ערעור פלילי מס' 6251/94

סימון בן־ארי

א **נגד**

מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים פליליים

ב [17.5.95]

לפני השופטים א' גולדברג, ת' אור, מ' חשין

חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב–1982, ס"ח 43, סעיף 144 – פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א–1971, נ"ת 421, סעיפים 10, 10א(ג), 53.

ג

לאחר שנאשם אחר הורשע, בעיקר על סמך הודאתו, ברציחתו של חלפן כספים, שהוא נושא הפרשה שבדיון, הורשע באותו רצח המערער בערעור הנוכחי. כל אחת מההרשעות בבית המשפט המחוזי התבססה על מסכת ראיות שונה, שאינה מתיישבת לכל אורכה עם המסכת האחרת. כמו כן אין ראיה כי שני המורשעים קשורים זה לזה או אפילו מכירים זה את זה.

עם הרשעת המערער בערעור זה בבית המשפט קמא, הסכימה התביעה לקבל את ערעורו של ד המורשע האחר במעשה. לאור הודעת התביעה, קיבל בית המשפט העליון אותו ערעור וזיכה את הנאשם האחר, בלא שנבדקו על־ידי בית המשפט העליון המימצאים והשיקולים שהוליכו את בית המשפט המחוזי להרשעה.

ערעור זה מעלה לדיון את נושא היחס בין שני הערעורים מנקודת מבטם של דיני הראיות, תוך התמקדות בסוגיית הספק במידת ההוכחה, ובקושי אובייקטיבי בגילוי האמת שבית המשפט ה עלול לעמוד בפניו.

א. (אליבא דשופט א' גולדברג): (1) במקרה דנן, בעוד שעצם הרשעתו של הנאשם האחר ברצח המנוח בבית המשפט המחוזי היא עובדה ככל עובדה אחרת שהוכחה במשפט, הרי שהמימצאים שעל־פיהם הושתתה הרשעתו אינם אלא עדות שמיעה, והמסקנות שהביאו להרשעה הן בבחינת חוות־דעת שאינה בגדר ראיה (67 ג–ד).

ו (2) הקביעות העובדתיות והמסקנות שנקבעו במשפטו של הנאשם האחר לא היו כלל ראיות קבילות במשפטו של המערער, ובית המשפט קמא לא היה כבול להן, אף שהכרעת הדין הוגשה בהסכמה (67 ד–ה).

(3) משפטו של הנאשם האחר היה הליך דיוני נפרד ועצמאי, וכמוהו משפטו של המערער, כשכל אחת מהכרעות הדין עומדת בפני עצמה, ועליה להיות מושתתת אך ורק על ז המסכת הראייתית הקבילה שהובאה באותו תיק (67 ה–ו).

(4) בית המשפט קמא לא היה רשאי כלל לבחון את צדקת הרשעתו של הנאשם האחר על־ידי בית המשפט המחוזי, ולא את צדקת עמדתה של הפרקליטות כשהסכימה כי ערעורו של נאשם זה יתקבל. בית המשפט קמא לא יכול היה לחקור במופלא ממנו, אלא במה שהיה גלוי וידוע לפניו על־פי הראיות הכשרות שהביאו בעלי הדין (67 ו).

nevo.co.il

(5) (בעקבות ע"א 79/72 [2]) עשיית הדין תלויה, בין יתר הדברים, באופן הצגת הראיות לפני בית המשפט ובסופו של דבר בהערכת הראיות על־ידי שופטים בשר ודם, השואפים אל קביעת האמת לאמיתה, בלי להגיע תמיד אל חקר האמת עד תומה (67 ו–ז). א

(6) על בית המשפט קמא לא היה לברר אלא זאת, אם הוכחה אשמתו של המערער מעבר לספק סביר, על־פי חומר הראיות הקבילות שלפניו (67 ז).

ב. (בעקבות ע"פ 347/88[6]) (1) לצורך הרשעה לא נדרש שבית המשפט יפעל על סמך ודאות גמורה. השכנוע מעל לספק סביר הוא, בהשוואה למידת ההוכחה במשפט אזרחי, עניין שבדרגה, ומן הזן משתמע הלאו, היינו כי הכלל הראייתי אינו מחייב כי האשמה תוכח מעבר לכל ספק. הספק צריך להיות סביר. מול חומר ראיות לכאורה על הנאשם להציג קו הגנה ממשי, ריאלי, המתקבל על הדעת, אשר אינו פרי הדמיון בלבד. אם בית המשפט הדן בדבר אינו מאמין בנכונות סיפורו של הנאשם ואינו מגלה בחומר הראיות יסוד ושורש לגירסה אשר הוא מעלה, אין הוא חייב להעדיף את הגירסה נטולת השורשים של הנאשם על הגירסה הבנויה על יסודות איתנים שלא נתערערה גם מכיוון הספק, רק משום ש"ייתכן" ו"אפשרי הדבר" שהגירסה של הנאשם, התלויה על בלימה, נכונה היא. הראיות שהובאו לפני בית המשפט יכולות להיות בעלות משקל רב. אולם גם אז ייתכן לשער ולהעלות נסיבות יוצאות דופן, המתיישבות עם חפות מפשע (68 ו–69 ב). ב

(2) בעת מיון הראיות לצורך בחינת השאלה אם נתקיימה המידה הדרושה של ודאות, פועל בית המשפט בהכרח על־פי הערכה סובייקטיבית. יחד עם זאת, יש לשאוף לשילובה של אמת מידה אובייקטיבית לתוך ההערכה האמורה. זו תציב לה תחומים ותסייע ביצירת אמצעי סינון שיוסיפו יסוד אובייקטיבי המושתת על אדני הסבירות. לשון אחר, בעת ההערכה של חומר הראיות, על בית המשפט לשאוף ליישומו של מבחן הבנוי על ההסבר הסביר. במה דברים אמורים: המבחן מורכב משני יסודות – "ספק" ו"סביר". שם התואר שניתוסף לשם העצם "ספק" אינו בגדר סרח עודף מילולי מיותר; הוא בא לסייג ולתקנות לספק תכונה מוגדרת. קיומה של התכונה האמורה נבחן לפי אמות המידה הראציונאליות המקובלות. בביטוי "סביר" טמונים הסינון והמיון בין עניינים שיש להם אחיזה הגיונית במציאות לבין דברים הם ספקולציות נעדרות תשתית (69 ב–ה). ג ד ה

ג. (אליבא דשופט א' גולדברג): (1) אפשר שלא כל האמת נפרסה בבית המשפט, ולא נגלה קשר סמוי בין שתי מערכות הראיות, זו הקשורה למערער וזו הקשורה לנאשם האחר. אולם לא על ספקולציות נעדרות תשתית יש להכריע במשפט פלילי (73 א–ב). ו

(2) (בעקבות בג"צ 152/82 [7]) משמדובר על בירור האמת בעולמה של מערכת המשפט, אין הכוונה אלא לבירור האמת, במידה שניתן להגיע לחקרה על־פי הנורמות המהותיות והכללים הפרוצדוראליים שבאותה מערכת משפט, שבמסגרתה מתקיים הבירור המשפטי (73 ג–ד).

ד. (אליבא דשופט א' גולדברג): (1) לו היה בית המשפט קמא קובע בהכרעת־דינו השנייה שהתוודותו של הנאשם האחר במשטרה, כי היה מעורב בשוד, היא התוודות אמת, כי אז היה בהתוודות כזאת להעלות ספק סביר, אם לא למעלה מכך, בדבר אשמתו של המערער, חרף קיומן של ראיות נסיבתיות המצביעות לכאורה על אשמתו. שהרי אף לא אחת מגירסותיו של הנאשם האחר במשטרה מערבת את המערער בשוד וברצח, ואין כל ראיה אחרת על קשר שהיה קיים בין המערער לבין הנאשם האחר וחבריו. פשיטא: לו היה בית המשפט קמא מעדיף את ז

nevo.co.il

גירסתו של הנאשם האחר בעדותו לפניו על דבריו במשטרה, כי אז היו נותרות לבדן הראיות הנסיבתיות המדברות לחובתו של המערער (69 ז–70 א).

א (2) כיוון שהפכפכותו של הנאשם האחר לא איפשרה לבית המשפט לקבוע אימתי אמר אמת ואימתי כיזב, בחר להתעלם כליל מכל דבריו. דרך זו הייתה, בנסיבות המקרה, הדרך היחידה שעמדה לפני בית המשפט, כשלא היו בידיו אמצעים כלשהם לקבוע קביעה פסקנית איזו גירסה מבין הגירסאות הרבות שהעלה הנאשם האחר עדיפה עליו (70 ד–ה).

ב (3) לא ניתן לומר כי מכך בלבד שבית המשפט קמא לא יכול היה לקבוע עמדה לגבי שלל גירסותיו של הנאשם האחר, מתעורר ספק סביר בדבר אשמתו של המערער. עדיין יש לברר אם הראיות הנסיבתיות שהוכחו אכן מביאות למסקנה חד־משמעית בדבר אשמתו של המערער ברצח המנוח (70 ה–ו).

ה. (אליבא דשופט מ' חשין): (1) קביעת מהימנותו של עד בהליך פלוני ייחודית היא לאותו הליך; בית־משפט בהליך אלמוני אינו חייב בה ואף אינו רשאי להידרש לה. כל שופט הוא לעצמו, והכרעה כי יכריע במשפט תהיה ההכרעה שלו (107 ה–ו).

ג (2) יכולה וזכאית היא שיטת משפט לקבוע כי הכרה בהליך פלוני מחייבת היא את בעלי הדין – ואת בית המשפט – בהליך מאוחר להליך פלוני, ואם כך ייקבע כך יהא. אולם קשה הוא ששיטת משפט תקבע כי הכרעה בשאלת מהימנותו של עד נתונה לשיקול־דעתו של בית המשפט היושב לדין, ובה בעת תחייב שיטת המשפט אותו בית־משפט – או אף תתיר לו – להידרש למימצא מהימנות שנקבע בהליך קודם (107 ו–ז).

ד (3) שונה הדין באשר להגיונו הפנימי של פסק הדין הקודם, למצער ככל שהמדובר הוא בראיות שנתקבלו בהליך המאוחר. במקום זה אין מדובר בכוחו הפורמאלי של פסק הדין הקודם אלא בכוחו הפנימי ובשכנוע העולה מניה וביה מניתוח הראיות שהיו לפני בית המשפט. כוחו הפנימי של פסק הדין הקודם יעמוד לו גם בהליך מאוחר, ובמובן זה ניתן יהיה להידרש לו גם בהליך המאוחר. בית המשפט בהליך המאוחר יוכל להידרש לאותו היגיון פנימי כיציר רוחו שלו, והרי ההיגיון חד הוא (108 ב–ג).

ה ו. (אליבא דשופט מ' חשין): (1) פירוקו של "ספק סביר" לגורמיו הראשוניים – בהקשר לנטל המוטל על התביעה לשכנע בית־משפט באשמתו של נאשם מעבר לכל ספק סביר – יעלה שני יסודות שבחלקם חופפים הם זה את זה: האחד הוא היסוד הראציונאלי־האובייקטיבי העשוי להקים ספק שהוא סביר, והאחר הוא היסוד המוסרי־הסובייקטיבי. ואפשר שהשניים אינם אלא שני צדדים של אותה מטבע. בהיעדר שני יסודות אלה יורשע נאשם בדינו, ובהתקיים אחד מן

ו השניים ייצא זכאי מלפני בית המשפט (121 ז–122 א).

ז (2) היסוד הראציונאלי־האובייקטיבי ענייננו בסבירותו של הספק, וסבירות לעולם אמורה להיבחן באמות מידה השוות לכל נפש. השאלה הנשאלת תהיה, אם מערכת העובדות שהוכחה לפני בית המשפט עשויה להתיישב עם מסקנה שהנאשם לא ביצע את העבירה שבה הואשם, אם יש ספק סביר באותה אשמה, או – לחלופין – אם מערכת העובדות שהוכחה אינה מתיישבת אלא עם מסקנה שהנאשם חייב בדינו וכי אין ספק סביר באותה אשמה. נאשם ייצא רשע בדינו רק אם כל החלופות – תוך מהרשעתו – אין בהן יסוד של סבירות (122 א–ב).

(3) היסוד המוסרי־סובייקטיבי ענייננו באותו גורם מוסרי־אישי המניע, והאמור להניע, שופט

בהכרעת הדין (123 א).

ז. (אליבא דשופט מ' חשין): (1) (בעקבות ע"פ 524/77, 584, 653, 701 [24]) לא כל ראיה נסיבתית בפני עצמה חייבת להספיק להרשעת הנאשם. כל ראיה בפני עצמה חייבת הוכחה מעל לספק סביר, אך המסקנה הסופית יכולה להתקבל מתוך צירופן של כמה ראיות נסיבתיות כאלה, שכל אחת מהן אינה מספקת בפני עצמה להרשעת הנאשם. כדי לברר אם מסקנת האשמה היא המסקנה מחויבת המציאות, מפעיל בית המשפט את מבחני ההיגיון וניסיון החיים הכללי, ולבסוף חייב כל ספק סביר לפעול לזכות הנאשם (128 ד–ה).

(2) (בעקבות ע"פ 351/80 [25]) כאשר כל אחת מן הראיות הנסיבתיות בפני עצמה נוטה להצביע על אשמתו של הנאשם יותר מאשר על חפותו – ואפילו אין בה כשלעצמה כדי להרשיעו – הרי ככל שראיות אלה רבות יותר, מגוונות יותר ושלובות יותר אישה ברעותה, נעשית "חזקת חפותו" של הנאשם לאפשרות רחוקה יותר וקלושה יותר, עד שלא נותר ממנה שריד. יש כאן, כביכול, מעין תמונת הרכבה ("פזל"), שככל שמצטרפים זה לזה חלקים רבים יותר, מגוונים יותר ושלובים יותר זה בזה, הולכת ומתהווה תמונה שבעיקרה היא ברורה לחלוטין, אפילו נעדרים אחדים ממרכיביה. יתר־על־כן, תיתכן אפשרות אחרת, שונה, שכל אחת מן העובדות, המובאות להוכחת אשמתו של הנאשם, היא תמימה ומקרית לחלוטין, כשהיא בפני עצמה, אולם עצם צירופן יחד אינו יכול – מבחינה הגיונית – להיות תמים ומקרי (129 ג–ה).

ח. (אליבא דשופט ת' אור): (1) אפילו מהווים ההודעות, ההקלטות והדו"חות – שהוגשו במשפטו של הנאשם האחר – עדות שמיעה במשפטו של המערער דנן, משהוגשו בהסכמה הריהם מהווים חלק מהראיות אשר לפני בית המשפט, ועל בית המשפט לתת להם את משקלם הראוי. ראיה המהווה עדות שמיעה, אם נתקבלה ללא התנגדות לא כל שכן אם נתקבלה בהסכמה מפורשת, הריהי ראיה קבילה. מה גם שהגשתם של המסמכים האמורים כראיה יכולה להיעשות על־פי הוראתו המפורשת של סעיף 144 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב–1982 (76 ד–ז).

(2) אין גם מקום להתעלם כליל מהכרעת הדין במשפטו של הנאשם האחר. הכרעה זו היא, אמנם, בגדר עדות שמיעה במשפטו של המערער, אך הכרעת הדין הוגשה בהסכמה והיא יכולה לשמש כראיה במובן זה. בית המשפט אשר דן בעניינו של המערער הוא שצריך להכריע באשמתו או בחפותו, על־פי כלל הראיות שבאו לפניו, וקביעות עובדתיות או מסקנות שנקבעו על־ידי בית המשפט במשפט של אחר אינן מחייבות אותו. אך עליו להתייחס להכרעת הדין במשפט האחר, המהווה ראיה מוסכמת לפניו במסגרת שקילת כלל הראיות שלפניו, אפילו כל שניתן לדלות ממנה הוא בגדר עדות שמיעה (77 ב–ד).

(3) שני הרכבים שונים של בית־משפט דנו, בנסיבות דנן, בשאלת האשמה באותה פרשה של מעשי שוד ורצח. כדי שההחלטות של שני ההרכבים לא תהיינה סותרות מבחינת המימצאים שנקבעו בהן בשל כך שהובא לפניהן חומר ראיות שונה, ראוי שהראיות שתבואנה לפני ההרכב הדן בעניין מאוחר מבחינה כרונולוגית תכלולנה את הראיות שהיו לפני ההרכב המוקדם (77 ה–ז).

ט. (אליבא דשופט ת' אור): בכל מקרה שמערכת הראיות נגד נאשם מבוססת על ראיות נסיבתיות – מן ההכרח שתוביל למסקנה חד־משמעית בדבר אשמתו. על הראיות וכוחן המצטבר להיות

כאלה שלא תיתכן היפותזה סבירה אחרת שעל פיה קיים ספק בדבר אשמתו של הנאשם. אם קיימת היפותזה סבירה שעל־פיה הנאשם לא עבר את העבירה, אין לומר שהראיות מובילות למסקה חד־משמעית בדבר אשמתו של הנאשם ואין לומר שאין ספק סביר בדבר אשמתו (85 ה–ו).

א

י. (אליבא דשופט ת' אור): בית המשפט אינו יכול להסתפק בבחירת הגירסה הנראית לו סבירה יותר מבין שתי גירסאות עובדתיות המובאות לפניו. על־מנת שידבק באחת משתי הגירסאות וישתית עליה הכרעת־דין בפלילים, עליו להשתכנע שהגירסה האחרת, אשר אינה עולה בקנה אחד עם הראשונה, אינה אמינה. עליו לבחון את הראיות כולן ולראות אם אין בחלקן, דהיינו בגירסה האחת, לשלול את ההוכחה מעבר לכל ספק סביר על־פי הגירסה האחרת (86 ג–ד).

ב

יא. (אליבא דשופט ת' אור): (1) ידיעת עובדות מוכמנות יש בה חיזוק רב ערך למהימנות הודאה של נאשם במעשה עבירה (89 ה–ו).

(2) דרישת ה"דבר־מה" תבוא על סיפוקה, אם ניתן להראות כי הפרטים המפורטים בהודאה אמיתיים הם. המדובר בפרטי האירוע נושא האישום, פרטים המצויים, בדרך הטבע, בידיעתו המיוחדת של מי שביצע את המעשה נושא באחריות לביצועו. ההנחה היא, כי מי שיודע לפרטיו את האופן שבו בוצע שוד, למשל, אין מקום לחשוש שהוא מכזב בהודאה, שבה הודה במעורבות בביצוע אותו שוד. מבחן זה הינו המבחן המקובל ביותר מבין המבחנים הנוהגים בשל משקלו הראייתי; ככל שהמדובר בידיעת פרטים נסתרים יותר ומיוחדים יותר להתרחשות נושא האישום – כן ייילך ויגדל משקלה הראייתי של הידיעה (89 ז–90 ב).

ג

ד

יב. (אליבא דשופט ת' אור): (1) כל אימת שהמדובר בקביעת עובדות על־פי מהימנות עדים או על־פי ראיות נסיבתיות המושתתות על ההיגיון או על ניסיון החיים, הרי כשתבוא מערכת ראיות שונה, סותרת, המושתתת על ראיות שבית המשפט לא יגיע למסקנה שניתן לשוללן במידת הוודאות הנדרשת במשפט פלילי, יעלה ויצוץ הספק הסביר, אם אכן ניתן לסמוך על אותן קביעות עובדתיות שעל פיהן מבקשים לקבוע את אשמת הנאשם (93 ז–94 א).

ה

(2) שופטים עלולים לשגות באשר להתרשמות ממהימנותו של עד גם בהסקת מסקנות ממערכת עובדתית אשר בנסיבות רגילות יש לה כוח משכנע כדי להביא למסקנה פלונית, אך ייתכן שיש בצדה מערכת עובדתית אחרת אשר יש בה לשלול את אותה מסקנה או להטיל בה ספק. אשר־על־כן, מתפקידו של שופט, אשר גורל עניינם של המתדיינים לפניו נמסר להכרעתו, לבדוק ולחוור ולבדוק את עצמו. אם קיימות ראיות אשר לא ניתן לשלול את מהימנותן ויש בהן לערער את הקביעות שעליהן מושתתת מערכת הראיות המרשיעה, על השופט הדן בעניין להתייחס אליהן ולבדוק את עצמו, שמא יש בהן להצביע על האפשרות שטעה. כשאין בידו לשוללן, ואלה מערערות את המימצאים אשר במבט ראשון נמצאו מקובלים עליו, או אז עלול להתעורר אותו ספק סביר, אשר די בו כדי להביא לזיכויו של הנאשם (94 א–ג).

ו

ז

יג. (דעת מיעוט – השופט ת' אור): (1) בית המשפט לא שלל את גירסת הנאשם האחר במשטרה כגירסת אמת. ואם כך, די בהוכחת קיומה של גירסה אפשרית סבירה השוללת את נכונות גירסת אשמתו של המערער, כדי שיתקיים ספק סביר באשמתו (95 ג–ד).

(2) לעתים עומדות שתי מערכות עובדתיות, אשר לכאורה ניתן לסמוך על כל אחת מהן, אך אין אפשרות לקבל את שתיהן כנכונות, על־פי מידת הוודאות הנדרשת במשפט פלילי.

nevo.co.il

עובדה היא שבפרשה דנן מצא בית־משפט בהרכב אחד שיש לקבל כמהימנה גירסת התוודות של עד, ואילו בית־משפט בהרכב אחר לא היה מוכן להגיע למסקנה בדבר מהימנות הגירסה על־פי עיקרן של אותן ראיות. המקרה נותר בעיניי בגדר תעלומה. אין לנקות פוזיטיבית את המערער משותפות כלשהי בעבירות שיוחסו לו, אך באותה מידה נותר ספק בדבר אשמתו (96 ד–ה).

א

פסקי־דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

ב

[1] **ע"א 373/54** אהרונסט ואח' נ' נוימן (וישומירסקי), **פ"ד י 1121.**

[2] **ע"א 79/72** האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' פולק ואח' **וערעור שכנגד, פ"ד כז (1) 768.**

[3] **ע"פ 401/72** ויטפילד ואח' נ' מדינת ישראל, **פ"ד כח (1) 813.**

[4] **ע"פ 546/79** טולטן נ' מדינת ישראל; **פ"ד לד (2) 713.**

[5] **ע"פ 232/55** היועץ המשפטי נ' גרינוולד, **פ"ד יב 2017.**

ג

[6] **ע"פ 347/88** דמיאניוק נ' מדינת ישראל, **פ"ד מז (4) 221.**

[7] **בג"צ 152/82** אלון נ' ממשלת ישראל, **פ"ד לו (4) 449.**

[8] **ע"פ 46/63** זבלודובסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, **פ"ד יז 1061.**

[9] **המ' 217/75** מלקי נ' מדינת ישראל, **פ"ד ל (1) 493.**

[10] **ע"פ 595/79** אלקורד נ' מדינת ישראל, **פ"ד לד (3) 35.**

ד

[11] **ע"פ 566/89, 601** מרציאנו ואח' נ' מדינת ישראל, **פ"ד מו (4) 539.**

[12] **ע"א 158/53** טננהולץ ואח' נ' פופלוביץ; פופלוביץ נ' טננהולץ ואח', **פ"ד ח 1570.**

[13] **ע"פ 20/51** פודמסקי נ' היועץ המשפטי, **פ"ד ה 1187.**

[14] **ע"פ 543/79, 662, 641** נגר ואח' נ' מדינת ישראל, **פ"ד לה (1) 113.**

[15] **ע"פ 224/88** איזראלוב נ' מדינת ישראל, **פ"ד מו (2) 661.**

ה

[16] **ע"פ 493/82** חמו נ' מדינת ישראל, **פ"ד מ (1) 645.**

[17] **ע"פ 334/86** סבאח נ' מדינת ישראל, **פ"ד מד (3) 857.**

[18] **ע"פ 845/77, 868** שרף ואח' נ' מדינת ישראל, **פ"ד לג (3) 432.**

[19] **ע"פ 260/78** סלימאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, **פ"ד לג (2) 204.**

[20] **ע"פ 361/78** קבועה נ' מדינת ישראל, **פ"ד לג (1) 123.**

ו

[21] **ע"א 2275/90** לימה חברה ישראלית לתעשיות כימיות בע"מ באמצעות בנין דור בע"מ נ' רוזנברג ואח', **פ"ד מז (2) 605.**

[22] **ע"פ 4392/91** חוואג'ה נ' מדינת ישראל, **פ"ד מט (2) 45.**

[23] **ע"פ 470/85** בן גל ואח' נ' מדינת ישראל, **פ"ד מג (3) 133.**

[24] **ע"פ 524/77, 584, 653, 701** מזרחי ואח' נ' מדינת ישראל, **פ"ד לב (2) 682.**

ז

[25] **ע"פ 351/80** חולי נ' מדינת ישראל, **פ"ד לה (3) 477.**

פסקי־דין אנגליים שאוזכרו:

[26] R. v. *Stafford and Luvaglio* (1968) 53 Cr. App. Rep. 1.

nevo.co.il

[27] *R. v. Onufrejczuk* [1955] 1 All E. R. 247 (C. A.).

[28] *R. v. Armstrong* (1922) - cited in W. Wills, *Principles of Circumstantial Evidence* (London, 7th ed., 1936) 42.

[29] *R. v. Podmore* (1930) - cited in Wills, *ibid.*, at 43.

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

[א] רמב"ם, ספר המצוות (הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים, תש"ן) לא תעשה, רצ.

[ב] בראשית, יח, כג, כה; כג–לג.

[ג] בראשית, יט, כד–כה.

ערעור על פסק־דינו של בית המשפט המחוזי בתל־אביב־יפו (הנשיא א' וינוגרד והשופטות ו' אלשיך, ד' ברלינר) מיום 7.11.94 בתפ"ח 284/92. הערעור נדחה ברוב דעות נגד דעתו החולקת של השופט ת' אור.

א' בן נון – בשם המערער;
י' ליבוביץ, מנהלת המחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה – בשם המשיבה.

פ ס ק־ד י ן

השופט א' גולדברג: 1. ערעור זה יוצא דופן וחסר תקדים בנסיבותיו. חיזיון נפוץ הוא כי שניים מורשעים ברצח אחד, בין בהליך אחד ובין בשני הליכים נפרדים. אולם לא מצאנו כי כל אחת מן ההרשעות מבוססת על מסכת ראייתית אשר לא רק שהיא שונה מן האחרת, אלא שאין שתי המסכתות מתיישבות זו עם זו, ואין כל ראיה כי שני הנאשמים קשורים זה לזה או אף מכירים זה את זה.

2. ביום 14.7.91 נרצח בביתו שבפתח־תקווה ישראל דז'לושיצקי (להלן – המנוח), חלפן כספים בעיסוקו, במהלך ניסיון לשדוד אותו. גופת המנוח נתגלתה, מוטלת על גבה בסלון, סמוך לדלת הכניסה לדירה. נמצאו עליה דקירות סכין בבטן, בבית החזה ועל הלחי השמאלית. על כף ידו הימנית של המנוח נמצאו "פצעי הגנה", כתוצאה מניסיונו להוציא את הסכין מיד התוקף. מגבת (של המנוח) הייתה תחובה בפיו, ועל צווארו נמצאו סימני חניקה. סמוך לגופה נמצאו סימני מאבק.

כתמי דם נמצאו כמעט בכל חלקי הדירה, ובכלל זה על מפת שולחן האוכל שבמטבח ועל סדין שהיה פרוש על המיטה שבחדר השינה. על מפת השולחן שעמד סמוך למקום הימצא הגופה, נמצאו טיפות דם שצורתן מעידה עליהן כי טופטפו מלמעלה. לא נמצאו כתמי דם על המדרגות או במקום אחר מהוץ לדלת הכניסה.

בחיפוש שעשתה המשטרה בדירה נמצאה סכין (ת/1) שהוחבאה על הקרש שמתחת למזרן המיטה שבחדר השינה. סכין זו, שקצה היה שבור, נרחצה טרם שהוטמנה במקום שבו נמצאה, אולם ליד ידית האחיזה עדיין נשאר מעט דם. הוכח כי הסכין לא הייתה של

המנוח, ועל־פי הראיות (בכלל זה התאמת הסכין לצורת פציעתו של המנוח) הגיע בית המשפט קמא "למסקנה כמעט חד משמעית כי הסכין ת/1 היא אכן כלי הרצח".

א לא נתגלו סימנים של פריצה לדירה, ודלת הכניסה לא נמצאה נעולה. המנוח היה חשדן ולא נהג לפתוח את דלת ביתו, שאותה היה נועל ומברית בבריח, אלא למי שהכירו, לאחר שווידא דרך עינית שבדלת מיהו שמבקש להיכנס. מכאן עולה המסקנה כי המנוח הכיר את רוצחו והכניסו לביתו.

ב 3. למשטרה לא היה קצה חוט שיוביל לחשוד ברצח, עד שקיבלה ביום 14.8.91 ידיעה ממטלפן אנונימי כי ביום הרצח נראה רכבו של אחד, תגי יוסף (להלן – חגי), שמספרו 4761185 מסוג אופל אסקונה כחולה, חונה "ליד ביתו של הנרצח", וכי חגי הוא "חבר טוב מאוד מאוד של חלפן הכספים של מוסטפא סרסור מכפר קאסם". למחרת היום, 15.8.91, חזר המטלפן האנונימי והודיע למשטרה כי יש קשר הדוק בין חגי ומוסטפא, מאז ששניהם היו יחד בבית הסוהר. כן מסר כי –

ג

> "ביום הרצח הגה רכב מסוג אופל אסקונה כחול מס' 4761185 השייך לבחור בשם חגי יוסף מאריאל וחגי חבר טוב של מוסטפא סרסור מכפר קאסם הבחור שנעצר על־ידי הצח"מ ושהיה חברו של הנרצח. הרכב אופל ביום הרצח חנה ממול ביתו מול מעבדת האלקטרוניקה".

ד

חגי ומוסטפא סרסור (להלן – סרסור) נעצרו ונחקרו. נתברר למשטרה מדברי חגי כי אדם בשם מרדכי (מוטי) בן עזרא (להלן – בן עזרא), קנה בעבורו מזגן המותקן במכוניתו. או אז הוזמן בן עזרא לחקירה ביום 25.8.91. בשלב זה לא נחשד בן עזרא כמי שקשור לרצח.

ה ביום 1.9.91 התקשר המטלפן האנונימי בשלישית למשטרה, והפעם הודיע כי המידע שמסר עד כה אינו נכון. ביום 2.9.91 הוזמן בן עזרא שוב לחקירה, והפעם כחשוד בכך שנטל חלק בשוד וברצח. במהלך חקירתו ביקש לשוחח עם עורך־דין ועם קצין משטרה בכיר. הוא הובל למפקד תחנת המשטרה בפתח־תקווה, ולו גילה כי הוא המטלפן האנונימי. אשר למטרת השיחה אמר בן עזרא:

ו

> "יש לי כמה נתונים מסויימים, אני אמרתי להם את זה עשרים אלף פעם שאני נקי כפיים, אני רציתי לתת עזרה לגוף שלכם על מנת לפתור את התעלומה...".

ז בסופו של יום שוחרר בן עזרא, ונתבקש לשוב לתחנת המשטרה ביום המחרת. משהתייצב בן עזרא ביום 3.9.91 במשטרה ונחקר, הוא הכחיש כל קשר לרצח אך הוסיף כי ישב לפני כחודשיים בבית־קפה עם חגי וסרסור, והאחרון אמר: "חגי יהיה בסדר עוד שבוע נעשה את זה". הוא שמע תמיד את סרסור מדבר על "מכה" של 100–200 אלף דולר, ומכל אלה הוא משער כי השניים ביצעו את השוד והרצח. באותו יום נעצר בן עזרא.

nevo.co.il

4. במהלך חודש ספטמבר מסר בן עזרא גירסאות שונות באשר לחלקו ולחלקם של חגי וסרסור ברצה. למדובב שהוכנס לתאו סיפר כי נודע לו על תכנון השוד כשבוע לפני ביצועו. סרסור תכנן את הרצה. הוא שמע את חגי וסרסור מתכננים את השוד, אולם לו עצמו לא היה חלק בפרשה. א

ביום 4.9.91 כתב בן עזרא אמרה בנוכחות השוטר משה הראל. באמרה כתב כי לא סיפר עד כה את הידוע לו עקב חששו לחיי ילדיו ומשפחתו, מפניהם של חגי וסרסור, וכי הוא מוכן למסור למשטרה את כל הפרטים שעדיין לא מסר. כן מסר כי ביום 11.7.91 פגש בחגי ובסרסור, והאחרון הציע לו לשמש נהג לביצוע השוד, תמורת 30 אחוז מהשלל, אולם הוא סירב להצעה. אחרי הרצח פנה אליו סרסור ואמר ש"כדאי שלא אשוחח על השוד והרצח עם אף אחד ושהוא ידאג לי ל־5,000 דולר, מכיוון שאני יודע על הכל, ואז היתה לי ההוכחה כי הם ביצעו זאת". ב

ב־9.9.91 נחקר בן עזרא והכחיש את טענת החוקר שהוטחה בפניו, כי הוא לא חשף את כל האמת. כן סיפר כי לאחר הרצח שמע מסרסור כי מהדירה נלקחו מטבעות זהב וכסף. הוא (בן עזרא) חקר גם את חגי בעניין, וזה אמר לו כי סרסור "מסר את המטבעות למישהו שמתעסק ומתמחה בזהב". לשאלת החוקר כיצד ידע למסור בהודעתו האנונימית כי מכוניתו של חגי חנתה "מתחת לבית" של המנוח, השיב בן עזרא כי מסר שמכוניתו של חגי חנתה "ברחוב של החלפן". ג ד

ביום 12.9.91 שוחח בן עזרא עם רפ"ק ויקטור בן־לולו, ואמר כי יש לו מה להוסיף על מעורבותו בפרשה, ו"האמת היא שאני לא עשיתי את הפשע אני הייתי נהג". בהמשך סיפר כי שימש נהג במכונית שבה נסעו חגי וסרסור. האחרון טלפן מטלפון ציבורי לביתו של המנוח, ואחרי כן נסעו וחנו מול משרד של חברה להשכרת רכב, הנמצא ברחוב בו גר המנוח. השניים עלו לדירה בשעה 20:00 בערך ושבו כעבור כ־10 דקות. הם היו מבוהלים, וידו של חגי הייתה מגואלת בדם. מכך הבין שחגי הרג את קרבן השוד. בידי השניים היו שקית ותיק נשיאה. לאחר מכן הסיע את המכונית לתחנה המרכזית, שם ירד, וחגי המשיך לנהוג במכונית. ה

ביום 13.9.91 כתב בן עזרא מכתב המופנה לעורך־דין שייצג אותו. במכתב כתב כי חגי וסרסור שידלו אותו לפגוע באדם שחייב להם כסף. הוא השלה אותם שהוא מסכים אבל ניתק מגע עמם. חגי לא הרפה ממנו אבל הוא דחה אותו. עקב כך החל חגי להפיץ דברי רכילות ואף הציע הצעה מגונה לאשתו. על רקע זה החליט כי באחד הימים ינקום בחגי. הטעם להודעות האנונימיות שמסר למשטרה היה רצונו לנקום בחגי ובסרסור, והוא אינו מכיר "שום חלפן ולא ישראל ולא אף אחד". עוד כתב במכתב: ו ז

> "אני מקווה שמכתב זה יגיע לעו"ד טוב ובעל אמביציה ושיידע להוציא את האמת לאור למרות שאין צדק. ואני רוצה להוסיף כי אני חושב על כמה דברים, למשל חשבתי להתאבד... חשבתי אפילו לברוח לחוקרים".

nevo.co.il

בימים 27 ו־29 בחודש ספטמבר הוסע בן עזרא לבדיקת פוליגרף, והשיחות שהתקיימו בינו לבין השוטרים שליוו אותו הוקלטו. בין יתר הדברים אמר:

א "אני רוצה שלא תפגישו אותי עם קצינים ולא רוצה בלגן. אני רוצה דבר פשוט ואני רוצה עכשיו להגיד לכם דבר מאד מאד חשוב, שלושת רבעי ממה שאמרתי זה שווה לים".

כן אמר כי הפעם יספר את כל האמת. סיפורו היה כי במעשה העבירה השתתף אדם ב רביעי שאינו יכול לומר את שמו. אבל הוא יודע כמה כסף לקחו, איזה סוג כסף, כמה כסף וכמה זהב, וכי מדובר בהרבה כסף. שוב חזר על גירסתו כי היה נהג, וכי חגי וסרסור עשו את הפשע ויש להחזיק אותם במעצר "אבל יש עוד מישהו שהוא מסתובב חופשי". הוא אמור היה לקבל כסף ולפתוח בו מפעל לבשר. הוא פנה לסרסור לקבל את הכסף כי היה שותף שלהם, אך סרסור הציע לו 1,500 ש"ח. על כך הגיב בצורה בוטה וטלפן אחר כך למשטרה. עוד הוסיף ופירט כי הרצח בוצע במוצאי שבת 13.7.91 בשעה 8:30 בערב, וכי ג המבצעים החליטו לעשות שימוש בכסף השוד רק לאחר שלושה חודשים. הוא ידע שהחלפן מת, כי ראה סימני דם כשחגי וסרסור חזרו אליו. היה ברור לו גם כי השניים שטפו את ידיהם בביתו של המנוח, כיוון שרטנו ש"לזקן הזה אין שמפו". עוד סיפר בן עזרא כי למחרת יום הרצח הלך לביתו של חגי וראה שזה הסיר את כיסוי הריפוד של מושבי ד המכונית ושטף אותם.

ביום 29.9.91 מסר בן עזרא כי שמו של השותף הרביעי לשוד, הוא סאלח מכפר קאסם. לדבריו נטל חלק בספירת כספי השוד, ודבר זה נעשה במכונית.

ביום 1.10.91 כתב בן עזרא אמרה בנוכחות אחיו. באמרה זו סיפר כי פגש בחגי ה ובסרסור, והאחרון אמר שהם מתכננים לשדוד אדם "כבד", מבוגר שפותח את דלת ביתו רק למי שהוא מכיר. הוא הבין שהקורבן מכיר את חגי ואת סרסור, וביקש לדעת כיצד הם לא חוששים שיזהה אותם. על כך השיבו לו שאל לו להיכנס לפרטים, והוא הבין כי יש שותף רביעי למעשה המתוכנן. בן עזרא הוסיף כי היסס בתחילה להצטרף לקשר, אך חגי האין בו ולא הרפה ממנו, בטענה שמדובר בעשרות אלפי שקלים. לבסוף נתרצה והסכים, ו ונקבע יום הביצוע. באותו יום אספו אותו חגי וסרסור. הראשון הביא את נשקו, וסרסור הביא תיק שבתוכו שקית ומגבת. את הרכב החנה ברחוב חד־סטרי לפי הוראות סרסור. כעבור כמה דקות ראה אדם רץ כשהוא מחזיק בשקית צמודה לחזהו. איש זה נכנס למכונית מסוג "סובארו" משנת 1983 והסתלק בנהיגה פראית. הוא הבין כי זה השותף הרביעי, ואף זיהה אותו. אחרי 4–5 דקות הופיעו חגי וסרסור; ידו של חגי הייתה מגואלת בדם, והוא שיפשף אותה על ריפוד הכיסא הקדמי. הם נסעו לפארק, שם פתח סרסור את ז תיקו, והוא (בן עזרא) ראה שטרות רבים של כסף, מטבעות זהב ותכשיטים שונים. בין היתר היה שם תליון מרובע שעליו היה חרוט השם "עליזה". הוא מנה את הדולרים, ומצא כי יש 27,000 דולר. מוסטפה ספר 160,000 ש"ח. נקבע כי חלקו שלו יהיה 45,000 ש"ח, אך הכסף יחולק לאחר 90 יום. למחרת ראה את חגי מחליף את כיסוי המושב הקדמי

nevo.co.il

ברכבו. חגי אמר לו שהוא עומד להחליף את הריפוד כולו. השלושה נפגשו בבית־קפה. סרסור מסר לו 500 דולר, והבטיח למסור לו את כל חלקו בשלל לאחר מספר ימים. לאחר יומיים אמר סרסור כי בינתיים אין אפשרות לחלק את הכסף, וחגי איים עליו שאם יפתח את פיו – יבולע לו. לפיכך החליט להתקשר למשטרה ולמסור פרטים על מעשה העבירה.

א

לאחר שכתב את אימרתו נשאל בן עזרא שאלות על־ידי החוקר. בין היתר נשאל:

ב

"למה עד היום לא סיפרת למשטרה את מה שרשמת היום בכתב ידך ולעתים מסרת דברים שיקריים כגון: ביגוד ונעליים של מוסטפא ותגי יוסף, שהתכנון היה במסעדת חירק, שמוסטפא טילפן מטלפון ציבורי ליד העיריה בפ"ת, הסתרת שהיה אדם רביעי בשם סאלח ודברים שונים נוספים ששונים מהדברים שרשמת היום".

על שאלה זו השיב:

ג

"המעורבות שלי בשוד החלפן ישראל מפ"ת שבסופו של דבר נגרר לרצח היא קטנה יחסית לעומת האחרים אני ניסיתי לטשטש עיקבות ולא דייקתי בפרטים... פחדתי להגיד את כל האמת מכיוון שידעתי שיש לי עסק עם אנשים מסוכנים כחגי ומוסטפא שהעבירו אלי איומים בגדול...".

ד

ביום 8.10.91 חלה תפנית בעמדת בן עזרא, והוא העלה את הטענה שיש לו אליבי כי ביום הרצח היה בבאר־שבע. עוד אמר כי "כל מה שאני אמרתי עד היום זה שקר", אבל אישר שידע פרטים על תכנון הרצח.

ביום 9.10.91 כתב בן עזרא לעו"ד כרמלה חנוך כי ביקש לנקום בחגי ובסרסור שהרעו לו. הוא פגש בהם באחד הימים ושמע מפיהם כי נרצח "איזה חלפן מסכן שהם מכירים אותו". בעקבות כך התקשר למשטרה ומסר את פרטי הרכב של אחד מהם.

ה

5. נגד בן עזרא הוגש כתב־אישום בתפ"ח 517/91, ובו הואשם ברצח, בקשירת קשר לבצע שוד ורצח ובשוד בנסיבות מחמירות. נגד חגי וסרסור הוגש כתב־אישום נפרד (תפ"ח 505/91).

ו

6. גירסת ההגנה במשפטו של בן עזרא הייתה (כמובא בהכרעת הדין בעניינו, מפי השופט א' א' לוי):

ז

"שמדובר באדם חלש הלוקה במידת־מה בנפשו, במובן זה שהוא ממלא את עולמו בהזיות ובאילתורים פרי־דמיון, וכך נהג בחקירתו ואף במהלך המשפט. הנאשם החל את הפרשה ממניע של נקמה בחגי יוסף, ולכך היו לו סיבות רבות, אך בהמשך נגרר אחר יצרו ותעתועי דמיונו, עד שאילתר – סיפור בדים, שעליו הוסיף עוד ועוד נדבכים, כי הוא נרדף על ידי תחושה שהוא צריך לקנות את אמונם של חוקריו, ובתקווה שבדרך זו ישיג את חרותו.

nevo.co.il

ההגנה תמכה את טענותיה, בין היתר, בחוות־דעתו של פסיכולוג, מר יוסף מאירסון...

א העד מצא שהנאשם בעל דמיון פורה מאוד, וזכרון מפותח לטווח ארוך. מבחינת האספקט התיפקודי קבע העד כי 'במצבי לחץ וחוסר ודאות הוא מאבד את תחושת מציאות ויכולת השיפוט שלו מתרופפת...'.

ב ...העד מצא עוד כי חלה אצל הנאשם ירידה חריפה בתיפקודו במצבי לחץ, ויש לו גם 'נטיה לפעולות של הרס עצמי'... 'מדובר באדם בעל מופרעות נפשית קשה, אשר החריפה בשנתיים האחרונות... במצבי לחץ יכולתו להבחין בין עיקר ותפל, יכולת השיפוט ההברתית שלו ותפיסת המציאות נפגעים קשות. במצבים אלה נוטה להיעזר בדמיונו המפותח וביכולתו לתפעל אנשים בסביבתו בכדי להתגבר על קשיי התפקוד...'.

ג ...כנגד חוות דעת זו לא הייתה ראיה לסתור, ולפיכך תהיה לנגד עיני הטענה כי יתכן שנתקיימו בענייננו של הנאשם אותן סכנות שמפניהן התריע הפסיכולוג, לאמור, שחלקן של ה'עובדות' שנטענו על ידי הנאשם, ואולי כולן, הן כוזבות ופרי דמיונו".

ד 7. לאחר שבחן בית המשפט את העובדות במשפטו של בן עזרא, הגיע למסקנה כי טענתו, שפעל ממניעי נקמה בתגי, אינה עומדת במבחן הביקורת. אם כי "אין ספק שהנאשם ביקש לנקום (ההדגשה שלי – א' ג')", אך חוששני שהמניעים בשמם נקב לא היו היחידים". בית המשפט ציין כי –

ה "נאשם החשוד בעבירות כה חמורות, המשוכנע בחפותו, צריך היה להתבצר בעמדתו המתכחשת. אלא שהנאשם שלפנינו לא נהג כך, אדרבא, הוא יזם פניות רבות לחוקרים, וחלקן של השיחות הוקלט, ואין ספק ביחס לאופיין המפלילי".

ו חשיבות מיוחדת ייחס בית המשפט לאמרה שמסר בן עזרא בנוכחות אחיו, שבה חזר על הגירסה המפלילה את עצמו וגם על חלקו בפרשה. כן עמד בית המשפט על כך כי בן עזרא ידע פרטים שונים של מעשי העבירה, שחלקם היו מוכמנים, והוסיף, אחרי ניתוח הראיות, כי –

ז "הגירסה שהציג הנאשם בבית המשפט – אינה סבירה. לא זו בלבד שהקורא את אמרותיו של נאשם זה בחקירתו, למד כי מדובר במי שניהל משא ומתן כדי להשיג מחיר נאות עבור המידע שבידו, ועבור נכונותו להפליל את שותפיו, אלא שלפנינו מערכת עובדות וממצאים חלקם מזירת העבירה, שהנאשם לא יכול היה לדעת אותם, אלא אם השתתף במעשי העבירה בפועל... בחינתן של אמרות הנאשם, מכל זוית ראיה שתבחר, מסקנתן אחת – שהתוודות הנאשם בדבר מעורבותו במעשי העבירה היא התוודות אמת".

nevo.co.il

כן נקבע כי האליבי שמסר בן עזרא אף הוא אינו נכון.

8. בין יתר טענותיה טענה ההגנה במשפטו של בן עזרא כי את השוד והרצח ביצע המערער דנא (סימון בן־ארי), אשר אף הוא נעצר (ואחר כך שוחרר) בעקבות מידע שמסר חגי, המבוסס על דברים ששמע (חגי) משכנו בתא המעצר בשם אבנר כבל. על־פי מידע זה סיפר אבנר כבל כי המערער הציע לו לפרוץ לביתו של המנוח, שהוא חלפן עשיר, ואף ביקר אתו במקום. כן סיפר אבנר כבל, לפי אותו מידע, כי ביום הרצח נעזר המערער בו ובאחיו דרור, בטיפול בפציעה שנפצע (המערער) באותו יום. דרור חבש אותו בסביבות השעה 11 בבוקר, ואחרי הצהריים הזמין הוא (אבנר כבל) שכנה בשם איריס סווידמן, שהיא אחות במקצועה, לטפל בחתך בחזהו של המערער. לעניין המערער אמר בית המשפט במשפטו של בן עזרא:

> "בן־ארי הוא טכנאי שיניים, שהיתה לו מעבדה במרחק לא רב מביתו של המנוח. על גופו של בן־סימון (צ"ל: בן־ארי – א' ג') נמצאו פצעים במצחו ובחזהו, והוא טען שנפצע ביום 14.7.91, כתוצאה מהתפוצצות של סיר לחץ שבו טיפל.
>
> אלא שבהמשך החקירה שינה העד את גירסתו וטען שבבואו למעבדה, הבחין בשני אחים ממשפחת כבל, שפרצו לתוכה. במקום התפתח מאבק, שבהלכו פצעו אותו השניים. התוקפים הציעו לבן־ארי לקבל טיפול בפציעה במצחו בבית החולים, אך לא בזו שבחזהו, כי אז יבחינו הרופאים בדקירת סכין ויזעיקו את המשטרה. ואמנם, בן־ארי פעל כעצתם, ולאחר שביקר בבית החולים חזר לביתו של אבנר כבל, לשם הוזעקה אחות כדי לטפל בפציעה שבחזהו. זו האחרונה אותרה על־ידי התוקרים, ואישרה את העובדות...
>
> לחובתו של בן־ארי נזקפה עובדה נוספת, והכוונה לכך שעל חלק מהממצאים בזירת העבירה נמצא דם הזהה לדמו. אלא שעד מהרה ניטל עוקצו של ממצא זה, דהיינו, על־פי קביעתה של ד"ר מיה פרוינד, סוג הדם שנמצא בזירת העבירה הוא אמנם נדיר ביותר, ועל אף זאת, שניים נמנים על אלה הנושאים את מאפייניו – המנוח וגם סימון בן־ארי...
>
> את תעלומת החשד שדבק בסימון בן־ארי פתר לבסוף, לא אחר מאשר הנאשם... בשיחה שהוקלטה... אמר הנאשם כי בן־ארי לא היה מעורב בפרשה זו, ולשאלת החוקר כיצד שורבב שמו לפרשה, השיב הנאשם: 'הוא נכנס דרך תעתוע', ומי שאירגן את זה היו 'חגי ואבנר כבל בתוך התא'".

מכאן מסקנת בית המשפט כי אשמתו של בן עזרא הוכחה מעבר לכל ספק סביר, כמי שהיה שותף לקשר שבו נטלו חלק חגי וסרסור ושמטרתו הייתה לתקוף את המנוח ולשדוד אותו.

9. לא למותר להוסיף דברים שאמר סגן הנשיא ז' שטיינברג, שישב בראש ההרכב במשפטו של בן עזרא:

א
"ברצוני להוסיף אי־אלה הערות בקשר לאופיו ואישיותו של הנאשם כפי שהשתקפו במהלך הדיון. מעבר לעדויות שהושמעו בקשר לנאשם מפי עדים אחרים, היתה לנו האפשרות לעמוד ולתהות על קנקנו, מפיו עצמו, כאשר העיד לפנינו במשך שעות ארוכות בשתי הזדמנויות: האחת – במסגרת המשפט־זוטא הממושך בענין קבילות ההודעות שנמסרו על ידו, לרבות
ב שיחות מוקלטות שהתנהלו אתו בהזדמנויות שונות, והשניה – בעת שהוא עמד על דוכן העדים ומסר את גרסתו הסופית ונחקר עליה. בשתי ההזדמנויות האלה הובהר לנו בעליל כי עומד לפנינו אדם שקו האופי הדומיננטי שלו הוא הפכפכותו, וקו אופי זה איפיין גם את התנהגותו לאורך כל החקירה המשטרתית, מאז שהוזמן לחקירה ומסר את הודעתו הראשונה ועד להודעות
ג האחרונות שאותן מסר, זה מקרוב, תוך כדי מהלך הדיון, כאשר העלה בין היתר גירסה מוזרה בה סיבך גם את אשתו וכרך אותה בין אלה שנטלו חלק במעשה השוד והרצח...

העליות והמורדות בהתנהגותו של הנאשם וההכחשות וההתוודויות של
ד הנאשם הדשים לבקרים, במהלך החקירה וגם במהלך הדיון הטרידו אותי שמא אין בהם אלא דברי רהב מצד אחד וביטוי של הרס עצמי מצד שני, ביחוד לאור חוות־הדעת הפסיכולוגית אודות החולשות שבאופיו של הנאשם, כי פרט למוצא פיו של הנאשם לא הביאה התביעה עדות של עד עצמאי שהיה בה כדי לקשור את הנאשם קשר־בל־ינותק עם ביצוע העבירה, כאחד המשתתפים
ה והמסייעים לעבירה. גירסת התביעה נגד הנאשם בנויה, כל כולה על דברי הנאשם, זעיר פה זעיר שם, במכלול המלל הרב שבהודעותיו ושיחותיו המוקלטות, והדבר הטריד אותי שמא, אולי, בכל זאת, לא יהיה זה בטוח לבסס עליהם הרשעה בדין. ברם, ומאידך, קשה – אם לא בלתי אפשרי – ליישב ולתרץ את ה'דבר־מה' ואת 'דברי האמת' הנובעים מתוך הדיבורים
ו הנ"ל שאינם, ולא יכולים להיות, אקראיים אלא יכולים להיות אך ורק בידיעתו של אדם שהיה מעורב ומעורה בתכנון המעשה ובסיוע לביצועו. טענתו של הנאשם כאילו שמו בפיו את האמירות הנ"ל וגררו אותו להתייחס אליהן, אין בה ממש. חברי הנכבד תאר כל אחד מאותם פרטים המשתלבים זה בזה, שתי וערב, עד כי מתבקשת מאליה המסקנה המרשיעה שאליה הגיע מבחינה עובדתית ומשפטית".
ז

לפיכך הגיע בית המשפט (גם בהסכמתו של השופט ד' בר־אופיר) למסקנה כי יש להרשיע את בן עזרא בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

10. בעת שעמד בית המשפט לשמע את הכרעת הדין במשפטו של בן עזרא, ביקש

nevo.co.il

סניגורו לדחות את השימוע "ולהתיר לסניגוריה להביא ראיות נוספות מטעמו של בית המשפט", על דרך הזמנתו של המערער כעד נוסף. לדבריו, התברר כי ביום הרצח –

א "התקשר אותו חשוד סימון בן־ארי, ממעבדתו. היו שתי שיחות בבוקר הרצח... אל בית המנוח... לאור הראיות המצויות בתיק, כאשר נתון כי סימון בן־ארי, הכחיש כל הכרות עם המנוח, כאשר זה מתוסף לראיות שהובאו בפני בית המשפט בדבר סוג הדם הנדיר שיש לסימון בן־ארי ונמצא בזירת הרצח, מלמד לדעת הסניגוריה, כי ניתן להגיע למסקנה אחת, שנחזית כוודאית והיא
ב כי הסניגוריה למעשה פתרה ופענחה את תיק הרצח הזה. ובכך, נשמט למעשה הבסיס תחת כתב האישום, ודינו של הנאשם לזיכוי".

התובע התנגד לבקשה מן הטעם כי אין בבקשה שום דבר חדש. לטענתו, במהלך הדיון ביקש בא־כוחו של בן עזרא –

ג "להביא ראיות פעם אחר פעם... לכך כי מעשה הרצח של המנוח נעשה על ידי סימון בן־ארי. כבוד בית המשפט דהה שוב ושוב את בקשותיו של הסניגור... הסניגור טען כי שיחות הטלפון נעשו מבית סימון בן־ארי לבית המנוח, מהראיות עולה כי השיחות נעשו מביתו של אברהם פנדון, ההגנה 25 פתח תקווה, ובאותו בית היתה מצויה בזמנו מעבדת השיניים של סימון
ד בן־ארי. לא הוכח כי סימון בן־ארי, ביצע השיחות האלה... אין בראיות אלה לומר כי מוסטפה וחגי לא ביצעו הרצח, אלא שאולי סימון בן־ארי היה גם כן במקום האירוע... כך שמעורבותו של סימון בן־ארי, לענין שיחות הטלפון או בכלל, אינה מעלה ואינה מורידה לא לגבי מוסטפה וחגי, ובוודאי שלא לגבי הנאשם".

ה בהחלטתו דחה בית המשפט את בקשת סניגורו של בן עזרא, בנימוק כי –

"שאלת מעורבותו של סימון בן־ארי, כמי שמעורב במעשה הרצח הנדון, כבר הועלתה בשלב קודם של הדיון, וגם נתנו דעתנו לכך והבהרנו עמדתנו בנידון. העובדה הספציפית הנוספת, שאותה מבקש הסניגור להביא בפנינו,
ו היא עובדה שעל המותב האחר של בית המשפט לענות בה ולהתייחס אליה. לגבי דידנו עובדה זו אינה נחוצה לצורך הכרעת־הדין ועל כן לא נביע לגביה דיעה, לכאן או לכאן".

לאחר שימוע הכרעת הדין (ביום 30.4.92) נגזר על בן עזרא עונש של מאסר עולם.

ז 11. התפתחות שחלה בחקירת הרצח וראיות חדשות שהתגלו אחרי שהסתיים משפטו של בן עזרא (שיפורטו להלן), הביאו להגשת כתב־אישום נגד המערער דנן ביום 28.6.92. בכתב האישום הואשם המערער ברצח המנוח ובשוד בנסיבות מחמירות. עם הגשת כתב האישום נגד המערער הודיעה המדינה לבית־משפט זה על ההתפתחות האמורה, ובהסכמתה

nevo.co.il

שוחרר בן עזרא בערבות עד שתגובש עמדת התביעה בערעורו של בן עזרא על הרשעתו (ע"פ 3044/92).

א נוכח ההתפתחות שחלה מאז הסתיים משפטו של בן עזרא, גם עיכב היועץ המשפטי לממשלה את ההליכים במשפטם של חגי וסרסור (לאחר שנסתיימו ראיות התביעה).

12. ביום 27.6.93 הורשע המערער ברצח המנוח, וביום 11.10.93 הגישה פרקליטות המדינה לבית־משפט זה בערעורו של בן עזרא הודעה בכתב, ובה נאמר בין היתר:

ב "בהתחשב בעובדה שהרשעתו של המערער (בן עזרא – א' ג') מבוססת בעיקרה על הודייתו, ולעומתה עומדת הרשעתו של סימון בן־ארי על יסודות מוצקים של ראיות חיצוניות ואובייקטיביות, ובהעדר ראיות לקשר בין סימון בן־ארי למערער, הגיעה המשיבה למסקנה כי יהיה זה נכון להסכים לערעורו של המערער ולזיכויו מהעבירה בה הורשע".

ג בו ביום נתן בית־משפט זה פסק־דין בערעורו של בן עזרא, לאמור:

"לאור הודעת הפרקליטות, נספח 'א' על נימוקיה אנו מקבלים את הערעור מבטלים את ההרשעה וגזר הדין ומזכים את המערער".

ד 13. כאמור, חשף בא־כוחו של בן עזרא, טרם שניתנה הכרעת הדין במשפטו, את העובדה (שלא הייתה ידועה למשטרה) כי ממעבדת השיניים של המערער נתקיימו בבוקר יום הרצח שתי שיחות אל בית המנוח, ולפיכך מינתה המשטרה צוות חקירה חדש (על השניים שקדמו לו) שיחקור בפרשה. בחקירה נתברר כי שיחות כאלה אכן נתקיימו. כן נשלחו לאחר הרשעת בן עזרא מספר כתמי דם שנמצאו בזירת הפשע לבדיקת DNA. ה הכתמים, שבהם הייתה כמות מספקת של דם לבדיקה, נמצאו על מפת השולחן במטבח ועל הסדין שהיה פרוש על המיטה שמתחת למזרן שלה נמצאה הסכין ת/1. על־פי תוצאות הבדיקה היה הדם בכתמים אלה דמו של המערער.

כמו כן נחקרה על־ידי צוות החקירה מירה בן־ארי, אשתו של המערער, ולדבריה אכן ו נעלמה מביתם סכין לחיתוך בשר, והמערער אמר לה כי תיקן בסכין זאת את האופניים של בתם, ומשנשברה הסכין זרק אותה. במסדר זיהוי סכינים שנערך לה הצביעה גב' בן־ארי על הסכין ת/1, תוך שהיא מוסיפה דברים שיש בהם להצביע על כך כי הזיהוי אינו מוחלט.

ז 14. בבואו לנתח את הראיות שהובאו במשפטו של המערער ציין בית המשפט קמא כי התרשם מעדותה של העדה מירה בן־ארי שהיא כנה ואמיתית, וכי באמת ובתמים היא היססה בעת "מסדר הסכינים", כשהצביעה על הסכין ת/1 כסכין שנעלמה. היסוס זה נתמך גם באימרותיה ובעדותה, ו"על כן, יש להתייחס לזיהוי הסכין על ידיה, בזהירות". בסיכום, אמר בית המשפט כי –

nevo.co.il

"בשל אותם ביטויים של חוסר ודאות, לא נוכל לומר ששוכנענו מעבר לספק סביר כי הסכין ת/1 היא הסכין שנעלמה מבית הנאשם, זאת מחד גיסא. מאידך גיסא, נראה לנו שזיהויה המסוייג של העדה, חרף הפגמים שנמנו בו הוא בעל משקל מסויים ויש לו חשיבות במערכת הראיות הכוללת".

א

15. בין יתר העדויות נשמעה עדותו של אבנר כבל. לגבי עד זה קבע בית המשפט קמא כי הוא מקבל את עדותו ללא היסוס, על־אף היותו עבריין ומשתמש בסמים. מעדות העד עלה כי המערער פנה אליו יומיים–שלושה לפני הרצח והציע לו לפרוץ לדירתו של חלפן בפתח־תקווה שבשמו נקב, אשר גר, לדבריו, בדירה לבדו, וברוב שעות היום הוא נמצא מחוץ לביתו. המערער הראה לו את דירת החלפן, והסביר כי ניתן להיכנס אליה תוך טיפוס על עץ שגדל לידה. העד סירב להצעת המערער, שנראתה לו קשה לביצוע ומסוכנת. הדירה שהמערער הציע לעד לפרוץ אליה היא דירתו של המנוח. אחרי כמה ימים הופיע המערער בביתו של העד כשהוא פצוע ועינו נפוחה, וביקש ממנו לסייע לו להשיג טיפול רפואי. זאת כיוון שהמערער ידע שלעד ידידה, אחות במקצועה, המתגוררת באותו בית. ואכן ביקש העד מאותה אחות, איריס סווידמן שמה, לבוא לדירתו ולטפל במערער.

ב

ג

16. האחות, איריס סווידמן, אישרה בעדותה את דבריו של אבנר כבל כי הוזמנה לדירתו ופגשה שם את המערער. כיוון שהמערער היה חבוש בראשו בחבישה מקצועית, תמהה העדה לשם מה נקראה. עד מהרה נתברר לה כי המערער פצוע גם בחזהו, כשזה פשט את חולצתו. על החזה ראתה חבישה בנייר טואלט מודבק בסרטי הדבקה, וכשהסירה את החבישה ראתה חתך רציני "לא אסטטי", "ושכבה מהחזה כבר יצאה בחוץ". הפצע היה בן מספר שעות ולא דימם עוד. היא אמרה למערער כי אינה יכולה לטפל בחתך כזה, המצריך טיפול כירורגי של תפירת החתך בבית־חולים. כל שבידה לעשות הוא לתת לו משחה אנטיביוטית, והיא אכן הביאה לו משחות מביתה.

ד

ה

17. אין חולק כי המערער פנה לבית־חולים טרם שהגיע לדירתו של אבנר כבל, וקיבל טיפול בחתכים שהיו לו ביד ובראש. את החתך בחזה לא הראה אז בבית החולים, וגם לאחר ששמע את דבריה של איריס סווידמן לא פנה לבית־חולים לקבל טיפול בחתך זה.

18. אשר לגירסותיו של המערער במשטרה, התברר כי המערער נעצר לראשונה ביום 23.12.91, לאחר שאבנר כבל סיפר בבית הסוהר את סיפורו לחגי. בחקירה זו (ת/13) הכחיש המערער כי הכיר את המנוח, וכן הכחיש כי הוא מכיר את האחים כבל. את פציעתו הסביר בכך שסיר לחץ התפוצץ במעבדה שלו, והוא קיבל טיפול רפואי בפציעות רק בבית־חולים. הוא לא טופל בבית ואינו מכיר אחות בשם איריס סווידמן. הצלקות בחזה הן מניתוח ישן.

ו

19. ביום 29.12.91 מסר המערער אמרה (ת/14), שאותה פתח בכך כי החליט לספר "את כל האמת". ומהי "כל האמת"? הוא נפצע על־ידי האחים כבל בעת שאלה התפרצו למעבדה שלו. הם ביקשו ממנו שלא להתלונן במשטרה, ולכן לא גילה בבית החולים כי נדקר בחזה. בדקירה זו טיפלה האחות איריס בביתו של כבל. הוא החליט לספר את האמת, לאחר שהבין שהאחים כבל העלילו עליו שהוא קשור לרצח.

ז

nevo.co.il

א 20. המערער נותר במעצר 17 ימים ושוחרר. הוא נעצר שנית ביום 21.5.92 (לאחר שנמצא מתחבא מתחת למיטה בביתו) ומסר אמרה נוספת (ת/16). באמרה זו חזר על גירסתו כי נפצע במעבדה בידי האחים כבל. הוא הכחיש כי טלפן למנוח, וטען כי לא ייתכן שדמו נמצא בדירת המנוח. בשלב זה הוכנס לתאו של המערער מדובב, והשניים שוחחו משך מספר ימים על אודות הרצח ועל חשדה של המשטרה כלפי המערער כי הוא הרוצח. השיחות הוקלטו ותמלילהן הוגשו לבית המשפט.

ב 21. ביום 25.5.92 מסר המערער אמרה (ת/19), שחלקים ממנה עלו בשיחותיו עם המדובב. באמרה זו הודה המערער כי הכיר את המנוח, הוא טיפל בשיניו התותבות, והתפתחו ביניהם יחסים קרובים. המנוח הלווה לו מדי פעם כספים. ביום שישי, 12.7.91, התקשר מביתו למנוח כדי לקבל ממנו הלוואה. סוכם ביניהם כי הוא יתקשר למנוח ביום ראשון שאחרי כן (14.7.91). ביום הרצח התקשר למנוח פעמיים מהמעבדה ואחר כך הגיע לביתו בשעה רבע לשמונה בבוקר. הוא צלצל בפעמון. המנוח, כמנהגו, הסתכל בעינית שבדלת ופתח לו את הדלת. כשנכנס הזמין אותו המנוח לשבת במטבח. המנוח הציע לו את ההלוואה בדולרים, הוציא מכיסו את הכסף ונתן לו. הוא התכונן אז ללכת, אבל נעתר לבקשת המנוח להישאר אצלו עוד כמה דקות. הם ישבו ושוחחו. לאחר 5–10 דקות שמע צלצול בדלת. המנוח ניגש לפתוח את הדלת, בעוד הוא נשאר במטבח. המנוח פתח את הדלת, תוך שהוא אומר: "אה, זה אתה בוא כנס". לאחר דקה וחצי–שתיים שמע "שקורה בפינת אוכל האבקות". הוא שמע כיסא נופל, ואת המנוח מנסה לצעוק. הוא (המערער) הבין "שזה שוד ומנסים לשדוד את ישראל" (המנוח), אבל לא ידע כמה אנשים נכנסו. הוא המשיך להישאר במטבח 3–5 דקות, ושקל מה לעשות. לבסוף החליט לצאת, כי משום מה חשב שמדובר באדם אחד שבא לשדוד. את שראה, לדבריו, כשיצא מהמטבח לכיוון פינת האוכל ואת שאירע אחר כך, תיאר כך:

ג

ד

ה

> "ישראל שוכב על הרצפה על גבו עם הראש לכוון הדלת. דלת כניסה הסגורה אבל לא נעולה, ובן אדם בצורת רכיבה יושב עליו ודוחף לו מין סמרטוט לתוך הפה אבל ישראל עוד היה בתנועות ידיים ומנסה להציל את חייו. ופתאום מתוך חדרי השינה הפנימיים לפתע יצא אדם נוסף עם סכין ביד ושנינו היינו מופתעים שראינו אחד את השני. הוא היה כל כך קרוב אלי שממגע ראשון אותו בחור הביא לי מכה עם הסכין שהיתה לו ביד מעל העין השמאלית שלי. אני ניסיתי להתגונן ותפסתי אותו בכתף השמאלית ובאותו רגע קיבלתי מכה נוספת בחזה עם הסכין...
>
> ולמזלי הרב הצלחתי לתפוס בלהב של הסכין ויד ימין שלי עדיין היתה אוחזת בכתף שלו ואז הצלחתי להדוף אותו אחורנית. הושטתי יד לכוון הדלת הכניסה שלא היתה נעולה והצלחתי להימלט מהמקום".

ו

ז

בהמשך האמרה מספר המערער כי לא יצא מחוץ ביתו של המנוח, אלא דרך החצר האחורית, ומשם הגיע למעבדה שלו. הוא היסס מה לעשות. האם להציל קודם את עצמו

nevo.co.il

(כשראה בראי כי כולו מתמלא דם), "או להתקשר לגורמים כמו המשטרה או מגן דוד אדום" ולהודיע על מה שראו עיניו. משום מה החליט לטפל בעצמו, מפני שחשש מהאנשים שהיו בזירת הפשע, אשר מסוגלים לאתר אותו אם "יודיע לגורמים". אז החליט "לשמור את הסוד הנורא הזה בלב עד לרגע זה". הוא תבש את הפצע שבחזה ונסע לבית־חולים. שם התלונן רק על הפציעה בעין, וסיפר כי נפגע בתאונת עבודה, כשסיר לחץ התפוצץ במעבדה. אחרי הטיפול בבית החולים חזר למעבדה ונזכר כי לאבנר כבל ישנה שכנה שהיא אחות. הוא נסע אליו ואבנר כבל הזמין את האחות. זו ראתה את החתך ואמרה לו כי יש לתפור אותו, אבל ניתן לרפא גם במשחה אנטיביוטית, "וזה פשוט לא יסגר כל כך יפה ואסתטי כמו שזה אם היה תפרים". האחות שמה לו משחה וחבשה אותו. כשהגיע לביתו סיפר תחילה לאשתו כי נפצע מתאונת עבודה, אולם אחרי שהילדים שכבו לישון סיפר לה ששני אנשים, שלא ציין את שמם, ניסו לפרוץ למעבדה, הוא תפס אותם, "והתרחש מאבק" בינו לבינם.

עוד מספר המערער באימרתו ת/19, כי כשנעצר לראשונה חשש שייפול קורבן בפרשה אליה נקלע, ולכן שיקר שאינו מכיר את המנוח. אחרי ששוחרר המשיך לשאת בלבו את "הסוד הנורא הזה", עד שנעצר בשנית והציגו לו מסמכים על בדיקת הדם; או הבין שאם לא יספר את האמת ייפול "לתוך תהום כמו מאסר עולם", ולפיכך מסר את גירסתו הנוכחית, שהיא "אמת לאמיתה". אכן, מוסיף הוא, כשהיה עצור בפעם הראשונה ראה בחצר הטיולים שבבית המעצר "את אותו אדם שניסה לחסל אותי בביתו של החלפן ישראל, אבל לא גיליתי זאת לאף אחד ושמרתי זאת בסוד עד לרגע זה". אותו עצור היה חגי.

22. הגירסה שמסר המערער באמרה ת/19 היא הגירסה (בשינויים מסוימים) שעליה העיד בבית המשפט. בית המשפט קמא ציין בהכרעת־דינו כי המערער –

> "עבר משקר אחד למשנהו, בהתאם למה שמסתבר לו שיש בידי המשטרה. דרך התנהגות זו אופיינית לנאשם לאורך כל הדרך: הנאשם שוב ושוב מתאים עצמו למה שיש או אין בידי המשטרה. אין לו מעצורים לערב אנשים אחרים בענין, בלי קשר לשאלה אם אכן הם קשורים לענין או לא, אין לו היסוסים גם לשלוח המשטרה בכיוונים מוטעים ובלבד שהדבר ישרת את האינטרסים שלו, כפי שהוא מבין אותם. דעתנו היא כי גם הגירסה שהושמעה בפנינו היא סינתזה של אוסף העובדות שהנאשם סבור היום שהוא צריך להתמודד עמן. הנאשם לא עורר את אמוננו וואת בלשון המעטה. אנו סבורים, כי גם בפנינו גילה טפח והסתיר טפחיים, ומשום כך נותרו בעדותו חורים ותמיהות שאינם מתיישבים עם השכל הישר ועם הנתונים שהיו בשטח".

23. נוכח גירסתו האחרונה של המערער (שלא כקודמותיה) צומצם עד למאוד תחום המחלוקת, משהודה כי נכח בבית המנוח בעת שזה נרצח, וכי נפצע במהלך הרצח (על־ידי אחד השודדים). יריעת המחלוקת לפי גירסה זו לא נפרסה מעבר לשאלה מה עשה המערער במקום הרצח וכיצד נפצע.

בהקשר זה ציין בית המשפט קמא כי:

"התנהגותו של הנאשם לאחר מעשה המורכבת מבריחה ממקום המעשה בדרכים עקלקלות, אי הועקת עזרה למנוח כשהדבר לא היה כרוך בשום סיכון לנאשם (והמנוח היה מוכר היטב לנאשם) מערכת מתוחכמת של שקרים לכל גורם אפשרי, ופרטים מסבכים נוספים... – מצביעה לכאורה על כך שמדובר בנוכחות שאינה מקרית.

לפיכך, הנוכחות במקרה זה מהווה ראיה נסיבתית מסבכת לגבי הנאשם, ראיה המחייבת אותו לספק הסברים".

ואחרי שנימק בית המשפט קמא את נימוקיו להרשעה, סיכם ואמר:

"אחרי עמודים רבים וסקירה רחבה של מעשי הנאשם, הגענו שוב לנקודת המוצא, דהיינו כי הנאשם רצח המנוח בין אם לבדו ובין אם ביחד עם אחרים.

דעתנו היא כי העובדה שאין הכרעה סופית בשאלה אם מדובר בנאשם לבדו או באנשים נוספים – אינה יכולה להועיל לנאשם, שכן שוכנענו כי אם היו אנשים נוספים הם היו בעצה אחת עם הנאשם, ואין המדובר בנוכחות מקרית של הנאשם כפי שהנאשם ניסה להציג...

אין אנו קובעים אם הנאשם פעל לבדו או עם אחרים".

24. המערער ערער על הרשעתו (בע"פ 4369/93), וערעורו נשמע לפנינו. לאחר שמיעת הערעור נתנו בו פסק־דין. בפסק־דיננו הבאנו מדבריה של באת־כוחה המלומדת של המדינה בסיכומיה לפנינו, כי בענייננו של בן עזרא ובענייננו של המערער:

"מדובר בשתי מערכות של ראיות שלא לכל אורך הדרך מתיישבות זו עם זו... את ההקבלה הזו, את הקשר שבין שתי מערכות הראיות ואת הקשר שבין המערער לבין השלישיה בן עזרא–חגי–מוסטפה, אין ביכולתה של התביעה להוכיח...".

ואחרי כן הוספנו ואמרנו:

"את הרשעתו של המערער ביסס בית משפט קמא על ראיות נסיבתיות המביאות לדעתו למסקנה חד משמעית כי המערער רצח את המנוח, ובכללן נוכחותו הבלתי מוסברת בדירת המנוח בעת הרצח, לאחר שדחה כשקרית את גירסת ההגנה שהעלה לסיבת נוכחותו במקום הרצח, וסיבת פציעתו שם...

טענתו העיקרית של סנגורו המלומד של המערער בפנינו, אם גם לא היחידה, היא, כי יש בהרשעתו של בן עזרא ברצח המנוח כדי להעלות ספק באשמתו של המערער. שכן מוסכם הדבר כי אין כל ראיה כי היה קיים קשר כלשהו בין

בן עזרא ובין המערער בביצוע הרצח, וכל אחת מן ההרשעות מושתתת על מסכת עובדתית שונה לחלוטין, ולטענתו אף קיימת סתירה בין שתי המסכתות העובדתיות. לפיכך לא יכולות שתי ההרשעות לדור בכפיפה אחת.

א

אכן, זוכה בן עזרא בעירעורו, ופורמלית עומדת הרשעתו של המערער לבדה. אולם זיכויו של בן עזרא לא בא משום שבית המשפט של הערעור מצא כי הרשעתו לבית המשפט המחוזי לא יכולה להתקיים, אלא מטעמיה של הפרקליטות.

ב

במהלך משפטו של המערער הוגשו בהסכמה כראיות כל האמרות שמסר בן עזרא במשטרה, לרבות הקלטות של השיחות עימו, דו"חות של חוקרי המשטרה, פרוטוקול עדותו במשפטו, וכן הכרעת הדין שניתנה בעניינו. בנוסף לכך העיד בן עזרא כעד הגנה במשפטו של המערער. בעדותו חזר על הגירסה שהעלה במשפטו שלו בכל הנוגע לאי אמיתות ההודיה שמסר במשטרה.

ג

לא יכול להיות ספק כי על אף הרשעתו של בן עזרא בבצוע הרצח, לא היה כבול בית משפט קמא לקביעות העובדתיות ולמסקנות שנקבעו במשפטו של בן עזרא. על בית משפט קמא היה להכריע את הדין על פי שקול דעתו הוא בהתאם לכל חומר הראיות שהובא בפניו, והשאלה הראשונה שהצגנו לעצמנו היתה אם אומנם עשה כן.

ד

מטעמים המובנים מתוצאתו של פסק דיננו, כמובא להלן, לא נביע כל דעה לגבי הכרעת הדין בכל הנוגע לראיות עליהן נסמכה ההרשעה. אולם, סבורים אנו כי על בית משפט קמא היה לקבוע את עמדתו לגבי כל חומר הראיות שהוגש לפניו בהקשר לעדותו של בן עזרא, בין לעצמו ובין בהקשר לשאר הראיות שהוגשו בתיק, לרבות שאלת מהימנותו של בן עזרא, שהעיד, כאמור, לפניו, ולקבוע על איזו מבין גירסאותיו, או כל חלק שלהן, ניתן לסמוך. בית משפט קמא בחר שלא להביע דעה לגבי עדותו של בן עזרא וגירסאותיו, ובכך סבורים אנו כי לא השלים את מלאכתו. בלי להתייחס לעדותו של בן עזרא ולחומר הראיות הנוגע לו, לא ניתן לקבוע עמדה פסקנית לגבי אשמתו של המערער. שהרי בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, משליכה המסקנה המתבקשת לגבי בן עזרא על המסקנה המתבקשת לגבי המערער. אם ייקבע כי התוודותו של בן עזרא במשטרה היא נכונה אזי אין היא משתלבת בגירסת התביעה במשפטו של המערער, ורק אם תועדף גירסתו בבית המשפט, נותרות הראיות הנוגעות למערער לבדן. לא נעלם מאתנו הקושי שבהכרעה, אולם לא ניתן לדעתנו שלא להתייחס למהימנות עדותו של בן עזרא לצורך קביעת אשמתו או חפותו של המערער.

ה

ו

ז

את שהיה על בית המשפט לעשות נבצר מאתנו לעשות כשאין בידינו לקבוע את מהימנותו של בן עזרא ואת התרשמותנו הישירה ממנו".

את פסק־דיננו סיימנו לאמור:

"לפיכך אין אנו רואים מנוס אלא לקבל את הערעור ולבטל את פסק הדין ולהחזיר את הדיון לבית משפט קמא, כד שייתן הכרעת דין חדשה על פי מכלול הראיות, לאחר שמיעת טעון נוסף של באי כוח הצדדים". א

25. לאחר שהוחזר הדיון, שמע בית המשפט קמא את טענותיהם של באי־כוח הצדדים, ואחרי כן הוציא הכרעת־דין חדשה, שאת עיקרה נביא בלשונו של בית המשפט:

"בפנינו עמדו סימון בן־ארי, גירסאותיו והעדויות שהובאו נגדו ומטעמו. שקלנו אותן, ניתחנו אותן, השווינו אותן ואת דעתנו הבענו בהכרעת הדין האמורה. ב

בין הראיות שהביאה ההגנה, היתה גם עדותו של מרדכי בן־עזרא הנ"ל. בית המשפט העליון מבקש עתה מאיתנו את התרשמותנו מעד זה. עד זה לא נתקבל על־ידינו כמי שניתן לסמוך על דבריו. בן־עזרא החליף גירסאות כפי שאדם מחליף בגדיו. לא היתה בידינו האפשרות לבחון את אמיתות דבריו במשטרה, מול עדותו בבית המשפט, מול ראיות אחרות שהובאו במשפטו שלו, כפי שעשה בית המשפט שדן בענייננו ושהרשיעו בסופו של דבר. לנו היתה ההזדמנות לתהות על קנקנו, רק מעדותו אצלנו, וכאמור: התרשמותנו היא, כי לא ניתן לסמוך על דבריו ולא ניתן לקבוע על־פיהם ממצאים כלשהם. העד הזה מסוגל, לדעתנו, לומר כל דבר שנראה לו אותו רגע כמשרת את האינטרסים שלו, בין אם דבר זה מעוגן באמת ובין אם לאו. ג ד

זו הסיבה שבחרנו להתעלם מדבריו במשטרה, על היותו הוא וחבריו סרסור ויוסף (שכונה בפסק־דין זה: חגי – א' ג') מעורבים ברצח החלפן, כשם שהתעלמנו מדבריו בבית המשפט, שהשוטרים הם שהכתיבו לו את אמירותיו או כפי שעליו להודות במה שלא עשה ובמעורבותו בענין שלא היה מעורב בו כלל וכלל. ה

סימון בן־ארי טען, שברצח – שהוא היה נוכח בעת ביצועו, היו מעורבים שניים אחרים, ובשלב מסויים בדבריו אף קישר אותם לחגי יוסף ולמוסטפה סרסור. ו

כתב האישום נגדו אף הוא ציין כי הנאשם סימון בן־ארי רצח את הזקן 'לבדו או יחד עם אחרים'.

אנו לא קיבלנו את הגירסה שהרצח בוצע רק על־ידי אחרים ולא על־ידי הנאשם. עם זאת, לא יכולנו לאשר את הגירסה שהרצח בוצע על־ידי הנאשם, ביחד עם אחרים, כשם שלא שללנו אפשרות כזו. כאמור, הגענו למסקנה חד־משמעית, כמפורט בהכרעת־דיננו, כי הנאשם היה זה שביצע את הרצח, בין אם היה לבדו ובין אם היו אחרים עמו. ז

nevo.co.il

מאחר וכאמור לא יכולנו לסמוך במאומה על מרדכי בן־עזרא, לא היה בידינו לומר אם יש ליחס אמון לדבריו במשטרה, לפיהם אכן היו הוא, סרסור ויוסף (חגי – א' ג'), קשורים לרצח או ליחס אמון לדבריו בבית המשפט, לפיהם לא היו הוא והשניים האחרים קשורים לרצח. על־כן, כאמור, לא הבענו – ואין אנו מביעים בזה – עמדה לגבי איזו מבין הגירסאות הרבות שמסר. התביעה וההגנה לא השכילו לתת בידינו כלים לבחון באמצעותם – בחינה אובייקטיבית – את נכונות גירסה זו או אחרת, בקשר למעורבותם של שלושה אלה, כפי שעלתה בדברי בן־עזרא.

מאחר שהכרעת־דיננו הקודמת בוטלה על־ידי בית המשפט העליון ונתבקשנו לתת הכרעת־דין חדשה, אנו נותנים בזה הכרעת־דין חדשה, שהיא זהה להכרעת הדין הראשונה, בתוספת לאמירותינו דלעיל".

כמצוות המחוקק שב וגזר בית המשפט קמא על המערער מאסר עולם. על הרשעתו החוזרת סב ערעור זה.

26. כפי שציינו בפסק־דיננו הראשון, על בית המשפט קמא היה לתרון את דינו של המערער על סמך מימצאיו ומסקנותיו הוא, בהתאם לכל חומר הראיות שהובא לפניו. אולם יש להדגיש כי בעוד שעצם הרשעתו של בן עזרא ברצח המנוח בבית המשפט המחוזי היא עובדה ככל עובדה אחרת שהוכחה במשפט, הרי שהמימצאים שעל פיהם הושתתה הרשעתו אינם אלא עדות שמיעה, והמסקנות שהביאו להרשעה הן בבחינת חוות־דעת שאינה בגדר ראיה (ע"א 373/54 אהרונסט ואח' נ' נוימן (וישומירסקי), בעמ' 1140). מכאן, שהקביעות העובדתיות והמסקנות שנקבעו במשפטו של בן עזרא לא היו כלל ראיות קבילות במשפטו של המערער, ובית המשפט קמא לא היה כבול להן, אף שהכרעת הדין הוגשה בהסכמה. שכן, לא מדובר בהסכמה כי קביעותיו ומסקנותיו של בית המשפט בהכרעת־דין זו יקשרו ויחייבו את הצדדים במשפטו של המערער.

פועל יוצא מדברינו, כי משפטו של בן עזרא היה הליך דיוני נפרד ועצמאי, וכמוהו משפטו של המערער, כשכל אחת מהכרעות הדין עומדת בפני עצמה, ועליה להיות מושתתת אך ורק על המסכת הראייתית הקבילה שהובאה באותו תיק. מכאן, שבית המשפט קמא לא היה רשאי כלל לבחון את צדקת הרשעתו של בן עזרא על־ידי בית המשפט המחוזי, ולא את צדקת עמדתה של הפרקליטות כשהסכימה כי ערעורו של בן עזרא יתקבל. בית המשפט קמא לא יכול היה לחקור במופלא ממנו, אלא במה שהיה גלוי וידוע לפניו על־פי הראיות הכשרות שהביאו בעלי הדין. וכבר אמר השופט (לימים הנשיא) לנדוי, בע"א 79/72 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' פולק ואח' וערעור שכנגד [2], בעמ' 772), "כי עשיית הדין, תלויה, בין יתר הדברים, באופן הצגת הראיות בפני בית־המשפט ובסופו של דבר בהערכת הראיות על־ידי שופטים בשר ודם, השואפים אל קביעת האמת לאמיתה, בלי להגיע תמיד אל חקר האמת עד תומה".

קיצורם של דברים, על בית המשפט קמא לא היה לברר אלא זאת, אם הוכחה אשמתו של המערער מעבר לספק סביר, על־פי חומר הראיות הקבילות שלפניו.

27. כאן המקום לציין כי לשם הוכחת אשמתו של נאשם מעבר לספק סביר לא נדרש כי מידת ההוכחה תגיע –

א "עד כדי הוכחה מלאה ובטוחה במאת האחוזים – אם דבר כזה בכלל אפשרי. על התובע לשכנע מעבר לכל ספק סביר אכן לא מעבר לכל ספק שהוא, אף אם רחוק הוא ביותר ובלתי מתקבל על הדעת" (פרופ' א' הרנון, דיני ראיות (הדפוס האקדמי, כרך א, תש"ל) 213–214).

ב בית המשפט אינו יכול ואינו חייב להרשיע את הנאשם על סמך ודאות מוחלטת (ראה: ע"פ 401/72 ויטפלד ואח' נ' מדינת ישראל [3], בעמ' 882; ע"פ 546/79 סולטן נ' מדינת ישראל [4]; י' קדמי, על הראיות (דיונון, תשנ"א) 828–829).

ג בע"פ 232/55 היועץ המשפטי נ' גרינוולד [5], בעמ' 2062–2063, דחה השופט (לימים הנשיא) אגרנט את ההשקפה, שלפיה "במקום שקיים ספק כלשהו, מן הנמנע שיהא 'שכנוע', הואיל ואין הספק – קרי השלילה – סובל דירוג; ומשום כך... מכל בעל־דין שעליו הטיל החוק את נטל ההוכחה – בין במשפט פלילי ובין אזרחי – הבאת עדות המשכנעת בצורה בטוחה וודאית, שגירסתו היא הנכונה". על תיזה זו אמר השופט אגרנט, בעמ' 2063, כי:

ד "...דוקא מבחינה פילוסופית, ניתן לקבוע שלא קיים דבר בעולם שהינהו בטוח או ודאי; או, כמו שאומר גלנוויל ויליאמס ('המשפט הפלילי' וכו', עמ' 36):

'...So-called certainty is merely high probability'.

ה ...מה שנדרש, כרגיל, מאת בא־כוח הקטיגוריה הוא להוכיח עובדות המצביעות בכיוון אשמת הנאשם במידה המגיעה לכדי אפשרות הקרובה עד מאד לאמת או לוודאות...".

ובע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל (להלן – פרשת דמיאניוק [6]), בעמ' 651, אמר בית המשפט:

ו "סיכומם של דברים, פסיקתנו הבהירה באופן עקבי, כי לא נדרש שבית המשפט יפעל על סמך ודאות גמורה...

...

ז השכנוע מעל לספק סביר הוא... בהשוואה למידת ההוכחה במשפט אזרחי, עניין שבדרגה, ומן ההן משתמע הלאו, היינו כי הכלל הראייתי אינו מחייב כי האשמה תוכח מעבר לכל ספק... הספק צריך להיות סביר.

... מול חומר ראיות לכאורה על הנאשם להציג קו הגנה ממשי, ריאלי, המתקבל על הדעת, אשר אינו פרי הדמיון בלבד. אם בית המשפט הדן בדבר אינו מאמין בנכונות סיפורו של הנאשם ואינו מגלה בחומר הראיות יסוד

ושורש לגירסה אשר הוא מעלה, אין הוא חייב להעדיף את הגירסה נטולת השורשים של הנאשם על הגירסה הבנויה על יסודות איתנים שלא נתערערה גם מכוח הספק, רק משום ש'ייתכן' ו'אפשרי הדבר' שהגירסה של הנאשם, התלויה על בלימה, נכונה היא... א

הראיות שהובאו לפני בית המשפט יכולות להיות בעלות משקל רב. אולם גם אז ייתכן לשער ולהעלות נסיבות יוצאות דופן, המתיישבות עם חפות מפשע אך מובן שההשערות צריכות להיות מעוגנות בנתונים הנרשים לפני בית המשפט". ב

ובהמשך הדברים, בעמ' 652, נאמר:

"בעת מיון הראיות לצורך בחינת השאלה אם נתקיימה המידה הדרושה של ודאות, פועל בית המשפט בהכרח על־פי הערכה סובייקטיבית... יחד עם זאת, יש לשאוף לשילובה של אמת מידה אובייקטיבית, לתוך ההערכה האמורה. זו תציב לה תחומים ותסייע ביצירת אמצעי סינון שיוסיפו יסוד אובייקטיבי המושתת על אדני הסבירות. ג

לשון אחר, בעת ההערכה של חומר הראיות, על בית המשפט לשאוף ליישומו של מבחן הבנוי על ההסבר הסביר. במה דברים אמורים: המבחן מורכב משני יסודות – 'ספק' ו'סביר'. שם התואר שניתוסף לשם העצם 'ספק' אינו בגדר סרח עודף מילולי מיותר; הוא בא לסייג ולהקנות לספק תכונה מוגדרת. קיומה של התכונה האמורה נבחן לפי אמות המידה הראציונאליות המקובלות עלינו. בביטוי 'סביר' טמונים הסינון והמיון בין עניינים שיש להם אחיזה הגיונית במציאות לבין דברים שהם ספקולציות נעדרות תשתית". ד ה

ודוק, פרשת דמיאניוק [6] יחידה ומיוחדת הייתה, ובה הוגשו בשלב הערעור ראיות נוספות בכתב, בהקשר לזהותו של מפעיל תאי הגזים. מראיות אלה לא היה בידי בית המשפט להעלים עין, כשבנסיבותיו המיוחדות של אותו ערעור לא ניתן היה לקבוע דבר לגבי אמינותן או לגבי חוסר מהימנותן של הראיות שבכתב, כשהעדים עצמם לא העידו בבית המשפט. לא כן בענייננו, כשבן עזרא העיד במשפטו של המערער, ובית המשפט קבע עמדה לגבי אמינותו כי "לא ניתן לסמוך על דבריו", "וזו הסיבה" שבחר "להתעלם מדבריו במשטרה". והרי חיזיון נפוץ הוא כי בית המשפט אינו מוכן לסמוך על דברים שאמר עד בלתי מהימן (במשטרה או בעדות) לא לטובת הנאשם ולא לרעתו. ו

28. לו היה בית המשפט קמא קובע בהכרעת־דינו השנייה שהתוודותו של בן עזרא במשטרה, כי היה מעורב בשוד, היא התוודות אמת, כי אז היה בהתוודות כזאת להעלות ספק סביר, אם לא למעלה מכך, בדבר אשמתו של המערער, חרף קיומן של ראיות נסיבתיות המצביעות לכאורה על אשמתו. שהרי אף לא אחת מגירסותיו של בן עזרא במשטרה מערבת את המערער בשוד וברצח, ואין כל ראיה אחרת על קשר שהיה קיים בין ז

המערער לבין השלישייה (בן עזרא, חגי וסרסור). פשיטא: לו היה בית המשפט קמא מעדיף את גירסתו של בן עזרא בעדותו לפניו על דבריו במשטרה, כי אז היו נותרות לבדן הראיות הנסיבתיות המדברות לחובתו של המערער.

אלא שבית המשפט קמא, שלפניו העיד בן עזרא, לא היה מוכן לסמוך כלל על דברים שיצאו מפיו של עד זה, לא במשטרה ולא בבית המשפט. זאת בהיות העד, על־פי התרשמותו של בית המשפט, אדם הפכפך ובלתי מהימן, המסוגל "לומר כל דבר שנראה לו אותו רגע כמשרת את האינטרסים שלו, בין אם דבר זה מעוגן באמת ובין אם לאו". בכך באה למעשה לידי ביטוי דעתו של הפסיכולוג מר מאירסון, שהעיד במשפטו של בן עזרא, כי האהרון הוא בעל דמיון פורה מאוד; הוא מאבד במצבי לחץ וחוסר ודאות את תחושת המציאות ויכולת השיפוט שלו מתרופפת; יש לו נטייה לפעולות של הרס עצמי; וכי הוא אדם בעל מופרעות נפשית קשה, אשר במצבי לחץ נוטה להיעזר בדמיונו המפותח (בהקשר זה ראה דבריהם של השופטים לוי ושטיינברג בהכרעת הדין במשפטו של בן עזרא, שהובאו לעיל).

בהערת אגב אעיר לגבי פרטים "מוכמנים" שידע בן עזרא, כי באימרתו מיום 1.10.91 הוא מסר "מספר פעמים כי לחגי היתה מגבת במכוניתו, וכן טען כי לפני שמוסטפא וחגי עלו לדירה, ראה מגבת בתיק שהחזיק הראשון, וזו נעלמה כשהשנים חזרו". מסתבר, כי "המגבת שנמצאה על פניו של המנוח, זוהתה על ידי בתו רחל כמגבת שהיתה שייכת לאביה" (בעמ' 46 להכרעת הדין במשפטו של בן עזרא).

29. כיוון שהפכפכותו של בן עזרא לא איפשרה לבית המשפט לקבוע אימתי אמר אמת ואימתי כיזב, בחר להתעלם כליל מכל דבריו. דרך זו הייתה, בנסיבות המקרה, הדרך היחידה שעמדה לפני בית המשפט, כשלא היו בידיו אמצעים כלשהם לקבוע קביעה פסקנית איזו גירסה מבין הגירסאות הרבות שהעלה בן עזרא עדיפה עליו.

בפסק־דיננו הראשון אמנם אמרנו כי "רק אם תועדף גירסתו (של בן עזרא – א' ג') בבית המשפט, נותרות הראיות הנוגעות למערער לבדן". אולם על־אף זאת לא ניתן לומר כי מכך בלבד שבית המשפט קמא לא יכול היה לקבוע עמדה לגבי שלל גירסותיו של בן עזרא, כפי שסברנו כי יוכל לעשות, מתעורר ספק סביר (כמובנן של תיבות אלה על־פי המוסבר לעיל) בדבר אשמתו של המערער. גם נוכח ה"אכזבה" ממסקנתו האמורה של בית המשפט קמא בפסק־דינו השני, עדיין עלינו לברר אם הראיות הנסיבתיות שהוכחו אכן מביאות "למסקנה חד־משמעית" בדבר אשמתו של המערער ברצח המנוח (כפי שסבר בית המשפט קמא). שהרי לא יכול להיות ספק כי לו, על דרך הדוגמה, היה מעיד עד כי ראה את המערער דוקר את המנוח, ועדותו הייתה מהימנת על בית המשפט, כי אז היה המערער מורשע, חרף העובדה כי לא היה בידי בית המשפט לקבוע עמדה לגבי גירסאותיו של בן עזרא.

הוא הדין, אם הראיות הנסיבתיות בהצטברותן מביאות למסקנה אחת ויחידה כי המערער רצח את המנוח, גם בלי שניתן לקבוע אם עשה כן לבדו או עם אחרים.

30. כאמור, מסר המערער מספר גירסאות, שהאחרונה שבהן היא זו שבאמרה ת/19, ועל עיקרי גירסה זו העיד בבית המשפט. גירסה זו, שעל־פיה היה רק עד לרצח, אין בה סבירות ואין בה כדי לשכנע. די שנציין כי לא סביר הוא שהמערער המתין 3–5 דקות במטבח אף ששמע קולות מאבק ואת המנוח מנסה לצעוק, במיוחד בהתחשב בכך שהמערער חסון ובעל הגורה שחורה בקראטה. הדעת נותנת כי במקרה כזה היה יוצא מהמטבח לברר פשר הקולות שהוא שומע; בידי השודד שגחן על המנוח הוא לא ראה כלל, לדבריו, סכין, אף שהמנוח נדקר מספר פעמים, ואת הסכין ראה דווקא בידי השודד השני שתקף אותו (לטענתו); אם חשש המערער מפני המתרחש מחוץ למטבח, סביר להניח כי משאזר אומץ לצאת, היה מצטייד בסכין או בכלי אחר המצוי דרך כלל במטבח; המערער העיד (בעמ' 277) כי הסכין ת/1 אינה הסכין שבה נדקר. כיצד, אם כן, הגיע דמו של המערער לסדין במיטה, שמתחת למזרן שלה הוחבאה הסכין ת/1? שהרי ברור הוא כי הכתמת הסדין נעשתה על־ידי מי שהטמין סכין זו, ששימשה לרצח, מתחת למזרן. אם מי שהטמין את הסכין ת/1 לא תקף בה גם את המערער, לא הייתה הסכין עצמה מתלכלכת מדמו של המערער; האפשרות שעל גופו או על בגדיו של מטמין הסכין ת/1 נמצא דמו של המערער, גם היא נשללת. שאם לא הותקף המערער על־ידי מי שהתזיק בסכין ת/1, הכיצד נתלכלך מדמו של המערער? בכך לא מנינו אלא מקצת העובדות, שאותן פירט בית המשפט קמא בהרחבה, המצביעות על חוסר אמינותה של גירסת המערער, כפי שהעלה לאחרונה.

א

ב

ג

ד

על כל אלה יש להוסיף את התנהגותו של המערער אחרי הרצח, שאינה עולה בקנה אחד עם התנהגותו של מי שרק נקלע כעד לרצח. כדברי בית המשפט קמא, התנהגות כזאת אינה מתיישבת "עם השכל הישר לאורך כל הדרך". הוא לא התקשר למשטרה או למגן דוד אדום, ולו באופן אנונימי, להודיע על המקרה, כדי להציל את חייו של המנוח. הוא לא התקשר למשטרה כדי שתעניק לו הגנה מפני ה"רוצחים", אף שהיה עד ראייה למעשיהם (על־פי גירסתו) והיה עליו לחשוש כי יתנכלו לו כדי שלא יסגיר אותם. בפנותו לבית החולים העלים את הפציעה בחזה וסיפר סיפור כזב כי נפצע בתאונת עבודה. למרות דבריה של האחות איריס סווידמן, נטל המערער על עצמו סיכון ולא פנה לבית החולים לטפל בפצע שבחזה. כן יצוין כי המערער נפטר מנעליו שנעל ביום הרצח. בעניין זה קיבל בית המשפט קמא את גירסת אשתו וקבע כי "הנאשם זרק הנעליים עובר למעצרו... השלכת הנעליים בזמן מעצרו, הינה צעד נוסף בכוון להעלמת כל פרט שיכול לקשור אותו לארוע בדירת המנוח". עוד יש להוסיף כי ימים ספורים לאחר הרצח עזב המערער את עבודתו ונסע לטבריה עד שיגלידו פציעיו. לאשתו כיזב כי הוא נוסע להיגמל מסמים. כלום חשש שאף היא לא תאמין לו על נסיבות פציעתו?

ה

ו

ז

יתרה מזו, את "הסוד הנורא" שמר המערער בלבו לא רק כשנעצר לראשונה. גם כשנעצר בשנית והבין כי המשטרה אינה מרפה ממנו ומטיחה בפניו עובדות חדשות המחשידות אותו ברצח, עדיין המשיך להפריח שקרים. הדעת נותנת כי לפחות בשלב זה יעדיף לגלות מיד את גירסתו ה"אמיתית", על פני הסיכון כי יואשם ברצח.

nevo.co.il

סיכומו של בית המשפט קמא בהכרעת־דינו היה:

א "א. אין לשלול את האפשרות כי הסכין שבה בוצע הרצח, ושנמצאה תחת המזרון בדירת המנוח, נלקחה מביתו של הנאשם.

ב ב. הדם שנבדק על־ידי מז"פ ושנלקח ממפת השולחן ומהסדין, הוא דמו של הנאשם.

ג. נוכחותו של הנאשם בדירה בשעת אירע (כך!) הרצח וכן הימצאות דמו, כאמור, מחייבת את הנאשם לתת הסברים.

ד. הצעתו לאבנר כבל – ימים ספורים לפני הרצח – לפרוץ לדירת המנוח, מוסיפה נדבך לקשר של הנאשם לאירוע הרצח.

ג ה. גירסת הנאשם היא גירסה שקרית, היא מופרכת על פניה ואינה מסתברת, לא עם הממצאים שבשטח ולא עם הגיון הדברים.

ו. כל הממצאים מובילים לא רק למסקנה שגירסתו של הנאשם היא שקרית, כאמור, אלא גם לכך שהנאשם הוא זה אשר הביא למותו של המנוח.

ד ז. התנהגותו של הנאשם לאחר האירוע (כגון: אי־קריאה לעזרה לעצמו, אי־הזעקת עזרה או משטרה למנוח, השמדת בגדיו המוכתמים בדם, העלמת הנעליים, שקריו לאשתו ולאחרים על נסיבות פציעתו, נסיעתו לטבריה), מחזקת את הממצאים הנ"ל ומפריכה לחלוטין את גירסת הנאשם...".

ה 31. הנסיבות והראיות יצרו תמונה שלמה המסבכת את המערער, שהודה בנוכחותו במקום הרצח, בביצוע הרצח עצמו. מכאן, שבהיעדר הסבר משכנע מצדו לעובדות שהוכחו, מן הנמנע היה להגיע למסקנה אחרת, זולת המסקנה שאליה הגיע בית המשפט קמא בדבר אשמתו של המערער.

ו כבר אמרנו כי על פני הדברים אין שתי הרשעות, זו של המערער וזו של בן עזרא, יכולות לדור בכפיפה אחת. כל אחת מהן מושתתת על מסכת עובדתית שונה, והאפשרות כי המערער ובן עזרא היו שותפים לרצח לא רק שאינה עולה מן הראיות שהובאו בכל אחד מן המשפטים, אלא שאין בראיות כל אחיזה לכך שהיה קשר כלשהו בין השניים. אמנם בן עזרא זוכה בערעורו, ופורמאלית עומדת הרשעתו של המערער לבדה. אולם לא ניתן לשכוח כי בן עזרא לא זוכה כיוון שבית המשפט שלערעור מצא כי הרשעתו בבית המשפט ז המחוזי לא יכולה להתקיים משום שנפל פגם במימצאים שנקבעו בהכרעת הדין או בשיקוליו של בית המשפט שהביאו אותו למסקנתו המרשיעה. זיכויו של בן עזרא בא מטעמיה של הפרקליטות, ולא מטעמיו של בית המשפט שלערעור.

ואף־על־פי־כן סבורני כי מסכת הראיות המביאה להרשעת המערער היא כה איתנה,

nevo.co.il

עד שלא ניתן לומר כי הרשעתו של בן עזרא בבית המשפט המחוזי מעלה ספק סביר (משפטי) לגבי אשמתו של המערער. בכך אין אנו קובעים אלא זאת כי העובדות מצביעות בכיוון אשמתו של המערער ב"מידה המגיעה לכדי אפשרות הקרובה עד מאד לאמת או לוודאות..." (ע"פ 232/55 [5] הנ"ל, בעמ' 2063).

אפשר שלא כל האמת נפרסה בבית המשפט, ולא נתגלה קשר סמוי בין שתי מערכות הראיות, זו הקשורה למערער וזו הקשורה לבן עזרא. אולם לא על ספקולציות נעדרות תשתית יש להכריע במשפט פלילי. על־כן, צדק בית המשפט קמא במסקנתו כי משלא היה בידו לקבוע עמדה לגבי גירסותיו של בן עזרא, אין גם בידו להכריע בשאלה "אם מדובר בנאשם לבדו או באנשים נוספים", או, כפי שציין בהכרעת־דינו השנייה, אין בידו לאשר או לשלול את הגירסה שהרצח בוצע על־ידי המערער ביחד עם אחרים. דיונו התמקד בשאלת אשמתו או חפותו של המערער על־פי הראיות שהובאו לפניו, ומסקנתו התד־משמעית הייתה כי הן מדברות להובתו של המערער.

לא מצאתי כי יש פירכה כלשהי במסקנתו של בית המשפט קמא, ואיני רואה טעם כלשהו להתערבותנו בה. בכגון דא יפים דבריו של השופט (לימים המשנה לנשיא) אלון בבג"צ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל [7], בעמ' 465:

> "...משמדובר על בירור האמת בעולמה של מערכת המשפט, אין כוונתנו אלא לבירור האמת, במידה שניתן להגיע לחקרה על־פי הנורמות המהותיות והכללים הפרוצדוראליים שבאותה מערכת משפט, שבמסגרתה מתקיים הבירור המשפטי".

ה"גורמות המהותיות והכללים הפרוצדוראליים" חייבו את בית המשפט קמא להגיע במקרה זה להרשעת המערער, ועל־כן הייתי דוחה את הערעור.

השופט ת' אור: ערעור זה מיוחד הוא בנסיבותיו העובדתיות ובשאלות שבית המשפט נדרש להכריע בהן. המערער הורשע בעבירות חמורות של שוד ורצח על יסוד מערכת ראיות נסיבתיות, אף שקיימת מערכת ראיות אחרת שממנה עולה שאחרים ביצעו את המעשים, ללא שהוכח כל קשר בין המערער לאחרים ואף קיימות ראיות להיעדרו של קשר כזה.

1. המערער הורשע בבית המשפט המחוזי (כבוד הנשיא א' וינוגרד והשופטות ד' ברלינר ו־ו אלשיך) ביום 27.6.93 בעבירות של רצח ושוד בנסיבות מחמירות. בית המשפט קבע, שביום 14.7.91 ביצע המערער מעשה שוד של חלפן הכספים ישראל דז'לושיצקי (להלן – המנוח), וכן כי במהלך השוד, אשר אירע בדירת המנוח, רצח את המנוח.

מערכת העובדות שעל פיה הורשע המערער בהכרעת הדין מיום 27.6.93 (להלן – פסק הדין הראשון) מבוססת על כך שהמערער נוכח בדירת המנוח בעת ביצוע השוד ובעת שהמנוח הותקף על־ידי מעשי דקירה וחניקה אשר גרמו למותו. המערער הכחיש תחילה,

במהלך חקירתו על־ידי חוקרי המשטרה, את נוכחותו במקום. אך בשלב מאוחר יותר של
החקירה, לאחר שנתגלו ראיות הקושרות אותו למקום – סימני דם שנמצאו במקום
וראיות אחרות – הודה בכך. גירסתו הייתה, שבעת שהותו במקום על־פי הידברות קודמת
עם המנוח, נכנסו אחרים לדירה והם אשר שדדו את המנוח וגרמו למותו ללא שהיה לו
חלק בכך. בית המשפט לא קיבל את גירסתו, ועל סמך ראיות שבאו לפניו, לרבות שקריו
של המערער, הגיע למסקנה שנוכחותו של המערער במקום לא הייתה מקרית וכי היה
שותף למעשים שבוצעו במנוח, בין שביצעם לבדו ובין שביצעם עם אחרים.

2. בתיק אחר, אשר נדון קודם לכן בבית המשפט המחוזי בתל אביב־יפו, לפני הרכב
אחר (סגן הנשיא שטיינברג והשופטים לוי וברֿאופיר), הורשע אחר, מרדכי בן עזרא, בביצוע
אותן עבירות עצמן. הרשעתו מבוססת הייתה על מערכת עובדות שונה, אשר במרכזה
התוודויות של בן עזרא על כך שהוא היה שותף, ביחד עם אחרים, חגי יוסף (להלן – חגי)
ומוסטפא סרסור (להלן – סרסור) וכן אדם נוסף שאינו המערער, בביצוע מעשה השוד
שבמהלכו נרצח המנוח. לעיקרן של הראיות אשר שימשו יסוד להרשעתו של בן עזרא עוד
אחזור בהמשך.

בע"פ 4369/93 ערער המערער על פסק הדין הראשון (להלן – הערעור הראשון).
טענתו העיקרית של סניגורו של המערער בערעור הראשון, אם גם לא היחידה, הייתה,
שבשל הראיות העומדות נגד בן עזרא אשר הביאו להרשעתו על־ידי בית המשפט המחוזי,
ולאור זאת שאין כל קשר בין בן עזרא, חגי וסרסור לבין המערער בביצוע המעשים
הפליליים כלפי המנוח – ובחלק מגירסתו שולל בן עזרא מפורשות את מעורבות המערער
ברצח – אין הראיות הקיימות נגד המערער מצדיקות את הרשעתו, ולפחות קיים ספק
באשמתו של המערער, ועל־כן מן הדין היה לזכותו.

3. פסק הדין בפרשת בן עזרא ניתן עוד ביום 30.4.92, למעלה משנה לפני פסק הדין
הראשון, ודיננו נגזר למאסר עולם. בערעור שהוגש על־ידי בן עזרא לבית המשפט העליון
הסכימה המדינה, בהודעה בכתב שהגישה לבית המשפט, לקבלת הערעור. על יסוד הסכמה
זו נתקבל הערעור ובן עזרא זוכה, בלי שבית־משפט זה קבע שהרשעתו של בן עזרא אינה
יכולה להתקיים בשל פגם כלשהו במימצאים ובשיקולים של בית המשפט המחוזי. על־פי
החלטת היועץ המשפטי לממשלה גם עוכבו ההליכים הפליליים בכתב האישום שהוגש נגד
חגי וסרסור.

על שום מה ביקשה המדינה לזכות את בן עזרא, אף שבית המשפט המחוזי מצאו חייב
בדין, ועל שום מה עוכבו ההליכים הפליליים נגד חגי וסרסור? תשובה לכך נמצא בדברי
באי־כוח המדינה.

ביום 11.10.93, שבו נתבקש זיכויו של בן עזרא, כבר ניתן פסק הדין בענייננו של
המערער. אותה שעה היו תלויים לפני בית־משפט זה הן ערעורו של בן עזרא והן ערעורו
של המערער. שני אלה – כל אחד במסגרת ההליכים שהתקיימו נגדו – הורשעו על סמך
שתי מערכות עובדות שונות, אשר לא הוכח כל קשר ביניהן ובחלקים שלהן אין הן עולות

בקנה אחד זו עם זו. אכן, בסיכומיה בכתב של באת־כוח המדינה לפנינו במסגרת הערעור על פסק הדין הראשון, בהתייחסה לשתי מערכות העובדות שנקבעו בשני ההליכים, היא אומרת:

א

"את ההקבלה הזו, את הקשר שבין שתי מערכות הראיות ואת הקשר שבין המערער לבין השלישיה בן עזרא–חגי–מוסטפא, אין ביכולתה של התביעה להוכיח".

ב וכן:

"מדובר בשתי מערכות של ראיות שלא לכל אורך הדרך מתיישבות זו עם זו" (ראה בעמ' 34 לסיכומים).

וכפי שאמר בא־כוח המדינה בסיכומיו בערכאה הראשונה, בהתייחסו לקשר שבין מערכת ג העובדות שהביאה להרשעת בן עזרא לבין זו העומדת נגד המערער:

"נקודת מפגש שכזו לא נמצאה בכלל, לא על סמך עדות קודמת ולא על סמך דברי המעורבים" (בעמ' 391 לפרוטוקול).

ובטיעון בעל־פה שלפנינו חזרה באת־כוח המדינה והבהירה:

ד

"הסכמנו לזיכויו של בן עזרא ולעיכוב הליכים נגד השניים האחרים, חגי ומוסטפא, לא מפני שהשתכנענו שהם חפים מפשע, אלא מפני שעמדנו בפני שתי מערכות ראיות שדי בכל אחת להרשיע. אך אין הקבלה בין שתי המערכות. לו ניתן היה לעשות הקבלה כזו, היינו מבקשים ששתי ההרשעות תתקיימנה. לא עלה בידינו להראות את הקשר בין כל השותפים הפוטנציאליים. בלי הקשר הזה לא ראינו את עצמנו על קרקע מספיק בטוחה כדי להשאיר את המצב בעינו".

ה

וכן:

ו "יש שתי מערכות עובדות שמספיקות להרשעה. יש ספק אם הן משתלבות זו בזו ובחרנו ללכת ולסמוך על הגירסה האחת נגד המערער שנראית לנו יותר אמינה. הראיות נגד המערער הינן, לדעתנו, יותר מוצקות".

וכן:

ז "לא רצינו טיעון בלתי מתיישב של התביעה, ועל כן הסכמנו לזיכוי בן עזרא".

הנה כי כן, המדינה הסכימה לזיכוי בן עזרא לא מכיוון שלדעתה מערכת העובדות שהובאה לפני בית המשפט נגדו לא הצדיקה את הרשעתו. היא עשתה כן רק משום

nevo.co.il

שלדעתה מערכת העובדות הקיימת נגד המערער "חזקה" יותר. ומכיוון שאין שתי ההרשעות יכולות, לדעתה, לדור זו בצד זו, בתרה המדינה והחליטה לעמוד רק על הרשעתו של המערער.

א

דברים ברוח דומה אמר בא־כוח המדינה כבר בעת טיעונו בבית המשפט המחוזי:

> "אני לא אומר שמוטי בן עזרא לא עשה זאת. אני רוצה לומר שהיום אני משוכנע שקיים ספק באשמתו. לא אמרתי שקיים ספק לאשמתו של הנאשם בתיק זה. לבוא היום ולומר שמוטי בן עזרא לא אשם איני יכול, כמו שאיני יכול לומר זאת על מוסטפא וחגי ... יש בתיק הזה מעין חור שחור, קטע מסויים שאיננו יודעים מה היה שם" (בעמ' 393).

ב

אכן, הרשעתם של בן עזרא והמערער בשני משפטים נפרדים שהתקיימו נגדם בבית המשפט המחוזי מושתתת, כל אחת מהן, על מסכת עובדות שונה, והאפשרות כי המערער ובן עזרא היו שותפים לרצח לא רק שאינה עולה מן הראיות שהובאו בכל אחד מהמשפטים, אלא שאין בראיות כל אחיזה לכך שהיה קשר כלשהו בין השניים, ומדברים מפורשים שאמר בן עזרא בחקירתו, המערער, שאותו אין הוא מכיר, לא היה שותף למעשי השוד והרצח שעליהם מסר בחקירתו במשטרה.

ג

ד

במצב דברים זה נקל להבין את הקושי שהמדינה נקלעה אליו כשנדרשה להגן בערכאת ערעור על שני פסקי הדין המרשיעים, קושי אשר בגללו בתרה להסכים לזיכויו של בן עזרא.

4. במהלך הדיון בבית המשפט המחוזי בעניינו של המערער הוגשו כראיות כל ההודעות שנגבו מבן עזרא על־ידי חוקרי המשטרה, לרבות הקלטות של שיחות עמו, דו"חות של חוקרי המשטרה וכן פרוטוקול עדותו במשפטו (נ/24 א–לג', ראה בעמ' 305 לפרוטוקול). כן הוגשה כראיה הכרעת הדין במשפטו של בן עזרא (נ/23, ראה בעמ' 303 לפרוטוקול).

ה

אפילו מהוות ראיות אלה או חלקן עדות שמיעה, משהוגשו בהסכמה הריהן מהוות חלק מהראיות אשר בפני בית המשפט, ועל בית המשפט לתת להן את משקלן הראוי. הלכה היא שאפילו ראיה שנתקבלה מהווה עדות שמיעה, אם נתקבלה ללא התנגדות לא כל שכן אם נתקבלה בהסכמה מפורשת, הריהי ראיה קבילה (ע"פ 46/63 זבלודובסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה [8], בעמ' 1064; הנ' 217/75 מלקי נ' מדינת ישראל [9], בעמ' 494; ע"פ 595/79 אלקורד נ' מדינת ישראל [10]; ע"פ 566/89 601 מרציאנו ואח' נ' מדינת ישראל [11], בעמ' 549). מה גם שהגשתם של המסמכים האמורים כראיה יכולה להיעשות על־פי הוראתו המפורשת של סעיף 144 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב–1982. על־כן, הייתה לפני בית המשפט מערכת עובדות, העולה מהתוודויות בן עזרא ומן המסמכים הנ"ל ומתוך מסמכים אחרים שהוגשו לפני בית המשפט, ועל פיה נעברו העבירות על־ידי בן עזרא, חגי וסרסור, ללא ראיה שהמערער היה קשור בכך.

ז

nevo.co.il

5. אימרותיו של בן עזרא וכל יתר הראיות הנזכרות בפיסקה הקודמת קבילות אפוא כראיה בשל ההסכמה להגשתן. אך יש לזכור, שבן עזרא גם העיד במסגרת ההליכים נגד המערער (ראה עדותו הארוכה בעמ' 303–336). הוא גם הוכרז עד עוין, ולאחר זאת הוגשו, בהסכמת המדינה, כל אימרותיו. על־כן, בעת הדיון בערעור הראשון, היינו סבורים שהיה על בית המשפט להחליט בדבר מהימנות גירסתו ולהחליט איזו גירסה שלו, או חלקים שלה, הוא מקבל כמהימנה, או שמא כל גירסותיו אינן מהימנות עליו. במסגרת זו יכול היה אף להעדיף את האמור באימרותיו של בן עזרא, או בחלקן, על פני דברים שאמר בעדותו, בהסתמך על הוראות סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א–1971 (להלן – פקודת הראיות). לפני בית המשפט גם הוגשה כראיה עדותו של בן עזרא במשפטו שלו, וזו הייתה יכולה לסייע לבית המשפט בבירור מידת האמת שבגירסתו של בן עזרא.

6. גם לא היה מקום להתעלם כליל מהכרעת הדין במשפטו של בן עזרא. הכרעת הדין בענייננו של בן עזרא היא, אמנם, בגדר עדות שמיעה במשפטו של המערער (ע"א 158/53 טננהולץ ואח' נ' פופלוביץ; פופלוביץ נ' טננהולץ ואח' [12], בעמ' 1574; ע"א 373/54 [1], בעמ' 1140). אך הכרעת הדין הוגשה בהסכמה והיא יכולה לשמש כראיה במובן זה. כמובן, בית המשפט אשר דן בעניינו של המערער הוא שצריך להכריע באשמת הנאשם שלפניו או בחפותו, על־פי כלל הראיות שבאו לפניו, וקביעות עובדתיות או מסקנות שנקבעו על־ידי בית המשפט במשפטו של אחר אינן מחייבות אותו. אך עליו להתייחס להכרעת הדין במשפט האחר, המהווה ראיה מוסכמת לפניו במסגרת שקילת כלל הראיות שלפניו, אפילו כל שניתן לדלות ממנה הוא בגדר עדות שמיעה.

7. בעת הדיון בערעור הראשון לא חלקה באת־כוח המדינה על האמור בפיסקאות 4–6 לעיל בטיעונה לפנינו. להפך: עמדתה הייתה שראוי שחומר הראיות כולו – לרבות המוצגים שהוגשו במשפטו של בן עזרא, וכן הכרעת הדין שניתנה בו – יהיו לנגד עיני בית המשפט. באת־כוח המדינה הטעימה לפנינו מפורשות: המדינה אינה מבקשת להעלים דבר, ויש לה עניין שהתמונה כולה תהיה לנגד עיני בית המשפט.

עמדה הוגנת זו מצד המדינה התבקשה מהנסיבות. שני הרכבים שונים של בית־משפט דנו בשאלת האשמה באותה פרשה של מעשי שוד ורצח. כדי שההחלטות של שני ההרכבים לא תהיינה סותרות מבחינת המימצאים שנקבעו בהן בשל כך שהובא לפניהן חומר ראיות שונה, ראוי שהראיות שתבואנה לפני ההרכב הדן בעניין מאוחר מבחינה כרונולוגית תכלולנה את הראיות שהיו לפני ההרכב המוקדם. למדינה אין עניין להסתיר דבר, ואין ספק שהיא מעוניינת שבית המשפט יגיע לתוצאה הנכונה והצודקת. במסגרת זו, ובהתחשב בנסיבות המיוחדות של המקרה, נכונה הייתה, על־כן, המדינה שהיריעה כולה תיפרס לפני בית המשפט, ויש לשבחה על כך.

8. בפסק הדין הראשון בחר בית המשפט המחוזי שלא להכריע בשאלה אם בן עזרא מעורב במעשה הרצח. הוא, למעשה, התעלם הן מעדותו של בן עזרא לפניו, הן מגירסותיו

באימרותיו והן מעדותו במשפטו. הוא לא התייחס לאלה כלל בהכרעת־דינו. בית המשפט גם לא התייחס ולא הכריע בשאלה אם המערער פעל לבדו או שהיו עמו אנשים נוספים בדירת המנוח בעת ביצוע הרצח (ראה בעמ' 49 לפסק הדין הראשון). הוא אף מביע את סברתו, כי "יתכן בהחלט כי הנאשמים האחרים בתיק 517/91 או 505/91 (בן עזרא, חגי וסרסור – ת' א') מעורבים בפרשה" (בעמ' 58). אך הוא לא מצא לנכון לבחון זאת לאור גירסת בן עזרא בעת חקירתו במשטרה והראיות האחרות שבאו לפניו. הוא גם לא הכריע בשאלה באיזו מידה יש במימצאים העולים מראיות אלה לכרסם בראיות נגד המערער, לסותרן או להטיל בהן ספק.

מדברים שאמר בית המשפט בפסק הדין הראשון ניתן ללמוד שיש ממש בחשד שחגי, סרסור ובן עזרא קשורים ברצח. בהתייחסו לעדותו של חגי לפניו אומר בית המשפט בפסק הדין הראשון דברים ברורים בכיוון זה, דברים הראויים לציטוט:

> "ראינו את חגי יוסף והתרשמנו ממנו.
>
> קשה לומר שהרושם היה חיובי, וזאת בלשון המעטה.
>
> חגי יוסף מרבה מלל, כמעט היינו אומרים דברן כפייתי, ולא יכולנו להמנע מקבלת הרושם שהעצים הרבים (דהיינו: המילים) נועדו אולי להסתיר את היער.
>
> הרבה נקודות בעדותו של חגי יוסף עוררו תהיות וסימני שאלה, ולא מעטים השקרים שנתפס בהם.
>
> עד כדי כך לקתה גירסתו בחוסר אמינות, עד ששאלנו עצמנו אם לא הזדרזה המדינה יתר על המידה במהלכים שנקטה הן בתיקו (המשותף לו ולמוסטפה סרסור) והן בערעורו של מוטי בן עזרא.
>
> אלא שחגי יוסף איננו הנאשם שלפנינו, והרשעתו או זיכויו אינם עומדים כרגע על הפרק".

מדברים אלה מסתבר, שהתרשמותו של בית המשפט מעדות חגי העלתה לפניו את החשד, אם לא למעלה מזה, שהשלושה קשורים לרצח, ורק משום שסבר שעניינם של אלה ומידת מעורבותם ברצח אינה חשובה להכרעת הדין לפניו, לא הכריע בכך.

9. בפסק הדין שניתן בערעור הראשון ביום 5.9.94, קבענו שיש לבטל את פסק הדין הראשון ולהחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי, על־מנת שישלים את מלאכתו במובן זה שיתייחס שוב לכלל הראיות תוך התייחסות וקביעת עמדה לגבי גירסותיו השונות של בן עזרא, כפי שהובאו לפניו; ועל־מנת שייתן את הכרעת דינו מחדש על־פי מכלול הראיות. בקשר לכך אמרנו, בין השאר:

> "סבורים אנו כי על בית משפט קמא היה לקבוע את עמדתו לגבי כל חומר

> הראיות שהוגש לפניו בהקשר לעדותו של בן עזרא, בין לעצמו ובין בהקשר לשאר הראיות שהוגשו בתיק, לרבות שאלת מהימנותו של בן עזרא, שהעיד, כאמור, לפניו, ולקבוע על איזו מבין גירסאותיו, או כל חלק שלהן, ניתן לסמוך. בית משפט קמא בחר שלא להביע דעה לגבי עדותו של בן עזרא וגירסותיו, ובכך סבורים אנו כי לא השלים את מלאכתו. בלי להתייחס לעדותו של בן עזרא ולחומר הראיות הנוגע לו, לא ניתן לקבוע עמדה פסקנית לגבי אשמתו של המערער. שהרי בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, משליכה המסקנה המתבקשת לגבי בן עזרא על המסקנה המתבקשת לגבי המערער. אם יקבע כי התוודותו של בן עזרא במשטרה היא נכונה אזי אין היא משתלבת בגירסת התביעה במשפטו של המערער, ורק אם תועדף גירסתו בבית המשפט, נותרות הראיות הנוגעות למערער לבדן. לא נעלם מאיתנו הקושי שבהכרעה, אולם לא ניתן לדעתנו שלא להתייחס למהימנות עדותו של בן עזרא לצורך קביעת אשמתו או חפותו של המערער" (ההדגשה שלי – ת' א').

10. לאחר שהוחזר הדיון לבית המשפט המחוזי והצדדים טענו טענותיהם לפניו, ניתנה על־ידיו הכרעת־דין נוספת ביום 7.11.94 (להלן – פסק הדין השני). מפסק הדין השני ניתן להבין שבית המשפט המחוזי התרשם באופן שלילי מעדותו של בן עזרא לפניו, באשר – כדברי בית המשפט:

> "העד הזה מסוגל, לדעתנו, לומר כל דבר שנראה לו אותו רגע כמשרת את האינטרסים שלו, בין אם הדבר מעוגן באמת ובין אם לאו" (עמ' 3 לפסק הדין).

בית המשפט המחוזי חזר ואישר את כל מסקנותיו בפסק הדין הראשון והרשיע את המערער בעבירות השוד והרצח. אשר לגירסת בן עזרא באימרותיו במשטרה, שעל פיהן היה שותף של חגי ושל סרסור במעשי השוד והרצח, בית המשפט המחוזי לא היה מוכן לקבוע עמדה באשר למהימנותה. בית המשפט מצא שאין הוא יכול לסמוך על גירסת בן עזרא לפניו, ועל סמך זאת קבע:

> "לא היה בידינו לומר אם יש לייחס אמון לדבריו במשטרה, לפיהם אכן היו הוא סרסור ויוסף קשורים לרצח או לייחס אמון לדבריו בבית המשפט, לפיהם לא היו הוא והשניים האחרים קשורים לרצח. על כן, כאמור, לא הבענו – ואין אנו מביעים בזה – עמדה לגבי איזו מבין הגירסאות הרבות שמסר. התביעה וההגנה לא השכילו לתת בידינו כלים לבחון באמצעותם בחינה אובייקטיבית את נכונות גירסה זו או אחרת, בקשר למעורבותם של שלושה אלה, כפי שעלתה בדברי בן עזרא" (עמ' 4 לפסק הדין; ההדגשה שלי – ת' א').

מדברים אלה ניתן להסיק, שמעבר לקביעותיו של בית המשפט שאין הוא יכול לקבוע אם גירסת בן עזרא במשטרה היא אמת אם לאו, אין הוא יכול להוסיף. בית המשפט גם לא בחן בפסק־דינו השני את השתלשלות גירסתו של בן עזרא ואת אותות האמת הניכרים בה, בהתחשב בנסיבות אמירת הדברים ובתוכן הדברים בחלק מהתוודויותיו, הכוללות ציון

עובדות מוכמנות שיכולות היו להיות ידועות רק למי שנטל חלק במעשה, ועוד פרטים נוספים שיכולים היו לסייע בגילוי מידת האמת שבגירסת התוודויותיו של בן עזרא. כנזכר לעיל, הוגשו לפני בית המשפט כל אימרותיו של בן עזרא במשטרה, תמלילים של שיחות שלו עם אחרים שהוקלטו, פרוטוקול העדות שמסר במשפטו שלו וכן זיכרונות דברים שנערכו על־ידי חוקריו לעניין דברים שאמר ולעניין התנהגותו במהלך חקירתו. המדובר במאות עמודים של חומר בכתובים, אשר לא באה כל התייחסות אליהם בפסק הדין השני, פרט לקביעה הכללית שאין לו לבית המשפט כלים לקבוע אם גירסת בן עזרא במשטרה הינה אמת אם לאו. מכיוון שבן עזרא לא עשה רושם של עד אמת במהלך עדותו בבית המשפט, בחר בית המשפט שלא להתייחס כלל לאותן ראיות נוספות אשר הוצגו לפניו. אך ברור, וזאת יש להדגיש, שבית המשפט המחוזי לא שלל את נכונות גירסת בן עזרא במשטרה או כל חלק שלה. ובקטע של פסק־דינו הוא במפורש אינו שולל את האפשרות שבן עזרא ואחרים היו מעורבים בפשע, כגירסת בן עזרא במשטרה.

בן עזרא הינו עד אשר העיד בבית המשפט, כשצד למשפט – הסניגוריה – מבקש להעדיף את גירסותיו באמרות שמסר למשטרה על פני עדותו בבית המשפט, כפי שהסניגוריה זכאית לבקש מבית המשפט, וכפי שבית המשפט רשאי לעשות מכוח סמכותו לפי סעיף 10א(ג) לפקודת הראיות. מעשה יום־יום הוא בבתי המשפט שצד לדיון, בדרך כלל התביעה, מבקש מבית המשפט להעדיף את גירסתו של עד באמרות שמסר לחוקרי המשטרה על זו שהוא מעיד לפניו, ובית המשפט נעתר לו, אם הנסיבות מצדיקות זאת. הסניגוריה ביקשה שכך יעשה בית המשפט בעניינו. אכן, כשהוחלט בפסק הדין בערעור הראשון להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי, הכוונה הייתה שבית המשפט יבחן את הראיות באספקלריה זו ויאמר דברו על־פי הראיות שלפניו, אם ניתן לסמוך על אימרות בן עזרא במשטרה, הכוללות התוודות על חלקו בפרשה וראיה נגד אחרים בדבר שותפותם במעשה הרצח, או על חלקן. היו לפני בית המשפט המחוזי כל אימרותיו של בן עזרא במשטרה, תמלילי שיחות שלו עם אחרים וכן עובדות נוספות שהיה בהן לסייע למסקנה אם דבריו באימרותיו אמת אם לאו. כשלעצמי, סבור הייתי שבית המשפט המחוזי יתייחס לכל אלה. הייתה לפניו גם הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי בעניינו של בן עזרא. אף כי זו אינה מחייבת אותו, לא בתוצאתה ולא בהנמקתה, היא כללה הנמקה המתייחסת להתוודויות בן עזרא ולתוכנן, והיה בה, בהנמקה זו, לסייע לו בבואו לנתח את מסכת אימרותיו של בן עזרא והשתלשלותה. לכל אלה אין התייחסות בפסק הדין השני. בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה שחומר ראיות זה כולו, אף שאין התייחסות לפרטיו, אין בו כדי לתת תשובה חד־משמעית כנדרש במשפט פלילי לשאלה אם יש אמת בגירסת ההתוודות של בן עזרא באימרותיו לחוקרי המשטרה.

ייתכן שהקיצור שבו התייחס בית המשפט המחוזי לעניין זה נבע מעמדתו שאף אם ייתכן שגירסת ההתוודות של בן עזרא הינה אמת, אין בה להשפיע על השאלה בדבר אשמתו של המערער. דעתי שונה. סבורני, כי יש חשיבות רבה לשאלה אם גירסת ההתוודות של בן עזרא הינה אמת אם לאו, ולפיכך אתייחס עוד בהמשך על עיקריה ואל אותות האמת אשר עולים ממנה ומנסיבות נתינתה.

11. בערעור זה נמצאים אנו, למעשה, במצב דומה לזה שבו נמצאנו במועד שבו נדרשנו לפסוק בערעור הראשון. המצב הוא מיוחד, וככל שהצלחתי לברר – ללא תקדים. אנו נדרשים לבדוק אם על־פי מסכת הראיות שבאה לפני בית המשפט המחוזי – מסכת ראיות שאליה התייחס חברי, השופט גולדברג, ובה עוד אעסוק – קיימות ראיות נסיבתיות אשר הצדיקו את הרשעת המערער, כשבצדה של מערכת זאת קיימת מערכת ראיות אחרת, ועל פיה אחרים – בן עזרא, חגי, סרסור ואדם נוסף שאינו המערער – הם שביצעו את המעשה. מערכת העובדות האחרת אינה פרי גירסה אפשרית תאורטית של המערער. המדובר במערכת עובדות הכוללת התוודות של אדם אשר היה, לדבריו, בין השותפים למעשי השוד והרצח, ועל־פי זה המערער אינו מעורב במעשים. מערכת עובדתית זאת, כולל התוודותו לפרטיה של בן עזרא, הובאה כראיה לפני בית המשפט המחוזי. על־פי מערכת ראיות דומה שהובאה לפני בית־משפט מחוזי, בהרכב אחר, נמצא שגירסת ההתוודות של בן עזרא היא מהימנה, ועל פיה הורשע בן עזרא בעבירות של שוד ורצח המנוח. בית המשפט המחוזי, אשר דן בענייננו של המערער, אינו שולל את מעורבותם של האחרים במעשה, ולגבי שניים מביניהם, חגי וסרסור, העלה את החשד, אם לא למעלה מכך, שהם מעורבים במעשה. כמבואר לעיל, גם התביעה אינה שוללת את מעורבותם של האחרים. הנה כי כן, עוסקים אנו, לכאורה, בשתי מסכות עובדתיות בעלות משקל משכנע, עד כי שני הרכבים בהרכב שלושה מצאו שכל אחת מהן ראויה לאמון, ושתי מסכות עובדתיות אלה נמצאות בחומר הראיות אשר בא לפני בית המשפט המחוזי אשר דן בענייננו של המערער.

12. המדובר בשתי מערכות ראיות נפרדות שאין כל קשר מוכח ביניהן, ולכאורה אין הן עולות בקנה אחד, כפי שהסכימה גם באת־כוח המדינה. ויש לחזור ולהדגיש, לא רק שמערכות העובדות שעל פיהן מבוססת ההרשעה בכל אחד משני התיקים שונות זו מזו, ולא הוכח כל קשר בין המערער כמבצע הרצח לבין בן עזרא, חגי וסרסור כמבצעיו; אלא גם זאת, שמפי בן עזרא הוברר, שאין הוא מכיר כלל אישית את המערער (ראה תמליל קלטת נ/24 לב' בעמודים 34, 39, 41, 53), בגירסתו, שעליה ראה בית המשפט לסמוך בפסק הדין שהרשיעו, בן עזרא מתאר במהלך התוודותו מי היו בתכנון השוד ואת אלה שנטלו בו הלק, והמערער אינו ביניהם. אך סביר היה לצפות, שלו היה המערער שותף לשוד ולרצח, היה הדבר מוצא את ביטויו בגירסת ההתוודות של בן עזרא.

יתר־על־כן, כפי שכבר נזכר, העובדה שהמערער אינו מעורב בפרשה מצאה ביטוי מפורש בחלק מהדברים שבן עזרא מסר לחוקריו. ביום 28.1.92 ביקש בן עזרא לדבר עם החוקר רס"ר רוני בן מנחם ולמסור לו דברים. במהלך השיחה בין השניים, שבה ביקש בן עזרא לעשות עיסקת טיעון עם המדינה כך שיוטל עליו עונש של ארבע־חמש שנות מאסר, נשאל בן עזרא על־ידי רס"ר מנחם אם שמו של המערער, בן סימון, מוכר לו. כותב על כך רס"ר מנחם בדו"ח שערך:

> "שאלתי אותו אם השם בן סימון מוכר לו וזה ענה שכן ושאבנר כבר פנה אליו במעצר ואמר לו שהם כלומר הוא וחגי עושים תרגיל על בן סימון והוא

אמר להם לא מעניין אותי תעשו מה שאתם רוצים, אך מסר שלסימון בן ארי אין שום קשר לעניין וזו סתם עלילה לגביו ואין לו שום מעורבות" (ראה מוצג נ/24 לא').

א

באותו יום, בשעה מאוחרת יותר, התקיימה שיחה בין בן עזרא לבין פקד פלדמן ויואב מנצור, ובה נשאל שוב בן עזרא אם סימון בן־ארי מעורב בפרשה והוא עונה ש"לא". הוא נשאל איך בן־ארי "נכנס" לפרשה, ועל כך הוא עונה "הוא נכנס בדרך תעתוע". וכשנשאל "מי ארגן?" הוא עונה "חגי ואבנר כבל" (ראה בתמליל שיחה נ/24 לב' בעמ' 11).

ב

יוצא, שעל־פי גירסת ההתוודות של בן עזרא, שעליה הושתתה הרשעתו, המערער אינו חלק מן השותפים לביצוע השוד והרצח. לגירסה זו של בן עזרא יש, כמובן, חשיבות בכך שהיא מנקה את המערער משותפות במעשי השוד והרצח. יש לה גם חשיבות נוכח זאת שלא הובאו כל הסבר או נימוק לכך שבן עזרא ינקה את המערער משותפות במעשים, אם בפועל נטל בהם חלק.

ג

13. נוכח קיומן של שתי מערכות עובדתיות שונות ביחס למעורבים בביצוע הרצח, המבוססות, כל אחת מהן, על תשתית ראייתית שונה, עולה וצפה השאלה אם נוכח קיומה של הגירסה בדבר אשמתם של בן עזרא, חגי וסרסור ואחר, גירסה שעל פיה המערער לא נזכר כשותף למבצעי עבירות השוד והרצח ואף נטען לגביו שלא היה שותף למעשים, יכולה הרשעתו של המערער לעמוד. האם אין קיומה של אפשרות – על־פי גירסת ההתוודות של בן עזרא – של ביצוע הרצח על־ידי אחרים משמיטה את הקרקע תחת אשמתו של המערער או לפחות מטילה בה ספק?

ד

המערער נמצא, גם על־פי גירסתו שלו בבית המשפט, במקום ביצוע מעשי העבירה. גירסתו היא שהוא נמצא בדירת המנוח קודם בואם של השודדים־רוצחים, בלי שהיה לו כל קשר אליהם. על־פי ראיות נסיבתיות שבאו לפניו, קבע בית המשפט המחוזי שהסבריו של המערער לנוכחות תמימה במקום אינם מתקבלים על דעתו, ולפיכך נוכחותו במקום הייתה נוכחות של שותף לביצוע המעשים. המערער תוקף בערעור חלק מהקביעות העובדתיות ומהמסקנות של בית המשפט, ומביא גירסה בדבר אחרים שקשרו קשר לבצע את המעשה ובדבר שותפותם בביצועו, ללא שהוא היה מעורב בכך. בהנחה שחומר הראיות שהובא נגד המערער יש בו די כדי להוות ראיה לכאורה לאשמתו – ובלי שאכריע בכך – האם אין במערכת העובדות שהובאה על־ידי המערער בדבר אשמתם של אחרים כדי לסתור את המסקנה בדבר אשמתו או לפחות להטיל בה ספק סביר?

ה

ו

שאלה זו מעלה שאלה נוספת: מהו "ספק סביר" אשר יש בו להביא לזיכויו של נאשם מאשמה המיוחסת לו.

ז

14. על התביעה להוכיח את אשמתו של הנאשם מעבר לכל ספק סביר. בע"פ 20/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי [13], עמד בית המשפט על הנטל המוטל על התביעה בעניין זה.

ואלה דבריו של השופט חשין בעניין זה:

א "הביאה הקטיגוריה דברי הוכחה אשר יש בהם, לכאורה, כדי להעלות את ההנחה, כי הנאשם עבר את העבירה המיוחסת אליו, עוברת לשכמו של הנאשם החובה להמשיך בהבאת דברי הוכחה מצדו הוא. בשלב זה – ואף לא בשום שלב אחר – אין עליו להוכיח את חפותו מפשע; כל מה שמוטל עליו הוא: לתת דברי הסבר להנחה אשר עלתה מתוך הוכחותיה של הקטיגוריה. נתן הסבר המתקבל על הדעת, והשופט מקבל הסבר זה, עליו לזכותו. נתן
ב הסבר המתקבל על הדעת, אך השופט אין בידו להחליט אם יקבל דברי הסבר אלה או ידחם – כלומר: אינו מוכן להכריע אם דברים אלה נכונים הם או לא – עליו לזכותו מפני הספק. נתן הנאשם הסבר מתקבל על הדעת, אך השופט אינו מאמין בדברי הסברו, או הסברו אינו מתקבל על הדעת, או לא נתן כל הסבר, שוקל השופט את כל המסיבות ואת כל דברי ההוכחה – בשוותו לנגד
ג עיניו תמיד את הכלל היסודי והראשי, היינו: כי חובת ההוכחה רובצת על שכמה של הקטיגוריה עד סוף כל הסופות – ואז הוא רשאי – אך אינו מצווה – לחייב את הנאשם בדין" (שם, בעמ' 1196).

ההסבר הנזכר בקטע המצוטט לעיל יינתן בדרך כלל על־ידי הנאשם עצמו. אך לעתים,
ד אפילו דברי הנאשם אינם נמצאים מהימנים על בית המשפט, יכול ההסבר להינתן על־ידי ראיות אחרות אשר תימצאנה מהימנות על בית המשפט, ובלבד שראיות אלה תסתורנה את הראיות העומדות נגד הנאשם או תטלנה בהן ספק סביר. בהימצא ראיות כאלה, יוכרע דינו של הנאשם לכף זכות.

ה **15.** השאלה, מתי הסבר או ראיות מטעם הנאשם יש בהם להעלות ספק סביר, נדונה בהרחבה בבית־משפט זה בפרשת דמיאניוק [6]; ראה שם, בעמ' 644-653 והאסמכתאות שם). בהתייחסו למידת ההוכחה החלה על התביעה, אומר שם בית המשפט:

ו "...על ההוכחה להיות כה משכנעת וקרובה לוודאי, עד כי ייאמר לגבי טענה הנטענת לזכותו של הנאשם (קרי, נגד חיובו בדין) כי הדבר אמנם בגדר האפשרי מבחינה תיאורטית, אך זו אפשרות כה רחוקה עד אשר אין לתת לה כל ממשות" (שם, בעמ' 648).

וכן, שם:

ז "משמע, בית המשפט רשאי להרשיע רק אם כל ההסברים והפרשנות שניתנו לראיות המצביעות על חפותו של הנאשם, נדחו כחסרי ערך. על בית המשפט להשתכנע כי העובדות אינן מתיישבות עם מסקנה ראציונלית אחרת כלשהי מזו שהנאשם אשם בדינו".

בית המשפט מדגיש, כפי שנפסק לא אחת, שאין די בהעלאת גירסה תאורטית בעלמא:

nevo.co.il

"בית־משפט זה כבר הטעים מספר פעמים, כי נאשם שהובא נגדו תומר הוכחות מספיק כדי הרשעה, לא די לו, לשם הפרכת הראיות, כי יספר סיפור בעלמא או יעלה גירסה סתם, אשר לכאורה אינה מתיישבת עם קיומן של יסודות האישום. מול חומר הראיות לכאורה על הנאשם להציג קו הגנה ממשי, ריאלי, המתקבל על הדעת, אשר אינו פרי הדמיון בלבד" (שם, בעמ' 651).

א

וכן:

ב

"בביטוי 'סביר' טמונים הסינון והמיון בין עניינים שיש להם אחיזה הגיונית במציאות לבין דברים שהם ספקולציות נעדרות תשתית" (שם, בעמ' 652).

וכן שם, בעמ' 653:

ג

"ספק לבדו אינו מספיק, אלא רק ספק שיש לו אחיזה סבירה בחומר הראיות ... מבחן הספק הסביר הוא אפוא מבחן השכל הישר וניסיון החיים (ע"פ 524/77, 584, 653, 710 מזרחי נ' מדינת ישראל, בעמ' 686)".

בערעור בפרשת דמיאניוק [6] מצא בית המשפט שקיימת מערכת ראיות שנמצאה מהימנה על בית המשפט המחוזי, ובית המשפט לא ראה שיש הצדקה להתערב במימצאי המהימנות של בית המשפט המחוזי, שעל פיהם הוכחו האשמות שיוחסו לדמיאניוק כמי שהפעיל את תאי הגזים. אך במהלך הדיון בערעור הוגשו ראיות נוספות בכתב, הכוללות הודעות ורישומי פרוטוקול של עדויות וואכמנים שנחקרו בשעתו, ועל פיהן לא דמיאניוק, אלא אחר, איוון מרצ'נקו, הוא שהפעיל את תאי הגזים. בית המשפט התקשה לקבוע את מידת האותנטיות והמהימנות של הראיות הנוספות כאמור, אך הראיות כאמור הותירו ערפל, באשר הועלו ספקות לגבי היותו של דמיאניוק מפעיל תאי הגזים, ובידי התביעה לא הייתה אפשרות להבהיר את התעלומה בדבר קיומן של ראיות כאמור. בבוחנו את משמעותן והשפעתן של הראיות כאמור על תוצאות הדיון, אומר בית המשפט דברים אשר יש להם חשיבות לענייננו:

ד

ה

"מיגוון האפשרויות בעת בחינת הראיות הוא כמובן רב: יש שראיה פלונית נראית מעורפלת ובלתי בהירה במידה מספקת כדי לשקול כנגד ראיות אמינות ובעלות משקל, ויש שראיה אינה אמינה כפשוטו; אין אפשרות למצות את כל מיגוון הנסיבות שיכולות להיווצר בעת השוואת ראיות זו לזו; העיקר הוא שחובה על בית המשפט להתייחס לכל ראיה מהותית כדי להבין פשרה ובמידת הצורך לנמק דחיית אמינותה. הווי אומר, גם כאשר יש בפני בית המשפט ראיות הנראות אמינות לעילא, לא ניתן להשאיר בצד, כדבר שאין חפץ בו, מערך ראיות נוסף ומקביל, מבלי שהוסבר איך הוא משתלב בגירסה השוקלת לחובת הנאשם; הראיות צריכות להשתלב זו בזו, למעט אלו הנדחות כבלתי משכנעות או בלתי אמינות או מזויפות, או בשל טעמים כיוצא באלה; לפיכך, לא ניתן לומר לגבי

ו

ז

nevo.co.il

ההודעות: קבוצת ראיות זו איני יודע איך להגדירה או איזו תווית להדביק עליה, אולם אני מתעלם ממנה" (שם [6], בעמ' 662; **ההדגשות שלי – ת' א'**).

א בית המשפט התלבט שם גם בשאלה אם לא ניתן ליישב בין עדויות עדי הראייה שנשמעו בערכאה הראשונה לבין אותן ראיות נוספות שהוגשו בערעור, ואם רשאי הוא להסתמך על הסבר אפשרי לסתירה בין שתי מערכות הראיות. בעניין זה נאמר בפסק הדין:

ב "אפשר להעלות ספקולציות, אולם הערכות וניחושים אינם תחליף לנקודת אחיזה ראייתית, שעליה ניתן לסמוך ולבסס הסבר אשר יהיה בו כדי ליישב בין גירסת עדי הראייה לבין הודעות הוואכמנים. הרי, אין המדובר בגירסאות שונות שכל הדרוש כדי ליישב ביניהן היא תיזה הגיונית המיישרת את ההדורים ומסלקת את הסתירה הקוטבית שביניהן. מדובר כאן על מערכות עובדתיות סותרות, לכאורה, לגביהן דרוש, לאור טיבן ומהותן, נדבך ראייתי נוסף, כגון, הוכחה המבטלת את אמיתות ההודעות או אמינותן, או, למשל, ראיה המוסיפה ומבהירה כי היו מפעילים נוספים לתאי הגזים בפרקי הזמן השונים של הפעלתם, או תיזה לפיה היה וואכמאן בשם מרצ'נקו, אך קשירתו להפעלה של תאי הגזים היא המצאה מאוחרת או בלתי מדויקת מבחינת משך הזמן או ראיות אחרות כיוצא באלה. דא עקא, שלא הובאה ראיה המאיינת את אמיתות או אמינות ההודעות..." (שם, בעמ' 663).

ד מסקנתו של בית המשפט הייתה, שבאין הסבר שיישב בין שתי מערכות הראיות, די בכך כדי להביא לזיכויו של דמיאניוק מהעבירות שיוחסו לו ושעל פיהן היה מפעיל תאי הגאזים.

ה נזכיר, שמערכת הראיות העומדת נגד המערער הינה מערכת של ראיות נסיבתיות. על־מנת שניתן יהיה לבסס עליה הרשעה – כמו בכל מקרה שההרשעה מבוססת על ראיות נסיבתיות – מן ההכרח שתוביל למסקנה חד־משמעית בדבר אשמתו של המערער. על הראיות וכוחן המצטבר להיות כאלה שלא תיתכן היפותזה סבירה אחרת שעל פיה קיים ספק בדבר אשמתו של המערער (**השווה:** ע"פ 543/79, 622, 641 נגר ואח' נ' מדינת ישראל (**להלן – פרשת נגר** [14]), בעמ' 140-141; ע"פ 224/88 איזראלוב נ' מדינת ישראל [15], בעמ' 668-669).

ו והדברים ברורים: אם קיימת היפותזה סבירה שעל פיה הנאשם לא עבר את העבירה, כיצד נאמר שהראיות מובילות למסקנה חד־משמעית בדבר אשמתו של הנאשם? כיצד נאמר שאין ספק סביר בדבר אשמתו?

ז **16.** ניישם את ההלכה העולה מהאמור לענייננו. את מערכת הראיות הקיימת נגד המערער ושעל פיה ראה בית המשפט להרשיעו, יש לבחון לאור מערכת העובדות שלפיה אחרים הם שביצעו את מעשי השוד והרצח ללא מעורבותו של המערער – לא בתכנון ולא בביצוע. יש לבחון אם מערכת הראיות האחרת מתיישבת עם הרשעתו של המערער. יש לברר אם יש ראיות או הסבר, המעוגנים בעובדות המקרה, ולפיהם על־אף הראיות המפלילות אחרים בפשע עומדת הרשעתו של המערער במבחן של הוכחה מעבר לכל ספק

סביר. האם טענתו־הסברו של המערער שהוא נוכח במקום בדרך מקרה אינה מוצאת חיזוק או לפחות מעלה ספק בדבר אשמתו, לאור קיומה של מערכת ראיות שעל פיה אחרים, ללא שיתופו של המערער, ביצעו את המעשים.

א

כזכור, התביעה לא ראתה לנכון לתמוך בהרשעתו של בן עזרא, ועל־כן ביקשה את זיכויו בבית המשפט העליון. כך נהגה התביעה, כי לא מצאה קשר כלשהו בין שתי מערכות העובדות ומפני ש"לא לכל אורך הדרך מתישבות זו עם זו". כפי שראינו, יש, לכאורה, סתירה בין שתיהן. התביעה יצאה מהנחה שרק אחת מהגירסאות יכולה להיות נכונה במידה שתצדיק הרשעה על פיה. בבחירה שהייתה לפניה בין שתי הגירסאות, החליטה התביעה שזו המפלילה את המערער הינה "חזקה" יותר, ועל־כן החליטה שרק על הרשעה על פיה היא מוכנה להגן. אך בכגון דא לא עמדת התביעה היא שתכריע. על בית המשפט לבחון את שתי הגירסאות, ואם יש בכל אחת מהן לשלול את רעותה, או שאין אף אחת מהן ראויה לעמוד על מכונה לאור קיומה של רעותה, די בכך כדי שאף אחת מהן לא תהווה מערכת עובדתית המוכיחה את האשמה מעבר לספק סביר. בית המשפט אינו יכול להסתפק בבחירת הגירסה הנראית לו סבירה יותר מבין שתי גירסאות עובדתיות המובאות לפניו. על־מנת שידבק באחת משתי הגירסאות וישתית עליה הכרעת־דין בפלילים, עליו להשתכנע שהגירסה האחרת, אשר אינה עולה בקנה אחד עם הראשונה, אינה אמינה. עליו לבחון את הראיות כולן ולראות אם אין בתלקן, דהיינו בגירסה האחת, לשלול את ההוכחה מעבר לכל ספק סביר על־פי הגירסה האחרת.

ב

ג

ד

17. בית המשפט המחוזי התקשה להחליט אם גירסת התוודותו של בן עזרא באימרותיו לפני חוקרי המשטרה הינה גירסת אמת. כנזכר לעיל, הוא לא התייחס כלל לפרטיה. את שלא עשה בית המשפט המחוזי, דהיינו בחינת מהימנותה של גירסת ההתוודות של בן עזרא, נראה לי שאין מנוס שננסה לעשות אנו בערכאת הערעור. כלומר, ראוי שנכבד ונזכיר את הראיות – ולו את עיקרן – בגירסת בן עזרא ואת ניצני האמת שבהן. אך ברור הוא, שככל שנמצא שגירסה זו עומדת על יסודות איתנים יותר, כך יהא בכך לחזק את הספקות בגירסה שהובאה כנגד המערער, אשר אינה עולה עמה, לכאורה, בקנה אחד.

ה

18. תחילה פנה בן עזרא בהודעות טלפוניות אנונימיות למשטרה אשר יש בהן לסבך את חגי וסרסור במעשים. למעשה, כל האינפורמציה שמסר בן עזרא למשטרה נמסרה ביוזמתו. לאחר שהחל נחקר על־ידי המשטרה, החל לגלות טפח וכיסה טפחיים, ואף גלוי וברור מגירסותיו הרבות, שלא רק שניסה תחילה להרחיק חשד מעצמו, אלא ניסה להטעות את החוקרים על־מנת לשמור חלק מהראיות לעצמו, במסגרת כוונתו להיות עד מדינה או להגיע לעיסקת טיעון שתבטיח לו עונש קל. סקירה מלאה של השתלשלות הודעותיו והפרטים שמסר למשטרה כלולה בפסק־דינו של בית המשפט המחוזי במשפטו של בן עזרא (תפ"ח 517/91 של בית המשפט המחוזי), והיא נזכרת, בתמצית, גם בפסק־דינו של חברי, השופט גולדברג. עיקרם של דברים מוצא את ביטויו בהודעה מיום 1.10.91, שאותה מסר בן עזרא בכתב־ידו (נ/24 כו'). זו נכתבה על־ידי בן עזרא בנוכחות אחיו השוטר, אשר נכח במקום לבקשתו של בן עזרא (ראה נ/24 כה'). תמציתה של הודעה זו, אשר עליה

ו

ז

nevo.co.il

הסתמך גם בית המשפט במשפטו של בן עזרא, היא כדלקמן:

א "ביום 10.7.91 ביקר הנאשם בביתו של חגי, והם נדברו לפגוש למחרת את מוסטפא במסעדת 'חירק', בפתח תקווה. באותו מעמד לווה הנאשם סכום של 1,600 ש"ח תמורת הפקדתו של זהב, והם קבעו להיפגש בשעה שש בכפר קאסם, כשהם מבטיחים לו ש'יהיה לו טוב בחיים'.

ב בפגישה בערב, סיפר מוסטפא שהם מתכננים לשדוד אדם 'כבד', וזהו אדם מבוגר שפותח את דלת ביתו רק למי שהוא מכיר. הנאשם הבין שהקורבן מכיר את חגי ומוסטפא, וביקש לדעת כיצד הם לא חוששים שיזהה אותם. על כך השיבו לו, שאל לו להיכנס לפרטים ו'יש עוד צד למטבע'. משיחה זו הבין הנאשם שיש שותף רביעי למעשה המתוכנן.

ג הנאשם היסס אם להצטרף לקשר, אך חגי האין בו ולא הירפה ממנו בטענה שמדובר בעשרות אלפי שקלים. לבסוף נתרצה הנאשם והסכים, ונקבע שביצוע המעשה יהיה ביום א' בשעות הבוקר.

ד במשך השבת תקפו את הנאשם רגשות חרטה, וביום א' הביע את היסוסיו בפני חגי. על כך השיב לו חגי בנימה מאיימת, שהוא־הנאשם יודע יותר מדי פרטים, ואם ימשוך את ידו מהמעשה, זה עלול להביא לסופו. חגי והנאשם אספו את מוסטפא בפתח תקווה, ואותה שעה היה מצוייד בתיק נשיאה (צ'ימידאן) שבתוכו 'שקית מלופפת' ומגבת, וחגי היה מזוין בנישקו. הוא החנה את הרכב ברחוב הד־סיטרי, על פי הוראותיו של מוסטפא, וקיבל הוראה שלא לדומם את המנוע.

ה לאחר כ־5 דקות חלפה ניידת, ולאחר 2–3 דקות נוספות נראה אדם שמנמן ומרכיב משקפיים רץ 'לכיוון הימני של הכביש', כשהוא מחזיק צמוד לחזהו 'בשקית אדומה־בורדו'. הוא נכנס למכונית מסוג 'סובארו' משנת 83 והסתלק מהמקום כשהוא נוהג 'בטירוף ואף נסע בכביש שלצידו מוצב תמרור אין־כניסה'. הנאשם הבין שזה השותף הרביעי למעשה, והוא אף זיהה אותו ו ('ידעתי כי אני מכיר אותו בוודאות'), ובשלב מאוחר יותר של ההודעה הוא גם נקב בשמו ('סאלח' מכפר קאסם).

ז לאחר כארבע־חמש דקות הופיעו חגי ומוסטפא, והנאשם הבחין שידו של חגי מגואלת בדם, והוא 'שיפשף, אולי בלי כוונה את הריפוד על הכיסא הקדמי שישב מוסטפא'. השלושה נסעו על פי הנחייתו של מוסטפא לפארק 'אפק', ושם פתח מוסטפא את תיקו והנאשם ראה שטרות רבים של כסף, מטבעות זהב, ותכשיטים שונים, ובין היתר, היה תליון מרובע שעליו היה חרוט השם 'עליזה'. על הנאשם הוטלה מלאכת מניינם של הדולרים ושותפיו עסקו בספירתו של השלל האחר. הנאשם מנה 27,000 דולר, ומוסטפא סיכם ומצא

nevo.co.il

שיש 160,000 ש"ח. נקבע כי חלקו של הנאשם יהיה 45,000 ש"ח, אך הכסף יחולק לאחר תשעים ימים. מוסטפא הודיע שהוא הולך ללוויתו של המנוח, והזהיר את האחרים שאם יעצרו על ידי המשטרה, שלא יודו במעשה. הוא גם אמר לחגי בנוכחות הנאשם – 'ראית את הזקן הזה לא רוצה להיתנק'.

הנאשם ירד מהרכב בצומת 'קסם', והאחרים המשיכו בדרכם לביתו של מוסטפא, שם היו כנראה בגדים להחלפה עבור חגי. למחרת ראה הנאשם את חגי מחליף את הכיסוי של המושב הקדמי בריכבו, וחגי גם אמר שהוא עומד להחליף את הריפוד כולו. מכך, ומדבריו של חגי, כי מוסטפא עומד לקנות מכונית, הבין הנאשם ששותפיו החלו משתמשים בכסף, ועניין זה עורר את זעמו. השלושה נפגשו בבית הקפה ומוסטפא מסר לידו 500 דולר, והבטיח למסור לו את כל חלקו בשלל לאחר מספר ימים. באותו מעמד פרט הנאשם שטר של 100 דולר אצל אחד מבעליו של בית הקפה.

לאחר יומיים הודיע מוסטפא שבינתיים אין אפשרות לחלק את הכסף, ועניין זה הגביר את חשדו של הנאשם, ובעקבות כך איים עליו חגי, שאם יפתח את פיו – יבולע לו. בעקבות כל אלה החליט הנאשם להתקשר למשטרה, ולמסור פרטים על מעשה העבירה" (עמ' 17–19 לפרוטוקול).

19. בית המשפט המחוזי, אשר דן בעניינו של בן עזרא, מצא שגירסתו בדבר עובדות המקרה, שעל פיהן הוא, חגי, סרסור ואדם נוסף נטלו חלק במעשי השוד והרצח של המנוח, היגה גירסה שניתן לסמוך עליה. לא אפרט את כל נימוקיו של בית המשפט שם למסקנה זו. אלה מפורטים בהרחבה בעמ' 32–39 של הכרעת־דינו. אך ראוי להזכיר מספר עניינים המצביעים בכיוון מהימנות הגירסה, עניינים אשר ניתן לדלותם מתוך חומר הראיות אשר הוגש, כאמור, במשפטו של המערער.

א. את אימרתו המפורטת, שבה נתן גירסה מלאה של מעורבותו ושל מעורבות האחרים בפרשה, מסר ביום 1.10.91 בנוכחות אחיו השוטר, לאחר שהביע נכונותו לומר את האמת. הוא כתב את האמרה בכתב־ידו. בעת מוסרו אותה ידע את התוצאות האפשריות של מעורבותו בפרשה, ובאותו רגע לכאורה כל הנסיבות הצביעו על כוונתו למסור גירסת אמת. לא היו כל היגיון וטעם, על־פי נסיבות המקרה, על מה ולמה יפליל את עצמו ואחרים אם לא אמת הייתה בדבריו. גם ניכר בגירסתו שהוא ביקש להדגיש את חלקו הקטן יחסית בפרשה: הוא היה רק הנהג.

ב. בעדותו בבית המשפט ביקש לשכנע שמסר את התוודותו לחוקרי המשטרה, התוודות אשר לדבריו אינה אמת, בשל הרצון לנקום בחגי בשל כעס שהיה לו נגדו על רקע קודם. אך הסבר זה אינו משכנע, שהרי כבר בהודעה הטלפונית האנונימית הראשונה שמסר למשטרה סיבך גם את סרסור, וכנגדו לא היה לו כלום.

ג. בן עזרא ניהל משא ומתן עם אנשי המשטרה בדבר עיסקת טיעון שתיעשה עמו.

ביום 2.10.91 נמסרה לבן עזרא עמדת הפרקליטות, ועל פיה אם תיחתם עמו עיסקת טיעון, דרישת הפרקליטות תהיה שעונשו יועמד על עשר שנות מאסר. עמדת הפרקליטות גרמה לו אכזבה, באשר הוא סבר שמגיע לו עונש קל יותר של ארבע או חמש שנות מאסר. תגובתו, אשר באה לבטא את דעתו שעמדת הפרקליטות מחמירה עמו, הייתה: א

"אני לא רצחתי, אני בסך הכל הייתי נהג והכל בלחץ של חגי יוסף" (ראה הדו"ת ת/64).

הייתה זו תגובה ספונטנית אשר לכאורה ניכרים בה דברי אמת, כפי שנקבע גם על־ידי בית המשפט המחוזי שדן בעניינו של בן עזרא. ב

ד. במהלך הדיון בעניינו של בן עזרא נערכה עיסקת טיעון בינו לבין הפרקליטות, ועל פיה יוחסה לו עבירת הריגה. הוא אף הודה במהלך משפטו בעובדות המהוות עבירה זו והורשע בהתאם. הודאה זו נמסרה שעה שבן עזרא היה מיוצג על־ידי פרקליט, וביודעו שהעונש שיידרש על־ידי הפרקליטות יהיה עשר שנות מאסר. אין הסבר מניח את הדעת לכך שיודה בעבירה כה חמורה בלי שיש לו יד בדבר. לאחר מכן חזר בו אמנם מהודאתו, אך יש, כמובן, משקל לכך שבן עזרא היה מוכן להודות בעבירה כה חמורה, אשר על־פי המוסכם עמו העונש שיתבקש בית המשפט להטיל עליו יהיה עשר שנות מאסר. ג

ה. עם כל ניסיונותיו להוליך שולל את התוקרים וניסיונו לחזור מדברים שאמר, עיון בדברים שמסר לתוקרים מגלה פרטים רבים הנוגעים לאופן ביצוע המעשים וכן פרטים הנוגעים לתכנונם, וקשה להשתכנע שמדובר באמירות בעלמא שאינן משקפות דברי אמת. מה גם, וזאת הדגיש גם בית המשפט בהכרעת הדין שניתנה במשפטו של בן עזרא, שהוא ידע לספר לחוקריו פרטים מוכמנים הנוגעים למעשי השוד והרצח, אשר רק מי שהיה בסוד המעשים יכול היה לדעתם. ד ה

20. העובדה שבן עזרא ידע למסור לחוקריו, מפי מבצעי המעשה, עובדות מוכמנות, אשר היו יכולות להיות ידועות רק למבצעי המעשה, יש לה, כמובן, חשיבות רבה לעניין מהימנות גירסתו. כך מחייב ההיגיון, וכבר נקבע לא אחת שידיעת עובדות מוכמנות יש בה חיזוק רב ערך למהימנות הודאה של נאשם במעשה עבירה (ראה, לדוגמה: ע"פ 493/82 חמו נ' מדינת ישראל [16], בעמ' 655; ע"פ 334/86 סבאח נ' מדינת ישראל [17], בעמ' 857-868; ע"פ 845/77, 868 שרף נ' מדינת ישראל [18], בעמ' 437; ע"פ 260/78 סלימאן נ' היועץ המשפטי לממשלה [19], בעמ' 209-210; ע"פ 361/78 קבועה נ' מדינת ישראל [20], בעמ' 124). ו

בדונו במהותו של ה"דבר־מה" הנדרש כתוספת להודאה של נאשם בעובדות שיש בהן להרשיעו, מבהיר המחבר המלומד קדמי, בספרו הנ"ל, בעמ' 81, תחת הכותרת "מבחן ידיעת הפרטים": ז

"דרישת ה'דבר מה' תבוא על סיפוקה, אם ניתן להראות כי ה'פרטים' המפורטים בהודייה – אמיתיים הם. המדובר, כמובן, בפרטי האירוע נשוא

האישום, פרטים המצויים, בדרך הטבע, בידיעתו המיוחדת של מי שביצע את המעשה נשוא האישום, או בידיעתו של מי שנושא, בדרך אחרת, באחריות לביצועו. ההנחה היא, כי מי שיודע לפרטיו את ה'אופן' שבו בוצע שוד, למשל – אין מקום לחשוש שהוא מכזב בהודייה, שבה הודה במעורבות בביצוע אותו שוד".

א

וכפי שהוא מוסיף ומסביר, בעמ' 82, בהתייחסו להשיבותו הדראיתית של המבחן האמור:

ב

"מבחן זה, היגו המבחן המקובל ביותר מבין המבחנים הנוהגים בשל משקלו הראיתי; ולמותר יהיה להוסיף, כי ככל שהמדובר בידיעת פרטים 'נסתרים' יותר, ו'מיוחדים' יותר להתרחשות נשוא האישום – כן ילך ויגדל משקלה הראיתי של ה'ידיעה'".

ג

נציין עוד, שלידיעתו של בן עזרא עובדות מוכמנות כבר ניתן משקל בהחלטה שניתנה בבית־משפט זה. כשהחליט בית המשפט המחוזי לעצור את חגי וסרסור עד תום ההליכים במשפט שהתקיים נגדם, עררו אלה לבית המשפט העליון על ההחלטה. בהחלטת בית המשפט העליון לדחות את עררם הדגיש בית המשפט, מפי השופט מלץ, כי קיימים ביסוס ותמיכות לגירסתו המפלילה של בן עזרא נגדם –

ד

"ובהן עובדות שידע בן עזרא לספר שהיו מוכמנות ואשר לא יכול היה לדעתן אלא אם כן השתתף יחד עם השניים האחרים" (בש"פ 199/92, 267*).

העובדות המוכמנות שמסר בן עזרא היו במספר ענייניים. בין עובדות אלה נזכרה העובדה שמערכת לחצן המצוקה בבית המנוח לא פעלה (ראה בהודעה מיום 1.10.91), והנה הוברר מראיות שנשמעו במשפטו שלחצן המצוקה שהיה מותקן בבית המנוח לא פעל ביום הרצח. עובדה זו הוברה מפי עובדת של חברת אבטחה שראגה להתקנתה ולהפעלתה של מערכת האזעקה בביתו. בן עזרא העיד, ששמע על כך שלחצן המצוקה לא פעל מפיו של סרסור.

ה

במהלך חקירתו סיפר שנגנבו מטבעות זהב מדירת המנוח והוא אף ראה את המטבעות במהלך הנסיעה עם חגי וסרסור במכונית ממקום המעשה, לאחר שעצר את המכונית. עובדה זו תואמת עדות של בני משפחת המנוח בדבר מטבעות זהב שהיו בדירת המנוח ולא נמצאו בדירה לאחר רצח המנוח.

ו

בהודעתו מיום 1.10.91 מסר בן עזרא שהוא שמע את סרסור אומר לחגי "ראית את הזקן הזה לא רוצה להחנק". גופת המנוח הייתה פגועה מדקירות סכין וניכרה האלימות שננקטה כלפיה. אך יודעים אנו מתוך מסקנות הפתולוג אשר ניתח את גופת המנוח,

ז

* סרסור ואח' נ' מדינת ישראל, תקדין עליון 92 (1) 999.

שהמנוח מצא את מותו מחנק על־ידי לחיצה על הצוואר. עובדה מוכמנת זו, שעל פיה הרוצחים חנקו את המנוח, עובדה שהייתה ידועה רק לחוקרים, ידע בן עזרא מפיו של סרסור.

בן עזרא תיאר באימרתו מיום 1.10.91 גם שסרסור אמר לחגי "המניאק הזקן הזה אין לו אפילו מים חמים בבית". והנה, מתברר שהמנוח היה מחמם את דוד החשמל רק ביום שישי, והרצח אירע ביום א' של השבוע. משמע, שבן עזרא ידע מפי סרסור על העובדה שלא היו מים חמים בדירה, כפי שאכן היה המצב.

פרט לעובדות הנ"ל מציינת הכרעת הדין בפרשת בן עזרא עובדות נוספות אשר בן עזרא יכול היה לדעתן רק מתוך מעורבותו בפרשה. לפיכך, מסקנתו של בית המשפט המחוזי במשפטו של בן עזרא הייתה:

> "לא זו בלבד שהקורא את אמרותיו של נאשם זה בחקירתו, למד כי מדובר במי שניהל משא ומתן כדי להשיג מחיר נאות עבור המידע שבידו, ועבור נכונותו להפליל את שותפיו, אלא שבפנינו מערכת של עובדות וממצאים, חלקם מזירת העבירה, שהנאשם לא יכול היה לדעת אותם, אלא אם השתתף במעשי העבירה בפועל".

וכן:

> "אני קובע, איפוא, כי בחינתן של אמרות הנאשם, מכל זוית ראיה שתבחר, מסקנתן אחת – שהתוודות הנאשם בדבר מעורבותו במעשי העבירה, היא התוודות אמת, ולא נותר אלא לבחון אם יש בראיות המאשימה כדי לענות על אותו צורך של אימות 'חיצוני', כדי לסלק את הספק האחרון שנותר, שמא נימנה נאשם זה על 'העמלין מדי נפש המחכים למות שתוקעין חרבות בבטנם ומשליכין עצמן מן הגגות'" (עמ' 51–52 להכרעת הדין).

לאחר שמצא בית המשפט "דבר־מה" כנדרש, החליט להרשיע את בן עזרא.

21. אכן, עיון בהכרעת הדין בענייננו של בן עזרא מלמד על מידת השכנוע שיש בה. ושאלתי את עצמי, אם היה יסוד לבית־משפט זה להתערב במסקנת בית המשפט המחוזי אשר החליט להרשיע את בן עזרא, לו הכרעת הדין במשפטו של בן עזרא הייתה נדונה לגופה בערכאת ערעור. אין צורך שאקבע בעניין זה מסקנה חד־משמעית. שאלת אשמתו של בן עזרא אינה עומדת להכרעה לפנינו. אך ככל שנוגעים הדברים לענייננו של המערער שלפנינו, מוכן אני לחזור ולומר שקיימת מערכת ראיות בעלת משקל, ועל פיה בן עזרא, חגי וסרסור ואדם רביעי שאינו המערער נטלו חלק בתכנון שוד המנוח וכן בשדידתו ובהריגתו. המדובר במערכת ראיות אשר יש לקחתה בחשבון כמערכת המשקפת, לכאורה, עובדות אמת, ובוודאי אין להתעלם ממנה כשבאים לשקול ולהכריע בדבר אשמתו של המערער. עוד אדון להלן בעובדות ובשיקולים אשר הביאו להרשעתו של המערער בבית

המשפט המחוזי, ובאיזו מידה זו מוצקה ומשכנעת דייה לאור הגירסה אשר נקבעה במשפטו של בן עזרא כגירסת אמת. אך כבר כאן מוכן אני לומר, שלו הייתי נדרש להכריע בדבר עדיפות אחת הגירסאות אשר נקבעו בהכרעת הדין בכל אחד משני המשפטים על פני רעותה, איני בטוח מה הייתה התוצאה.

22. ומה היא מסכת הראיות שהובאו נגד המערער העומדות מול גירסת ההתוודות של בן עזרא, אשר פורטה לעיל?

חברי, השופט גולדברג, תיאר את פרשת הראיות העומדת כנגד המערער. דעתו היא, שמדובר במסכת ראיות איתנה אשר מן ההכרח שתביא להרשעתו. אין כוונתי לקבוע שמדובר במערכת עובדתית שאין בה כוח שכנוע משלה. אך, לדעתי, אין הראיות הנסיבתיות נגד המערער, אפילו בהצטברותן, כה חזקות עד שיש בהן לשכנע מעבר לכל ספק בדבר אשמתו של המערער, אם זוכרים אנו שקיימת מסכת ראיות שעל פיה המערער לא היה מעורב במעשה.

להלן אתייחס לעיקרן של הראיות הנסיבתיות אשר עמדו ביסוד הרשעת המערער ובהסבר אפשרי להן. בית המשפט המחוזי האמין לעדותו של אבנר כבל, כאילו ימים מספר לפני המקרה הציע לו המערער לפרוץ לדירת המנוח. עובדה זו שימשה לחיזוק הגירסה שמספר ימים לאחר מכן היה המערער בין אלה שבאו לשדוד את המנוח. אך היו לפני בית המשפט מספר ראיות אשר יש בהן להטיל ספק במהימנות גירסתו של כבל. ראשית, יודעים אנו מפי חגי שהוא אשר "דובב" את כבל כשזה היה עצור בכלא. מדבריו יודעים אנו, שכבל הינו נרקומן וחלק מהזמן היה ב"קריז". כבל היה אחד מהנרקומנים שאותם דובב חגי בכלא (ראה עדות חגי יוסף בעמ' 124). חגי אף מציין באימרתו נ/11, שהוא הפעיל פעולות ריכוך כלפי כבל, והדבר לקח מספר ימים עד שכבל נכון היה לייחס למערער את הניסיון לגייס אותו כדי לפרוץ לדירת המנוח (ראה בעמ' 1 ו־2 של האמרה). אין לשכוח גם שחגי עצמו היה חשוד ונאשם בקשר לרצח המנוח, והיה לו עניין "להוציא" מכבל, כמו מאחרים, גירסה שיהא בה כדי לנקותו. ולכך יש להוסיף סתירות שנתגלו בין גירסות כבל וחגי, כפי שהצביע על כך בא־כוח המערער. וגם זאת, יודעים אנו מפי בן עזרא שקשה לסמוך על הגירסה של כבל נגד המערער. בתמליל השיחה בין בן עזרא לבין חוקרי המשטרה פלדמן ומנצור (נ/24 לב' בעמ' 11), מוצאים אנו שבן עזרא מספר לחוקרים שחגי ואבנר כבל "ארגנו" את המערער לפרשה "בדרך תעתוע". לכל אלה לא התייחס בית המשפט המחוזי בפסק־דינו.

בעניין הסכין ת/1, אין זיהויה חד־משמעי, ונותר ספק בעיני בית המשפט המחוזי אם המדובר בסכין שהמערער הביאה לדירת המנוח. לגבי סימני הדם של המערער בדירה נמצא הסבר אפשרי, הנזכר בפסק־דינו של בית המשפט המחוזי, ועל פיו דמו של המערער, אשר נפגע על־פי תיאורו על־ידי אחד הרוצחים, הגיע לאותם מקומות שבהם נמצא באמצעות "מתווך". לגבי הערכת המערער את הזמן שעבר בעת האירוע בין כניסת השודדים ועד שנכנס מהמטבח למקום שבו נמצאו הרוצחים (שלוש עד חמש דקות),

הערכה אשר בית המשפט זקף אותה, מנימוקים שונים, לחובתו, אין לשכוח שמדובר בהערכה של זמן בעת אירוע מעשים טראומטיים. בנסיבות כאלה, גם אם מתברר שההערכה הייתה, אולי, מוטעית, לא הייתי מסיק מכך דבר לחובת המערער. א

גם לא מצאתי שבתיאור המערער את התנהגותו ואת האירועים בתוך הדירה יש להכריע לשבט את גירסתו. גם ל"התנהגותו המפלילה" לאחר מעשה ייתכן הסבר. המערער הסביר, שגם חשש מהרוצחים אשר ראוהו, וגם חשש שאם יגלה שהיה בדירה תוטל עליו אשמת שותפות במעשה ולא יאמינו לו שהיה במקום במקרה. לפיכך לא התקשר למשטרה או למגן דוד אדום לאחר המקרה, ואף ניסה להעלים, הן בדברים שאמר והן בהתנהגותו, את נוכחותו בדירה בעת מעשה, עד שנוכח שקיימות ראיות שעל פיהן הוכח דבר הימצאו בדירה בעת ביצוע הרצח. ב

לגירסתו זו של המערער, שעל פיה נקלע לדירת המנוח שלא בקשר לשוד, ובדבר הנימוקים שבגינם לא הודה בנוכחות במקום, נמצא חיזוק בדברים שאמר לתומו כששוחח עם אחרים. אל תאו של המערער הוכנס מדובב משטרתי, ללא שהמערער ידע שהוא כזה, והשיחות בין השניים הוקלטו בלי שהמערער ידע על כך. לאורך שיחות אלה מציין המערער עובדות התואמות את גירסתו, דהיינו שבאו שני אחרים לדירה בעת הימצאו בה והם הופתעו מנוכחותו במקום. והוא גם מסביר למה חשש לספר את מה שראה בדירה אף שלא היה מעורב בשוד וברצח (ראה, לדוגמה, בקלטת מיום 24.5.92 בעמ' 13–15, 16, 19, 20, 25). גם לאחר שהיה עמו בתא, מוריס לוגסי, סיפר המערער את הגירסה, שעל פיה לא היה שותף לשוד ולרצח (ראה נ/25). לראיות אלה לא התייחס בית המשפט המחוזי בפסק־דינו. ג ד

יובהר ויודגש, אין אני בא לחלוק על כך שייתכן שיהיה בראיות נסיבתיות להוכיח את אשמתו של הנאשם, ואף לא לקבוע כעובדה שגירסת המערער היא אמת. כל כוונתי היא להראות שעוסקים אנו בשאלת מהימנות גירסה ובראיות אשר אינן כה חד־משמעיות עד כי על־אף קיומה של גירסה אלטרנטיבית, שעל פיה לא נטל המערער חלק במעשה הרצח, נאמר שמעורבותו בשוד וברצח הוכחה מעבר לכל ספק סביר. ה

23. מקובל עליי, שתיתכן מערכת ראיות חד־משמעית המצביעה בעליל על אשמת הנאשם, עד שכל ראיות אחרות לא יהיה בהן לערערה. אם קיימת ראיה חד־משמעית, כגון צילום וידאו שלא יכול להיות ספק במהימנותו ושבו נראה פלוני יורה באלמוני, אך ברור שגירסת עדים שעל פיה אחר הוא היורה, לא יהיה בה כוח משכנע לשלילת מהימנות הראיה האובייקטיבית של צילום היורה בשעת מעשה. במקרה כזה, אפילו יתקשה בית המשפט להכריע, על־פי מראה עיניו והתרשמותו, אם גירסת עדי הראייה הינה אמת אם לאו, לא תעורר גירסתם ספק סביר בשאלה אם פלוני הוא היורה. וכיוצא בזה, ראיות אובייקטיביות אחרות או עובדות המוסקות מאמת מדעית אשר אינה ניתנת לסתירה. אך כל אימת שהמדובר בקביעת עובדות על־פי מהימנות עדים או על־פי ראיות נסיבתיות המושתתות על ההיגיון או על ניסיון החיים, הרי כשתבוא מערכת ראיות שונה, סותרת, ו ז

המושתתת על ראיות שבית המשפט לא יגיע למסקנה שניתן לשוללן במידת הוודאות הנדרשת במשפט פלילי, יעלה ויצוץ הספק הסביר, אם אכן ניתן לסמוך על אותן קביעות עובדתיות שעל פיהן מבקשים לקבוע את אשמת הנאשם.

א

מלאכת השיפוט נמסרה לבני אדם, ושופטים, ככל בני אדם, עלולים לשגות. שגיאה יכולה להיות באשר להתרשמות ממהימנותו של עד, והיא יכולה להיות גם בהסקת מסקנות ממערכת עובדתית אשר בנסיבות רגילות יש לה כוח משכנע כדי להביא למסקנה פלונית, אך ייתכן שיש בצדה מערכת עובדתית אחרת אשר יש בה לשלול את אותה מסקנה או להטיל בה ספק. אשר־על־כן, מתפקידו של שופט, אשר גורל עניינם של המתדיינים לפניו נמסר להכרעתו, לבדוק ולחזור ולבדוק את עצמו. אם קיימות ראיות אשר לא ניתן לשלול את מהימנותן ויש בהן לערער את הקביעות שעליהן מושתתת מערכת הראיות המרשיעה, על השופט הדן בעניין להתייחס אליהן ולבדוק את עצמו שמא יש בהן להצביע על האפשרות שטעה. כשאין בידו לשוללן, ואלה מערערות את המימצאים אשר במבט ראשון נמצאו מקובלים עליו, או אז עלול להתעורר אותו ספק סביר, אשר די בו כדי להביא לזיכויו של הנאשם.

ב

ג

24. מערכת הראיות אשר הוצגה במשפטו של המערער, זו המבוססת על התוודויותיו של בן עזרא שעל פיהן הוא, חגי, סרסור ואחר הם השותפים לביצוע המעשים, בלא שהמערער נטל בכך חלק, נראית בעיניי בעלת כוח משכנע, ודי בה, לדעתי, כדי לקבוע שאותן ראיות אשר הביאו להרשעת המערער אינן כאלה אשר יש בהן לשלול את האפשרות של טעות בהרשעת המערער. אכן, המחלוקת ביני לבין חברי, השופט גולדברג, ומכאן התוצאה השונה שאליה מגיע כל אחד מאתנו, היא בנקודה זו: בעוד שחברי סבור שמערכת הראיות הקיימת נגד המערער משכנעת דייה כדי להביא להרשעתו, אפילו בלי לשלול את גירסת התוודותו של בן עזרא ואף בלי שיוכח קשר כלשהו בין שתי מערכות העובדות – זו העומדת נגד המערער וזו העומדת נגד בן עזרא, חגי וסרסור – דעתי, כמבואר לעיל, שונה.

ד

ה

לדעת חברי, משלא קבע בית המשפט המחוזי שניתן להסתמך על גירסת בן עזרא במשטרה, יש להתעלם ממנה ואין לה כל משקל לצורך הכרעה בדבר אשמתו של המערער. בעניין זה אומר חברי בפסק־דינו:

ו

> "לו היה בית המשפט קמא קובע בהכרעת־דינו השנייה שהתוודותו של בן עזרא במשטרה, כי היה מעורב בשוד, היא התוודות אמת, כי אז היה בהתוודות כזאת להעלות ספק סביר, אם לא למעלה מכך, בדבר אשמתו של המערער, חרף קיומן של ראיות נסיבתיות המצביעות לכאורה על אשמתו. שהרי אף לא אחת מגירסותיו של בן עזרא במשטרה מערבת את המערער בשוד וברצח, ואין כל ראיה אחרת על קשר שהיה קיים בין המערער לבין השלישייה (בן עזרא, חגי וסרסור). פשיטא: לו היה בית המשפט קמא מעדיף את גירסתו של בן עזרא בעדותו לפניו על דבריו במשטרה, כי אז היו נותרות לבדן הראיות הנסיבתיות המדברות לחובתו של המערער.
>
> ..."

ז

nevo.co.il

כיוון שהפכפכותו של בן עזרא לא איפשרה לבית המשפט לקבוע אימתי אמר אמת ואימתי כיזב, בחר להתעלם כליל מכל דבריו. דרך זו הייתה, בנסיבות המקרה, הדרך היחידה שעמדה לפני בית המשפט, כשלא היו בידיו אמצעים כלשהם לקבוע קביעה פסקנית איזו גירסה מבין הגירסאות הרבות שהעלה בן עזרא עדיפה עליו".

דעתי בעניין זה שונה. ראשית, כפי שהבהרתי לעיל, הראיות מפי בן עזרא במשטרה יש בהן מידה לא מעטה של שכנוע כי מדובר בגירסת אמת. שנית, אפילו לא ניתן להגיע למסקנה שהמדובר בגירסת אמת, בית המשפט המחוזי לא שלל את האפשרות שגירסת אמת היא. העובדה שבעדותו בבית המשפט המחוזי במשפטו של המערער נתגלה בן עזרא כעד הפכפך המוכן לומר כל דבר כדי לסייע לעצמו, אינה מחלישה את הטענה בדבר מעורבותו שלו ושל אלה שבשמם נקב במעשה הרצח. בגירסתו בעניין זה במשטרה הרי הפליל את עצמו, וכמבואר לעיל, מסר פרטים מוכמנים אשר רק מי שהיה מעורב בפרשה יכול היה לדעתם. האם נכונותו לומר בעדותו בבית המשפט כל דבר שיסייע לענייננו, כפי שהתרשם בית המשפט המחוזי, שוללת את האמת מגירסתו במשטרה הכוללת הפללה עצמית? מכל מקום, וזה העיקר, בית המשפט לא שלל את גירסת בן עזרא במשטרה כגירסת אמת. ואם כך, די בהוכחת קיומה של גירסה אפשרית סבירה השוללת את נכונות גירסת אשמתו של המערער, כדי שיתקיים ספק סביר באשמתו. כך סברנו בפסק הדין הראשון כשהחלטנו להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי, וקבענו, בין היתר, כך:

"בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, משליכה המסקנה המתבקשת לגבי בן עזרא על המסקנה המתבקשת לגבי המערער. אם יקבע כי התוודותו של בן עזרא במשטרה הינה נכונה, אזי אין היא משתלבת בגירסת התביעה במשפטו של המערער, ורק אם תועדף גירסתו בבית המשפט, נותרות הראיות הנוגעות למערער לבדן. לא נעלם מאיתנו הקושי שבהכרעה, אולם לא ניתן לדעתנו שלא להתייחס למהימנות עדותו של בן עזרא לצורך קביעת אשמתו או חפותו של המערער".

בדעה זו נשארתי דבק. באין העדפה של עדות בן עזרא בבית המשפט על גירסתו במשטרה, המתבקש הוא שגירסתו במשטרה הינה גירסה אפשרית, וזו אינה משתלבת עם גירסת אשמתו של המערער, ומותירה ספק במהימנותה. לדעתי, אין להתעלם מהאפשרות שגירסת ההתוודות של בן עזרא היא הנכונה, רק מכיוון שבית המשפט המחוזי התקשה להכריע אם היא אמת, ואין לבחון את הראיות הנסיבתיות העומדות נגד המערער בהתעלם ממנה. אין לעצום עיניים בפני אפשרות זו כאפשרות המשקפת את עובדות המקרה לאמיתן. האפשרות כאמור הינה חלק מכלל נסיבות המקרה שאותן יש לקחת בחשבון, ובהתחשב בה נותר ספק סביר בדבר אשמתו של המערער.

נזכיר שוב, שהמחלוקת בענייננו היא אך בשאלה אם נוכחותו של המערער בדירת המנוח הייתה נוכחות של שותף לביצוע הרצח או נוכחות תמימה שאינה קשורה במעשי

הרוצחים. אין ראיה ישירה שהמערער היה בין השותפים למעשה, והרשעתו בנויה על היעדר הסבר מצדו לנוכחותו במקום, אשר בית המשפט אינו מאמין כי הייתה נוכחות תמימה. אך הסבר כזה יכול להינתן לא רק על־ידי המערער עצמו. אכן, בשל ניסיונו להרחיק את עצמו מהפרשה חטא המערער בשקרים ובמעשים אשר אין תמה שתרמו לחוסר האמון שרחש בית המשפט לעדותו. אך אין ראיה ישירה לכך שרבריו אינם אמת, והעיקר הוא, שאת אותו הסבר, שעל פיו ספק אם הוא היה מעורב במעשה הרצח, סיפקה מערכת ראיות שעל פיה אחרים, ללא שותפות המערער, ביצעו את המעשה. אותו הסבר שעל המערער ליתן לנוכחותו במקום יכול שיינתן לאו דווקא מפיו. בנסיבות המקרה דנן, הוא ניתן על־ידי גירסתו של בן עזרא במשטרה שעליה הרחבתי את הכתיבה לעיל. מערכת ראיות שעל פיה תכנון השוד וביצוע השוד והרצח נעשו על־ידי אחרים ללא שותפות של המערער, מערכת עובדתית שעל פיה נאמר מפי אחד השותפים (בן עזרא) שהמערער לא היה בין הנוטלים חלק בפרשה וכי שורבב על־ידי אחרים במתכוון לפרשה – יש בהן, לדעתי, הסבר כזה.

25. המקרה שבו נדרשים אנו להכריע בערעור זה הינו מקרה קשה. התלבטתי רבות בעניין שלפנינו, ונוכחתי פעם נוספת עד כמה קצרה, לעתים, ידם של שופטים להגיע אל חקר האמת. לעתים נובע הדבר מראיות חסרות, ולעתים מתוך קושי להכריע בין גירסאות שונות, אשר יש בהן פנים לכאן או לכאן. לעתים עומדות שתי מערכות עובדתיות, אשר לכאורה ניתן לסמוך על כל אחת מהן, אך אין אפשרות לקבל את שתיהן כנכונות, על־פי מידת הוודאות הנדרשת במשפט פלילי. עובדה היא, שבפרשתנו מצא בית־משפט בהרכב אחד שיש לקבל כמהימנה גירסת התוודות של עד, ואילו בית־משפט בהרכב אחר לא היה מוכן להגיע למסקנה בדבר מהימנות הגירסה על־פי עיקרן של אותן ראיות. המקרה שלפנינו נותר בעיניי בגדר תעלומה. אין אני מוכן לנקות פוזיטיבית את המערער משותפות כלשהי בעבירות שיוחסו לו. אך באותה מידה, נותר בלבי ספק בדבר אשמתו. בחנתי את עובדות המקרה לפרטיהן, ובחנתי וחזרתי ובחנתי את עצמי גם מבחינת ההתרשמות הכוללת של כלל הראיות שבאו לפני בית המשפט המחוזי, ונותרתי עם ספק בדבר אשמתו של המערער. אשר־על־כן, לו דעתי נשמעה, היה הערעור מתקבל והמערער היה מזוכה מהעבירות שבהן הורשע בבית המשפט המחוזי.

26. על סמך כל האמור לעיל ולמקרא פסק־דינו של חברי, השופט גולדברג, סברתי לתומי שלא יכול להיות חולק על כך שיש בגירסת ההתוודות של בן עזרא חלקים שאינם מתיישבים עם הגירסה שעל פיה הורשע המערער. זו גם, כאמור, הייתה עמדת המדינה לפנינו, וקושי זה – של שתי גירסאות נפרדות שאינן מתיישבות זו עם זו – עמד במוקד הטיעון לפנינו. לאחר כתיבת פסק־דיני הייתה לי הזדמנות לקרוא את פסק־דינו של חברי, השופט חשין, וממנו למדתי, שלדעתו אין כל קושי בעניין זה, וכי שתי הגירסאות מתיישבות זו עם זו. למקרא דבריו, ברצוני להוסיף מספר הערות, ובגדרן רואה אני מקום להתייחס לעובדות ולראיות אשר לא סברתי בתחילה שיש צורך להרחיב בהן. ואפתח בהערה בעלת אופי מתודי.

27. חברי הבין את דבריי, תוך ציטוט חלקים מהם בהרחבה, כאילו הגעתי למסקנה שניתן להרשיע את המערער על־פי הראיות הנסיבתיות אשר הובאו במשפטו, ורק בשל גירסת ההתוודות של בן עזרא במשטרה, שעליה סמך בית המשפט במשפטו, הגעתי למסקנה שיש לזכותו. דרך המחשבה אשר ליוותה אותי שונה. לשיטתי, גירסת ההתוודות של בן עזרא היא חלק מחומר הראיות אשר הובא במשפטו של המערער, ויש לראותה כחלק מהראיות שאותן יש לשקול קודם שמגיעים למסקנה בדבר אשמתו או חפותו של המערער. הצבעתי בדבריי על כך שכל אחת מהראיות נגד המערער ניתנת להסבר העולה בקנה אחד עם חפותו של המערער, וכן הדגשתי את הקושי בהערכת עובדות אשר לא תמיד עולות בקנה אחד וכי אנו, שופטים כבני אדם, עלולים לטעות. לא נדרשתי להחליט מה הייתה התוצאה ללא גירסת ההתוודות של בן עזרא והרשעתו על־פי גירסתו זו. אלה קיימות ועומדות, ויש לבחון במשפטו של המערער את התוצאה המתבקשת בהתחשב בהן, בלי צורך להכריע מה הייתה תוצאת הדיון אילו אלה לא היו בנמצא. ואולי ראוי להוסיף: קיומה של גירסת ההתוודות של בן עזרא, אשר יש בה, לדעתי, להביא לזיכויו מחמת הספק של המערער, מלמדת, אולי, שגם לולא קיומה צריך היה הספק לקנן שמא לא די בראיות הנסיבתיות שהובאו נגד המערער כדי להצדיק את הרשעתו.

28. חברי, השופט חשין, הולך עמי יד ביד כברת דרך. גם הוא יוצא מהנחה שהראיות אשר הביאו להרשעתו של בן עזרא, כולל גירסת התוודותו, יש עמן כוח שכנוע, והצדיקו – ולו לכאורה – את הרשעתו. הוא גם מסכים, שאם יש בגירסת ההתוודות של בן עזרא סתירה לעובדות העומדות ביסוד הרשעת המערער, או שאין היא עולה עמה בקנה אחד, אין לקיים את הרשעת המערער. אך, לדעתו, עולות השתיים בקנה אחד והן יכולות לדור זו בצד זו. לשיטתו:

> "עשויות הן שתי המערכות להתיישב זו עם זו גם אם לא מעשה פסיפס מושלם" (פיסקה 14 לפסק־דינו).

וכן:

> "לא זו בלבד שהמערכות אינן סותרות האחת את רעותה אלא שמשתלבות הן זו בזו" (בפיסקה 16 לפסק־דינו).

למסקנה זו הוא מגיע, תוך הסכמה שניתן ללמוד מגירסת בן עזרא שהיה "אדם רביעי" במערכת השוד והרצח – פרט לבן עזרא, חגי וסרסור. אך מכיוון שבן עזרא לא ראה מי היה "האדם הרביעי" שעמו חברו חגי וסרסור, והוא גם לא ראה מי האנשים שהיו בדירה, מעלה חברי את הסברה שהמערער הוא אותו "אדם רביעי" שאליו מתייחס בן עזרא – אשר עמו חברו חגי וסרסור, ללא ידיעת בן עזרא. כדבריו:

> "אמנם כן: בן עזרא לא הכיר את 'האדם הרביעי' – לפי ההנחה: המערער – אך דווקא עובדת אי־היכרות זו מתיישבת עם היותו של המערער אותו 'אדם רביעי'. לענייננו די אם נאמר כי אין סתירה בין שתי המערכות; נהפוך הוא:

המערכות מתיישבות האחת עם רעותה. עד כאן – עיקרי הדברים, ומהם נדע כי לא נעה ולא זעה ולו אבן אחת בקיר המערכת המרשיעה את המערער; נהפוך הוא: המערכת נתחזקה ונתעצמה" (שם).

ובמילים אחרות, דווקא העובדה שבן עזרא הזכיר משתתף נוסף במעשה השוד והרצח – ועל חלק זה של גירסתו מוכן חברי לסמוך – תומך הדבר בכך שהמערער נמצא בדירת המנוח כאחד המשתתפים במעשה והוא הוא אותו "אדם רביעי" שעליו העיד בן עזרא שהוא נטל חלק במעשה.

חברי אינו מוכן לסמוך על דבריו של בן עזרא בהתוודותו, שבהם הוא מנקה במפורש את המערער משותפות במעשה השוד והרצח. בפיסקה 18 לפסק־דינו הוא מבהיר את עמדתו זו בכך שבן עזרא לא ידע מראש את זהותו של "האדם הרביעי" שהיה שותף למעשה, וכיצד יכול היה לנקות את המערער, כשזה האחרון הודה בכך שהוא היה בדירת המנוח בעת שבוצע המעשה?

חברי גם מזכיר, שבהזדמנויות שונות תואר אותו "אדם רביעי" על־ידי בן עזרא בתיאורים שונים.

29. צר לי, אך אין בתיזה שמעלה חברי – שהמערער הוא אותו "אדם רביעי" שאליו התכוון בן עזרא – לשנות את דעתי, שעל פיה אין גירסת ההתוודות של בן עזרא מתיישבת עם אשמתו של המערער. המדובר בתיזה תיאורטית, אשר לו הייתה, לדעת המדינה, מבוססת, המדינה בוודאי לא הייתה טוענת שאין לתמוך בשתי ההרשעות – זו של בן עזרא וזו של המערער. תזה זו גם מתעלמת מחלק מגירסת ההתוודות של בן עזרא, אשר אינו עולה עמה בקנה אחד. ומדובר בחלק מגירסת בן עזרא – זה אשר מצא את ביטויו גם באימרת בן עזרא מיום 1.10.91 (נ/24 כו') – אשר שימשה בסיס לקביעות העובדתיות של בית המשפט המחוזי במשפטו של בן עזרא.

כנגד תזה זו ובנוסף לדברים שכבר נאמרו בפסק־דיני כמפורט לעיל, יוזכרו ויודגשו העובדות והנימוקים שלהלן.

א. בן עזרא מתייחס לשותפותו של אדם נוסף במעשה השוד והרצח במספר הזדמנויות שבהן נחקר: בשיחה שבינו לבין פקד אלימלך מיום 29.9.91 (ראה התמליל נ/24 כ', בעמ' 41, 43, 44, 45 ו־46); בשיחה עם השוטר משה הראל (ראה התמליל נ/24 כג' בעמ' 4); באימרתו מיום 1.10.91 (נ/24 כו' בעמ' 5); בשיחה עם החוקר רוני מנחם מיום 28.1.92 (ראה דו"ח נ/24 לא'); בשיחה עם פקד פלדמן ואחרים מיום 28.1.92 (ראה התמליל נ/24 לב' בעמוד 5). התמונה המצטיירת מדבריו, בהתייחסו לאדם נוסף זה, היא שמדובר בערבי ישראלי מכפר קאסם. הוא אף מציין את שמו – "סאלח" – וכן הוא יודע שמדובר בקבלן, ובאחד המקומות הוא אף מציין שהוא יודע את מקום מגוריו. אדם נוסף זה הוא ראה יורד מבית המנוח, בסמוך לירידת חגי וסרסור מהדירה, כשחבילה בידיו, נכנס לרכב מסוג סוברו ומסתלק במהירות מהמקום, תוך שהוא נוהג במהירות בכיוון נסיעה אסור. תיאורו

את אותו משתתף נוסף מופיע גם באמרה נ/24 כו', אשר הייתה, כאמור, יסוד להרשעתו של בן עזרא. אכן, התיאור של אותו אדם לא תמיד זהה בכל המקרים בהם הזכיר אותו. במקרה אחד הדגיש שהוא קצת שמנמן עם משקפיים (אך לא הזכיר שהוא נמוך) ובמקום אחד הזכיר שהוא גבוה. אך אין סתירות בתיאורו את אותו אדם. מה גם שהוא נתן אמצעים מזהים למכביר של אותו "אדם רביעי", אשר, כעולה מגירסתו, הוא הכירו מקודם (ראה את תיאורו בעמודים 10 ו־11 של אימרתו נ/24 כו', שם הוא מבהיר בהרחבה מאילו נסיבות הוא מכיר את סאלח – ידידם של חגי וסרסור – לפני יום המקרה). ובדו"ח זיכרון הדברים נ/24 לא' הוא מזכיר את אותו שותף נוסף כערבי גבוה מכפר קאסם, וזאת בסמוך לדברים אחרים שאמר באותה הזדמנות, שעל פיהם למערער אין כל מעורבות בפרשה.

נקל להתרשם מכל המתואר במסמכים הנ"ל, ש"האדם הרביעי" שאליו הוא מתייחס הוא בוודאי לא המערער.

חשוב להדגיש, שאת דבריו על כך שזיהה את אותו סאלח כ"אדם הרביעי" אשר השתתף במעשה השוד והרצח הוא לא שמר בלבו, והוחלפו דברים בקשר לכך בינו לבין חגי וסרסור בסמוך לאחר המעשה. על מה שהיה זמן קצר לאחר המעשה, כשהיו הוא, סרסור וחגי עסוקים בספירת הכסף בהיותם בפארק, מספר בן עזרא באימרתו נ/24 כו':

> "לפתע פרץ ויכוח שניהלתי עם חגי ואמרתי לו אתם חושבים שלא ראיתי את סאלח? ואז חגי נתן לי אגרוף חזק ביד הימנית שלו ואמר לא מספיק שלא עשית כלום ויש לך עוד טענות?" (ראה בעמ' 6 של האמרה).

חשיבותו של קטע זה היא לא רק בכך שכבר סמוך לאחר מעשה אמר בן עזרא שהוא ראה את סאלח, אלא גם בכך שחגי וסרסור לא מכחישים את הדבר. כל שיש לחגי להגיב על כך הוא להכות את בן עזרא ולהתריס נגדו שאין לו לבוא בטענות על כך.

עוד מספר בן עזרא באותה אמרה (בעמ' 7):

> "כשיצאנו מאותו הפארק חגי אמר למוסטפא 'טוב שהבאת וחשבת על סחבאק'".

ומוסיף בן עזרא ומבהיר:

> "הבנתי וידעתי בודאות שאדון סאלח היה איתם בשעת השוד".

סאלח הוא ידידו של סרסור, ובן עזרא יכול היה להבין מדברי חגי לסרסור שסאלח, שאותו ראה רץ כמתואר בגירסתו, אכן היה שותף למעשה. הנה כי כן, בן עזרא מזהה את "האדם הרביעי" בצורה שאינה מתיישבת עם היותו המערער.

ב. לבן עזרא לא הייתה כל סיבה לנקות את המערער מכל אשמה, לולא היה משוכנע בחפותו. וכפי שהזכרתי כבר, סביר היה שהיה יודע על מעורבותו של המערער בפרשה, לו

היה מעורב בה. העובדה שחגי וסרסור – מטעמי זהירות או מטעמים אחרים – לא גילו לו מראש את זהותו של האדם הנוסף אשר ייטול חלק במעשה, אינה סותרת את ההנחה שהיה יודע על כך, לפחות לאחר מעשה. אל נשכח, שלאחר השוד נפגשו השלושה ואף קבעו את אופן חלוקת השלל. הוא גם נפגש עם חגי וסרסור פעמים נוספות. אך סביר שהיה יודע על שותפותו של המערער במעשה, אם זה היה נוטל בו חלק. א

בן עזרא לא ידע על כך שהמערער היה בדירת המנוח בעת ביצוע השוד והרצח. אך הוא יכול היה לדעת מפי שותפיו מי באמת נטל חלק כשותף במעשה השוד. והנה, לא רק שעל שותפות, כביכול, של המערער במעשה לא נודע לו, אף לא לאחר מעשה, אלא שחגי אימת בדבריו ובהתנהגותו, כמבואר לעיל, את העובדה שסאלח היה השותף הנוסף. ב

ג. חברי, השופט חשין, ער לכך שעל־פי גירסת התוודותו של בן עזרא אותו "אדם רביעי" הינו, מפורשות, אותו סאלח ולא המערער, וכי על־פי גירסתו אלה שנטלו חלק בשוד וברצח הם ארבעה: בן עזרא, חגי, סרסור וסאלח. על־כן, קבלת גירסתו של בן עזרא בעניין זה אינה מתיישבת עם גירסת אשמתו של המערער. ההסבר שמוצא חברי ליישוב הסתירה הוא, שאין הוא מוכן לסמוך על גירסת בן עזרא, שעל פיה אותו "אדם רביעי" הוא אחר ולא המערער. חלק זה של גירסת בן עזרא אין הוא מוכן לקבל, כשהוא מסתמך על "הפכפכותו" של בן עזרא כעילה לחוסר האמון בחלק זה של גירסתו. כאן גולש חברי ובוחן את מהימנות גירסת ההתוודות של בן עזרא, תוך שהוא מפצלה ומבטל את אותו חלק בה אשר אינו עולה בקנה אחד עם אשמתו של המערער. ג ד

לא ברור לי, ולא השתכנעתי, על סמך אילו נתונים ניתן לבטל דווקא חלק זה בגירסת בן עזרא כלא היה. בן עזרא אינו מתייחס בגירסת התוודותו ל"אדם רביעי" כלשהו שנטל חלק בפרשה, תוך שהוא משאיר בספק את שאלת זהותו. לו היה מספר, לדוגמה, שמפי חגי או סרסור הוא יודע על כך שהשתתף אדם נוסף, בלי שהוא ראה אותו, ניתן היה לבחון אם דבריו באשר לזהותו של אותו "אדם רביעי" עומדים במבחן, ואם לקבלם או לשוללם. אך גירסתו מתייחסת לאדם שהוא ראה, ורק על סמך ראייה זו הוא יודע על קיומו של "אדם רביעי", והוא מתאר אותו כאדם אחר שאינו המערער. כיצד ועל סמך מה ניתן לפצל את עדותו ולקבוע שהיה "אדם רביעי", אך "אדם רביעי" זה היה המערער? האם ניתן וראוי לפצל את עדותו בעניין זה, רק מכיוון שהוא מערער את גירסת אשמתו של המערער? ה ו

כאמור לעיל, בית המשפט המחוזי בענייננו לא יכול היה לקבוע אם גירסת בן עזרא במשטרה – כולה או חלקה – ראויה לאמון. בית המשפט המחוזי אשר דן במשפטו של בן עזרא וקיבל את גירסתו במשטרה, לא קבע שחלק זה של גירסתו אינו אמת. הוא אף הגיע למסקנה (בפיסקה 15 להכרעת־דינו), שהמערער שלפנינו לא היה מעורב בפשע. לטעמי, אין בידינו לשלול קטע זה של גירסתו, באין כל עילה או נימוק שיצביעו על כך שדווקא בעניין זה שיקר בן עזרא. מידת מעורבותו או אשמתו של בן עזרא בפרשה לא הייתה תלויה בשאלה מיהו השותף הנוסף לפשע, ולא היה לבן עזרא כל עניין לבדות זהות של ז

nevo.co.il

פלוני כמשתתף בפשע ולהעלים את חלקו של אלמוני. לצורך מה היה לו להעליל על פלוני סאלח, אם זה לא נטל חלק בפרשה? לא נטענה כל טענה, ובוודאי לא הובאה ראיה, לכך שהייתה לבן עזרא עילה להפלילו, אם לא נטל חלק בפרשה. ומה נימוק היה לו לגולל את האשמה מהמערער, אם זה היה מעורב במעשה השוד והרצח? א

ד. נקודת המוצא בדיוננו היא, כי קיימת גירסה של בן עזרא – זו אשר נמסרה בהתוודויותיו במשטרה – אשר אין לשלול את נכונותה. על־פי גירסה זו, היו ארבעה שותפים למעשה – הוא עצמו, חגי, סרסור ואחר אשר אינו המערער. לא הוכח כל קשר מוקדם, או לאחר מעשה, בין מי מהארבעה לבין המערער בכל הנוגע לפשע שבוצע בדירת המנוח – לא בראיות שהובאו בענייננו ולא בראיות ששימשו יסוד להרשעת בן עזרא – וסביר להניח שלו היה קיים קשר כזה, הייתה נמצאת לכך ראיה כלשהי. במצב דברים זה אין בהעלאת תאוריה בדבר אפשרות קיום קשר כזה למלא את חלל הספק הסביר בדבר מעורבותו של המערער במעשה השוד והרצח. ב

נחזור ונזכיר, בהסתמך על גירסת ההתוודות של בן עזרא אין צורך לקבוע בוודאות שהמערער לא נטל חלק בפשע. לו היה ניתן לקבוע זאת בוודאות, לא היה מתעורר כל קושי. די שתתקיים אפשרות סבירה שהוא לא היה מעורב בפשע. אפשרות כזו עולה מגירסת התוודותו של בן עזרא. רק משום שכך סברתי כבר בעת הדיון בערעור הראשון, הייתה דעתי שראוי להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי על־מנת שיבחן את מהימנות גירסת ההתוודות של בן עזרא ואת מידת השפעת גירסתו על תוצאות הדיון. ג ד

בית המשפט המחוזי החליט בפסק הדין השני, שאין הוא יכול לקבוע אם ואיזה חלק של גירסת בן עזרא הינו אמת, ועל־כן לא שלל גם את נכונות חלק הגירסה, שחברי, השופט חשין, מבקש לבטלו כבלתי אמין. לדברי חברי, אשר מוכן בביטחון לקבוע שאותו חלק של הגירסה אינו אמין, לא אוכל להצטרף. כאן נפרדת דרכי מדרכו. ומכאן גם התוצאה השונה שאליה אנו מגיעים. ה

30. סיכומם של דברים: כמו חברי, השופט חשין – ובניגוד לדעתו של חברי, השופט גולדברג – הנני סבור כי יש לבדוק אם גירסת ההתוודות של בן עזרא עולה בקנה אחד עם הרשעת המערער, וכי אם אין גירסה זו מתיישבת עם הגירסה שעל פיה הורשע המערער – אין הרשעת המערער יכולה לעמוד. כמו חברי, השופט גולדברג – ובניגוד לדעתו של השופט חשין – הנני סבור ששתי הגירסאות אינן מתיישבות זו עם זו. מכאן, מסקנתי – אשר אינה עולה בקנה אחד עם מסקנת שני חבריי – כי דין הערעור להתקבל וכי יש לזכות את המערער מחמת הספק, בלי שיש צורך שאדרש לשאלה מה הייתה תוצאתו של ערעור זה לולא גירסת ההתוודות של בן עזרא. ו ז

השופט מ' חשין: דבריי הם אחרונים. אתיר לעצמי אפוא לסמוך על עיקרי העובדות המתוארים בפסקי הדין של חבריי, ויראו אותם עיקרים כנכללים בפסק הדין שאכתוב אנוכי. בגופי דברים נדון להלן, ועד שנבוא אליהם אמרנו להעיר כמה הערות מקדימות.

nevo.co.il

פסק־דין ראשון ופסק־דין שני שנתן בית־משפט קמא

2. הכרעת הדין שניתנה במשפטו של בן עזרא, הכרעת הדין ועמה הראיות שהיו לפני בית המשפט שהרשיע את בן עזרא, הוגשו בהסכמה כראיות במשפטו של המערער. בבואו לכתוב את פסק־דינו היו כל אלה לפני בית־משפט קמא, ולמרות זאת לא מצאנו בפסק הדין הראשון אלא אימרות אגב אחדות על פרשת בן עזרא: בתחילתו של פסק הדין הראשון, באמצעו ובסופו. בתחילתו של פסק הדין הראשון אמר בית־משפט קמא דברים אלה (בעמ' 1 ו־2):

"התפתחות העניינים בתיק זה רחוקה מאד מהשתלשלות ענינים מקובלת. מסתבר כי קדמו לכתב האישום הנוכחי שני כתבי אישום ביחס לאותו רצח. האחד בתיק פ.ח. 517/91 נגד אדם בשם מוטי בן עזרא. הדיון בתיק זה הגיע לכלל סיום, מוטי בן עזרא הורשע וגדון למאסר עולם (נ/23).

סמוך לאחר הרשעתו הסכימה המדינה לשחרורו בערובה ובפנינו הודיע ב"כ התביעה כי בערעורו של מוטי בן עזרא התלוי ועומד בביהמ"ש העליון תסכים כנראה המדינה לזיכויו.

הרשעתו של מוטי בן עזרא התבססה ברובה על הודאותיו כשאליהן מתוספות ראיות נוספות.

בהודאותיו הפליל מוטי בן עזרא שניים נוספים – חגי יוסף ומוסטפה סרסור ונגד שניים אלה הוגש כתב אישום נוסף (ת.פ. 505/91).

כאשר נסתיימו ראיות התביעה בתיק 505/91, נתן היועץ המשפטי לממשלה הוראה לעיכוב הליכים נגד השניים (ת/75) וזאת בעקבות ההתפתחויות שחלו מאז הסתיים משפטו של מוטי בן עזרא:

ראשית סבורה המדינה כי לא ניתן לסמוך על אמרותיו של מוטי בן עזרא ושנית עקב ראיות נוספות שנתגלו סבורה המדינה כי הרצח בוצע על־ידי הנאשם שבפנינו".

באמצעו של פסק הדין אומר בית המשפט, בעמ' 58:

"יתכן בהחלט, כי הנאשמים האחרים בתיק 517/91 (בן עזרא – מ' ח') או 505/91 (חגי וסרסור – מ' ח') מעורבים בפרשה, אלא שהדברים לא ארעו כפי שהנאשם מספר. וכיוון שלגירסת הנאשם איננו יכולים להאמין, לא נותר לנו אלא להסיק את המסקנות מהעובדות והנתונים שהוכחו בפנינו.

רק כדי לסגור קצוות, נוסיף עוד, כי הובא לידיעתנו כי גם למוסטפה סרסור אליבי, המביא אותו עד לסביבות השעה 10.00, ואם לא די בכל אלה, הנה

בתיק 517/91, נשמעו שתי עדויות שהיו אמינות על ביהמ"ש ולפיהן נראה המנוח בחיים בשעות 09.30–09.00".

א בעמ' 59 לפסק הדין הראשון יש הפניה כלשהי להכרעת הדין בעניינו של בן עזרא, ובסוף פסק הדין הראשון אמר בית־משפט קמא, בעמ' 81–82:

"אחרי עמודים רבים וסקירה רחבה של מעשי הנאשם, הגענו שוב לנקודת המוצא, דהיינו כי הנאשם רצח המנוח בין אם לבדו ובין אם ביחד עם אחרים.

ב דעתנו היא כי העובדה שאין הכרעה סופית בשאלה אם מדובר בנאשם לבדו או באנשים נוספים – אינה יכולה להועיל לנאשם, שכן שוכנענו כי אם היו אנשים נוספים – הם היו בעצה אחת עם הנאשם, ואין המדובר בנוכחות מקרית של הנאשם כפי שהנאשם ניסה להציג".

ג וכן בעמ' 83:

"אין אנו קובעים אם הנאשם פעל לבדו או עם אחרים".

3. הדבר היה לפלא בעינינו. הנה זה נאשמים בן עזרא והמערער ברצח אותו אדם עצמו, ובשני כתבי־אישום נפרדים. כל אחד מכתבי האישום מייסד עצמו על מערכת ד עובדות לעצמה, ועל פני הדברים אין קשר בין הנאשמים. בן עזרא מורשע בדינו, וערעורו תלוי ועומד לפני בית המשפט העליון. בן עזרא אף מופיע כעד במשפטו של המערער, וחומר ראיות ממשפטו שלו – בעיקר הודעות שמסר במשטרה, הקלטות של שיחות עמו, פרוטוקול עדותו במשפטו ודו"חות של חוקרי משטרה – מוגש כראיה במשפטו של המערער. כן מוגשת כראיה הכרעת הדין במשפטו של בן עזרא. עתה עומד בית המשפט ה להכריע במשפטו של המערער. האם לא היה זה ראוי להפוך יותר באשר אירע במשפטו של בן עזרא, ולמצער לדון בשאלה אם נכון וראוי ללמוד את היחס בין שני המשפטים? האם אין זה מחובתו של בית המשפט לדון בהודעותיו של בן עזרא במשטרה? והנה, על־אף כל אלה לא מצאנו כל דיון מועיל בשאלות אלו בפסק הדין הראשון. יכולים היינו אנו לעשות כל אלה, אך סברנו שראוי הוא כי בית־משפט קמא יטיל על שכמו את ו המשימה. טעם הדבר היה זה, שבית־משפט קמא שמע את בן עזרא כעד לפניו, וממילא היה הוא הגוף המתאים ביותר להעריך את עדותו ולנתח את סימני האמת בכל הראיות שהוגשו לפניו לעיון ולבחינה.

מטעם זה החלטנו להחזיר את הדיון לבית־משפט קמא, וביקשנו אותו כי ייתן דעתו ז על:

"כל חומר הראיות שהוגש לפניו בהקשר לעדותו של בן עזרא, בין לעצמו ובין בהקשר לשאר הראיות שהוגשו בתיק, לרבות שאלת מהימנותו של בן עזרא, שיעיד, כאמור, לפניו, ולקבוע על איזו מבין גירסאותיו, או כל חלק שלהן, ניתן לסמוך... לא נעלם מאיתנו הקושי שבהכרעה, אולם לא ניתן

לדעתנו שלא להתייחס למהימנות עדותו של בן עזרא לצורך קביעת אשמתו או חפותו של המערער".

4. סברנו לתומנו כי עתה תתרחב יריעת המשפט: כי בית־משפט קמא ייתן דעתו גם על הראיות שהוגשו במשפטו של בן עזרא – אותן ראיות אשר הוגשו לפניו – וינסה להרכיב מעשה פסיפס, שלם ככל הניתן, מן הראיות הראויות המונחות לפניו, יחפש וימצא סימני אמת או סימני שקר בדאיות אלו ואחרות, ישווה ראיות, ינגיד ראיות, ולסוף יכריע בדין כשיקול־דעתו הטוב. לצערנו סיפק עצמו בית־משפט קמא אך בהבעת דעה על מהימנות דבריו של בן עזרא בעדותו לפניו, בלא שנדרש לשאר הראיות שלעניין. את החסר הוטל עלינו להשלים.

עמדת הפרקליטות אין בה כדי לזכיב

5. לאחר הרשעתו של המערער בבית־משפט קמא, ובעוד ערעורו של בן עזרא תלוי ועומד לפני בית המשפט העליון, הגישה הפרקליטות הודעה לבית המשפט בעניינו של בן עזרא ובה ביקשה את זיכויו. וכה אמרה הפרקליטות:

"בהתחשב בעובדה שהרשעתו של המערער (בן עזרא – מ' ח') מבוססת בעיקרה על הודייתו, ולעומתה עומדת הרשעתו של סימון בן־ארי (המערער לפנינו – מ' ח') על יסודות מוצקים של ראיות חיצוניות ואובייקטיביות, ובהעדר ראיות לקשר בין סימון בן־ארי למערער, הגיעה המשיבה למסקנה כי יהיה זה נכון להסכים לערעורו של המערער ולזיכויו מהעבירה בה הורשע" (ההדגשה שלי – מ' ח').

בית המשפט נעתר לבקשה והחליט לקבל את הערעור ולזכות את בן עזרא.

פרקליטות המדינה חזרה על עמדתה זו גם בסיכום טענותיה בכתב בערעור הראשון לפנינו (ע"פ 4369/93), וכה הסבירה את החלטתה להביא לזיכויו של בן עזרא ולהרשעתו של המערער שלפנינו:

"הרשעת המערער מול עניינו של מוטי בן עזרא

.....

התביעה בחרה שלא לעמוד על הרשעתו של בן־עזרא ולא להמשיך בהליכים נגד חגי יוסף ומוסטפא סרסור, מפני שמדובר בשתי מערכות של ראיות שלא לכל אורך הדרך מתיישבות זו עם זו. אילו היתה אפשרות לעשות הקבלה בין שתי המערכות, ניתן היה להוכיח שכל הארבעה חברו יחדיו לביצוע הפשע.

את ההקבלה הזו, את הקשר שבין שתי מערכות הראיות ואת הקשר שבין המערער לבין השלישיה בן־עזרא – חגי – מוסטפא (סרסור – מ' ח'), אין ביכולתה של התביעה להוכיח.

המערער מפנה את עיקר טענותיו למשפטו של מוטי בן־עזרא ומנסה לבסס את הממצאים המרשיעים את בן־עזרא. על פי הטענה, פסק הדין בעניינו של בן־עזרא מוצק וודאי ולפיכך בכחו לדחות את האפשרות שידו של המערער במעל. א

טענה אחרת שנשמעה, התייחסה דווקא לספק שגילתה התביעה בכל הנוגע להרשעתו של בן־עזרא, ומספק זה עולה הנסיון להטיל ספק בהרשעתו של המערער.

לעומת זאת, הרשעתו של מוטי בן־עזרא מבוססת על מוצא פיו שממנו נסוג פעמים רבות, ואף בעדותו במהלך משפטו של המערער טען שכל הודייתו הינה פרי דמיונו, דהיינו כל הגירסה המפלילה כולה קמה ונופלת על פי מידת האמון שבית המשפט נתן לה ועל פי משקלם של הפרטים שהוו 'דבר מה' לחיזוק הודייתו. ב

הרשעתו של המערער מבוססת על ממצאים אובייקטיביים שהביאו את המערער להודות בנוכחותו במקום בשעות מסויימות ובקשריו עם המנוח, בפציעתו ובדרך קבלת הטיפול – הודייה שמרגע שגיתגה לא חזר בו המערער ממנה. כאמור לעיל תחום המחלוקת שנותר הינו מצומצם ביותר ומתייחס אך ורק לשאלה מידי מי נפגע המערער ומה היתה סיבת נוכחותו בזירה. ג ד

גירסתו של המערער בדבר לוח הזמנים שמסר נתמכת בראיות חיצוניות (תדפיס שיחות בזק) בדבר מועד שיחותיו עם המנוח ביום הרצח וזמן יציאתו למקום. לוח הזמנים שמסר מאושר גם בעדותו של השכן שראה את המערער שב חבוש למעבדה. בנוסף לכך אומר המערער באופן ספונטני למדובב (בשיחה מיום 25/5/92 בעמ' 42) כי לא יתכן שעדים ראו את המנוח בחיים אחרי השעה תשע. ה

במצב דברים זה, זמן הרצח במשפטו של בן־עזרא, שנקבע על פי דברי עדים שלא הובאו להעיד במשפטו של המערער וכן על פי עיסוקיהם של השותפים חגי ומוסטפא באותו יום, עומד מול קביעת זמן הרצח במשפטו של המערער על פי עדותו של המערער המתיישבת עם ראיות אובייקטיביות. שעת הרצח, כפי שנקבעה על ידי בית המשפט במשפטו של המערער מבוססת על גירסת ההגנה שלו ויוצרת ספק בקביעת שעת הרצח כאמור במשפטו של בן־עזרא. ו

שעת הרצח הינה דוגמה אחת לחוסר היכולת ליישב בין הקביעות העובדתיות בשני המשפטים. (דוגמה נוספת ניתן לראות בגירסת מוטי בן עזרא שטען כי היה שודד רביעי שנמלט מהמקום במונית סובארו (סאלח מכפר קאסם). על פי גירסת המערער היו במקום רק שני שודדים והוא עצמו ברח ברגל מהכניסה האחורית. כך שמוטי בן עזרא שעמד – על פי גירסתו – ברחוב הראשי, לא יכול היה לראותו. ז

nevo.co.il

הספק בעניינו של בן־עזרא משתרע על כל העובדות שכן בית המשפט נדרש להכריע בשאלה אם הגירסה כולה אמיתית אם לאו. בית המשפט בחר להעדיף את הודיותיו של בן־עזרא על פני התכחשויותיו.

בעניינו של המערער, אין מחלוקת ביחס לרוב הגירסה ובית המשפט נדרש בסופו של ענין להכריע רק בשאלת הסברו של המערער לנוכחותו בזירה.

מובן מאליו שלמערער יש אינטרס רב לקיים את הרשעתו של בן־עזרא כי הוא המקור והבסיס לגירסת ההגנה שלו לפיה הותקף על ידם. ואכן כפי שמצויין בהכרעת הדין, עשה המערער נסיונות להזיז את לוח הזמנים באופן שיאפשר את נוכחותם של חגי ומוסטפא במקום.

קשה להתעלם מניתוח התפתחות גירסתו של המערער, כפי שהובאה בהרחבה לעיל, כאשר חגי ומוסטפא הפכו לתוקפים בזירה רק לקראת סיום התקירה, וכמוצא אחרון של המערער. כמו כן יש לשים לב לכך שהמערער, בשיחותיו עם המדובב חוזר ואומר מספר פעמים כי השלושה שיושבים (מוטי בן־עזרא, חגי ומוסטפא) חפים מפשע.

בשים לב לענייניים אלו לא ניתן לראות בעובדות שבסיס את הכרעת הדין בעניינו של בן־עזרא כמקימות ספק באשמתו של המערער.

זאת ועוד, מרגע שגילתה התביעה ספקות ביחס להרשעתו של מוטי בן־עזרא, מתמוטטת כליל הגנתו של המערער ואין כל מקום לסברה שמא הספק בעניינו של בן־עזרא מעורר ספק בעניינו של המערער.

טענה נוספת בפי המערער והיא, שמוטי בן־עזרא העיד כי המערער נכנס לתמונה בשל 'תעתוע' של אבנר כבל וחגי. כל ענין התעתוע כבר אינו רלוונטי היום, לאחר שהמערער הודה בנוכחות במקום ובקבלת העזרה הרפואית מאבנר כבל. וכפי שהראינו לעיל, רק שאלת הצעתו של המערער לאבנר כבל לפרוץ לבית המנוח, נותרה מוכחשת וקביעות האמון גם בשאלה זו מתבקשים מאליהן. לפיכך גם גירסת ה'תעתוע' מפיו של בן־עזרא נופלת.

לאור האמור, טוענת התביעה כי הכרעת הדין המרשיעה את המערער איננה יכולה להיות מושפעת לא מהרשעתו של מוטי בן־עזרא ולא מהסכמת התביעה לזיכויו".

הארכנו להביא מסיכומי הפרקליטות, ובהמשך דברינו נוסיף ונידרש לתוכנם של אותם סיכומים.

על אותה עמדה חזרה באת־כוח המדינה אף בטיעון על־פה לפנינו, ולתוכן דבריה אפנה לפסק־דינו של חברי, השופט אור, בפיסקה 3 לפסק הדין.

6. לעניינו עתה לא ביקשתי לומר אלא זאת, שהחלטת הפרקליטות אין בה, כמובן, כדי לחייבנו בדבר. הפרקליטות החליטה כך ואנו אפשר נחליט אחרת. ואם ייצאו שניים זכאים בדין, מוטב כך מאשר שנרשיע מי שאפשר אינו רשע. אכן, בהחלטתה של הפרקליטות לבקש את זיכויו של בן עזרא, ובהיענות בית המשפט לבקשת הזיכוי, נעשה מעשה שאין להשיבו, ואולם בעובדה זו באשר היא אין כמובן כדי לשנות מההכרעה הראויה בענייננו שלנו.

א

פסק הדין במשפטו של בן עזרא - ראיה בלתי קבילה?

ב

7. כולנו נסכים כי הכרעת הדין במשפטו של בן עזרא אין בה כדי לחייב את בית המשפט במשפטו של המערער. זו הלכה שמכבר (ראה: ע"א 158/53 [12] וע"א 373/54 [1] הנזכרים בפסקי הדין של חברי), ולא שמענו כי עלינו לחדש הלכה ולכבוש לנו דרך חדשה. והדברים מסתברים מאליהם. הנה כי כן, הרשעתו של בן עזרא מיסדת עצמה על הודאות שנתן בעת חקירתו במשטרה. בית המשפט שדן במשפטו שוכנע כי בן עזרא דיבר אמת בהודאותיו - בהודאותיו במשטרה אך לא בעדותו בבית המשפט - ואף הוסיף ומצא כמה וכמה "דבר־מה" לחיזוק אותן הודאות (ועל כך נוסיף עוד ונדבר בהמשך דברינו). בענייננו שלנו אומר בית המשפט, כי מצא את בן עזרא עד הפכפך, וכי אין לסמוך על דבר מדברי עדותו: "לא ניתן לסמוך על דבריו ולא ניתן לקבוע על־פיהם ממצאים כלשהם"; "לא יכולנו לסמוך במאומה על מרדכי בן עזרא...". זו הייתה התרשמותו של בית־משפט קמא מבן עזרא, ועל דבריו אלה חזר בפסק הדין השני שוב ושוב (ראה ציטוט בפיסקה 25 לפסק־דינו של חברי, השופט גולדברג).

ג

ד

אם זו הייתה התרשמותו של בית־משפט קמא מבן עזרא, האומנם יכול היה - האומנם רשאי היה - להוסיף ולומר כי על־אף התרשמות ברורה זו, בכל זאת יש ליתן אמון בהודאות שנתן בן עזרא במשטרה אך באשר כך קבע בית המשפט במשפטו של בן עזרא? השאלה שאלה והתשובה בה: כל הליך הוא לעצמו ומלכות ברעותה אינה נוגעת. קביעת מהימנותו של עד בהליך פלוני ייחודית היא לאותו הליך; בית־משפט בהליך אלמוני אינו חייב בה ואף אינו רשאי להידרש לה. ראו, למשל, והשוו: ע"א 2275/90 לימה חברה ישראלית לתעשיות כימיות בע"מ באמצעות בנין דור בע"מ נ' רוזנברג ואח' [21], בעמ' 614; ע"פ 4392/91 חוואג'ה נ' מדינת ישראל [22] והאסמכתאות הנזכרות בו. אכן, כל שופט הוא לעצמו, והכרעה כי יכריע במשפט תהיה ההכרעה משוכה מלבו שלו וממצפונו שלו. יכולה וזכאית היא שיטת משפט לקבוע כי הכרעה בהליך פלוני מחייבת היא את בעלי הדין - ואת בית המשפט - בהליך פלוני, ואם כך ייקבע כך יהא. ואולם קשה בעיניי ששיטת משפט תקבע כי הכרעה בשאלת מהימנותו של עד נתונה היא לשיקול־דעתו של בית המשפט היושב לדין ("ערכה של עדות שבעל־פה ומהימנותם של עדים הם ענין לבית המשפט להחליט בו על פי התנהגותם של העדים, נסיבות הענין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט", כלשונו של סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], ובה בעת תחייב שיטת המשפט אותו בית־משפט - תחייב אותו או אף תתיר לו - להידרש למימצא מהימנות שנקבע בהליך קודם.

ה

ו

ז

nevo.co.il

ואין זו אלא דוגמה לכלל הגדול ששופט הוא לעצמו. הנה כי כן, העובדה שחברי למותב נתפס לספק שמא לא עבר נאשם אותה עבירה שבגינה עומד הוא לדין לפנינו, אין בה – לעצמה – כדי לעורר אף בי ספק; אסור לו לספק שידבק אף בי אך באשר חברי נתפס לו. ספק שאחז בחברי אינו ספק שניתן להעבירו – כמות שהוא – מלב אל לב, ממצפון אל מצפון, ויהא חברי גדול ממני, חכם ממני, ותיק ממני, מנוסה ממני. זה, אפשר, אי־תלותו של שופט במובנו העמוק של המושג, אי־תלותו של שופט בינו לבינו. א

8. כל כך באשר למימצאי עובדה שעשה בית־משפט בהכרעת־דין קודמת, מימצאים הנגזרים מאמון הניתן – או שאינו ניתן – בעד או בנאשם. שונה הדין באשר להגיונו הפנימי של פסק הדין הקודם, למצער ככל שהמדובר הוא בראיות שנתקבלו בהליך המאוחר. במקום זה אין ענייננו בכוחו הפורמאלי של פסק הדין הקודם אלא בכוחו הפנימי ובשכנוע העולה מניה וביה מניתוח הראיות שהיו לפני בית המשפט (ואשר כולן, או בחלקן המכריע, באו לפני בית המשפט בהליך המאוחר). כוחו הפנימי של פסק הדין הקודם יעמוד לו גם בהליך מאוחר, ובמובן זה – כך נראה לי – ניתן יהיה להידרש לו גם בהליך המאוחר. ולמהססים נאמר, כי בית המשפט בהליך המאוחר יוכל להידרש לאותו היגיון פנימי כיציר רוחו שלו, והרי ההיגיון חד הוא. דומה עליי כי חריג נוסף לכלל יימצא בתוצאה של פסק הדין הקודם, תוצאה הסותרת – או תוצאה שאינה עולה בקנה אחד – עם מסקנה שהתביעה מבקשת להסיק במשפט המאוחר. על חריג זה נוסיף ונדבר להלן. ב ג

משפטו של המערער לעצמו ומשפטו של המערער בהקשר למשפטו של בן עזרא ד

9. מעסיקים אנו עצמנו כל העת בשאלה מה אצילה יש להליכים שהיו במשפטו של בן עזרא על ההליכים בענייננו של המערער. ואולם, עד שנשאל עצמנו שאלה זו, חייבים אנו בתשובה לשאלה מוקדמת, והיא, אם יש בהן בשאר הראיות שבאו לפני בית־משפט קמא – כשהן לעצמן – כדי להביא להרשעתו של המערער. אכן, רק אם נגיע לכלל מסקנה כי יש בהן בראיות האחרות כדי להוליך להרשעתו של המערער, או אז – ורק אז – תעלה השאלה אם למרות זאת יש בהליכים שהיו בענייננו של בן עזרא כדי לגרוע ממשקלן המצטבר של שאר הראיות. ה

10. חברי, השופט גולדברג, נהרן בדבריו. לדעתו – והוא כבית־משפט קמא – מוליכות הראיות האחרות להרשעתו של המערער במידת השכנוע הנדרשת, ואין הוא מוצא כי בהליכים שהיו בענייננו של בן עזרא יש כדי לגרוע ממשקלן של אותן ראיות. דומני שלא אטעה אם אומר כי זו אף דעתו של חברנו, השופט אור. אכן, השופט אור אינו כה החלטי בדעתו, אך בסוף כל הסופות גם דעתו היא, כמסתבר, כי לולא ההליכים שהיו בענייננו של בן עזרא ראוי היה להרשיע את המערער בדינו. אכן, כל אימת שהשופט אור מביע קושי כלשהו לעניינן של אותן ראיות אחרות – ראיות שאינן מערבות את בן עזרא – טורח הוא להזכיר בכריכה אחת גם את בן עזרא, כמי שאומר: בבוחננו אותן ראיות המפלילות את המערער, נזכור נא ואל נשכח את בן עזרא, שהרשעתו בדינו אפשר אינה עולה בקנה אחד עם הרשעתו של המערער. כך, למשל, אומר השופט אור בפיסקה 13 לפסק־דינו: ו ז

nevo.co.il

"המערער תוקף בערעור חלק מהקביעות העובדתיות ומהמסקנות של בית המשפט, ומביא גירסה בדבר אחרים שקשרו לבצע את המעשה ובדבר שותפותם בביצועו, ללא שהוא היה מעורב בכך. בהנחה שחומר הראיות שהובא נגד המערער יש בו די כדי להוות ראיה לכאורה לאשמתו – ובלי שאכריע בכך – האם אין במערכת העובדות שהובאה על־ידי המערער בדבר אשמתם של אחרים כדי לסתור את המסקנה בדבר אשמתו או לפחות להטיל בה ספק סביר?"

ובהמשך, בפיסקה 16:

"את מערכת הראיות הקיימת נגד המערער ושעל פיה ראה בית המשפט להרשיעו, יש לבחון לאור מערכת העובדות שלפיה אחרים הם שביצעו את מעשי השוד והרצח ללא מעורבותו של המערער – לא בתכנון ולא בביצוע. יש לבחון אם מערכת הראיות האחרת מתיישבת עם הרשעתו של המערער. יש לברר אם יש ראיות או הסבר, המעוגנים בעובדות המקרה, ולפיהם על־אף הראיות המפלילות אחרים בפשע עומדת הרשעתו של המערער במבחן של הוכחה מעבר לכל ספק סביר. האם טענתו־הסברו של המערער שהוא נוכח במקום בדרך מקרה אינה מוצאת חיזוק או לפחות מעלה ספק בדבר אשמתו, לאור קיומה של מערכת ראיות שעל פיה אחרים, ללא שיתופו של המערער, ביצעו את המעשים".

וכן בפיסקה 22:

"חברי, השופט גולדברג, תיאר את פרשת הראיות העומדת כנגד המערער. דעתו היא, שמדובר במסכת ראיות איתנה אשר מן ההכרח שתביא להרשעתו. אין כוונתי לקבוע שמדובר במערכת עובדתית שאין בה כוח שכנוע משלה. אך, לדעתי, אין הראיות הנסיבתיות נגד המערער, אפילו בהצטברותן, כה חזקות עד שיש בהן לשכנע מעבר לכל ספק בדבר אשמתו של המערער, אם זוכרים אנו שקיימת מסכת ראיות שעל פיה המערער לא היה מעורב במעשה".

ראו עוד, למשל, בפיסקאות 11, 23 ו־24 לפסק־דינו של חברי, השופט אור. נלמד מכל אלה, שחברי, השופט אור, רואה לזכות את המערער בשל הליכי בן עזרא, וכי לולא אותם הליכים היה מרשיע אותו (ככל הנראה).

אמת נכון הדבר: במקום אחד בפסק־דינו (בפיסקה 22 בו) סוקר השופט אור ראיות אלו ואחרות שהובאו במשפטו של המערער – ראיות שאינן כרוכות במשפטו של בן עזרא – וגם לעניינן מעלה הוא "הסבר אפשרי להן". כמי שאומר: גם בלא כל קשר לפרשת בן עזרא לא עלה בידי התביעה להוכיח את אשמתו של המערער מעבר לכל ספק סביר. ראיות אלו עניינן הוא בעדותו של אבנר כבל, בסכין הרצח, בסימני הדם ובעוד שניים או שלושה עניינים. ואולם, דומני שלא אטעה אם אומר כי דברים אלה, באשר הם, לא היו

מוליכים את השופט אור לזיכויו של המערער. ראיה לדבר: בסיכומו של אותו נושא (בסוף פיסקה 22) אומר השופט אור דברים אלה:

א
> "יובהר ויודגש, אין אני בא לחלוק על כך שייתכן שיהיה בראיות נסיבתיות להוכיח את אשמתו של נאשם, ואף לא לקבוע כעובדה שגירסת המערער היא אמת. כל כוונתי היא להראות שעוסקים אנו בשאלת מהימנות גירסה ובראיות אשר אינן כה חד־משמעיות עד כי על־אף קיומה של גירסה אלטרנטיבית, שעל פיה לא נטל המערער חלק במעשה הרצח, נאמר שמעורבותו בשוד וברצח הוכחה מעבר לכל ספק סביר".

ב

לשון אחר: ראיות נסיבתיות אלו כוחן נחלש לא בהיותן מה שהן, אלא בפוזלנו אל משפטו של בן עזרא ואל הגירסה החלופית. בין כך ובין אחרת: דעתי היא כי הראיות הנסיבתיות בענייננו – ראיות שנסקרו הן בפסק־דינו של חברי, השופט גולדברג, הן בפסק־דינו של חברי, השופט אור – ראיות הכרוכות אף בשקרי נאשם בהודעותיו ובעדותו, מוליכות אותנו, מעבר לספק סביר, היישר אל הרשעתו של המערער, ואין ב"מערכת בן עזרא" כדי להקים ספק סביר במקום שבו אין ספק סביר.

ג

11. אחרי שהבהרנו כל דברים שהבהרנו, נותרת לדעתנו שאלה אחת, ובה עיקר: האם הראיות במשפטו של בן עזרא יש בהן כדי להחליש את מערכת הראיות ה"עצמאיות" במשפטו של המערער – מערכת ראיות שיש בה לעצמה כדי להוליך להרשעתו – כדי העלאתו של ספק סביר באשמתו. או אחרת: על יסוד הנחה שהראיות הנסיבתיות ה"עצמאיות" במשפטו של המערער יש בהן כדי להוליך להרשעתו בדין, האם יש בה בגירסה החלופית למעשה הרצח – גירסה הנתמכת בראיות שהוגשו במשפטו של בן עזרא ואשר הוגשו בשנית במשפטו של המערער – כדי לזעזע את מערכת הראיות ה"עצמאיות" כדי העלאתו של ספק סביר המוליך אל זיכוי? חברי, השופט אור, סובר שהגירסה החלופית אכן הקימה וכוננה ספק מעין זה. ובלשונו (בפיסקה 24 לפסק־דינו):

ד

ה

> "מערכת הראיות אשר הוצגה במשפטו של המערער, זו המבוססת על התוודויותיו של בן עזרא שעל פיהן הוא, חגי, סרסור ואחר הם השותפים לביצוע המעשים, בלא שהמערער נטל בכך חלק, נראית בעיניי בעלת כוח משכנע, ודי בה, לדעתי, כדי לקבוע שאותן ראיות אשר הביאו להרשעת המערער אינן כאלה אשר יש בהן לשלול את האפשרות של טעות בהרשעת המערער".

ו

ובהמשך דבריו, שם:

ז

> "ראשית, כפי שהבהרתי לעיל, הראיות מפי בן עזרא במשטרה יש בהן מידה לא מעטה של שכנוע כי מדובר בגירסת אמת. שנית, אפילו לא ניתן להגיע למסקנה שהמדובר בגירסת אמת, בית המשפט המחוזי לא שלל את האפשרות שגירסת אמת היא. העובדה שבעדותו בבית המשפט המחוזי במשפטו של

nevo.co.il

א המערער נתגלה בן עזרא כעד הפכפך המוכן לומר כל דבר כדי לסייע לעצמו, אינה מחלישה את הטענה בדבר מעורבותו שלו ושל אלה שבשמם נקב במעשה הרצח. בגירסתו בעניין זה במשטרה הרי הפליל את עצמו, וכמבואר לעיל, מסר פרטים מוכמנים אשר רק מי שהיה מעורב בפרשה יכול היה לדעתם. האם נכונותו לומר בעדותו בבית המשפט כל דבר שיסייע לענייננו, כפי שהתרשם בית המשפט המחוזי, שוללת את האמת מגירסתו במשטרה הכוללת הפללה עצמית? מכל מקום, וזה העיקר, בית המשפט לא שלל את

ב גירסת בן עזרא במשטרה כגירסת אמת. ואם כך, די בהוכחת קיומה של גירסה אפשרית סבירה השוללת את נכונות גירסת אשמתו של המערער, כדי שיתקיים ספק סביר באשמתו...

.....

ג באין העדפה של עדות בן עזרא בבית המשפט על גירסתו במשטרה, המתבקש הוא שגירסתו במשטרה הינה גירסה אפשרית, וזו אינה משתלבת עם גירסת אשמתו של המערער, ומותירה ספק במהימנותה. לדעתי, אין להתעלם מהאפשרות שגירסת ההתוודות של בן עזרא היא הנכונה, רק מכיוון שבית המשפט המחוזי התקשה להכריע אם היא אמת, ואין לבחון את הראיות הנסיבתיות העומדות נגד המערער בהתעלם ממנה. אין לעצום עיניים בפני

ד אפשרות זו כאפשרות המשקפת את עובדות המקרה לאמיתן. האפשרות כאמור הינה חלק מכלל נסיבות המקרה שאותן יש לקחת בחשבון, ובהתחשב בה נותר ספק סביר בדבר אשמתו של המערער".

ועוד, שם:

ה "אותו הסבר שעל המערער ליתן לנוכחותו במקום יכול שיינתן לאו דווקא מפיו. בנסיבות המקרה דנן, הוא ניתן על־ידי גירסתו של בן עזרא במשטרה שעליה הרחבתי את הכתיבה לעיל. מערכת ראיות שעל פיה תכנון השוד וביצוע השוד והרצח נעשו על־ידי אחרים ללא שותפות של המערער, מערכת עובדתית שעל פיה נאמר מפי אחד השותפים (בן עזרא) שהמערער לא היה

ו בין הנוטלים חלק בפרשה וכי שורבב על־ידי אחרים במתכוון לפרשה – יש בהן, לדעתי, הסבר כזה".

חברי, השופט גולדברג, סובר כי לא קם ולא נהיה ספק סביר; ובלשונו (בפיסקה 31 לפסק־דינו):

ז "...סבורני כי מסכת הראיות המביאה להרשעת המערער היא כה איתנה, עד שלא ניתן לומר כי הרשעתו של בן עזרא בבית המשפט המחוזי מעלה ספק סביר (משפטי) לגבי אשמתו של המערער. בכך אין אנו קובעים אלא זאת כי העובדות מצביעות בכיוון אשמתו של המערער ב'מידה המגיעה לכדי אפשרות הקרובה עד מאד לאמת או לוודאות...' (ע"פ 232/55...)".

nevo.co.il

גריזים ועיבל מזה ומזה – על מי מהם אטה את אוהלי?

א 12. אודה ואומר: לו נמצא לי – כחברי השופט אור, ואפשר גם כחברי השופט גולדברג – כי "מערכת בן עזרא" סותרת את מערכת הרשעתו של המערער, או אף אינה עולה בקנה אחד עמה, הייתי מתקשה במאוד לאשר את הרשעתו של המערער. בתחילת כל התחילות, בסוף כל הסופות ובעיקר כל העיקרים מסתופפים אנו כולנו תחת קורת גג של שיטת משפט אחת, ובה נחיה. זיכויו של בן עזרא בבית המשפט העליון לא היה אלא זיכוי טכני, שהרי בית המשפט נענה לבקשת המדינה על החלק וזיכה את בן עזרא בלא ששמע טענות
ב לגופם של זיכוי והרשעה. ניתן אפוא להניח לענייננו כי הרשעתו של בן עזרא נשארה על עומדה והיא עמנו. והנה, עתה מתבקשים אנו להרשיע את המערער, לא אך על יסוד מערכת עובדות שונה מזו שנתקבלה כאמת (אמת יחסית, כמובן) במשפטו של בן עזרא, אלא (על־פי הנחתנו עתה) על יסוד מערכת עובדות הסותרת את "מערכת בן עזרא" או אף אינה מתיישבת עמה. לשון אחר: מלפני בית המשפט העליון ייצאו – בנפרד – שני
ג מורשעים בדין רצח, אף שאנו "יודעים" – על־פי שתי מערכות העובדות הנפרדות שהוכחו לבית המשפט – כי למרב רק אחד מן השניים אשם ברצח. תוצאה מעין זו אתקשה במאוד לקבלה ולעכלה, ויהא ההסבר המשפטי אשר יהא. ואם יימצא הסבר – אקרא עליו תיגר, אסוב על עקביי ואחל בדרכי למתחילה בתקווה שאמצא באיזה מקום מטעיתי.

ד 13. על רקע כל אלה אגיע אל השאלה המכריעה בעיניי, והיא: האם אמנם סותרת "מערכת בן עזרא" את מערכת הרשעתו של המערער או אף אינה מתיישבת עמה, או שמא עשויות שתי המערכות להסתופף תחת חופה אחת, ולו באי־נוחות כלשהי? אם גירסה ראשונה תתקבל, דומני שדינו של המערער כי ייצא זכאי בדינו, ואילו אם ידה של גירסה
ה שנייה תהיה על העליונה – דינו של המערער חיוב בדין. נזכור ונזכיר: כנגד המערער קמה ונהייתה מערכת מוצקה של ראיות נסיבתיות המחייבת הרשעתו בדין. לעת הזו אין עניינו אלא באפיונה של מערכת חיצונית למערכת ההרשעה, והשאלה היא אם יש בה באותה מערכת חיצונית כדי לבקע את מערכת ההרשעה – העומדת לעצמה – או אף לערער את עמידתה האיתנה. לבדיקתה של שאלה זו שומה עלינו לחזור אל הראיות ואל הגירסאות השונות, וזאת נעשה עתה.

ו להשלמה נוסיף ונאמר, כי הרשעתו של בן עזרא במשפטו לא הייתה הרשעה הסומכת עצמה אך על הודאה ועל "דבר־מה" כלשהו. אכן, פסק הדין המרשיע את בן עזרא מייסד עצמו על התוודותו, ולולא אותה התוודות לא הייתה הרשעה. ואולם, בצדה של ההתוודות מצאנו גם סימני אמת בדבריו של בן עזרא; כך, למשל, פרטים שבדרך הטבע היו נסתרים מעיני מי שלא היה מעורב במעשה הרצח והשוד – ובן עזרא ידע עליהם (פרטים
ז "מוכמנים"); פרטים שוליים, חסרי ערך לעצמם, שרק אדם הדובר אמת והמשיח לפי תומו (אם כי גם הוזה וחולם או שקרן מתוחכם) טורח להזכירם – ובן עזרא מזכיר אותם בהודעותיו, ועוד. דברים אלה, בחלקם, מפורטים בפסק־דינו של חברי, השופט אור, בפסק הדין בעניינו של בן עזרא באים הם בפרוטרוט ובאריכות (בעמ' 30 ואילך לפסק הדין), ולא אחזור עליהם. והגם שלא נאמר, כמובן, כי דברי בן עזרא הם אמת לאמיתה – גם אין

nevo.co.il

אנו נדרשים להכריע בשאלת אמיתותם – הנה לענייננו עתה ראוי שנניח כי בעיקריהם נכונים הם הדברים. למצער לא נאמר כי בעיקרם אין הם נכונים. והכול, כמובן, לענייני של ספק סביר בגירסה שהקימה התביעה להפללתו של המערער במעשה הרצח והשוד. א

מערכת בן עזרא ובצדה מערכת הרשעתו של המערער

14. נפתח באומרנו כי לדעתנו אין סתירה בין שתי המערכות, ולמצער אין סתירה מהותית ביניהן. בדיקת הגירסאות מקרוב תעלה, כי עשויות הן שתי המערכות להתיישב זו עם זו גם אם לא מעשה פסיפס מושלם. המערכות מתחככות אמנם מעט זו בזו, אך לא כדי ביטולן אהדדי, אף לא כדי קריסת האחת מהן (מפאת "ספק סביר"). סוף דבר הוא, לדעתי, שמערכת הרשעתו של המערער עומדת במעמס של "מערכת בן עזרא" ולא נבקע בה בקע של ספק. ב

15. בראשי פרקים נאמר כך: ב"מערכת בן עזרא" הכיר בן עזרא שני קושרים: את חגי ואת סרסור. חגי וסרסור היו במרכז הקשר, ובן עזרא לא היה אלא נספח ונלווה אליהם. חגי וסרסור אף לא גילו לבן עזרא את כל האמת על אודות פרטי הקשר לרצוח ולשדוד את המנוח. בן עזרא שימש אך כנהג במעשה השוד: הוא לא עלה לדירתו של המנוח אלא המתין לשניים במכונית מותנעת, מוכן למנוסה. ממילא לא ידע בן עזרא על שאירע בדירה אלא מפי השניים. עד כאן אין כל סתירה בין שתי המערכות, והרי המערער – לגירסתו שלו – בא בעצמו לדירת המנוח, ופשוט שלא פגש כלל בבן עזרא. אפשר שהמערער קשר עם חגי וסרסור בלא ידיעתו של בן עזרא, ועל־פי אותו קשר פגש המערער בשניים בדירתו של המנוח בלא שנתקל בדרכו בבן עזרא. אפשר שהיה זה המערער שבא ראשון לדירת המנוח והוא אף שעזר לשניים להיכנס לדירה. אך אין צורך שנרחיק בהשערות. כל השערות אלו כולן – אלו ואחרות זולתן – עולות בקנה אחד עם מעמדו של בן עזרא בקשר עם חגי וסרסור, והרי אלה השניים לא גילו לבן עזרא – שהיה שותף זוטר לקשר – אלא את המינימום ההכרחי. ונדגיש: אין ראיה כי כך היו דברים, אך אנו עניינו עתה אין הוא בבניית מערכת הרשעה אלא בשאלה אם יש סתירה בין המערכות, וביתר דיוק: אם יש ב"מערכת בן עזרא" כדי להטיל ספק במערכת הראיות המרשיעה את המערער. לעת הזו לא גיליגו לא סתירה ולא ספק סביר. ג ד ה

16. ולא זו בלבד שאין סתירה בין המערכות אלא שמחזקות הן האחת את רעותה. בהודעתו שמיום 1.10.91 – הודעה שבכתב־ידו – מתאר בן עזרא פגישה שהייתה בינו לבין חגי וסרסור ביום 10.7.91, ימים מספר לפני השוד והרצח, פגישה שנסבה על אודות תכנון הפעולה. וכך כותב בן עזרא, בין שאר דבריו (בעמ' 2 ו־3 להודעה): ו

> "... שאלתי את השניים, נו איך יהיה לי טוב בחיים? ואז הם אמרו לי כך, מוסטפא (סרסור – מ' ח') התחיל ואמר לי, מוטי אנחנו מתכננים שוד על מישהו שאתה לא מכיר. הבן־אדם הזה הוא כבד. וחגי המשיך ואמר לי כי גם הוא מכיר אותו. שאלתי אותם אם אתם הולכים לשדוד אדם שאתם מכירים, מה אתם חושבים שהוא לא יזהה אתכם? ואזי הם אמרו לי אנחנו כבר ז

מתחננים (כך – מ' ח') זאת שבוע ואנחנו ניתן לך רקע על האיש. מוסטפא אמר לי שהאיש שמדובר בו הוא אדם מבוגר והוא פותח את דלת ביתו רק למי שהוא מכיר. אבל מוטי תדע לך שאנחנו כבר הכנו את הכל וכמעט הכל מסודר. שאלתי את השניים שוב, אם אתם מכירים אותו אתם חושבים שהוא לא יזהה אתכם? והפעם התשובה הייתה, מוטי אל תיכנס לפרטי פרטים, ויש עוד צד למטבע. אמרתי להם אם כן מה הדרישה ממני, והם ענו, אנחנו רוצים אותך כנהג, ושאלתי את מוסטפא, אם אתה רוצה... אתה צריך להגיד לי, מה זה אצלך 'עוד צד למטבע?' ואז הוא אמר לי יש עוד מישהו שמעורב אך אני לא מכיר אותו, הכוונה היתה שאני לא מכיר אותו, כנראה שהם רצו להסתיר ממני פרטים מסויימים..." (ההדגשות שלי – מ' ח').

א

ב

וכך אף בשיחה שהייתה ביום 27.9.91 בין בן עזרא לבין החוקרים פקד יהושע אלימלך ורס"ר אשר נמני (מוצג נ/24 כ"ב). באותה שיחה שהוקלטה ותומללה מזכיר בן עזרא דברים שאמרו לו סרסור וחגי בפגישתם המוקדמת:

ג

"ואתה תלמד לסתום את הפה. אולי בשעת ת"ש' אתה תגלה את הצד השני של המטבע..." (בעמ' 41).

ובהמשך: "הוא אמר לי יש עוד צד למטבע שאתה לא מכיר..." (בעמ' 42 לתמליל). וכן בעמ' 41:

ד

"מוטי ... אומר לי (סרסור – מ' ח') יש צד למטבע שאתה לא מכיר. לא רוצה להגיד לך אותו גם

אשר את זה מי אמר

ה

מוטי מוסטפא (סרסור – מ' ח') וחגי אמרו לי אתה לא מכיר את הצד השני של המטבע אמרתי להם איזה מין תשובה זאת איזה מין אדם אני שאני לא יודע הכל, למה".

נלמד מכאן כי היה אדם רביעי במערכת הרצח והשוד, אלא שאותו אדם רביעי רק חגי וסרסור הכירוהו ואילו בן עזרא לא הכיר אותו. ובכן, לא זו בלבד שהמערכות אינן סותרות האחת את רעותה אלא שמשתלבות הן זו בזו. אמנם כן: בן עזרא לא הכיר את "האדם הרביעי" – לפי ההנחה: המערער – אך דווקא עובדת אי־היכרות זו מתיישבת עם היותו של המערער אותו "אדם רביעי". לענייננו די אם נאמר כי אין סתירה בין שתי המערכות; נהפוך הוא: המערכות מתיישבות האחת עם רעותה. עד כאן – עיקרי הדברים, ומהם נדע כי לא נעה ולא זעה ולו אבן אחת בקיר המערכת המרשיעה את המערער; נהפוך הוא: המערכת נתחזקה ונתעצמה.

ו

ז

ושוב: איננו יודעים בבטחה על אודות קשר שהיה בין חגי וסרסור לבין המערער. ובלשונה של המדינה (בסיכומיה בכתב בערעור הראשון; ראה עוד לעיל, פיסקה 5):

"... [ ] מדובר בשתי מערכות של ראיות שלא לכל אורך הדרך מתיישבות זו עם זו...

א את ההקבלה הזו, את הקשר שבין שתי מערכות הראיות ואת הקשר שבין המערער לבין השלישיה בן־עזרא – חגי – מוסטפא (סרסור – מ' ח'), אין ביכולתה של התביעה להוכיח".

ב ואולם להרשעתו של המערער אין צורך שהתביעה תוכיח קשר בין חגי וסרסור לבין המערער. לענייננו עתה די אם נדע כי אין סתירה בין שתי המערכות. לאמירות נוספות באותו כיוון עצמו ראו נא המובאות בפיסקה 3 לפסק־דינו של חברי, השופט אור.

17. למדנו לדעת עד כה, כי אף שאין ראיה לקשר בין "מערכת בן עזרא" לבין מערכת הרשעתו של המערער, בה בעת אין אף סתירה ביניהן. על יחסיהן ההדדי של שתי המערכות אומר חברי, השופט אור (בפיסקה 12 לפסק־דינו):

ג "המדובר בשתי מערכות ראיות נפרדות שאין כל קשר מוכח ביניהן, ולכאורה אין הן עולות בקנה אחד, כפי שהסכימה גם באת־כוח המדינה".

ד לדברים אלה אסכים, אך אוסיף כי אין בהם כדי לפגוע במערכת המרשיעה את המערער. ואולם השאלה החשובה היא: האם אין המערכות עולות בקנה אחד, ומה ראיה תימצא לנו לאי־התיישבותן של המערכות זו עם זו?

אומר חברי (בפיסקה 12 לפסק־דינו):

ה "ויש לחזור ולהדגיש, לא רק שמערכות העובדות שעל פיהן מבוססת ההרשעה בכל אחד משני התיקים שונות זו מזו, ולא הוכח כל קשר בין המערער כמבצע הרצח לבין בן עזרא, חגי וסרסור כמבצעיו; אלא גם זאת, שמפי בן עזרא הובהר, שאין הוא מכיר כלל אישית את המערער... אך סביר היה לצפות, שלו היה המערער שותף לשוד ולרצח, היה הדבר מוצא את ביטויו בגירסת ההתוודות של בן עזרא".

ו דעתי שונה, וכבר אמרנו לעיל כי העובדה שבן עזרא לא הכיר כלל את המערער – כשהיא לעצמה – אין בה כדי לנקות את המערער מהשתתפות במעשה הרצח. הזוג חגי וסרסור לא הכניסו את בן עזרא בסוד הקשר כולו – ל"פרטי פרטים" של הקשר, כלשונו של סרסור (מפי בן עזרא) – ואף שהיה "אדם רביעי" במסגרת הקשר, הנה את זהותו לא גילו השניים לבן עזרא. נזכור עוד זאת, שבית־משפט קמא קבע בפסק־דינו הראשון כי ז "יתכן בהחלט, כי הנאשמים האחרים בתיק 517/91 (בן עזרא – מ' ח') או 505/91 (חגי וסרסור – מ' ח') מעורבים בפרשה" (בעמ' 58 לפסק הדין; ראו עוד לעיל, פיסקה 2).

18. ראינו למעלה כי לגירסתו של בן עזרא היה אדם רביעי שותף לקשר, והנה מוצאים אנו כי בן עזרא שולל מפורשות את האפשרות שאותו אדם רביעי היה המערער שלפנינו.

nevo.co.il

כך, למשל, ביום 28.1.92 נפגש בן עזרא עם רס"ר רובי מנחם, ועל שיחתם באותה פגישה ערך רס"ר מנחם זיכרון־דברים (מוצג נ/24 ל"א). על־פי זיכרון הדברים הציע בן עזרא לעשות עיסקת טיעון עם המדינה, ולפיה יוטל עליו עונש מאסר בן ארבע עד חמש שנים, "ושהוא בתמורה מוכן למסור את הדברים האמיתיים וכן דברים שהחסיר כמו למסור מי השותפים הנוספים...". בהמשך השיחה "טען (בן עזרא – מ' ח') שסיפר לנו הרבה סיפורים הרבה גירסאות שחלקן אינן נכונות החסיר דברים...". לאחר מכן מוסיף בן עזרא ואומר "שישנו בחור גבוהה (כך – מ' ח') מכפר קאסם שמעורב בנושא ומסתובב". וממשיך זיכרון הדברים ואומר כך:

א

ב

> "שאלתי אותו אם השם בן סימון מוכר לו וזה ענה שכן ושאבנר פגה אליו במעצר ואמר לו שהם כלומר הוא וחגי עושים תרגיל על בן סימון והוא אמר להם לא מעניין אותי תעשו מה שאתם רוצים, אך מסר שלסימון בן ארי אין שום קשר לעניין חוז סתם עלילה לגביו ואין לו שום מעורבות". (ההדגשה שלי – מ' ח').

ג

בהמשכו של אותו יום, 28.1.92, שוחח בן עזרא עם החוקרים פקד מוטי פלדמן ויואב מגצור, ובתמליל השיחה שהוקלטה מוצאים אנו חילופי דברים אלה (מוצג נ/24 ל"ד בעמ' 11):

ד

"יואב עכשיו לגבי בן סימון כמו שאמרנו בן ארי סימון לא מעורב בסיפור הזה

– לא

יואב איך הוא נכנס

ה

בן עזרא הוא נכנס דרך תעתוע

יואב מי אירגן

בן עזרא חגי ואבנר כבל...".

ו

דרך אגב: השורש "תעתע" מופיע בנטיותיו כמה וכמה פעמים במהלכה של אותה שיחה. אומר על כך חברי, השופט אור (בפיסקה 12 לפסק־דינו), כי "העובדה שהמערער אינו מעורב בפרשה מצאה ביטוי מפורש בחלק מהדברים שבן עזרא מסר לחוקריו", ומוסיף הוא ואומר כך:

ז

> "יוצא, שעל־פי גירסת ההתוודות של בן עזרא, שעליה הושתתה הרשעתו, המערער אינו חלק מן השותפים לביצוע השוד והרצח. לגירסה זו של בן עזרא יש, כמובן, חשיבות בכך שהיא מנקה את המערער משותפות במעשי השוד והרצח. יש לה גם חשיבות נוכח זאת שלא הובאו כל הסבר או נימוק לכך שבן עזרא ינקה את המערער משותפות במעשים, אם בפועל נטל בהם חלק".

nevo.co.il

דברים אלה קשים עליי. מדבריו של בן עזרא עולה כי כל מעורבותו של המערער במעשי הרצח והשוד היא דבר עלילה, וכי הקשר של המערער לפרשה הוא בבחינת להד"ם. המערער הינו איש תם וישר, והנה באים ושמים על מצחו אות של רוצח ושודד. ואולם גירסה זו בוודאי אינה יכולה לעמוד, והרי המערער הודה מפורשות כי נכח בזירת הרצח והשוד בעת מעשה. לו עמדה גירסתו הראשונה של המערער, גירסה של הכחשה מכול וכול, אפשר ניתן היה לשלבה בדבריו אלה של בן עזרא. ואולם לאחר דרכי מעקלות ופיתולים הגיע המערער לסוף אל גירסתו האחרונה, ולפיה היה נוכח (כצופה תמים) בעת מעשה הרצח. אם כך היה – ועל כך נסכים כולנו – שוב אין מקום לאמירה סתמית שעניינה טפילת עלילה של מעשה רצח. בוודאי כך במקום שעניינו באדם הפכפך כבן עזרא, שמשנה הוא גירסותיו שוב ושוב. אכן, בן עזרא הוא שהיה כמתעתע, ואמירות אלו שמפיו אינן מעלות בעיניי "ספק סביר" באשמתו של המערער.

19. ולבסוף: מדבריו של בן עזרא עולה, כי לא זו בלבד שהמערער לא היה שותף למעשי הרצח והשוד, אלא שהיה זה כמסתבר אדם אחר. וכתיאורו של בית המשפט בהכרעת הדין במשפטו של בן עזרא, שעה שבן עזרא המתין במכונית לחגי ולסרסור שיחזרו מדירת המנוח (בעמ' 18 לפסק הדין):

> "לאחר כ־5 דקות חלפה ניידת, ולאחר 3–2 דקות נוספות נראה אדם שמנמן ומרכיב משקפיים רץ 'לכיוון הימני של הכביש', כשהוא מחזיק צמוד לחזהו 'בשקית אדומה־בורדו'. הוא נכנס למכונית מסוג 'סובארו' משנת 83 והסתלק מהמקום כשהוא נוהג 'בטירוף ואף נסע בכביש שלצידו מוצב תמרור אין־כניסה'. הנאשם הבין שזה השותף הרביעי למעשה, והוא אף זיהה אותו ('ידעתי כי אני מכיר אותו בוודאות'), ובשלב מאוחר יותר של ההודעה הוא גם נקב בשמו ('סאלח' מכפר קאסם)".

ובלשונו של בן עזרא (מוצג נ/24 כ"ו בעמ' 5):

> "... לאחר כ־5 דקות לערך הבחנתי בניידת משטרה מסוג טרנזיט... 3–2 דקות לאחר שהניידת עברה הבחנתי באדם שרץ לכיוון הימני של הכביש שהוא מרכיב משקפיים ומעט שמנמן וידעתי כי אני מכיר אותו בוודאות, הוא החזיק בצמוד לחזה שלו שקית אדומה־בורדו, ורץ מהר מהר, הוא נכנס לרכב מסוג סובארו אפור שנת יצור 1983 ונהג בטירוף ואף נסע בכביש שלצידו מוצב תמרור אין כניסה, הבנתי מיד כי זה האיש שאני מכיר הוא הצד השני של המטבע...".

האדם הרביעי הוא אפוא שמנמן ומרכיב משקפיים, ובן עזרא לא ראה אותו אלא בזמן שעזב את המקום. והנה, במקום אחר מתאר בן עזרא אותו אדם רביעי באורח אחר. זו הפעם הוא בחור גבוה, ערבי מכפר קאסם. וכלשון זיכרון הדברים שנכתב ביום 28.1.92 בידי רס"ר רוני מנחם (מוצג נ/24 ל"א): "בחור גבוהה (כך – מ' ח') מכפר קאסם

שמעורב בנושא ומסתובב...". ובחקירתו בידי פקד פלדמן באותו יום (מוצג נ/24 ל"ב, בעמ' 5) אומר בן עזרא כך:

א

"מוטי ... הוא (סרסור – מ' ח') עלה יחד עם חגי (לבית המגוח – מ' ח')

יואב מוסטפא (סרסור – מ' ח')

מוטי יחד הם עלו ביחד והתלווה אליהם משהו (כך – מ' ח') הגבוה הזה שעכשיו המשהו הזה בא לבד

ב

יואב אתה לא מכיר אותו הבחור הזה

– אני לא מכיר אותו. אני ראיתי אותו כמה פעמים אני יכול לזהות אותו בשניות

ג

– אתה יודע מי מסתובב איתו

– לא

פלדמן אולי יואב אולי עלנו תדע לא

ד

יואב גם ערבי מכפר קאסם

בן עזרא כן בחור ערבי ישראלי גבוהה זה לא יכול להיות זה אני לא מכיר את השם שלו

פלדמן אתה יודע

ה

יואב כן כן כן כן יכול להיות כן כן יכול להיות

בן עזרא ואז הם ירדו אחרי דקה או שניים

יואב מהדירה

ו

בן עזרא ירדו מהדירה אותו בחור נכנס לסובארו אפורה

יואב מי זה הבחור הגבוהה

פלדמן אתה מתייך שאתה אומר סובארו אפורה אה

ז

בן עזרא בשביל זה אתה בסוף תצטלב עם הדברים שאמרתי ואתה תגיד שבאמת הוא ביים משהו

פלדמן לא כי אתה אמרת פלאח בדוואי עם סובארו אפורה

בן עזרא אני אמרתי לך סובארו אפורה

פלדמן תראה ברור תראה

א בן עזרא ברור שאני אנסה לתעתע פלדמן".

ולא זו בלבד ששמנמן ומרכיב משקפיים הפך מעשה קסם לערבי גבוה מכפר קאסם, אלא שזו הפעם ראה אותו בן עזרא גם בעלותו לדירת המנוח וגם ברדתו. על זיהוי זה, כביכול, אומר את שאמרתי למעלה: כנגד הראיות המוצקות הניצבות אל מול המערער, ב אין בדברים אלה – כשהם לעצמם – כדי לעורר "ספק סביר".

יתר־על־כן: אם נקבל את דברי בן עזרא כערכם על פניהם, היו שלושה אנשים מעורבים ברצח ובשוד, שלושה שהמערער אינו נמנה עמהם, והשלושה עלו לדירת המנוח. והנה, לפי דברי המערער לא היו בוירת הרצח אלא שני שודדים־רוצחים בלבד. מנין הגיע ג אפוא אותו אדם שלישי? אכן כן: דברי בן עזרא על אותו אדם שלישי יש לראותם על רקע דבריו המתעתעים וכחלק מהפכפכותו. וכדברו של בית המשפט המחוזי במשפטו של בן עזרא, לאחר שהוא מצטט מדברי הפסיכולוג המאפיין את בן עזרא כ"בעל מופרעות נפשית קשה" וכמי ש"נוטה להיעזר בדמיונו המפותח..." (בעמ' 22 לפסק הדין): "...לפיכך תהיה לנגד עיני הטענה כי יתכן שנתקיימו בעניינו של הנאשם (בן עזרא – מ' ח') אותן ד סכנות שמפניהן התריע הפסיכולוג, לאמור, שחלקן של ה'עובדות' שנטענו על־ידי הנאשם, ואולי כולן, הן כוזבות ופרי דמיונו...". כשאני לעצמי, אינני סבור שיש בדברי בן עזרא כאן כדי להעלות ספק סביר באשר לאשמתו של המערער.

20. כללם של דברים: תחנת המוצא לדיון היא זו, שעלה בידי המדינה לבנות מערכת מרשיעה נגד המערער: מסכת של ראיות נסיבתיות הקשורות אלו באלו להיותן מעשה ה פסיפס אחד, הכול כנדרש במשפט פלילי, מעבר לספק סביר. השאלה הנשאלת אינה אלא זו, אם יש ב"מערכת בן עזרא" כדי להחליש אותה מערכת שבנתה התביעה בעניינו של המערער, אם יש בה כדי לנטוע ספק סביר בלב שמא אין הוא מעורב במעשי הרצח והשוד. בדקנו את "מערכת בן עזרא", ומסקנתנו לסוף היא שאין סתירה בינה לבין המערכת המרשיעה בעניינו של המערער. לא זו בלבד ש"מערכת בן עזרא" מניחה אפשרות כי אדם ו רביעי – לבד מסרסור, הגי ובן עזרא – נטל חלק במעשי הרצח והשוד, אלא שמובנה בתוכה הנחה כי אכן היה אדם רביעי שותף למעשי הרצח והשוד. בתתנו דעתנו למסכת הראיות בכללה, להפכפכותו של בן עזרא ולמערכת שהקימה התביעה נגד המערער, נראה לי שהמערער משתבץ ב"מערכת בן עזרא" כאותו אדם רביעי. לא נמצא לי כי לעניין זיהויו של אותו אדם רביעי יש ב"מערכת בן עזרא" כדי להטיל ספק סביר במעורבותו של ז המערער במעשה הרצח והשוד, ומכאן שהתומה שהקימה התביעה אל מול פני המערער עומדת על תלה. נוסיף ונדגיש את שאמרנו לא פעם: לו נתבקשנו להרשיע את המערער על־פי "מערכת בן עזרא" כי אז ללא ספק זיכינו אותו בדין. ואולם "מערכת בן עזרא" לא נועדה – מעיקרה – להרשעתו של המערער, אלא להחלשת המערכת שהקימה התביעה במשפטו, להעלאת ספק סביר במערכת העומדת נגד המערער: מערכת ראיות עצמאית

nevo.co.il

העומדת על רגליה שלה. בהקשר זה לא מצאנו כי יש בכוחה של "מערכת בן עזרא" כדי להטיל ספק סביר באותה מערכת עצמאית העומדת נגד המערער, ומסקנת ההרשעה מתבקשת מאליה.

א

לעניינו של ספק סביר

21. חברַי שוטטו אנה ואנה בשדה הספק הסביר והביאו לפנינו מלוא הטנא דברי חכמה ודעת. על העקרונות הסכימו, על המסקנה הנדרשת מן העקרונות נחלקו. מכאן נדע – וידענו מכבר – כי הסכמה על עקרונות אינה אלא תחילתה של דרך, וכי אין נוסחת קסם שתפתח לפנינו מערה אפלה ובה אור הגנוז אשר יאיר את עינינו.

ב

22. רבים וטובים סוברים כי אין מקום ואין צורך ואין זה ראוי לנסות ולפרק "ספק סביר" לגורמיו. אדרבא: ניסיון לפרש ולבאר "ספק סביר" יוסיף אך מכאוב וקושי ובלבול. וזו העצה היעוצה במשפט האנגלי, כלשונו של J. F. Archbold, *Pleading, Evidence and Practice in Criminal cases* (London, by J. J. Richardson and others, 1993) 1/609:

ג

> "It is submitted that the judge should not volunteer an explanation of the expression 'reasonable doubt'".

ובלשונו של A. A. S Zuckerman, The Principles of Criminal Evidence (Oxford, 1989) 131:

ד

> "Judges are now exhorted 'not to volunteer an explanation of this expression' (reasonable doubt – מ' ח') but to satisfy themselves with the 'time- honoured formula' of proof beyond reasonable doubt".

ה

ראו עוד: פרשת דמיאניוק [6], בעמ' 647; C. T. McCormick, *On Evidence* (St. Paul, 4th ed. by J. W. Strong, 1992) vol. 2, sec. 341, at 445, ואמנם, בתי המשפט באנגליה דחו מעל פניהם שוב ושוב ניסיונות שונים לפירושו ולביאורו של צמד התיבות ספק סביר (reasonable doubt), ולא נתקבלה על דעתם אף אמירה כי פירושו ספק reasonable doubt שניתן להעלות reasons לקיומו. וכלשונו של השופט אדמונד דייוויס *(Edmund Davies, L.J.* בבית המשפט לערעורים פליליים באנגליה בפרשת *R. v. Stafford and Luvaglio* (1968) [26], at 2:

ו

> "We do not, however, ourselves agree with the trial judge when, directing the jury upon the standard of proof, he told them to 'remember that a reasonable doubt is one for which you could give reasons if you were asked,' and we dislike such a description or definition".

ז

ראו עוד צוקרמן, בספרו הנ"ל, בעמ' 140 ה"ש 54. ונשאלת מאליה שאלה: מדוע כך דבקים בתי המשפט באותה "time-honoured formula" של "reasonable doubt", ומה טעם מסרבים הם לעדן את הנוסחה, לפרשה ולנסות לפרקה לגורמיה? נתקשה להבין, למשל,

nevo.co.il

מדוע "reasonable doubt" אינו doubt שניתן להעלות reasons בצדו (הנה כי כן, במהדורה השמינית של ה־*Concise Oxford Dictionary* משנת 1990, מפורש "reasonable" גם כ־"having sound judgement" וגם "in accordance with reason; not absurd")? אם "ספק סביר" אין הוא ספק שניתן להעלות טעם (סביר) בצדו, כי אז כמעט חיסלנו את יסוד הסבירות במשפט. דחיקת הלכה זו לקצה עלולה להעלות כורת על המשפט המינהלי – רובו ככולו – ולכלות הלקים ניכרים מן המשפט הקונסטיטוציוני אף הוא. מדוע אפוא החליטו בתי המשפט באנגליה כפי שהחליטו? דומני שהטעם העיקרי לדבר נעוץ בסדר הדין הפלילי באנגליה ובשאר מדינות שבהן מכריע חבר מושבעים בשאלות שבעובדה. בחבר המושבעים יושבים מהנדס, עקרת בית, חייט, בעל מכולת ומנהל חשבונות, כולם אנשים מן היישוב אך הדיוטות במשפטים. החשש הוא, ככל הנראה, שהסברי יתר ודברי פרשנות עלולים להקשות על חבר המושבעים בבחינת יוסיף דעת יוסיף מכאוב – ומכאוב יוליך אל בלבול. ההנחה היא שהכול מבינים מהו "ספק סביר", וכלשונו של מקורמיק, בספרו הנ"ל, בעמ' 447:

> "Reasonable doubt is a term in common use almost as familiar to jurors as to lawyers."

ואם מבינים חברים בחבר מושבעים במה המדובר, מה טעם יוסיפו ויפרשו שופטים את שאינו צורך לא פירוש ולא ביאור? אכן, מתוך שהדיוטות הם שאמורים להכריע בשאלת אשמתו של נאשם, ניתן לקבל ולהסכים – גם אם לא בנקל – כי הדרכת שופט לחבר מושבעים תהיה בלשון פשוטה, לשון של מעשה, לשון מובנת לחבר הממוצע היושב בחבר מושבעים, לא לשון מתוחכמת יתר על המידה ולא על דרך של פירושים המועמסים האחד על גבי רעהו. reasonable doubt הוא reasonable doubt – דא ותו לא. השקפה זו קמו לה, אמנם, מבקרים (ראה, למשל, צוקרמן, בספרו הנ"ל, בעמ' 131), אך זה כמסתבר דין באנגליה. האם זה דין בישראל?

23. שיטת המשפט במקומנו מורה כי שופטים אנשי מקצוע יכריעו גם בשאלות שבעובדה גם בשאלות שבחוק, שם, באנגליה ובארצות־הברית (וכמותן במדינות אחרות של חבר מושבעים), מכריע חבר מושבעים בשאלות שבעובדה. ושוני זה מחייב מעצמו אף שוני בהלכה, לאמור, לא יהא זה ראוי כי נייבא ארצה – כמות שהן – הלכות שנקבעו להדרכתו של חבר מושבעים, ונורה שופטים אנשי מקצוע במקומנו כי ינהגו לפיהן. הנה לפנינו "שינויים הנובעים מתנאי הארץ ותושביה", והרקת הלכות מכלי אל כלי לא תהא במקומה. הנוסחה תישאר על מכונה – "ספק סביר" – אך לא נחשוש לפרשה ולבארה. כך, אמנם, עשה בית המשפט בפרשת דמיאניוק [6], בעמ' 644 ואילך, ואנו עמו.

24. פירוקו של "ספק סביר" לגורמיו הראשוניים – בהקשר לנטל המוטל על התביעה לשכנע בית־משפט באשמתו של נאשם מעבר לכל ספק סביר – יעלה לפנינו, כך דומה עלינו, שני יסודות שבחלקם חופפים הם זה את זה: האחד הוא היסוד הראציונאלי־האובייקטיבי העשוי להקים ספק שהוא סביר, והאחר הוא היסוד המוסרי־הסובייקטיבי.

ואפשר שהשניים אינם אלא שני צדדים של אותה מטבע. בהיעדר שני יסודות אלה יורשע נאשם בדינו, ובהתקיים אחד מן השניים ייצא זכאי מלפני בית המשפט (ראו עוד והשוו: פרשת דמיאניוק [6], בעמ' 652; הדברים מצוטטים בפסק־דינו של חברי, השופט גולדברג, בפיסקה 27 בטופה). היסוד הראציונאלי־האובייקטיבי ענייננו בסבירותו של הספק, וסבירות, כידוע, לעולם אמורה היא להיבחן באמות מידה השוות לכל נפש. השאלה הנשאלת תהיה, אם מערכת העובדות שהוכחה לפני בית המשפט עשויה להתיישב עם מסקנה שהנאשם לא ביצע את העבירה שבה הואשם, אם יש ספק סביר באותה אשמה, או – לחלופין – אם מערכת העובדות שהוכחה אינה מתיישבת אלא עם מסקנה שהנאשם חייב בדינו וכי אין ספק סביר באותה אשמה. ולמותר לומר כי נאשם ייצא רשע בדינו רק אם כל חלופות – חוץ מהרשעתו – אין בהן יסוד של סבירות. ובלשונו של צוקרמן, בספרו הנ"ל, בעמ' 134 (דברים המובאים בחלקם גם בפרשת דמיאניוק [6], בעמ' 648):

> "The proper direction to a jury is one that stresses the function of the test and explains that in considering the evidence the jury have to follow a mental procedure of progressive elimination of explanations consistent with innocence. In a murder trial which turned on circumstantial evidence Alderson B instructed a jury that before finding the accused guilty they must be satisfied not only that the proved 'circumstances were consistent with his having committed the act, but they must also be satisfied that the facts were such as to be inconsistent with any other rational conclusion than that the prisoner was the guilty person'. This spells out that which the requirement of proof beyond reasonable doubt merely hints at: that the jury may convict only when all explanations of the evidence that are consistent with innocence have been dismissed as having no force. On this view juries are not asked to gauge their beliefs or assess how near they are to certainty. Instead juries are asked to follow a process of reasoning".

וראו עוד דבריו של בית המשפט בפרשת דמיאניוק [6], שאותם מביאים חברי, השופט אור, בפיסקה 15 לפסק־דינו, וחברי, השופט גולדברג בפיסקה 27 לפסק־דינו. וכן הם דברי הנשיא שמגר בפרשת נגר [14], בעמ' 140:

> "לאור מהותן של הראיות ומשקלן המצטבר, לאור הסבריו של הנאשם, אם ניתנו כאלו, וכן לאור כל היפותיזה סבירה אחרת, קובע בית המשפט, אם יש מקום להסקת מסקנה חד־משמעית, שהיא ההגיונית היחידה, לפיה לא נותר ספק סביר בדבר אשמתו של הנאשם. למותר להוסיף, כי אם נותר ספק סביר כלשהו – משמע, כי האשמה לא הוכחה במידת הוודאות הדרושה, ויש לזכות את הנאשם בדינו".

ראו עוד: ע"פ 470/85 בן גל ואח' נ' מדינת ישראל [23], בעמ' 141–142, והמובאות בו.

25. היסוד השני העושה ספק סביר הוא היסוד המוסרי־הסובייקטיבי (השוו צוקרמן, בספרו הנ"ל, בעמ' 136). הערכת סבירותו של ספק לעולם נעשית היא בידי אדם – אם שופט הוא ואם חבר בחבר מושבעים – ומכאן שהיסוד הסובייקטיבי נוכח בכל מקום שבו קובע בית־משפט (או חבר מושבעים) כי נתקיים או שלא נתקיים ספק סביר. ואולם לא לכך מכוונים אנו דברינו עתה. כוונתנו עתה היא ליסוד מוסרי־סובייקטיבי: לאותו גורם מוסרי־אישי המגיע, והאמור להניע, שופט וחבר בחבר המושבעים בהכרעת הדין. ראשון שעמד על כך (ככל הנראה) היה המלומד Starkie, אשר בספרו *Evidence* (1824) דיבר על דרגת שכנוע המגיעה כדי "moral certainty, to the exclusion of all reasonable doubt" (מצוטט על־ידי J.H. Wigmore, *Evidence* (Boston and Toronto, vol. 9, by J.H. Chadbourn, 1981) 405). ואלה הם, דרך משל, דברי וויגמור על פירושו של הביטוי "beyond a reasonable doubt" (שם, בעמ' 405–406):

> "From time to time, various efforts have been made to define more in detail this elusive and undefinable state of mind. One that has received frequent sanction and has been quoted innumerable times is that of Chief Justice Shaw of Massachusetts, on the trial of Dr. Webster for the murder of Mr. Parkman (*Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. (5 Cush.) 295 (1850)): ('Reasonable doubt' – (שם, ה"ש 4 – מ' ח' – מ' ח') is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction, to a moral certainty, of the truth of the charge... The evidence must establish the truth of the fact to a reasonable and moral certainty - a certainty that convinces and directs the understanding, and satisfies the reason and judgment... this we take to be proof beyond a reasonable doubt'".

מילות המפתח הן "moral certainty", ועניינן שכנוע פנימי־מוסרי של שופט ושל חבר בחבר מושבעים. הצורך ב"וודאות מוסרית" יימצא גם ב־ W. Wills, *Principles of Circumstantial Evidence* (London, 7th ed., 1936) 330 ואומר על כך המחבר החכם, שם, בעמ' 330–331:

> "There is, it is true, no inherent distinction in the search after truth between civil and criminal inquiries or between conclusive evidence and that which produces moral certainty. Nevertheless, men will pronounce that a person owes another a hundred pounds on evidence on which they certainly would not hang him; and yet all the rules of law that apply to the one case apply to the other, and the processes are the same. The difference in result is no logical - but human nature is not always amenable to logic; *'naturam expellas furca, tamen usque recurret,'* and the statement above

represnts rather that which often happens than that which is logically correct".

א בקוראנו דברים אלה ניזכר – כיצד נוכל שלא לזכור – דברים שלימדנו תכם משפטים אחר, השופט הולמס: "The life of the law has not been logic; it has been experience": O. Holmes, *The Common Law* (Boston, 1881) 1 (פירוש הפתגם naturam expellas furca, tamen usque recurret הוא: גם אם בקלשון תגרש את הטבע, על מקומו יחזור. ד"ר ג' אלקושי בספרו אוצר פתגמים וניבים לאטיניים (מהדורה 2, תשמ"ב) פתגם מס' 1074, מזכיר בהקשר זה דברים שכתב המחבר ש"י עגנון בסיפור פשוט, פרק כ': "אין אדם יכול לשנות את טבעו, ואם שינה בידוע שיחזור בו". נזכיר עוד כי על הצורך ב"וודאות מוסרית" עמד הנשיא שמגר בפרשת נגר [14], בעמ' 138-139.

ב

ג 26. N. Morris במאמרו "Corpus Delicti and Circumstantial Evidence" 68 *L.Q.R.* 391 (1952) אומר כי מושג ה"moral certainty", קובע סטנדרט גבוה מן המקובל:

> "... a standard lying somewhere between the burden of proving guilt beyond all reasonable doubt, as in all criminal cases, and proof positive of guilt, which is never available in human affairs" (*ibid.*, at 394).

ד ובהמשך דבריו מסתייג המחבר מקביעתו של סטנדרט זה (שם, בעמ' 396):

> "It is clear that proof beyond all reasonable doubt and moral certainty are intended to be different degrees of proof, and that they are both different from absolute certainty; but the fine shades of distinction are extremely elusive. We rely on the good sense of juries to appreciate and apply these indefinable distinctions, and yet we know virtually nothing of the reasoning processes applied in the jury room".

ה

ו לביקורת נוספת ראה עוד: וויגמור, בספרו הנ"ל, בעמ' 410, 411, וכן דברי זקן השופטים הלורד גודרד (Lord Goddard, C.J.) במשפט *R. v. Onufrejczuk* (1955) [27], *at* 248-249. ראו עוד פרשת נגר [14], בעמ' 138-139.

ז גם אם אמרנו כי הכנסתו של הגורם המוסרי יש בה כדי לזרוע מבוכה בלבותיהם של חברי חבר מושבעים, הרי אין כן דין בבית־משפט שחבריו הינם אנשי מקצוע. אכן, אין אנו רשאים להתעלם – לא יהיה זה ראוי כי נתעלם – מהיסוד המוסרי הכרוך בהרשעתו של נאשם; וגם אם נבקש לחמוק ממנו סופו שיגיע עדנו. הנה כי כן, בסופו של ההליך הראציונאלי לבחינתן של חלופות העשויות להקים ספק סביר באשמתו של נאשם; וגם במקום שבית־משפט יאמר אל לבו: כל חלופות אפשריות נעדרות הן, לכאורה, כל משקל של ממש, ומכאן שהתביעה הוכיחה את אשמתו של נאשם מעבר לכל ספק סביר; גם

בהגיענו אל תחנת סיום זו, אפשר שקול קטן וחרישי – קול המוסר – יעלה בו בשופט ממצפונו ויאמר לו: אחרי כל אלה "זה לא זה". אפשר שקול זה פירושו לא יהיה אלא ספק סביר "ראציונאלי". אפשר גם אחרת. בין כך ובין אחרת, שופט לא יוכל להתעלם ממצפונו – אסור לו שיחמוק ממנו – ועל־פי צו לבו יעשה. ובית־משפט שלערעור אף הוא יחליט – בדרכו שלו – כך או אחרת. ובלשונו של W. Trickett במאמרו "Preponderance of Evidence and Reasonable doubt" 10 *Dik. L. Rev.* (1906) 76 מובא בוויגמור, בספרו הנ"ל, בעמ' 411–412):

> "Before convicting of a crime a juror should be morally certain that he committed it, and this conviction should be the result of a serious consideration of all the evidence" .

וכאן נסיים.

חלופה העולה כדי ספק סביר לא נמצאה לי. הקול לא עלה בי ולא לחש באוזניי. אני סבור שאשמתו של המערער הוכחה מעבר לספק סביר. אני סבור שיש לדחות את הערעור.

אחר הדברים האלה

27. לאחר כותבי דברים שלמעלה קראתי את דברי חברי, השופט אור, בפיסקאות 26 – 30 לפסק־דינו. בחלקו זה של פסק הדין מגיב חברי במישרין על דבריי שלמעלה, ומוסיף הוא ומסביר מדוע זה חולק הוא על עמדתי ומדוע זה יש ונכון, לדעתו, לזכות את המערער בדינו, ולו מן הספק. קראתי את דברי חברי בקפידה – קראתי אותם, הרהרתי בהם ושקלתי אותם בלבי. נעתי־זעתי על מושבי, אך ספק סביר בלבי לא עלה.

אמרתי אנוכי את דברי; חברי אמר את דברו; וכל אחד מאתנו על עומדו יעמוד. בשעת נעילה זו לא אוסיף על הדברים לגופם אלא זאת: מתחילה נסבו חילוקי הדעות בינותינו על השאלה הכוללת אם הייתה זו "חבורת בן עזרא" שביצעה את מעשה השוד והרצח, או אם היה זה המערער שלפנינו. בקעת המחלוקת נשתנתה, ועתה מדברים אנו על זהותו של אותו אדם רביעי שהיה שותף ל"חבורת בן עזרא". דעתי היא, שהמערער עשוי להשתבץ ב"מערכת בן עזרא", ואילו חברי סובר שדברי בן עזרא במשטרה ילמדונו – ולו מן הספק – כי המערער לא היה אותו אדם רביעי. השאלה הנשאלת היא, מה ערכם של דברי בן עזרא לעניין זהותו של אותו אדם רביעי, ואם יש באותם דברים כדי לעורר ולו ספק באשמתו של המערער. חברי סובר כי דברי בן עזרא במשטרה הם בני ערך ולו כדי לעורר ספק באשמתו של המערער, ואילו סברתי שלי היא, כי בשים לב לנסיבות הכוללות אין לייחס לדברי בן עזרא בנקודה זו כל ערך שהוא.

28. לעניין זה ביקשתי לומר עתה דברים אלה: נושא זהותו של אותו אדם רביעי לא הועמד עד כה כשאלה מהותית שנויה במחלוקת, לא במשפטו של בן עזרא ולא במשפטו

של המערער. אשר למשפטו של בן עזרא, נזכור כי בעדותו בבית המשפט הכחיש בן עזרא כל קשר למעשה הרצח והשוד, והמשפט נסב כולו על הודאתו במשטרה ועל מציאת "דבר־מה" התומך באותה הודאה. שאלת השתתפותם של אחרים במעשה הפשע עלתה, אמנם, במשפט, אך בית המשפט לא הוצרך להכריע בה ואכן לא הכריע בה (בית המשפט דן, דרך אגב, בשאלת אשמתו של המערער שלפנינו, אך דבריו באותו עניין לא היו אלא דברי אגב, על יסוד ראיות חלקיות ומקוטעות בלבד, ולסוף החליט – על סמך דברי בן עזרא עצמו – כי המערער שלפנינו לא היה מעורב בפשע; ראו פיסקה 15 להכרעת הדין במשפטו של בן עזרא). וכשם שבמשפט בן עזרא לא הועלתה שאלת זהותו של אותו אדם רביעי כשאלה שנויה במחלוקת, כן היה במשפטו של המערער. בית־משפט קמא הניח שאפשר היו שותפים למערער למעשה השוד והרצח, אך מתוך שלא הוצרך להכריע באותה שאלה הניחה לעצמה. נמצא לנו אפוא, שלא במשפט בן עזרא ולא במשפטו של המערער, לא כאן ולא כאן, לא עלתה כשנויה במחלוקת שאלת זהותו של "האדם הרביעי", ולא הוכרע בשאלה זו. אם כן, נותרו אימרותיו של בן עזרא במשטרה, על נושא שלא נחקר ואשר לא נקבעו בו כל מימצאים שהם.

29. משהגענו לכאן, מעמידה עצמה לפנינו שאלה, והיא: מה ערך יש וראוי ליתן לדברי בן עזרא במשטרה בשאלת זהותו של אותו אדם רביעי? ראשית לכול, נדע מה אמרו בתי המשפט על בן עזרא. במשפט בן עזרא עצמו לא האמין בית המשפט לעדותו של בן עזרא לפניו, עדות של כפירה במעשה העבירה. אשר לדברי בן עזרא במשטרה, בית המשפט החליט, אמנם, לקבל כראיה את הודעותיו במשטרה, אך זאת רק ככל שהייתה בהם הודאה במעשה הפשע. ובתתו דעתו לאופיו הבלתי יציב של בן עזרא, עמד בית המשפט על מציאת כמה "דבר־מה" בני ערך – ובלתי תלויים בהודאה – לחיזוק ההודאה ולהעמדתה יציבה על רגליה. בהקשר זה ראויים לציון דבריו של יושב־ראש ההרכב, סגן הנשיא כבוד השופט שטיינברג, המצוטטים בפסק־דינו של תברנו, השופט גולדברג (בפיסקה 9 לפסק הדין). בית המשפט במשפטו של בן עזרא לא האמין לו אלא בנושא הודאתו במעשה הפשע, ואילו בשאר נושאים – לרבות בנושא האדם הרביעי – לא קבע כל עמדה. נזכור עם זאת את דבריו של בית המשפט על אופיו ההפכפך של בן עזרא. ובלשונו של סגן הנשיא:

> "... הובהר לנו בעליל, כי עומד לפנינו אדם שקו האופי הדומיננטי שלו הוא הפכפכותו, וקו אופי זה איפיין גם את התנהגותו לאורך כל החקירה המשטרתית, מאז שהוזמן לחקירה ומסר את הודעתו הראשונה ועד להודעות האחרונות שאותן מסר, זה מקרוב, תוך כדי מהלך הדיון, כאשר העלה בין היתר גירסה מטעה בה סיבך גם את אשתו וכרך אותה בין אלה שנטלו חלק במעשה השוד והרצח ...".

הנה כי כן, במשפטו של בן עזרא נמצא לו לבית המשפט כי עומד לפניו אדם הפכפך והוזה הזיות, ולסוף החליט בית המשפט כי במיקטע המצומצם של ההודאה רואה הוא לקבל את דברי בן עזרא ולהרשיעו בדין. בית המשפט לא נדרש כלל להכריע בשאר אמירותיו של בן עזרא – לרבות לא בנושא הפללתם של אחרים – וממילא לא הכריע בהן.

30. אשר למשפטו של המערער, חברנו, השופט גולדברג, הביא מדברי בית־משפט קמא (בפיסקה 25 לפסק־דינו), וידענו מפי בית־משפט קמא:

א "...כי לא ניתן לסמוך על דבריו (של בן עזרא – מ' ח') ולא ניתן לקבוע על־פיהם ממצאים כלשהם. העד הזה מסוגל, לדעתנו, לומר כל דבר שנראה לו אותו רגע כמשרת את האינטרסים שלו, בין אם דבר זה מעוגן באמת ובין אם לאו.

ב ...

מאחר וכאמור לא יכולנו לסמוך במאומה על מרדכי בן־עזרא, לא היה בידינו לומר אם יש לייחס אמון לדבריו במשטרה, לפיהם אכן היו הוא, סרסור ויוסף (חגי – א' ג') קשורים לרצח או ליחס אמון לדבריו בבית המשפט, לפיהם לא היו הוא והשניים האחרים קשורים לרצח. על־כן, כאמור, לא הבענו – ואין
ג אנו מביעים בזה – עמדה לגבי איזו מבין הגירסאות הרבות שמסר".

במשפטו של המערער אפוא קובע בית המשפט – על יסוד התרשמות מבן עזרא – כי אי־אפשר לסמוך על דבריו לקביעת כל מימצא שהוא, לא על דבריו במשטרה ולא על דבריו בבית המשפט. הנה כי כן, גם בית המשפט במשפטו של בן עזרא גם בית המשפט במשפטו של המערער, שני בתי המשפט קבעו כי בן עזרא הוא אדם הפכפך וכי אין ניתן
ד לסמוך על דבריו. רק בזאת נשתנה משפטו של בן עזרא ממשפטו של המערער, שמשפט ראשון נסב על הודאה ועל "דבר־מה", ובבקעה זו הוכרע כפי שהוכרע.

31. ומכאן השאלה: אחרי כל דברים אלה שאמרו בתי המשפט, ולנוכח הגירסאות השונות והרבות שמסר בן עזרא למשטרה, האם אמירה פלונית שלו במשטרה עשויה
ה לעורר "ספק סביר" אל מול חומת הוכחות שהעמידה התביעה בעניינו של המערער? מקשה חברי, השופט אור: מה היה לי שדווקא בגושא זהותו של האדם הרביעי בחרתי שלא להאמין לבן עזרא. ובלשונו של חברי, בפיסקה 29 לפסק־דינו:

"לא ברור לי, ולא השתכנעתי, על סמך אילו נתונים ניתן לבטל דווקא חלק זה בגירסת בן עזרא כלא היה".
ו

ביקורת זו לא הבינותי פשרה. על אמיתות דבריו של בן עזרא לא אמרתי אלא זאת, שלעניין הודאתו במעשה הפשע נמצאו סימני אמת, וכי מכל מקום, לעניין הרשעתו של המערער עלינו לצאת מתוך הנחה כי עיקרי דבריו נכונים הם. ואולם דברים אלה אינם פורסים עצמם – כמו מעשה מוכני – על זהותו של אותו אדם רביעי: אדם שלזיהויו לא
ז נמצא "דבר־מה", לא כל שכן שלא נמצא סיוע, והרי זיהויו נותר תלוי בחלל האוויר ומשקלו כמשקל הפכפכותו של בן עזרא.

32. אכן, לא מצאתי סתירה של ספק סביר בין הרשעתו של בן עזרא לבין הרשעתו של המערער, ומכאן מסקנתי כי ראוי לנו שנרשיע את המערער בדינו.

33. מדברים אנו בהרשעתו של אדם על יסוד ראיות נסיבתיות, ועליהן אומר השופט דרלינג (*Darling J.*) דברים אלה במשפט *R. v. Armstrong* (1922) [28]:

> "Circumstantial evidence is as valuable as any other evidence provided it is good evidence. Circumstantial evidence going to prove the guilt of a person is this: One witness proves one thing and another proves another thing, and all these things prove to conviction beyond a reasonable doubt; but neither of them separately proves the guilt of the person. But taken together they do lead to the one inevitable conclusion, and if that is the result of circumstantial evidence it is a very much safer conclusion you come to than if one witness gets into the box and gives direct evidence and says 'I saw this crime committed'".

ראו ווילס, בספרו הנ"ל, בעמ' 42–43.

ובלשונו של מ"מ הנשיא השופט לנדוי בע"פ 524/77, 584, 653, 701 מזרחי נ' מדינת ישראל [24], בעמ' 685–686:

> "אל־נכון טענו הסניגורים שכאשר בראיות נסיבתיות מדובר, צריכות הראיות להביא בדרך האלימינציה למסקנה האחת של אשמת הנאשם. אבל אין זאת אומרת שכל ראיה נסיבתית בפני עצמה חייבת להספיק להרשעת הנאשם. כל ראיה לפני עצמה חייבת הוכחה מעל לספק סביר, אך המסקנה הסופית יכולה להתקבל מתוך צירופן של כמה ראיות נסיבתיות כאלה, שכל אחת מהן אינה מספקת לפני עצמה להרשעת הנאשם. כדי לברר אם מסקנת האשמה היא המסקנה מחוייבת המציאות, מפעיל בית־המשפט את מבחני ההגיון ונסיון החיים הכללי, ולבסוף חייב כל ספק סביר לפעול לזכות הנאשם".

ראיה פלונית נוטה לכיוון הרשעה, וכך הן ראיות פלמונית, אלמונית, צלמונית ותלמונית. כל אחת מאותן ראיות עשויה להתפרש – כשהיא לעצמה – גם כאירוע בלתי צפוי ובלתי נחזה, כתעתוע ממעל. ואולם שרשרת של תעתועים אינה חזון נפרץ וממילא מקרבת היא אותנו אל הרשעה ואל סילוקו של ספק סביר. ובלשונו של זקן השופטים, הלורד היוארט (Lord Hewart C.J.) במשפט *R. v. Podmore* (1930) [29]:

> "Circumstantial evidence, that is to say the evidence of accumulated circumstances all pointing in one direction, is contrasted with direct evidence, that is to say the evidence of an eye-witness. But one cannot forget that an eye-witness may sometimes be mistaken : there may be a mistake about a person : there may be a mistake about an act : there may be the influence of grudge or spite.

Circumstantial evidence is free from these blemishes. Circumstantial evidence consists of this, that when you look at all the surrounding circumstances you find such a series of undesigned, unexpected coincidences that, as a reasonable person you find your judgment is compelled to one conclusion. If the circumstntial evidence is such as to fall short of the standard, if it does not satisfy that test, if it leaves gaps, then it is of no use at all".

א

ב ראו ווילס, בספרו הנ"ל, בעמ' 43–44.

מראיה נסיבתית אחת – ראיה המצביעה על אשמתו של נאשם – נדלג אל ראיה נסיבתית אחות, וממנה אל אחותה, וכך הלאה, עד להיעלמו של ספק סביר. ובלשונו של השופט טירקל בע"פ 351/80 חולי נ' מדינת ישראל [25], בעמ' 484:

ג

"... כאשר כל אחת מן הראיות הנסיבתיות בפני עצמה נוטה להצביע על אשמתו של הנאשם יותר מאשר על חפותו – ואפילו אין בה כשלעצמה כדי להרשיעו – הרי ככל שראיות אלה רבות יותר, מגוונות יותר ושלובות יותר אישה ברעותה, נעשית 'חזקת חפותו' של הנאשם לאפשרות רחוקה יותר וקלושה יותר, עד שלא נותר ממנה שריד. יש כאן, כביכול, מעין תמונת הרכבה ('פזל'), שככל שמצטרפים זה לזה חלקים רבים יותר, מגוונים יותר ושלובים יותר זה בזה, הולכת ומתהווה תמונה, שבעיקרה היא ברורה לחלוטין, אפילו נעדרים אחדים ממרכיביה. יתר על־כן, תיתכן גם תיתכן אפשרות אחרת, שונה, שכל אחת מן העובדות, המובאות להוכחת אשמתו של הנאשם, היא תמימה ומקרית לחלוטין, כשהיא לפני עצמה, אולם עצם צירופן יחד אינו יכול – מבחינה הגיונית – להיות תמים ומקרי...".

ד

ה

מעשה אל ודבר ה' אינם חזון נפרץ, וכאשר "מעשי אל" (כנטען) באים בזה אחר זה בשרשרת נסיבות שכל אחת מהן לעצמה מצביעה אל עבר אשמתו של נאשם, נאמר אנו – כבני אנוש – כי יש להרשיע אותו נאשם וכי לא ניטע ספק סביר בלב. אכן, יד המקרה, מעשה אל, אצבע אלהים, מחזה תעתועים, כאשר באים הם בזה אחר זה באותה מערכת עצמה, אין הם אך מצטרפים האחד אל רעהו אלא כופלים הם אלה את אלה. כך הופכת מקריות לחוקיות, וערכה של טענת תעתוע ממעל שואפת לאפס. וכך מורנו גלנוויל וויליאמס (G. Williams, *The Proof of Guilt* (London, 3rd. ed.,1963) 190):

ו

"The evidence of crime against a person may be overwhelming, and yet it may be possible to conjecture a series of extraordinary circumstances that would be consistent with his innocence - as by supposing that some stranger, of whose existence there is no evidence, interposed at the crucial moment and actually committed the crime, when all the evidence points

ז

nevo.co.il

to the fact that the accused was alone on the spot, or by supposing, on a charge of murder, that the deceased died of heart failure the moment before the bullet entered his body. The fact that these unlikely contingencies do sometimes occur, so that by neglecting them there is on rare occasions a miscarriage of justice, cannot be held against the administration of the law, which is compelled to run this risk".

א

לנושא זה בכללו, ראו עוד צוקרמן, בספרו הנ"ל.

ב

34. אימרת חכמים היא, כי טוב הוא שעשרה רשעים ייצאו זכאים בדינם ולא נרשיע אדם אחד תם וישר; היו שאמרו כי טוב שרשע אחד ייצא זכאי ולא נרשיע תם אחד; יש שמדברים על זיכוי עשרים רשעים שמא נגיע להרשעתו של תם אחד; יש הקובעים יחס של חמישים לאחד ויש מדברים על יחס של אלף לאחד (ראו: וויליאמס, שם, בעמ' 186–187; צוקרמן, בספרו הנ"ל, בעמ' 126). וכלשונו של הרמב"ם (ספר המצוות, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים, תש"ן) לא תעשה, רצ[א]): "ויותר טוב ויותר רצוי לפטר אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן־הימים". כל מידות יחס אלו בין מעשי הרשעה לבין מעשי זיכוי לא נועדו אלא כדי שנדע כי כולנו בני אנוש אנו, וכי לעולם לא נגיע לאמת מוחלטת. נשאף במאוד – אך לא נגיע.

ג

ד

35. בהקשר זה של הרשעת תם וזיכוי רשע – ושל היחס ביניהם – נזכיר ונזכור את מעשה סדום ועמורה, ואת התרסתו של אברהם אבינו כלפי הקב"ה: "האף תספה צדיק עם רשע...חללה לך מעשת כדבר הזה להמית צדיק עם־רשע והיה כצדיק כרשע חללה לך השפט כל־הארץ לא יעשה משפט" (בראשית, יח, כג, כה [ב]). אמר אברהם את שאמר, והחל המשא־ומתן (בראשית יח, כג–לג [ב]):

ה

"ויגש אברהם ויאמר

האף תספה צדיק עם־רשע

אולי יש חמשים צדיקם בתוך העיר

ו

האף תספה ולא־תשא למקום למען חמשים הצדיקם אשר בקרבה

חללה לך מעשת כדבר הזה להמית צדיק עם־רשע

והיה כצדיק כרשע

ז

חללה לך

השפט כל־הארץ לא יעשה משפט

ויאמר ה' אם־אמצא בסדום חמשים צדיקם בתוך העיר

nevo.co.il

ונשאתי לכל־המקום בעבורם

ויען אברהם ויאמר הנה־נא הואלתי לדבר אל־אדני ואנכי עפר ואפר א
אולי יחסרון חמשים הצדיקם חמשה
התשחית בחמשה את־כל־העיר
ויאמר לא אשחית אם־אמצא שם ארבעים וחמשה ב
ויסף עוד לדבר אליו ויאמר
אולי ימצאון שם ארבעים
ויאמר לא אעשה בעבור הארבעים ג
ויאמר אל־נא יחר לאדני ואדברה
אולי ימצאון שם שלשים
ויאמר לא אעשה אם־אמצא שם שלשים ד
ויאמר הנה־נא הואלתי לדבר אל־אדני
אולי ימצאון שם עשרים
ויאמר לא אשחית בעבור העשרים ה
ויאמר אל־נא יחר לאדני ואדברה אך־הפעם
אולי ימצאון שם עשרה
ויאמר לא אשחית בעבור העשרה ו
וילך ה' כאשר כלה לדבר אל־אברהם
ואברהם שב למקמו".

על תשעה צדיקים לא עוד עתר אברהם. ז

"וה' המטיר על־סדם ועל־עמרה גפרית ואש מאת ה' מן־השמים. ויהפך את הערים האל ואת כל הככר ואת כל־ישבי הערים וצמח האדמה" (בראשית, יט, כד–כה [ג]).

א

ב

ג

ד

ה

ו

ז

36. הראיות הנסיבתיות שהוכחו במשפטו של המערער – ראיות שנמנו אחת לאחת בפסק־דינו של בית־משפט קמא ובאו גם בפסק־דינו של חברי, השופט גולדברג – מוליכות, לדעתי, בבירור אל עבר הרשעתו בדין, ואין בדברי בן עזרא כדי לזעזען. אזכיר, למשל, את כתם הדם שנמצא על הסדין בחדר השינה ואשר בדיקת ה־DNA העלתה כי דמו של המערער הוא, דמו שלו ולא דמם של אחרים (שכיחות פרופיל הדנ"א שנמצא על הסדין נמצאה כ־1:319510; ראה תצהירה של הגברת נירה גלילי, עובדת המחלקה לזיהוי פלילי של המשטרה, מוצג ת/66, ועדותה בעמוד 105 לפרוטוקול ואילך; ראה עוד נ' גלילי, א' מרבך, "אנליזה של דנ"א למטרות פורנזיות" פלילים ב (תשנ"א) 225 ואילך). לפי עדותו שלו, לא היה המערער כלל באותו חדר שינה, ומכאן שכתם הדם לא יכול היה להגיע אל הסדין אלא באמצעות "מתווך". בית־משפט קמא מנתח נושא זה בפרוטרוט, ובמסקנותיו שולל הוא אפשרות של דם שהועבר באמצעות "מתווך" (בעמ' 38 ואילך להכרעת הדין). דברים אלה מקובלים עליי, כפי שמקובלים הם על חברי, השופט גולדברג (ראו פיסקה 30 לפסק־דינו). ואין זו אלא דוגמה אחת לשרשרת של אירועים שכולם הינם "יד המקרה", כביכול, אירועים שלאמיתם של דברים מצטרפים הם אלה אל אלה ועולים כדי הרשעה.

37. סוף דבר: דעתי היא כי דינו של הערעור שיידחה, וכך אפסוק.

הוחלט, ברוב דעות, לדחות את ערעורו של המערער.

ניתן היום, י"ז באייר תשנ"ה (17.5.95).

nevo.co.il