכרתי שקבענו גם שאם לא נצליח לחטוף מישהו – לפגוע בנפש, נשרוף עם הבקבוקים הללו חנות של ערבים" (הדגשה הוספה – י"ע).

הנה כי כן, גם המערער 3 וגם המערער 2 הסבירו שהם החליטו שלא לחטוף ילד כי ריחמו עליו מאחר שידעו שבכוונתם להרוג את החטוף. אי אפשר לומר על דברים מעין אלה שהם מסקנה בדיעבד של שני המערערים. השניים תיארו אירוע שהתרחש בזמן אמת, והחלטה שקיבלו בזמן אמת שלא לחטוף את הילד, דווקא בגלל שידעו מה צפוי לו.

24. המערער 3 הרבה לדבר על הנפש, על "פגיעה בנפש" "לקחת נפש". אם ניתן היה לתהות לגבי הכוונה בביטויים אלה, הרי שבעדותו בבית המשפט הבהיר המערער 3 כי בכל מקום בו נאמר או נכתב "לפגוע בנפש" כוונתו הייתה להרוג (שם, עמ' 595 לפרוטוקול) לנטילת נפש (שם, עמ' 598 לפרוטוקול).

[במאמר מוסגר: אציין כי גם יוסף במהלך חקירותיו במשטרה הבהיר כי לפגוע בנפש הכוונה להרוג. עם זאת, מאחר שיוסף לא העיד במשפט, לא אביא את דבריו בהודעותיו-הודאותיו במשטרה במהלך החקירות והשחזור כראיה נגד המערערים 2-3].

הביטוי "נפש" במובן של נטילת חיי אדם שזור לכל אורך הודעותיו ועדותו של המערער 3. כך, לדוגמה, בהודעת המערער 3 מיום 7.7.2014, בה הוא מתאר את שיחתו עם יוסף:

"אני עוד באותו יום שנמצאו הגופות והייתה לי המחשבה לנקום, אבל לנקום – לשרוף איזו חנות או משהו, אבל לא לנקום בנפש. כשהגעתי ליוסף חיים לחנות, אז הוא אמר לי ששריפה או משהו זה לא נקמה שמזיזה משהו. אני יודע שרעיון של נפש הוא הציע, אך אני לא תלית [כך במקור – י"ע] שכולה תכלת שאמרתי לו לא [...] אז כשירדנו למשרד השיחה התגלגלה לנפש. הנקמה הזאת באה מתוך צער. אני שני לילות לא ישנתי בגלל החטופים. בכיתי הרבה. אני זוכר שיוסי אמר משפט, אני לא זוכר אם הוא אמר אותו בחנות או כשכבר נפגשנו עם י" [המערער 2 – י"ע]. אני לא זוכר את המשפט במדויק, אבל זה היה בסגנון: 'הערבים צריכים

להבין שהיהודים זה [לא – י"ע] סתם, ורק בנפש הם
יבינו את זה" (חקירה מיום 7.7.2014 ת/34 ש' 16-19,
הדגשה הוספה – י"ע).

ובהמשך:

"שמתי או 4 או 5 בקבוקים בהונדה כדי למלא בהם דלק
בתחנת הדלק, אבל לא לצורך שריפת הגופה, אלא לצורך
אם לא נצליח בנפש, אז נשרוף חנות של ערבי. איך
התכוונו להרוג את הערבי אני לא זוכר, יכול להיות
ששוחחנו על זה, אבל אני לא זוכר (שם, שורות 33-36,
הדגשה הוספה – י"ע).

המערער 3 הסביר כי שוחח עם יוסף "על הנפש ועל החטיפה" עוד כששהו
בחנות של יוסף. ניכר בדבריו כי הוא ניסה לשחזר לעצמו מתי התקבלה ההחלטה
הקונקרטית כיצד ואיך להרוג את החטוף, אך ברי מהדברים כי הייתה הסכמה כללית על
פגיעה בנפש:

"השיחה ביני לבין יוסי על הנפש ועל החטיפה התבצעה
עוד בחנות של יוסי, אבל עוד לא הייתי מגדיר את זה
כהחלטה.

ש: מתי התבצעה ההחלטה?

[לאחר הפסקת שירותים, אוכל ושתיה – י"ע].

ת: יכול להיות שההחלטה התקבלה עוד ב[יישוב – י"ע]
אדם כשהבאנו את הלום. בשביל מה לקחנו את הלום?
יכול להיות שההחלטה התקבלה עוד לפני החנות בלעדית.
זה היה מובן מאליו ש' מצטרף אלינו כי יוסף חיים
סיכם איתו בתחנה מרכזית. השאלה היא מצטרף למה?
אולי רק למחסן ולגיטרות. לכן אני אומר שאני לא יודע
במאה אחוז שהם סיכמו ביניהם לפני כן. התכנון היה
שיוסי על ההגה בכל מצב ואני וי' נכניס אותה או אותו
לתוך הרכב, ואז נחטוף אותו או אותה ואז נחליט מה
לעשות איתם, אבל ההחלטה על ההריגה כבר התקבלה.

ש: של מי היה הרעיון להרוג?

ת: אני לא רוצה להצביע על מישהו מסויים, אבל זה הגיע
מאליו אחרי השיחה על שלושת החטופים, נראה לי.

ש: מה היה כשהגעתם לוואדי ג'וז?

ת: עכשיו רציתי להוסיף שההחלטה השתנתה לילד ולא
אשה כיוון שאשה כשהיא צועקת היא עושה יותר רעש
מילד. אני יודע שזה מילים אכזריות מה שאני אומר,
אבל אין ברירה. אני יודע ש' היה הגורם העיקרי לשינוי
ההחלטה" (ת/34 ש' 57-74, הדגשות הוספו – י"ע).

ובהמשך תיאר המערער 3 כי נפגשו ליד התחנה המרכזית, ישבו, עישנו, החליפו בגדים ויצאו לכיוון ואדי ג'וז: "מי שהחליט לאן לנסוע זה יוסי. הוא היה על ההגה. הלכנו על מנת לחטוף אשה או ילד על מנת להרוג" (ת/34, 56-58, הדגשה הוספה – י"ע).

ניתן גם להפנות לדברים שאמר המערער 3 בסוף חקירתו מיום 7.7.2014 (ת/34), שם הוא הסביר עד כמה הוא מתחרט על טיפשותו ועל המעשה האכזרי שעשה: "אני חושב שמבחינתי לגבי הנקמה הוסתי [כך במקור – י"ע] כי אני בעצמי בחיים שלי לא חשבתי לעשות מעשה כזה בנפש. כמובן שאני מתחרט ומצטער על מה שעשיתי. הצער שלי הוא לא בגלל שאני הולך לקבל עונש, אלא בגלל שאני הבנתי את חומרת המעשה בעצמו ואת הבעיה האנושית והמוסרית והלכתי" (הדגשה הוספה – י"ע).

הדברים מדברים בעד עצמם.

25. על רקע דברים ברורים אלה, איני רואה לקבל את תילי התילים שבנתה ההגנה על אמירות בודדות של המערער 3 במהלך השחזור, ולפיהן "בתחילה האמת התכונן היה לקשור אותו לאיזה עץ ולהשאיר אותו שם [...] ולהעלים את הסימנים כאילו [...]. לקשור אותו לעץ ולהרביץ לו... ולעזוב אותו שם ככה [...]" (ת/33 עמ' 27-28), ובהמשך: "זה לא היה מתוכנן, זה היה יותר כזה מהרגע להרגע (שם, עמ' 39). מדובר באמירה בודדת כאמור, אשר גם היא מתבהרת מיד לאחר מכן, כאשר החוקר שואל: "איך בדיוק להרוג אותו זה מהרגע להרגע?", ומערער 3 עונה: "כן". "אבל ידעתם שאותם הולכים להרוג אותו", מוודא החוקר, ומערער 3 עונה שוב: "כן" (שם, סוף עמ' 39 ותחילת עמ' 40).

ממכלול דבריו בשחזור עולה כי המערער 3 התכוון שהתכונן לא היה מוקפד אבל הכוונה להרוג הייתה מלכתחילה. כך, מסביר המערער 3 בתחילת השחזור כי הם נסעו לוואדי ג'וז, שם עשו סיבובים כדי לחפש בהתחלה אשה או ילד, ובתשובה לשאלה מדוע לחפש השיב "בשביל לחטוף ולרצוח בתור נקמה".

ואם לא די בכך, הרי שלאחר שביצע את השחזור נחקר המערער 3 שוב וכתב

בכתב ידו:

"כבר מרגע ששמעתי על שלושת הגופות שנמצאו עלו בי מחשבות נקמה, אך לא עד כדי דרגת נפש (לפגוע, וודאי

לא להרוג נפש). אך כשהגעתי לחנות של יוסי בסביבות 7:30 דיברנו ואיך שהוא השיחה התגלגלה לזה, ויוסף ציין שהערבים לא יבינו לקח בשריפת חנות אלא בנפש (ואוסף, בוודאי שהדברים המזעזעים הללו מופרכים מתחילתם), ובהמשך הצטרפתי לדעה שגויה זו (אני וי'). עוד נושא שדנו איתי עליו היום זה מתי התקבלה ההחלטה להרוג, הרי כשהיינו בחנות הכל היה לא מוסכם והיה רק בגדר 'דיבורים'. יכול להיות שההחלטה היתה כבר מוסכמת בין יוסי לי' אך איני יודע בדיוק ויכול להיות גם שההחלטה התקבלה עוד באדם כשהעביר יוסף את המתקן תקרים לום [ציור של לום – י"ע] מסתבר להניח שכבר ההחלטה היתה כי אחרת למה צריך לום" (ת/35).

26. סיכומו של דבר, כי הודעותיהם של שלושת המערערים בשב"כ, במשטרה ובשחזור מצטלבות זו עם זו, ומהן עולה כי השלושה יצאו לדרכם במטרה לתור קרבן, לחטוף אותו ולהרגו. כשהשלושה התכוננו לקראת הביצוע הם אכן לא ירדו לפרטי הפרטים של החטיפה, אך אין בכך כדי לגרוע מהכוונה לחטוף ולהרוג שעמדה בבסיס יציאתם. יתרה מכך, הגם שהשלושה לא תכננו בקפידה את מעשה החטיפה עצמו, הרי שהם לא נהגו כחובבנים גמורים בהכנותיהם ובפעולותיהם לפני ולאחר המעשה. הם דאגו להעברת כיסא התינוק ממכוניתו של יוסף למכונית אחרת על מנת שיוכלו לשבת במושב האחורי, הצטיידו מראש באזיקונים, בלום ובדלק, החליפו בגדים כדי להיטמע בסביבה ואף קבעו סימן מוסכם (צפירה) לקיומה של סכנה. לאחר שהציתו את המנוח חזרו לגן סאקר ושרפו פריטים כדי להעלים ראיות. לאחר מכן המשיכו להידבר ביניהם במילות קוד בקשר למעשה.

27. ולבסוף, ושמה בראשית הדברים.

אין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות, אלא בחריגים מסוימים שאינם חלים במקרה דנן. הנה כי כן, בית משפט קמא הגיע למסקנה העובדתית כי השלושה תכננו מראש לרצוח את הקורבן שייחטף, ואביא את הדברים בלשונו (פסקה 28 להכרעת הדין):

"כאמור, הנאשמים עצמם התייחסו לאמרותיהם בחקירות כנכונות ואמיתיות וחזרו ואישרו זאת במהלך עדותם פעם אחר פעם. הטענה כי התבלבלו, ערכבו ועל פי התוצאה הסופית של המוות הסיקו ואמרו שהייתה תוכנית לקטילה, אף שלא הייתה כזו, אינה יכולה להתקבל. תחילה הכחישו מעורבות כיוון שכך סוכם בין השלושה וכאשר החלו לספר את הקורות אותם, עשו

זאת בצורה כרונולוגית מספר פעמים, הן בפני חוקרי השב"כ והן בפני חוקרי המשטרה, מסרו פרטי פרטים, דייקו בזמן ובמקום, לא ניכר כי ערבבו מין שאינו במינו או שהתוצאה הקטלנית הכתיבה פרטים שמסרו על תחילת המעשים. טענת נאשם 2 כי בשיחות שלאחר האירועים השלימו 'חורים' במידע הפרטים, אף היא אינה יכולה להתקבל, שכן אין התאמה מוחלטת בין הגרסאות, פה ושם קיימים ביניהן הבדלים. המסקנה הינה כי גרסתם בחקירה היא גרסה נכונה [...]. הפירוט הרב באמרות שני הנאשמים – אמרות התומכות ומחזקות, אלו את האחרות, מאפשר ליתן לאמרות אלה משקל רב".

לא עלה בידי המערערים לסתור ממצאיו של בית המשפט המחוזי, המעוגנים היטב בחומר הראיות כמפורט לעיל.

ביצוע בצוותא והחלטה ספונטנית להמית

28. הקדמנו ואמרנו כי אפילו אם נקבל את טענת המערערים לפיה כאשר יצאו לדרכם, לא היה בכוונתם לסיים את הלילה בהריגת הקרבן האקראי - לא היה בכך כדי לחלצם מעבירת הרצח. דומה כי טענה זו של המערערים נסמכת על דברי שלושתם במהלך השחזור, כל אחד בסגנונו, כי רק לאחר שחטפו והכניסו את המנוח למכונית, הבינו תוך כדי מעשה שיש הבדל בין דיבורים בעלמא לבין ביצוע, כי הדברים אכן מתרחשים בפועל וכי הם נמצאים בנקודת ה"אל חזור".

אין בדברים אלה של המערערים כדי לגרוע ממסקנתנו לעיל על אודות התכנון המוקדם, ואך טבעי הוא, כי התחושות והמחשבות בעת התכנון אינן כמו בשלב הביצוע. מכל מקום, כידוע, ההחלטה להמית יכולה להתגבש גם כהרף עין, שניות לפני הרצח ואף במהלך האירוע הקטלני גופו (ראו, לדוגמה, דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 646, 671-673 והאסמכתאות הרבות מספור שם (2006)). קל וחומר לאורך נסיעה של למעלה מעשר דקות, שבמהלכה חנקו המערערים 2-3 את המנוח, שתרחר, העלה קצף ו"נוטרל" באופן שהמערער 3 כבר לא נדרש לתפוס את ידיו.

29. אחזור ואעמיד נגד עיננו את העובדות שאינן שנויות במחלוקת על פי הכרעת הדין בבית המשפט המחוזי, כפי שצוטטו בפסקה 1 לעיל:

"[...] מחמד זעק ולכן הנאשם 2 סכר את פיו בכוח ולאחר מכן לפת את גרונו באזור הגרוגרת בכף ידו

ובמהלך הנסיעה המהירה לכיוון יער ירושלים שנמשכה כעשר דקות, הניח את מרפקו על הגרונרת ועם ידו השנייה לחץ על היד כדי להגביר הלחץ על צווארו של הקורבן. כאשר התעייף עזר לו נאשם 3, לחץ על ידו של נאשם 2 שהייתה מונחת על הגרונרת. במהלך הנסיעה בעודם מחזיקים בקורבן צעק נאשם 1 לנאשמים האחרים: 'תהרגו אותו, תהרגו אותו'. הנאשמים 2, 3 המשיכו להחזיק בקורבן וללחוץ על צווארו, קצף ורוק יצאו מפיו, הוא הפסיק לנשום באופן סדיר, התחיל לחרחר ובהגיעם ליער ירושלים כשנעצר הרכב והדלת האחורית נפתחה, ראשו ופלג גופו העליון של מחמד, שהיה מחוסר הכרה, נשמט החוצה".

העובדות מדברות בעד עצמן.

30. אחריותם של המבצעים בצוותא מעוגנת בסעיף 29(ב) לחוק העונשין:

מבצע

29. (א) [...] .

(ב). המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר.

בנקודה זו נעשה אתנחתא משפטית, ואזכיר את ההלכות הנוגעות לביצוע בצוותא, כפי שסוכמו על ידי בע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל, פ"ד סד (2) 666, 692-694 (2011):

"הפסיקה עסקה בהרחבה בשאלת ההבחנה והסיווג של המעורבים בביצוע העבירה, תוך התמקדות בהבחנה בין מסייע לבין מבצע בצוותא (דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1 (1998) (להלן: עניין משולם); ע"פ 6914/04 פיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(6) 49, 69 (2005) והאסמכתאות שם (להלן: עניין פיינברג); ע"פ 2103/07 הורביץ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 31.12.2008) פסקאות 44-52 והאסמכתאות שם (להלן: עניין הורביץ)). בקליפת אגוז, סיווגם של הצדדים לעבירה נעשה על פי תפקידם של השותפים השונים בהגשמת המזימה העבריינית, על פי תפקידם בתכנית העבריינית ועל פי מידת קרבתם ל'גרעין הקשה' של ביצוע העבירה. מבצע בצוותא הוא מי שלוקח חלק בביצוע עבירה על ידי עשיית מעשה הדרוש להגשמת התכנית הפלילית, כאשר היסוד הנפשי

הנדרש זהה ליסוד הנדרש בעבירה העיקרית ומודעות לפעולה בצוותא עם האחרים.

ההבחנה בין מסייע למבצע בצוותא מצויה אפוא הן במישור הנפשי והן במישור העובדתי, מעין מבחן משולב הבוחן את מהות העשייה של הנאשם ויחסו הנפשי לביצוע העבירה (עניין משולם, בעמ' 20, 23-32; יעקב קדמי הדין בפלילים – חוק העונשין חלק ראשון 371 (2004) (להלן: קדמי)). מבחן זה אופייני בפסיקה כמעין מקבילית כוחות: ככל שמתקיים יסוד נפשי חזק יותר ניתן להסתפק ביסוד עובדתי חלש יותר, ולהיפך. ביסוד העובדתי נעזר בית המשפט ב'מבחן השליטה הפונקציונלית' על המעשה, לפיו חלקו של המבצע בצוותא צריך להיות חיוני לביצועו של המעשה העברייני (ע"פ 5781/01 אעמר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 681, 690 (2004)). למבצע בצוותא שליטה פונקציונלית יחד עם האחרים על המעשה העברייני והוא חלק מהתוכנית הכוללת להגשמת המעשה (ע"פ 2796/95 פלוניס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388, 403 (1997) (להלן: עניין פלוניס); ע"פ 4389/93 מדדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239, 250 (1996)). עם זאת, מקום שהשליטה מוכחת, אין עוררין על כך שיש לסווג את המעורב בעל השליטה כמבצע בצוותא. ואולם, בכך אין כדי ללמד כי מקרים בהם לא הוכחה שליטה מובהקת משמעם כי אין בפנינו מבצע בצוותא' (עניין הורביץ, בסעיף 51).

מבחינת היסוד העובדתי של העבירה, אין הכרח כי המבצע ישלים לבדו את כל רכיבי ההתנהגות הפלילית על מנת שהפעולה תתגבש לכדי עבירה (קדמי, בעמ' 369-370; ע"פ 4693/01 מדינת ישראל נ' בביזאיב, פ"ד נו(5) 580 (2002) (להלן: עניין בביזאיב)). הפסיקה המשילה את המבצעים בצוותא לגוף אחד בעל זרועות שונות, כאשר לכל מבצע תפקיד משלו להשלמת המעשה הפלילי. להבדיל מן המסייע, תרומתו של המבצע בצוותא לעבירה היא פנימית וחלקו מהותי להגשמת התוכנית המשותפת (עניין פלוניס, בעמ' 402; קדמי, בעמ' 371 וההפניות שם). הביצוע בצוותא מניח תיאום בין הצדדים, חלוקת תפקידים מוקדמת, הכנה מוקדמת או תכנון מוקדם (גבריאל הלוי השותפות לדבר עבירה 624 (2008) (להלן: הלוי, השותפות לדבר עבירה); עניין פלוניס בעמ' 403; עניין הורביץ, בפסקה 48)). עם זאת, הפסיקה הכירה בכך כי לא בכל ביצוע בצוותא מתקיים בשותפים לעבירה 'הילכו שניהם יחדיו בלתי אם נועדו' (עמוס ג, 3), ולעיתים, אין צורך בהיוועדות מוקדמת או בתכנון מראש, ואף שותפות ספונטנית עושה עבריינים למבצעים בצוותא (ע"פ 259/97 טובחי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.4.1998); עניין בביזאיב, בעמ' 584-585, 590. להבחנה בין המושגים: תכנון מוקדם, שותפות

ספונטנית והסכמה ראו הלוי, השותפות לדבר עבירה
 בעמ' 242-247).

במקרה דנן, השלושה נועדו גם נועדו טרם יצאו ללכידת קרבנם, ועל כך עמדנו לעיל. אך גם בהיעדר היוועדות מוקדמת, שותפות ספונטנית וביצוע משותף ללא תכנון מוקדם עשויים לעלות כדי ביצוע בצוותא:

"ההבחנה בין ביצוע בצוותא מכוח סעיף 34 לחוק [טענה שלא הועלתה על ידי המערערים – י"ע] לבין סוגי השותפויות מכוח סעיפים 29-31 לחוק, עשויה להיות דקה הואיל וגם במקרה האחרון הביצוע המשותף יכול להיעשות בצורה ספונטאנית ובלי תכנון מוקדם" (ע"פ 6354/10 כעאבנה נ' מדינת ישראל, בפסקה 22 (17.1.2013) (הדגשה הוספה – י"ע)).

31. המערער 2 מציין בשחזור כי ביקשו לפעול כנגד ערבים, בבחינת תג מחיר על שלושת הנרצחים החטופים. בהמשך, אומר כי לא היו מאורגנים בכלל לחטיפה, הסתובבו, "ובאזור 02:30 הבנתי שהם רוצים משהו גדול. הם לא מוכנים לא להתפשר על רכב או משהו" (ת/18 עמ' 19).

כפי שעולה מהתיאור מעורר החלחלה של מערער 3 על אודות כל שארע במכונית (ת/34 ש' 121-133) והתיאור בשחזור (ת/33 מדקה 1:24; עמ' 37-39 לתמליל ת/33ג), מערער 2 אחז תחילה בגרונו של המנוח עם שתי אצבעות, בהמשך לחץ עם מרפקו על הגרון של המנוח (עם "השפיץ של המרפק" כדברי המערער 3 בשחזור), "ונתן קונטרה עם היד השנייה" כאשר כל אותו זמן המערער 3 אוחז בידיים של המנוח. בשלב מסוים המנוח הפסיק להתנגד, ומאחר שהמערער 2 התעייף "הוא ביקש ממני לתת קונטרה למרפק שלו עם היד שלי ונתתי לו קונטרה. לפי מה שזכור לי זה היה כחצי דקה, ואת היד השנייה שלי המשכתי להחזיק על הידיים של הנער, אבל לא היה צריך כבר להחזיק לו את הידיים".

תיאור דומה נתן גם מערער 2 בחקירותיו, שם הסביר כי בשלב מסוים לחץ עם המרפק על הגרוגרת של המנוח וכי במהלך הנסיעה יצא למנוח קצף ורוק מהפה.

32. לפנינו ביצוע קלאסי בצוותא, והחלטה להמית בזמן אמת. גם לאחר שהמערער 3 התייעץ עם עורך דין, הוא סיפר (ת/38 ש' 92-95) על חילופי הדברים במכונית.

לדבריו, יוסף שאל את המערער 2 מה מצבו של הנער, והמערער 2 "ענה לו שנראה לו שהוא סיים כלומר שהנער מת ויוסף חיים אמר לו אל תאמין לו יש להם 7 נשמות. ואז 'י הרפה מהנער והנער נשך אותו ו'י אמר 'הוא נושך אותי הכלב הזה' ואז הוא חנק את הנער עוד פעם". גם בבית המשפט חזר המערער 3 ותיאר דו שיח זה.

טענת המערער 3 להיעדר כוונה להרוג את המנוח

33. טענת הגנה מרכזית של מערער 3 היא, שתוך כדי המאבק במכונית, ובתגובה לאמירתו-הוראתו של יוסף למערער 2 "תגמור אותו", הוא צעק "לא אל תהרוג". ודוק: המערער 3 לא טען לחרטה, אלא טען כי הצעקה מצביעה על כך שהוא לא רצה להרוג את המנוח, ועל כך מעידה גם התנהגותו לאחר שהגיעו ליצר ירושלים.

34. דומה שאין חולק על כך, שהמערער 3 אמר את הדברים תוך כדי חניקתו של המנוח במושב האחורי במכונית. כך, בחקירת השב"כ מיום 8.7.2014 (ת/36 סעיף 16.5):

"י' שאל את יוסף במהלך הנסיעה 'להרוג' 'להרוג' ויוסף השיב בחיוב 'להרוג', הנדון מציין שהוא עצמו אמר 'לא אל תהרוג', כיוון שחשש שאדם מת ישב לידו ולא היה מסוגל לראות זאת".

ובהודעתו מיום 9.7.2014 (ת/38 עמ' 5, לאחר שהוסר צו מניעת המפגש):

"שאלה: 'י' שואל את יוסף חיים 'להרוג' ויוסף חיים אומר לו כן. מה זה אומר שאתה עדיין לא הבנת שאתם הולכים לרצוח אותו?
תשובה: אני הייתי בהלם ולכן אמרתי לא אל תהרוג".

המערער 3 חזר על דברים אלה בהודעתו האחרונה מיום 15.7.2014, בה סיפר כי באמצע הנסיעה לכיוון יצר ירושלים המערער 2 שאל את יוסף "להרוג להרוג" ויוסף השיב בחיוב "ואני זה הפעם הראשונה ששמעתי 'הריגה' והייתי בהלם והתנגדתי לזה. אמרתי לי' אל תהרוג" (ת/40 עמ' 3 ש' 64-66).

ופעם נוספת, בתשובה לשאלה בחקירתו בבית המשפט "למה אתה אומר לו אל תהרוג" הוא השיב: "זו תגובה אוטומטית בזמן שאני שומע בפעם הראשונה את המילה 'להרוג' (ש, עמ' 588 לפרוטוקול).

35. אלא שאיני רואה כיצד יש בדברים אלה כדי לסייע למערער בכל הנוגע להרשעתו ברצח.

דיבור לחוד ומעשים לחוד. המערער 3 צעק או פלט "לא אל תהרוג" במהלך הנסיעה, אך זאת תוך כדי שהוא והמערער 2 מנטרלים את המנוח במושב האחורי, והוא מוסיף לסייע למערער 2 לחנוק את המנוח בעוד זה מחרחר ומפיו יוצאים רוק וקצף. המערער 3 אף הסביר כי יכול היה לעזור למערער 2 לחנוק את המנוח כי "בשלב מסוים היה שלב שכבר לא היה צריך להחזיק לו את הידיים" (שס, עמ' 524). כאשר אדם מסייע לחברו לחנוק אדם אחר למוות, לא די בכך שהוא אומר לחברו "אל תהרוג אותו" – במצב כמו זה המתואר, המעשה הוא הקובע ולא הדיבור.

האירועים ביער ירושלים

36. המערערים 2-3 טענו כי מה שהתרחש ביער מצביע על כך שלא נטלו חלק בהריגת המנוח. העובדות מדברות בעד עצמן, ומוליכות למסקנה ההפוכה.

כאשר הגיעו השלושה ליער, יצא המערער 3 מהדלת השמאלית במושב האחורי, הקיף את המכונית והתיישב על המושב בצד הימני במושב האחורי. המנוח נשטט אל מחוץ לרכב כשהוא משמיע קולות חרחור. וכך תיאר המערער 2 בחקירת המשטרה מיום 9.7.2014 את שארע לאחר מכן:

"אמרתי להם שאין לי כוח הבנתי שיוסף רוצה שאהרוג אותו ואתן לו את הלום בראש [...]. הם פתחו את הדלת והנער נשטט כלפי חוץ ויוסף חיים קלט שיש תזוזות בגוף של הנער ויוסף אמר לי 'תן לו את הלום בראש'. אמרתי לו שאין לי כוח כי לא רציתי להרוג אותו, ויוסף אמר לי להרוג אותו. ואמרתי ליוסף 'אתה רק נוהג ואנחנו עובדים הכי קשה, אתה לא עשית כלום רק נהגת'. אז הוא שאל איפה הלום והוא מצא אותו במושב האחורי למטה, בא עם הלום ונתן לנער מכות חזקות בראש והנער כתוצאה מהמכות החזקות כבר מת."

יוסף הכה בראשו של המנוח תוך שהוא צועק במכה הראשונה "זה בשביל משפחת פוגל" ובמכה השניה "זה בשביל שלהבת פס". לאחר מכן משך יוסף את המנוח מהאוטו, בעט בו שלוש פעמים תוך שהוא אומר "זה בשביל אייל, זה בשביל

גלעד, זה בשביל נפתלי" (שמותיהם של שלושת הנערים שנחטפו ונרצחו – י"ע). לאחר מכן שפכו יוסף והמערער 2 דלק על המנוח, יוסף הצית את המנוח והשלושה נסעו מהמקום.

37. המערער 2 אישר בחקירתו בבית המשפט כי התיאור לעיל נכון, אלא שהוא תלה יהבו בכך שסרב להרוג את המנוח באומרו ליוסף "אתה רק נוהג ואנחנו עובדים הכי קשה, אתה לא עשית כלום רק נהגת".

לא סירוב להרוג את המנוח יש בדברים, אלא חלוקת עבודה בין שותפים למעשה. המערער 2, שהכניס יחד עם המערער 3 את המנוח לרכב, חנק אותו לאורך כל דקות הנסיעה עד שתש כוחו, התמרמר על כך שיוסף רק נותן להם הוראות אך לא "עובד בעצמו". לא רק שאין בדברים כדי להרחיק את המערער 2 ממעגל הביצוע בצוותא, נהפוך הוא. מבין השורות אמר המערער 2 ליוסף "הרוג אותו בעצמך".

ואכן, סופו מעיד על תחילתו, שהרי המערער 2 סייע ליוסף לשפוך דלק על המנוח.

38. אין חולק כי המערער 3 היה פסיבי בעת ההתרחשויות ביער. כאשר הגיעו ליער, יוסף נטל על עצמו לסיים את המלאכה בעוד המערער 2 סייע בידו לאחר מכן, והמערער 3 ישב בצד מבלי להביע כל הסתייגות או מחאה, וכפי שהוסבר על ידו, הוא לא רצה לחזות במחזה הקשה. בעוד השניים מציתים את המנוח, המערער 3 ישב ברכב אך יצא ממנו מחשש שהרכב עצמו יתלקח. יוסף והמערער 2 נכנסו לרכב, יוסף ניסה להתניע את הרכב אך ללא הצלחה מכיוון שטעה בקודן, ולבסוף השניים החלו בנסיעה כשהם מותירים בחוץ את המערער 3 שהחל לצעוק – אז עצרו והוא נכנס לרכב.

אכן, יוסף אמר למערער 3 לא לצאת מהרכב ולא להסתכל מחשש שיגרם לו נזק נפשי. המערער 3 לא נטל חלק בחוליה האחרונה של התוכנית העבריינית אלא ישב מן הצד, ללא מחאה, ותוך שהוא מודע למעשיהם של יוסף והמערער 2. אך אין בישיבתו בצד כדי לנתק אותו מכלל המסכת העבריינית ולהוציאו ממעגל המבצעים בצוותא. במקרה דנן, כל אחד מהשותפים מילא את חלקו בשרשרת המעשים, והמערער 3 תרם את חלקו במעשה החטיפה עצמו, בהכנסת המנוח לרכב ובסיוע לחניקתו. יפים לענייננו הדברים הבאים:

"ככל שמידת המעורבות בתכנון גדולה יותר, תהא מספקת מעורבות מצומצמת יותר בעצם הביצוע הפיזי של העבירה על מנת שנכיר במעורב כמבצע בצוותא ולא כמסייע, ולהיפך. היינו, ככל שהמעורבות גדולה יותר בביצוע הפיזי, קטנה הדרישה לעניין התכנון לצורכי הקביעה שמדובר במבצע בצוותא" (ע"פ 2638/10 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 1 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס (24.3.2011); כן ראו שם, פסק דינו של השופט א' לוי, בפסקאות 10-11, 16).

בנקודה זו אין לי אלא לחזור להלכות הנוגעות ל"מעגל הפנימי" של הביצוע בצוותא והתכנון המוקדם, ולהפנות לדבריו הנכוחים של בית משפט קמא בהכרעת הדין:

"שלושת הנאשמים יצאו ביחד למעשה נקם בערבים. התוכנית הייתה לחטוף ערבי לתוך רכבם, לשם כך באו במכונית, פינו המושב האחורי מכיסא תינוק, הצטיידו בלום, באזיקונים ובדלק. הם היו ביחד כל הערב כדי לחפש קורבן. כאשר נאשמים 2, 3 תפסו בקורבן, הכניסוהו לרכב שנאשם 1 נהג בו, כאשר לחצו על גרונו הורה להם להרוג. שלושתם היו ב'מעגל הפנימי' של ביצוע העבירה ובמקרה זה לא היה 'מעגל חיצוני'. הנאשמים 2 ו-3 ביצעו פיסית בידיהם את החטיפה ואת החניקה וגרמו לאובדן הכרה אך פיסית לא נטלו את חייו של הקורבן, זאת עשה הנאשם 1. נאשם 3 ישב ברכב, נאשם 2 שפך דלק בלא להכות ובלא להצית. אולם הם לא הוציאו עצמם בכך מה'מעגל הפנימי' כמבצעי עבירה, הן כשותפים למחשבה ולמודעות למותו והן כחלק מביצוע התוכנית העבריינית לה היו שותפים. שלושת הנאשמים יצאו יחדיו לפעולה אלימה והמודעות לאפשרות המוות – שהייתה המטרה הראשונית – נתגבשה בדרך של הפעלת אלימות מתמשכת – בחניקת הקורבן במשך דקות ארוכות ובכוח עד אובדן הכרה, חרחורים וקצף שנזל מפיו והמשך בהכאתו ושרפתו. גם אם נניח כי מודעות לאפשרות המוות התגבשה תוך כדי נסיעה ולחיצה על הגרון וצעקותיו של נאשם 1, די בזמן שחלף, כעשר דקות עד למוות, כדי להכניס את הנאשמים 2 ו-3 לגדר שותפות זמנית או רגעית המסווגת אותם כמבצעים בצוותא" (פסקה 35 להכרעת הדין).

סיכום ביניים

39. הודעותיהם של המערערים 2-3 בשב"כ ובמשטרה ובמהלך השחזור מעידים על כך שהשלושה יצאו לדרכם בכוונה לחטוף ערבי ולהורגו.

למצער, אצל השלושה התגבשה החלטה להמית תוך כדי ביצוע המעשים, בבחינת שותפות ספונטנית. ניתן לראות את השלושה כמי שפעלו כ"גוף אחד", וכל אחד מהם הוא מבצע בצוותא לו חלק פנימי ואינטגרלי בביצוע העיקרי, ולפיכך האחריות של כל אחד מהם היא ישירה.

יכולים היינו לסיים הילוכנו בנקודה זו, אך כפי שאראה להלן, ניתן להרשיע את המערערים ברצח גם מזווית נוספת.

רצח תוך ביצוע עבירת חטיפה

40. סעיף 300(א) לחוק העונשין קובע כלהלן:

רצח

300. (א) העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו - מאסר עולם ועונש זה בלבד:

- (1) גורם במזיד, במעשה או במחדל אסורים, למותו של אביו, אמו, סבו או סבתו;
- (2) גורם בכוונה תחילה למותו של אדם;
- (3) גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה;
- (4) גורם למותו של אדם כשנעברה עבירה אחרת, כדי להבטיח לעצמו, או למי שהשתתף בביצוע אותה עבירה, בריחה או הימלטות מעונש.

לענייננו רלבנטי סעיף 300(א)(3). לא אחת דנה הפסיקה בסעיף זה בעבירות של שוד שנסתבך, כגון שוד בצוותא שבמהלכו אחד השודדים יורה למוות בנשדד או שוד בצוותא שבמהלכו אחד השודדים סותם את פיו של קשיש שכתוצאה מכך נחנק (ראו, לדוגמה, ע"פ 3328/14 אבו חאמד נ' מדינת ישראל (7.12.2017) (להלן: עניין אבו חאמד); ע"פ 9256/11 פידיניאן נ' מדינת ישראל (23.9.2014) (להלן: עניין פידיניאן)). במקרה דנן "עבירת המקור" היא חטיפה, שהוכרה כעבירה אחרת לצורך סעיף 300(א)(3) לחוק. כך, במקרה המפורסם של חטיפתו ורציחתו של הילד אורון ירון, הורשע הנאשם על פי סעיף זה, לאחר שחנק את הילד החטוף, מאחר שלגרסתו נבהל, וחשש שעוברים ושבים ישמעו את החטוף וכן ביקש למנוע את יציאתו מהמכונית. בפסק הדין נאמר כי "כל אדם בר-דעת היה מבין [...] שמניעת אפשרות נשימה במשך פרק זמן כה ארוך עלולה להסתיים במוות [...] כל אדם בר-דעת בוודאי יודע ומבין,

שעקב מניעת אפשרות נשימה עלול להיגרם מוות" (ע"פ 60/81 גור נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 505, 514-515 (1982)).

41. בעניין פיידיניאן עמדתי בהרחבה על היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה בסעיף 300(א)(3):

"בשונה מעבירת הרצח הקבועה בסעיף 300(א)(2) לא נדרש יסוד נפשי של כוונה תחילה כדי לקיים את יסודות העבירה, והסעיף עוסק בגרם מוות שלא תוכנן מראש, אלא נגרם 'במזיד' במסגרת המאמץ הכולל שביצע העבריין לקידום ביצועה של עבירה אחרת (יעקב קדמי על הדין בפלילים חוק העונשין חלק שלישי 1175 (מהדורה מעודכנת, 2006) (להלן: קדמי). הרעיון שביסוד הסעיף הוא שישנה חומרה מיוחדת בכך שאדם מעדיף במודע את מטרת ביצוע העבירה האחרת על פני חיי-האדם שקיפח במהלך עשייתה (ע"פ 60/81 גור נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 516, 505 (1982) (להלן: עניין גור); ע"פ 8295/11 שקרא נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (10.10.2013); (גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין כרך ד 530 (2010) (להלן: הלוי)).

[...] הוראה זו [סעיף 90א(1) לחוק העונשין – י"ע] יישמה את הפרשנות המקובלת למונח 'במזיד' לפני התיקון, כדורש מחשבה פלילית (גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין כרך ב 257 (2010) (להלן: הלוי). טרם התיקון ההלכה הייתה שהזדון הנדרש להוכחת העבירה של הריגה תוך ביצוע עבירה אחרת 'טומן בחובו צפיות מראש מצד העבריין של אפשרות גרימת המוות, והתנהגות לא אכפתית מצדו לנוכח תוצאה צפויה זו" (שם, בפסקה 21).

כל הפעולות שביצעו המערערים 2-3 באותו ערב הוליכו למותו של המנוח ומעידות על כך שהתקיים בהם היסוד הנפשי. השניים עסקו משך כל הנסיעה בחניקתו של המנוח, שחרחר תחת ידיהם וקצף ורוק יצאו מפיו. וכך נאמר בענין אבו חאמד (בפסקה 19):

אף ניתן היה לטעון כי סמר הייתה מודעת ברמה קרובה לוודאית שהמעשה של תחיבת סמרטוט עמוק לפיה של המנוחה, אשר חרחרה מול עיניה, עלול להביא למותה. בכך שקול היסוד הנפשי של סמר לכוונה פלילית מכוח הלכת הצפיות. סעיף 20(ב) לחוק העונשין מעגן את הלכת הצפיות בקובעו כי 'לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן'. הרציונל שבבסיס הלכת הצפיות הוא

השקילות המוסרית בין כוונה לגרום לתוצאה לבין צפיית התרחשות התוצאה ברמת הסתברות הקרובה לוודאי[...]” (הדגשה הוספה – י”ע).

42. סיכומו של דבר, כי ניתן היה לבסס הרשעתם של המערערים 2-3 ברצח גם לפי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין. עם זאת, אדגיש כי הדברים נאמרים למעלה מן הצורך, באשר עמדנו לעיל על כך שהוכחה אשמתם של המערערים ברצח בכוונה תחילה כמבצעים עיקריים מכוח סעיף 300(א)(2) לחוק.

מנרער 2 – ניסיון חטיפת הקטין ותקיפתו על פי האישום הראשון

43. בגין הרשעתו באישום הראשון נדון המערער 2 לשלוש שנות מאסר בחופף למאסר העולם שהושת עליו. לכן, איני רואה להידרש לאישום זה בהרחבה יתירה. אומר בקצרה, כי טענת ההגנה של המערער 2 הייתה שלא התכוון לחטוף את הקטין בלילה שקדם לרצח המנוח, אלא רק ביים ניסיון חטיפה על מנת להשביע את רצונו של יוסף.

בית המשפט המחוזי דחה טענה זו לאחר שקיבל את העדויות מהן עולה כי המערער 2 חנק את הילד שאותו ניסה למשוך ולהעלות לרכב. על כך העידו סימני החניקה על צווארו של הילד, סימנים שצולמו זמן קצר לאחר מכן ומדברים בעד עצמם.

44. בנוסף לעדותו של הילד וצילומי צווארו (התמונה ת/87), קיבל בית המשפט את עדותה של האם שסיפרה כי המערער 2 דחף אותה ובעט בה, וכן את עדותם של שני עדי ראיה נוספים. לכך יש להוסיף את דברי יוסף בשחזור כי המערער 2 נתן לאשה “כזה אגרוף שהוא העיף אותה שלוש מטר בערך, וזה מדובר באישה כבדה, גדולה, ואני לא האמנתי שעד כדי כך” (התמליל ת/44 עמ’ 16). לכך יש להוסיף גם את ההדגמה של בעיטות ומכות של המערער 2 ויוסף בפני המערער 3 בחנותו של יוסף, כאשר תיארו בפניו את עוללותיו של המערער 2 בלילה הקודם (הסרט ת/103).

ענייננו בקביעות מהימנות מובהקות שאין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בהן. מול שלל הראיות שהציבה המאשימה ניצבת רק גרסתו המיתממת של המערער 2. למעלה מן הצורך אומר, כי אירועי הלילה שלאחר מכן מסירים כל ספק שעשוי היה להתעורר בנוגע לכוונתם של המערער 2 ויוסף במעשיהם אלה.

45. יוסף ריכז חיזיו בעונש המצטבר של 20 שנה שנוסף למאסר עולם שהושת עליו. לטענתו, גם אם אינו נופל לד' אמותיו של סעיף 300א לחוק העונשין, הרי שיש להתחשב במצבו הנפשי שתרם לביצוע המעשה. גם לחוקריו אמר יוסף כי אינו מבין כיצד הגיע לכך שביצע את הרצח, ויחס זאת לכדורים הפסיכיאטריים שנטל, שהביאו אותו לקהות חושים ולניתוק רגשי. כן הצביע על האווירה הקשה ששררה בארץ לאחר שנמצאו גופות שלושת הנערים החטופים, שאף היא תרמה את השפעתה למעשה.

46. ב"כ המערערים 2-3 פתחו דבריהם בבקשת סליחה ומחילה ממשפחת המנוח. שני המערערים היו קטינים בעת ביצוע המעשים. המערער 2 יליד אוגוסט 1997 היה כבן שבע עשרה פחות חודש בעת ביצוע המעשים והמערער 3, יליד נובמבר 1997, היה כבן שש עשרה וחצי באותה עת. שני המערערים הדגישו את השפעתו של יוסף עליהם, עד כדי תלות, בהיותו המבוגר מביניהם, שבו ראו דמות דומיננטית וכריזמטית. שניהם הלקו את עצמם על מעשיהם כבר בחקירותיהם בשב"כ, שיתפו פעולה באופן מלא, וכפי שעולה מהתסקירים המעודכנים והמפורטים של שירות המבחן, השניים מכים על חטא טיפשותם ועל עתידם שנגדע, הם מתייסרים על המעשה הנורא שעשו ועל כך שנטלו נפש ובכך חטאו לבורא עולם.

47. המערער 2 הסביר בעדותו כי על רקע יחסיו הלא טובים באותה עת עם אביו (בין השניים היה נתק של כשמונה חודשים עובר לביצוע העבירות, הוא התקרב ליוסף, שמילא עבורו את תפקיד האבא, העניק לו מתנות, עזר לו להתקבל לישיבה אשכנזית, וכך לאורך זמן הלך ופיתח בו תלות).

מתסקיר שירות המבחן בעניינו של המערער 2 עולה כי הוא בן חמישי במשפחה נורמטיבית המונה זוג הורים ועשרה ילדים ומקיימת אורח חיים חרדי בירושלים. המערער לא הסתבך בעבר באירועים חריגים, היה תלמיד מצטיין וסמוך לאירוע אף התקבל לישיבה נחשבת ואף ראה עצמו בעתיד כראש ישיבה. המערער 2 שיתף את שירות המבחן, בתקופה שלאחר הכרעת הדין בבית המשפט המחוזי, כי כשהוא נזכר בעבירות ומשחזר את האירוע הוא חווה חרדה, עם מחשבות אובדניות בגלל פלשבים מהאירוע ובעיקר מהשריפה ביער, שגם לדבריו הייתה אכזרית מאוד. מהתסקיר המעודכן אנו למדים על השלכות העבירה על משפחתו של המערער 2; כי

הוא משתתף בקבוצה טיפולית אך התקשה לבטא חרטה וצער בהתייחסותו לביצוע העבירה, ביטא התנגדות כלפי האוכלוסיה הערבית והתקשה להתייחס למנוח כאדם אלא כדמות המייצגת תפיסה דתית ולאומנית השונה משלו; התקשה לדבר על המנוח ועל משפחתו אך מביע חרטה על ביצוע העבירה; מתקשה להבין כיצד ביצע עבירה כה חמורה ושירות המבחן התרשם כי מתייסר באופן אותנטי על העבירה ועל המחירים הקשים שמשלמת משפחת המנוח ומשפחתו-שלו.

בא כוחו של המערער 2 הצביע על הוראת סעיף 25(ב) לחוק הנוער הקובע שאין חובת מאסר עולם כאשר מדובר בנאשמים קטינים, וזאת לאור המשקל הניתן לשיקול השיקום לגבי קטינים. הודגשה השפעתו של יוסף על המערער 2 שנגרר אחריו; גילו הצעיר; הגיוני החריף של משפחתו למעשה; הסבל העובר עליו ועל משפחתו; וכי מאסר, אפילו מאסר לתקופה ממושכת, מותיר קרן תקווה, בעוד מאסר עולם לא קצוב לנער כה צעיר משמעו אובדן התקווה.

48. המערער 3 העיד כי גדל בבית שאין לו ולא כלום עם גזענות, כי הצטיין בלימודים אך למרות זאת נשר מהלימודים והחל לעבוד, הוא סובל מגמגום החל מגיל 11 וקיבל טיפולים פסיכולוגיים ופסיכיאטריים. בינו לבין יוסף נוצר קשר קרוב, יוסף לקח אותו למסעדות, קנה לו גיטרה, והוא נהג מפעם לפעם לישון בביתו.

מתסקיר שירות המבחן בעניינו של המערער 3 עולה כי הוא הילד השלישי במשפחה נורמטיבית המונה זוג הורים ושמונה ילדים, ומנהלת אורח חיים חרדי. הוא סובל מגמגום, ואובחן כסובל מהפרעה טורדנית כפייתית, ניסה להמשיך בלימודים רגילים ואף לחזור לישיבה, אך נפלט ממערכת החינוך והחל לעבוד. מגיל 15 טופל המערער 3 על ידי מומחים בתחום הנפשי אך באפריל 2014 הפסיק ביוזמתו את הטיפול. בבדיקה פסיכולוגית בזמן המעצר, אובחן כנער עדין ונבון, ולא נמצאה באישיותו נטייה לאלימות, נטייה לתוקפנות או אנטי סוציאליות. מהתסקיר המעודכן אנו למדים על המחיר שמשלמת משפחתו של המערער 3; כי ביקש מספר פעמים לפנות למשפחתו של המנוח לבקש את סליחתם; כי מבטא באותנטיות רגשות של חרטה, רחמים, צער ובקשת סליחה כלפי משפחת המנוח; בכלא הוא משתתף בקבוצות טיפוליות ומבטא מוטיבציה גבוהה להשתתף בכל הצעה טיפולית; וכי מתייסר רבות על העבירה ומתקשה להכיל את תוצאותיה הטררגיות.

בא כוחו של המערער 3 הצביע על כך שהוא לא נטל חלק באירוע הקטילה עצמו ביער ירושלים; כי במהלך הנסיעה אף אמר "אל תהרגו אותו"; הודגש מצבו הנפשי המיוחד והטיפולים שעבר עוד שנים לפני ביצוע העבירות. לאור כל זאת, נטען כי מאסר של 21 שנה הוא עונש קשה ביותר לקטין בגילו וכי יש מקום להקלה משמעותית בעונשו.

מאסר עולם לקטינים

49. יוסף והמערער 2 נדונו שניהם למאסר עולם בגין עבירת הרצח. אלא שיוסף הוא בגיר, שהרשעתו בעבירת רצח גוררת אחריה מאסר עולם חובה. ואילו המערערים 2-3 היו קטינים בעת ביצוע המעשים, וככאלה, הרשעתם בעבירת רצח אינה מחייבת מאסר עולם נוכח הוראת סעיף 25(ב) לחוק הנוער הקובעת כלהלן:

דרכי ענישה

25. (א) [...]

(ב). אדם שהיה קטין ביום ביצוע העבירה, לא יוטל עליו עונש מוות, ועל אף האמור בכל דין אין חובה להטיל עליו מאסר עולם, מאסר חובה או עונש מינימום.

ודוק: אין משמעות הסעיף שלא ניתן להטיל מאסר עולם על קטין והדבר מסור לשיקול דעת בית המשפט, וכלשונו של השופט חשין "אין חובה" – כך הורנו החוק; 'אין רשות' – לא הורנו" (ע"פ 4379/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(4) 196, 209 (2006)).

50. ואכן, בפסיקה אנו מוצאים מקרים בהם הוטל מאסר עולם על קטינים שרצחו. לדוגמה, אחד המקרים שזעזעו את הציבור בישראל, היה רציחתו של נער על ידי רעי חורב, שנדון למאסר עולם על אף שהיה כבן 17.5 בעת המעשה. על שותפתו למעשה, אף היא קטינה, הושת עונש של 24 שנות מאסר, תוך שבית המשפט לוקח בחשבון את מצבה הנפשי (ע"פ 9937/01 חורב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 738 (2004)).

בע"פ 900/07 פלוני נ' מדינת ישראל (5.8.2010), נדון קטין שהיה כבן 16 בעת המעשה, למאסר עולם ועוד 15 שנות מאסר בחופף, לאחר שהורשע באינוס, במעשה סדום וברצח של נערה בת 15.

בע"פ 11006/07 פלוני נ' מדינת ישראל (25.2.2009) נדון קטין שהיה בן 16 ו-4 חודשים למאסר עולם ועוד 3 שנות מאסר בפועל במצטבר בגין תקיפה מינית של נערה ורציחתה.

למקרה נוסף בו נידון קטין למאסר עולם ראו ע"פ 530/90 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 648 (2002), שם היה מדובר בקטין קרוב לגיל 18, שרצח בחניקה אשה שהעסיקה אותו בעבודת ניקיון.

אם כך, הרשות להטיל מאסר עולם על קטין נתונה, והשאלה היא של שיקול דעת. בפרשה המפורסמת של רצח עורכת הדין ענת פלינר (ע"פ 6490/11 מדינת ישראל נ' אלמוני (1.8.2013)), קיבל בית המשפט העליון את ערעור המדינה, החמיר בעונשו של הרוצח – קטין בן 15 בעת ביצוע הרצח ובעל לקויות וקשיים שכליים ונפשיים – והעמידו על 21 שנות מאסר. בפסק הדין עמד השופט דנציגר על מכלול השיקולים במקרים של רצח על ידי קטינים, וכי על אף ההתחשבות בעצם הקטינות ובשיקולי השיקום:

"למרות האמור עד כה, קבע בית משפט זה בעת האחרונה כי בשל ריבוי מעשי האלימות החמורה המסתיימים במותם של חפים מפשע, ניכרת מגמה של החמרה בעונשם של קטינים המורשעים בעבירת הרצח, וכי על אף שהקטינות מהווה שיקול משמעותי אותו יש לשקול במסגרת העונש, יש לתת ביטוי ניכר גם לשיקולי הענישה האחרים..." (פסקה 20 והאסמכתאות שם).

גזר הדין – דיון והכרעה

51. עמדנו על השיקולים לקולה בעניינם של המערערים, ובמיוחד נסיבותיהם האישיות של המערערים 2-3 כפי שמשתקף בדברי בא כוחם. מהתסקירים עולה שהשניים מתחרטים ומתייסרים על המעשה וסובלים בכל יום ובכל דקה ודקה בה הם יושבים בין כתלי הכלא, על כל הקשיים הכרוכים בכך.

אלא שבמקרה דנן, כבדה עד למאוד כף שיקולי החומרה.

פתחנו ואמרנו כי הרצח של המנוח אבו חדיר היה בבחינת "פיגוע אסטרטגי" נוכח גלי ההדף והתבערה שנוצרו בעקבותיו. עד עצם היום הזה מגיעים לפתחו של בית

משפט זה תיקים בעבירות ביטחוניות שונות, כגון התפרעויות, השלכת בקבוקי תבערה ויידוי אבנים על אזרחים ועל כוחות הביטחון, כאשר הנאשמים מציינים כי הדברים נעשו כנקמה על רצח המנוח. הנה כי כן, רציחתם של שלושת הנערים החטופים, גררה "נקמה" עיוורת, מטופשת ומרושעת מצד המערערים, וזו הזינה מעגל של נקמה על נקמה, וכך נמשך מעגל הדמים, עשו אוחז בעקב יעקב ויעקב בעקב עשו.

52. ענייננו ברצח אכזרי, מתוכנן מראש, שאחריתו מזויעה ומעוררת צמרמורת בלב כל אנוש. המנוח פרפר וחרחר במכונית תחת ידיהם של המערערים 2-3 משך דקות ארוכות, אך עדיין נותרה נשמה באפו, כאשר גופו נשמת מחוץ למכונית ביער ירושלים. או-אז הוכה באכזריות פעמיים בלום ברזל בראשו. אך כפי שהוכיח הניתוח שלאחר המוות, גם כאשר נשפך הדלק והאש ניצתה עדיין נותרה נשמה באפו, ויש לקוות כי בהיותו מחוסר הכרה לא חש באש האופפת את גופו.

53. לא במקרה נקלעו השלושה לזירת הרצח. מתיאור האירועים עולה תמונה של ציד אדם. עוד לילה קודם לכן, ניסו יוסף והמערער 2 לחטוף ילד מחיק אמו. ובלייל האירוע, אותו לילה מר ונמהר, נועדו השלושה ויצאו לדרכם לאתר שהוציאו את כיסא התינוק מהמושב האחורי; הצטיידו באזיקונים, בדלק, ובלום; החליפו את בגדיהם כדי לא לעורר חשד; הסתובבו שעות במכונית כדי לתור אחר קרבן מתאים; לאחר הרצח פעלו להשמדת ראיות ודיברו ביניהם במילות קוד; וכדי להרגיע את עצמם וגם כדי להרחיק כל חשד, ניגנו בגיטרות.

קשה למצוא מילים לתיאור המעשה – קיצוני, נתעב, אכזרי, מזעזע, ברוטלי, מרושע, מעורר שאט נפש, נוגד מוסר אנושי בסיסי ועוד. זדונו ורשעותו המופלגת של המעשה מציבים אותו בשורה אחת לצד המקרים בהם נגזרו עונשי מאסר עולם על קטינים.

54. ולכל אלה נוסיף כי הרצח נעשה מתוך מניע אידיאולוגי ועל רקע של גזענות צרופה – להרוג ערבי באשר הוא ערבי. הדברים עוברים כחוט השני בכל חומר הראיות. כאנקדוטה בלבד אציין כי בחקירתו במשטרה, סיפר יוסף שלאחר הרצח ביקש מבן אחותו לשלוח לו את כל החומרים שפורסמו בתקשורת לגבי הרצח של המנוח. יוסף התרשם שבן אחותו הבין שהוא קשור לעניין מאחר "שהוא יודע שאני שונא ערבים" (ת/5 ש' 164). על הלך הרוח הגזעני המעוות של יוסף, אפשר גם ללמוד מההסבר שנתן לחוקריו, כי התכוונו להרוג את המנוח בלי שהדבר יהיה כרוך בשפיכת דם כי "כשאני

אומר שאנחנו לא מסוגלים לראות דם הכוונה שאנחנו לא אכזריים כמו בני ישמעאל (ת/5 שורות 126-127).

רצח הוא רצח, אך רצח על רקע גזעני ואידיאולוגי, מחייב החמרה בענישה. לא בכדי תיקן המחוקק את סעיף 114 לחוק העונשין, ולפיו מניע גזעני או עוינות כלפי ציבור מהווה נסיבה מחמירה, שעשויה להביא גם לכפל העונש בעבירות מסוימות (הסעיף עצמו אינו רלוונטי לענייננו, באשר הוראתו ממעטת עבירות שהעונש שנקבע לגביהן הוא מאסר של עשר שנים ומעלה).

55. זו העת להסב את המבט לתסקירי הנפגעים.

עקבות הלילה הראשון, במהלכו ניסו יוסף והמערער 2 לחטוף ילד, ניכרים עד היום בילד ובאמו. השניים סובלים מחרדות בשל אירועי אותו לילה, במיוחד על רקע הבנתם וידיעתם מה יכול היה להיות גורלו האכזר של הילד אילולא נחלצה אמו לעזרתו. הילד לא יורד לשחק בחוץ ופוחד ללכת לבית הספר. כל בני המשפחה מטופלים במרפאה לבריאות הנפש, האם חוששת לצאת מן הבית בשעות הלילה, מתקשה להתמיד בעבודתה בבית הספר, וחוששת להיות לבד ולצאת לבד מהבית.

התסקיר אודות משפחת אבו חדיר מדבר בעד עצמו, וממנו נמצאנו למדים כי הזמן קפא בבית המשפחה. לצד אובדן שמחת חיים והאווירה הקודרת השוררת בבית, בני המשפחה חווים את כאב האובדן והזיכרונות הבלתי פוסקים, ומתמודדים עם תחושות של אשמה, חוסר אונים תסכול ומרירות. בני המשפחה נזקקים לטיפולים פסיכיאטריים ונתונים למצבי פוסט-טראומה. כך הוריו של הורי המנוח וכך גם אחיו ואחיותיו.

על רקע שיקולי החומרה, אבחן את העונשים שנגזרו על המערערים.

56. יוסף הוא הבגיר בין השלושה, הוא הרוח החיה מאחורי המעשים, היוזם, המתכנן והמשדל שגרר עמו את שני הקטינים. בהינתן חלקו המרכזי בפרשה; בהינתן הערך המוגן של קדושת החיים והדרך האכזרית בה בוצע הרצח; ובהינתן כי אירוע הלילה שקדם לרצח כוון אף הוא כלפי ילד וכלל ניסיון חטיפה, גרימת חבלה של ממש והצתת רכבים – איני רואה כי יש מקום להתערב בגזר דינו של בית משפט קמא, לא

בעונש של 20 שנה שהוטל עליו בגין העבירות הנוספות ולא בהצטברות העונש במלואו, בנוסף לעונש המנדטורי של מאסר עולם בגין עבירת הרצח.

57. עמדתו על תסקירי שירות המבחן בעניינם של המערערים 2-3 מהם עולה כי השניים מתייסרים ומתחרטים על מעשיהם, והדבר ניכר במיוחד לגבי המערער 3, כבר בחקירותיו בשב"כ ובמשטרה.

ולמרות זאת. חנוך לנער על פי דרכו ולרשע כמידת רשעותו. מעשיהם של השניים באותו לילה מר ונמהר היו מעוררי פלצות. השניים אמנם קטינים שנגררו אחר יוסף המבוגר מהם, אך הם עשו זאת בהתלהבות ובנפש חפצה, כפי שניתן ללמוד גם מהקלטת בחנותו של יוסף, בה ניתן לראות את התלהבותו של המערער 3 כאשר יוסף והמערער 2 מספרים לו אודות אירועי הלילה הקודם. הנה כי כן, השניים התנפלו וחטפו למכונת נער צעיר מהם, כבלו אותו, חנקו אותו תוך כדי נסיעה משך דקות ארוכות עודנו מפרפר תחת ידיהם עד לאובדן הכרה, ולבסוף הוכה הנער ונשרף למוות. יש אדם מאבד עולמו ברגע אחד, אך השניים איבדו את עולמם משך לילה שלם. הם תכננו את הדברים מראש, החליפו בגדים, סילקו את כיסא התינוק מהמושב האחורי, הצטיידו באזיקונים, בלום ובדלק, והסתובבו שעות ארוכות על מנת לאתר את קרבנם.

58. חלקו של המערער 2 גדול מזה של המערער 3. הוא נטל חלק פעיל באירועי הלילה הראשון; הכניס את המנוח בכוח לרכב עם המערער 3; חנק במו ידיו ומרפקו את המנוח לאורך דקות ארוכות; דרבן את יוסף בכך שאמר לו שאינו עושה כלום בעוד שהם עושים את כל העבודה; ולבסוף סייע ליוסף לשפוך דלק על המנוח. מעשים חמורים אלה מצדיקים את העונש הקשה שהוטל עליו בבית המשפט המחוזי – מאסר עולם ו-3 שנות מאסר בחופף.

59. המערער 3 הוא הצעיר בחבורה, הרגיש יותר מבין שלושה עקב מצבו הנפשי קודם לאירוע, ושלא כמו המערער 2 שבשחזור ניסה למזער את הדברים, שיתף פעולה באופן מלא עם חוקרים. ברם, השתתפותו האקטיבית במעשים המרושעים הביאה את שופט המיעוט בבית משפט קמא לסבור כי גם עליו יש להטיל מאסר עולם.

היה זה המערער 3 שלמעשה "ירה את יריית הפתיחה" שהביאה לשרשרת האירועים לאחר מכן, בכך שהיה הראשון שהיכה את המנוח ובכך סימן כי המנוח הוא הקרבן שנבחר. וכפי שהבהיר המערער 2 בעדותו: "פתאום א' נתן לו איזה מכה או דחף

אותו. לא זוכר בדיוק. הוא נתן לו איזה מכה והוא התיישב כזה הנער על הרצפה אז הבנתי שכבר אל חזור[...] אחרי שהוא עשה את זה פתאום קלטתי שזה אל חזור אני לא יכול לברוח אני לא יכול להשאיר אותו לבד שהם יתגוששו ביניהם ובאמת תפסתי באותו רגע ואז הכנסנו אותו שנינו לרכב" (עמ' 386 לפרוטוקול). המערער 3 גרר את המנוח למכונת עם המערער 2, סייע בחניקתו לאורך דקות ארוכות, וישב בצד ולא מחה כאשר המשיכו שותפיו בריצוף גולגולתו של המנוח ושריפתו. העונש של 21 שנות מאסר שנגזר עליו בבית משפט קמא הוא עונש כבד לקטין בגילו, אך בהינתן הערך של קדושת החיים וחומרת המעשים, אין מקום להפחתה בעונש, וגם עונשו כפי שנפסק על ידי בית המשפט המחוזי יישאר על מכונו.

60. לסיכום הדברים, נוכח הנסיבות לחומרה שפורטו לעיל, מקום בו נחצו לא רק גבולות החוק אלא גם גבולות המוסר האנושי, העונש הוא המסר. והמסר הוא הוקעה וגינוי נחרצים, כפי שבאו לידי ביטוי בעונשים הכבדים שהוטלו על השלושה. עונשים אלה, משקפים את שיקולי הגמול והרתעת הרבים, אשר לאור ייחודיותו של המקרה, ניגפים בפניהם שיקולי השיקום.

מילים לפני סיום

61. המערערים סיפרו, כל אחד בלשונו, כי מה שהניע ודרבן אותם למעשה, היה הרצח הנפשע של שלושת הנערים החטופים (אף הוא בגדר "פיגוע אסטרטגי", שהביא למבצע "שובו אחים" ולהתדרדרות כוללת שהביאה בתורה למבצע "צוק איתן" ברצועת עזה). כאשר מחמד אבו חדיר היה מוטל על הארץ, כיבד אותו יוסף בשלוש בעיטות, אחת בשביל כל אחד מהנערים שנרצחו.

אכן, האווירה באותם ימים הייתה טעונה, המתיחות לובתה על ידי גורמים שונים, המדינה סערה, ובירושלים התקיימה הפגנה בראש חוצות מלווה בקריאות האספסוף "מוות לערבים". המערערים הבינו את הקריאות כפשוטן ופעלו בהתאם. זה הפיר דרכו השתלשלו השלושה לאותה מנהרה חשוכה של שנאה וגזענות ממנה הגיחו באותו לילה.

62. אך עדיין מציקה המחשבה. מהו המעיין ממנו שאבו השלושה את תועפות השנאה והגזענות, שהכתה אותם בסנוורים, כדי כך שטחו עיניהם מלראות כי הם חונקים, מרוצצים ראש ושורפים בן אנוש שנברא בצלם? הכיצד נשתכח מהם עקרון היסוד של היהדות, בפרשה הראשונה הפותחת את ספר הספרים, "פִּי בְּצַלְמֵ אֱלֹהִים

עֲשֵׂה אֶת הָאָדָם" (בראשית ט, ו) ועל כן "חביב אדם שנברא בצלם" (דברי רבי עקיבא מסכת אבות ג' י"ד)? מה למדו, שנו והפנימו המערערים באחת התחנות במהלך שנות חינוכם ובחרותם, שהביאם לקלות הבלתי נסבלת של נטילת נפש של צעיר ערבי?

המעשים שביצעו המערערים, הפכו זה מכבר לפרשת אבו חדיר, וחרגו מד' אמותיו של תיק פלילי רגיל. הרצח מצריך חשבון נפש נוקב בחברה הישראלית בנוגע להתמודדות עם תופעות הגזענות וגרורותיהן, בדק בית מן המסד ועד לטפחות, בבחינת דע את נתיבי הגזענות, ראה דרכיה הרעות ובערת הרע מקרבך.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, כ"ג בשבט התשע"ח (8.2.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט