

## ע"פ 517/19 - יוסף אבו עמאר, שאקר אבו עמאר נגד מדינת ישראל, א.ג. - המתלונן

### בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 517/19  
ע"פ 1079/19

לפני:  
כבוד השופטת ע' ברון  
כבוד השופט ד' מינץ  
כבוד השופטת י' וילנר

המערער בע"פ 517/19:  
המערערים בע"פ 1079/19:  
1. שמאך אבו עמאר  
2. יוסף אבו עמאר  
3. שאקר אבו עמאר

נגד

המשיבים:  
1. מדינת ישראל  
2. א.ג. - המתלונן

ערעור על הכרעת הדין מיום 3.6.2018 וגזר הדין מיום  
31.12.2018 של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב'  
השופט א' אברבנאל) בת"פ 44334-01-17

תאריך הישיבה: י"א בסיון התש"ף (3.6.2020)

בשם המערער בע"פ 517/19: עו"ד שמואל ברגר

בשם המערערים בע"פ 1079/19: עו"ד דוד יפתח; עו"ד דן ענבר

בשם משיבה 1: עו"ד רוני זלושינסקי

## פסק-דין

### השופט ד' מינץ:

לפנינו שני ערעורים על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט א' אברבנאל) מיום 3.6.2018 ועל גזר דינו מיום 31.12.2018 בת"פ 44334-01-17.

### הרקע העובדתי

1. על פי עובדות כתב האישום, ביום 24.12.2016 בסמוך לשעה 3:00 התרחשה קטטה בין מאבטחי מסעדה בבית ג'אלה (להלן: המסעדה), שבשטחי הרשות הפלסטינית, לבין שני אורחים במסעדה. מעדויות עובדי המסעדה עלה כי אחד מהאורחים איים לחזור למסעדה כדי "לירות כדורים בתוך המסעדה".

2. מאוחר יותר באותו יום, בסביבות השעה 20:30 בערב, שלוש מכוניות ובהן מכונית מסוג טויוטה אוונסיס (להלן: המכונית או מכונית הטיוטה) הגיעו אל המסעדה. במכונית ישב מערער 2 (להלן: יוסף) חמוש באקדח מסוג גלוק לצדו של מערער 1 (להלן: שמאך) שנהג ברכב. מערער 3 (להלן: שאקר) ואדם נוסף (להלן: ד') ישבו מאחור. שיירת המכוניות נעצרה בסמוך למסעדה. שמאך נותר במכונית ואילו ד', יוסף ושאקר נכנסו רעולי פנים אל המסעדה כשבידיהם אקדחים. השלושה שאלו היכן נמצא בעל המסעדה והחלו לירות לכל עבר. אחד מהם הצמיד את אקדחו לראשו של אחד מעובדי המסעדה (להלן: א') ומיד לאחר מכן נורה א' ברגליו. כתוצאה מהירי נגרמו לא' פצע ירי, שבר בפיקת ברך רגל ימין ונפיחות תת עורית, חור כניסת ויציאת קליע בירך השמאלית ושבר בעצם הירך השמאלית, ופצע נוסף בקרסול רגל ימין. כדקה וחצי לאחר שנכנסו אל המסעדה ולאחר שאיימו לשוב אליה ולבצע בה ירי נוסף, עזבו שלושת היורים את המסעדה. לאחר צאתם מהמסעדה בוצע ירי נוסף לכיוונה, אשר כתוצאה ממנו נופצה שמשת המסעדה. לאחר מכן שלוש המכוניות נסעו מהמקום.

3. כחצי שעה לאחר האירוע נעצרו המערערים שנסעו במכונית לבדיקה במחסום ג'בעה (להלן: המחסום). במהלך הבדיקה נמצאו במסנן האוויר של המכונית שלושה אקדחים, שניים מסוג FN ואחד מסוג גלוק, וכן מחסניות תואמות לאקדחים. כן נמצאו בתא הנוסעים ארבעה סכינים. בדיקות מז"פ שהתבצעו לתרמילים, שנמסרו למשטרת ישראל מהמשטרה הפלסטינית, העלו כי התרמילים שנאספו בזירת האירוע נפלטו מהאקדחים שנמצאו במכונית ומאקדח נוסף שלא נמצא.

4. לאור האמור, הוגש נגד המערערים כתב אישום המייחס להם חבלה בכוונה מחמירה, עבירה לפי סעיף 329 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) ונשיאה והובלת נשק, עבירה לפי סעיף 144(ב) סיפא לחוק העונשין.

5. בתשובתם לאישום כפרו המערערים במיוחס להם. הם הכחישו מחוסר ידיעה את פרטי אירוע הירי, והכחישו כי היה להם חלק באירוע או כי חברו לאחרים לצורך השתתפות בו. כן הכחישו כי ידעו על כלי הנשק המוסתרים במכונת. על פי גרסתם, הם נסעו מלקיה, מקום מגוריהם, לבית ג'אלה, שם נפרד יוסף מחבריו על מנת לפגוש את חברתו, פגישה שלא התרחשה בסופו של דבר. בזמן זה, החנו שמאך ושאקר את המכונת והמתינו ליוסף שנכנס לחנות מכולת המרוחקת מטרים אחדים ממקום החנייה של המכונת. לאחר שובו של יוסף, נסעו השלושה מבית ג'אלה והגיעו למחסום, שם נעצרו.

הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי

6. לאחר שמיעת עדויות ובחינת הראיות, הרשיע בית המשפט המחוזי את המערערים. בית המשפט סמך את הרשעתו על שלושה אדנים: מציאתם של שלושת האקדחים, באמצעותם בוצע הירי במסעדה, בתוך מסנן האוויר במכונת שבה נסעו המערערים כחצי שעה לאחר הירי; דמיון בין פרטי הלבוש של שניים מרעולי הפנים שביצעו את הירי במסעדה לבין פרטי הלבוש של יוסף ושאקר בזמן תפיסתם במחסום. זאת, על סמך השוואה בין סרטוני וידאו בהם תועד אירוע הירי לבין סרטוני וידאו שתיעדו את עיכובם של המערערים במחסום ואת חקירתם במשטרה; התנהגותם המפלילה של המערערים בחקירה, סתירות וחוסר היגיון בגרסאותיהם וכן בחירתם של שמאך ושאקר לשתוק בחלק מחקירותיהם.

7. וביתר פירוט. כאמור לעיל, כחצי שעה לאחר האירוע, המכונת עשתה את דרכה על כביש 367 מכיוון בית לחם אל המחסום הסמוך לגוש עציון. שמאך נהג במכונת, כשלצדו יוסף ומאחוריו שאקר וד'. במחלוקת שבין הצדדים בקשר לשעת הגעת הרכב למחסום ביכר בית המשפט את עדותו של אחד מעובדי המחסום שהעיד כי המערערים הגיעו למחסום בסמוך לשעה 21:00. בית המשפט ציין כי ביחס לאקדחים שנמצאו במהלך הבדיקה במחסום, במסנן האוויר שבתא המנוע של המכונת, הוכחה "שרשרת המוצגים" מרגע תפיסת האקדחים במחסום ועד בדיקתם במעבדת נשק במז"פ.

8. סמוך לאחר אירוע הירי הגיעו לזירת הירי שלושה קצינים מהמשטרה הפלסטינית. אחד מהקצינים, מוחמד אברהים, העיד כי הוא אסף בזירה תרמילי כדורים מהמסעדה ומחצר המסעדה. בהמשך לכך, ביום 28.12.2016 בפגישה שהתקיימה בין שוטרי משטרת ישראל לשוטרי המשטרה הפלסטינית נמסרו לידי שוטרי משטרת ישראל שתי שקיות ניילון מאובטחות ועליהן סמל הרשות הפלסטינית. האחת הכילה שישה תרמילים של כדורי 9 מ"מ והשנייה קליע 9 מ"מ מעוך לאחר ירי. מחוות דעתו של מומחה במעבדת נשק במז"פ עלה כי ששת התרמילים שנמצאו בזירה נפלטו מארבעה אקדחים. ארבעה מהתרמילים נפלטו משלושת האקדחים שנתפסו במכונתם של המערערים, בעוד השניים הנותרים נפלטו מאקדח רביעי שלא נתפס. בית המשפט ציין כי אכן "שרשרת התפיסה" של התרמילים אינה שלמה, אולם סמיכות הזמנים בין ביצוע הירי לבין תפיסתם של האקדחים, איסוף התרמילים בזירה בסמוך לאחר האירוע והימצאם של תרמילים ממספר כלי נשק, הופכים את האפשרות שהתרמילים לא נפלטו מהאקדחים ששימשו לירי לאפשרות תיאורטית בלבד.

9. לעניין השוואת פרטי הלבוש של יוסף ושאקר, דחה בית המשפט את טענת המשיבה כי הוכחה זהות בין פרטי הלבוש הנצפים בסרטונים ממצלמות האבטחה של המסעדה בשעת האירוע לבין אלו שלבשו יוסף ושאקר בעת מעצרו וחקירתם, כעולה מסרטוני מצלמות האבטחה של המחסום ומסרטוני הווידאו המתעדים את חקירתם. עם זאת, אף ללא קביעת ממצא בדבר זהות מוחלטת של פרטי הלבוש, מצא בית המשפט כי יש לראיה האמורה משקל של ממש, נוכח השתלבותה במארג הראיות בתיק. במסגרת זו צוין, כי עיון בסרטונים האמורים מעלה כי אחד המשתתפים באירוע הירי

לבש בגד עליון שבחזיתו פס רחב בצבע בהיר לרוחב החזה, הנמשך ברצף לכיוון השרוולים וכי בגד עליון שלבש שאקר בעת מעצרו כלל גם הוא דוגמה מעין זו. שאקר אף אישר כי בעת מעצרו לבש מעיל בצבע אפור בעל מאפיינים דומים לבגד האמור ולאחר שצפה בסרטוני האבטחה מהמסעדה אישר כי אחד מהיורים נראה לובש בגד דומה למעיל האמור. משתתף נוסף באירוע הירי לבש בגד עליון, שבחזיתו לרוחב החזה פס כחול רחב, שני פסים כחולים זוהרים נוספים על הכתפיים וסמל המותג "דיאדורה" על גב אמת יד ימין. הבגד העליון שלבש יוסף בעת מעצרו כלל מרכיבים אלה והוא אף אישר בחקירתו הנגדית כי ברשותו בגד עם פרטים מזהים אלה, אך טען כי אינו זוכר איזה בגד לבש בעת מעצרו. זאת ועוד, עיון בסרטונים גילה דמיון בין הנעליים שנעל היורה שלבש בגד הכולל את סמל המותג "דיאדורה" לבין הנעליים שנעל יוסף בעת מעצרו - נעלים מסוג "נייקי" בעלות מרכיבים דומים. בית המשפט קבע כי הצלבת סימנים מזהים אלה בשלושת פרטי הלבוש מבססת ממצא בדבר דמיון משמעותי ביניהם, שבנסיבות המקרה יש בכוחו כדי לחזק את הממצאים האחרים המובילים להרשעת המערערים.

10. לבסוף, בית המשפט מצא גם סתירות בין גרסאות המערערים. כך, לדוגמה, בהודעתו הראשונה של שמאך הוא טען כי ביום האירוע בשעה 16:00 פנה אליו יוסף וביקש ממנו להצטרף אליו לנסיעה. השניים, על פי טענת שמאך באותה הודעה, אספו את שאקר בדרך. לעומת זאת, יוסף טען בהודעתו הראשונה כי ביום הנסיעה פגש את שמאך ושאקר כשהם נוסעים יחדיו במכונית וביקש מהם להסיע אותו לחברתו. שאקר מסר גרסה שלישית בעניין האמור, וטען כי שמאך פגש אותו בכפרם והציע לו לנסוע לבית לחם. לאחר ששמאך הסכים לכך, הם אספו את יוסף ויצאו לכיוון בית לחם. בית המשפט ציין כי בגרסתו זו סתר שאקר לא רק את גרסתם של שמאך ושל יוסף, אלא גם את גרסתו שלו בהודעתו השנייה והשלישית, בהן טען כי פגש באקראי את שמאך ויוסף בעת שנסעו במכונית הטויוטה. סתירות נוספות בגרסאותיהם של המערערים מצא בית המשפט ביחס לנסיבות המתנתם של שמאך ושאקר ליוסף בעת שהיה בפגישתו לכאורה בבית ג'אלה. זאת לעומת נסיבות פגישתם של שמאך ושאקר עם יוסף לאחר שובו מפגישתו עם חברתו וכן באשר למהות המפגש של יוסף בבית ג'אלה.

11. בית המשפט מצא כי השתלבותן של ראיות נסיבתיות אלה במארג הראיות הכולל מחייבת על פי ההיגיון והשכל הישר את המסקנה כי יוסף ושאקר הם רעולי הפנים בעלי פריטי הלבוש הדומים, אשר נראים בסרטוני האבטחה כשהם נכנסים למסעדה בשעה 20:30 ביום האירוע כשבידיהם אקדחים, יורים באמצעותם לכל עבר ובתוך כך יורים ופוגעים בשתי רגליו של א'. אחריותו של שמאך נגזרת ממעשיהם של יוסף ושאקר וממעשיו של ד', כמבצעים בצוותא של העבירות, אשר פעלו כגוף אחד על פי תכנית עבריינית שתוכננה מראש, עת חברו יחדיו למטרה משותפת של פגיעה בעובדי המסעדה.

12. בהכרעת הדין בית המשפט נתן דעתו לטענות באי-כוח המערערים למחדלי חקירה המצדיקים לדעתם את זיכויים. בעיקר נטען כי המשטרה לא חקרה את הקטטה שהתרחשה במסעדה במהלך הלילה שלפני אירוע הירי שהייתה הגורם לו ולא איתרה את המעורבים בה, למרות שעלתה טענה כי יש זהות ביניהם לבין מבצעי הירי. בית המשפט ציין כי אכן הייתה מוטלת על משטרת ישראל חובה למצות את כיוון החקירה של הקטטה, שכן יש להניח כי המשתתפים בקטטה גייסו אחרים לפעולת נקמה, בדרך של שידולם לעבירה או בדרך אחרת, וייתכן אף שמי מהם השתתף באירוע הירי בעצמו. מכל מקום, לא נפלה מחלוקת בין הצדדים כי החשד להשתתפות בקטטה נופל על אחיו של יוסף - סלאח אבו עמאר (להלן: סלאח), ואדם נוסף בשם אבו סובחי עטא שחיבר (להלן: שחיבר). בעוד בית המשפט קיבל את טענת המשיבה כי שחיבר הוא תושב הרשות הפלסטינית ולמרות פניה למשטרה הפלסטינית לא עלה בידיה לאתר, הוא קבע כי שונים הם הדברים ביחס לסלאח, תושב לקיה הניתן לאיתור ללא קושי. בית המשפט קבע אפוא כי נפל מחדל בחקירת המשטרה, אשר לא פעלה כנדרש על מנת לאתר את סלאח, אולם בקשר לבירור אשמתם של המערערים

משקלו של מחדל חקירה זה מוגבל. שכן, אף אם מי מהשניים דלעיל נטל חלק באירוע, אין בכך כדי להוביל למסקנה מזכה בעניינו של מי מהמעוררים.

13. טענה למחדל חקירה נוסף שהעלו באי-כוח המערערים הייתה כי המשטרה לא פעלה דיה כדי לברר את טענות יוסף בדבר קשריו עם אישה בשם מנאל ובדבר שיחת הטלפון שקיים עם אחיה בבוקר יום האירוע. בית המשפט קיבל טענות אלו וקבע כי המשטרה לא עשתה די כדי לברר את קשריו של יוסף עם מנאל. לצד זאת, נקבע כי אין מדובר בבירור טענות אליבי שיכלו לתרום לזיכוי המערערים בדינם.

14. לצד קבלת טענות אלה למחדלי חקירה, דחה בית המשפט את טענתם של שמאך ושאקר בנוגע לכך שהמשטרה נמנעה מלבדוק את טענתם כי שהו בחנות מכולת הממוקמת בסמיכות למקום אירוע הירי. זאת מכיוון שטענתם בקשר לכך הייתה ששהו בחנות המכולת מספר שעות לפני אירוע הירי ועל כן שאלת ביקורם בחנות אינה תורמת להכרעה ביריעת המחלוקת. תרומתם של פרטים אלה להגנתם של המערערים מוגבלת ואין לראות באי בדיקתם הימנעות המשטרה מבדיקת טענת אליבי. כן נדחתה טענה נוספת שעניינה הימנעות המשטרה מביצוע בדיקת שרידי ירי למערערים. בית המשפט קיבל את טענת המשטרה כי בדיקה זו לא בוצעה בשל חוסר התועלת בביצועה שעות אחדות לאחר הירי, בהיעדר ראיה הסותרת אותה. בית המשפט דחה גם את טענת המערערים כי המשיבה ניסתה להסתיר חוות דעת מומחה ממנה עולה כי אדם בשם מוחמד אבו עמאר (להלן: מוחמד), שאינו נמנה בין הנאשמים בתיק, הותיר סימני דנ"א על אחד האקדחים שנתפסו במסנן האוויר. נטען, כי התנהלות זו מעידה על חוסר תום ליבה של המשיבה בניהול המשפט. בדחייתו טענה זו ציין בית המשפט כי לא מצא שהעיכוב הרב באיתורו ובחקירתו של מוחמד עולה כדי מחדל שיש בו להשפיע על תוצאת המשפט. בית המשפט קיבל גם את טענת המשיבה לעניין תעודת החיסיון שהוצאה בקשר לאותה חוות דעת המומחה.

גזר הדין

15. בגזר דינו עמד בית המשפט המחוזי על כך שנורמה חברתית של שימוש באלימות לפתרון סכסוכים חותרת תחת יסודותיה של חברה מתוקנת, מאיימת על הביטחון האישי של חברה וחושפת אותם לסיכון של פגיעה בגופם ובכבודם. אירועי האלימות בהם נקטו המערערים מייצגים תפיסה של "כל דאלים גבר" ומסתיימים לא פעם בפגיעה אנושה בבריאותו של נפגע העבירה ולעיתים אף בגדיעת חייו. בית המשפט עמד על כך שנכח הפגיעה הקשה בערכים המוגנים האמורים, הפסיקה מדגישה פעם אחר פעם את הצורך בהטלת עונשים משמעותיים בגין נקיטה באלימות.

16. לאחר בחינת הענישה במקרים בהם בוצעו עבירות דומות, כמצוות תיקון מס' 113 לחוק העונשין, הגיע בית המשפט למסקנה כי מנעד הענישה בתחום עבירות האלימות באמצעות נשק חם הוא רחב. עם זאת, נסיבותיו של האירוע בו הורשעו המערערים חריגות בחומרתן ומצדיקות ענישה על הצד המחמיר. על כן, קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם את מעשיהם של יוסף ושאקר על 6-10 שנות מאסר בפועל ומתחם העונש ההולם את מעשיו של שמאך על 5-8 שנות מאסר.

17. בבחינת נסיבותיהם האישיות של המערערים על מנת לקבוע את עונשם בתוך המתחם, נתן בית המשפט משקל לעברו הנקי של שאקר ולמעורבותו של שמאך בתיק אחר שמשמעותו שולית. לעומת זאת, באמתחתו של יוסף שלוש הרשעות קודמות. כן נלקחה בחשבון העובדה שהמערערים לא לקחו אחריות על מעשיהם. כן התייחס בית

המשפט למחדלי החקירה ולאי מיצוי הדין עם מעורבים אפשריים נוספים באירוע הירי וקבע כי אין מקום להקל בעונשם של המערערים בשל כך. צוין כי מחדלי החקירה נשקלו בכובד ראש במסגרת הכרעת הדין. באשר לטענת האפליה ביחס למעורבים אחרים באירוע, נקבע כי לא הוכח כי עומדת נגד אחרים תשתית ראייתית ממשית, שבגינה ניתן לקבל טענה זו. בשים לב למכלול הנסיבות, קבע בית המשפט כי יש למקם את עונשם של שמאך ושאקר בשליש התחתון של מתחם הענישה ואילו את עונשו של יוסף בשליש העליון של המתחם.

18. סופו של דבר, על שמאך נגזרו 6 שנות מאסר בפועל, על יוסף נגזרו 9 שנות מאסר בפועל ועל שאקר נגזרו 7.5 שנות מאסר בפועל. כמו כן הוטלו על כל אחד מהמערערים 10 חודשי מאסר על תנאי, שלא יעברו תוך שלוש שנים משחרורם ממאסר עבירת אלימות מסוג פשע, ופיצוי לנפגע העבירה בסך של 80,000 ש"ח.

מכאן הערעורים שלפנינו.

תמצית טענות המערערים

19. שמאך טוען בערעורו כי אין במכלול הראיות הנסיבתיות והעובדה שנהג ברכב שנעצר במחסום ובו נמצאו האקדחים, די כדי לבסס את מעורבותו באירוע הירי. עוד נטען למחדל חקירה לפיו לא נבדקו אצל מי מהמערערים שרידי ירי. כמו כן לטענתו, סרטוני אירוע הירי אינם קבילים, שכן לא קיימת "שרשרת מוצג" החל מתפיסתם על ידי המשטרה הפלסטינית ועד למסירתם למשטרת ישראל, וכי המשיבה נמנעה מהשגת סרטוני מצלמות האבטחה במסעדה המתעדים את הקטטה שקדמה לאירוע הירי, אשר יש בהם כדי לשפוך אור על הטענה כי משתתפי הקטטה לבשו לבוש דומה ללבושם של יוסף ושאקר בעת מעצרו. שמאך מוסיף וטוען כי הוסתרה ממנו ראייה פורנזית ישירה בדמות הדנ"א של מוחמד על ידי הדריכה (המחלק) של אחד האקדחים שנתפסו במכונית. עוד טען כי כתב האישום שהוגש נגד מוחמד בסופו של יום מלמד כי המשיבה אינה יודעת מעל לספק סביר מי היו היורים. לחלופין, נטען כי יש להקל בעונשו. לשיטתו, בית המשפט נתן משקל אפסי למחדלי החקירה שעלו בתיק. בית המשפט גם לא נתן משקל מספיק לכך שהוא לא נמנה על היורים שנכנסו אל המסעדה ותפקידו הסתכם, לכל היותר, בהסעת יוסף, שאקר וד'. כמו כן, תסקיר שירות המבחן שהוגש בעניינו מעיד על אורח חיים נורמטיבי.

20. יוסף ושאקר הגישו אף הם ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין. השניים טוענים כי לא הוכח שהם אכן הגיעו לזירת האירוע. לשיטתם שגה בית המשפט בקבעו כי ההחזקה התכופה של האקדחים במסנן האוויר של רכב הטיוטה בו נעצרו זמן קצר אחרי הירי, מוכיחה שהם היו בין היורים במסעדה. נסיבות המקרה מעוררות ספק בקשר שבין הימצאות האקדחים במסנן האוויר של המכונית לבין המעורבות בירי עצמו, וישנה אפשרות שהאקדחים הוטמנו על ידי אחרים במסנן האוויר במסגרת התארגנות שלאחר הירי ולפני ההגעה למחסום. השניים גם טענו כי נפל מחדל חקירתי בכך שהסרטונים שעל פיהם נקבע דמיון בין פרטי הלבוש שלבשו היורים לבין פרטי הלבוש שהם לבשו במחסום לא נשלחו לשם בדיקתם במז"פ. לשיטתם, יש להניח לטובתם כי חוות דעת שהייתה נערכת לא הייתה מוצאת דמיון משמעותי, כפי שקבע בית המשפט המחוזי. מחדל חקירתי נוסף, שהמערערים סבורים כי היה צריך לפעול אף הוא לטובתם, הוא העובדה שלא נבדקו אצלם שרידי ירי ולא נערכה להם בדיקת פרופרינט (בדיקת "טביעת מתכת"). המשטרה גם נמנעה מלהשיג את מצלמות האבטחה מהקטטה שהתרחשה במהלך הלילה שלפני אירוע הירי ולברר את זהותם של המשתתפים בה. בדומה לשמאך, השניים טענו גם נגד המועד בו נמסר להם המידע לגבי ראיית הדנ"א של מוחמד. בנוסף על האמור, מעבר להוכחת היסוד העובדתי, אין דבר המלמד על קיומו של יסוד נפשי של כוונה לפגוע בא'. לחלופין, לעניין גזר הדין נטען כי בית המשפט שגה הן בקביעת מתחם העונש ההולם והן במיקומם של יוסף ושאקר בתוך

המתחם. על כן, ביקשו השניים להורות על הקלה משמעותית בעונש המאסר שהוטל עליהם כמו גם בגובה הפיצוי שנקבע.

#### תמצית טענות המשיבה

21. המשיבה סמכה את ידיה על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי. לטענתה מחדלי החקירה עליהם הצביע בית המשפט בהכרעת דינו נוגעים בעיקר לעובדה שהמטרה לא הצליחה לשים את ידיה על משתתפים נוספים שנטלו חלק באירוע הירי, אולם לא היה במחדלי חקירה אלה כדי לפגוע בהגנתם של המערערים. כך, באשר לעניין אי ביצוע בדיקת שרידי ירי למערערים, ציינה המשיבה כי כאשר המערערים נתפסו במחסום, טרם נודע על אירוע הירי והם נחשדו ונחקרו תחילה בביצוע עבירות של הובלת ונשיאת נשק בלבד. בנסיבות אלה, לא היה מקום לערוך להם בדיקת שרידי ירי. כאשר הוברר כי המערערים היו מעורבים באירוע הירי, היה כבר מאוחר מדי לבצע בדיקה זו. מכל מקום טענת המערערים כי ניתן היה לבצע בדיקה זו גם למחרת היום נטענה בעלמא מבלי להתבסס על חוות דעת מומחה מטעמם. על כן, דינה להידחות. גם בקשר לדנ"א של מוחמד שנמצא על ידי הדריכה, עמדה המשיבה על כך שתעודת החיסיון הוצאה, כמקובל, על מנת למנוע שיבוש חקירה. על כן, ביום 16.10.2017, בסמוך לאחר שאותר מוחמד ונחקר ביום 4.10.2017, נמסר המידע לידי המערערים, ואין בסיס לטענת המערערים כי המשיבה ניסתה להסתיר מהם מידע. בקשר לחקירת זהות משתתפי הקטטה, טענה המשיבה כי בהתאם לקביעת בית המשפט המחוזי, משקלו של מחדל חקירתי זה הוא מוגבל, שכן אף אם היה נמצא כי השניים לא השתתפו בקטטה לא היה בכך כדי להוביל למסקנה מזכה. המשיבה דחתה גם את הטענה כי לא עשתה די כדי להשיג את סרטוני האבטחה מן הקטטה, שכן נתקלה בקושי להשיג סרטונים אלה ממסעדה הממוקמת בשטחי הרשות הפלסטינית. גם לא נפל כל מחדל חקירה בכך שלא נחקרה טענתו של יוסף כי נסע לפגוש את חברתו או טענתם של שאקר ושמאך כי שהו בחנות המכולת, מפאת פער הזמנים ואין מדובר בגרסאות אליבי הרלוונטיות למועד בו אירע הירי.

באשר לטענה בדבר היעדרו של יסוד נפשי נדרש לצורך הוכחת עבירה של חבלה מחמירה לפי סעיף 329 לחוק העונשין, עמדה המשיבה על כך שנוכח מעשיהם של יוסף ושאקר, ספק אם יש צורך להיזקק ל"חזקת הכוונה" בעניינם וכוונתם נלמדת ממעשיהם.

22. באשר לשמאך, סמכה המשיבה את ידיה על קביעותיו של בית המשפט המחוזי. היינו שהמשתתפים באירוע הירי תכננו את מעשיהם ופעלו בצוותא כיחידה אחת למטרה משותפת של פגיעה בעובדי המסעדה. כל אחד בהתאם לתפקידו וחלקו. שמאך שהה עם יוסף ושאקר מספר שעות לפני אירוע הירי, הוביל אותם למסעדה, ראה אותם יורדים מכלי הרכב עם אקדחים שלופים, שהה בסמוך למסעדה כאשר התרחש הירי לכל עבר והוביל אותם כאשר נמלטו מזירת הירי. זאת כאשר האקדחים נמצאו במסנן האוויר במכונית בה נהג. לפיכך, בדין קבע בית המשפט כי שמאך משתייך ל"מעגל הפנימי" של ביצוע העבירה המתוכננת היטב והוא לא הצליח לסתור את החזקה כי השתתף באירוע.

23. לעניין חומרת העונש שנגזר על המערערים, ציינה המשיבה כי בית המשפט בחן באופן ראוי ומדורג את מעשיהם והשית על כל אחד מהם עונש הולם בהתאם לנסיבותיו. בשים לב לחומרת העבירה ולתוצאותיה הקשות, לכך שהמערערים ירו בנשק חם לכל עבר בגלל סכסוך של מה בכך שלדבריהם הם כלל לא היו צד לו, כאשר במסגרת מעשיהם פגעו במי שכלל לא היה צד לסכסוך, סבורה המשיבה כי העונש שנגזר עליהם הולם את מעשיהם ואף נגזר על הצד המתון. כמו כן, הנזק שנגרם למתלונן א' והטיפולים הרפואיים התכופים שייאלץ לעבור מצדיקים את גובה הפיצוי שהושת.

24. לאחר עיון בכתבי הערעור, בסיכומי הצדדים ושמיעתם בדיון לפנינו, הגעתי למסקנה כי דין הערעורים להידחות על שני חלקיו וכך אציע לחברותי כי נעשה.

מעורבותם של המערערים באירוע הירי

25. כאמור, בית המשפט המחוזי קבע את מעורבותם של המערערים באירוע הירי לא על סמך ראיות ישירות הקושרות אותם לאירוע, כי אם משילובן של ראיות נסיבתיות: הימצאותם של שלושה מתוך ארבעת האקדחים ששימשו לביצוע הירי במסנן האוויר של מכונית הטויוטה בה נסעו המערערים בסמוך לאירוע; הדמיון בין פריטי הלבוש שלבשו שניים מהירורים באירוע לבין פריטי הלבוש שלבשו יוסף ושאקר בעת מעצרם; הסתירות בין גרסאותיהם של המערערים.

26. בהתאם לפסיקת בית משפט זה, כוחן של ראיות נסיבתיות אינו נופל מכוחן של ראיות ישירות, וניתן להרשיע נאשם על סמך ראיות נסיבתיות בלבד. עם זאת, יש הכרח כי המסקנה המפלילה תהיה המסקנה ההגיונית היחידה העולה ממכלול הראיות הנסיבתיות. לצורך הגעה למסקנה זו, יש לבחון את מכלול הראיות ואת הסבריו של הנאשם וגרסתו העובדתית החלופית באספקלריה של ההיגיון, השכל הישר וניסיון החיים. ככל שקיימת גרסה עובדתית חלופית, המועלית על ידי הנאשם או המתגלה מהעובדות אשר הוכחו בפני בית המשפט, ממנה עולה מסקנה אפשרית אחרת מלבד המסקנה המרשיעה, יהיה די בכך לשם זיכוי מהאשמה המיוחסת לו. אולם, אין די בכך שתקיים מסקנה חלופית דחוקה, תיאורטית או מופרכת, היכולה לעלות מחומר הראיות, כדי להקים ספק סביר באשמתו של הנאשם, אלא נדרשת מסקנה חלופית סבירה שיש לה אחיזה בחומר הראיות (ראו: ע"פ 2460/15 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פסקאות 52-51 (4.5.2016); ע"פ 8823/12 שבתאי נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (1.7.2014)). עיקר כוחן של הראיות הנסיבתיות הוא במשקלן הכולל והמצטבר ובהצטרפותן למארג ראיתי אחד (ראו: ע"פ 10033/17 שאכר נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (11.12.2019) (להלן: עניין שאכר); ע"פ 7007/15 שמיל נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (5.9.2018)).

27. הדרך המקובלת להסקת מסקנות המבוססות על ראיות נסיבתיות היא באמצעות מבחן תלת-שלבי. בשלב הראשון נבחנת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה, כדי לקבוע האם ניתן להשתית עליה ממצא עובדתי. שלב זה זהה במהותו לבחינתה של ראיה ישירה על ידי בית המשפט, ובמסגרתו נבחנת עוצמתה, מהימנותה ודיותה של הראיה, כדי להבטיח שהראיה היא ראית אמת (ראו: ע"פ 8422/14 מוגהאד נ' מדינת ישראל, פסקה 31 (10.5.2015) (להלן: עניין מוגהאד); ע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריאף, פסקה 97 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (21.1.2015) (להלן: עניין קריאף)). בשלב השני נבחנת המסקנת הראייתית כולה, כדי לקבוע האם היא מובילה למסקנה לכאורית לפיה הנאשם אכן ביצע את המעשים המיוחסים לו, זאת בהסתמך על ניסיון החיים והשכל הישר. המסקנה המפלילה עשויה להתקבל גם מצירופן של מספר ראיות נסיבתיות, אשר כל אחת מהן כשלעצמה אינה מספיקה לצורך הפללה, אולם משקלן המצטבר בהשתלבותן יחדיו הוא משקל ראיתי מפליל (ע"פ 6073/11 סגל נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (11.6.2012); ע"פ 9372/03 פון ויזל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 745, 754 (2004)). לבסוף, בשלב השלישי נבחנים הסברים חלופיים למערכת הראיות הנסיבתית, אשר עשויים לשלול את המסקנה המפלילה שקמה בשלב השני. על פי רוב, בית המשפט יבחן בשלב זה את התזה המפלילה של התביעה אל מול גרסתו העובדתית החלופית של הנאשם ויקבע האם מכלול הראיות הנסיבתיות שולל את גרסתו והסבריו של הנאשם, או שיש בהם להקים ספק סביר באשמתו. אין די בהסבר תמים לכל ראיה נסיבתית בפני עצמה, שכן בחינת המסקנה המרשיעה נעשית כמכלול. על כן נדרש הנאשם להציע גרסה חלופית שלמה המתייחסת למכלול הראיות נגדו (ע"פ 2661/13 יחיב נ' מדינת ישראל, פסקה 39



18.2.2014) (להלן: עניין יחיב)). על ההסבר החלופי להיות מתקבל על הדעת ומבוסס במידה כלשהי על המסכת הראייתית הקיימת, ואין די בהסבר מאולץ, תיאורטי או כזה שאינו מתיישב עם השכל הישר וניסיון החיים (ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל, פסקה 14 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (29.12.2015)). ככל שלא קיים הסבר חלופי המתקבל על הדעת, והמסקנה המפלילה נותרת בגדר המסקנה ההגיונית היחידה, ניתן להרשיע את הנאשם בהסתמך על הראיות הנסיבתיות שנגדו.

28. ככלל, גדר התערבותה של ערכאת הערעור בהכרעת הדין המבוססת על ראיות נסיבתיות משתנה בהתאם לשלבים השונים של המבחן התלת-שלבי, ונגזר ממהותו של כל שלב בבחינה. בשלב הראשון חל הכלל הרגיל בדבר אי התערבותה של ערכאת הערעור בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית (עניין מוגהאד, פסקה 33; עניין קריאף, פסקה 119). לכלל זה קיימים מספר חריגים: מקרים בהם ממצאי הערכאה הדיונית מבוססים על הערכתה של ראייה חפצית או על שיקולים שבהיגיון, בהם אין לה יתרון מובנה על ערכאת הערעור; ומקרים בהם נפלו טעויות של ממש באופן הערכת המהימנות או מקרים בהם הוצגו בפני הערכאה הדיונית עובדות ממשיות, לפיהן לא ניתן היה לקבוע את הממצאים שקבעה (ע"פ 4784/13 סומך נ' מדינת ישראל, פסקאות 93-94 (18.2.2016)); ע"פ 7508/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (27.8.2012); ע"פ 8005/04 אברוטין נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (29.3.2007)). לעומת זאת, השלב השני והשלב שלישי של המבחן התלת-שלבי עניינם בתהליך ההיסק הלוגי אותו מבצעת הערכאה הדיונית מהראיות שלפניה, ולערכאת הערעור מוקנה מתחם התערבות רחב יותר במסקנות המבוססות על תהליך זה (ראו: ע"פ 2304/12 מטר נ' מדינת ישראל, פסקה 36 (13.1.2015)). זאת, הן משום שלערכאה הדיונית אין כל יתרון על פני ערכאת הערעור בביצוע היסקים לוגיים מהעובדות המוכחות לפניה, והן בשל הזהירות הרבה המתחייבת בהליך הסקת המסקנות, שהוא הליך אשר מטבעו רגיש לטעויות (ראו: ע"פ 5496/14 רבין נ' מדינת ישראל, פסקה 13 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (29.12.2015)).

29. בהינתן מושכלות יסוד אלה בקשר לראיות נסיבתיות ואופן בחינתן על ידי ערכאת הערעור, יש לבחון את טענות המערערים בערעור שלפנינו. היינו יש לתת מענה לשאלה האם צדק בית המשפט המחוזי בקביעתו כי המסקנה ההגיונית היחידה מהתשתית העובדתית היא המסקנה המרשיעה, והאם לא עלה בידי המערערים להציג הסבר חלופי לראיות הנסיבתיות המצדיק את זיכויים מחמת הספק?

30. הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי נסמכה כאמור על שלושה אדנים מרכזיים. הראשון, העובדה שבמכונית נמצאו שלושה אקדחים בסמוך לאירוע הירי. אירוע הירי התרחש בשעה 20:38 ואילו בסמוך לשעה 21:00 נעצרו שלושת המערערים במחסום ג'בעה כאשר בחיפוש במכונית נמצאו שלושה אקדחים. בדיקה בליסטית שנערכה בקליעים מזירת האירוע שהועברו על ידי המשטרה הפלסטינית למשטרת ישראל העלתה התאמה בליסטית בין חלק מהקליעים לבין האקדחים. הימצאותם של האקדחים ברכבם של המערערים כחצי שעה בלבד לאחר אירוע הירי היא ראייה כבדת משקל, העולה אף כדי "חזקה תכופה". חזקה זו היא חזקה עובדתית המבוססת על ניסיון החיים. במובנה הקלאסי, החזקה משמשת בעבירות רכוש ועל פיה, אדם שנמצאו ברשותו טובין גנובים בתכוף לאחר גניבתם, יוחזק כמי שגנב אותם או למצער קיבל אותם לרשותו בודעו שהם גנובים (ע"פ 8584/13 שטארה נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (30.6.2014)). אולם ניתן להחילה גם במקרים אחרים, כדוגמת עבירת שוד, כאשר האקדח ששימש לביצוע השוד נמצא בידי פלוני בסמוך לאירוע השוד (והשוו: ע"פ 3652/14 כנעאני נ' מדינת ישראל, פסקה 58 (28.12.2015)); ע"פ 3105/06 זוזיאשווילי נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (2.12.2010)). חזקה זו ניתנת לסתירה, ונבחנת בהתאם למכלול נסיבות העניין, כאשר הנאשם יכול להפריכה על ידי הצעת הסברים חלופיים להימצאותם של הטובין הגנובים או החפץ אשר היה מעורב בביצוע העבירה (ראו למשל: ע"פ 5492/11 אלרחמן נ' מדינת ישראל, פסקאות 18-19).

(5.8.2012)). ברם בענייננו, המערערים לא הצליחו ליתן כל הסבר להימצאותם של האקדחים ברכבם בסמוך, הן גיאוגרפית והן כרונולוגית, למקום ומועד אירוע הירי.

31. האדן השני הוא הסרטונים מאירוע הירי וממעצרים של המערערים במחסום, המצביעים על דמיון בין פרטי הלבוש שלבשו שניים מהיורים במסעדה לפרטי הלבוש שלבשו יוסף ושאקר בעת מעצרים. כך, צפייה בסרטון מצלמות האבטחה במסעדה (ת/4) מעלה כי אחד מהיורים רעולי הפנים לבש אימונית כחולה של "דיאדורה" שבחזיתה פס כחול רחב, שני פסים כחולים זוהרים על הכתפיים סמוך לשם המותג, וסמל המותג מוטבע בקצה שרוול ימין. אימונית זו דומה לאימונית אותה נראה יוסף לובש בתמונות מסרטוני האבטחה שצולמו בעת מעצרים במחסום (ת/6). היורה השני נראה במצלמות האבטחה של המסעדה לובש ז'קט אפור שבחזיתו פס רחב בצבע בהיר לרוחב החזה, שנמשך ברצף אל השרוולים. ז'קט זה דומה לבגד שלבש שאקר בעת שנתפס במחסום (נראה גם כן ב-ת/6) ובחקירת המשטרה (ת/22). כפי שציין בית המשפט המחוזי בהכרעת דינו, מהסרטונים לא ניתן לקבוע ממצא בדבר זהות בין פרטי הלבוש האמורים, אולם ניתן לראות דמיון של ממש ביניהם ולראיה נסיבתית זו משקל לא מבוטל.

32. בהקשר לסרטונים האמורים, יש לדחות את טענתם של יוסף ושאקר, לפיה מאחר שהצילומים לא נשלחו למז"פ לצורך עריכת חוות דעת, יש להניח לטובתם כי אילו נערכה חוות דעת כאמור היא הייתה קובעת שאין מדובר באותם פרטי לבוש. לא ניתן להניח הנחה זו. כאמור, בית המשפט המחוזי לא קבע זהות בין פרטי הלבוש אלא דמיון בלבד. צפייה בסרטונים מובילה למסקנה כי אכן לא נדרשת חוות דעת מקצועית על מנת לעמוד על הדמיון בין פריטי הלבוש. הדמיון נחזה לכל עין בלתי מקצועית ובלתי מזוינת באמצעים טכנולוגיים מורכבים. מעבר לכך, עמדה לפני המערערים האפשרות להגיש חוות דעת מטעמם ומשבחרו שלא לעשות כן, אין מקום להניח כי חוות דעת שלא נערכה על ידי המשיבה הייתה מסייעת בידם.

33. לראיות כבדות משקל אלה מצטרף האדן השלישי בדמות גרסאותיהם הסותרות של המערערים לכל אורך שלבי חקירתם. המערערים סתרו האחד את השני ואף את עצמם ככל שהלכה החקירה והתקדמה. כך למשל, השלושה לא הצליחו להסביר מה בדיוק עשו בעת שהיו בבית ג'אלה, אף אם נניח, לטובתם, כי חלק ממטרת הנסיעה הייתה פגישה עם חברתו של יוסף. בחקירתו הראשונה במשטרה (ת/20) טען שמאך כי הוא ושאקר ישבו כל העת במכונית ולא עזבו אותה (במסגרת חקירה זו אף טען שמאך כי יוסף נסע לפגוש חבר ורק בהמשך שינה גרסתו לפגישה עם חברה, אך לא עלה בידי להסביר שינוי זה). בגרסאותיו המאוחרות הוסיף כי השניים ביקרו במכולת (ת/26). שמאך העיד עוד כי לאחר ששב עם שאקר למכונית, הם המתינו מספר דקות ליוסף. לעומתו, יוסף ושאקר טענו כי נפגשו בכניסה למכולת ומשם עשו דרכם למכונית יחד (ת/21). בעדותו בבית המשפט הגדיל ועשה שמאך כאשר העיד כי ראה את המפגש בין יוסף לחברתו, בעוד יוסף טען כי כלל לא פגש את חברתו. באופן דומה, עלו סתירות בגרסאותיהם של המערערים לגבי סיבת ואופן הצטרפותם של שאקר ושמאך ליוסף בנסיעתו לבית ג'אלה. כך למשל, במסגרת אחת מחקירותיו במשטרה נשאל יוסף מדוע נסע לבית ג'אלה ומדוע שאקר ושמאך הצטרפו אליו לנסיעה:

"...יוסף: אני נכסנתי לשם בגלל בחורה שהתגרשה לפני עשרה ימים וזהו.

חוקר: אני מבין לגביך ולגבי האהבה. למה שמאך הצטרף אליך?

יוסף: זה שבנאדם רוצה להצטרף יצטרף. נגיד לו לא?

חוקר: ושאקר, למה הוא הצטרף?

יוסף: הצטרף, זהו" (ת/12, עמ' 4, שורות 92-96).

לעומת זאת, כאשר שמאך נשאל באחת מחקירותיו במשטרה מדוע הצטרף ליוסף בנסיעתו, טען כי יוסף הוא שביקש ממנו כי יצטרף אליו (ת/14). מעבר לסתירות הברורות והגלויות בין גרסאותיהם של המערערים, בחלק מחקירותיהם במשטרה אף בחרו לשמור על זכות השתיקה, דבר שיכול אף הוא לשמש כחיזוק לראיות העומדות לחובתם (ראו: ע"פ 6928/17 מדינת ישראל נ' אסרף, פסקה 22 (16.8.2018); ע"פ 2996/09 דבור נ' מדינת ישראל, פסקה קמ"א (11.5.2011)).

34. אכן, לא לכל השאלות המתעוררות במקרה דנא ניתנו תשובות. איננו יודעים את זהותם של כל היורים במסעדה. זהותו של ד' וחלקו בסיפור המעשה אינם ידועים, כמו גם חלקם של נוסעי כלי הרכב הנוספים שהגיעו למסעדה. ברם, שאלות ונעלמים אלה אין בהם כדי לערער את סיפור המעשה העולה משילובן של מכלול הראיות הנסיבתיות. בהקשר זה, "ראוי לזכור כי אין הכרח להראות שכל אחת מהראיות הנסיבתיות מספיקה כשהיא לעצמה להרשעת הנאשם. המסקנה המרשיעה יכולה להיות תולדה של צירוף כמה ראיות נסיבתיות, אשר כל אחת בנפרד תהיה 'מחשידה' בלבד" (עניין יחיב, פסקה 38). כפי שנכתב באחת הפרשות:

"... בהכרעת הדין אין חובה לספק הסבר לכל מה שהיה או לא היה ואין חובה לפתור את כל 'החידות' העולות. מלאכת הרכבת התמונה הכוללת המצטיירת מן הראיות, אינה מחייבת שכל אבני תמונה ההרכבה 'יימצאו' ויונחו במקומן. די בכך שהמעין בתמונה המורכבת מאבני תמונת ההרכבה הקיימות, אף שאינן מלאות, יכול לקבוע בוודאות: אני רואה בית, אני רואה עץ, אני רואה שמיים. די בכך שבית המשפט הקובע את העובדות, אף שלא כל רכיביה של תמונה ההרכבה מצויים לנגד עיניו, יהיה מסוגל להרכיב את חלקיה המהותיים של התמונה, אף שלא את התמונה המלאה לפרטי פרטיה. אכן, התמונה אינה מלאה, אך היא תמונה מספקת" (ע"פ 4354/08 מדינת ישראל נ' רבינוביץ', פסקה 50 (22.4.2010)).

בענייננו, צירופן של הראיות הנסיבתיות הקושרות את המערערים מאפשר לחבר את חלקי התצרף לכדי תמונה אחת ברורה, אשר מאפשרת הסקת מסקנה הגיונית ברמה שמעבר לספק סביר, בהתבסס על היגיון החיים והשכל הישר, כאשר הצטברותן של כל הראיות הללו באופן שאינו אלא צירוף מקרים איננה מתקבלת על הדעת (וראו: עניין קריאף, פסקה 98 לפסק דינו של השופט נ' סולברג).

35. התמונה הברורה העולה ממכלול הראיות היא כי שלושת המערערים נסעו לבית ג'אלה על מנת לפגוע בבעל המסעדה בתגובה לקטטה שהתרחשה במהלך הלילה שלפני אירוע הירי. העדויות מצביעות על כך שיוסף ושאקר היו שניים משלושת היורים באירוע ואילו שמאך, שנהג במכונית הטויוטה, היה חלק מהמעגל הפנימי של העבירות ושימש כמבצע בצוותא, על אף שלא ירה בפועל (ראו בעניין ביצוע בצוותא, למשל: ע"פ 2648/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (19.3.2020); ע"פ 4205/14 בן יצחק נ' מדינת ישראל, פסקאות 57-58 (29.5.2016)).

36. כאמור, השלב השלישי של המבחן התלת-שלבי מחייב בחינת קיומה של גרסה חלופית שיש בה כדי לעורר ספק סביר אמיתי באשמתו של נאשם. בענייננו, המערערים לא הצביעו על כל גרסה כזו. בשלב הערעור העלו המערערים, בחצי פה, גרסה חלופית לפיה ייתכן שהיו מעורבים באירוע הירי, אולם לא הם אלה שביצעו את הירי

והאקדחים הגיעו לרכבם במסגרת עצירה שביצעו המשתתפים באירוע בשלב כלשהו בין מועד ביצוע הירי ועד הגעתם למחסום. אולם, גרסה זו אינה בגדר גרסה של ממש כי אם תרחיש חלופי, שהוא בגדר אפשרות תיאורטית, ללא תיאור מפורט של חלקם של המערערים באירוע. מכל מקום, לא ניתן כל הסבר לכבישת גרסה זו והעלאתה רק כעת בשלב הערעור, ומשכך המשקל שיש ליתן לה נמוך מאד עד אפסי (ראו: עניין שאכר, פסקה 44; ע"פ 3471/08 אבו נאב נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (8.1.2009)).

37. באשר לטענתם של יוסף ושאקר בדבר היעדרו של היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה בעבירה של חבלה בנסיבות מחמירות, דינה להידחות. אכן, היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה של חבלה בנסיבות מחמירות הוא יסוד נפשי של כוונה מיוחדת לפגוע באדם, ואין די ברשלנות או בפזיזות לגבי האפשרות של פגיעה כאמור (ראו: ע"פ 5184/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 39 (3.8.2016)). אלא שבענייננו, כוונתם של השניים, שנכנסו למסעדה חמושים בכלי נשק והחלו לירות לכל עבר תוך שהם פוגעים ברגליו של אחד העובדים וגורמים לו לנזק חמור, נלמדת ממעשיהם או לכל הפחות היה עליהם לצפות לכך שמעשיהם יגרמו לחבלה חמורה. מי שיורה לעבר אדם אחר, יכול וצריך לצפות כאפשרות קרובה לוודאי, כי פעולתו תגרום לחבלה חמורה באותו אדם.

#### מחדלי החקירה הנטענים

38. כאמור, חלק ניכר מהערעורים הוקדש לטענה כי נפלו בעניינם של המערערים מחדלי חקירה. ברם, כפי שקבע בית המשפט המחוזי לא היה די במחדלי החקירה שנפלו או שנטענו, כדי להביא לזיכויים של המערערים. בהתאם להלכה הפסוקה, אין די במחדלי חקירה כשלעצמם כדי להביא לזיכוי של נאשם, ו"על בית המשפט לבחון אם המחדל בחקירה מעלה חשש כי הגנת הנאשם קופחה, ואם על אף המחדל הונחה תשתית ראייתית מספיקה להוכחת האשמה" (ע"פ 9284/17 חורש נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (5.3.2020)); ראו גם: ע"פ 8965/18 מחאג'נה נ' מדינת ישראל, פסקה 35 (3.11.2019)). כך בענייננו. אף אם היה ממש בטענותיהם של המערערים כי נפלו בעניינם מחדלי חקירה רבים לא היה בהם כדי להביא לזיכויים.

39. כך למשל, בקשר לתעודת החיסיון שהוצאה בקשר לראיית הדנ"א של מוחמד. בדומה לבית המשפט המחוזי, אינני סבור כי נפל בכך מחדל חקירתי, אלא הדבר נעשה לצרכי חקירה. בכל מקרה, לא ברור כיצד הדנ"א של מוחמד שנמצא על אחד האקדחים יש בו כדי לסייע למערערים, שעה שנמצאו שלושה אקדחים ברכבם. קרי, ייתכן כי אחד האקדחים אכן שימש את מוחמד בעת האירוע ושני האקדחים הנוספים שימשו את המערערים. טענה נוספת של המערערים למחדל חקירתי הייתה כי לא נערכה להם בדיקת שרידי ירי, אשר הייתה מוכיחה כי לא הם ביצעו את הירי. בהקשר זה מקובלת עלי טענת המשיבה כי לא עלה בידי המערערים להראות שניתן היה לבצע בנסיבות הקונקרטיות של מקרה זה בדיקת שרידי ירי גם יום למחרת אירוע הירי. למעלה מכך, גם תוצאה שלילית לא היה בה כדי לסייע למערערים, שכן כוחם הראייתי של הממצאים הפורנזיים הוא בהימצאותם ולא בהיעדרם (ראו: ע"פ 5724/95 אבו-דחל נ' מדינת ישראל (12.5.1996)).

40. באשר לטענות המערערים לגבי "שרשרת המוצג", הן של סרטוני האירוע מהמסעדה והן של התרמילים שהתקבלו מהמשטרה הפלסטינית. בכל הנוגע לתרמילים, בית המשפט המחוזי עמד על כך כי "שרשרת המוצג" אינה שלמה, אך הראיות הנסיבתיות מאפשרות את הוכחת השרשרת. מסקנה זו מקובלת עליי. איסוף שישה תרמילי אקדח שעה קלה לאחר האירוע ומסירתם בשקית מאובטחת לידי המשטרה, כאשר בבדיקה בליסטית נמצא קשר בינם לבין שלושת האקדחים שנתפסו במכונית, הופכים את האפשרות שהאקדחים לא פלטו את הכדורים באירוע לתיאורטית

בלבד. בקשר לסרטוני האירוע, מקובלת עליי מסקנת בית המשפט המחוזי כי הייתה הצדקה לקבלם כראיה על אף שגם בעניינם "שרשרת המוצג" אינה שלמה. בית המשפט המחוזי הסתמך על עדותו של השוטר אהוד בוסאני, אשר העיד כי קיבל את סרטוני האבטחה מקציני המשטרה הפלסטינית, מוחמד אבו סרור וסלים אבו חלי. מוחמד אבו סרור העיד בתורו כי קיבל את הסרטונים מחוקרי המשטרה הפלסטינית. בהחלטתו הסתמך בית המשפט גם על עדותו של א', אשר אישר כי תוכנם של הסרטונים מתאר נאמנה את שהתרחש בתוך המסעדה בעת האירוע. עולה אפוא כי קביעתו של בית המשפט בנוגע לסרטוני האבטחה נסמכה על קביעות עובדה וממצאי מהימנות אשר אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בהם (עניין שאכר, פסקה 29).

41. טענה נוספת בפיהם של המערערים הייתה כי המשטרה לא עשתה די כדי לחקור את הקטטה במסעדה שהתרחשה במהלך הלילה שלפני אירוע הירי. גם טענה זו דינה להידחות. כפי שציין בית המשפט המחוזי בהכרעת דינו, אכן נפל מחדל בחקירת המשטרה והיה עליה לפעול על מנת למצוא את המעורבים בקטטה שזהותם המשוערת הייתה ידועה לה. אולם מחדל זה אין בו כדי לסייע למערערים בהינתן המסכת הראייתית הקושרת אותם לאירוע הירי עצמו. היינו, אף אם היה מוכח שהמערערים עצמם לא נטלו חלק בקטטה ולא היתה להם כל זיקה אליה, אין הדבר מצביע כלל על אי מעורבותם באירוע שהתרחש מאוחר יותר בשעות הערב של אותו יום. כמו כן, טענת המערערים לזהות בין משתתפי הקטטה ליורים באירוע נסמכה על עדויות שמיעה שאינן קבילות, כאשר אין מחלוקת שהיורים היו רעולי פנים ואין זה סביר כי מי מהנוכחים במסעדה בשעת האירוע זיהה אותם. באופן דומה, גם הטענה כי המשטרה לא עשתה דיה כדי לברר את סיבת הנסיעה הנטענת לבית ג'אלה - ביקור חברתו של יוסף - אין בה כדי לסייע למערערים, שכן אף אם נניח כי יוסף אכן תכנן לבקר את חברתו בבית ג'אלה וזו הייתה תומכת בגרסתו, מועד הביקור הנטען אינו חופף למועד אירוע הירי ואינו מספק אליבי למי מהמערערים. לא קרוב לכך.

הערעור על חומרת העונש

42. כאמור, שלושת המערערים ערערו גם על העונש שהשית עליהם בית המשפט המחוזי. הלכה מושרשת היא כי ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב במידת העונש שהושג על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים של סטייה קיצונית ממדיניות הענישה הנהוגה במקרים דומים, או כאשר נפלה בגזר הדין טעות מהותית (ראו למשל: ע"פ 5139/19 לביא נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (17.3.2020)). המקרה שלפנינו אינו נופל בגדר אותם מקרים חריגים המצדיקים את התערבותנו בגזר הדין כערכאת ערעור.

43. המעשים בהם הורשעו המערערים הם חמורים ביותר ואף הביאו לתוצאה קשה ביותר; פגיעה בחף מפשע שכלל לא היה מעורב בסכסוך, שהותירה אותו נכה לכל חייו. הירי ללא הבחנה שביצעו המערערים אף יכל בנקל להוביל לתוצאה חמורה בעשרת מונים ולקיפוח חייהם של עוברי אורח. מעשים שכאלו מצדיקים ענישה מוחשית ומרתיעה. יפים לעניין זה דבריו של השופט נ' הנדל בע"פ 4038/14 מדינת ישראל נ' אבו עאבד, פסקה 6 (15.7.2014):

"הדרישה להחמרה בעבירות אלימות כלפי הזולת מועצמת כאשר עסקינן בנשק חם שרק צד אחד מחזיק. תופעת השימוש בנשק שלא כדון, על שלל היבטיה ותוך עשיית דין עצמי, מחייבת הוקעה וענישה ראויה. במיוחד משעה שמדובר בנשק חם, לנוכח השלכותיו הרות האסון ופוטנציאל הסכנה הגלום בו לשלמות החיים, הגוף והנפש ולביטחון הציבור".

בשים לב לנסיבות ביצוע העבירות ולתוצאותיהן הקשות, סבורני כי העונשים שהושתו על המערערים הולמים את

חומרת מעשיהם ואין כל מקום להתערבותנו בהם. כך גם בכל הנוגע לפיצוי שהושת על כל אחד מהמערערים לשלם, בסך של 80,000 ש"ח, לטובת א', אשר נותר כאמור נכה לכל חייו.

סוף דבר כאמור, אציע לחברותי לדחות את הערעורים, הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין.

שופט

השופטת ע' ברון:

אני מסכימה.

שופטת

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מינץ.

ניתן היום, י"ד בתמוז התש"ף (6.7.2020).

שופטת

שופט

שופטת

---