

## ע"פ 2418/17 - חאלד קוטינה נגד מדינת ישראל, הורי המנוח שלום יוחאי שרקי, שירה קליין

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים  
ע"פ 2418/17

לפני:  
כבוד השופט מ' מזוז  
כבוד השופטת י' וילנר  
כבוד השופט א' שטיין

המערער: חאלד קוטינה

נגד

המשיבים:  
1. מדינת ישראל  
2. הורי המנוח שלום יוחאי שרקי  
3. שירה קליין

ערעור על הכרעת הדין מיום 13.4.2016 ועל גזר הדין  
מיום 30.1.2017 של בית המשפט המחוזי בירושלים  
בתפ"ח 44660-04-15 שניתנו על ידי כב' סגן הנשיא  
השופט י' נועם, והשופטים ר' פרידמן-פלדמן ומ' בר-עם

תאריך הישיבה: כ"ד בתשרי התשע"ט (3.10.2018)

בשם המערער: עו"ד נאיל זחאלקה  
בשם המשיבים: עו"ד מורן פולמן

### פסק-דין

השופט א' שטיין:

1. בפנינו ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים בתפ"ח 44660-04-15 (סגן הנשיא השופט י' נועם, והשופטים ר' פרידמן-פלדמן ומ' בר-עם) אשר מצא את המערער אשם ברצח ובניסיון לרצח, עבירות לפי סעיפים 300(א)(2) ו-305(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), דן אותו למאסר עולם ולעשרים שנות מאסר כעונשים מצטברים וחייבו לשלם פיצויים לקורבנות העבירות בסך כולל של 516,000 ₪ (258,000 ₪ לכל קורבן). הערעור מופנה נגד ההרשעה ולמיצער, נגד העונש והחיוב בפיצויים.

עמוד 1

2. על עובדות אלו אין עוררין:

ביום 15.4.2015, אירח המערער בביתו בכפר ענאתא את הוריו ואת אחיו ואחר כך הסיעם לביתם בשכונת שייח ג'ראח בירושלים. בשל עיכוב במחסום של צה"ל, ארכה הנסיעה למעלה משעה וחצי. בתום הנסיעה, נשאר המערער לבדו ברכב ואז – לפי דבריו בחקירות של שב"כ ומשטרה: ת/1 ו- ת/2 – בהיותו זועם ומתוסכל, החליט לבצע פיגוע דריסה נגד יהודים. כדי להוציא תכנית זו מן הכוח אל הפועל, נסע המערער לכיוון מערב העיר, ובהגיעו להצטלבות של שדרות בר-לב ושדרות אשכול, הבחין בשני הולכי רגל שצעדו על המדרכה בשלווה ובביטחון. הולכי רגל אלו היו שלום יוחאי שרקי (להלן: שלום) ושירה קליין (להלן: שירה), אנשים צעירים שהיו בקשר זוגי. לאחר שווידא כי מדובר ביהודים, גמר המערער אומר לדרוס אותם ברכבו. כשאור הרמזור התחלף לירוק, האיץ המערער את רכבו, צפר צפירת אזהרה ארוכה כדי שנהגיהם של כלי רכב אחרים, שנסעו במקום, יידעו לא להתנגש בכלי הרכב שבו נהג, דהר לכיוון המדרכה בה צעדו שלום ושירה ודרסם בעוצמה רבה. כתוצאה מהדריסה, הועפו שלום ושירה באוויר כשהם סובלים מפגיעות גוף קשות. שלום, ז"ל, נפגע אנושות ולאחר מכן נפטר בבית החולים. שירה, תבל"א, איבדה את הכרתה ואושפזה בבית חולים כשהיא מורדמת, מונשמת וסובלת משברים רבים בגופה. בדרך נס, מצבה השתפר וחייה ניצלו, אך חיים אלו השתנו לרעה ללא היכר. על כורחה, נאלצה שירה להיכנס לתהליך ארוך ומורכב של שיקום פיזי ונפשי כשהיא אבלה על מותו של בן זוגה (כמפורט בתסקיר קורבן העבירה מתאריך 2.6.2016).

פסק הדין של הערכאה הראשונה

3. המערער הועמד לדין בבית המשפט המחוזי ירושלים באשמת רצח וניסיון לרצח. בתגובה לכתב האישום, טען המערער כי מדובר בתאונה ולא בפיגוע דריסה מכוון. לאחר פרשת ההוכחות, נתן בית משפט קמא הכרעת דין המנומקת לעילא ולעילא. במסגרת זו, קבע בית המשפט כי תזת התאונה הינה מופרכת על פניה ודחה אותה בשתי ידיים בהסתמכו על אמרות המערער בחקירותיו במשטרה ובשב"כ. באמרות אלה, הודה המערער כי מדובר בפיגוע דריסה שכוון נגד יהודים, והוא אף ציין כי בחר להוציא את תכניתו הרצחנית מן הכוח אל הפועל לאחר שקלא וטריא ועל בסיס ניתוח של עלות-תועלת, שבמסגרתו הוא בחן את השלכות הפיגוע על בני משפחתו. בכמה מאמרות אלו (ת/1 ו-ת/1ב'), טען המערער כי התכוון רק לפצוע את שלום ואת שירה וכי לא היה בכוונתו לגרום למותם. אמרות אלה נתקבלו כראיה ללא התנגדות ומבלי שתישמענה נגדן טענות אשר מחייבות את בית המשפט לקיים משפט זוטא כדי לבדוק את קבילותן על-פי אמות המידה הקבועות בסעיף 12(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

4. מנקודה זו, הדרך להרשעת המערער היתה קצרה. בית המשפט קבע, כי המערער רצח את שלום בכוונה תחילה, וכי הוא גם ניסה לרצוח בכוונה תחילה את שירה. קביעה זו כללה התייחסות מפורטת ליסודותיהן של שתי העבירות, רצח וניסיון לרצח. בית המשפט מצא, כי המערער גיבש החלטה להמית יהודים על ידי פיגוע דריסה, איתר את קורבנותיו – כחלק ממעשה ההכנה – ואחר כך ביצע את הפיגוע, כפי שתיכננו, בדם קר ובהיעדר קינטור, כאשר הוא דוהר ברכבו לעבר הקורבנות ומתנגש בהם בעוצמה רבה מבלי להאט את כלי הרכב ששימש בידו ככלי רצח (כמתועד בחקירות המשטרה והשב"כ: ת/1 ו-ת/2).

5. לאחר מכן, גזר בית המשפט את עונשו של המערער. במסגרת זו, מצא בית המשפט כי המערער איננו ראוי לעונש מופחת בגין רצח, אשר מתאפשר בנסיבות מקלות חריגות המפורטות בסעיף 300א לחוק העונשין. בית המשפט הטיל אפוא על המערער בגין הרצח של שלום עונש חובה של מאסר עולם. בגין הניסיון לרצוח את שירה, הטיל בית המשפט על המערער עונש מרבי של עשרים שנות מאסר וקבע כי עונש זה יוסף במלואו למאסר עולם. כמו-כן חייב בית המשפט את המערער לשלם לשירה פיצויי קורבן בסך של 258,000 ₪ ופסק סכום פיצויים זהה גם לטובת הוריו של שלום בגין מות בנם.

מכאן הערעור.

טענות המערער

7. בא-כוחו המלומד של המערער עשה כל שלא ידו כדי לעזור לשולחו. בהתייחסו להרשעה, הסניגור לא חלק – וממילא לא יכול היה לחלוק – על שהתביעה הוכיחה את הרכיבים העובדתיים של שתי העבירות, רצח וניסיון לרצח, שבהן המערער נמצא אשם. טענותיו התמקדו ברכיב הנפשי: ההחלטה והכוונה להמית את הקורבנות. לדברי הסניגור, בית משפט קמא לא דק פורתא בקבעו כי המערער גמר אומר לקטול את חייהם של שלום ושירה בשל היותם יהודים. הסניגור פירט וטען בעניין הזה, כי חומר הראיות שנפרש בפני בית המשפט לא היה חד-משמעי, שכן ניתן היה ללמוד ממנו כי המערער התכוון "רק" לפצוע את קורבנותיו ולא להורגם. כפי שכבר ציינתי, המערער אכן אמר לחוקריו בכמה הזדמנויות כי התכוון לפצוע ולא להרוג (ת/1; ת/1ב'). על יסוד טענות אלה, ביקש הסניגור כי ניתן למערער ליהנות מהספק בעניין הכוונה, נבטל את הרשעתו ברצח ובניסיון לרצח ונרשיעו, במקום עבירות אלו, בהריגה ובניסיון להריגה.

8. לעניין העונש, טען הסניגור כי מצבו הפסיכיאטרי של המערער אמור היה לזכותו בעונש מופחת, כמותווה שבסעיף 300א לחוק העונשין, וכי בית משפט קמא טעה בהחליטו לדחות טענה זו. בהקשר זה, הוסיף הסניגור וטען כי בית המשפט טעה בהחליטו להעדיף את דברי המומחה הפסיכיאטרי מטעם התביעה, ד"ר טל ויצמן, על פני חוות דעתו של ד"ר ראסם כנאענה, המומחה הפסיכיאטרי מטעם ההגנה. כמו-כן טען הסניגור, כי לא היה מקום להוסיף את עונש המאסר המרבי של עשרים שנה, אשר הושת על המערער בגין ניסיונו לרצוח את שירה, אל מאסר העולם שנגזר עליו בגין רציחת שלום. לדברי הסניגור, ראוי היה לחפוף חלק מעשרים שנות מאסר אלו עם מאסר העולם כדי לקצר את שהיית המערער מאחורי סורג ובריח – מה גם שהתביעה הסכימה לכך שחמש שנים מתוך המאסר הכולל שעל המערער לרצות בגין הפגיעה בשירה תוטלנה עליו כעונש חופף ולא כעונש מצטבר.

9. הסניגור המלומד לא חסך את ביקורתו גם מהחלטת בית משפט קמא שחייבה את המערער בתשלום פיצויים לקורבנות. לטענת הסניגור, בית המשפט שגה בהחליטו לחייב את שולחו בפיצויים בשיעור מרבי: 258,000 ₪ לכל קורבן, בהתאם לסעיף 77(א) לחוק העונשין. שיעור הפיצויים, כך טען, אמור היה להיות קטן הרבה יותר מאחר ששולחו איננו עשיר (בלשון המעטה) ולעולם לא יוכל לעמוד בתשלום של 516,000 ₪.

דיון והכרעה

עמוד 3

10. סבורני כי דין הערעור להידחות על כל חלקיו. טענת הסניגור בענין היעדר כוונה לרצוח תלויה על בלימה. הראיות שהונחו בפני בית משפט קמא מוכיחות מעל לכל ספק סביר כי המערער גיבש את תכנית הדריסה שלו כתכנית רצחנית ואחר כך הוציאה מן הכוח אל הפועל כשהוא מתכוון לרצוח את שלום ואת שירה בשל היותם יהודים. טענת הסניגור בדבר היעדר כוונה קורסת גם כטענה אנליטית: גורל המערער מבחינת דיני העונשין לא ישתנה כהוא זה גם אם נניח כי הלה חשב או קיווה ששני היהודים, שאותם הוא בחר לדרוס ברכבו, ייפגעו קשות בגופם אך יישארו בחיים. בקשת הסניגור כי נמתיק במידת-מה את העונש שהושת על המערער בגין ניסיונו לרצוח את שירה, אף היא חסרת בסיס לנוכח עיקרון ההלימה, שאותו אנו מצויים ליישם בעקבות חקיקתו של תיקון 113 לחוק העונשין. באשר לחובות הפיזיו שבהן נתחייב המערער בגזר הדין: בהשוואה לשיעור הפיזיויים המשקף את נזקי הקורבנות לפי אמות המידה של דיני נזיקין, מדובר בסכומים לא גבוהים, ויש להניח שבית משפט קמא לקח בחשבון את סיכויי הגבייה הנמוכים כחלק מתמונת המצב הכללית. יתרה מכך: חיוב המערער בפיזיו הקורבן המרביים שהחוק מתיר עולה בקנה אחד עם עיקרון הגמול בענישה. בנסיבות אלו, אין לנו עילה להתערב בחלק זה של גזר הדין, ועל כן הנני מציע לחברי" שלא נשנה אותו.

#### הכוונה לרצוח

11. המערער דרס את שלום ואת שירה על-פי תכנית שלא הומצאה על ידו. פיגוע הדריסה שהמערער ביצע "שיכפל" שיטת טרור ידועה – פיגוע ראוה רצחני, שאחת ממטרותיו היא לספק דוגמא והשראה לאחוזי שנאה אחרים. באחת מהודאותיו הראשונות, אשר נמסרה למשטרה, המערער סיפר כי דוגמא זו הדריכה גם אותו וכי הוא תכנן לנקום ביהודים באמצעות פיגוע דריסה. כאשר נשאל בחקירה בנוגע לתוצאות פיגועי הדריסה, התחמק המערער ממתן תשובה ברורה והשיב כי "היו תאונות דריסה אבל אני לא עקבתי מה קרה לאנשים שנדרסו..." (ת/1, שורות 113-104; ת/1ב' עמודים 34-36). בחקירה נוספת של השב"כ כאשר נשאל מה קורה כאשר דורסים מישהו ברכב, המערער השיב כי "הוא מת או נפצע" (ת/2 שורה 108). הודאה זו היתה חופשית, נמסרה מרצון, והיא עולה בקנה אחד עם ניסיון החיים (המר) והשכל הישר. הודאה זו מוכיחה אפוא כי דברי המערער שתכנן רק לפצוע את קורבנותיו וכי לא היה בדעתו להורגם אינם אמת. האופן שבו הוציא המערער את תכניתו הרצחנית אל הפועל, אף הוא מראה מעל לכל ספק סביר כי הלה גיבש כוונה לרצוח יהודים ולא זנח אותה אפילו לשבריר של שניה. העוצמה שבה הוא דרס את שלום ואת שירה, כאשר הוא דוהר לעברם ברכבו, מתנגש בהם ומעיפם באוויר, מעידה על כוונתו לרצוח ולא רק לפצוע. עובדות אלו מוכיחות את נחישותו כמפגע. הן מתועדות בסרט שצולם על ידי מצלמת האבטחה אשר פעלה במקום הפיגוע (ת/3) וכן בדו"ח בוחן התנועה על תאונת הדרכים (ת/9).

12. להשלמת התמונה, יש להוסיף כי באחת מחקירותיו, סיפר המערער לחוקריו כי בהיותו בבית החולים בו טופל בעקבות הפיגוע, עשה "הצגה כדי שיחשבו שאני משוגע" (ת/2). אירוע זה מראה שמדובר באדם מניפולטיבי ולא אמין בכל הקשור לעדותו ולאמרותיו, שבאמצעותן ניסה לנער מעצמו את האחריות לפיגוע או, למיצער, להפחיתה. אירוע זה חשוב גם לבחינת טענתו של הסניגור כי המערער ראוי לעונש מופחת בשל מצבו הנפשי, ועל כך אעמוד להלן.

13. טענת הסניגור המתארת את שולחו כנטול כוונה לרצוח נדונה לכישלון גם מבחינה אנליטית. כוונה להביא לתוצאה אסורה איננה מצויה בתכניתו המוקדמת או במניעיו של מבצע העבירה, וגם לא במחשבותיו לבדן. כל אלו משמשים ראיות על כוונה, הא ותו לא, והם אינם בגדר כוונה עצמה. כוונה עצמה מצויה בסינרגיה בין מוחו, גפיו ושאר

חלקי גופו של מבצע העבירה. פעילות סינרגטית מתואמת של המוח ושאר חלקי גופו של מבצע העבירה מכילה בתוכה כוונה אשר מלווה את פעילותו כל אימת שזו נמשכת. במלים אחרות, כוונתו של אדם בר-דעת העושה פעולה רצונית, היא מה שמוחו פוקד לגופו לעשות. מחשבות אחרות, שבאות וחולפות ואינן מפעילות את הגוף, אינן חלק מהכוונה. intention is identical with, not something separate" באומרו כי "from, observable action". R.A. Duff, Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of (Action and Criminal Law 130 (1990).

14. אשר על כן, גם אם נאמין למערער כי בשניות שבמהלכן הוא דהר ברכבו אל שלום ושירה כדי להתנגש בהם בעוצמה רבה ולדרסם, כוונה במוחו מחשבה או תקווה כי השניים רק ייפצעו ולא יהרגו, כוונתו לרוצחם לא קטנה, וממילא לא התפוגגה. הסינרגיה בין המוח לשאר חלקי הגוף אשר גרמה למעשה הדריסה להתחולל במלוא עוצמתו, כשהמערער שולט בנעשה, הפכה מחשבות ותקוות אלו לחסרות משמעות. מחשבות אלו לא השפיעו כהוא זה על הפעילות הסינרגטית של המוח המכוון אל המטרה, הידיים שאחזו בהגה הרכב, ששימש ככלי רצח, הרגל שלחצה על דוושת הגז והרגל האחרת שלא לחצה על דוושת הבלמים.

15. מסקנה זו עומדת על שני נדבכים. הראשון מביניהם הוא הגדרה רחבה של "כוונה פלילית" שלעניינה, "ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן" (סעיף 20(ב) לחוק העונשין). הגדרה זו מבהירה, כי רצונו של מבצע עבירה להשיג את התוצאה האסורה אינו מהווה תנאי הכרחי להתגבשות הכוונה, אלא רק תנאי מספיק (כאמור בסעיף 20(א)(1) לחוק). כלל זה הוסבר על ידי הפרופסור המנוח ש"ז פלר בזו הלשון:

"כאשר העושה צופה כי התנהגותו עשויה להצמיח, בדרגת הסתברות קרובה לוודאי, את התוצאה בה מותנית השלמת העבירה, ובכל זאת אינו נמנע מאותה התנהגות, רואים את יחסו כלפי גרימת התוצאה כשקול כנגד החפץ בגרימתה, למרות שלא רצה בה. למעשה... הוא השלים עם אפשרות הגרימה הכמעט בטוחה של התוצאה, אם כי היה מעדיף שהיא לא תתרחש. מתייחסים לצפיות כאמור כאל 'מזימה עקיפה' dolus indirectus. אי לכך, מודעות האדם להסתברות קרובה לוודאי של האפשרות שהתנהגותו תגרום לתוצאה בה תלויה השלמת העבירה, בליווי המודעות לשאר רכיבי היסוד העובדתי שבה, נותנת ביטוי לצורה של מחשבה פלילית שהיא תחליף לכוונה הפלילית...".

ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין 593 (כרך א, תשמ"ד) (להלן: פלר) (ההדגשות במקור).

ראו גם: ע"פ 2724/17 מורגנשטרן נ' מדינת ישראל - רשות המיסים (24.4.2018); ע"פ 5184/14 פלוני נ' מדינת ישראל (3.8.2016); וע"פ 3652/14 כנעאני נ' מדינת ישראל (28.12.2015).

16. הנדבך השני הוא חזקת הכוונה אשר קובעת כי אדם בר-דעת הפועל מרצון חופשי מתכוון להביא לתוצאות הטבעיות של מעשהו. ראו ע"פ 437/13 אלחיאני נ' מדינת ישראל, פסקה 36 (24.8.2015); ע"פ 2202/08 פסקו נ' מדינת ישראל (7.3.2012); ע"פ 2760/14 אוחיון נ' מדינת ישראל, פסקה 66 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (7.10.2015); ע"פ 6167/99 בן שלוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 577, פסקה 14 (2003); ע"פ 728/84 חרמון נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 617 (1987); ע"פ 299/81 טטרואשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 141 (1981); וע"פ

1119/11 אבו סרחאן נ' מדינת ישראל (5.5.2015). חזקה זו ניתנת לסתירה במקרים חריגים (ראו ע"פ 288/78 איזמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 200 (1979); וע"פ 2592/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (6.7.2016)), ויסודותיה נטועים בשתי מערכות דינים: דיני ראיות ודיני עונשין. במישור של דיני הראיות, החזקה מעמידה לרשות בתי המשפט קיצור דרך למסקנה העובדתית כי הנאשם התכוון לגרום לתוצאה האסורה. באין ראיות לסתור, מסקנה זו עולה בקנה אחד עם העובדות כהווייתן ברוב רובם של המקרים, למעט מקרים חריגים ביותר; ומשכך, ניתן וראוי להסתמך עליה כאל ממצא עובדתי בגדרו של משפט פלילי. ראו פלר, עמ' 542-546. במישור של דיני העונשין, חזקת הכוונה מקבעת את התובנה הבסיסית כי כוונה מצויה בפעילות סינרגטית ומתואמת של המוח ושאר חלקי גופו של מבצע העבירה, ולא מחוצה לה. ראו Dov Fox & Alex Stein, *Dualism and Doctrine, in Philosophical Foundations of Law and Neuroscience* 105, 30-126 (Michael Pardo & Dennis Patterson ed., Oxford University Press, 2016).

17. הפועל היוצא של שני הכללים הינו זה: נאשם שגורם לתוצאה אסורה על ידי עשיית מעשה רצוני פועל מתוך כוונה, אלא אם הוא עשה את אשר עשה ללא מודעות לרכיבו העובדתיים של מעשהו ולתוצאתו המסתברת. בכגון דא, די לנאשם להיות מודע לכך שמעשהו יגרום לתוצאה האסורה ומודעות זו יכול שתשתמע מתוך המעשה גופו או מכוח חזקת הכוונה. באין חלל תודעתי, נאשם כאמור אינו יכול להיבנות מהעדר תשובה חד-משמעית לשאלה האם ועד כמה הוא חפץ באותה תוצאה. 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. באין ראיות לסתור, ראוי להסיק לגבי אדם כזה שהיתה לו כוונה לגרום למותו של הקורבן – כוונה שכאמור מצויה בפעילות סינרגטית ומתואמת של המוח ושאר חלקי הגוף. בכל אחד מהמקרים הללו (ובכפיפות לפטור מן האחריות מחמת העדר שליטה פיזית על מעשים, הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין), המסקנה בדבר קיום הכוונה להמית תתבטל רק במצב שתיארתיו כחלל תודעתי: היות הנאשם בלתי מודע למהות מעשהו או לתוצאותיו.

18. ההבחנה בין עמימות רגשית, שאינה מאיינת את הכוונה להביא לתוצאה אסורה, לחלל תודעתי, אשר מאיין כוונה זו, סותמת את הגולל על טענת המערער כי בכוונתו היה רק לפצוע את שלום ואת שירה, ולא להורגם. כפי שכבר אמרתי, המערער ביצע פיגוע "משוכפל" אשר הועתק מפיגועי דריסה אחרים. אשר על כן, המערער ידע – או לפחות צפה ברמת הסתברות גבוהה – כי פיגועים כאלה הורגים אנשים. משכך, גם אם נאמין למערער כי הוא קיווה בכל מאודו שקורבנותיו ייפגעו אך לא ימותו (וכמו בית משפט קמא, הנני רחוק מאמונה זו מרחק שנות אור), לתקוותו זו אין ולא יכולה להיות שום חשיבות. עמימות רגשית שהמערער חווה (אם חווה) ביחסו אל תוצאות הפיגוע אינה מעניינת של הדין הפלילי. יתרה מכך: מותם של קורבנות בפיגועי דריסה איננו רק תוצאה מצמררת של מעשה אכזרי ובלתי אנושי. מדובר בתוצאה רגילה וטבעית של הפיגוע אשר חוסה בצילה של חזקת הכוונה. באין ראיות שבכוחן להצביע על חלל תודעתי ועל-ידי כך לעורר ספק סביר לגבי קיום הכוונה להמית, שומה עלינו אפוא לקבוע כי המערער התכוון להרוג את קורבנותיו. ודוק: כדי לעורר את הספק הדרוש, אין די בטענה דוגמת זו שהעלה בפנינו הסניגור, אשר מצביעה על אפשרות תאורטית ששולחו איכשהו התכוון לפצוע מבלי להרוג. כפי שנקבע בפסיקה, ולא אחת, ספק סביר – להבדיל מספק תאורטי גרידא, אשר קיים בכל משפט פלילי ושאיןנו יכול להועיל לנאשם – הוא "ספק עם קבלות" המבוסס על

חומר הראיות. ראו ע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 140, 113 (1980); ע"פ 9809/08 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, פסקאות 2-3 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (25.11.2010); וכן ע"פ 273/14 מדינת ישראל נ' פארס, פסקה 5 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (23.12.2014) ("מדובר בספק שאינו בגדר אפשרות תאורטית ורחוקה").

19. כוונת המערער להרוג את קורבנות הפיגוע שביצע מוכיחה מניה וביה כי הלה "החליט" להמיתם, במובן של סעיף 301(א) לחוק העונשין. לעניין רצח בכוונה תחילה, כוונה והחלטה לגרום למותו של אדם חופפות זו את זו. ראו דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 646, פסקה 16 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק (2006); וכן רוני רוזנברג "כוונה תחילה או פזיזות? בעקבות פרשת קרפ" הפרקליט נא 629 (2012). ברי הוא, על כן, כי התביעה הוכיחה מעל ומעבר לכל ספק סביר כי המערער רצח את שלום וניסה לרצוח את שירה בכוונה תחילה, כמשמעה בסעיף 300(א)(2) לחוק העונשין. בדין אפוא הרשיע בית משפט קמא את המערער בשתי העבירות הללו.

עונש מופחת לפי סעיף 300א לחוק העונשין

20. סעיף 300(א) לחוק העונשין קובע כי עונשו של רוצח הוא "מאסר עולם ועונש זה בלבד", אך בנסיבות חריגות, אשר מתוארות בסעיף 300א לחוק, ניתן להטיל עליו עונש מופחת. נסיבות אלו כוללות את המצב "שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי, הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת, אך לא עד כדי חוסר יכולת של ממש כאמור בסעיף 34ח, ... להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו [או] להימנע מעשיית המעשה" (סעיף 300א(א) לחוק). סיגורו של המערער טען בפניו, כי שולחו היה נתון במצב המתואר בסעיף זה ועל כן ראוי היה להטיל עליו עונש מופחת.

21. לביסוס טענה זו, הציג הסיגור בפני בית משפט קמא ראיות שבאות להוכיח כי המערער סבל מהפרעה סכיזואפקטיבית וכי בעבר היתה לו נטייה אובדנית והוא טופל בתרופות פסיכיאטריות. עיקרן של ראיות אלה היתה עדותו של מומחה פסיכיאטרי מטעם ההגנה, ד"ר ראסם כנאענה. מנגד, נמסרה עדותו של פסיכיאטר מומחה מטעם התביעה, ד"ר טל ויצמן, אשר שללה לחלוטין את התקיימות הנסיבות המתוארות בסעיף 300א(א) לחוק העונשין. לאחר בדיקה יסודית של המערער ותולדות מחלתו, סבר ד"ר ויצמן כי המערער סבל, קרוב לוודאי, מהפרעת אישיות שאיננה חמורה - וממילא איננה פסיכוטית - אשר גורמת לחשדנות ועוינות כלפי אנשים.

22. בגדרו של גזר דין ארוך ומנומק, העדיף בית משפט קמא את עדותו של ד"ר ויצמן על פני זו של ד"ר כנאענה, ובהעדפה זו לא נוכל להתערב. כפי שצוין על-ידי בית משפט קמא, חוות דעתו של ד"ר כנאענה נפגמה מכך שלא ניתחה את כלל האמרות שהמערער מסר למשטרה ולשב"כ ובהן תיאר את פיגוע הדריסה, את מצבו ואת מניעיו (ראו עמודים 26-28 לגזר הדין). כמו-כן לא נתן ד"ר כנאענה את דעתו לכך שהמערער ניסה לביים מחלת נפש עת שטופל בבית החולים בעקבות הפיגוע, שבו הוא עצמו נפצע. בחקירתו הנגדית, נשאל ד"ר כנאענה על הפגמים האלה ונאלץ למתן חלק ממסקנותיו לגבי מצבו של המערער. בשל פגמים אלה, החליט בית משפט קמא שלא לאמץ את עדותו ולהעדיף על פניה את עדותו של ד"ר ויצמן.

23. עניינו של סעיף 300א לחוק העונשין הוא עונש מופחת אשר מהווה חריג לעונש הרגיל והמקובל בגין רצח: מאסר עולם. נאשם שבית המשפט מצאו אשם ברצח נדרש על כן להוכיח את זכאותו לעונש המופחת לפי מאזן ההסתברויות. ראו ע"פ 7926/00 דיפני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 817, 824-825 (2004). עדותו וחוות דעתו של ד"ר כנאענה נמצאות מתחת לרף הזה: אין שום דרך רציונלית להעדיף על פני עדותו וחוות דעתו של ד"ר ויצמן, שקיבלו מבית משפט קמא ציון לשבח. המערער לא הוכיח אפוא את הזכאות החריגה לקבל עונש מופחת בגין רצח בהתאם לסעיף 300א לחוק העונשין.

עונש בגין הניסיון לרצוח את שירה

24. סניגורו של המערער הלן בפנינו על ששולחו נדון לעשרים שנות מאסר בגין ניסיונו לרצוח את שירה, וזאת כעונש אשר הוסף למאסר עולם שהושת עליו בגין רציחתו של שלום. בתלונה זו אין ממש. המערער בהחלט ראוי לקבל את העונש המרבי של עשרים שנות מאסר כעונש מצטבר, לאחר שמבחינתו עשה את כל אשר תכנן לעשות כדי לרצוח את שירה יחד עם שלום. העובדה ששירה נשארה בחיים לאחר שנדרסה על ידי המערער באכזריות רבה היא בגדר נס. הישארותה בחיים היא מזלה, והמזל הזה פעל גם לטובת המערער, שהיה נדון למאסר עולם נוסף אילולא אותו מזל. עיקרון ההלימה, אשר קובע את דרכי הענישה בישראל מאז חקיקתו של תיקון 113 לחוק העונשין, אומר לנו, אפוא, ללא כחל וסרק, כי ניסיונו של המערער לרצוח את שירה על שיהודייה היא הינו חמור באותה מידה כמו עבירת רצח שהושלמה. חרף זאת, ולמרות שהמערער עשה כל שביכולתו כדי ששירה לא תישאר בחיים, העונש המרבי שמחוקקנו ראה להטיל במקרים כגון זה שבפנינו הוא עשרים שנות מאסר, ולא מאסר עולם. באומרו זאת, נתן המחוקק גושפנקא לכך שמזלו של הקורבן ימתיק את עונשו של העבריין שמבחינתו שלו השלים את מעשה העבירה אשר נועד לרצוח את הקורבן.

25. אינני בא לפתוח בשיג ושיח עם המחוקק ולתהות על תבונתו של הכלל הזה. מדובר בכלל ענישה שמחייבנו והוא איננו נטול תבונה מעשית: ראו David Lewis, *The Punishment that Leaves Something to Chance*, 18 (1989) 53 *Philosophy & Public Affairs*. בד-בבד, אינני מוכן להגדיל את מנת מזלו של המערער שכבר זכה לקבל עונש הנמצא מתחת לקו הגמול. מטעמים אלו, סבורני כי יש להשאיר על כנו את העונש של עשרים שנות מאסר שבית משפט קמא השית על המערער בגין ניסיונו לרצוח את שירה.

26. בהשיתו עונש זה, החליט בית משפט קמא שלא לקבל את המלצת התביעה כי חמש מתוך עשרים שנות מאסר אלו תחפופנה את מאסר העולם שנגזר על המערער לרצוח בגין רציחת שלום. עונשים פליליים באים לשרת את אינטרס הציבור בכללותו. בעניין זה, בית משפט הוא המכריע האחרון ועליו להפעיל שיקול-דעת עצמאי, כפי שעשה בית משפט קמא. ראו דנ"פ 1187/03 מדינת ישראל נ' פרץ, פ"ד נט(6) 281, פסקה 33 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ד' בייניש (2005).

פיצויי קורבן



27. כאמור לעיל, בית משפט קמא חייב את המערער לשלם לקורבנותיו פיצויים בסך כולל של 516,000 ₪. שירה והוריו של שלום חולקים סכום זה שווה בשווה. פסיקת פיצויים זו תואמת את האמור בסעיף 77(א) לחוק העונשין לגבי פיצויי קורבן מרביים. סעיף זה קובע, כי בית משפט שמרשיע את הנאשם "רשאי... לחייבו, בשל כל אחת מן העבירות שהורשע בהן, לשלם לאדם שניזוק על ידי העבירה סכום שלא יעלה על 258,000 שקלים חדשים לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו". הסניגור סבור, כי בית משפט קמא צריך היה להימנע מפסיקת פיצויים כאמור, שכן, לדבריו, מדובר בסכום גבוה מאד והמערער ממילא לא יכול לשלמו.

28. אין בידי לקבל טענה זו. לפי אמות המידה של דיני נזיקין, נזקיהם של קורבנות הפיגוע הרצחני שבוצע על ידי המערער עולים בהרבה על סכום הפיצויים הכולל שהוטל עליו לשלם. כמו-כן יש לזכור, כי פיצויים המוטלים מכוח סעיף 77(א) לחוק העונשין באים לפצות את הקורבן לא רק על נזקיו המוחשיים, אלא, כאמור בסעיף, גם על הסבל שנגרם לו. ראו דבריו של השופט נ' הנדל בדנ"פ 5625/16 קארין נ' טווק בוקובזה (13.9.2017). שלא כטענת הסניגור, אין אפוא, מדובר בסכום פיצויים מופרז.

29. באשר לסיכויי הקורבנות לגבות סכום כסף זה מהמערער, אשר נדון לשהות ארוכת שנים בכלא, סיכויים אלו אכן נמוכים מאד. בית משפט קמא בוודאי היה ער לכך, אבל הוא סבר - כפי שסבור גם אני - כי סיכויי מזערי לכך שהקורבנות יקבלו מהמערער פיצוי, ולו פיצוי חלקי, עדיף על כלום. יתרה מכך, החלטת בית משפט קמא לחייב את המערער בפיצויים כאמור עולה בקנה אחד עם עיקרון הגמול: בית המשפט הטיל על המערער עונשים וחייב כספי מרביים אחרי שמצאו אשם במעשי עבירה שהגיעו לדרגת חומרה מרבית. משכך, ולאחר שמצאנו כי החלטת בית משפט קמא תואמת את דיני העונשין ומטרתיהם, אין לנו עילה להתערב בה.

30. סוף דבר: דין הערעור להידחות, ואני מציע לחבריי לדחותו על כל חלקיו.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

אני שותף למסקנתו של חברי השופט א' שטיין, כי יש לדחות את ערעור המערער על כל חלקיו.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שטיין.

ניתן היום, ט"ז בחשון התשע"ט (25.10.2018).

שופט

שופטת

שופט

---