

ע"פ 8449/17 - פלוני, פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 8449/17

ע"פ 8551/17

לפני:
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופט י' אלרון

המערער בע"פ 8449/17: פלוני

המערער בע"פ 8551/17: פלוני

נגד

המשיבות בע"פ 8449/17 ובע"פ 8551/17:
1. מדינת ישראל
2. פלונית
3. פלונית
4. פלונית
5. פלונית
6. פלונית

ערעורים על הכרעת הדין ועל גזר הדין של בית המשפט המחוזי לנוער בירושלים מיום 8.5.2017 ומיום 18.9.2017 בתפ"ח 7801-06-16 שניתנו על ידי כבוד השופטים: י' נועם -סג"נ, ר' פרידמן-פלדמן ומ' בר-עם

תאריך הישיבה: ד' באדר ב' התשע"ט (11.3.2019)

בשם המערער בע"פ 8449/17: עו"ד רמזי קטילאת; עו"ד חמאזהקוטינה

עמוד 1

בשם המערער בע"פ 8551/17: עו"ד חאג' מופיד

בשם המשיבה 1: עו"ד נילי פינקלשטיין

בשם שירות המבחן לנוער: גב' טלי סמואל

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. בבוקרו של יום 10.5.2016, יצאו שני צעירים משכונת ג'בל מוכבר, וביצעו פיגוע דקירה בטיילת ארמון הנציב בירושלים. שני הצעירים הם המערער בע"פ 8449/17 (להלן: המערער 1) והמערער בע"פ 8551/17 (להלן: המערער 2); עניינם מונח עתה לפנינו.

2. ערעורים על הכרעת הדין מיום 8.5.2017 ועל גזר הדין מיום 18.9.2017, שניתנו בבית המשפט המחוזי בירושלים (בשבתו כבית משפט לנוער) בתפ"ח 7801-06-16 (סגן הנשיא י' נועם, השופטת ר' פרידמן-פלדמן והשופט מ' בר-עם). המערערים הורשעו ב-5 עבירות של ניסיון רצח, ובעבירות של החזקת סכין ושיבוש מהלכי משפט, ונדונו ל-18 שנות מאסר ולמאסר על-תנאי; כמו כן, חויב כל אחד מהם בתשלום פיצוי לנפגעות העבירה בסך מצטבר של 195,000 ₪.

רקע ועיקרי כתב האישום

3. אלו, בתמצית, עובדות כתב האישום: במהלך חודש פברואר 2016 התכתבו המערערים ביניהם ברשת הפייסבוק והחליטו לבצע יחדיו פיגוע דקירה, להרוג יהודים ולהיות 'שהידים'. הרקע לדברים – גל פיגועי הטרור שפקד את הארץ בעת ההיא, וזכה לכינוי 'אינתיפאדת הסכינים'. המערערים סיכמו ביניהם, כי לשם ביצוע הפיגוע יצטיידו בסכין ובגרזן, שאותם יביא המערער 1. בשני מועדים במהלך החודשים פברואר ומרץ 2016 סיכמו המערערים להיפגש ולבצע את הפיגוע; שני המועדים נדחו, פעם ביוזמת המערער 1, פעם ביוזמת המערער 2. בחודש מאי 2016 חידשו המערערים את הקשר מתוך מטרה להוציא את הפיגוע לפועל, וקבעו להיפגש ולבצעו בבוקרו של יום 10.5.2016. המערערים שקלו מספר מקומות אפשריים לביצוע הפיגוע, וסיכמו לבסוף על שכונת ארמון הנציב בירושלים. המערערים נפגשו ביום המיועד בשעה 7:15 במקום המפגש שעליו סוכם מבעוד מועד, בשכונת ג'בל מוכבר. המערער 1 הביא עימו סכין באורך של כ-40 ס"מ וגרזן באורך של כ-45 ס"מ. הגרזן נותר בתיקו של המערער 1; הסכין ניתנה למערער 2, שהחביאה בתיקו-שלו.

4. המערערים שמו פעמיהם לכיוון טיילת ארמון הנציב, וחיפשו אחר יהודים על מנת לרוצחם נפש. סמוך לשעה 8:00, הבחינו ב-5 נשים קשישות- חלקן בשנות ה-70 לחייהן, חלקן בשנות ה-80 – בעלות חזות יהודית (להלן: המתלוננות), צועדות בשביל הסמוך לטיילת – שתי נשים בראש, שתיים במרחק מה מאחוריהן, ואחת במאסף.

המערערים גמרו אומר ביניהם לדקור את הנשים אחת אחרי השניה, שלפו מתיקיהם את כלי הנשק שהביאו עמם, והתקרבו במהירות אל המתלוננת שבמאסף, ילידת שנת 1932 (להלן: ב' ש'). משהגיעו אל ב' ש', תקפו אותה באמצעות כלי הנשק, ודקרו אותה בפלג גופה העליון וברגלה. ב' ש' זעקה ונפלה ארצה. המערערים רצו לעבר שאר המתלוננות, ומשהגיעו אל אחת מהן, ילידת שנת 1930 (להלן: ת' מ'), תקפו גם אותה באמצעות כלי הנשק. 3 המתלוננות האחרות שמעו את זעקות חברותיהן והחלו לנוס על נפשן. בכך ניצלו. לאחר הפגיעה ב-ת' מ', החלו המערערים להימלט מהמקום, ובעת שובם על עקבותיהם חזרו ועמדו מעל ל-ב' ש', שהיתה שרועה על הרצפה. מהודעתה של ב' ש' עלה, כי היא הבינה מתנועות ידיהם בעת שעמדו מעליה כי אחד המערערים שאל את חברו אם 'לגמור אותה', ואילו השני חיווה בידיו כעונה לו כי עדיף שיברחו. השניים לא הוסיפו לפגוע בה, ונמלטו. במהלך ההימלטות חזרה לג'בל מוכבר, החביאו את הסכין והגרזן. זמן קצר לאחר מכן, שב המערער 1 למקום שבו הטמינו את כלי הנשק, נטל אותם, והחביאם במקומות אחרים במטרה להקשות על מציאתם: את הסכין זרק לערוץ נחל ('ואדי') בקרבת מקום; את הגרזן הטמין בבית נטוש בג'בל מוכבר. בהמשך, מחקו המערערים את חשבונות הפייסבוק שלהם ואת היסטוריית ההודעות בטלפונים הניידים שלהם. ביום 19.5.2016 נעצר המערער 1, וביום 20.5.2016 נעצר המערער 2.

5. המערערים הואשמו בעבירות של קשירת קשר לסיוע לאויב בזמן מלחמה (סעיפים 92 ו-99 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק)); סיוע לאויב בזמן מלחמה (סעיף 99(א) לחוק); 5 עבירות של ניסיון רצח (סעיף 305(1) לחוק); החזקת סכין (סעיף 186(א) לחוק); ושיבוש מהלכי משפט (סעיף 244 לחוק).

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

6. בפתחה של הכרעת הדין, עמד בית המשפט המחוזי על תשובת המערערים לכתב האישום. המערער 1 טען, כי לא היה בכוונתו לרצוח יהודים או למות כ'שהיד', כי אם להפחיד יהודים ולגנוב מהם, במסווה של פיגוע. לטענתו, כוונתו זו באה לידי ביטוי בהימנעותו משימוש בלהב הגרזן, וכי מעורבותו באה לידי ביטוי 'רק' בדחיפת המתלוננות, ובהכאתן בידיו ובידית הגרזן. המערער 2 אישר כי תכנן לצאת לטיילת יחד עם המערער 1 ולדקור יהודים, אך זאת לשיטתו 'רק' במטרה לפגוע ולפצוע; לא לרצוח. נטען, כי בהתנהגותו המתחמקת עד למועד הפיגוע יש כדי להעיד על העדר כוונה לבצעו. המערער 2 הודה בקבלת סכין מחברו, ואישר כי בחקירותיו במשטרה הודה שדקר את אחת המתלוננות. יחד עם זאת טען, כי מן הראיות הנוספות בתיק עולה שלא דקר אף אחת מהמתלוננות.

7. גדרי המחלוקת שעמדה לפני בית המשפט המחוזי נתחמו כדלקמן: הוסכם בין הצדדים, כי המערערים קשרו קשר לביצוע הפיגוע בחודשים שקדמו לביצועו, וכי ביום 10.5.2016 יצאו לטיילת ארמון הנציב, כשהם מצויידים בגרזן ובסכין, במטרה לבצע פיגוע. המערערים פגשו ב-5 המתלוננות, ובמהלך המפגש נדקרו שתיים מהן. עוד הוסכם, כי מבחינה משפטית נחשבים המערערים ל'מבצעים בצוותא'. עיקרה של המחלוקת נמצא אפוא בשני היבטים: ראשון, מהות הפיגוע - האם ניסו המערערים לרצוח יהודים, או 'רק' לפגוע בהם, וכפועל יוצא מכך באילו עבירות יש להרשיעם; שני, היקף העבירות - ככל שניתן לייחס למערערים עבירות של ניסיון רצח, האם יש להרשיעם ב-2 עבירות, או ב-5. הצדדים נחלקו גם בשאלת קיומם של פגמים בחקירות המערערים, אולם כפי שיבואר, המערערים לא עומדים עוד על טענותיהם במישור זה בערעור, ולכן לא נרחיב על כך את הדיבור.

8. בית המשפט המחוזי עמד על עדויותיהם של המתלוננות, קורבנות הפיגוע; קרובי משפחתם של המערערים; ושבעה חוקרים שהשתתפו בחקירת האירוע. לאחר מכן בחן בהרחבה את גרסאות המערערים, כפי שעלו מהודעותיהם במשטרה ומעדויותיהם לפניו. טענות המערערים לפגמים בחקירותיהם נדונו, ונדחו. אחר הדברים הללו, פנה בית המשפט המחוזי לבחון את יסודותיה של עבירת ניסיון הרצח. תחילה נבחן היסוד הנפשי של 'כוונה תחילה'. טענות המערערים לאי-קיומו של רכיב ה'הכנה' נדחו: נקבע, כי השניים תכננו יחדיו את הפיגוע, קבעו מועד ומקום למפגש, סיכמו על הבאת כלי נשק, שאותם הביאו בפועל וחילקו ביניהם לקראת הפיגוע - וכי כל אלו עולים כדי הכנה. עיקר המחלוקת במישור היסוד הנפשי נסב סביב יסוד ה'החלטה להמית': בהודעותיהם במשטרה, הודו המערערים כי התכוונו לרצוח יהודים ולהפוך ל'שהידים'; בעדויותיהם בבית המשפט לעומת זאת - חזרו בהם, וטענו כי התכוונו לפגוע, לפצוע, אך לא להרוג. טענות אלו נדחו גם הן. נקבע, בין היתר, כי כלי הנשק שבהם השתמשו המערערים, אופי התקיפה, והפציעות שנגרמו לקורבנות, מלמדים על כוונה להרוג. אשר לסתירות שבין ההודעות לבין עדויות המערערים נקבע, כי "סקירת גרסאותיהם השונות של הנאשמים [המערערים - נ' ס'], מעלה כי עדויותיהם במשטרה דומות האחת לשנייה, ומשתלבות עם יתר הראיות [...] וזאת בעוד גרסאותיהם המאוחרות אינן מתיישבות עם המציאות ועם הראיות" (פסקה 53 להכרעת הדין). נוכח האמור קבע בית המשפט המחוזי, כי יש להעדיף את הגרסה שעל-פי הודעות המערערים על פני זו שבעדויותיהם, וכי בעת ביצוע העבירות גמלה בלבם ההחלטה להמית. באין מחלוקת לגבי העדר קנטור, נקבע כי התקיים במערערים היסוד הנפשי של 'כוונה תחילה'.

9. אשר ליסוד העובדתי, קבע בית המשפט המחוזי, כי מעשיהם של המערערים "עולים, באופן ברור וחד משמעי, כדי 'ניסיון רצח', ובוודאי שהם עברו כבר את שלב ההכנה", וכי "מדובר באירוע שהגיע לשלב ביצוע מתקדם ביותר, ולא היה רחוק מהשלמת העבירה" (פסקה 64 להכרעת הדין). כל אחד מהמערערים ביקש להשליך את האחריות לדקירות על חברו. טענותיהם במישור זה נדחו - הן נוכח חומר הראיות, שעל בסיסו נקבע כי השניים היו מעורבים יחדיו בצורה פעילה בתקיפה, הן בהיות המערערים מבצעים בצוותא של המעשים, שממילא נושאים יחדיו באחריות, איש למעשי רעהו. בבחינת מספר ניסיונות הרצח שבהם יש להרשיע את המערערים - אם 2, אם 5 - נשען בית המשפט על דברי המערערים בהודעותיהם. מדבריהם עלה, כי גמרו אומר לתקוף את 5 הנשים, לדקור אותן ולרוצחן - כקבוצה, "אחת אחרי השניה", בשל היותן יהודיות. נקבע, כי אי-התממשות התכנית כלפי 3 הנשים שלא נפגעו בגופן היתה תוצאת אקראי, שנבעה מחמת הימלטותן המוצלחת ולא מחמת אי-התקיימותו של ניסיון ביחס אליהן. נוכח האמור, הורשעו המערערים ב-5 עבירות של ניסיון רצח. כמו כן הורשעו המערערים, על סמך הודאותיהם, גם בעבירות של החזקת סכין ושיבוש מהלכי משפט. לצד זאת, זוכו המערערים מעבירות של סיוע לאויב בזמן מלחמה וקשירת קשר לסיוע לאויב בזמן מלחמה.

10. ביום 18.9.2017 ניתן גזר הדין בעניינם של המערערים. בית המשפט המחוזי נדרש לתוכנם של תסקירים שהוגשו בעניינם מטעם שירות המבחן; ביחס לשניהם נמסר, כי התקשו לקחת אחריות על מעשיהם והשליכו כל אחד לפתחו של רעהו. לא ניתנו המלצות טיפוליות. בית המשפט עמד גם על התמונה העגומה שעלתה מתסקירי נפגעות העבירה. בתמצית שבתמצית, המתלוננות כולן בעלות השכלה אקדמית והיו נשות עמל וקריירה, שניהלו אורח חיים פעיל עובר לפיגוע. המאורע היווה נקודת שבר עבורן, ופגע משמעותית בבריאותן הנפשית והגופנית. ב' ש' ו-ת' מ', שסבלו פגיעה גופנית, נזקקות כעת לעזרת מטפלים, סובלות מתופעות קשות של פוסט-טראומה, ונקבעו להן אחוזי נכות בשיעורים שונים. הומלץ בתסקירים על חיוב בתשלום פיצוי כספי לכל המתלוננות, בפרט ל-ב' ש' ו-ת' מ', נוכח ההתרשמות מ"תמונת נזק קשה מאוד", ובהתחשב בעלויות הטיפוליים שעברו ושעתידות עוד לעבור.

11. בפנותו לקבוע את עונשם של המערערים, עמד בית המשפט המחוזי על חומרת מעשיהם, ועל הפגיעה בערכים החברתיים של קדושת חיי האדם, שלמות הגוף ובטחון הציבור. בית המשפט סקר את מדיניות הענישה הנהוגה במקרים דומים ואת נסיבות ביצוע העבירות. בפרט צוינו הנזק שנגרם לקורבנות, כמתואר בתסקירי נפגעות העבירה, התכנון המוקדם, ואופן הביצוע. עוד צוין, כי אין לשעות לניסיונות המערערים להציג כל אחד את רעהו כאשם העיקרי, היוזם, הדוקר והפוגע. נשקלו שיקולי גמול, הגנה על בטחון הציבור והרתעה; נלקחו בחשבון תסקירי שירות המבחן, שאינם חיוביים, והעדרה של המלצה טיפולית. לקולא נשקלו גילם של המערערים, שהיו קטינים בעת ביצוע העבירות; נסיבות חייהם הקשות כפי שעלו מתסקירי שירות המבחן; העדרו של עבר פלילי; והימצאותם במעצר תקופה ממושכת. בהתייחס לסוגיית הפיצוי הכספי, עמד בית המשפט על נזקיהן המשמעותיים של המתלוננות ועל עלויות הטיפולים שלהם הן נזקקות. סוף דבר, הושתו על המערערים 18 שנות מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרם, ומאסר על-תנאי. כל אחד מהמערערים חויב בתשלום פיצוי בסך של 75,000 ₪ למתלוננות ב' ש' ו-ת' מ', ובסך של 15,000 ₪ לכל אחת מ-3 המתלוננות האחרות (ובסך הכל - 195,000 ₪).

מכאן הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים בערעור

12. הערעורים מופנים כלפי 5 ההרשעות בעבירת ניסיון רצח, וכלפי גזר הדין. אשר להכרעת הדין, המערערים מיקדו את טענותיהם בשלושה ראשים: האחד, העבירה שבה יש להרשיעם; השני, מספר העבירות שבו יש להרשיעם; השלישי, טענות לפגמים שנפלו בחקירותיהם. בדיון שנערך לפנינו ביום 11.3.2019 הודיעונו ב"כ המערערים, כי לא יעמדו על טענותיהם ביחס לפגמים בחקירות, ועל כן לא נעסוק בהן בגדרי הערעור.

13. המערער 1 טוען בערעורו, כי לא היה מקום להרשיעו בעבירה של ניסיון רצח, אלא בעבירה של גרימת חבלה בכוונה מחמירה. הטעם לכך, לשיטתו, הוא אי-התקיימות היסוד הנפשי של 'כוונה תחילה', ובפרט של רכיב ה'החלטה להמית' במסגרתו. נטען, כי בהודעותיו במשטרה, שעליהן הסתמך בית המשפט המחוזי, ושמנהן הסיק את דבר קיומה של החלטה להמית, ניתן לזהות גם אמירות המעידות על העדרה. הודגש, כי חרף התבטאויותיו של המערער 1, יש לבחון את קיומה של החלטה להמית גם על בסיס מעשיו בפועל, שמהם עולה כי למצער בעת ביצוע המעשים לא רצה לגרום למוות. בנוסף הודגש, כי חרף ההצטיידות בכלי נשק קטלניים, הפציעות שנגרמו הן "שטחיות ולא ממשיות", ואופיין מתיישב דווקא עם אמירת המערער 1 בעדותו לפני בית המשפט המחוזי, שלפיה עשה שימוש בידית העץ של הגרזן ולא בלהב. עוד נטען, כי טרם בריחתם יכלו המערערים להוסיף ולפגוע במתלוננת ב' ש' כאשר עמדו מעליה, אולם החליטו שלא לעשות זאת וברחו, וגם בכך יש כדי להעיד על העדר החלטה להמית.

14. אשר למספר העבירות נטען, כי לא היה מקום להרשעה ב-5 עבירות של ניסיון לרצח. הטעם לכך - המערערים לא ניסו להשיג את שלוש המתלוננות שהצליחו לברוח; לו היו מנסים - יש להניח שהדבר היה עולה בידם, בהיותם נערים צעירים, והן נשים קשישות. לפיכך, סיכום שסיכמו המערערים ביניהם "לדקור את כולן אחת אחרי השנייה" לא קיבל ביטוי מוחשי בשעת האירוע, ונותר בגדר סיכום גרידא. אשר לגזר הדין נטען, כי העונש שנגזר על המערער 1 חריג בחומרתו. לשיטתו, לא ניתן בגזר הדין משקל ראוי לעובדת היותו קטין, ללא עבר פלילי, ולכך שיימנע ממנו בפועל ליטול חלק בהליכי שיקום בבית הסוהר, נוכח טיב העבירות שבהן הורשע. עוד נטען, כי יש להפחית את סכום הפיצוי הכספי

שהושת על המערער 1, שכן סופו ליפול על כתפי הוריו נוכח משכו של עונש המאסר שנגזר עליו וחוסר יכולתו לעמוד בתשלומיו.

15. המערער 2 מלין גם הוא על טיבן והיקפן של העבירות שבהן הורשע. לשיטתו, ראוי היה להרשיעו בשתי עבירות של גרימת חבלה בכוונה מחמירה ביחס למתלוננות שנפגעו בגופן בפיגוע. טעם אחד לכך הוא, כי לא התגבשה אצלו החלטה להמית. לדבריו, לא צפה את התוצאה הקטלנית, וממילא לא חפץ בהתממשותה. יתר על כן טען, בדומה לטענת המערער 1, כי יש בהתנהגותו 'בזמן אמת' כדי ללמד על העדר החלטה להמית ולהעיד על שינוי בכוונתו בשעת ביצוע המעשים. כך עולה גם מעדותו לפני בית המשפט. לו היה חפץ בגרימת מוות, "לא היה מפסיק את ביצוע הפיגוע ולא היה מורה לחברו להפסיק לדקור את אחת המתלוננות [ב' ש' - נ' ס']". טעם נוסף לשיטתו, טמון בכך שלא התקיים יסוד ההכנה - שכן השיחות בין המערערים לשם תכנון הפיגוע "לא היו רציניות והעובדה שמועד הפיגוע נדחה פעם אחר פעם בשל תירוצים מצד שניהם [...] מעידים על חוסר גמירות הדעת ועל חוסר החלטיות". אשר לגזר הדין נטען, כי בית המשפט המחוזי החמיר עם המערער 2 יתר על המידה, חרג מהנהוג במקרים דומים, ולא יחס משקל לחלקו המצומצם, לשיטתו, בתכנון ובביצוע הפיגוע לעומת המערער 1. עוד נטען, כי לא נשקלה קטינותו של המערער 2 בזמן ביצוע העבירות; וכי לא ניתן די משקל לנסיבותיו האישיות.

16. בתשובתה לערעורים טוענת המשיבה, כי הרשעת המערערים - בדין יסודה. אשר ליסוד העובדתי בעבירת ניסיון הרצח נטען, כי עובדות המקרה מלמדות בבירור על יציאת מעשיהם של המערערים מגדרי הכנה אל עבר "שלבי ביצוע מתקדמים מאוד". אשר ליסוד הנפשי נטען, כי כוונת ההמתה עולה ממעשיהם של המערערים לכל אורכה של השתלשלות האירועים - החל בתכנון ובהצטיידות בכלי נשק, וכלה בתקיפה האכזרית של המתלוננות, שיש בטיבה ובאופייה כדי להעיד על כוונה זו. לעומת זאת, אי-השלמת התכנית העבריינית כשלעצמה איננה מעידה על שינוי במטרתם ובכוונתם של המערערים בעת הוצאתה לפועל. יתר על כן, מעבר לכוונה העולה ממעשיהם של המערערים, ניתן לשיטת המשיבה ללמוד על כוונתם גם מהודעותיהם במשטרה, בהן מופיעות אמירות רבות המבהירות שכוונתם הייתה לרצוח יהודים, על-ידי דקירתם, על רקע לאומני. הדברים עולים לשיטת המשיבה גם מעדויות המערערים לפני בית המשפט המחוזי, מהן ניתן ללמוד על כוונתם - בשים לב לאמירות מפלילות שמסרו המערערים האחד ביחס לכוונותיו של רעהו, כחלק מניסיונותיהם להפחית כל אחד מחומרת מעשיו וממידת אשמו, ולהשליכם לפתחו של חברו. אשר למספר ניסיונות הרצח שבהם ראוי להרשיע את המערערים סבורה המשיבה, כי אין לאפשר למערערים - שגמרו אומר לתקוף את קבוצת הנשים כולה, ואף החלו לממש את זממם בפועל - להיבנות מכך שבסופו של יום כשלה מזימתם. הודגש, כי העובדה שהמערערים הצליחו לפגוע גופנית 'רק' ב-2 מתוך 5 המתלוננות איננה אלא תוצאה אקראית, שנבעה מהימלטותן המוצלחת של 3 מתלוננות, ולא מהעדר ניסיון או כוונה לרוצחן. אשר לגזר הדין טוענת המשיבה, כי עונשם של המערערים הולם וראוי - הן רכיב המאסר, הן רכיב הפיצוי. ניתן משקל ראוי לגילם של המערערים, ומאידיך גיסא לחומרת מעשיהם; לתכנון המוקדם; לנזק הרב שנגרם למתלוננות; לשיקולים של גמול, הרתעה, הוקעת המעשים והגנה על הציבור; ולאמור בתסקירי שירות המבחן.

17. לקראת הדין בערעור הוגשו לעיונו תסקירים משלימים מטעם שירות המבחן ביחס לשני המערערים. משני התסקירים עולה תמונה דומה: המערערים השתלבו בצורה תקינה בבית הסוהר; שניהם נמנעים מלקחת אחריות על מעשיהם, ומטילים את עיקר האשם אחד על השני; כל אחד טוען בתוקף כי חברו הוא שדקר את המתלוננות, חרף ניסיונותיו-שלו למנוע זאת. המערערים מכירים בחומרת מעשיהם ומצרים על הפגיעה שנגרמה, אך נמנעים מלהתייחס

לנזק שנגרם לקורבנות, ומתמקדים ב'מחיר' האישי שהם משלמים, שלידם איננו מוצדק. שירות המבחן לא בא בהמלצה ביחס לשני המערערים.

18. בדיון שנערך לפנינו ביום 11.3.2019, חזרו ב"כ המערערים על טענותיהם ביחס לרכיב ההחלטה להמית. הודגש, כי על כוונתם של המערערים יש ללמוד ממעשיהם בפועל. בהתחשב בכלי הנשק שבהם החזיקו, לו חפצו בכך - יכלו לגרום לנזקים גדולים מאלו שנגרמו. כמו כן, לאחר תקיפת שתי המתלוננות שנפגעו, יכלו המערערים להוסיף ולפגוע ב-ב' ש', אך נמנעו מלעשות כן. הדבר מעיד, לשיטת ב"כ המערערים, על העדרה של כוונה לגרום למוות. אשר למספר ההרשעות נטען, כי משלא נעשה ניסיון להשיג את 3 המתלוננות שנמלטו - אין לראות את מעשיהם של המערערים ביחס אליהן כתחילתו של ניסיון לבצע עבירה כלשהי.

19. ב"כ המשיבה חזרה לפנינו על עיקרי טענותיה. ביחס ליסוד העובדתי של עבירת ניסיון הרצח הדגישה, כי מעשיהם של המערערים יצאו מגדר הכנה לכלל ניסיון, גם ביחס ל-3 המתלוננות שנסו על נפשו והצליחו בכך. כשלונם של המערערים בביצוע תקיפה פיזית ממש כלפי 3 הנשים נבע כתוצאה מבריחתן, ולא מחמת העדרו של ניסיון ביחס אליהן, להבדיל משתי חברותיהן שנפגעו בגופן. עבירת ניסיון הרצח התגבשה, לשיטת המשיבה, כאשר החלו המערערים בתקיפת הנשים; השלמת ביצוע העבירה נמנעה מחמת משך הזמן שהיה דרוש לשם ביצועה, זמן שנגזר בין היתר מטיבם של כלי הנשק שהיו ברשות המערערים. הדבר איפשר את בריחתן של המתלוננות למקום ציבורי, שבעקבותיה העדיפו המערערים להימלט מחשש פן יתפסו. אשר לעונש, הודגש הצורך להתחשב בתמונה השלילית המצטיירת מתסקירי שירות המבחן, ובשיקולי הרתעה, נוכח אופי העבירות והרקע להן.

20. בדיון נכחה גם בתה של המתלוננת ת' מ', רופאה בהכשרתה, שלמרבה המזל הגיעה במהרה לזירת הפיגוע והעניקה טיפול ראשוני לאמה. לדבריה, רופאי הטיפול הנמרץ מסרו לה שאמה "ניצלה בנס", ושאלולא הטיפול שהעניקה לה בתה בזמן אמת, טרם הגעת כוחות החירום, לא היתהת' מ' שורדת את התקיפה. הבת תארה לפנינו את מצבה הרפואי הקשה של אמה, שנמשך עוד חודשים רבים לאחר ניסיון הרצח; הטיפולים האינטנסיביים להם נזקקה; ההשפעה הקשה של הפיגוע על תפקודה של אמה, המסתייעת מאז במטפלת; והמצב הנפשי הקשה שאליו נקלעו שתיהן בעקבות הפיגוע.

דיון והכרעה

21. שתיים הן השאלות המונחות לפתחנו: האחת נוגעת ל-5 ההרשעות בעבירת ניסיון לרצח, ועניינה - האם התגבש במערערים היסוד הנפשי הדרוש לשם הרשעתם, הוא יסוד ה'כוונה תחילה'. בגדרי שאלה זו, עיקר המחלוקת נסוב סביב התקיימותו של רכיב ה'החלטה להמית'. השניה, והיא עיקר - האם די במעשיהם של המערערים כדי לגבש את היסוד העובדתי של עבירת ניסיון הרצח גם ביחס ל-3 המתלוננות שלא נפגעו בגופן בפיגוע. נדון בשאלות אלו כסדרן.

היסוד הנפשי - כוונה תחילה והחלטה להמית

22. היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בעבירה של ניסיון רצח זהה לזה הדרוש לשם הרשעה בעבירת הרצח - הוא

'כוונה תחילה' (ראו ע"פ 1474/14 פלוני נ' מדינת ישראל (15.12.2015)(להלן: ענייןפלוני); ע"פ 8457/15 מדינת ישראל נ' ווזוז (1.11.2018) (להלן: ענייןווזוז)). יסוד נפשי זה, המוגדר בסעיף 301 לחוק, כולל שלושה רכיבים מצטברים: החלטה להמית, הכנה והעדר קינטור (להרחבה ראו דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 646 (2006) (להלן: ענייןביטון)).

23. יסוד ה'החלטה להמית' הוא מוקד ענייננו. לפיו, נדרש כי "בשעת מעשה קיננה בלב העבריין כוונת קטילה ממשית" (ע"פ 396/69 בנו נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 561, 570 (1970)). קיומה של החלטה להמית מבוסס על שני אדנים: צפיית התוצאה הקטלנית במישור השכלי, וחפץ בהתממשותה במישור הרגשי (ע"פ 686/80 סימן-טוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 253 (1982); ע"פ 339/84 רבינוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(4) 253, 258 (1985)). בהתחשב בכך נפסק, כי ההתייחסות הנכונה ליסוד זה היא כאל יסוד של כוונה, כמשמעותה בדין הפלילי: "אכן, ה'החלטה להמית' אינה אלא 'כוונה להמית'", ובדומה גם 'כוונה תחילה' "היא בראש ובראשונה 'כוונה', ודיני ה'כוונה' חלים עליה"(עניין ביטון, פסקה 16). הדינים החלים ביחס ליסוד הנפשי של כוונה בדין הפלילי, חלים אפוא גם בהקשר זה.

24. דרישת הכוונה עוסקת במתרחש בנבכי נפשו של העבריין. מאופייה הסובייקטיבי המובהק נגזרים קשיים בהוכחתה, ובקשיים אלו טמון היסוד לאותם 'דיני כוונה'. מתוך הכרה בקשיים אלו, קבע המחוקק אפשרות להישען על 'תחליף כוונה' במקרים המתאימים, בקובעו כי לעניין כוונה פלילית "ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן" (סעיף 20(ב) לחוק). בדומה, על רקע הקשיים האמורים וכדי להתמודד עמם, התפתחה בפסיקה גם 'חזקת הכוונה'. כשמה כן היא, עוסקת בהוכחת כוונתו של העבריין, להבדיל מהחלפתה:

"לשם התגברות על קשיים אלה משתמש המשפט ב'הנחת הכוונה' - הנחה הנובעת מנסיון החיים הכללי המלמד, כי אדם הנוקט בקו התנהגות מסויים [...] הרי הוא מתכוון בדרך כלל לתוצאות שכרגיל נובעות מהתנהגות כזאת" (ע"פ 29/79 סלמאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 118, 128 (1979); ראו גם ע"פ 410/85 בן שימול נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 757, 760 (1986); ע"פ 2418/17 קוטינה נ' מדינת ישראל (25.10.2018) (להלן: ענייןקוטינה)).

תחולתה של חזקה זו אינה מוגבלת רק למצבים שבהם התגבשה עבירת הרצח המושלמת, קרי, כאשר קופדו חיי אדם בפועל; כוחה יפה גם ביחס לניסיון רצח, "ככל שהמעשה שנעשה, עשוי היה, לפי טיבו וטבעו, לגרום לתוצאה הקטלנית - כאשר, מנסיבות שאינן תלויות בנאשם, נמנעה תוצאה זו" (עניין פלוני, פסקה 75).

25. השימוש בחזקת הכוונה, שלפיה למדים מתוך אופיו, טיבו וטבעו של המעשה, על כוונתו של הנאשם, נעשה על רקע נסיבותיו הפרטניות של המקרה: "ביטויים ערטייליים אלו מתמלאים בתוכן בעזרת 'מבחי עזר', שמהם ניתן ללמוד על הלך הרוח של המבצע" (ע"פ 290/87 סבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 358, 366 (1988) (להלן: ענייןסבאח)). אותם 'מבחי עזר', שאינם אלא קטגוריות של נסיבות המקרה, כוללים את סוג הנשק שבו נעשה שימוש; אופן ביצוע המעשים; כמות הפגיעות ומיקומן; אופי התקרית שהובילה לאירוע, וכיוצא באלה נתונים רלבנטיים,

המאפשרים להגיע למסקנה בדבר כוונתו הסובייקטיבית של הנאשם (עניין סבאח, בעמודים 366-367; ע"פ 9604/04 כריכלי נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (4.9.2007)). מסקנה זו, כמובן, איננה חלוטה. ניתן לסתרה בגרסה אחרת שתוצג לפני בית המשפט. אולם, "סתם הכחשה או תירוץ לא ימנעו את הסקת המסקנה, שרצה [הנאשם - נ' ס'] להשיג את מה שנבע ממעשיו" (עניין סבאח, פסקה 14); הגרסה האחרת צריכה להתקבל כאפשרות סבירה, ולהיות מעוגנת כדבעי בחומר הראיות ובנסיבות (ראו ע"פ 288/78 איזמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 200, 205-206 (1979); ע"פ 686/80 סימן-טוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 253, 262-263 (1982)).

26. מהתם להכא. אקדים אחרית לראשית ואומר, כי בנסיבותיו של הנדון דידן אין הצדקה להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה גמלה בלבם של המערערים ההחלטה להמית. מסקנה זו נתמכת בשתי יתדות: האחת, דבריהם של המערערים ביחס לכוונתם כפי שנמסרו בהודעותיהם במשטרה, והעדפתן של אלו על פני עדויותיהם המאוחרות בבית המשפט. השניה, הכוונה הנשקפת ממכלול מעשייהם של המערערים ומנסיבות המקרה.

הודעותיהם של המערערים

27. בהודעותיהם של המערערים במשטרה, כפי שיפורט, שזורות אמירות שלפיהן כוונתם היתה לרצוח יהודים; לעומת זאת, בעדויותיהם בבית המשפט טענו, כי כוונתם היתה לפגוע, לפצוע, להפחיד, לגנוב - אך לא להרוג. טענות המערערים במישור זה מתמקדות בממצאי עובדה ומהימנות; והן מכוננות גם כלפי העדפת הגרסה שעולה מהודעותיהם במשטרה על פני הגרסאות העולות מעדויותיהם, גם כלפי עצם המסקנה שגזר בית המשפט מתוך ההודעות, לאחר שהחליט שיש להעדיף.

28. נקודת המוצא, נשוב ונזכיר, היא אי-התערבות של ערכאת הערעור בממצאי עובדה ומהימנות שקבעה הערכאה הדיונית, זולת במקרים חריגים. לעיני בית המשפט המחוזי - ולא לעינינו בבית המשפט שלערעור - ניבטו 'אותות האמת' שבעדויות; הוא אשר התרשם מהן באופן בלתי אמצעי, ולפיכך נתונה לו עדיפות מובנית, ברורה, בגיבוש הממצאים ובקביעת מהימנות (להרחבה ראו יעקב קדמי על הראיות חלק רביעי 1916-1919 (2009) (להלן: קדמי)). כך גם בנדון דידן. בית המשפט המחוזי בחן בדקדקנות את חומר הראיות שלפניו, את הגרסאות העולות מדבריהם של המערערים בעדויותיהם לפניו ובהודעותיהם במשטרה, ואת התאמתן למכלול הראייתי. הוא, כאמור, התרשם באופן ישיר ובלתי-אמצעי מהעדים ומדבריהם כאשר עמדו והעידו לפניו. על בסיס התרשמותו ממכלול הנתונים קבע, כי גרסאות המערערים בהודעותיהם במשטרה הן מהימנות, ועדיפות על פני הגרסאות המאוחרות שבאו בעדויותיהם בבית המשפט: "עדויותיהם [של המערערים - נ' ס'] במשטרה דומות האחת לשנייה, ומשתלבות עם יתר הראיות [...], וזאת בעוד גרסאותיהם המאוחרות אינן מתיישבות עם המציאות ועם הראיות" (פסקה 53 להכרעת הדין). נימוקיו של בית המשפט המחוזי לקביעות אלו משכנעים, נכוחים, ולא נחזור על הדברים. לא מצאתי אפוא טעם טוב להתערבותנו. הדברים עולים בקנה אחד גם עם הכלל הידוע הנקוט עמנו, והוא כי גרסה ראשונה עדיפה בדרך כלל על עדות מאוחרת שבמסגרתה יש ואדם משנה את גרסתו: "אם חוזר בו העד מעדותו המקורית ומעיד את היפוכה, אין הוא עושה זאת בדרך כלל כדי לתקן טעות שטעה בתום-לב, כי אם כדי להשיג מטרה אשר אין לה עם קביעת האמת ולא כלום" (ע"פ 421/71 מימרן נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 281, 287 (1972); ע"פ 612/76 מדינת ישראל נ' פרץ, פ"ד לא(3) 365, 377 (1977); קדמי, בעמוד 1857).

29. גם טענות המערערים לגופה של מסקנת בית המשפט, שלפיהן לא ניתן ללמוד מהודעותיהם על כוונה להמית - דין להידחות. ב"כ המערערים הצביעו על אמירות בודדות המופיעות בהודעות שנמסרו במשטרה, המלמדות לשיטתם על העדרה של כוונה לרצוח. לאחר עיון בהודעותיהם של המערערים באתי לכלל מסקנה, כי אין בקטעי הדברים שאליהם הופנינו כדי להקים ספק בדבר הכוונה הברורה להמית העולה ממכלול הדברים. מדובר באמירות כלליות ועמומות, שרק על-ידי הוצאתן מהקשרן וממקומן ניתן לנתק באמצעותן את הכוונה להמית. מכל מקום, גם אם נתייחס לאמירותיהם ככאלו המוציאות באופן ברור את הכוונה להרוג, הן בטלות בששים בגדרי הכוונה הברורה העולה ממכלול דבריהם ומתכניתם של המערערים - לבצע פיגוע דקירה ולרצוח יהודים. כך למשל, בהודעתו הראשונה של המערער 1 מיום 19.5.2016, בתגובה לשאלה "מה אתה אומר על החשדות נגדך" השיב מיד, כי "ניסינו אני ו[המערער 2 - נ' ס'] ביום שלישי גניבת ורציחת ישראלים בטיילת ארמון הנציב" (מוצג ת/7, שורות 9-10). כשהתבקש לתאר את השתלשלות העניינים ציין, כי כשהגיעו המערערים לטיילת ארמון הנציב, התחילו "לחפש יהודים בכדילדקור אותם ונגנוב אותם", והמשיך באומרו כי לאחר שאיתרו את קבוצת המתלוננות וזיהו אותן כיהודיות, החליטו "לתקוף אותן, להרוג אותן ולגנוב אותן" (הודעה מיום 21.5.2016, מוצג ת/8, שורות 22-25). בתשובה לשאלה מדוע הצטרף למערער 2 לביצוע הפיגוע ענה, כי עשה זאת "בכדי לעזור לו ברציחת הישראליות וגם בכדי לגנוב אותן" (שם, שורות 49-50). בתשובה לשאלה שנשאל הוסיף המערער, כי הוא מודע לכך שתקיפת אדם בגרזן עשויה להביא למותו, וכי על רקע זה תקף את המתלוננת "בכדי לפגוע בה ולפצוע אותה ולגנוב אותה" (שם, שורות 51-55); וכך גם חברו, שלדבריו דקר את המתלוננת "בכדי שיהרוג אותה ויהיה שהיד" (שם, שורה 57).

30. תמונה דומה מצטיירת גם מהודעותיו של המערער 2. בפתח הודעתו הראשונה במשטרה ציין, כי ניסה יחד עם חברו "לרצוח אזרחים יהודים בטיילת ארמון הנציב באמצעות דקירה בסכין וגרזן" (הודעה מיום 21.5.2016, מוצג ת/1, שורות 9-10). בהמשך ציין, כי תחילת ניסיונותיהם של המערערים לתאם מועד לפיגוע היתה בסיכום שלפיו "נלך ונהיה שהידים ונרצח יהודי" (שם, שורה 35). כך גם בהמשך, במועד שבו לבסוף הוצא הפיגוע מן הכח אל הפועל: כשהגיעו לטיילת, "הלכנו 15 דקות בערך והתחלנו לחפש יהודים בכדי לרצוח אותם"; המערערים איתרו את 5 המתלוננות, "וכשראינו אותן [...] סיכמנו לדקור את כולן אחת אחרי השנייה" (שם, שורות 90-92). בתשובה לשאלה מה היתה מטרתו בפיגוע ענה, כי "המטרה היתה לרצוח יהודי ולהיות שהיד". כך ענה גם כשנשאל ביחס למטרת חברו (שם, שורות 105-108). המערער 2 צייגם הוא, כשנשאל על כך, כי הוא מודע לכך שהתקיפה בכלי הנשק שבהם השתמשו השניים עשויה להוביל למוות, וכי על רקע זה, ובהתחשב בידיעה זו, תקף את המתלוננות כדי לרצחן (שם, שורות 133-138). בתשובה לשאלה אם ביקשו גם לגנוב מהמתלוננות השיב, כי "החלטנו רק לרצוח את הזקנות ולא תכננו לגניבתן בכלל" (שם, שורה 147). מן המקובץ, על רקע המכלול, עולה כוונה ברורה להמית.

מעשיהם של המערערים

31. אשר לטענת ב"כ המערערים, שלפיה מעשיהם של המערערים מלמדים, חרף האמור בהודעותיהם, על העדרה של כוונה להמית 'בזמן אמת' - סבורני כי דינה גם היא להידחות. המערערים דקרו שתיים מן המתלוננות בפלג גופן העליון, באמצעות כלי נשק אכזריים וקטלניים, שבנקל יכולים להביא למותו של אדם. כך למשל, מן התיעוד הרפואי שהוצג לפנינו עולה, כי המתלוננת ת' מ' נדקרה 3 פעמים, וכי בעקבות הדקירות החל חזה להתמלא בדם ובאזיר. אופיה האלים של התקיפה וריבוי הדקירות מלמדים אפוא על כוונתם הרעה של המערערים. ברי כי מתקפה שכזו עשויה, בהסתברות גבוהה, להסתיים באופן קטלני - על אחת כמה וכמה, מקום שבתקיפת נשים קשישות עסקינן. הטענה שלפיה פציעותיהן של המתלוננות היו "שטחיות ולא ממשיות" ומלמדות על העדר כוונה לרצוח, אינה תואמת את המציאות, וטוב

היה אלמלא היתה נטענת.

32. יתר על כן, שני המערערים ציינו במפורש, כי ידוע להם שהתקיפה באמצעות כלי הנשק שבהם השתמשו עשויה להביא למוות. המערער 2 אף הגדיל וציין בהודעתו, כי דקר את אחת המתלוננות היכן שמצוי הכבד, "כי המקום הזה הכבד גורם למוות" (מוצג ת/1, שורות 141-144), וחזר על כך בשחזור מיום 23.5.2016 (מוצג ת/6, עמוד 12 שורה 16). בכך נסתם הגולל גם על טענתו כי לא צפה בפועל את היתכנותה של התוצאה הקטלנית, ולא חפץ בהתממשותה.

33. ב"כ המערערים טענו, כי עזיבת המקום מבלי להוסיף ולפגוע במתלוננות שכבר הופלו ארצה, מעידה על העדרה של כוונה להמית, והפנו לפסקי-דין כתימוכין לטענתם. אולם, לדידי אין הנדון דומה לראיה. כך למשל, בעניין מיקל הובע ספק בדבר קיומה של החלטה להמית, אך זאת במקרה שבו דקרה המערערת את המנוח פעם אחת, ומיד לאחר מכן זעקה לעזרה ונתרה לצדו, ניסתה לסייע ולטפל בו עד להגעת כוחות ההצלה (ע"פ 9369/17 מיקל נ' מדינת ישראל (16.2.2009)). כך גם ביחס למקרים נוספים, שבהם עזבו הדוקרים את מקום האירוע בעוד קורבנותיהם עומדים ומתפקדים (השוו: ע"פ 139/86 עאזם נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 343 (1987); ע"פ 5446/99 אלימלך נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 49 (2002)). לא הרי מצבים אלו, כהרי תקיפת קשישות בכלי נשק רצחניים, שיכולים להכניע גדולים, בריאים וחזקים מהן בנקל, והותרתן שרועות על הרצפה, דקורות, להתבוסס בדמן. בנסיבות אלו, הסתלקותם של המערערים מהמקום מבלי להוסיף ולדקור - 'לוודא הריגה' - אינה מלמדת על העדרה של כוונה להמית כהסבר סביר להתנהגותם. לא מידת הרחמים היא שנגלית לעין בעזיבת המקום, אלא הרצון לנוס ולהימלט מאימת הדין (כפי שעולה מדברי המערערים במוצג ת/1, שורה 123, ובמוצג ת/8, שורה 30).

34. לא נעלמו מעיניי ביטויי חרטה מסוימים שיצאו מפי המערערים בחלק מחקירותיהם. הם מבקשים להיתלות בכך בטיעוניהם לפנינו, כעדות להעדרה של החלטה להמית. דא עקא, חרטה שבדיעבד, לאחר תפיסה, או מבין כתלי הכלא, אינה שוקלת משקל רב לצורך זה. יתרה מזאת: אין זה משנה אם אולי, בנבכי נפשם, קיוו המערערים ב'זמן אמת' שהתוצאה הקטלנית לא תתממש - וביצעו את המעשים כדי שלא להיתפס כ'פחדנים' איש בעיני רעהו, כפי ששמע זעיר פה זעיר שם, בהודעותיהם ובעדויותיהם. לא היה די בתקווה זו כדי למנוע את הסתערותם לביצוע זממם, ולא די בה גם עתה. ביחס לטענה דומה ציין לאחרונה חברי השופט א' שטיין כדלקמן:

"נאשם [...] אינו יכול להיבנות מהעדר תשובה חד-משמעית לשאלה האם ועד כמה הוא חפץ [בתוצאה הקטלנית - נ' ס']. עמימות רגשית ביחסו אל תוצאות מעשהו אינה מעלה ואינה מורידה. לפיכך, אדם פועל מתוך כוונה להמית כל אימת שהוא יודע או צופה ברמת הסתברות גבוהה כי מעשהו עלול לגרום למותו של אדם אחר, ולמרות זאת איננו חדל מעשות את אותו מעשה רצוני. העובדה שמדובר בכוונה לא שלמה, מהוססת, עקיפה, או אמביוולנטית-ובכלל זה כוונה המעורבת עם תקווה שהקורבן יישאר בחיים, איננה משנה דבר או חצי דבר. כך הוא גם לגבי אדם בר-דעת אשר מביא למות קורבנו על-ידי מעשה רצוני שבמהלך עניינים רגיל וטבעי הורג אנשים" (עניין קוטינה, פסקה 17).

35. מן המקובץ עולה, כי התגבשה במערערים החלטה להמית בזמן ביצוע המעשים - הן מכח דבריהם-עצמם, הן

מכח חזקת הכוונה. ב"כ המערער 2 העלה ב'חצי-פה' טענה לאי-קיומו של יסוד ההכנה. הטענות נטענו גם לפני בית המשפט המחוזי, הן נדחו, וטעמיו של בית המשפט המחוזי המפורטים לעיל משכנעים ומתקבלים על הדעת. ההכנה נשקפת בבירור מהתכנון המוקדם, ההצטיידות בכלי הנשק, וחלוקתם עובר לביצוע התקיפה. טענות לקיומו של קינטור-אין. בדין קבע בית המשפט המחוזי כי התקיים במערערים היסוד הנפשי של 'כוונה תחילה'. נפנה עתה לבחינתו של היסוד העובדתי שבעבירת ניסיון הרצח, ביחס ל-3 המתלוננות שהצליחו להימלט.

היסוד העובדתי- 3 המתלוננות שהצליחו להימלט

36. עבירת ניסיון הרצח מעוגנת בסעיף 305 לחוק, כעבירת ניסיון עצמאית. הוראות החלק הכללי של חוק העונשין חלות גם עליה (ע"פ 1639/98 דהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 501 (2001)), ובכללן הוראת סעיף 25 לחוק, המגדיר ניסיון מהו:

"אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה".

הניסיון מוגדר אפוא על דרך השלילה. הוא "מעשה שאין בו הכנה בלבד". הגדרה זו גוררת קשיים בבואנו ליישמה, שכן היא איננה מציעה הבחנה ברורה בין ההכנה לבין הניסיון עצמו. ברבות השנים הוצעו מספר מבחנים שנועדו לסייע בתחילת הגבול שממנו והלאה יאמר, כי מערך מעשים פלוני איננו בא עוד בגדרי הכנה גרידא - אלא חורג אל תוך מתחם הניסיון. מבחן אחד שהוצע, מבחן המעשה האחרון, נדחה במשפט הישראלי מקדמת דנא. לפיו, על בית המשפט לבחון אם הנאשם ביצע את המעשה האחרון הדרוש מצדו לשם ביצוע העבירה המושלמת (ע"פ 50/65 וויידנפלד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(1) 7, 13 (1966) (להלן: עניין וויידנפלד); ראו גם יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 553-551 (מהדורה שלישית, 2014) (להלן: רבין וואקי); מרים גור-אריה "על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון" משפטים לב 505 (2002) (להלן: גור-אריה)).

37. שלושה מבחנים נוספים התגבשו בפסיקה: הראשון, מבחן תחילת הביצוע, לפיו מתחם הניסיון כולל כל מעשה גלוי לעין, המהווה חוליה - ולו ראשונה - בשרשרת המעשים שהיו מביאים להשלמת העבירה אילולא הופסקו (ע"פ 5150/93 סריס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(2) 183, 186 (1994); ע"פ 9511/01 קובקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 687, 693 (2002) (להלן: עניין קובקוב)). המבחן השני, מבחן הקרבה המספקת, מתמקד בעבירה המושלמת ומשקיף ממנה 'אחורנית' - האם המעשים שכבר בוצעו מצויים בקרבה מספקת, מוחשית ומסוכנת לביצוע העבירה המושלמת, ומהו היקפם וטיבם של המעשים שעוד נותרו לשם השלמתה. על-פי ניסוחו הראשוני של מבחן זה, "גם שלבים ראשונים של הביצוע יכולים להיות בגדר ניסיון, ובלבד שהם קרובים קרבה מספקת להשלמת המעשה הפלילי" (ע"פ 1/65 שמש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(1) 398, 400 (1965); ראו גם ע"פ 115/77 לב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 505 (1978)). לשם בחינת הקרבה לביצוע העבירה המושלמת בגדרי מבחן זה, ניתן להעזר בפרמטרים של סמיכות בזמן ובמקום לביצוע המוגמר (ע"פ 9849/05 מדינת ישראל נ' ברואיר(23.11.2006) (להלן: עניין ברואיר)). מבחן שלישי ואחרון הוא מבחן החד-משמעות, המוכר גם כ'מבחן הסרט האילום'. לפיו, ניסיון ימצא במעשה גלוי, ולו ראשוני ביותר, המהווה את תחילת הגשמת העבירה, ובלבד שנגלית ממנו באופן חד-משמעי כוונתו הפלילית ומטרתו הקונקרטית של מבצע העבירה. ודוק: לא נדרשת תחילת ביצוע היסוד העובדתי של העבירה המושלמת דווקא, אלא "די בכך

שהעברין ניגש לביצוע העבירה, במובנו הרחב של מונח זה" (עניין ברואיר, פסקה 8). הבחינה נעשית באמצעות דימוי התנהגותו של המבצע ל'סרט אילם': ניסיון לבצע עבירה יתהווה החל מאותה נקודה, שבה תתברר לצופה מן הצד כוונתו של המבצע, מתוך צפייה בהתנהגותו בלבד, ומבלי ידיעה מוקדמת על הרקע לדברים (עניין וויינדפלד, בעמוד 13; עניין קובקוב, בעמוד 695; ע"פ 11068/08 מדינת ישראל נ' סנקר, פסקה 39 (12.7.2010) (להלן: עניין סנקר)).

38. מבין המבחנים הנ"ל, קנו להם שביתה במשפטנו מבחן הקרבה המספקת ומבחן החד-משמעות(אם כי אימוצם של מבחנים אלו זכה לביקורת, בטענה שהם אינם תואמים את מצוות המחוקק שבסעיף 25 לחוק: ראו רבין וואקי, בעמודים 557-556; גור-אריה, בעמוד 532; ש"ז פלריסודות בדיני עונשין כרך ב 95-105 (1987)). המבחנים משלימים זה את זה ב'לכידת' התנהגויות אשר עשויות לבוא רק בשעריו של אחד מהם, אך ראויות להחשב כניסיון לביצוע עבירה: מעשים שהתקרבו בצורה מסוכנת לביצוע העבירה המושלמת, אך כוונת העושה לא בהכרח נשקפת מהם בבירור; או מעשים המהווים צעד ראשוני שאינו קרוב במיוחד להשלמת המזימה בפועל, אך הכוונה הרעה נשקפת מהם בבירור (עניין ברואיר, פסקה 6; עניין סנקר, פסקה 39; ע"פ 1996/11 נחאל נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (23.12.2014) (להלן: עניין נחאל)).

39. כמצוין לעיל, גיבושו של ניסיון איננו מחייב את תחילת ביצוע היסוד העובדתי של העבירה ממש. עיקרו של הצידוק להבחנה בין הכנה לבין ניסיון טמון, מבחינה עיונית, במידת הפגיעה (או הסיכון לפגיעה) בערכים שעליהם בא האיסור הפלילי להגן:

"ההנחה המרכזית שביסוד הגישה כי בהבדל מניסיון, מעשי הכנה בדרך-כלל אינם ענישים, היא כי לרוב מעשי ההכנה אינם מסכנים את הערך המוגן באמצעות איסור העבירה במידה המצדיקה אחריות עונשית" (גור-אריה, בעמוד 528).

ברירת המחדל היא אפוא כי אדם זכאי 'להנות מן הספק'. גם לעת ביצוע מעשי הכנה, אפשר שלא התגבשה אצלו החלטה סופית ומכרעת לבצע את העבירה עצמה. בשלב זה, יש להעדיף את ההנחה כי הוא עשוי לחזור בו. דברים אלו יפים עד ל'רף' מסוים, 'קפיצת מדרגה איכותית', שממנה והלאה יש לגייס תגובה עונשית כנגד אפשרות הפגיעה בערכים המוגנים. אכן, "כל עוד מדובר בהערכות מוקדמת ניתן, ואולי אף ראוי, להעדיף אמצעי שכנוע על פני תגובה עונשית [...] אולם, מרגע שנפתחה ההתקפה מתחייבת תגובה עונשית, ואין הצדקה לחייב המתנה עם התגובה עד שיהיו נפגעים" (גור-אריה, בעמודים 528-529 (ההדגשה הוספה - נ' ס'; ע"פ 297/11 סעיד נ' מדינת ישראל, פסקה 43 (22.7.2013) (להלן: עניין סעיד)).

40. ב"כ המשיבה הפנתה לפסיקה העוסקת במקרים הדומים, לדבריה, לעניינו. כך למשל, בעניין ווזווז הנזכר לעיל, נסעו המשיבים במכונית במטרה למצוא טרמפיסט יהודי, לגנוב את נשקו ולרצוח אותו. השניים אספו אדם יהודי ברכבם, אך משגילו כי אינו נושא נשק, הורידו אותו במחוז חפצו מבלי לעשות לו דבר; הם הורשעו בניסיון רצח. בעניין נחאל, החליט המערער לבצע פיגוע התאבדות; נפגש עם פעילי טרור, קיבל חגורת נפץ והודרך לגבי הפעלתה; חצה את הגבול לעבר ישראל - ונעצר. נקבע, כי תחילת נסיונותיו לחצות את הגבול מסמנת את החרیגה מהכנה גרידא, וזאתאף בהעדר יעד קונקרטי לפיגוע. המערער הורשע בניסיון רצח (למקרים דומים במהותם ראו: ע"פ 4503/99 אפרים נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 604 (2001); ע"פ 9917/02 זהרה נ' מדינת ישראל (17.5.2007) (להלן: עניין זהרה)). כפי

שיבואר להלן, הנדון דידן מובהק אף יותר ממקרים אלו, מבחינת החריגה לגדרי מתחם הניסיון.

41. מן הכלל אל הפרט. השאלה עודנה מונחת לפתחנו: האם מעשיהם של המערערים מקיימים אותה 'קפיצת מדרגה איכותית' ביחס ל-3 המתלוננות שלא נפגעו בגופן? לשון אחר, ולפי המבחנים שעוגנו בפסיקה - האם מעשיהם היו קרובים דיים לביצוע העבירה המושלמת, ולחלופין - האם נגלית מהמעשים, על פניהם, כוונה לבצע את העבירה המושלמת?

42. נזכיר בקצרה את העובדות הצריכות לענייננו: המערערים נדברו ביניהם מבעוד מועד, גמרו אומר בלבם לבצע את זממם, תיאמו כוונות, קבעו מקום מפגש, החליטו מראש באילו סוגי כלי נשק יעשו שימוש, וסיכמו מי אחראי להביאם. המערערים נפגשו במקום ובמועד שקבעו לשם כך, מצוידים בכלי המשחית כמתוכנן, והחלו להסתובב באזור המיועד במטרה לאתר קורבנות. לבסוף, שמו להם למטרה את קבוצת המתלוננות, הסתערו עליהן, והצליחו לדקור שתיים מבין חברות הקבוצה; משעשו כן - נמלטו ונסו על נפשם.

43. הפכתי בדבר, ושוכנעתי כי צדק בית המשפט המחוזי בהכרעתו, כי מעשיהם של המערערים מקיימים את היסוד העובדתי הדרוש להרשעה בעבירת ניסיון רצח, גם ביחס ל-3 המתלוננות שהצליחו ב"ה לברוח. בקליפת אגוז, שלושה הם היסודות למסקנתי: ראשון, הקביעה כי המתקפה בוצעה כלפי המתלוננות לאחר שסומנו על-ידי המערערים כקבוצה; שני, הנקודה שממנה והלאה, לדידי, חרגו מעשיהם של המערערים מגדרי הכנה לעבר ניסיון ממש - ותחולתה ביחס ל-5 המתלוננות באופן זהה; שלישי, והוא נובע משילוב השניים הראשונים - שלילת אי-הרדיפה אחר 3 המתלוננות שברחו כיסוד להבחנה ביניהן לבין אלו שנדקרו. אבאר את הדברים כסדרם.

44. ראשית, ישנה משמעות רבה לתקיפתן של המתלוננות כקבוצה, מוגדרת ומסומנת. את הקבוצה כולה החליטו המערערים לתקוף, ורק אותה; 5 הנשים שהילכו להן יחדיו, ובהן 3 המתלוננות שעלה בידן לנוס מן המקום. הדבר עולה מפורשות מהודעותיהם של המערערים: בהודעתו הראשונה מיום 21.5.2016 מסר המערער 2, כי לאחר שהחלו להסתובב בטיילת "ראיתי ממרחק 20 מטרים בערך 5 זקנות [...] וכשראינו אותן [...] סיכמנו לדקור את כולן אחת אחרי השנייה" (מוצג ת/1, שורות 91-92). כך עולה גם מדבריו של המערער 1, שלפיו כשראו את קבוצת המתלוננות "ידענו שהן יהודיות מהמראה שלהן והלבוש שלהן והחלטנו [...] לתקוף אותן" (מוצג ת/7, שורות 23-25). לכאורה, לו היו תוקפים המערערים עוברי אורח 'סתם', אנשים יחידים ברחוב באופן אקראי - תוקפים חלק, ומניחים לאחרים - קשה היה לקבוע כלפי מי חרגו המעשים לגדרי ניסיון. דומה שלכך כיוון ב"כ המערער 1, כששאל בסוף הדיון לפנינו האם כל מי שחלף על פני המערערים ברחוב "נפגע בניסיון רצח" - אך בנסיבותיו של הנדון דידן איננו נדרשים לשאלה זו. בענייננו, קבוצת הנשים היתה מוקד התקיפה באופן מובחן, ותובנה זו מאפשרת להגדיר ולתחום בבירור את הקורבנות שכלפיהם החלו המערערים בהוצאת זממם אל הפועל.

45. שנית, ניתוח מעשי המערערים לאור המבחנים שפורטו לעיל מלמד, כי מעשיהם עברו את הנקודה שממנה והלאה בניסיון עסקינין - וזאת ביחס לקבוצת המתלוננות כולה. ה'נקודה הקריטית' בענייננו, המסמלת את סופו של שלב ההכנה, נמצאת בהסתערותם של המערערים על קבוצת המתלוננות בכלי נשק - סכין וגרזן - שלופים. יובהר, כי נקודה קריטית זו איננה בהכרח 'נקודת המינימום', אשר לפנייה לא התגבש עדיין ניסיון; היא אך הנקודה המובהקת ביותר

בעניינינו, שחלה ביחס לקבוצת המתלוננות כולה. בשל קיומה, אין לנו צורך להוסיף ולדון בנקודות מוקדמות יותר בזמן, שבהן קיומם של מבחני הפסיקה אפשריים, אך מובהקים פחות: כך למשל, יתכן שעצם הגעתם של המערערים למקום שבו תכננו לבצע את הפיגוע, מצוידים בנשק ובתכנית סדורה, כשכל החסר להם היה איתור קורבן אקראי (וכפי שעולה מהצהרותיהם-הם - כל קורבן יהודי היה 'מספיק') - מהווה כבר בעצמה פעולה שחרגה מגדרי הכנה גרידא, והבשילה לכדי ניסיון (כך למשל, בעניין זהרה ובעניין נחאל הנ"ל; והשוו עניין קובקוב, שם חרף ההצטיידות בנשק וההליכה לכיוון האזור שבו שקל קובקוב לבצע את זממו, נקבע כי במועד תפיסתו "טרם הספיק לגבש תוכנית קונקרטית למימוש כוונתו", ונמצא למעשה בסופם של שלבי ההכנה. שם, בעמוד 695). על אותו משקל, יתכן גם כי היה די בשלב הבא של הדברים - קרי, איתור קורבנות קונקרטיים - כדי לגבש תחילתו של ניסיון.

46. כאמור, בחינה זו איננה נדרשת לנו, משהחלו המערערים להגשים את כוונתם בפועל. הסתערותם על קבוצת המתלוננות מייצגת נקודה מובהקת דיה כדי לענות הן על דרישות מבחן 'החד-משמעות', הן על דרישות מבחן 'הקרבה המספקת'. אשר למבחן ה'חד-משמעות', הרי שיש בתחילת ההסתערות על קבוצת המתלוננות כדי להדגים באופן ברור את כוונתם הרעה של המערערים לצופה ההיפותטי בסיטואציה: קבוצת קשישות צועדת לה בטיילת ארמון הנציב בשלוות יומה, ולפתע מסתערים מאחוריה שני צעירים בכלי נשק שלופים, סכין וגרזן. נקודה זו ממחישה בבירור את הכוונה העבריינית; היא ניכרת על פני הדברים, והיא ניכרת ביחס לכל חברות הקבוצה שהותקפה. אדרבה; לא דרוש להפליג ולדמייין אותו 'צופה היפותטי', הצופה מן הצד. המתלוננות עצמן, כולן, מבלי לראות את הדברים מראש, מבלי לדעת את הרקע להם - הבינו בשביר שניה שהסכין עתידה להינעץ בגופן אם לא יברחו. כולן נסו על נפשן, בטרם יבוא המשחית וינגוף בהן.

47. התמונה דומה גם בבחינת קרבתם של המעשים שבוצעו להשלמת העבירה, וזאת לא רק ביחס לשתי המתלוננות שנדקרו בפועל. בגדרי בחינה זו מקבל אלמנט האקראיות שבמתקפה את חשיבותו: כל שהפריד בין התוקפים לבין 3 המתלוננות שלא נפגעו בגופן, היו 2 המתלוננות שנפגעו, והזמן שלקח לתקוף אותן. אלו שנפגעו - באקראי נפגעו, אחת בשל מיקומה בסדר ההליכה -כמאספת; שניה כיוון שלא הצליחה לברוח, להבדיל מחברותיה. המערערים הבהירו בעצמם, כי המתלוננות שנפגעו בפועל, נפגעו רק על יסוד מזלן הרע: מחמת שהיו קרובות יותר, והמערערים לא הצליחו להשיג את השלוש שברחו (מוצג ת/1, שורות 117-118) - קרי, במקרה, עקב בריחתן המוצלחת, ולא מתוך כך שהמעשים מלכתחילה היו מכוונים רקלפי המתלוננות ב' ש' ו-ת' מ'. למעשה, לכל הפחות ביחס ל-2 המתלוננות שנדקרו בפועל - המעשים לא רק מייצגים את תחילת הגשמת הכוונה העבריינית (שדי בה כאמור לשם גיבוש היסוד העובדתי בניסיון), אלא את תחילת ביצוע היסוד העובדתי של העבירה המושלמת ממש, אשר רק בדרך נס לא נסתיימה בתוצאות גרועות יותר. על רקע זה נקל לראות, שגם ביחס למתלוננות שברחו, מהווה ההסתערות על הקבוצה נקודה קרובה בצורה מסוכנת לביצוע העבירה המושלמת - קרובה כמרחק מעידה.

48. שילוב הדברים עד כה מלמדנו, כי מעשיהם של המערערים חרגו לעבר מתחם הניסיון ביחס לכל 5 המתלוננות. ההסתערות מדגימה באופן מובהק את תחילת הגשמת הכוונה העבריינית, וכוונה זו נגלית ממנה בבירור, ביחס לקבוצה כולה. המעשה הגיע כדי קרבה מסוכנת לביצוע העבירה עצמה, וגם זאת - ביחס לקבוצת 5 הנשים כולה. היסוד השלישיל הכרעתי מצוי במענה לטיעון נוסף שהעלו ב"כ המערערים: לכאורה, לו היו רוצים המערערים, היו בנקל יכולים לרדוף ולהשיג את כל המתלוננות הקשישות - אולם הם נמנעו במכוון מלרדוף אחריהן. האין בכך כדי לשלול את הקביעה, שהמערערים החלו בהוצאת כוונתם לפועל ביחס ל-3 המתלוננות שלא נפגעו בגופן? במבט ראשון, הטענה

מושכת את העין; אולם, גבי דידי, בהתחשב בניתוח דלעיל התשובה היא בשלילה. כאמור, המערערים החלו בהוצאת תכניתם אל הפועל ביחס ל-5 הנשים כולן, כקבוצה. נקודת ההתחלה של הניסיון בענייננו היא בתחילת תקיפתה של הקבוצה. לא דובר ב'סדרת מרדפים' אינדיבידואלים, כי אם בהסתערות לעבר כל הבא ליד מתוך הקבוצה המוגדרת - מי מבין חברות הקבוצה שנפלה ראשונה ברשתם של המערערים, היא זו שספגה מנחת זרועם ונפגעה מכלי המשחית שהחזיקו בידם. לו, במקרה, היתה המתלוננת שצעדה ליד ת' מ' מועדת - אין ספק שהיתה נופלת קורבן למעשים במקומה. לו היו כל הנשים מצליחות לברוח, האם היינו קובעים כי אלו האחרונים החלו בהוצאת כוונתם לפועל רק ביחס לחלק מן המערערות? אין בהצלחתם החלקית של המערערים, ביחס ל-ב' ש' ו-ת' מ', כדי לגרוע ממהות מעשיהם גם כלפי 3 המתלוננות האחרות. הניסיון בנדון דידן החל עם תחילת תקיפת הקבוצה, כקבוצה; ההימנעות מהמרדף בפועל אינה מעלה או מורידה לעניין זה. למרבה ה'מזל', בשלב מסוים החליטו המערערים לסגת, ובכך ניצלו 3 הנשים הנותרות. אין בידינו לקבוע מהו הטעם שבגינו נסו, אך יודעים אנו לומר מה תכננו, ומה ניסו לעשות. די בכך כדי להביא להרשעתם בניסיון לרצח ביחס לכל חמש הקורבנות. לפיכך אני סבור כי בדין הורשעו המערערים ב-5 עבירות של ניסיון לרצח.

49. כזכור, המערערים ערערו גם על גזר הדין ועתרו להקלה בעונשם. לדידם, בית המשפט המחוזי החמיר עמם יתר על המידה, ולא נתן משקל מספיק לנסיבות מקלות - קטינות, רקע אישי, העדר עבר פלילי. נטען, כי הפיצוי הכספי שהושת עליהם מופרז, וכי ברור כבר עתה שלא יהא ביכולתם של המערערים לשלמו. דינם של הערעורים במישור זה גם הוא להידחות. בגזר דין מפורט ומנומק עמד בית המשפט המחוזי על הנסיבות הצריכות לעניין. משקל ניתן לגילם של המערערים; לעמדת שירות המבחן בעניינם ולנסיבותיהם האישיות. נשקלו גם חומרת מעשיהם של המערערים, הפגיעה הקשה בערכים החברתיים של קדושת החיים, שלמות הגוף ובטחון הציבור, והנזק הרב שנגרם למתלוננות.

50. אכן, צעירים היו המערערים כשיצאו לשחר לטרף; צעירים הם גם היום, ושנות חיים ארוכות עוד לפניהם. אולם, בל נשכח כי במעשי טרור ממש עסקינן, ורקע זה למעשים צריך לעמוד הישר לנגד עינינו. חומרת המעשים כה ברורה ובולטת עד כי אין צריך לחזור ולשנות בה - אלא אך להשיב למפגעים כרוע מעלליהם, בענישה כואבת ומרתיעה; הרתעה כלפיהם, כמו גם כלפי אחרים שכמותם, לבל יהינו לנסות לעשות כמעשה הנורא הזה. הנזק הרב לו גרמו המערערים במעשיהם מחזק מסקנה זו ביתר שאת. תסקירי נפגעות העבירה מתארים פגיעות ונזקים משמעותיים, שיתוארו באופן כללי על מנת שלא לפגוע בצנעת המתלוננות. מן התסקירים עולה, כי אותותיו של הפיגוע ניכרים במתלוננות, בגוף ובנפש; המעשים רודפים אותן ומשפיעים על תפקודן. נמסר, כי המתלוננות כולן - הן אלו שנדקרו, הן אלו שהצליחו להימלט - סבלו מהחמרה במצבן הבריאותי על רקע החשיפה לאירוע הטראומטי. המתלוננות ב' ש' ו-ת' מ', שנדקרו בפיגוע, מתמודדות עם קשיים בשיקומן הגופני, ונקבעו להן אחוזי נכות בשיעורים של 32% ו-20%, בהתאמה. מאז הפיגוע, הן נדרשות לסיוע לשם תפקוד יומיומי. המתלוננות כולן סובלות מהפרעות פוסט-טראומטיות, שבגינן נדרשות חלקן לטיפול תרופתי. זכרון התקיפה האכזרית אינו מרפה מהן, וכל אימת שהן מנסות לצאת ממקום מגוריהן וליטול חלק בפעילויות חיצוניות - נתקפות לחץ וחרדה. דברים אלו, בשילוב עם גילן המבוגר של המתלוננות, מקשים עליהן את ההתמודדות עם השלכותיו של האירוע הקשה, ואת השבת חייהן למסלולם הפעיל כשם שהיה עובר לפיגוע. תמונת הנזק המצטיירת היא "קשה מאוד"; לפי האמור בתסקירי נפגעות העבירה, היא עשויה עוד להחמיר. המערערים הורשעו ב-5 עבירות של ניסיון רצח, ונוסף על אלו גם בעבירות של החזקת סכין ושיבוש מהלכי משפט. כל קורבן - עולם מלא, ומשקלן המצטבר של העבירות מביד פי כמה. הנזק שנגרם הוא עצום ורב; הנסיבות קשות וחמורות. משכו של עונש המאסר הולם אפוא את חומרת מעשיהם של המערערים.

51. באשר לחיוב בתשלום פיצוי כספי למתלוננות: בית המשפט המחוזי ציין, בצדק, כי הקשיים הצפויים למערערים בבואם לשלם את הפיצויים, אינם שיקול רלבנטי בעת קביעת הפיצוי. סעיף 77 לחוק הוא מקור הסמכות לפסיקת פיצויים לנפגע עבירה. אופיה של הוראה זו 'היברידי'; מושבה בדין הפלילי, אך היא שואבת מהות ותכלית מהדין האזרחי: "המחוקק שתל זרע של משפט אזרחי בתוככי דין העונשין, אך זריעה זו לא שינתה מאופיו ומאפיונו של הזרע" (רע"פ 2976/01 אס"פ נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418, 462 (2002) (להלן: עניין אס"פ); ראו גם דנ"פ 5625/16 אס"פ נ' טווק (13.9.2017) (להלן: דנ"פטווק); רע"פ 9727/05 פלוני נ' מדינת ישראל (8.8.2007)). מחמת אופיו ותכליתו האזרחיים של הפיצוי, ובדומה לעניינים אחרים שבמשפט האזרחי, מוקד ההסתכלות איננו ביכולתו של הפוגע-העברין. המוקד הוא בעניינו של נפגע העבירה, בהכרה בפגיעה בו, ובהטבתה: "הנפגע - לא הפוגע - הוא העומד במרכז הזירה, הזרקורים מופנים אל הנפגע, בו ידובר ואותו נבקש" (עניין אס"פ, בעמוד 462).

52. על בסיס דברים אלו נקבע להלכה, כי מצבו הכלכלי של הנאשם איננו מהווה שיקול רלבנטי בעת השתת הפיצוי(ע"פ 5761/50 מג'דלאוי נ' מדינת ישראל, פסקה ט(2) לפסק דינו של השופט (כתארו אז) א' רובינשטיין (24.7.2006); ראו גם דנ"פטווק, פסקה 23 לחוות דעתי). לא למותר לציין, כי מתסקירי נפגעות העבירה עולה במפורש שבפיצוי יהא כדי לסייע להן בשיקומן - הן מחמת ההקלה בנטל הכלכלי הנובע מן הטיפולים הדרושים להן, הן בבחינת עצם ההכרה בפגיעתן. סיוע זה בשיקומו של נפגע העבירה תופס גם הוא מקום מרכזי בין תכליותיו של הפיצוי (דנ"פטווק, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) א' חיות; ע"א 6925/16 מדינת ישראל נ' ג'רחי, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (12.5.2019)). בשים לב לחומרת מעשיהם של המערערים מזה, ולתמונת הנזק העולה לגבי המתלוננות מזה, סבורני כי הפיצוי שהושת איננו על הצד הגבוה, ואין הצדקה להפחית ממנו.

הערה

53. בעקבות הערתו של חברי, השופט מ' מזוז:אכן, תיקון מספר 39 לחוק העונשין, הביא עמו שינוי בניסוחה של הגדרת הניסיון. בית משפט זה עמד עלטיבו של השינוי, ובחן את משמעויותיו ביחס להלכות העבר ולמבחנים שהשתרשו בהן. המסקנה שאליה הגיע בית המשפט היתה, כי "המחוקק לא התכוון בתיקון מס' 39 לסטות מהגדרת הניסיון המסורתית, [ולפיכך] ניתן לפנות בנושא זה אל ההלכה הפסוקה שקדמה לתיקון" (ע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105, 129 (1998)). הדברים אומצו בפסיקה; להלכה נקבע, וכך גם למעשה - קיומו של ניסיון יקבע לפי מבחן הקרבה המספקת או מבחן החד-משמעות (ראו, מהעת האחרונה, ע"פ 2012/17 קסימובה נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (31.7.2018)); עניין נחאל; עניין סנקר; ועניין סעיד הנזכרים לעיל). כאמור, בפן הנורמטיבי הושמעה ביקורת על דרך הילוכה המתואר של הפסיקה (ראו פסקה 38 לעיל). חברי השופט מ' מזוז, מבקש לנקוט גישה זהירה בהתייחס לפסיקה שקדמה לתיקון מספר 39; אף אני אינני נוטע מסמרות, אלא רק מפנה להלכה הפסוקה, ומוכן להשאיר את הסוגיה בצריך עיון לעתיד לבוא. בנסיבות העניין, אין צורך לנקוט עמדה בשאלה הנורמטיבית, האם ראוי לסטות מן ההלכה הפסוקה ולאמץ את מבחן 'תחילת הביצוע'. הטעם לכך הוא, כי משעה שמעשי המערערים חצו את מפתן מבחני הקרבה המספקת והחד-משמעות -לבטח, מכוח קל וחומר, התקיים גם מבחן תחילת הביצוע.

54. אשר על כן, אציע לחבכי לדחות את הערעורים שלפנינו - הן על הכרעת הדין, הן על גזר הדין.

אני שותף למסקנותיו של חברי השופט נ' סולברג ולתוצאה אליה הגיע, ואבקש להוסיף אך מילים אחדות לענין הרשעת המערערים בעבירה של ניסיון לרצח גם בנוגע לשלוש הנשים הנוספות.

1. הסוגיה של הגדרת גבולות עבירת הניסיון העסיקה לא מעט את בתי המשפט ואת הספרות המשפטית בישראל, כמו גם במדינות אחרות. בפקודת החוק הפלילי, 1936 (להלן: פח"פ) נכללה הגדרה של "ניסיון" (סעיף 30 לפקודה), שעברה, בעריכה לשונית (כנוסח חדש-משולב), לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (סעיף 33). במסגרת תיקון מס' 39 לחוק העונשין, שהחליף את כל החלק המקדמי והחלק הכללי של חוק העונשין (ס"ח תשנ"ד 348), הוחלפה ההגדרה של ניסיון, והיא מוגדרת כיום בסעיף 25 לחוק העונשין, שכותרתו "ניסיון מהו", כך:

"אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה."

ההגדרה החדשה אינה מגדירה אמנם באופן פוזיטיבי "ניסיון מהו" אלא קובעת הגדרה על דרך השלילה - בניגוד להגדרה הקודמת שהייתה בפקודת החוק הפלילי ובחוק העונשין - אך נקל לראות כי מדובר בהגדרה מרחיבה הכוללת לכאורה כל מעשה הנעשה "מתוך מטרה לבצע את העבירה עד תומה", בליווי היסוד הנפשי הנדרש לעבירה בה מדובר, ובלבד שאין מדובר במעשה הכנה בלבד (ראו דברי ההסבר להצעת החוק: חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992 (ה"ח תשנ"ב 115, 128)). החוק אינו מגדיר כאמור באופן פוזיטיבי את מעשה הניסיון אך הוא תוחם את גבולותיו במתחם שבין סיום שלב ההכנה לבין השלמת ביצוע העבירה. מדובר אפוא במנעד רחב המשתרע החל ממעשים המהווים תחילת ביצוע העבירה ועד להשלמתה.

אעיר, כי נוכח ההבדלים שבין הגדרת הניסיון לפי תיקון 39 לחוק העונשין להגדרות הקודמות בפח"פ ובחוק העונשין, יש לנקוט גישה זהירה בהתייחסות לפסיקה שעסקה בעבירת הניסיון שקדמה לתיקון 39.

2. אכן, הגדרה זו על דרך השלילה מעוררת שאלה באשר לקו התיחום שבין שלב ההכנה לשלב הביצוע, ולענין זה הוצעו מבחנים שונים שאין זה המקום לעמוד עליהם (ראו למשל מרים גור-אריה "על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון" משפטים לב 505 (תשס"ב), להלן: גור-אריה - על ההבחנה; דן ביין "הערות לעבירת הניסיון לאור תיקון 39 לחוק העונשין" המשפט ג 297 (1996)), אך גלוי וברור כי בהגדרה זו הכריע המחוקק בעד הגישה המרחיבה לפיה מעשה המהווה תחילת ביצוע של העבירה כאמור הוא מעשה בר-עונשין כעבירת ניסיון; זאת להבדיל מגישות לפיהן רק ניסיון מושלם ("מבחן המעשה האחרון"), או ניסיון שהגיע לקרבה להשלמה של העבירה ("מבחן הקרבה") הם בני עונשין (מרדכי קרמיניצר "עוד על היסוד ההתנהגותי ב'אקטוס ריאוס' של הניסיון" משפטים ט 274 (תשל"ט), להלן: קרמיניצר). אעיר עם זאת כי בנסיבות מסוימות יתכן ותהיה השלכה עונשית לשלב הביצוע בו נעצר הניסיון.

ביסוד גישה זו עומדת התפיסה לפיה מי שגיבש כוונה לבצע עבירה, ולא הסתפק אך במעשי הכנה אלא החל

להוציא מן הכוח אל הפועל את כוונתו זו, מהווה סיכון לחברה ולערכים המוגנים על ידי העבירה בה מדובר, המצדיק תגובה חברתית של הפעלת דיני העונשין כלפיו (קרמניצר, שם בעמ' 285-286, 295; מרים גור-אריה "אי-האפשרות להשלים את העבירה והשפעתה על ענישת הניסיון" משפטים ח 310, 314-315 (תשל"ח); גור אריה - על האבחנה, 526-527).

לצד זאת, וכעין איזון לגישה המחמירה שנקט לענין עבירת הניסיון, קבע המחוקק בסעיף 28 לחוק הוראה בדבר "פטור עקב חרטה", לפיה "מי שניסה לעבור עבירה, לא יישא באחריות פלילית לניסיון, אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה". בכך העניק המחוקק "פתח מילוט" מאחריות פלילית בגין ניסיון לעבור עבירה למי שחצה את קו הפליליות של עבירת הניסיון, ונמלך בנפשו והחליט, "מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה", שלא להשלים את העבירה.

3. בענייננו, לאחר בחינה זהירה של העובדות, גם אני סבור כי המערערים חצו במעשיהם את שלב ההכנה, גם בנוגע לשלוש הנשים שנמלטו מידיהם, כמבואר היטב בחוות דעתו של חברי(פסקאות 42-46). גם אני סבור כי משהחלו המערערים להגשים את כוונתם על ידי הסתערות לכיוון חמש הנשים, כקבוצה, מצוידים בכלי המשחית שלופים בידיהם, ופגיעה בשתי הנשים הראשונות, הם חצו במובהק את שלב ההכנה עמוק לתוך שלב הביצוע.

שׁוֹפֵט

השופט י' אלרון:

אני מסכים לאמור בחוות דעתו של חברי השופט נ' סולברגולהערותיו של חברי השופט מ' מזוז.

שׁוֹפֵט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נעםסולברג.

ניתן היום, י"ג בסיון התשע"ט (16.6.2019).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט