

תפ"ח 21279/09/15 - המאשימה מדינת ישראל נגד הנאשם סלים שוויש

בית המשפט המחוזי בחיפה

תפ"ח 21279-09-15 מדינת ישראל נ' שוויש

בפני הרכב כב' השופטים:

רון סוקול [אב"ד]

תמר שרון נתנאל

רונית בש

המאשימה מדינת ישראל

ע"י ב"כ עוה"ד מיטל חן רוזנפלד ועוה"ד נג'וא סלימאן מפרקליטות מחוז חיפה (פלילי)

נגד

הנאשם סלים שוויש,

ע"י ב"כ עוה"ד אלי סבן

הכרעת דין

השופט רון סוקול

1. המנוח, מוחמד אל חיר ז"ל, המכונה בוגי, היה הבעלים של קיוסק ובית קפה ברח' העצמאות בעכו. ביום 2.4.2015, בשעות הערב, ישבו המנוח בוגי ואחיינו, המנוח מוסא מחמדין ז"ל, סביב שולחן בבית הקפה. בשעה 21:40

עמוד 1

לערך הגיעה מכונית מסוג הונדה סיוויק בצבע שחור, נהוגה על ידי הנאשם - סלים שוויש ונעצרה על מעבר החצייה אל מול בית הקפה. מהמכונית יצא אדם רעול פנים, לבוש בגדים כהים ובידו תת מקלע מסוג קלצ'ניקוב. אותו אדם החל לצעוד לעבר בית הקפה ולירות בצרורות כלפי היושבים בו. היורה המשיך לירות וכשהגיע סמוך לחלון בית הקפה, ירה מספר יריות נוספות לכיוונו של בוגי אשר היה שרוע על הארץ, ונמלט חזרה למכונית אשר יצאה בנסיעה מהירה והתרחקה מהמקום.

2. כתוצאה מהירי, נפגעו המנוחים בוגי ומוסא. עובד נוסף של בית הקפה, עלי סולטאן, הצליח להימלט מבית הקפה ללא פגע. המנוח מוסא, נפגע מקליעים בצווארו ובראשו ומצא את מותו מיד. המנוח בוגי נפגע ונפצע מ-18 קליעים וממספר רב של רסיסים. כעבור זמן קצר נפח גם בוגי את נשמתו.

האישום

3. מספר חודשים לאחר אירוע הירי, ביום 3.8.2015, נעצר הנאשם בחשד כי היה מעורב בביצוע הירי ובגרירת מותם של המנוחים בוגי ומוסא. לאחר חקירה הודה הנאשם כי היה מעורב באירוע ואישר כי הוא שנהג במכונית בה הגיע היורה למקום האירוע ובה נמלט מהמקום. על פי עדותו, מי שירה במנוחים היה אדם בשם אדהם מוסלמאני.

4. בעקבות החקירה הוגש נגד הנאשם כתב האישום המונח כעת להכרעה בפנינו (ההתייחסות היא לכתב האישום המתוקן).

בכתב האישום נטען כי בין הנאשם לבין אדהם מוסלמאני (להלן: "אדהם") היו קשרי חברות. במהלך חודש מרץ, במועד שאינו ידוע במדויק, נפגשו הנאשם ואדהם בדירתו של הנאשם. אדהם סיפר לנאשם כי בכונתו "להוריד מישהו" על רקע פגיעה בכבוד המשפחה והציע לנאשם להצטרף תמורת תשלום בסך של 30,000 ₪.

בהמשך, ביום 2.4.2015, נפגשו הנאשם ואדהם בכפר יאסיף, שם סיפר אדהם לנאשם כי המנוח בוגי הטמין מטען חבלה במכוניתו. אדהם הוסיף כי ברצונו להמית את המנוח בוגי וביקש מהנאשם להצטרף אליו. הנאשם הסכים לבקשה והשניים תכננו להגיע לבית הקפה של בוגי, לירות בו ולהמיתו. כן סיכמו ביניהם כי הנאשם ינהג ברכב ואדהם הוא שיבצע את הירי.

ביום 2.4.2015 הגיעו אדהם והנאשם למוסך "כוכב החלפים" בכפר יאסיף, שם המתינו לאדם נוסף. בשעה 18:00 הגיע האדם הנוסף, הסייע את הנאשם ואדהם לירכא ושם מסר להם רכב גנוב מסוג הונדה סיוויק בצבע שחור (להלן: "הרכב"). בתוך הרכב היו רובה סער מסוג קלצ'ניקוב (להלן: "הרובה") ומיכל ובו בנזין. השניים נכנסו לרכב, כאשר הנאשם נוהג ואדהם יושב במושב האחורי. במהלך הנסיעה כיסו השניים את פניהם בכובעי גרב ועטו כפפות על ידיהם.

השניים הגיעו ברכב לכיכר יאנוש קורצ'אק הסמוכה לבית הקפה של המנוח בוגי. הואיל ומכוניתו של בוגי לא

נראתה, המשיכו בדרכם ועזבו את המקום. לאחר זמן, בערך בשעה 21:40 שבו למקום. משהבחינו השניים כי רכבו של בוגי חונה בקרבת מקום, התקרבו עם הרכב לבית הקפה. הנאשם, שנהג ברכב, עצר בסמוך לבית הקפה על מעבר החצייה. או אז, יצא אדהם מהדלת האחורית ימנית כשבידו הרובה והחל לירות בצרורות אל עבר בית הקפה, שם ישבו המנוחים בוגי ומוסא. כתוצאה מהירי מצא מוסא את מותו במקום ישיבתו. בוגי נפצע ונפל לארץ. אדהם התקרב לבית הקפה, והמשיך לירות בבוגי שהיה שרוע על הארץ. כתוצאה מהקליעים שפגעו בו נפח גם בוגי את נשמתו.

לאחר הירי, חזר אדהם למכונית בה המתין הנאשם והשניים נמלטו מהמקום. השניים המשיכו בנסיעה ברכב עד לרחבת חניית רכבים במקום אחר בעיר, מאחורי בניין ברחוב גיבורי סיני. השניים יצאו מהרכב, שפכו את הבנזין שהביאו, והציתו את המכונית כשהרובה בתוכה. לאחר מכן, נמלטו מהמקום.

5. בשל ביצוע המעשים האמורים ייחסה המאשימה לנאשם את ביצוען בצוותא של העבירות כדלקמן:

(א) רצח בכוונה תחילה, שתי עבירות לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין;

(ב) עבירה בנשק, עבירה לפי סעיף 144(ב) ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין;

(ג) קשירת קשר לביצוע פשע, עבירה לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין;

(ד) הצתה, עבירה לפי סעיף 448 ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין;

(ה) שיבוש מהלכי משפט, עבירה לפי סעיף 244 ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין.

תמצית הטענות והמחלוקות

6. המאשימה מבססת את ראיותיה בדבר מעורבות הנאשם בביצוע העבירות, בעיקר על הודאותיו בפני מדובב, בפני החוקרים ועדותו בבית המשפט. להודאות אלו של הנאשם נמצאו, לעמדת המאשימה, חיזוקים שונים כפי שיפורטו להלן. חשוב לציין כבר כעת, כי נגד אדהם הוגש כתב אישום בתיק נפרד המתנהל בפני הרכב שופטים אחר.

7. הנאשם מודה במרבית העובדות שבכתב האישום. הנאשם הודה, הן בתשובתו לכתב האישום והן בעדותו בבית המשפט, כי אדהם פנה אליו והציע לו לשמש כנהג. הנאשם הודה כי נפגש עם אדהם, כי נסע עמו לכפר יאסיף ומשם לירכא, כי נהג ברכב ההונדה, כי ראה את הרובה, כי ידע על מיכל הבנזין שהוחזק ברכב וכי נהג ברכב לעכו. הוא הודה כי כאשר הגיעו בפעם הראשונה לבית הקפה, חפשו את רכבו של בוגי. כן הודה כי הם עזבו את המקום והמתינו ברחוב צדדי, הודה בכך שחזרו למקום בשעה 21:40 וראו שרכבו של בוגי חונה ליד בית הקפה. הנאשם הודה עוד כי ראה את אדהם יוצא מהרכב, יורה אל עבר בית הקפה והיושבים בו, הודה כי המתין ברכב ומיד לאחר שאדהם חזר, נסע מהמקום ונמלט. כן הודה כי ביחד עם אדהם שרף את הרכב.

8. עם זאת, הנאשם לא הודה בבית המשפט, כי ידע שבכוונת אדהם להביא למותו של המנוח בוגי. הנאשם חזר והדגיש כי הבין שבכוונת אדהם לפגוע ולפצוע את בוגי אך לא ידע על כוונה להמיתו.

9. הנאשם, בהיותו מודע לדברים שנאמרו על ידו למדובב ולחוקרים, מהם ניתן להסיק כי ידע על הכוונה להמית את בוגי, טוען גם כי נפלו פגמים בחקירה, המצדיקים את פסילת הודאותיו. לטענתו, צוות החקירה והמדובב פעלו שלא כדין בכך שהשיאו לו עצות משפטיות ובמיוחד כאשר גרמו לו להאמין כי מאחר ורק נהג ברכב ולא ירה במנוחים, היחס אליו יהיה שונה מאשר כלפי היורה. בכך פיתו אותו שלא כדין למסור גרסה הכוללת בחובה הודאה בכוונה להמית.

10. הצדדים חלוקים גם בשאלת אחריותו הפלילית של הנאשם להמתתו של המנוח מוסא. המאשימה סבורה, כי יש לראות בנאשם כ"מבצע בצוותא" האחראי בפלילים לכל מעשיו של אדהם, לרבות המתתו של מוסא. כן סוברת המאשימה, כי די בהוכחת הכוונה להמית את המנוח בוגי, כדי למלא את דרישת הוכחת יסודות עבירת הרצח בכוונה תחילה של המנוח מוסא. לגרסתה, יש להחיל את הוראת סעיף 20(ג)(2) לחוק העונשין בדבר "הכוונה המועברת", דהיינו בדבר האפשרות לייחס לנאשם כוונה להמתתו של מוסא מכוח הכוונה להמתתו של בוגי.

11. לחילופין, סבורה המאשימה, כי ניתן להרשיע את הנאשם גם בעבירה של רצח במזיד, עבירה לפי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין ולראותו כמבצע בצוותא של כל מעשי העבירה שביצע אדהם תוך כדי המתתו של בוגי.

12. הנאשם סבור מנגד, כי אפילו תוכח ידיעתו בדבר כוונתו של אדהם להמית את בוגי, אין בכך די על מנת להרשיעו בביצוע עבירת הרצח כלפי המנוח מוסא. הנאשם טוען, כי לא ניתן לייחס לו כוונה מועברת, שכן הדוקטרינה של כוונה מועברת על פי סעיף 20(ג)(2) לחוק העונשין לא חלה על עבירה נוספת שבוצעה בצדה של העבירה המקורית. יתרה מזו, לטענתו, לא ניתן לייחס לו, מכוח דיני השותפות למעשה עבירה, אחריות לעבירות שביצע אדהם ללא ידיעתו ובלי שהיה מודע לאפשרות ביצוען.

הנאשם סבור גם כי אין להרשיעו ברצח במזיד, על פי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין, שכן הוראה זו אינה חלה מקום שבו בוצעה עבירת רצח אחרת ומכל מקום לא התקיימו ולא הוכחו יסודות העבירה. המתתו של מוסא, כך לטענתו, לא נועדה לקדם את המתתו של בוגי והוא לא יכול היה לצפות את אפשרות התרחשותה.

13. לאור האמור מבקש הנאשם שלא להרשיעו בעבירת הרצח ולהסתפק בהרשעתו בעבירה אחת של הריגה, עבירה לפי סעיף 298 לחוק העונשין. הנאשם אינו כופר באשמתו בביצוע שאר העבירות המיוחסות לו בכתב האישום (עמ' 32 לסיכומים).

14. את הדיון נפתח בסקירה תמציתית של ההתרחשויות, לאחר מכן נדון בקבילות ובמשקל ההודאות ובהמשך נבחן את יסודות עבירת הרצח ואחריותו של הנאשם כמבצע בצוותא עם אדהם בהמתתם של כל אחד מהמנוחים.

עיקרי העובדות

15. המקור המרכזי לתיאור העובדות שקדמו לאירוע הירי ובמהלך הירי מצוי בעדותו והודאותיו של הנאשם. ביחס למרבית העובדות אין כל מחלוקת וכפי שציינו לעיל, עיקר המחלוקת עניינה גיבוש היסוד הנפשי בלבו של הנאשם. על-כן, נפתח בתיאור העובדות הרלבנטיות.

16. הנאשם יליד 1989, הוא תושב העיר עכו ובמועד האירועים מושא כתב האישום התגורר עם הוריו (עמ' 99 לשיבה מיום 26.10.2016 וכן עדות גרושת הנאשם הייא שוויש עמ' 102 לשיבה מיום 13/10/2016; עדות האב הישאם שוויש עמ' 93). גם אדהם הוא תושב עכו ובין הנאשם לאדהם שררו יחסי חברות (עמ' 100 שורה 16 לשיבה מיום 26.10.2016; עמ' 120-121). הנאשם מספר כי הכיר את אדהם מהשכונה (עמ' 100 לשיבה מיום 26.10.2016).

למרות החברות וההיכרות עם אדהם, כך לגרסת הנאשם, הוא ידע שאדהם "משוגע" (שם, עמ' 100) ועל כן כולם, לרבות הנאשם, "פחדו ממנו" (שם, עמ' 100-101).

17. הנאשם מספר כי בחודש מרץ 2015, פנה אליו אדהם והציע לו להצטרף אליו על מנת לרצוח אדם שאת שמו לא פירט. אדהם מסר לו כי יקבל ₪ 30,000 אם יצטרף (עדותו עמ' 102 לשיבה מיום 26.10.2016; ת/א' עמ' 40; ת/א' עמ' 46, 47). אף שאדהם לא מסר לו את מי ברצונו לרצוח, הבין שמדובר ברצח על רקע כבוד המשפחה והבין שמדובר בהמתת הקרבן (עמ' 129, 137, 138 לפרוטוקול מיום 26.10.2016; ת/א' עמ' 42-41; ת/א' עמ' 13, 45, 46). עם זאת הנאשם הדגיש כי לא דובר על המתתו של בוגי (עמ' 109 לשיבה מיום 26.10.2016).

18. הנאשם טוען כי השיב בחיוב אולם עשה זאת רק על מנת להתחמק מאדהם, בלא כוונה ממשית להשתתף ברצח (עמ' 102 לשיבה מיום 26.10.2016, שורה 4 ועמ' 129 שם שורה 8).

19. מספר ימים לאחר מכן, הגיע אליו אדהם וסיפר לו כי בוגי מבקש לפגוע בו (ת/א' עמ' 48; ת/א' עמ' 2). כעבור שבועיים פנה אליו אדהם בשנית וביקש ממנו להגיע לכפר יאסיף. שם סיפר לו אדהם כי בוגי הצמיד מטען למכוניתו ולכן ברצונו לנקום בו (עמ' 102, שורות 9-14; עמ' 104; ת/א' עמ' 45-48; ת/א' עמ' 13 שורות 51-52; ת/א' עמ' 2; ת/א' עמ' 3; ת/א' עמ' 3). הנאשם העיד בבית המשפט כי לא האמין לסיפור על המטען. כן העיד שאדהם לא שב להזכיר את התמורה הכספית של 30,000 ₪ שהציע במפגש הקודם (עמ' 142).

20. באותו מפגש בכפר יאסיף אמר אדהם כי ברצונו לפגוע בבוגי (לגבי טיב המעשה והכוונה נתייחס בהמשך) וביקש ממנו לנהוג עבורו ברכב (ת/א' עמ' 56; ת/א' עמ' 2). אדהם פנה לנאשם מספר פעמים עד שביום האירוע התקשר אליו והודיע כי יגיע לאסוף אותו (עמ' 102; ת/א' עמ' 54; ת/א' עמ' 56). הנאשם מספר כי אדהם הגיע לביתו, ביקש ממנו להשאיר את הטלפון הסלולרי בבית, ויחד יצאו ונסעו לכפר יאסיף (עמ' 102, ת/א' עמ' 55-56; ת/א' עמ' 58).

21. כשהגיעו לכפר יאסיף נכנסו לבית עסק בשם "כוכב החלפים" (ת/9א' עמ' 57; ת/11א' עמ' 59). במקום המתין להם רכב ובו היו מוכנים הרובה וכפפות (עמ' 102; ת/9א' עמ' 51-55; ת/11א' עמ' 15; ת/12 עמ' 12). אדהם סיפר לנאשם כי הרובה הוא מסוג קלצ'ניקוב (עמ' 103, שורה 30). השניים ישבו בבית העסק, ניהלו שיחה והנאשם אף התקשר לארוסתו ולהוריו (ת/9א' עמ' 60; ת/11א' עמ' 30, 54, 62). אדהם סיפר לו כי השיג רכב גנוב מסוג הונדה וכי הלילה בכוונתו לפגוע בבוגי (ת/11א' עמ' 68-69; ת/12 עמ' 3). בהמשך הגיע למקום חבר של אדהם בשם סובחי הווארי והסיע אותם לירכא (ת/11א' עמ' 69; ת/12 עמ' 3; ת/20 עמ' 5; ת/19 ו-ת/22 עמ' 5) (יצוין, כי סובחי הווארי מכחיש כי הסיע אותם (ת/545), אולם לשאלה מי הסיע את השניים לירכא אין חשיבות להכרעתנו).

22. בכפר ירכא חיכתה להם מכונית גנובה מסוג הונדה סיוויק שחורה. אדהם אמר לנאשם לנהוג ברכב וכיוון אותו לאן לנסוע. לגרסת הנאשם אדהם ישב במושב האחורי מצד ימין, קרוב לחלון (ת/14 עמ' 3; ת/16א' עמ' 14). אדהם כיוון את הנאשם לעכו, לכיוון בית הקפה של בוגי. מאחר ואדהם לא ראה את רכבו של בוגי בחנייה הסמוכה לבית קפה אמר לנאשם להמשיך בנסיעה, להסתובב ולהתרחק (עמ' 103; ת/9א' עמ' 76; ת/11א' עמ' 19, 76; ת/12 עמ' 3; ת/15א' עמ' 11).

השניים התרחקו מהמקום והחנו את הרכב ברחוב מרוחק והמתינו. הנאשם לא זוכר כמה זמן ארכה ההמתנה. בשלב כלשהו שב אדהם וביקש מהנאשם לנסוע לבית הקפה של בוגי. כאשר הגיעו למקום ראו את רכבו של בוגי ואדהם הורה לנאשם לעצור מול בית הקפה (ת/9א' עמ' 19, 21, 78; ת/12 עמ' 3; ת/15א' עמ' 13; עמ' 103, 154). עם עצירת הרכב, יצא אדהם מהדלת האחורית ימנית שהייתה מופנית לכיוון בית הקפה, ומיד החל לירות. לדברי הנאשם אדהם ירה כמו משוגע (עמ' 103, 155; ת/9א' עמ' 13, 79; ת/11א' עמ' 21, 79; ת/12 עמ' 3).

23. מצילומי מצלמת האבטחה רואים את היורה יוצא מהרכב, יורה צרורות מרובה הסער אל עבר בית הקפה, מתקרב ויורה גם מטווח קרוב (ראות/29). מצילומי המצלמה בתוך בית הקפה ניתן לראות כי מוסא נפגע מיד מהירי וכי בוגי נפגע ונפל לארץ. משהתקרב היורה הוא ירה אל עברו של בוגי מספר רב של יריות (צילומי מצלמת האבטחה סומנו ת/29).

24. מיד לאחר הירי שב אדהם על עקבותיו, נכנס לרכב שיצא במהירות מהמקום. לגרסתו של הנאשם, אדהם הוא שכיוון אותו לאן לנסוע (עמ' 103; ת/9א' עמ' 81; ת/12 עמ' 3; ת/19א' עמ' 3). הנאשם החנה את הרכב במגרש חניה אליו הוביל אותו אדהם (ראו ת/9א' עמ' 83; ת/11א' עמ' 82). תוך כדי הנסיעה החל אדהם לשפוך בתוך המכונית את הדלק מהמיכל שהובא מראש על ידם (ת/9א' עמ' 84; ת/12 עמ' 3; ת/13א' עמ' 3).

25. כשהגיעו לנקודת החניה יצאו מהרכב. אדהם אמר לנאשם להצית את הרכב. הנאשם נטל גליל נייר, הדליק אותו והשליכו לתוך הרכב (עמ' 103; ת/11א' עמ' 85; ת/12 עמ' 3; ת/15א' עמ' 14; ת/22 עמ' 3). כתוצאה מהאש שפרצה במכונית נכווה הנאשם קלות בפניו (ראו עדות הגב' הייא שוויש, גרושתו של הנאשם, עמ' 115-116; ת/537; עדות הגב' קדורא ת/412; עדותו של חנא סלום ת/570א', ת/570ב' ועדות הנאשם עמ' 120; ת/12 עמ' 5; ת/22 עמ' 4). הנאשם סיפר גם כי אדהם השליך את הרובה אל תוך המכונית הבווערת (ת/9א' עמ' 88; ת/11א' עמ' 23, 86, 87; ת/12 עמ' 3).

26. לאחר שהציתו את הרכב, נמלטו השניים ברגל אל בית מגורים המצוי בקרבת מקום והשייך לנאשם. מדובר בדירה אליה התכוון הנאשם לעבור להתגורר ושהייתה אותה עת בשיפוצים (ת/11א' עמ' 86; ת/12 עמ' 3). הואיל והנאשם לא הביא עמו טלפון, הוא התקשר במכשיר הטלפון של אדהם להרגיע את הוריו, עמם התגורר באותה עת. הנאשם מספר כי שב לביתו מאוחר יותר. הוריו כעסו עליו מאחר ושב מאוחר (עמ' 103 שורה 22, עמ' 154).

27. ימים מספר לאחר האירוע, ביום 00.00.2015 נישא הנאשם לבת זוגו הגב' הייא שוויש (עדותה עמ' 101). לאחר החתונה עברו השניים להתגורר בדירה אותה שיפץ הנאשם ברח' יאנוש קורצ'אק בעכו (עמ' 102-103). ביום 5.5.2015 יצאו בני הזוג לחופשת ירח דבש בתאילנד (עמ' 103-104).

28. מתברר עוד כי במהלך שהייתם בתאילנד נזקקו בני הזוג שוויש לעזרה כספית. לעדות הגב' שוויש הם פנו לבני המשפחה וגם להנא שוויש, אחותו של הנאשם (עמ' 123-124). עוד מתברר כי האחות פנתה בשמו של הנאשם לאדהם וביקשה ממנו תשלום, אולם זה לא שילם (עדות הנאשם עמ' 137 שורות 13-15 וכן עדות הנא שוויש, עמ' 82, ת/377 עמ' 3).

29. ביום 3.8.2015 נעצר הנאשם בחשד למעורבות בהמתתם של בוגי ומוסא. על מעצרו של הנאשם הוחלט בעקבות מידע מודיעיני, האזנות סתר ומידע לגבי ההימלטות לדירת המגורים אותה שיפץ הנאשם בסמוך למקום הימצאו של הרכב. לעדות החוקר ביאן מולא (עמ' 12-13), עם מעצרו של הנאשם לא היה בידי צוות החקירה מידע מלא מה היה חלקו של הנאשם בביצוע הרצח אלא רק מידע על מעורבותו. במהלך החקירה הודה הנאשם בביצוע המעשים כפי שתוארו עד כה.

30. כפי שניתן להבין, קיימת הסכמה על מספר עובדות רלבנטיות להליך. נחזור ונזכיר כי מוסכם כי אדהם פנה לנאשם והציע לו להצטרף על מנת לרצוח אדם תוך הבטחת תמורה של 30,000 ₪. כן מוסכם כי זמן מה לאחר מכן הציע אדהם לנאשם להצטרף אליו על מנת לפגוע במנוח בוגי (טיב הפגיעה שנוי במחלוקת). מוסכם כי ביום 2.4.2015 אסף אדהם את הנאשם מביתו ונסע עמו לכפר יאסיף, שם הצטיידו השניים בכפפות ובכיסוי פנים. אדהם נטל עמו רובה סער מסוג קלצ'ניקוב. מכפר יאסיף נסעו השניים לירכא, שם המתינה להם מכונית גנובה מסוג הונדה בצבע שחור. מוסכם כי הנאשם נהג במכונית לעכו, וכי אדהם ישב במושב האחורי. עוד מוסכם כי כאשר הגיעו לעכו חלפו על פני עסקו של המנוח בוגי. הואיל והמנוח לא היה במקום המשיכו בנסיעה והמתינו ברכב. בסביבות השעה 21:40 שבו לבית הקפה וראו את רכבו של בוגי. מוסכם על הכל כי הנאשם נהג ברכב עד שהגיע סמוך לבית הקפה. הנאשם עצר את הרכב בצמוד לבית הקפה, על מעבר החצייה. אדהם יצא מהרכב, מהדלת אחורית ימנית, נטל עמו את הרובה והחל לירות אל עבר היושבים בבית הקפה. אין חולק כי כתוצאה מהירי נפגעו המנוחים, מוסא ובוגי, ומצאו את מותם. מוסכם גם כי מיד לאחר הירי שב אדהם למכונית והנאשם נהג את המכונית עד למקום החנייה, שם הציתו הנאשם ואדהם את המכונית כשבתוכה הציוד שהביאו עמם, כולל הרובה, ונמלטו מהמקום.

31. עד כאן תיארו את העובדות כפי שנמסרו על ידי הנאשם בעדותו בבית המשפט ובהודעותיו השונות, עובדות שאינן שנויות במחלוקת. עובדות אלו מלמדות על מעורבותו של הנאשם בהמתתם של המנוחים, מעורבות שאינה כוללת לחיצה על הדק הרובה שהביא למותם.

משקבענו כי המסגרת העובדתית מוסכמת, נותר לבחון האם עובדות אלו מלמדת על ביצוע העבירות המיוחסות לנאשם או על ביצוע עבירה אחרת. נדון בטענות ביחס לכל אחד מהקרבנות ונתחיל בטענות לעניין המתתו של בוגי.

המתתו של בוגי

32. המחלוקת הראשונה היא האם יש בעובדות המוסכמות למלא את יסודות עבירת הרצח של בוגי. המאשימה סבורה כי העובדות כפי שפורטו, ביחד עם האמור בהודעותיו השונות של הנאשם, מלמדות כי הנאשם חבר לאדהם בכוונה משותפת להביא למותו של המנוח בוגי. המאשימה מבקשת לסמוך על דברים שנאמרו על ידי הנאשם בפני מדובבים ובמהלך חקירותיו, ולהסיק מדברים אלו כי הנאשם היה שותף להחלטה להמית את המנוח בוגי.

הנאשם מצדו סבור כי ההודעות והדברים שנאמרו למדובבים בדבר הכוונה וההחלטה להמית אינם קבילים. על-כן נדרשת הכרעה לעניין קבילות ההודעות השונות.

טרם הדיון בקבילות ההודעות ובקביעות האמורות הכלולות בהן, אשר מצביעות לטענת המאשימה על ההחלטה להמית את המנוח בוגי, נפרט בקצרה את יסודות עבירת הרצח בכוונה תחילה המיוחסת לנאשם ואת סוגיית אחריותם של המעורבים השונים בביצוע המעשה.

עבירת הרצח

33. עבירת הרצח בכוונה תחילה קבועה בסעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, שזו לשונו:

"העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו - מאסר עולם ועונש זה בלבד:
(1) ...;
(2) גורם בכוונה תחילה למותו של אדם";
[...]

סעיף 301 לחוק העונשין מגדיר את היסוד הנפשי הנדרש בעבירת הרצח בכוונה תחילה:

" (א) לענין סעיף 300, יראו ממית אדם כמי שהמית בכוונה תחילה אם החליט להמיתו, והמיתו בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה, בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו, ולאחר שהכין עצמו להמית אותו או שהכין מכשיר שבו המית אותו.
(ב) לענין ההחלטה וההכנה להמית, אין נפקא מינה אם החליט להמית את האדם או את מישהו, מסויים או בלתי מסויים, מבני משפחתו או מבני גזעו.
(ג) כדי להוכיח כוונה תחילה אין צורך להראות שהנאשם היה שרוי בהלך נפש מסויים במשך זמן פלוני או תוך תקופה פלונית שלפני ביצוע העבירה או שהמכשיר שבו בוצעה הוכן בזמן פלוני שלפני המעשה".

על-פי ההלכה כפי שנתגבשה במשך שנים ארוכות, על המאשימה להצביע על 3 רכיבים כדי לשכנע בקיומה של כוונה תחילה; הכנה; היעדר קנטור; החלטה להמית.

34. יסוד "ההכנה" פורש בפסיקה כיסוד פיסי מובהק שעניינו הכנה לביצוע מעשה ההמתה, כגון הכנת הכלי המשמש לביצוע הרצח (ע"פ 299/81 טטרואשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 141 (1981)). עם זאת, אין צורך במשך זמן ארוך להכנה, ודי בכך כי הכנת כלי הרצח תיעשה על אתר מיד לאחר שגמלה בלב הנאשם ההחלטה להמית.

35. יסוד "היעדר הקנטור" כולל בחובו יסוד אובייקטיבי ויסוד סובייקטיבי (ראו ש' ז' פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב' 557 (1984)). מהותו של הקנטור היא מעשה התגרות שקדם למעשה ההמתה, ואשר גרם לנאשם לאובדן שליטה.

המבחן הסובייקטיבי משמעו כי על בית המשפט להשתכנע שהנאשם פעל בעת האירוע כתוצאה מהתגרות הקרבן (ראו ע"פ 396/69 בנו נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 561 (1970); ע"פ 299/81 לעיל; וע"פ 6819/01 גרשוני נ' מדינת ישראל (15.6.2005)).

המבחן האובייקטיבי הוא מבחן חיזוני בו בוחן בית המשפט האם ראוי בנסיבות המקרה להכיר בחולשות האנוש שהביאו את הנאשם לביצוע המעשה (ראו ע"פ 6819/01 לעיל; ע"פ 402/87 מדינת ישראל נ' גנדי, פ"ד מב(3) 383 (1988); ע"פ 357/95 וייצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 577 (1997)).

36. היסוד האחרון הוא היסוד של "החלטה להמית". יסוד זה עניינו הלך נפשו של הנאשם, שמשמעו כי הנאשם "חשב, שקל ולאחר שיקול החליט" (ע"פ 97/68 סוויסה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(2) 759, 764 (1968)). בתי המשפט הדגישו כי על המאשימה לשכנע כי הנאשם צפה את התוצאה הקטלנית, וכי שאף להתממשות התוצאה (ע"פ 4523/14 חלילי נ' מדינת ישראל (20.1.2016)).

על מצבו הנפשי של הנאשם ניתן ללמוד מנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, תוך שימוש בחזקות עובדתיות שונות כפי שגובשו במהלך השנים בפסיקה. בין היתר משמשת "הנחת הכוונה", שהיא חזקה שמשמעה כי אדם התכוון לתוצאות הטבעיות הצומחות ממעשיו (ראו ע"פ 3126/96 עמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 638, 649 (1996); ע"פ 290/87 סבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 358 (1988); ע"פ 1122/00 אסלאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 113, 120 (2002); ע"פ 10828/03 נג'אר נ' מדינת ישראל (28.7.2005); ע"פ 8564/07 גונצ'ר נ' מדינת ישראל (25.05.2011)).

על קיומה של החלטה להמית ניתן ללמוד גם מתוך בחינת הנסיבות השונות האופפות את ביצוע העבירה (ע"פ 228/01 כלב נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(5) 365, 375-377 (2003); ע"פ 3126/96 לעיל, בעמ' 649; ע"פ 6066/94 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 326, 335 (1997); ע"פ 7392/06 אבו סאלח נ' מדינת ישראל (28.06.2010); ע"פ 4523/14 הנ"ל).

בין הנסיבות מהן ניתן ללמוד על היסוד הנפשי אוזכרו בפסיקה כלי הנשק ששימש להמתה (ע"פ 357/95 הנ"ל; ע"פ 9604/04 כרכלי נ' מדינת ישראל (4.9.2007)), צורת ההמתה (ע"פ 392/91 שץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 308, 299 (1993)), דברים שהוחלפו בין הצדדים קודם לאירוע (ע"פ 624/89 יחזקאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(3) 712, 705 (1991)), דברים שאמר הנאשם לפני ודברים שנאמרו ו/או נעשו לאחר האירוע, כמו למשל אמירות הנאשם ביחס למעשה (ע"פ 6823/01 בכיר נ' מדינת ישראל (25.3.2004)), הרקע לביצוע המעשה ועוד.

על מנת להוכיח את יסודות עבירת הרצח אין צורך להצביע על המניע לביצוע המעשה, אם כי הוכחת מניע עשויה להיחשב כראיה נסיבתית להוכחת ההחלטה להמית (ע"פ 9613/04 בן-סימון נ' מדינת ישראל, פסקה כ"ז (4.9.2006)); ע"פ 8867/10 גזאל נ' מדינת ישראל (24.2.2016)).

37. הנאשם אינו מואשם כמי שירה בפועל במנוח. חלקו בביצוע הרצח כלל נהיגה של הרכב, הבאתו של אדהם היורה למקום האירוע, השתתפות כנהג בהימלטות ממקום האירוע והצתת המכונית. אחריותו מבוססת על שותפות לביצוע מעשה ההמתה.

שותפות בביצוע מעשה העבירה יכולה ללוש צורות שונות. ישנם משתתפים אשר מעורבותם היא ישירה ותיכלל בגדר "הביצוע העיקרי", וישנם משתתפים שחלקם בביצוע הוא "עקיף", כגון המסייע או המשדל (פלר הנ"ל כרך ב' 185). ההבחנה בין המשתתפים במישרין לבין המשתתפים בעקיפין אינה קלה, ויתכנו מבחנים שונים להבחנה בין סוגי השותפות השונים (פלר עמ' 194).

המאשימה מבקשת לקבוע כי הנאשם הוא שותף ישיר לביצוע מעשה הרצח, דהיינו כי יש לראותו כמבצע בצוותא עם אדהם, של מעשה ההמתה.

38. סעיף 29(א) לחוק העונשין קובע את אחריותם של המבצעים בצוותא, וסעיף 29(ב) לחוק מגדיר מיהם המבצעים בצוותא:

(א) מבצע עבירה - לרבות מבצעה בצוותא או באמצעות אחר.

(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.

[...]

בע"פ 2796/95 פלוניס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 403, 388 (1997) מבהיר השופט ברק ומציין:

אכן, החוק רואה במבצעים בצוותא גוף אחד, הפועל באמצעות זרועות שונות. פעולתה של כל זרוע משוייכת לגוף כולו, ולכל אחד ממשתתפיו. על כן, אם שניים נכנסים לחדר במטרה משותפת לגנוב, ורק אחד נוטל את החפץ הגנוב, כל אחד מהם הוא מבצע בצוותא של עבירת הגניבה. זאת ועוד: ביצוע בצוותא מחייב תכנון משותף. הוא מבוסס על חלוקת עבודה בין

המבצעים. ביצוע בצוותא אינו מבוסס בהכרח על אחדות המקום והזמן. על כן, שניים המתכננים שוד בנק, הם מבצעים בצוותא גם אם האחד נכנס לבנק ונוטל באיומים את הכסף, ואילו האחר מבצע חסימה במרחק ניכר מהמקום.

המאפיין את המבצע בצוותא שהוא אדון לפעילות העבריינית. בידי השליטה הפונקציונלית-מהותית, יחד עם המבצעים בצוותא האחרים, על העשייה העבריינית. הוא חלק מהחלטה משותפת לביצוע העבירה. הוא חלק מהתוכנית הכוללת להגשמת הפעולה העבריינית האסורה. הוא פועל יחד עם המבצעים בצוותא האחרים, כך שכל אחד מהם שולט - יחד עם האחרים - על הפעילות כולה. מעמדו ביחס להחלטה לביצוע העבירה הוא של איש "פנים". תרומתו היא "פנימית".

חלקו הוא מהותי להגשמת התכנית המשותפת [...].

בע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239, 250 (1996) אומר בית המשפט:

השוני בין המבצע בצוותא לבין המסייע מתבטא בכך שהמבצעים בצוותא משמשים גוף אחד לביצוע המשימה העבריינית. כולם עבריינים ראשיים. האחריות של כל אחד מהם היא ישירה. כל אחד מהם נוטל חלק בביצוע העיקרי של העבירה. תרומתו של כל אחד מהמבצעים בצוותא היא "פנימית". כל אחד מהם הוא חלק מהמשימה העבריינית עצמה (ראה ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, כרך ב, תשמ"ז) 202. לעניין האחריות בצוותא "אין נפקא מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר" (סעיף 29(ב) לחוק העונשין). אכן, לעניין הביצוע בצוותא תיתכן חלוקת עבודה בין העבריינים, באופן שהם יפעלו במקומות שונים ובזמנים שונים, ובלי שכל אחד מהם מיצה את העבירה, ובלבד שחלקו הוא מהותי להגשמת התכנית המשותפת. אחדות המקום והזמן אינה חיונית, ובלבד שחלקו של כל אחד מהם הוא חלק פנימי של המשימה העבריינית [...] למבצע בצוותא שליטה פונקציונלית, יחד עם האחרים, על העשייה העבריינית והתפתחותה. הוא אדונה [...].

(ראו גם ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 546 (1997); ע"פ 3353/03 סלימאן נ' מדינת ישראל (5.9.2005); ע"פ 6084/02 סטניסלב נ' מדינת ישראל (5.10.2006); מ' קרמניצר "המבצע בדיני העונשין - קווים לדמותו" פלילים א 65, 73 (תש"ן); דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1 (1998); ע"פ 2592/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (6.7.2016); ע"פ 4205/14 בן יצחק נ' מדינת ישראל (29.5.2016)).

פרופ' פלר הגדיר את היסוד העובדתי של המבצע בצוותא כדלקמן:

אם אותה התנהגות בהתעלם מן ההתנהגויות האחרות, נמנית, מבחינה עובדתית, עם תחום הביצוע והייתה מצמיחה כשלעצמה, ניסיון לעבור את העבירה, או קטע שמשלים אותה, הרי בעל ההתנהגות ביחד עם ההתנהגות מאותו שלב הם מבצעים בצוותא (לעיל, עמ' 204).

בע"פ 1475/15 פלוני נ' מדינת ישראל (15.3.2015) מדגיש בית המשפט כי "מבצע בצוותא הוא מי שתרם תרומה החורגת מהכנ ג דא להגשמת התכנית העבריינית המשותפת ונמנה עם חברי ה"מעגל הפנימי" של תכנית זו".

39. בתי המשפט אימצו מספר מבחנים להגדרת מבצע בצוותא, אולם אלו רק מבחני עזר וכל מקרה נבחן על-פי נסיבותיו. כך, בין היתר, נקבע מבחן "השליטה", מבחן מידת התרומה לביצוע או ליצירת התנאים שאיפשרו את הביצוע וכדומה. עוד הוצע כי המבחן להגדרת המבצע בצוותא יהיה מבחן משולב, אשר יכלול את המבחנים השונים במישור העובדתי בצירוף עם הוכחת היסוד הנפשי לעבירה. היסוד הנפשי הוא אותו יסוד נפשי הדרוש לביצוע העבירה המושלמת, וככל שזו דורשת כוונה מיוחדת, יש להוכיח גם כוונה שכזו, בצירוף מודעות לכך שהמבצע פועל ביחד עם אחרים (ראו ע"פ 2796/95 הנ"ל; ע"פ 193/14 נסראללה נ' מדינת ישראל (26.10.2014); ע"פ 9536/11 סרור נ' מדינת ישראל (16.9.2014); ע"פ 8107/09 דענא נ' מדינת ישראל (27.6.2011); ע"פ 4205/14 הנ"ל פסקה 63)).

אזכיר גם כי על-פי כל המבחנים לא נדרשת נוכחות של המבצע בצוותא בזמן ביצוע העבירה כתנאי להטלת אחריות. וכך מצוין השופט מצא בדנ"פ 1294/96 הנ"ל (עמ' 30):

ואכן, בעידן המודרני אין צידוק ענייני לדרישת הנוכחות. הפיתוח הטכנולוגי מאפשר לעבריין להשתתף בביצוע עבירה, ואף לשלוט בנעשה בזירת ביצועה הלכה למעשה, מבלי להתקרב למקום הביצוע בעצמו: באמצעות הטלפון, המחשב, הפקסימיליה ואפילו האינטרנט. ואם הוא מצויד באמצעי הנדרש, יכול הוא ליזום ולהנחות את ביצוען של עבירות אפילו מבין כותלי הכלא בו הוא נתון במעצר או במאסר. לא כל שכן שבהיותו חופשי, בידו לבצע מעשים הרחק מהזירה, כדי לאפשר לחבריו, הפועלים איתו בעצה אחת ובתיאום מראש, לעשות מעשים בזירה עצמה. נמצא שהנוכחות בזירת העבירה אינה אלא בגדר נסיבה עובדתית שלעתיים נודעת לה משמעות ראייתית ולעיתים היא אף חסרת משמעות כזאת; אך בשום מקרה אין לייחס לה משמעות לעניין סיווגו הנורמאטיווי של צד לעבירה כמבצע בצוותא.

המבצע בצוותא פועל עם שותפיו על מנת להגשים את המטרה המשותפת. מעורבותו בביצוע המעשים ובהשגת התוצאה המשותפת היא עיקרית. על כן, כך נקבע, על מנת להרשיע נאשם בביצוע בצוותא של העבירה העיקרית, על המאשימה לשכנע כי התקיימו בו כל רכיבי היסוד הנפשי כנדרש להרשעה בעבירה הספציפית המיוחסת לכלל המבצעים בצוותא. בע"פ 2796/95 הנ"ל מבהיר בית המשפט:

מבחינת היסוד הנפשי, נדרש, כי לכל אחד מהמבצעים בצוותא יהא היסוד הנפשי של העבירה אותה הם מבצעים. כן נדרש כי הם יהיו מודעים לכך שהם פועלים בצוותא.

(ראו גם ג' הלוי השותפות לדבר עבירה 670-671 (2008); י' רבין י' ואקי דיני עונשין כרך א' 598 (מהדורה שלישית, 2014); ע"פ 2948/03 ברזובסקי נ' מדינת ישראל (20.6.2005); ע"פ 2111/99 חיירו נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 411 (2003)).

להלן נבחן את נסיבות המקרה שבפנינו.

היסוד הנפשי

40. מרכז המחלוקת בין הצדדים הוא בשאלת הוכחת רכיבי היסוד הנפשי בעבירת הרצח על פי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, דהיינו הוכחת הכוונה תחילה. אין מחלוקת כי הנאשם היה מודע לכך שהוא פועל ביחד עם אדהם. נבחן

האם הוכח כי הנאשם היה שותף לכוונה להביא למותו של המנוח בוגי.

41. המאשימה מבקשת לבסס את הוכחת היסוד הנפשי על מספר אדנים, כשהראשון שבהם מצוי בדבריו של הנאשם עצמו, הן בפני חוקריו והן בפני המדובב. עם זאת על הכוונה ניתן ללמוד ולהסיק גם מהתנהגותו של הנאשם ומנסיבות ביצוע העבירה. הואיל והצדדים הרחיבו בעניין קבילות הודעותיו ואמרותיו של הנאשם, אתחיל גם אני את הדיון בטענות אלו. עם זאת, כפי שיובהר להלן, ניתן לבסס את היסוד הנפשי גם על העובדות שאינן שנויות במחלוקת, שכן כפי שאפרט בהמשך נסיבות המקרה, התנהגות הנאשם לפני ובמהלך ביצוע הירי, מחייבת גם היא את המסקנה כי הנאשם היה שותף מלא לכוונה להמית את המנוח בוגי.

הודעות הנאשם

42. הנאשם נעצר ביום 3.8.2015 בחשד למעורבות ברצח (ת/202 דו"ח מעצר). תגובתו הראשונה בעת המעצר הייתה "לא אני עשיתי".

לאחר מעצרו נלקח הנאשם לחקירה. במשך מספר ימים, מיום 3.8.2015 ועד ליום 8.8.2015, הכחיש הנאשם בפני חוקריו כל קשר לביצוע המעשים (ראו ת/1 - ת/11). באותם ימים ביקש הנאשם להיפגש עם עורכי דין ואף נפגש עם מספר עורכי דין בהזדמנויות שונות (ראו למשל ת/55 ות/42).

43. במקביל, בעת ששהה הנאשם בתא המעצר, הוכנסו לתאו מדובבים. האחד, מכונה אמיר, והאחר מכונה אגבאריה. בתחילה כפר הנאשם גם בפני המדובבים במעורבותו בהמתת המנוחים. רק ביום 7.8.2015, עת שהה הנאשם בתאו עם המדובב המכונה אמיר, החל הנאשם להתבטא באופן הקושר אותו למעשים (ת/26ב'). באתה שיחה סיפר לראשונה על מעשיו ביום הרצח (ת/26ב', עמ' 1-2). בהמשך השיחה הוא מתעניין ושואל את המדובב כיצד היה נוהג אילו חבר שלו היה יורה באדם אחר (עמ' 15). בשלב זה הנאשם אינו קושר עצמו לירי במנוחים אולם מציג סיטואציה תיאורטית בדבר מעורבות במעשי ירי. חשוב להדגיש כי המדובב מבקש מהנאשם לספר לו את כל הסיפור על מנת שיוכל להשיב לו כיצד היה נוהג ולייעץ לו כיצד להשיב לחוקרים, אולם הנאשם הקפיד, בשלב זה של השיחה, שלא לפרט ולא למסור פרטים נוספים (ראו למשל עמ' 20, 21).

באותו יום הוכנס לתא גם המדובב המכונה אגבאריה (ת/27). גם איתו שוחח הנאשם אולם גם בשלב זה הנאשם לא מסר פרטים על מעשיו בקשר עם המתת המנוחים.

44. למחרת היום, ביום 8.8.2015, חל מפנה גם בדבריו של הנאשם לחוקרים. בשעות הבוקר נפגש הנאשם עם החוקר סמיח מנסור (ת/227). באותה שיחה שואל הנאשם את החוקר "נניח שמישהו לקח אותי ממקום למקום והוריד אותי והוא לא יודע מה אני הולך לעשות, האם הוא נעצר גם?". על שאלה זו השיב לו החוקר, שאם אין מודעות למעשה אין לו אחריות (שם).

גם בחקירתו באותו יום (ת/8א') שואל הנאשם שוב ושוב מה גורלו של אדם שהיה שותף בביצוע עבירה, אולם לא ידע את כוונת שותפו.

כך למשל בעמ' 59 הוא שואל "יעני מה למשל עכשיו למשל אתה הולך לגנוב משהו אתה יפה? ואחד הסיע אותך הוא לא יודע מה אתה הולך לעשות, אשמתי?" (שורות 12-15).

45. שאלות תיאורטיות אלו מלמדות כי הנאשם ביקש כבר בשלב זה לבחון את הסיכונים בפניהם יעמוד, אולם טרם התוודה וטרם סיפר את חלקו במעשים. רק בשעות מאוחרות יותר, לאחר שחזר לתא המעצר, נפגש עם המדובב אגבאריה ולראשונה הוא מתחיל לספר על חלקו במעשים (ת/27ב'). כך בעמ' 12 לתמליל שואל אותו המדובב "שאלה אחת ותענה לי על זה בכנות אל תסתיר זאת ממני אתה זה שירית?" והנאשם משיב "לא, באלוהים" ושוב שואל המדובב "רק נהגת? רק נהגת? טוב, מתי שהלכתם לשמה היית מודע? אל תשקר תמשיך איתי כנה איך? מה?" והנאשם משיב "כן".

עוד שואל אותו המדובב "היית יודע שהוא הולך לרצוח ולא הולך כדי לפצוע" והנאשם משיב "לא, כן".

46. בהמשך אותה שיחה, שתועדה כאמור בת/27ב' (ההתייחסות תהא לנוסח התמליל המתוקן), מספר לו הנאשם פרטים רבים על מעשי הרצח. כך למשל, בעמ' 108 לתמליל ת/27ב' מספר הנאשם כי אדהם הציע לו 30,000 ₪.

הנאשם: "אמר לי אתן לך שלושים אלף שקל אמרתי לו מי, אמר לי לא עכשיו בהמשך אני אספר לך, אחר כך הלך יום והגיע יום הלך יום הגיע יום אמר לי אני רוצה לרצוח ככה וככה, אני רוצה לרצוח".

המדובב: "תגיד את השם, תגיד".

הנאשם: "בוגי"

המדובב: "בוגי אה".

בהמשך הנאשם מספר כי בירר אצל אדהם מדוע הוא רוצה לרצוח את בוגי ואדהם הבהיר לו כי "שם לו מטען" (עמ' 108 שורה 25).

47. אט אט באותה שיחה נפתח הנאשם ומוסר למדובב המכונה אגבאריה את כל פרטי המעשה. בסופה של השיחה מציע המדובב לנאשם להתוודות בפני החוקרים ומבהיר לו "אתה צריך להגיד אלא מה אתה תשקר להם אם אתה תשקר להם זה ייפול בסוף על הראש שלך, אתה צריך לדבר מה תוכל לעשות אתה רוצה להציל את עצמך או שאתה רוצה להטביע את עצמך אתה" (עמ' 104).

ואכן, בסופה של אותה שיחה פונה הנאשם ליומנאי ומבקש לקרוא לחוקרים על מנת לספר להם את שאירע

(עדות ביאן מולא, עמ' 13; ת/27ב' עמ' 154-160).

48. החוקר באסל נטור הגיע לתאו של הנאשם והוביל אותו לחקירתו החמישית, שהחלה בשעה 20:30 (ת/12; ת/11א').

בתחילת החקירה מבקש הנאשם מהחוקר באסל נטור כי יעזור לו. "אני צריך את העזרה שלך" (עמ' 10 לת/11א' שורה 36) ובהמשך הוא מבהיר "אני צריך הגנה להורים שלי למשפחה שלי" (שם, עמ' 11). על בקשה זו משיב לו החוקר: "תשמע, זה אחרי שאני אשמע את הסיפור שלך ואני אשאל אותך כמה שאלות ואני אבין ממך מה היה שם ואחרי זה אלוהים גדול [...] קודם כל תספר לי מה שהיה".

49. בהמשך מספר הנאשם "אני לא לחצתי על ההדק, אני נכון שהייתי נוהג" (עמ' 11 שורה 37). כאשר מבקש ממנו החוקר לספר את כל האירועים מבקש הנאשם "אחרי שאני אספר את האמת אני רוצה לשבת עם ההורים שלי ועם אשתי כאן" (עמ' 12), והחוקר מאשר לו שזה אפשרי. כפי שנראה בהמשך, החוקרים מאפשרים את המפגש בין הנאשם למשפחתו.

50. לאחר כל ההקדמות מספר הנאשם את האירועים. בין היתר מתייחס הנאשם לכוונתו של אדהם. כך בעמ' 13 לת/11א' הוא מספר:

הסיפור התחיל שהוא בא וסיפר לי שהוא רוצה להוריד מישהו על סכסוך כבוד משפחה, סיפור שלו, שלו, שלו... שלו... [...]
סיפור על הכבוד שלו יעני.. הוא אמר לי אני אתן לך שלושים אלף שקלים על זה, אמרתי לו טוב, עברו הימים וזה, שכח מזה, הוא לא הזכיר לי עוד פעם את הסיפור הזה, פתאום הוא בא אומר לי אני רוצה לרצוח את [...], אופף למה אתה רוצה לרצוח אותו? הוא אומר שהוא שמע מאנשים שהוא בוגד באחותו, אתה מבין? אני אין לי משהו נגד בוגי ולא מעניין אותי מבוגי, זאת האמת, העיקר עברו כמה ימים הוא בא ושם לו מטען לפי מה שאמר בוגי ששמו לו מטען...

הנאשם חוזר בהזדמנות נוספת על כך שידע כי כוונתו של אדהם היא להמית את המנוח בוגי. כך בעמ' 27 לת/11א' הוא אמר "הוא רוצה לירות בו לרצוח אותו אני יודע" (שורה 15). בהמשך הוא נשאל מפורשות על הכוונה ואמר כי כאשר הציע לו אדהם להשתתף ברצח תמורת 30,000 ₪ הוא דיבר על "להרביץ" למישהו, בהמשך "להוריד" מישהו (עמ' 46 לת/11א').

51. ניתן לראות כי הנאשם התבטא במספר רב של הזדמנויות באופן המלמד כי ידע שכוונתו של אדהם היא להמית את המנוח בוגי. כך בהודעה מיום 8.8.2015 ת/9א' הוא משתמש בביטוי בערבית "אסלח" שמשמעותו להרוג (עמ' 4 שורה 27). בעמ' 19 לת/9א' הוא נשאל מה הכוונה שאדהם רוצה לירות בבוגי והוא משיב "רוצה לירות בו לרצוח אותו, אני יודע" (שורה 31).

52. בחקירתו מיום 8.8.2015 בשעה 19:35 (ת/א11') הוא מספר שאדהם הגיע אליו וסיפר לו כי בוגי שם מטען ברכבו, בהמשך הוא מבהיר "[...] אז הוא בא אמר לי אני רוצה לרצוח אותו זהו, [...]" (עמ' 13 שורה 35). בעמ' 27 באותו תמליל, שוב מבהיר הנאשם כי הביטוי לירות משמעו "הוא רוצה לירות בו לרצוח אותו אני יודע" (עמ' 27 שורה 15). כדי שהדברים יהיו ברורים שואל החוקר "לרצוח אותו יעני?" והנאשם משיב "כן" (שם, שורות 16-17).

גם בחקירה מיום 9.8.2015 (ת/א16') שב הנאשם ומאשר כי ידע שכוונתו של אדהם היא להמית את המנוח בוגי. החוקר שי נמני שואל את הנאשם: "תגיד לי הרי הלכתם אתה ידעת הולכים שהוא הולך לירות בבוגי הולך לרצוח את בוגי נכון?" והנאשם משיב "כן" (עמ' 10 שורות 32-34, כך גם בהמשך בעמ' 23 שורות 28-31).

53. אף שניתן למצוא ביטויים לא מעטים המעידים על כוונה ברורה להמתתו של בוגי, ניתן לראות כי לעתים משתמש הנאשם בביטויים המעידים על כוונות לפגיעה פיסית בלבד ולא דווקא להמתה, כך הוא משתמש בביטוי "להכות" (עמ' 46 לת/א11'), "לפגוע בבוגי" (ת/א11' עמ' 56 ועוד).

שינוי מפורש בגרסתו של הנאשם ניתן למצוא החל מחקירתו ביום 11.8.2015, חקירה שנערכה לאחר שהנאשם נפגש עם עורך דין והתייעץ. מחקירה זו ואילך מדגיש הנאשם כי הבין שכוונתו של אדהם היא רק לפגוע ברגלו של המנוח בוגי. כך בעמ' 17 לתמליל החקירה ת/א17' נרשם:

חוקר: טוב דיברתם על הרצח?
נאשם: כן
[...]
חוקר: יופי מה אמר לך?
נאשם: שהוא לא התכוון לרצוח, אמרתי לו למה עשית ככה.
[..] אמר לי אני לא התכוונתי.
[...]
חוקר: לא התכוון לרצוח את שניהם?
נאשם: כן, ואז אמרתי לו אתה שיקרת עליי ואמרתי לי שאתה רוצה לירות ברגל שלי, למה אמרת ככה.
חוקר: מתי הוא אמר לך אני רוצה לירות ברגל שלו?
נאשם: זה לפני הוא אמר לי אני רוצה להפחיד אותו שיתרחק ממני יותר [...].
מבין תרשום את זה יענו.

על דברים אלו חוזר הנאשם גם בהמשך אותה חקירה (עמ' 36) ובחקירתו הנוספת. בחקירה מיום 13.8.2015 הוא אומר "[...] שאני מתחרט שהלכתי עם בן אדם כזה [...]" והוא אמר לי שהוא רק רוצה לפגוע בו ברגל ואני לא ידעתי שהולך ככה להיות" (עמ' 3 לת/א18) (ראו גם ת/א19 עמ' 11; ת/א20 עמ' 7; ת/א20 עמ' 30-31, 43; ת/א21 עמ' 38).

54. גם בעדותו בבית המשפט חזר הנאשם והבהיר כי הבין שכוונתו של אדהם היא רק לפצוע את בוגי ברגל (עמ')

102 שורה 13 לישיבה מיום 26.10.2016; עמ' 104 שורה 14). לדבריו "רצה לירות לו ברגל רצה, כן לירות לו ברגל" (עמ' 104 שורה 32). גם בחקירתו הנגדית שב והדגיש כי הכוונה הייתה רק לפגוע בבוגי ולא להביא למותו.

55. ניתן לסכם ולציין כי הנאשם, בהזדמנויות רבות, הן בפני המדובב אגבאריה והן בפני חוקריו, מסר כי ידע שאדהם מבקש להמית את המנוח בוגי וכי הצטרף לאדהם תוך ידיעה כי הוא מתעתד להשתתף בהמתתו של המנוח. דברים אלו סותרים את דבריו המאוחרים יותר, שבהם הדגיש כי הבין שכוונת אדהם הייתה רק לפצוע את בוגי ברגלו וכי לא היה שותף להחלטה להמית את בוגי.

56. בא כוח הנאשם טוען כי הודאותיו בפני המדובב והחוקרים כי ידע על הכוונה להמית את המנוח בוגי, הושגו באמצעים פסולים ועל כן אינן קבילות. לטענתו, גם החוקרים וגם המדובב חצו את הקו שבין שאלות לבירור האמת לבין מתן עצות משפטיות לנחקר. לגרסתו, החוקרים והמדובב הסבירו לנאשם כי אם יודה במעשים המיוחסים לו, והואיל והוא לא ירה במנוח אלא רק נהג, היחס אליו יהיה שונה מהיחס למי שרצח וכי עונשו יהיה קל מעונשו של הרוצח.

57. בעדותו בבית המשפט הסביר הנאשם את הסיבה להודאותיו: "[...] אני רוצה להגיד שלאורך כל הדרך הם אמרו לי אתה אל תפחד אל תדאג יש הבדל בין מי שלחץ על ההדק ובין מי שנהג את הרכב כל הזמן אמרו לי את זה והתחילו לתת לי עצות משפטיות" (עמ' 106 שורות 9-11 לישיבה מיום 26.10.2016). ובהמשך (עמ' 114 שורה 25): "כן הם אנשי חוק אני בטחתי בהם הם אנשי חוק והם מבינים יותר ממני בדברים האלה התחילו לדבר ולהכניס לי לראש שכן השופטים יסתכלו על זה אחרת וכל עוד אתה לא לחצת על ההדק ותדבר ויותר טוב לך ואנחנו נעזור לך [...]".

הנאשם מוסיף כי גם מהמדובב המכונה אגבאריה הבין כי יש הבדל בין היורה לבין הנהג. לדבריו, הבין ממנו "שאני לא רוצח שאני לא הרוצח אם אני רק נהגתי ברכב שהוא יאכל אותה יעני כאילו השופט יסתכל על זה במשהו אחר כאילו" (עמ' 113 שורות 7-8).

58. בא כוח הנאשם מפנה לתמלילי החקירות מהם ניתן ללמוד, לגרסתו, על עצות שנתנו החוקרים לנאשם ובהן כי מי שנהג ברכב אינו מוגדר כרוצח. עוד הוא טוען כי החוקרים ידעו, כבר מראשית החקירה, שהנאשם רק נהג ברכב וכי מעולם לא חשדו בו כמי שירה במנוחים. בא כוח הנאשם מפנה לחקירה מיום 3.8.2015 (ת/ב1'), שבה, כבר בשלב האזהרה, נאמר לנאשם כי הוא חשוד בכך "[...] שאתה היית נוהג את המכונית בלי רשות [...]" (עמ' 6).

59. מעיון בהודעות השונות ניתן למצוא מספר אמירות של החוקרים המסבירים לנאשם את אחריותם השונה של השותפים בביצוע מעשה עבירה. כך בחקירה מיום 3.8.2015 (ת/ב1') בעמ' 32 אומר החוקר באסל נטור לנאשם:

לפעמים יש שני גנבים אחד שבא למישהו ואומר לו תסתכל אני שומר לך פה שאף אחד לא יראה אותך ויש מי שגונב בפועל, גם זה מקבל עונה (צ.ל. "עונש" ר' ס') אחר והשני מקבל עונש אחר.

ובהמשך הוא מבהיר לנאשם כי הכי חשוב לעונש זו ה"חרטה" (עמ' 33).

60. בחקירה מיום 6.8.2015 (ת/ב') אומר החוקר סמיח מנסור לנאשם (עמ' 3 שורה 25):

[...] הדבר השני שאני רוצה תחשוב עליו כן, שים לך בראש אני עוד חוזר ואומר לך יש הבדל בין אחד ביצע ובין אחד שעזר אנחנו עדיין לא חושבים אתה ביצעת את הירי בפועל, אל תתנהג כמו רוצח.

ביום 7.8.2015 נחקר הנאשם שוב (ת/ב'). אומר החוקר מנסור לנאשם:

אוף, האם אתה חושב כי בתיק שלך הזה, יש לך אפשרות לעשות משהו, להוכיח משהו, כלומר אתה, תקל על עצמך, לפחות שלא יהיה רצח כפול? (עמ' 4 שורות 16-18).

ובהמשך, אומר החוקר לנאשם (עמ' 37):

היום, היום בחוק החדש, סעיף שלושים וארבע לחוק העונשים, זה אני, מדרג את ה..... ביצוע העבירה לפי אחריות פלילית, לא כל אחד אותו דבר, לא כולם אותו דבר [...].

ובעמ' 38 הוא מספר על מקרה של רצח במועדון הרוקו ביץ' בחיפה:

בקיצור, נתן למי שלחץ על ההדק מאסר עולם, נתן למי שנהג בזמנו משהו כמו שתיים עשרה שנה [...] כלומר עשה את המדרג על פי האחריות, לא נתן לכולם מאסר עולם אתה מבין, לא בית משפט יש לו נטייה, על פי חוק גם כן, כלומר לתת ברגל את.... אני נשחט.

61. גם החוקר באסל נטור מבהיר לנאשם כי אם ישתף פעולה, בית המשפט יתחשב בו. החוקר מספר לו על אירוע אחר ומוסיף:

עבד אל.... למה שהוא ישתחרר? הוא לא שותף לרצח? הוא שותף לרצח, הוא חייב לקבל עונש, אבל יש הבדל בין עונש איום לבין עונש מופחת (עמ' 61 שורות 12-14).

ובהמשך:

וזה ולא כלום, אבל המדינה, הבית משפט מתחשב איתך, כי אתה חסכת זמן, חסכת משאבים,

הרי אני אומר לך, כל חקירה כזאת עולה כסף [...] אבל הוא בא להגיד לך תשמע, מתחשבים איתך ו.... אתה בן אדם ש.... אתה אומר שאתה עשית משהו שהוא לא טוב אתה מתחרט עליו, אני מתחשב איתך [...] (שם, עמ' 62 שורות 17-25).

62. התבטאויות נוספות בדבר האפשרות שהנאשם יזכה להקלה אם יודה, ניתן למצוא גם בחקירות נוספות. כך למשל החוקר ביאן מולא מציג לנאשם דוגמה של ילד שאומר לאביו לאחר ששבר חפץ שזה לא הוא, לעומת ילד שמודה ואומר "אני מצטער, תראה איך הרגע הזה המבט על זה יהיה שונה, אותו דבר השופט" (ת/א' עמ' 5 שורה 26) (ראו גם דבריו בעמ' 10 שורות 14-36; עמ' 11 שורה 1; עמ' 12 שורה 34; עמ' 14 שורה 11; עמ' 16 שורה 13). החוקרים שבים ומבהירים לנאשם כי בית המשפט יתייחס באופן שונה למי שיודה ויתחרט על מעשיו. זאת ועוד, החוקרים גם שבים ומסבירים לו שיש הבדל בין אחריותם של השותפים למעשה. כך החוקר מנסור:

תשמע היה הרבה מקרים כמו התיק הזה בטח שהיו מקרים אתה תקבל עונש אתה צריך לקבל עונש ואתה יודע שאתה תקבל עונש, עכשיו העונש שתקבל אותו אחרי שתסביר אתה מה החלק שלך אמיתי בלי לשקר זה לא יהיה כמו עונש של מישהו שבא וביצע את המעשה ומאלף ועד ת' אתה מבין, בוא תסביר לי מה אתה עשית, מה היה (עמ' 18 שורות 31-37).

ראו גם דברי החוקר מנסור עמ' 47; עמ' 58; עמ' 59; עמ' 69 ודברי החוקר נטור ת/א' עמ' 1-2.

63. חשוב להפנות גם לדברי החוקר מנסור בחקירה מיום 8.8.2015 (ת/א' 11), שבה החל הנאשם להודות במעורבותו במעשים. בעמ' 66 שואל הנאשם את החוקר "למה שאני אקבל שני מאסרי עולם בגלל טעות של מישהו אחר? שאני אהיה אחראי על טעות של מישהו אחר? נכון?". והחוקר משיב: "הכי חשוב שאתה לא מעליל עלילות יעני אתה לא ממציא דברים סתם [...] ", ואז שואל הנאשם: "מה אתה אומר העונש על זה? לפי הניסיון שיש לך בכל השנים?" והחוקר משיב "שבעים שנה ואתה יוצא".

64. החוקר מנסור מבהיר כי הדברים נאמרו בהומור (עמ' 99 לפרוטוקול) ומיד לאחר מכן הוסיף "אמרתי לך אני לא יכול לדעת, אי אפשר לדעת [...] אי אפשר לדעת, אי אפשר לדעת [...] ואסור לי גם להגיד". החוקר ממשיך ומבהיר "גם אם אני חושב אסור לי אסור לנו כי יש בית משפט ובית משפט יכעס עלינו אם אני אגיד לך" (עמ' 67 שורות 1-2).

65. ניתן למצוא בתמלילים עוד ביטויים שמהם עולה כי החוקרים, בניסיונם לחלץ מהנאשם את גרסתו לאירועים, מבהירים לו כי אם יספר ויביע חרטה, בית המשפט יביא זאת בחשבון ואין צורך לפרט את כולם.

עוד מפנה הנאשם לדבריו של המדובב אנגבאריה, אשר אף הוא הביע בפניו את העמדה ולפיה אם יודה יזכה להתחשבות בית המשפט (ראו ת/ב' עמ' 118, 120, 129, 148).

66. ב"כ הנאשם מדגיש כי הנאשם הועמד לדין באשמה של רצח בכוונה תחילה, שתי עבירות לפי סעיף 300(א)(2)

לחוק העונשין. בגין עבירה זו קובע הדין עונש חובה של מאסר עולם. על כן, כך לטענתו, עצותיהם של החוקרים ושל המדובב כי אם יודה בחלקו בביצוע העבירות, יזכה להקלה בעונשו, היו עצות מטעות שנועדו לפתות אותו להודות ולאשר את ידיעתו בדבר כוונתו של אדהם, אף כי העובדות היו שונות. הנאשם סבור כי מתן עצה למי שחשוד בעבירה שבצידה עונש חובה, בגדרה נאמר לו כי בית המשפט יתחשב במצבו וכי עונשו יהיה פחות מעונש החובה, מהווה הטעיה פסולה המצדיקה פסילת ההודאות שניתנו.

הכרעה בעניין קבילות ההודאות

67. בהודעותיו השונות של הנאשם, הן בפני המדובבים והן בפני החוקרים, נכללו אמירות שונות הכוללות לטענת המאשימה הודיה של הנאשם בדבר הכוונה להמתתו של בוגי. הנאשם מבקש כאמור לפסול הודאות אלו בשל התנהלות החוקרים והמדובב.

קבילות הודאותיו של הנאשם בחקירה נבחנת בשני מסלולים; האחד והעיקרי, במסלול סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש]. השני, מסלול כלל הפסילה הפסיקתית, כפי שנקבע בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (לעניין המבחן הכפול, ראו ע"פ 1301/06 עזבון אלזם נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 177 (2009); ע"פ 9808/06 סנקר נ' מדינת ישראל (29.7.2010); ע"פ 3237/15 יהודה נ' מדינת ישראל (1.6.2016)).

סעיף 12(א) לפקודת הראיות קובע:

עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חפשית ומרצון.

מוקד הדיון בבחינת קבילותה של הודיה מצוי בסיפא לסעיף, כלומר בשאלה האם הוכח שההודיה ניתנה מרצון חופשי של הנאשם. פגיעה ממשית באותנטיות הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת ההודעה, תביא לפסילתה (ראו ע"פ 5121/98 הנ"ל פסקה 34; ע"פ 1301/06 הנ"ל, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת חיות).

בעניין יששכרוב הבהיר בית המשפט כי פסילת הודיה בשל פגם ברצון אינה מבוססת רק על החשש לאמיתות ההודאה אלא יש לראות בהגנה על חופש הרצון של הנחקר תכלית העומדת בפני עצמה ומהווה טעם נכבד ועצמאי לפסילת קבילותה של ההודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות (שם, פסקה 34).

68. בעניין יששכרוב אימץ בית המשפט גם מסלול נוסף לדחיית קבילותן של הודאות, הוא מסלול הפסילה הפסיקתית. בית המשפט בעניין יששכרוב מבהיר את הכלל (פסקה 76):

הנחת המוצא בשאלת קבילותן של ראיות היא זו הנוהגת עימנו מאז ומתמיד, ולפיה ראייה שהיא

רלוונטית - קבילה במשפט. עם זאת, בהתאם לדוקטרינה האמורה לבית-המשפט שיקול-דעת לפסילת קבילותה של ראייה בפלילים, אם נוכח לדעת כי הראייה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לגדריה של פסקת ההגבלה. מדובר בנוסחת איזון עקרונית השואפת להשגת פשרה ראויה בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים לשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, ובהם: חשיפת האמת העובדתית, הלחימה בעבריינות וכן ההגנה על שלום הציבור ועל זכויות נפגעי העבירה מחד גיסא; אל מול ההגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו מאידך גיסא. נוסחת האיזון האמורה תיושם על-פי שיקול-דעתו של בית-המשפט בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתאם לאמות-המידה המנחות עליהן עמדנו. אמות-מידה אלה נוגעות לאופיה ולחומריתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראייה; למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראייה שהושגה; וכן לשאלת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילתה.

הדוקטרינה האמורה תהא כללית ומיושמת על כל סוגי הראיות, לרבות הודאות נאשמים.

המבחן האמור מחייב את בית המשפט לערוך איזון בין מכלול שיקולים, אינטרסים וזכויות ובהן, הצורך להילחם בפשיעה ולהעמיד לדין מי שעבר על החוק, הצורך להגן על הציבור מפני עבירות, ההגנה על חוקרי המשטרה אם פעלו בתום לב לבירור האמת, חשיבות בירור האמת, טוהר ההליך הפלילי והחובה להגן על זכויות נאשמים (ראו גם רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סב(1) 378 (2006), דברי השופטת ארבל; בג"צ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, פ"ד סא(3) 93 (2006); ע"פ 645/05 זליגר נ' מדינת ישראל (5.12.2006); ע"פ 9808/06 לעיל).

69. בפסיקה שקדמה להלכת יששכרוב פותחו "אבות פסול", שלאורם ייבחן בית המשפט הודיית נאשם (ראו י' קדמי על הראיות חלק ראשון 60 (2009)). "אבות פסול" אלו מחייבים כמבחיני עזר לקבילות הודאה על פי סעיף 12 לפקודת הראיות גם לאחר הלכת יששכרוב, ובצדן רשאי בית המשפט לפסול הודאה גם על פי עקרונות שנקבעו בכלל הפסילה הפסיקתית.

70. בין הגורמים שעשויים להביא לפסילת הודיה נמנו אלימות או איום באלימות; נקיטה בשיטת חקירה בלתי הוגנת; יצירת לחץ נפשי בלתי הוגן; שימוש בתחבולה בלתי הוגנת או שימוש באמצעי פיתוי והשאה בלתי הוגנים. ענייננו בגורם האחרון, הפיתוי וההשאה.

פיתוי והשאה פסולים פורשו בפסיקה כהבטחת טובת הנאה ממשית ומוחשית לנחקר תמורת הוויתור על זכויותיו לחיסיון מפני הפללה עצמית (ע"פ 28/59 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג(1) 1205, 1211 (1959); ע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מדינת ישראל, פסקה 76 (23.8.2012); י' קדמי הנ"ל עמ' 80). אחת מדרכי הפיתוי וההשאה שנבחנו בפסיקה בגדרן של טענות פסול בהודיה הייתה מתן ייעוץ משפטי לנחקר. בע"פ 10049/08 הנ"ל פסקה 81, אומר בית המשפט (כב' השופט דנציגר):

תפקידו של החוקר לחקור ולחשוף עובדות ולא לעסוק בפרשנות המשפטית של המסכת העובדתית, פעולה שמטבעה שמורה לייעוץ משפטי שניתן לנחקר על ידי סנגורו.

(ראו גם ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל, פסקה 81 לפסק דינו של השופט דנציגר (23.12.2015); ע"פ 8867/10 גזאל נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (24.2.2016); ע"פ 6435/12 דמסה נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (9.1.2017)).

71. עם זאת, לא כל אמירה של חוקר על טיבן של ראיות המיוחסות לנחקר תיחשב כיעוץ פסול שיביא לפסילת ההודאה. ראשית, נדרש קשר בין אותן עצות להודיית הנחקר. מקום שבו הנחקר מסר את דבריו ללא קשר לאותן "עצות" שקיבל, לא יביאו העצות לפסילת הראיה. שנית, נדרש להבחין בין אמירות פסולות, המהוות יעוץ משפטי השמור לסנגור, לבין אמירות מותרות שנועדו לברר את האמת ולהביא את הנחקר למסור את גרסתו. שלישית, המבחן לקבילותה של ההודיה הוא מבחן כולל, מתוך התבוננות רחבה על כלל החקירה ועל כל דבריהם של החוקרים לנחקר. גם אם נפל פגם באמירה כלשהי של חוקר, יש לבחון האם אמירה זו כשלעצמה מצדיקה את פסילת ההודאה או שמא לאור מכלול הדברים שהוחלפו בין החוקר לנחקר עומד הפסול שבאמירה, האם הדברים הובהרו בהמשך והאם הייתה לאמירה הפסולה השפעה.

לבסוף נזכיר כי לעתים, גם אם כשל חוקר באמירה שיש בה משום יעוץ פסול, הרי שאם לנחקר עמדה הזדמנות לשוחח ולהתייעץ עם עורך דין ולקבל ממנו מידע מלא ויעוץ משפטי ראוי, בטרם ההודאה, עשוי להתנתק הקשר בין דבריו הפסולים של החוקר להודייתו של הנחקר.

72. ובענייננו, הנאשם קובל על כך שהחוקרים פיתו אותו להודות בפרטי המעשה ובידיעתו על דבר כוונתו של אדהם, בכך שאמרו לו שיש הבדל בין מי שביצע את הירי בפועל לבין מי שחלקו בביצוע היה שונה.

חוקרי המשטרה העידו כי במהלך החקירה לא ידעו מה היה חלקו המדויק של הנאשם. אמנם כבר בשלבים הראשונים, על פי המידע שהיה בידיהם, הבינו כי הנאשם הוא שנהג ברכב, אולם עד שהנאשם מסר את גרסתו לא ידעו האם היה מעורב בשלבי התכנון, האם ידע על מטרת הנסיעה והאם ידע על כוונתו של אדהם להמית את המנוח. כך למשל מבהיר העד ביאן מולא (עמ' 20 לפרוטוקול):

עד לאותו רגע, שניות לפני ההודאה שלו, לא ידענו מה החלק שלו. היה חשד לכאורה, לא ידענו מי ירה, מי נהג, מה הנסיבות. נכון, הסברנו לו, ו אמרתי את זה מקודם, כיוון שלא ידענו מה החלק שלו, הסברנו לו שאם יגיד את האמת, ובתחושה שלי אני עדיין בראש שהוא חשוד בחזקת חף מפשע, ויכול להיות מצב שהוא מפחד להגיד את האמת שאנו לא יודעים עדיין, ובאמת יכול להיות מצב, שהוא לא היה מודע לאירוע, לתוכנית של אדהם, הוא מפחד, הוא לא עו"ד, לא מבין בחוק, ולכן הייתי צריך להסביר לו להגיד את האמת, כי יכול להיות מצב כזה. אמרתי לו שהוא חשוד ברצח. אבל לא הבטחנו לו שום דבר.

(ראו גם דבריו בעמ' 20 שורה 22, עמ' 21 שורות 20-23, עמ' 22 שורה 32, עמ' 23 שורות 25-20).

73. גם החוקר סמיח מנסור שהוא עורך דין בהכשרתו, הבהיר כי בשלב החקירה, ובטרם הודה, לא ידע מה חלקו של הנאשם ולכן הבהיר לו שבית המשפט מתחשב בהודיה של נחקר (עמ' 40). מר מנסור הדגיש כי לא הבטיח לנאשם דבר וכי כאשר נשאל מפורשות על ידי הנאשם מה צפוי להיות עונשו הבהיר שאינו יכול לומר וכי רק בית המשפט מחליט (עמ' 39-40).

74. החוקר מנסור גם הציג לנאשם מקרה מפורש, הרצח ברוקו ביץ', שבו בית המשפט הטיל על מי שהורשע בשל נהיגתו ברכב שהוביל את היורה, עונש מופחת (עמ' 40). מר מנסור הבהיר כי נתן את הדוגמה, בטרם ידע מה חלקו של הנאשם (ראו גם דבריו בעמ' 41 שורה 10, שורה 18; עמ' 42 שורות 10-18).

75. מעיון בתמלילי החקירות ניתן לראות כי בשום שלב לא ניתנה לנאשם הבטחה מפורשת להקלה בעונש אם יודה ובשום מקום לא נאמר לו מפורשות כי בהיותו נהג דינו שונה מדינו של מי שיורה.

ראינו כי כאשר הנאשם ביקש מפורשות לדעת מה יהיה עונשו השיבו לו החוקרים כי אינם יודעים וכי זהו עניין להכרעת בית המשפט (עמ' 66 לת/11א'; עמ' 20; ת/9א' עמ' 12). גם הנאשם אישר בעדותו כי מעולם לא ניתנה לו התחייבות פורשת בדבר העונש (עמ' 117 שורה 3).

76. כאשר בוחנים את החקירות כולן, כמכלול, מתחייבת המסקנה כי לא נפל פסול בדברי החוקרים המצדיק את פסילת הודאותיו של הנאשם. אמירות החוקרים בדבר ההתחשבות הצפויה של בית המשפט היו אמירות כלליות ולא כללו כל הבטחה מפורשת. באותם שלבי חקירה שבהם נאמרו הדברים לא היה ידוע מהו חלקו המדויק של הנאשם במעשה העברייני. ודוקו, כפי שראינו לעיל, אחריותו של מבצע בצוותא למעשי שותפות מותנית בהוכחת יסודות שונים, לרבות מודעות לכוונת השותף לדבר העבירה. בשלב החקירה לא יכלו החוקרים לדעת מה ידע הנאשם לגבי כוונותיו של אדהם. זאת ועוד, הנאשם נפגש עם עורך דין כבר ביום 5.8.2015, כלומר עוד בטרם החל להודות בביצוע המעשים. גם לאחר מכן נפגש עם עורכי דין והתייעץ עמם (עדות הנאשם עמ' 124 שורה 15). בע"פ 2939/09 פילצה נ' מדינת ישראל (15.10.2009) מדגיש בית המשפט כי אם ניתנה לנחקר האפשרות להתייעץ עם עורך דין בטרם הודה, יש בכך לאיין את החשש שמא עצות החוקרים הן שהניעו אותו להודות (שם, פסקה 27).

77. זאת ועוד, בכל החקירות הובהר לנאשם כי הוא חשוד בביצוע הרצח. מעולם לא נאמר לו שהוא חשוד בעבירה פחותה מכך. הנאשם היה מודע כי העונש בגין רצח הוא מאסר עולם ואף טרח מספר פעמים, לומר כי הוא רוצה "לצאת" מזה, כלומר להבהיר כי אינו רוצח וכי אין להטיל עליו מאסרי עולם (ראו למשל ת/11א' עמ' 26; ת/8א' עמ' 18 שורה 21).

78. לבסוף נציין כי הנאשם אישר גם בחקירתו וגם בבית המשפט, כי הודה כדי לנקות את מצפונו ולא קשר בין ההודאה לבין הייעוץ שקיבל מחוקריו (ראו עמ' 117 בישיבה מיום 26/10/16; ת/9א' עמ' 29 - 30, 35, 50, 65; ת/11א' עמ' 36, 41). הנאשם גם לא מיהר להתוודות ואמירות זהות לאלו שנאמרו בחקירה בה הודה נאמרו לו גם קודם לכן, מבלי שהנאשם ראה בהן פיתוי והמלצה להודות. משמע, לא הוכח במידה מספקת כי קיים קשר סיבתי בין

דברי החוקרים המהווים על פי הנטען פיתוי והשאה בצורת ייעוץ משפטי, לבין ההתוודות.

79. דומה כי אין גם כל בסיס לטענה שההתוודות בפני המדובב נעוצה בייעוץ משפטי פסול של המדובב. גם המדובב לא ידע מהו חלקו של הנאשם במעשים. גם המדובב לא הבטיח לנאשם דבר ואין גם ראייה מספקת כי ה"ייעוץ" שנתן המדובב הוא הגורם להתוודות.

80. על אף כל האמור, אעיר כי למרות הקשיים הניצבים בפני חוקרי עבירות כה מורכבות, במיוחד כאשר אין בדיהם ראיות חיצוניות ברורות, עליהם להיזהר בדבריהם לבל יחצו את הקו האסור של מתן ייעוץ משפטי. ראוי שהחוקרים יזהירו עצמם וינסחו את דבריהם כך שגם השומע יבין שאין בדבריהם משום ייעוץ ואין בדבריהם הבטחה. צריך לזכור כי הנחקר, אשר מצוי במתח ובחשש, עלול לפרש את דברי החוקרים באופן שאינו מתיישב עם כוונתם ומטרתם.

עם זאת גם אם הייתי סבור כי בהתבטאות כלשהי של מי מהחוקרים היה משום חציית הקו, וכאמור איני סבור כך, הרי שבמבט הכולל, כאמור לעיל, אין עילה לפסילת ההודאות.

81. על כן, יש לדחות את טענת הפסלות ולקבוע כי הודעותיו השונות של הנאשם, בגדרן מסר כי ידע על כוונתו של אדהם להמית את המנוח בוגי, הן קבילות ומהוות ראייה בתיק. כמובן שאין להתעלם מכך שבחלק מהודעותיו מסר הנאשם גרסה אחרת ונתייחס לדברים בהמשך.

האם הוכחו יסודות עבירת הרצח בכוונה תחילה של המנוח בוגי

82. משפרשתי את העובדות וקבעתי כי הודאותיו של הנאשם קבילות כראיה, נפנה לבחון האם הוכחו יסודות עבירת הרצח בכוונה תחילה, כפי שפורטו בפסקה 33 לעיל.

83. היסוד העובדתי בעבירת הרצח כולל בחובו התנהגויות נרחבות ושונות, שכן על פי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, די להוכיח כי הנאשם עשה מעשה שגרם למותו של אדם. כל "מעשה" שהביא למותו של אדם ממלא את הרכיב העובדתי של העבירה.

חלקו של הנאשם בביצוע המעשה שהביא למותו של בוגי, התמקד בנהיגת הרכב שהביא את אדהם למקום הירי ושבאמצעותו נמלט אדהם מהמקום.

עם זאת, הוכח שחלקו של הנאשם היה נרחב מזה. הנאשם היה שותף עם אדהם בשלבים הקודמים לנהיגה. הנאשם הגיע יחד עם אדהם לכפר יאסיף, שם נמצאו במכונית כל האמצעים הדרושים לביצוע המעשה, לרבות הרובה, הכפפות וכיסוי הפנים. הנאשם נסע יחד עם אדהם לירכא, שם נמצא הרכב ובו גם מיכל הדלק. הנאשם התלווה אל אדהם בכל שלבי ההכנה לנסיעה, הנהיגה במכונית, ההמתנה ברחוב עד הגעתו של בוגי לבית הקפה, הנסיעה לבית הקפה, ההימלטות ושריפת המכונית. כל אלו שלבים הכרחיים בשרשרת הפעולות שנדרשו להמתת המנוח. חלקו של

הנאשם לא היה שולי, תרומתו לא הייתה משנית לביצוע, אלא תרומה ממשית ועיקרית לביצוע העבירה. ללא הנאשם לא היה אדהם מתכונן לירי, לא היה מגיע למקום הירי, וברי שלא היה מבצע את הירי ללא רכב המילוט. נוכחותו של הנאשם ברכב ובזירה לא הייתה מקרית אלא הייתה מתוכננת והכרחית לביצוע המעשה.

84. ראינו כי כל שותף לביצוע העבירה, שתרומתו לביצוע העבירה כפי שבוצעה, הייתה חיונית, ייחשב כמבצע בצוותא, גם אם חלקו שלו לא כלל את הפגיעה הפיסית בקרבן (ראו ע"פ 10407/07 אולינקוב נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (14.4.2010)).

בפסיקה נפסק לא אחת כי מי שנהג ברכב על מנת להביא את שותפו למקום הביצוע, ממתין במקום וממלט אותו מהמקום, מצוי במעגל הפנימי של הפעולה העבריינית, ובכפוף להוכחת היסוד הנפשי הנדרש, ייחשב כמבצע בצוותא של המעשה העברייני השלם (ראו לעניין אחריותו של נהג ברכב כמבצע בצוותא ע"פ 2592/15 פלוני נ' מדינת ישראל (6.7.2016); ע"פ 2796/95 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388 (1997); ע"פ 4380/08 סעסע נ' מדינת ישראל (8.4.2010); בש"פ 8076/15 סלימאן נ' מדינת ישראל (5.1.2016); ע"פ 6366/98 סולטאן נ' מדינת ישראל (13.10.1999)).

ושבו נזכיר כי "מקום שמספר בני אדם חוברים לביצועה של עבירה, ולכל אחד מהם "תפקיד" בביצוע - נושא כל אחד מהם באחריות לביצועה כמבצע בצוותא, ואין נפקות מהו אופי "התפקיד" אותו מילא בביצועה של העבירה" (ע"פ 4380/08 הנ"ל וראו גם ע"פ 2801/95 קורקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 791, 802 (1998)). דומה גם כי הנאשם היה מעורב כבר בשלבים ראשונים של התכנון ובכל שלבי הביצוע ובתפקידו כנהג תרם תרומה ישירה לביצוע הירי והמתת בוגי.

85. אין חולק גם כי מותו של המנוח בוגי נגרם כתוצאה מקליעי הרובה שפגעו בגופו (ראו חוות דעת של המכון לרפואה משפטית ת/387). עוד הובאו ראיות המלמדות כי הקליעים שפגעו במנוח נורו מרובה מסוג קלצ'ניקוב, שהובא על ידי אדהם לזירה ואשר ממנו ירה (ראו חוות דעת מעבדת נשק ת/149; ת/164). נזכיר כי הרובה הושאר על ידי הנאשם ואדהם ברכב בעת שהוצת. הנשק לא נמצא בחיפוש הראשון שנערך בו (ת/151, עדות איתי חנו עמ' 48). רק לאחר התוודותו של הנאשם ולאחר שהנאשם סיפר היכן הושאר הרובה ברכב, נערכה בדיקה חוזרת במסגרתה אותר הרובה, כשהוא חרוך ומותך (ראו ת/246; ת/256; עדות איתי חנו עמ' 49-50).

86. ניתן לסכם ולקבוע כי הוכח שתרומתו של הנאשם להמתת המנוח הייתה ממשית, והייתה חלק משרשרת הפעולות החיוניות לביצוע העבירה. כן הוכח שמותו של המנוח בוגי נגרם כתוצאה מהירות שנורו לעברו על ידי אדהם ומהקליעים שפגעו בגופו.

נותר לבחון האם הוכח היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירת הרצח בכוונה תחילה.

היסוד הנפשי

87. ראינו כי היסוד הנפשי הדרוש להרשעה ברצח של מבצע בצוותא, זהה ליסוד הנפשי הנדרש בעבירת הרצח

בכוונה תחילה והוא כולל שלושה מרכיבים- הכנה; העדר קנטור; והחלטה להמית.

88. אין ספק שיסוד ההכנה התקיים. הנאשם נפגש עם אדהם, נסע עמו לכפר יאסיף, משם לירכא, אסף את הרכב, נהג ברכב עד לעכו, כיסה את פניו בכיסוי ראש ועטה כפפות לידי, המתין ברכב עד הגעתו של בוגי, הסיע את הרכב לבית הקפה והמתין לסיום הירי. כל אלו מעידים על מילוי היסוד הפיסי הנדרש לעבירה. בנוסף, כפי שראינו לעיל בפסקה 4, הנאשם היה גם שותף לתכנית המקורית של אדהם אשר הציע לו, שבועיים לפני האירוע, להצטרף אליו לרצוח אדם תמורת סך של 30,000 ₪. הבעת הנכונות להשתתף בביצוע מעשה רצח, חיזקה את ידיו של אדהם, נתנה לו תמיכה ועידוד, אשר הביאו אותו בסופו של יום להשלים את התכנית ולירות במנוח בוגי.

89. אין כל ספק כי לא הוכח קנטור כלשהו מצדו של המנוח. גם הטענה כי המנוח בוגי הניח מטען ברכבו של אדהם לא הוכחה, ומכל מקום ברי שאינה בבחינת "קנטור". בפסיקה הובהר כי העדר קנטור משמעו כי הנאשם פעל ללא שקדמה התגרות בתכוף למעשה. מבחן זה מכיר בכך שבמקרים מסוימים מסוגל אדם המצוי בסערת רגשות לאבד את שליטתו העצמית ולהביא בתוך כך למותו של המתגרה, מבלי שמעשהו ייחשב לרצח (ע"פ 2458/11 סולוביוב נ' מדינת ישראל (7.1.2014)).

יסוד זה נבחן בבחינה משולבת, הכוללת בחובה קיומו של קנטור כפי שמתבטא במצבו הנפשי של הנאשם הספציפי (המבחן הסובייקטיבי) ובקרב האדם הסביר או "האדם מן היישוב" בהיותו נתון באותן נסיבות (המבחן האובייקטיבי) (ע"פ 2534/93 מליסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 597, 611-612 (1997)). מקום בו נמצא כי מעשה ההמתה בוצע מבלי שקדמה לו התגרות, בין על-פי המבחן הסובייקטיבי ובין על פי המבחן האובייקטיבי, תדחה טענת הקנטור (ע"פ 8332/05 איסקוב נ' מדינת ישראל (26.7.2007)); ע"פ 2507/11 אוסקר נ' מדינת ישראל (30.9.2013)). ברי כי גם אם הונח מטען ברכבו של אדהם, הרי שחלף זמן רב עד מועד הירי בבוגי. לא מדובר באירוע תכוף שהביא לאבדן שליטה. כל פעולותיהם של אדהם והנאשם נעשו בתכנון, בנחת וללא כל התגרות תכופה ולכן אין בסיס לטענת קנטור.

90. המחלוקת העיקרית היא בשאלת התקיימות היסוד של "החלטה להמית". כפי שצינו לעיל, החלטה להמית עניינה הלך נפשו של הנאשם, אשר "חשב, שקל ולאחר שיקול החליט" (ע"פ 97/68 לעיל).

מטבע הדברים לא ניתן להביא ראיות על צפונות לבו של נאשם. הוכחת היסוד הנפשי תתבסס בדרך כלל על הסקת מסקנות מכלל נסיבות המקרה, על חזקות עובדתיות שגובשו בפסיקה, על דברים שנאמרו על ידי הנאשם לפני או אחרי ביצוע העבירה ועל התנהגותו של הנאשם.

91. ראינו כי במספר הזדמנויות, הן בשיחותיו עם המדובבים והן בחקירותיו במשטרה, עד ששינה גרסתו, ציין הנאשם כי ידע שבכוונת אדהם להמית את בוגי כאשר החליט להצטרף אליו. ברי כי אם הנאשם ידע שבכוונת אדהם להמית את המנוח, בטרם החליט לנהוג ברכב או במהלך הנהיגה, ואם למרות זאת הצטרף מרצונו, הסיע את אדהם למקום ביצוע הירי, המתין לו במקום וסייע לו להימלט, הרי שמתחייבת המסקנה כי גם בלבו של הנאשם גמלה ההחלטה להמית.

92. כפי שראינו, הנאשם סיפר כי אדהם פנה אליו כשבועיים לפני האירוע וסיפר לו כי ברצונו לרצוח אדם על רקע כבוד המשפחה. אדהם לא מסר לו במי ברצונו לפגוע. אדהם הציע לו 30,000 ₪ והנאשם הסכים. בעדותו בבית המשפט (עמ' 109 לשיבה מיום 26.10.2016) הבהיר כי לא היה מדובר בבוגי אלא באדם אחר, שאת זהותו לא ידע. לעומת זאת, בפני המדובב אישר הנאשם כי אדהם ביקש להמית, כבר באותה שיחה, את בוגי (ת/27 עמ' 108 שורה 13, כמצוין בתמליל המתקן). לדבריו, אדהם לא מסר לו בתחילה את השם אלא רק במפגש מאוחר יותר, אולם לנאשם היה ברור כי אדהם הציע לו להצטרף לביצוע רצח (שם).

מקריאת דבריו למדובב בעמ' 108-109, לא יכול להיות ספק כי הנאשם ידע שהפנייה החוזרת של אדהם אליו, להצטרף ולנהוג ברכב עבורו, הייתה המשך לאותה הצעה לרצוח אדם תמורת 30,000 ₪.

חיזוק לכך ניתן למצוא גם בעובדה כי במהלך צאתו לחופשת ירח דבש בתאילנד, דרש הנאשם, באמצעות אחותו, כי אדהם ישלם לו (עמ' 82; עמ' 129; ת/377 עמ' 3). דרישת התשלום מלמדת כי הנאשם ביקש לכופף על אדהם לשלם לו את התמורה המובטחת עבור ההשתתפות ברצח.

93. עוד ראינו כי במהלך חקירותיו במשטרה ציין הנאשם במספר רב של הזדמנויות כי ידע שברצונו של אדהם לרצוח את בוגי.

כך למשל בחקירה מיום 8.8.2015 (ת/9א') אישר הנאשם לחוקרים כי ידע שאדהם עומד לרצוח את בוגי (עמ' 19 שורה 31). במהלך החקירה השתמש בביטויים 'אסלח' (לירות) (עמ' 4, 41), 'לרצוח' (עמ' 5, 19), 'יודרבו' (ירה בו) (עמ' 19, 41). בהמשך חקירתו מאותו יום (ת/11א'), הוא מאשר שידע כי אדהם מעונין לרצוח את בוגי (עמ' 13, 27), לירות בו (עמ' 27, 46). במקום אחר הוא משתמש בביטוי "להוריד אותו" (עמ' 46), ביטוי שמשמעו להמית.

בחקירה מיום 9.8.2015 (ת/16א') הוא מאשר לשאלת חוקריו כי ידע שאדהם עומד לירות בבוגי ולהרגו (עמ' 10) ואישר כי שוחח עם אדהם על התכנית (עמ' 12).

94. רק בחקירתו המאוחרת יותר, לאחר שנפגש עם בא כוחו, שינה הנאשם את גרסתו והתחיל לומר כי הבין שבכוונת אדהם רק לפצוע את בוגי ולפגוע ברגלו (ת/17 עמ' 4; ת/17ב' עמ' 17, 18, 36; ת/18 עמ' 2-3; ת/20 עמ' 7; ת/20ב' עמ' 31, 43; ת/21ב' עמ' 38). כך גם העיד בבית המשפט (עמ' 115 לשיבה מיום 26.10.2016).

95. דומני כי אין לקבל את גרסתו המאוחרת של הנאשם ולפיה הבין כי בכוונת אדהם רק לפצוע את בוגי ברגלו. גרסתו הראשונה, הן למדובב והן לחוקרים, הייתה כי ידע על הכוונה להמית את בוגי. כך הודה במספר הזדמנויות. שינוי הגרסה נולד רק לאחר השיחה עם סמיח מנסור ביום 8.8.15 (ת/227), שבה אמר לו החוקר כי אם הנהג לא היה מודע לכוונת היורה אחריותו פחותה, ולאחר ששוחח עם עורך דינו.

יש לתת עדיפות לגרסתו הראשונה, הגרסה שבה התוודה לראשונה על מעשיו ועל מודעותו, על פני הגרסה המאוחרת שמבטאת את הבנתו של הנאשם כי שאלת המודעות עשויה להשפיע על מידת אשמו.

96. אם לא די בכל אלו, דומה כי נסיבות המקרה עצמן מלמדות כי הנאשם היה מודע לכוונתו של אדהם. כדי להתגבר על הקושי בהוכחת צפונות לבו של נאשם נקבע כי בית המשפט יכול לסמוך על חזקות שונות המשמשות למעשה כראיה נסיבתית; כך נוצרה חזקת ה"מודעות הכללית", לפיה "אדם מודע, בדרך כלל, למשמעות התנהגותו מבחינת טיבה הפיזי, קיום נסיבותיה ואפשרות גרימת התוצאה הטרגית שעשויה לצמוח ממנה" (פלר לעיל, כרך א', עמ' 542). ראו גם ע"פ 8827/01 שטרייזנט נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(5) 506, 523-524 (2003); ע"פ 5656/11 שולמן נ' מדינת ישראל (5.8.2012)). חזקה זו מבוססת על ניסיון החיים ולפיו ניתן להניח כי אדם רוכש ניסיון מינימלי במהלך חייו, וממנו הוא למד על טיב התנהגותו ועל תוצאותיה האפשריות.

97. כאמור, הנאשם הצטרף לאדהם, נסע עמו לכפר יאסיף ומשם לירכא. הנאשם הצטייד בכפפות ובכיסוי לראש, הנאשם ראה את אדהם לוקח עמו את הרובה וידע מאדהם כי מדובר ברובה מסוג קלצ'ניקוב. הנאשם הסיע את אדהם, ראה אותו יושב בחלק אחורי ימני של הרכב, מוכן לצאת לכיוון בית הקפה, ראה אותו אוחז בנשק ויוצא לכיוון בית הקפה. ניסיון החיים מחייב את המסקנה כי הנאשם היה מודע היטב לכוונתו של אדהם להמית את בוגי.

מי שמתכנן רק לירות יריות אזהרה ברגלו של הקרבן, אינו מתכנן תכנית כה מורכבת, אינו מצטייד בנשק אוטומטי, אינו מכין רכב מילוט ומיכל בנזין לשריפת הרכב.

98. נסיבות המקרה מחייבות את המסקנה כי הנאשם, ככל אדם בר דעת, היה לכל הפחות מודע לכך כי השימוש ברובה סער יורי כלפי בוגי עלול להביא, כאפשרות קרובה לוודאי, להמתת המנוח בוגי. די במודעות שכזו כדי להצביע על הכוונה להמתתו של בוגי.

בעניין זה נזכיר את הוראות סעיף 20(ב) לחוק העונשין, הקובע כי "לעניין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן".

זוהי "הנחת או חזקת הכוונה", שמשמעה כי מקום שבו משתכנע בית המשפט כי הנאשם היה מודע לאפשרות התרחשותה של תוצאה, יש בכך, בהעדר ראיה סותרת, כדי לבסס את ההנחה כי רצה והתכוון לאותה תוצאה (ראו ע"פ 3126/96 עמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 638 (1996); ע"פ 163/89 סעדי נ' מדינת ישראל (25.3.1991)).

בע"פ 228/01 כלב נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(5) 365, 378 (2003) אומרת השופטת ביניש (כתוארה אז):

הסקת המסקנה בדבר קיומה של החלטה להמית, תוך שימוש בחזקת הכוונה, נלמדת ממכלול הנסיבות האופפות את האירוע הקטלני (ראו, מבין רבים אחרים: ע"פ 290/87 סבאח נ' מדינת ישראל [4]; ע"פ 229/89 מדינת ישראל נ' שניר (להלן - פרשת שניר [5])). כך למשל יכול כלי

עמוד 28

ששימש לביצוע הרצח לשמש אינדיקציה משמעותית לקיומה של צפייה וכוונה (ראו למשל בעניין טטוראשוילי [1], שם בוצע הרצח תוך שימוש בגרזן, או בע"פ 357/95 וייצמן נ' מדינת ישראל [6], שם הנחית הנאשם מכות במוט ברזל ובמוט עץ על גולגולת המנוח). צורת הביצוע וטיב הפגיעה מעידים אף הם על התגבשותה של ההחלטה להמית, למשל פגיעה במקום רגיש בגוף הוכרה כאינדיקציה להוכחת ההחלטה להמית, אף אם הייתה רק פגיעה אחת ויחידה אך במקום רגיש ומסוכן (ראו: ע"פ 889/78 מוגרבי נ' מדינת ישראל [7]; ע"פ 4246/91 ג'בארה נ' מדינת ישראל [8]). כן ישמשו כאינדיקציה להתקיימות ההחלטה להמית אופי התקרית שהובילה לרצח או אמירות קודמות שהוחלפו בין הצדדים ואשר יכולים ללמד על קיומה של החלטה שהתגבשה בדעה צלולה וללא קנטור (ע"פ 624/89 יחזקאל נ' מדינת ישראל להלן - פרשת יחזקאל [9]), בעמ' 712; ע"פ 2316/98 סוויסה נ' מדינת ישראל (להלן - פרשת סוויסה [10])). הנה-כי-כן, כל מקרה יוכרע בהתאם לנסיבותיו המיוחדות תוך שהוא נבחן על-פי האינדיקציות שיש בהן כדי ללמד על קיומה של החלטה להמית.

(ראו גם ע"פ 410/85 בן שימול נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 760, 757 (1986); ע"פ 339/84 רבינוביץ' נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(4) 258, 253 (1985); ע"פ 9238/11 עמאש נ' מדינת ישראל (9.6.2015)).

99. ניתן לסכם נקודה זו ולקבוע על פי כלל הנסיבות, כי הנאשם היה מודע לרצונו של אדהם להמית את בוגי, מודע לפרטי התכנית ומודע לחלקו בביצוע. הנאשם החליט להצטרף לביצוע ומכאן שהתגבשה גם אצלו ההחלטה להמית את המנוח. מודעותו של הנאשם לכוונתו של אדהם והצטרפותו לביצוע, מבססים את ההנחה כי התכוון לתוצאה הקטלנית.

סיכום נסיבות העבירה לגבי המתת בוגי

100. מן הראיות שפורטו, רואים אנו כי הנאשם נטל חלק ממשי בתכנון, בהכנה ובביצוע המעשים שהביאו למותו של המנוח בוגי. הנאשם היה שותף במעגל הפנימי וההכרחי לביצוע הירי. הנאשם ידע כי אדהם מתכוון להמית את המנוח בוגי. ידיעה זו מבוססת על דברים שנאמרו לו על ידי אדהם, ועליהם חזר בדבריו בפני המדובב ובפני החוקרים. איננו מקבלים את גרסתו המאוחרת, לפיה חשב והבין כי אדהם מתכוון רק לפגוע בבוגי ולפצעו ברגל. גרסה זו אינה מהימנה עלינו.

עוד ראינו, כי אפילו אם אדהם לא היה אומר לנאשם מפורשות כי בכוונתו להמית את בוגי, הרי שהנאשם היה מודע לכוונה זו, ידע את כל פרטי התכנון, היה שותף להכנות, ראה את רובה הסער, ראה כי אדהם הצטייד ברובה והתכוון לירי והיה מודע שהירי ברובה יכול להביא למותו של המנוח. הנאשם החליט מרצונו להצטרף לאדהם, להשתתף איתו בביצוע המעשה, מתוך ידיעה שהשתתפותו זו מהווה חלק מהפעולות שיביאו לירי במנוח ומכאן שהתמלאו כל רכיבי היסוד הנפשי.

101. על כן, אציע לחברותי להרשיע את הנאשם ברצח בכוונה תחילה של המנוח בוגי, עבירה לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין.

המתתו של המנוח מוסא

102. המנוח מוסא מצא את מותו רק בשל ישיבתו בבית הקפה ביחד עם המנוח בוגי. אין טענה כי אדהם או הנאשם ביקשו להמית את מוסא. אין גם טענה כי אדהם או הנאשם ידעו מראש, בעת תכנון הרצח, שמוסא צפוי להימצא בבית הקפה בזמן הירי. ראינו כי השניים הגיעו לבית הקפה ומשראו כי רכבו של המנוח בוגי אינו בנמצא, התרחקו והמתינו לבואו. רק כאשר חזרו וראו כי המנוח בוגי בבית הקפה, עצר הנאשם את הרכב ואדהם יצא על מנת לירות. כל עניינם של אדהם והנאשם היה בהמתתו של בוגי. עם זאת, אדהם ירה צרורות מרובה הסער שבידו, התקרב לבית הקפה והמשיך בירי, אף שראה וידע כי נמצאים במקום אנשים נוספים וכך פגע במוסא והביא למותו.

103. אין ראייה ואין טענה כי הנאשם ביקש לפגוע גם במוסא, או כי ידע שאדהם מתעתד לירות גם לכיוונו של מוסא. אין גם ראייה כי הנאשם ואדהם שוחחו ביניהם על האפשרות שימצאו בבית הקפה אנשים נוספים שעלולים להיפגע, או שתכננו כיצד לנהוג אם ימצאו במקום אנשים נוספים. עם זאת, כפי שיפורט להלן, כשהגיעו לבית הקפה ראו כי יושבים במקום אנשים נוספים והנאשם אף זיהה את מוסא כמי שיושב לצדו של בוגי. גם בשלב זה לא סיכמו ביניהם אדהם והנאשם לירות לעברו של מוסא, אולם למרות זאת, מוסא, אשר נקלע למקום האירוע, מצא את מותו. נותר לבחון את אחריותו של הנאשם לגרימת המוות.

104. המאשימה בסיכומיה טענה כי יש להרשיע את הנאשם בעבירה של רצח בכוונה תחילה גם של מוסא. המאשימה מפנה לסעיף 20(ג)(2) לחוק העונשין, העוסק בהעתקת- העברת כוונה וקובע:

"[...]"

(2) אין נפקה מינא אם נעשה המעשה באדם אחר או בנכס אחר, מזה שלגביו אמור היה המעשה להיעשות".

המאשימה סבורה כי משהוכח כי הנאשם התכוון להמתתו של בוגי, ניתן לעשות שימוש בהלכת הכוונה המועברת או המועתקת ולראות בו כמי שהתכוון גם להמתתו של מוסא ובהתאם להרשיעו ברצח בכוונה תחילה.

105. בא כוח הנאשם בסיכומיו טען בקצרה כי הלכת הכוונה המועברת המעוגנת בסעיף 20(ג)(2) לחוק העונשין, חלה רק כאשר האובייקט מושא הכוונה המקורית לא נפגע ובמקומו נפגע אובייקט אחר. מקום שבו נפגע ונהרג האדם אותו התכוונו השותפים לביצוע להמית, לא ניתן להחיל את הלכת הכוונה המועברת. על כן, כך לגרסתו, לא ניתן להרשיעו בהמתת מוסא, שכן הנאשם התכוון (אם ייקבע כך) להמתת בוגי בלבד. לא ניתן, לטענתו, להטיל אחריות על מבצע בצוותא של מעשה עבירה שהושלם, בביצוע מעשה עבירה נוסף כלפי אובייקט אחר, שלא נכלל בגדרה של הכוונה המשותפת של השותפים לביצוע.

106. לאחר הגשת סיכומי טענות הצדדים בכתב נערך דיון בבית המשפט, בגדרו ביקשנו את התייחסותם של הצדדים לאפשרות של הטלת אחריות על הנאשם להמתתו של מוסא על פי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין, דהיינו לרצח תוך

כדי ביצוע עבירה אחרת, או כלשון הסעיף "גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה".

107. בסיכומים המשלימים שהגישה המאשימה, נטען כי ניתן להרשיע את הנאשם גם בגדרה של חלופה זו. לטענתה, הרשעה ברצח במזיד על פי סעיף 300(א)(3) אפשרית גם כאשר העבירה המקורית, אליה התכוון העושה, היא עבירה של רצח בכוונה תחילה.

ב"כ הנאשם בסיכומי ההשלמה, טען כי לא ניתן להרשיע את הנאשם בעבירה של רצח במזיד לפי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין, שכן המאשימה לא ייחסה לו בכתב האישום אחריות על פי הוראה זו. לטענתו, הנאשם לא התגונן מפני אפשרות שכזו, לא חקר את העדים ולא הביא ראיות כדי להדוף את טענות המאשימה להרשעה ברצח במזיד. עוד טען כי הירי במוסא היה "הפתעה" גמורה. הנאשם לא צפה את אפשרות המתתו של מוסא, לא היה מודע לאפשרות שכזו ועל כן, אינו אחראי להמתתו של מוסא.

108. אציין כי במהלך הדיון מיום 26.1.2017 העלינו בפני המאשימה גם את האפשרות לייחס לנאשם אחריות כמבצע בצוותא, לעבירה שונה או אחרת של המבצע העיקרי (עבירה נגררת), כאמור בסעיף 34א' לחוק העונשין. באת כוח המאשימה הבהירה כי לדעתה אין תחולה להוראה זו, שכן הנאשם היה מודע לאפשרות המתתו של מוסא (עמ' 101 שורה 20).

הכרעה בשאלת האחריות להמתתו של מוסא

109. לכאורה עומדים שלושה מסלולים בגדרם ניתן לייחס לנאשם אחריות פלילית להמתתו של מוסא; רצח בכוונה תחילה תוך הפעלת הלכת הכוונה המועברת; רצח במזיד, על פי סעיף 300(א)(3) לחוק, כלומר אחריות להמתתו של מוסא תוך כדי ביצוע עבירה אחרת; אחריות של מבצע בצוותא לעבירה שונה או נוספת שביצע שותפו, על פי סעיף 34א' לחוק העונשין.

המאשימה מבקשת ללכת רק באחד משני המסלולים הראשונים וכך נעשה גם אנו.

הכוונה המועברת

110. בתיקון 39 לחוק העונשין אימץ המחוקק בסעיף 20(ג)(2) את ההלכה בדבר המחשבה הפלילית המועברת. תכלית ההלכה היא להטיל אחריות על עושה עבירה במצבים שבהם המעשה הפלילי נעשה באדם אחר או בנכס שונה מזה שלגביו אמור היה להיעשות (ראו פלר הנ"ל, כרך א' עמ' 587-593; י' רבין וי' ואקי הנ"ל, בעמ' 465; ח' גנאים מ' קרמניצר "טעות בזוהר והחטאת הפעולה - האומנם מחשבה פלילית מועברת?" דין ודברים א 65 (תשס"ה); ע"פ 295/10 פלוני נ' מדינת ישראל (2.4.2012)).

111. ההלכה בדבר המחשבה הפלילית המועברת נקלטה לראשונה במשפט הישראלי, ללא עיגון חקיקתי. עם זאת, בע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 281, 352 (1956), סייג בית המשפט את תחולת ההלכה וקבע כי הלכת "הכוונה המועברת" לא חלה על היסוד הנפשי המיוחד בעבירת הרצח בכוונה תחילה. קביעה זו שונתה בע"פ 406/72 שניר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 234 (1973) ובית המשפט קבע כי "המתכוון כוונה תחילה להרוג את ראובן והורג את שמעון, דינו דין רוצח" (שם, עמ' 243). מאז פסק הדין בעניין שניר חזרו בתי המשפט ואימצו את ההלכה גם בעבירות של רצח בכוונה תחילה.

112. בתיקון 39 עיגן המחוקק את ההלכה בחוק והתקין את סעיף 20(ג)(2) לחוק, המבהיר ומרחיב את ההלכה. בהתאם להוראת סעיף זה תחול ההלכה הן במצבים של טעות בזיהוי האובייקט (הקרבת), והן במצבים של החטאת הקרבן ופגיעה באחר. ההלכה תחול גם על עבירות תוצאה (כגון עבירת ההמתה) וגם על עבירות התנהגות.

עוד חשוב לציין, כי נוסח הסעיף מצביע כי הביטוי "כוונה מועברת" אינו מדויק, שכן הסעיף מורה למעשה על "העברת הקרבן המיועד" במקומו של "הקרבת בפועל". משמעות הדבר היא כי ייחסו למבצע המעשה עבירה, גם אם בין יסודותיה יחס מיוחד בין העושה ל"קרבן המיועד" וגם אם זהות הקרבן או תכונותיו המיוחדות מהווים נסיבה רלבנטית לביצוע העבירה (ראו ד' חשין "תורת הכוונה המועברת ברצח בכוונה תחילה" משפטים ו 378 (תשל"ו)).

113. הלכת "הכוונה המועברת" התקבלה גם בפסיקה מאוחרת. ניתן למצוא מספר מקרים בהם החילו בתי המשפט את הכלל, הן על מצבים של טעות בזיהוי והן על מצבים של החטאת הקרבן (ראו למשל ע"פ 6059/92 שיבאם נ' מדינת ישראל (28.12.1993)).

114. ההלכה זכתה גם לביקורת, הן בנוגע להוראותיה הכלליות והן ביחס לתחולתה על העבירה של רצח בכוונה תחילה (ראו י' רבין י' ואקי הנ"ל עמ' 476-478; ח' גנאים ומ' קרמניצר הנ"ל, עמ' 160 ואילך).

אין זה המקום לדון בכל הביקורת ונזכיר רק את חלקן של ההשגות. יש הטוענים כי אין כל צורך בהלכה במקרים של טעות בזיהוי, שכן ניתן להטיל אחריות מלאה לעבירה במצבים אלו גם ללא ההלכה. מאידך נטען כי במקרים של החטאת הפעולה או החטאת הקרבן, אין מקום להלכה ויש להטיל על העושה אחריות בשל ניסיון לביצוע העבירה כלפי הקרבן המיועד, ולהטיל עליו אחריות כלפי הקרבן בפועל, בשים לב ליסודות העבירה שיוכחו. כך למשל כאשר העושה ירה, החטיא ופגע בקרבן אחר והרגו, ניתן יהיה להרשיעו בניסיון לרצח של הקרבן המיועד ואילו ביחס לקרבן בפועל הוא יורשע בהתאם ליסוד הנפשי שיוכח, ואם תוכח אדישות בלבד לפגיעה בו, יורשע בהריגה בלבד, עבירה לפי סעיף 298 לחוק העונשין.

115. עוד הועלו השגות בנוגע למצבים בהם החטיא העושה את קרבנו, אולם תוצאת הפגיעה בקרבן בפועל הייתה שונה באיכותה מזו אליה התכוון העושה כלפי הקרבן המיועד. בע"פ 295/10 פלוני נ' מדינת ישראל (2.4.2012) נאמר (בפסקה 76):

אשר ליסוד הנפשי הנדרש בסיטואציה של חוסר זהות איכותית בתוצאות, מקובלת על"י עמדת הצדדים כי מקום שהוכרע שיש להרשיע את המבצע בניסיון לביצוע העבירה המתוכננת, אין להחיל את הדוקטרינה בדבר כוונה מועברת וללמוד מכוחה על קיומו של יסוד נפשי גם לצורך הרשעת המבצע בעבירה שאירעה בפועל. פעולה כאמור אינה "העתקת" הכוונה, כי אם "שכפולה" של הכוונה האמורה. והרי, בנסיבות העניין הכוונה היא אחת ויחידה. כך, אם נעשה בכוונה שימוש לצורך הרשעת המבצע בניסיון פגיעה באובייקט המיועד, לא ניתן "למחזרה" ולעשות בה שימוש נוסף מכוח הפיקציה המשפטית בדבר כוונה מועברת, וזאת לשם הטלת אחריות גם בגין הפגיעה באובייקט בפועל (לוי ולדרמן, בעמ' 496).

116. הלכת הכוונה המועברת מעלה שאלות נכבדות גם בנוגע לאחריותם של כל אחד מהמשתתפים בעבירה רבת משתתפים. ד"ר ש' אלדר הרחיב על כך במאמרו "ביצוע רב-עברייני והחלפת אובייקט העבירה" משפטים מד 229 (2013), שם הצביע על הקשיים בהחלת ההלכה במצבים שונים של ביצוע עבירה על ידי מספר משתתפים. בין היתר עולה שאלת האחריות של מסייע או משדל לפגיעה בקרבן שונה מהקרבן המיועד, ושאלת האחריות של מבצע עיקרי לעבירה של שותפו כלפי קרבן שונה מזה אליו התכוונו ושלשמו פעלו יחדיו. סוגיה אחרונה זו מעלה את שאלת היחס שבין אחריות המבצע בצוותא על פי הלכת הכוונה המועברת, לבין אחריותו לעבירה שונה או נוספת מכוח סעיף 34א' לחוק העונשין.

117. כל השאלות האמורות נכבדות הן וטרם מצאו תשובה מפורשת בפסיקת בתי המשפט, אולם אין לנו כל צורך לדון בהן. הלכת הכוונה המועברת נועדה לחול רק באותם מצבים בהם הפעולה המתוכננת והתוצאה המקווה לא התממשו, בין בשל טעות בזיהוי ובין בשל החטאת הקרבן. בע"פ 295/10 מבהירה השופטת ארבל בפסקה 72:

הדוקטרינה בדבר "כוונה מועברת" (או "כוונה מועתקת") נועדה להתמודד עם מצבים בהם התקיימו כלל רכיבי המחשבה הפלילית ביחס לאובייקט מיועד של העבירה, אולם בפועל רכיבי היסוד העובדתי של אותה עבירה התקיימו כלפי אובייקט אחר שלא במתכוון. במצב זה על פי הדוקטרינה, הכוונה שהתגבשה בקרב המבצע כלפי האובייקט המיועד "תועתק" אל האובייקט שנפגע בפועל, והמבצע יורשע בביצועה של העבירה המושלמת, כעבירה אחת ויחידה. הסטייה ממסלול העבירה יכולה להתייחס לפגיעה באדם אחר, או לפגיעה בחפץ אחר מן היעד המקורי. כך למשל, מקום בו אדם התכוון לרצוח ברייה את א', אך הכדור פגע והרג את ב' (טעות באדם), על פי דוקטרינת הכוונה המועברת תועבר הכוונה מ-א' ל-ב', והמבצע יורשע בעבירה המושלמת והיחידה של רצח. כך גם במקרה בו אדם התכוון לשרוף את שדהו של חברו, אך האש התפשטה לכיוון הנגדי וכילתה שדה סמוך (טעות בחפץ) ניתן לעשות שימוש בדוקטרינת הכוונה המועברת, ולהרשיע את המבצע בעבירה האחת המושלמת. ויודגש, כי השימוש בדוקטרינה האמורה באחת תחת האפשרות להרשיע את המבצע בשתי עבירות נפרדות - עבירת של ניסיון ביחס לאובייקט המיועד ועבירה נוספת כלפי האובייקט בפועל (ש"ז פלר יסודות דיני עונשין א 587-593 (1984); רבין וואקיא, בעמ' 416). הנחת המוצא המונחת בבסיס הדוקטרינה היא כי מטרתם של דיני העונשין להגן על ערכים חברתיים באשר הם, ומשכך אין נפקא מינה מבחינת האינטרס הנפגע אם האובייקט בפועל הוא אינו האובייקט בכוח (גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין ב 279 (התשס"ט) (להלן: הלוי ב)).

118. כאשר המבצע משלים את העבירה כלפי הקרבן המיועד (לענייננו, משלים את עבירת ההמתה), אין עוד "כוונה" להעביר לאחר. כל יסודות העבירה כלפי הקרבן המיועד התקיימו.

ניתן לראות כי כל הכתיבה בסוגיית הכוונה המועברת דנה במצבים שבהם נכשל המעשה העברייני כלפי הקרבן המיועד ונגרמה פגיעה בקרבן אחר. ד"ר אלדר מתייחס למצבים בהם תחול ההלכה כ"החלפת אובייקט העבירה". הדיונים כולם מתמקדים במצבים של "טעות בזיהוי" ו"החטאת פעולה" ולא דנים כלל במצבים שבהם נפגע הקרבן המיועד ויחד איתו נפגע קרבן נוסף (ראו גם ח' גנאים מ' קרמניצר הנ"ל עמ' 68, 82).

תכליתה של ההלכה בדבר כוונה מועברת היא להטיל אחריות על מי שפגע בערכים חברתיים עליהם מגינים דיני העונשין, גם אם נכשל בתכניתו ופגע בקרבן אחר. משנפגעו ערכים חברתיים אלו, כמו ערך חיי האדם, יש להטיל אחריות על העושה וללא קשר לזהות הקרבן הספציפי, שכן דיני העונשין אינם מיועדים להגנה על קרבנות מוגדרים בלבד. כל פגיעה בערכים חברתיים אלו מצדיקה הטלת אחריות (ראו ג' הלוי תורת דיני העונשין כרך ב' 279 (2009); ע"פ 295/10 הנ"ל פסקאות 72, 73; ח' גנאים ומ' קרמניצר הנ"ל עמ' 100).

119. כאשר השלים העושה את העבירה ומימש את כוונתו כלפי הקרבן המיועד, יחולו דיני העונשין באופן ישיר על מעשיו ללא צורך בהחלתם באמצעות ההלכה. בכך מוגשמת ההגנה על הערכים החברתיים המוגנים. בשל הפגיעה בקרבן הנוסף, ניתן להחיל באופן ישיר את דיני העונשין על פי הכללים הרגילים, בגדרם ייבחנו יסודות העבירה המושלמת, כפי שבוצעה כלפי אותו קרבן נוסף.

כך למשל בע"פ 295/10 נדונה שאלת אחריותו של אדם אשר ביקש להרעיל את בנותיו באמצעות מתן סוכריות שוקולד מצופות ברעל. בסופו של דבר מי שטעם את הסוכריות הייתה גרושתו. האישה הורעלה, פנתה לקבלת טיפול רפואי ונפגעה אך נותרה בחיים. הנאשם הורשע בניסיון לרצח של שלושת בנותיו ועלתה השאלה האם ניתן להרשיעו גם בניסיון לרצח של גרושתו מכוח הלכת "הכוונה המועברת". בית המשפט דחה את הטענה וקבע בפסקה 77:

נמצא אפוא כי המקרה דן נופל לגדר המקרים של חוסר זהות איכותית בתוצאה. המערער התכוון לרצוח את הבנות, וגרם בפועל לפגיעתה של המתלוננת. בנסיבות אלה סבורה אני כי אין מקום להחיל את הדוקטרינה בדבר כוונה מועברת, אלא יש להשתמש בעקרונות היסוד הרגילים של דיני העונשין ולהרשיע את המערער בעבירת ניסיון כלפי האובייקט המיועד (הבנות) ובעבירה מושלמת אחרת, ככל שהתקיימו יסודותיה, כלפי האובייקט בפועל (המתלוננת).

120. סבורני כי גם לשון סעיף 20(ג) (2) תומכת באותה מסקנה, שכן האחריות מוטלת אם נעשה המעשה באדם אחר או בנכס אחר, מזה שלגביו אמור היה המעשה להיעשות. לא נאמר באדם נוסף או בנכס נוסף אלא באחר, ונראה כי הפירוש הנכון של ההוראה הוא כי הסעיף יחול רק אם האובייקט שנפגע היה שונה מזה המיועד.

ניתן להסיק מן האמור כי מקום שבו הושלם ביצוע העבירה, ומומשה הכוונה כלפי הקרבן המיועד, לא ניתן לעשות שימוש בהלכת הכוונה המועברת כלפי קרבן נוסף שנפגע. אחריותו של העושה כלפי הקרבן הנוסף תיקבע על פי הכללים הרגילים של דיני העונשין ובהתאם ליסודות העבירה שיוכחו. על כן, אין מקום להרשיע את הנאשם בעבירה של רצח בכוונה תחילה של מוסא.

הרשעה בעבירה אחרת

121. כתב האישום ייחס לנאשם רק עבירה של רצח בכוונה תחילה כלפי מוסא. עם זאת, בדיון בבית המשפט העליון בפני הצדדים את האפשרות שהנאשם יורשע בעבירה אחרת, עבירה של רצח במזיד על פי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין.

סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982, מסמיך את בית המשפט להרשיע נאשם בעבירה אחרת מזו שמיוחסת לו בכתב האישום "ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן". הוראה זו מתירה לבית המשפט לבסס הרשעה על עובדות שהוכחו בפניו "[...] אף אם עובדות אלו לא נטענו בכתב האישום".

122. לצדדים ניתנה הזדמנות להגיב על האפשרות של הרשעה בעבירה של רצח במזיד. ב"כ הנאשם טען בסיכומי ההשלמה כי לא ניתנה לנאשם הזדמנות להתגונן, שכן היסוד הנפשי בעבירת הרצח במזיד שונה ולא ניתנה לו האפשרות לחקור את העדים ולהוכיח את העובדות בהתאם.

123. דין טענות הסנגור להידחות. לשם הרשעה בעבירה של רצח במזיד, אין צורך לדון בעובדות חדשות שהתגלו ושלא נכללו בכתב האישום. המסד העובדתי הוא זה שנקבע לעיל, בהתבסס על הראיות שנכללו בכתב האישום ואשר רובן ככולן הן עובדות שהובאו על ידי הנאשם עצמו בהודעותיו ובעדותו בבית המשפט. יתרה מזו, כפי שיפורט להלן, הרשעה בעבירה של רצח במזיד, דורשת הוכחת מחשבה פלילית פחותה מאשר בעבירה של רצח בכוונה תחילה. על כן, כאשר התמודד הנאשם עם הטענות בדבר מחשבה פלילית הכוללת כוונה תחילה, ממילא עלה בידו להתגונן כלפי יסוד נפשי פחות מכך.

124. לבסוף נציין כי ניתנה לנאשם הזדמנות להביא את מלוא הטיעון המשפטי בנוגע לאפשרות ההרשעה בעבירה של רצח במזיד והוא אכן ניצל את ההזדמנות והגיש טיעונו. לא שמענו מהסנגור אילו עובדות נוספות ואילו עדים נוספים ניתן היה להציג כדי להתגונן בפני העבירה של רצח במזיד, אשר לא הובאו במסגרת הראיות כאשר יוחסה לנאשם עבירה של רצח בכוונה תחילה, והטענה בדבר פגיעה בהגנת הנאשם נטענה בעלמא. על כן נבחן האם התקיימו יסודות העבירה של רצח במזיד.

עבירת הרצח במזיד

גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה;

הסעיף כולל שלוש חלופות שבהן יראו את הגורם למותו של אדם כמי שרצח; גרימת מוות תוך כדי ביצוע עבירה אחרת; גרימת מוות תוך הכנה לביצוע עבירה אחרת; וגרימת מוות כדי להקל על ביצוע של עבירה אחרת.

ענייננו רק בחלופה הראשונה מבין שלושת החלופות בסעיף. לעבירה זו מספר רכיבים; רכיב התנהגותי - גרימה, רכיב נסיבתי - תוך כדי ביצוע עבירה אחרת, ורכיב תוצאתי - מות הקרבן. היסוד הנפשי הנדרש להרשעה הוא זדון.

126. על מנת להרשיע נאשם בביצוע רצח במזיד, על המאשימה לשכנע כי הוכחו כל שלושת הרכיבים וכן היסוד הנפשי. בגדר הוכחת הרכיב ההתנהגותי, עליה לשכנע כי מעשה או מחדל של הנאשם הביאו למותו של הקרבן, ולשכנע כי קיים קשר סיבתי בין התנהגות הנאשם לבין התוצאה (ראו י' קדמי לעיל, עמ' 177).

127. הרכיב הנסיבתי מצוי במרכז הדיון בעבירה. הוכחת הרכיב הנסיבתי המיוחד היא שהופכת את מעשה גרימת המוות לרצח. תכלית הסעיף הקובע כי רצח במזיד תוך כדי ביצוע עבירה אחרת, יוגדר כרצח - העבירה החמורה בחוק העונשין, היא הרתעת העבריין מביצוע עבירה באופן המסכן חיי אדם ולמצער חיי אדם נוספים (ראו ע"פ 4711/03 אבו זייד נ' מדינת ישראל, פסקה 40 (15.1.2009)); א' אנקר "רצח תוך ביצוע עבירה: היחס בין העבירה האחרת לעבירת גרם-המוות" מחקרי משפט א 1, 38 (תש"מ).

128. עבירת הרצח במזיד, תוך כדי ביצוע עבירה אחרת, מעוררת שאלות נכבדות ואף זכתה לביקורות. כך למשל עולה השאלה מהי אותה עבירה אחרת שנעברה על ידי העושה, והאם נדרש כי אותה עבירה אחרת תהא עבירה חמורה שמסכנת חיי אדם או שהיא יכולה להיות כל עבירה, גם כזו שחומרתה קלה (ראו גם ע"פ 2113/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (6.4.2016)).

בע"פ 4711/03 העירה כב' השופטת ביניש בהערת אגב, כי יש לצמצם את תחולת הסעיף ולקבוע כי רק אם העבירה האחרת היא עבירה מסוג פשע "המתאפיינת בחומרה יתרה ובסיכון אינהרנטי לחיי אדם" (שם, פסקה 14), ניתן יהיה להרשיע את גורם המוות בעבירת הרצח.

שאלה נוספת שהתעוררה היא שאלת היחס בין שתי העבירות מבחינת מימד הזמן ומבחינת הזיקה בין העבירות. הסעיף מורה כי הרשעה ברצח במזיד מותנית בכך שגרימת המוות נעשתה "תוך כדי" ביצועה של עבירה אחרת. לא ברור האם גם כאשר העבירות אינן נעשות בו זמנית ניתן להרשיע בעבירה. אין גם דרישה מפורשת לקשר סיבתי בין העבירה המקורית לעבירה ההמתה, כמו בחלופות האחרות לעבירת הרצח במזיד. גם בעניין זה הובעה הדעה כי נדרש "קשר הדוק" בין העבירות ונדרשת "בו זמנית", אולם סוגיה זו טרם הוכרעה (ראו גם ע"פ 60/81 גור נ' מדינת ישראל, פ"ד

לו(4) 516,505 (1982); ע"פ 2113/13 לעיל).

129. היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה הוא "במזיד". בתיקון 43 לחוק העונשין הוסף סעיף 90א' הקובע כדלקמן:

(1) "זדון" או "מזיד" - יהיה היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה - מודעות כאמור בסעיף 20(א) רישה, ולענין תוצאת המעשה הנמנית עם פרטי העבירה - גם פיזיות;

משמע, היסוד הנפשי הנדרש הוא מודעות לכל רכיבי היסוד העובדתי, כלומר להתנהגות ולנסיבה המיוחדת, וכן אדישות או קלות דעת לגרימת התוצאה, כלומר לגרימת המוות. בע"פ 60/81 הנ"ל מציין השופט אור בעמ' 514:

הלכה היא, שה"זדון", הנדרש להוכחת עבירה על-פי סעיף 300(א) לחוק (או סעיף 214(ג) לפקודת החוק הפלילי, 1936, אשר קדם לו), טומן בחובו צפיות מראש מצד העבריין של אפשרות גרימת המוות, והתנהגות לא אכפתית מצדו לנוכח תוצאה צפויה זו.

(ראו גם ע"פ 412/70 ליבוביץ' נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(2) 225 (1971); ע"פ 8295/11 שקרא נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (10.10.2013); ג' הלוי הנ"ל כרך ב' עמ' 530-532).

130. הוכחת יסוד נפשי אצל נאשם תמיד אינה פשוטה. רק לעתים ניתן ללמוד על הלך נפשו של נאשם מתוך דבריו שלו, בין בעדותו בפני בית המשפט או חוקרי המשטרה ובין בדברים שאמר לעדים שונים לפניו או אחרי ביצוע העבירה. בדרך כלל לא ניתן לבסס את הוכחת היסוד הנפשי על ראיות ישירות. בבג"צ 2534/97 ח"כ ייב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 18 (1997), אומר בית המשפט:

הוכחת יסוד נפשי הינה משימה מורכבת, ולא בנקל ניתן לחדור לנבכי נשמתו של האדם ולעמוד על צפונות לבו. אי לכך, כאשר הרכיב ההתנהגותי מוגדר בעבירה, יש שבית-המשפט, הנדרש לקבוע קיומה של מחשבה פלילית, מסתפק בחזקות עובדתיות, ויש שהוא נסמך על ראיות נסיבתיות. כאשר הרכיב ההתנהגותי עמום, ובית-המשפט נדרש להתחקות אחר מניעיו של הנאשם, אזי גובר הצורך להסתייע בראיות נסיבתיות.

כפי שראינו לעיל, קשיי הוכחת היסוד הנפשי הביאו לפיתוחה של חזקת המודעות הכללית שבאה להחליף את הצורך בהוכחת ישירה של רכיבי היסוד הנפשי (ראו פסקה 96 לעיל).

131. חזקת המודעות הכללית אינה יכולה, בדרך כלל, לסייע בהוכחת מודעות לנסיבה, כמו למשל להוכחת המודעות לנסיבות ביצוע עבירה על-ידי העבריין העיקרי אצל המסייע. לשם הוכחת מודעות זו התקבלה ההלכה בדבר "עצימת עיניים", המוצאת היום את עיגונה בסעיף 20(ג) לחוק העונשין, וכך קובע הסעיף:

לענין סעיף זה -

(1) רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם;

בע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 873, 896 (2001), מסכמת כב' השופטת ביניש (כתוארה דאז) את ההלכה:

סעיף זה הוחק במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין. מדברי ההסבר להצעת-החוק עולה כי בסעיף 20(ג) (1) לחוק העונשין התקבלה גישתו של פרופ' פלר, שלפיה "עצימת עיניים" הינה התעלמות מודעת מאפשרות קיומה של נסיבה על אף החשד שמא היא מתקיימת, והימנעות עובר למעשה מבדיקת המצב לאשורו (ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך א, תשמ"ד) 519). הסעיף קובע כי עצימת עיניים הינה שוות ערך למודעות בפועל ("ידיעה ממשית").

132. על כן מכוחה של ההלכה, כדי להוכיח מודעות לנסיבה ניתן להסתפק ב"עצימת עיניים", שמשמעה כי מקום בו אדם חושד בפועל בהתקיימותה של הנסיבה, אך נמנע מבדיקת המצב לאשורו, יראו בו כמי שהיה מודע לנסיבה (ראו קדמי לעיל, חלק ראשון, עמ' 37; פלר לעיל, כרך א', עמ' 523; י' קוגלר "על דרישת המודעות כלפי הנסיבות בחלק הכללי החדש של חוק העונשין" פלילים ה 149, 153-154 (תשנ"ו)).

133. הוכחת עצימת העיניים מחייבת, אפוא, הוכחת חשד סובייקטיבי ממשי (או בלשון פרופ' פלר - "חשד רציונאלי"), דהיינו, פן סובייקטיבי - החשד, ופן אובייקטיבי - היותו של החשד רציונאלי.

למעשה על המאשימה לשכנע כי התקיימו שלושה תנאים והם: חשד סובייקטיבי, היותו של החשד ממשי-רציונאלי והימנעות מבדיקת העובדות לאשורן. אין די בכך שהמאשימה תשכנע כי אדם סביר ונבון היה חושד בנסיבות המקרה, אלא עליה לשכנע כי הנאשם הנדון חשד בעצמו בדבר התקיימות הנסיבה.

עם זאת יש לזכור כי הוכחת החשד הסובייקטיבי שלעיל עשויה להיעשות בדרך של הבאת ראיות נסיבתיות, המקימות חזקה עובדתית בדבר חשדו של הנאשם הספציפי העומד לדין.

134. במקרה הנוכחי התקיימו כל הרכיבים, הרכיב ההתנהגותי, הרכיב הנסיבתי והיסוד הנפשי. הרכיב ההתנהגותי-כפי שפורט בהרחבה לעיל, הנאשם נטל חלק ממשי בכל פעולות ההכנה, הנסיעה למקום ביצוע הירי, וההימלטות מהמקום. נהיגת הנאשם ונוכחותו, היו חלק מהפעילות המתוכננת לביצוע הירי כלפי בוגי.

יפים כאן דברי בית המשפט בע"פ 7637/05 יוסף נ' מדינת ישראל (5.7.2007), שם אומר בית המשפט:

כללם של דברים, אין לטעות בפרשנות הפסיקה כאילו מדובר בדרישה של תכנית "מסודרת", עם תיק פעולה, אלא במציאות חיים העלולה להיות מתגלגלת - מתכנית זדון "כללית" המתורגמת לפעולה אלימה (בענייננו בצירוף כלי משחית), ומידרדרת לקיפוח חיי אדם. החובר

לחבורת עבריינים ב"מפעל" אלים יידע, כי עלול הוא להילכד ברשת עבירה מתגלגלת, בתוך מסכת האירוע.

ובע"פ 3293/09 חטיב נ' מדינת ישראל (15.10.2009) מדגיש בית המשפט:

לעניין הביצוע בצוותא, אין הכרח כי יערך תכנון מוקדם משותף של העבירה לפרטי פרטיה, ואף אין זה נחוץ כי ביצועה בפועל יתאם במדויק את כוונתם המקורית של המשתתפים.

(ראו גם ע"פ 5671/07 אל תראבין נ' מדינת ישראל (22.12.2009); ע"פ 5686/07 בסטיקאר נ' מדינת ישראל (17.2.2011)).

135. משמע, אף כי התכנון המוקדם היה לירות על בוגי בלבד, הרי שניתן לקבוע כי התכנית המקורית עברה שינוי והתפתחה כאשר הוברר כי ישנם אנשים נוספים בבית הקפה. ברגע זה הורחבה התכנית לירי בלתי מבוקר גם כלפי שאר היושבים. גם אם הירי כלפי מוסא לא היה חלק מהתכנון המקורי, גם אם לא דובר על האפשרות לירי באנשים נוספים פרט לבוגי, יש לראות בנאשם כמי שהיה חלק אינטגרלי ובלתי נפרד מהפעילות ומהמעשים שהביאו גם למותו של המנוח מוסא וכמי שנטל חלק בכל התכנית על גלגוליה השונים.

136. לפיכך, יש לקבוע כי הוכח הרכיב ההתנהגותי, דהיינו גרימה במעשה. ודוקו, בידיו של הנאשם הייתה שליטה על המעשים. הנאשם יכול היה למנוע את השתתפותו במעשה. הנאשם הוא שנהג ברכב, הגיע יחד עם אדהם לבית הקפה, המתין איתו עד לחזרה למקום. בכל שלב יכול היה הנאשם להחליט להפסיק את השתתפותו. כך גם יכול היה להימנע מעצירת הרכב ליד בית הקפה ויכול היה להימנע מלהמתין במקום עד סיום הירי וההימלטות. משבחר הנאשם לעשות זאת, יש לראות בו כמי שהיה שותף לגרימת מותו של מוסא.

137. הרכיב הנסיבתי- אין חולק כי התקיימה גם הנסיבה המחמירה, דהיינו גרימת מוות תוך כדי ביצוע עבירה אחרת. כפי שצוין, העבירה האחרת שבמהלכה בוצע הרצח כוללת לפחות כל עבירה מסוג פשע או עבירה שיש בה סיכון חיי אדם. אין כל בסיס לטענה כי רק עבירה מסוג שונה מעבירת ההמתה תיחשב כעבירה אחרת. גם כאשר העבירה האחרת, העבירה המקורית והמתוכננת, היא עבירת המתה, לא כל שכן עבירת רצח בכוונה תחילה, ניתן לראות בהמתתו של אדם נוסף כגרימת מוות תוך כדי ביצוע עבירה אחרת.

כאן יוער, כי גם אם נדרש קשר הדוק בין העבירות, וגם אם נדרשת בו זמניות, הרי שנסיונות המקרה ממלאות דרישות אלו. המתתו של מוסא נעשתה תוך כדי ביצוע הירי לעברו של בוגי. לא מדובר בסטייה מהתכנון המקורי או מהביצוע המקורי, אלא במעשה שנעשה תוך כדי ובמהלך ביצוע הירי המתוכנן כלפי בוגי.

138. ניתן לסכם ולקבוע כי הוכחו כל רכיבי היסוד העובדתי. נותר לבחון האם התקיימו גם רכיבי היסוד הנפשי, דהיינו - האם הוכחה מודעותו של הנאשם לרכיב ההתנהגותי, לנסיבה ולאפשרות גרימת התוצאה.

139. דומה שלא יכולה להיות מחלוקת כי הנאשם היה מודע להשתתפותו במעשה, כלומר, לרכיב ההתנהגותי, שהרי רכיב זה זהה לרכיב ההתנהגותי בהמתתו של בוגי. הנאשם גם היה מודע לנסיבה, כלומר, לביצוע העבירה האחרת, עבירת הרצח של בוגי, אותה עבירה שתוכננה ושלשמה הגיעו הוא ואדהם לבית הקפה.

נותר לבחון האם הנאשם היה מודע גם לאפשרות שהירי יביא למותו של אדם נוסף; ודוקו, לעניין זה אין צריך להוכיח כי היה מודע לאפשרות שאותו אדם נוסף יהיה דווקא מוסא ודי בכך שהיה מודע לכך שהירי יביא למותו של אדם נוסף בבית הקפה.

140. בחקירתו במשטרה (ת/11א' עמ' 29) וחקירתו בבית המשפט, הודה הנאשם כי כאשר עברו ליד בית הקפה לראשונה ראו כי בית הקפה פעיל, המקום פתוח ובמקום דולק אור. לשאלה אם ראה אנשים באותו שלב השיב שהוא לא יודע אבל יכול להיות שהיו (עמ' 153 לפרוטוקול מיום 26.10.2016). בהמשך, כאשר נשאל על ההגעה החוזרת לבית הקפה, השיב (עמ' 157):

ש.	אוקי. עכשיו אתה תיארת במשטרה שראית את בוגי ואת מוסא שהם ישבו ואת השלישי שהוא היה עומד,
ת.	כן.
ש.	השלישי הכוונה העובד שלהם נכון?
ת.	כן.
ש.	סולטאן,
ת.	נכון.
ש.	אוקי. ואתה זיהית אותם. כאילו כשראית אותו ידעת שזה העובד וידעת שזה בוגי וזה מוסא?
ת.	כן מכיר אותם.

מכאן, ברור כי הנאשם היה מודע כי בבית הקפה נמצאים גם מוסא וגם העובד סולטאן.

הנאשם גם אישר כי ראה את השלושה לפני הירי וראה כי אדהם יורד וישר יורה (עמ' 157 שורות 29-30).

141. דומני, כי כל אדם הרואה את חברו יורד מהרכב ויורה ברובה סער אל עבר בית עסק שבו נמצאים שלושה אנשים, מודע לאפשרות כי הקליעים יפגעו ביושבים ולא רק בקרבן המיועד. אין צורך לרדת לחקר צפונות לבו של הנאשם או לברר את המחשבות שעלו בראשו ברגע הירי. די בקיומה של חזקת המודעות כדי לקבוע, מעבר לכל ספק סביר, כי הנאשם היה מודע לאפשרות שהירי יפגע גם בשאר יושבי בית הקפה ולא רק בבוגי, והיה מודע לאפשרות שכתוצאה מהירי ייגרם מותו של מי שייפגע. הואיל והנאשם היה מודע לכך שמוסא יושב ליד בוגי, ניתן לקבוע, ללא כל צל של ספק, כי הנאשם היה מודע לאפשרות שגם מוסא ימצא את מותו כתוצאה מהירי.

142. במצב זה, בו היה הנאשם מודע לאפשרות של הירי וגרימת המוות של מוסא, גם אם יתכן שהנאשם לא ביקש

להביא למותו של מוסא, ברי כי היה מודע לאפשרות והיה אדיש לאפשרות כי התוצאה הקטלנית תתרחש (השוו ע"פ 10407/07 אוליינקוב נ' מדינת ישראל (14.4.2010); ע"פ 4351/00 מדינת ישראל נ' אבו-אלהווא, פ"ד נה(3) 327, 334 (2001); ע"פ 9256/11 פידיניאן נ' מדינת ישראל (23.9.2014), פסקה 23).

הנאשם היה מודע לאפשרות כי הירי יביא למותם של אחרים פרט לבוגי, היה מודע להימצאותו של מוסא במקום, היה מודע לכך שאדהם עומד לצאת מהרכב ולירות, ולמרות זאת המשיך בתכנית המקורית, עצר את הרכב ואפשר לאדהם לצאת ולירות. המסקנה המתחייבת היא כי הנאשם היה, לכל הפחות, שווה נפש-אדיש, לאפשרות של גרימת מותו של מוסא. על כן, יש לקבוע כי התמלאו גם כל רכיבי היסוד הנפשי.

התוצאה מן האמור היא, כי יש להרשיע את הנאשם ברצח במזיד של מוסא, עבירה לפי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין.

המסקנה, כי הנאשם היה מודע בפועל לאפשרות המתתו של מוסא, מייטרת את הדיון במסלול הנוסף שפורט לעיל, דהיינו - הטלת אחריות לעבירה שונה או נוספת שביצע שותפו למעשה, על פי סעיף 34א' לחוק העונשין.

סוף דבר

143. כפי שפורט עד כה, שוכנעתי כי הנאשם נטל חלק בהמתתם של המנוחים, כי הצטרף לאדהם לאחר הכנה ומתוך כוונה והחלטה להמית את בוגי, וכי היה אדיש לאפשרות של המתתו של מוסא.

על כן אציע לחברותיי להרשיע את הנאשם בעבירה של רצח בכוונה תחילה של המנוח, מוחמד אל חיר ז"ל המכונה בוגי, עבירה לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין, וברצח במזיד של המנוח מוסא מחמד ז"ל, עבירה לפי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין.

הנאשם הודה בשאר העבירות שיוחסו לו ועל כן אציע להרשיעו גם בקשירת קשר לביצוע פשע, עבירה לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין; הצתה, עבירה לפי סעיף 448, ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין, עבירה בנשק, עבירה לפי סעיף 144(ב) ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין, ושיבוש מהלכי משפט, עבירה לפי סעיף 244 ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין.

**רון סוקול, שופט
אב"ד**

השופטת תמר שרון נתנאל:

אני מסכימה.

תמר שרון נתנאל, שופטת

השופטת רונית בש:

אני מסכימה עם האמור בחוות דעתו המפורטת והמנומקת של חברי, השופט סוקול, הבוחנת היטב את תמונת הראיות בתיק זה ומנתחת כדבעי את הפן המשפטי.

אציין בקצירת האומר, כי יש ליתן את מלוא המשקל למכלול הודאותיו של הנאשם, אשר ניתנו מרצונו הטוב והחופשי ולא כתוצאה מייעוץ פסול שקיבל, כטענתו, מהחוקרים. להודאות הנאשם בפני החוקרים והמדובב נוספו ראיות, כאמור בחוות הדעת הנ"ל, לרבות סרטוני מצלמות האבטחה, ובכל אלה יש כדי ללמד, מעבר לכל ספק סביר, כי הנאשם ביצע, בצוותא חדא, עם אדהם את העבירה של רצח בכוונה תחילה של המנוח בוגי, עבירה לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, ביחד עם סעיף 29 לחוק הנ"ל. אף אני סבורה, מהטעמים שהועלו בחוות דעתו של השופט סוקול, כי אין מקום להחיל בעניינו של המנוח מוסא את הלכת הכוונה המועברת, המעוגנת בסעיף 20(ג)(2) לחוק העונשין, וכי יש מקום להרשיע את הנאשם, מכוח סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין, ביחד עם סעיף 29 לחוק הנ"ל, בעבירה שעניינה רצח במזיד של מוסא, שבוצעה אף היא בצוותא חדא עם אדהם, תוך ביצוע עבירה אחרת (עבירת הרצח בכוונה תחילה של המנוח בוגי), זאת משניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן מפני העבירה הנ"ל שאינה עולה מכתב האיטום בתיק זה. בצד שתי העבירות הנ"ל יש להרשיע את הנאשם אף ביתר העבירות, המיוחסות לו בכתב האיטום, אשר בביצוען הודה.

רונית בש, שופטת

לפיכך הוחלט כאמור בהכרעת דינו של אב"ד ההרכב, כב' השופט רון סוקול. על כן אנו מרשיעים את הנאשם בעבירות כדלקמן:

(א) רצח בכוונה תחילה של המנוח מוחמד אל חיר ז"ל המכונה בוגי, לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין;

(ב) רצח במזיד של המנוח מוסא מחמדין ז"ל, עבירה לפי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין ביחד עם סעיף

29 לחוק העונשין.

- (ג) עבירה בנשק, עבירה לפי סעיף 144(ב) ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין;
- (ד) קשירת קשר לביצוע פשע, עבירה לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין;
- (ה) הצתה, עבירה לפי סעיף 448 ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין;
- (ו) שיבוש מהלכי משפט, עבירה לפי סעיף 244 ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין.

ניתנה והודעה היום י' אדר תשע"ז, 08/03/2017, במעמד הנוכחים.

**רון סוקול, שופט
אב"ד תמר שרון נתנאל, שופטת
רונית בש, שופטת**

_*