



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייים

ע"פ 10365/08

בפני : כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט נ' הנדל

המערער : מאהר אלעיסווי

נגד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט המחוזי
בתל אביב מיום 3.11.08 בתיק פח' 1129/05 שניתן על ידי
כבוד השופטים ברכה אופיר-תום, מרים סוקולוב, ישעיהו
שנלר

בשם המערער : עו"ד ירום הלוי

בשם המשיבה : עו"ד אבי וסטרמן

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. פאטן עיסוואי (להלן: פאטן), ילידת 1976, נמצאה ביום 16.4.05 שעה 11:30 בערך על ידי סיור מג"ב באזור פלמחים כשהיא שרויה מחוסרת הכרה ומפרכסת. פאטן הובהלה לבית חולים שם אובחן כי סובלת מנזק מוחי חמור אשר נבע ממעשה לפיתת צווארה וחניקתה עד יצירתו של תשניק. חצי שנה לאחר מכן, ביום 9.10.2005, נפטרה פאטן בבית החולים כתוצאה מסיבוך שנוצר עקב מצבה הגופני והשלכותיו של הנזק המוחי. נוכח האמור, הוגש תחילה כתב אישום כנגד המערער בגין עבירת ניסיון למעשה רצח (סעיף 305 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 (להלן: חוק העונשין)). בעקבות פטירתה של פאטן, הומר סעיף האישום לעבירת הרצח על פי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין. בתום הליך שמיעת ההוכחות, הורשע המערער בעבירה המיוחסת לו ובית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, גזר עליו עונש מאסר עולם וכן פיצוי בנה של פאטן בסך 75,000 ₪ (תפ"ח 1129/05, מיום 3.11.2008, שניתן על ידי השופטים ב'

אופיר – תום, מ' סוקולוב וי' שגלר). מכאן הערעור שבפנינו המופנה הן כלפי הכרעת הדין והן כלפי גזר הדין.

העובדות הנדרשות לעניין

2. על פי כתב האישום המתוקן, המערער ופאטן הינם בני דודים אשר שררה ביניהם מערכת יחסים קרובה. במועד האירוע, הוא הלילה שבין 15.4.05 לבין 16.4.10, שוחחו המערער ופאטן מספר פעמים רב באמצעות הטלפונים הסלולאריים. באותו ערב, ביקרה פאטן בבית אחותה, אך שבה לביתה בשעה 22:00 או בסמוך לכך. במועד מאוחר לכן, ובשעה 23:15 לערך, יצאה פאטן את ביתה. על פי כתב האישום המתוקן, המערער נפגש עם פאטן בשעה זו. בהמשך לכך, ובמועד שאינו ידוע למשיבה, הסיע הנאשם את פאטן במכוניתו לאזור החולות שבפלמחים בסמוך לצומת עין הקורא. ממניע שאינו ידוע למאשימה ובמועד שאינו ידוע לה, החליט המערער להמית את פאטן ובשל כך לפת את צווארה וחקק אותה עד אשר סבר כי היא ללא רוח חיים והותירה באזור השיחים באזור.

בתביעתה, הסתמכה המשיבה על שלושה מישורים ראיתיים אשר לטענתה משתלבים לידי מסכת עובדתית המעידה על חלקו של המערער במותה של פאטן: הראייה הראשונה הינה הימצאותו של בדל סיגריה מסוג "קנט" כ-9 מטרים ממקום הימצאה של פאטן (להלן: זירת האירוע העיקרית) ואשר המטען הגנטי שנמצא עליו (DNA) תואם את הפרופיל הגנטי אותו נושא המערער. בנוסף, כ-90 מטרים מאזור הימצאותה של פאטן נמצא בדל סיגריה נוסף מסוג "קנט" וכן כוס פלסטיק ריקה אשר היו מונחים על משטח בטון כתום (להלן: זירת האירוע המשנית), הפרופיל הגנטי שנמצא על אלו תאם באופן חלקי את הפרופיל הגנטי של המערער. הראייה השנייה עליה נסמכה התביעה הינה חקירת התקשורת אשר ביצעה המשטרה, המעידה כי על פי איכון הטלפונים הסלולאריים המעורבים בפרשה, טרם היעלמותה ביצעה פאטן את שיחותיה האחרונות עם המערער. השלישית, הינה אמרת חוץ של המערער בפני אחיינו אנואר דסוקי (להלן: אנואר) במסגרתה התוודה בפניו לכאורה כי רצח את פאטן. ראייה זו נתמכת, לגישת התביעה, באמרותיה של אמו של אנואר במשטרה כי בנה סיפר לה בדבר הודאתו של המערער בפניו.

בנוסף לכך, לאחר תחילת חקירתו של המערער עת נעצר בחשד למעורבותו באירוע, הבהיר האחרון כי קשריו עם המנוחה היו טובים אך מינוריים. בשל אמרות נוספות של המערער בחקירה לפיהן נהג להגיע לאזור פלמחים עם נשים נוספות עמן התרועע, החליטה המשטרה

להובילו לאזור פלמחים על מנת שיצביע על מקומות בהם נהג להתרועע כאמור במועדים שונים. מטרת ההובלה הייתה לבחון האם המערער מצביע על מקום הימצאם של בדלי הסיגריות באופן בלתי מפליל, קרי – הסבר המעיד בדבר הימצאותו באזור במועד אחר. המערער הצביע על מספר מקומות שעל פי טענתו היה בהם במועד כזה או אחר עם נשים אחרות. נקודת ההצבעה הקרובה ביותר לאזור זירת האירוע המרכזית הייתה מרוחקת כ-600 מטרים ממקום המצאה של פטאן ובין שני מוקדים אלו נמצא שטח הררי וסבוך שאין אפשרות לחצותו ברגל. אין מחלוקת כי המערער לא הצביע במעמד זה על זירת האירוע העיקרית או המשנית, אשר בשתייהן נמצאו בדלי הסיגריות שנשאו את מטענו הגנטי. לטענת התביעה, אם היה מצביע המערער על הזירה המשנית או העיקרית, היה בכך כדי להבהיר את דבר הימצאות הבדלים באזור. עם זאת, ומכיוון שהמערער לא הצביע על מקומות אלה, לא ניתן הסבר מניח דעת כיצד הגיעו בדלי הסיגריות לאזור הימצאותה של פאטן. המערער למעשה, לגישת התביעה, ניסה "להרחיק" עצמו ממוקדי האירוע ובכך מתחזקת התמונה הראייתית העולה בדבר אחריותו של המערער ברצח המנוחה.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

3. בית המשפט המחוזי אימץ את המסכת העובדתית הנטענת בכתב האישום נגד המערער. בפסק דין ארוך ומנומק, בחן בית המשפט המחוזי את ראיותיה של התביעה תוך ציינו כי המדובר בראיות נסיבתיות אשר רק הצטברותן בתוך מארג הראיות מעידה על קיומה של תמונה ברורה בגינה ניתן לבסס את אשמת המערער. בית המשפט בחן את מקבץ הראיות הנסיבתיות, כל אחת בנפרד, והצטברותן של כולן כמקשה אחת. זאת, בין היתר גם כמענה לטענות ההגנה, כפי שיפורטו אף כאן בהרחבה, כי לא ניתן לנוכח הראיות הנסיבתיות להצביע על מעורבותו של המערער בגרימת מותה של פטאן לעומת מעורבותו של אחר, אוסמה ג'רושי (להלן: ג'רושי), אשר ככל הנראה היה בקשר רומנטי עם פאטן באותה העת וניתן להצביע כי קיים לו מניע לביצוע המעשה. בית המשפט המחוזי נתן דעתו לכך כי אכן המשטרה, בחקירתה, הייתה צריכה לבחון לעומקו גם את כיוון החקירה הנוסף בדבר מעורבותו האפשרית של ג'רושי. עם זאת, במחדל זה אין כדי להעיב על מסקנות התביעה כי המערער הוא המעורב בפרשה, בעיקר לנוכח מציאת בדל הסיגריה במוקד האירוע, אשר על פי הבדיקה הגנטית שייך למערער ולא לג'רושי. משלב זה, לטענת התביעה, כפי שאימצה אף בית המשפט המחוזי, חקירת מעורבותו של ג'רושי כבר לא הייתה נדרשת. בית המשפט המחוזי קבע כי המערער לא עמד בנטל לגבש ספק סביר בדבר התקיימותה של אפשרות סבירה נוספת לקרות האירוע, אפשרות שאינה היפוטטית במהותה, אלא מעוגנת בראיות. הימצאותו של בדל הסיגריה במקום האירוע קושר את המערער באופן ישיר

להימצאותה של פטאן במקום. זאת, בעוד טענת ההגנה בדבר מעורבותו של ג'רושי במותה של המערערת נסמכה היא רק על שיחות הטלפון הרבות – 17 שיחות - שקיימה פאטן עמו לכאורה ביום האירוע ונוכח מניעו של ג'רושי לגרום למותה של המנוחה בשל יחסיה המקבילים עם אחיו. גם יומן השיחות של המערער ושל פטאן בליל האירוע אינו מעלה אפשרות סבירה נוספת. על פי ממצאי בית המשפט המחוזי, מן הטלפון של פטאן יצאו 6 שיחות למספרו של המערער אשר האחרונה שבהן בשעה 23:15. המערער לא חלק על עובדה זו, אלא על המסקנה אליה הגיעה התביעה בדבר אשמתו. בית המשפט קבע כי על פי איכון יומן שיחותיו הסלולריות של המערער, הרי שבעת שיחתו האחרונה עם המנוחה היה המערער בדרכו לאשדוד, לפגוש את חברתו, טלי. לאחר מכן, נקלט איכוננו באיזור רמלה, אזור מגוריו ומגורי פטאן בשעה 3:20 לפנות בוקר. בית המשפט המחוזי קבע כי אף נסיעתו של המערער לאשדוד והימצאותו באזור זה עד לשעה 3:20 לפנות בוקר, אין בה כדי לשלול את המסקנה כי המערער עמד בקשר רציף עם המנוחה באותו לילה ויכול היה לבצע את המיוחס לו בין לבין (ראו עמ' 33 להכרעת הדין). אין בהיעדר איכון המכשיר הסלולרי של המערער בזירת הרצח בליל האירוע כדי לשלול את הקביעה שהיה שם במהלכו. כמו כן, אין באיכון כדי לשלול את העובדה שבין נקודת הזמן ליציאה לדרך לבין נקודת הזמן של ההגעה ליעד (רמלה) היה יכול הנאשם לפגוש במנוחה במקום בו נמצאה למחרת. במילים אחרות, היה סיפק בידי המערער לפגוע בפטאן. חברתו של המערער, טלי, אף לא העידה בחקירתה כי הייתה עם המערער באותו לילה. יתרה מכך, בית המשפט קבע כי על פי איכוננו של המספר השנוי במחלוקת עמו ניהלה פטאן שיחות בליל האירוע, ואשר נטען שהוא של ג'רושי, עלה שמיקום המספר האמור מעיד כי הימצאותו באזור הרצח אינו סביר.

באשר לעדותו של האחיינן, אנואר, מצא בית המשפט המחוזי כי יש לקבל את עדותו במשטרה מכח סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש] התשל"א - 1971. בבית המשפט המחוזי חזר בו אנואר מעדותו במשטרה בטענה כי הופעל עליו לחץ למסור כי דודו, המערער, התוודה בפניו על הרצח האמור. בית המשפט בחן את עדותו בבית המשפט לעומת עדותו במשטרה תחת השפעתן של שתי ראיות משנה: האחת, תמלילי שיחות אנואר עם המדוכב שהוכנס בתקופת מעצרו לתאו, במסגרתן שיתף אותו על התוודותו של דודו; השנייה, שיחתו המוקלטת של אנואר עם אמו בניידת המשטרה טרם מעצרו והעימות ביניהם שנוהל בשלב מאוחר יותר לאחר ששיתף את המשטרה בהתוודות דודו. מראיות אלו הסיק בית המשפט כי עולה בבירור כי עדותו במשטרה לא נעשתה תחת לחץ - הן של החוקר או של המדוכב - ליתן עדות שקר אשר לכאורה תביא לשחרורו ממעצר. ההודאה במשטרה הייתה אותנטית ומערך ראיות המשנה לה מחזקות אותה.

בהתאם לאמור ונוכח חוזקה של עדות אנואר, מצא בית המשפט המחוזי כי אין ממש בתזת ההגנה כי קיימת פרשנות אלטרנטיבית לראיות וכי נזנח כיוון חקירה חשוב בדבר מעורבותו של ג'רושי ברצח פאטן. זאת, בין היתר, נוכח אי הימצאותה של ראיה אובייקטיבית הקושרת את ג'רושי לרצח, בעוד בדל הסיגריה שנמצא בזירת האירוע הצביע על הימצאותו של המערער באזור הרצח. לדברי בית המשפט המחוזי, עדות נוספת שנשמעה, עדות חברתה של המנוחה, מרים עיסאווי, בדבר מעורבותה הרומנטית של המנוחה עם ג'רושי ואחיו אינה משנה את התמונה לטובת המערער. בעדותה, ציינה האחרונה כי פחדיה של המנוחה היו צריכים לנבוע מאחיו של ג'רושי, אשר גילה באותה העת כי המנוחה מתראה עם שניהם. על כן, בית המשפט מצא כי למעשה מי שהיה יכול להוות גורם מאיים הוא אחיו של ג'רושי ולא ג'רושי עצמו. מכאן, שגרסה זו מפריכה את התיזה האלטרנטיבית של ההגנה כי ג'רושי הוא החשוד בביצוע המעשה. לבסוף נקבע כי גם מחדלי המשטרה השונים כגון אי העדתם של המדוכב ואי עריכת עימות בין המערער לאנואר, אין בהם כדי לפגום בתמונת הראיות העולה מן האמור. בסופו של יום, קבע בית המשפט המחוזי כי מסיכום תמונת הראיות הנסיבתיות כמו גם שקרי המערער השונים, כגון שקריו בנוגע לסוג הסיגריות שמעשן, עולה תמונה ברורה באשר למעורבותו של המערער ברציחתה של המנוחה.

טענות ההגנה

4. ליבת טענות ההגנה נסמכות על כך שמערכת הראיות והתמונה העולה מהן מעידה כי קיימת יותר מאפשרות אחת לקרות האירוע. הטענה המרכזית אותה מעלה ההגנה, היא כי קיומן של 3 ראיות עיקריות בנוסף לתהליך ההובלה שבוצע למערער, יכולות לעמוד ולהעיד על תמונה אחת, רק בתנאי ועדותו של אנואר בדבר התוודות דודו בפניו הינה אמת. הווה אומר, כי לולא גרסת אנואר במשטרה בדבר התוודות דודו בפניו, תמונת הראיות הנסיבתיות לא הייתה מובילה להרשעת המערער. בשל כך, מפנה ההגנה בעיקר לתמלילי הדיבוב שנערכו בין אנואר למדוכב אשר שהה בתאו, במסגרתם טוענת ההגנה כי המדוכב תדרך והדיח את אנואר ליתן את הגרסה המפלילה על מנת למנוע את מעצרו שלו עצמו. התמלילים האמורים, בנוסף למתן גרסה סתמית וחסרת פרטים של אנואר במשטרה בדבר ההתוודות וכן אי התיישבות הודעתו של אנואר עם ראיות אובייקטיביות בשטח, מעידים כולם כי ההודעה אינה אמינה. בנוסף טוענת ההגנה, כי תמלילי חקירת אמו של אנואר והעימות שנערך ביניהם מעידים כי אנואר ניסה להשפיע על אמו שתאמר כי אנואר סיפר לה על התוודות דודו בפניו. ההגנה מפנה לכך כי הודאת אנואר במשטרה בדבר התוודות דודו ניתנה לאחר שהחוקרים הציגו

בפניו סרט אילם של תהליך ההובלה. אנואר, בתגובה לסרט, חשב שמדובר בתהליך שחזור וכי דודו הודה. לכן, מסקנת אנואר הייתה שאם דודו ממילא הודה ברצח, הרי שעל מנת שישתחרר בעצמו מן המעצר, עליו להגיד כי דודו הודה אף בפניו על הרצח. לטענת ההגנה, כך הוא המצב גם לאור תדרוך המדובר כי עליו לעשות כן. עוד נסמכת ההגנה על פלטי השיחות וחקירת התקשורת שבוצעה למערער, למנוחה ולג'רושי. לטענת ההגנה מסקנותיו של בית המשפט המחוזי לגבי יכולתו של המערער לבצע את המעשה המיוחס לו בין השעה 23:15, אז היה בדרכו לאשדוד ובוצעה השיחה האחרונה מהמנוחה אליו, ובין 3:20 אז היה כבר בדרכו חזרה לרמלה, אינן הגיוניות. זאת, בעיקר נוכח שיחותיו עם חברתו טלי אשר המתינה לו באשדוד. אם היה נפגש עם המנוחה בין הזמנים האמורים היה עליו לבצע שיחת טלפון נוספת במסגרתה היו המערער ופאטן אמורים לתאם את המפגש – שיחה אשר לא נתקיימה ואינה עולה מאיכון מספרי הטלפון של פאטן או של המערער.

טענה נוספת אותה מעלה ההגנה הינה בדבר תהליך ההובלה שנערך למערער. לטענתה, המערער הצביע על אזורים בהם התראה עם נשים אחרות ובמועדים אחרים באזור פלמחים ובהצבעתו על האזור הקרוב ביותר למקום האירוע למעשה נתן הסבר למיקומו של בדל הסיגריה בזירה העיקרית והמשנית. כך למשל, גם הימצאותם של בדל סיגריה נוספת וכוס פלסטיק הנושאת את מטענו הגנטי של המערער מעידה כי אכן המערער היה שם בזמנים נוספים עם חברותיו. על כן, אין לראות את המערער כמרחיק עצמו מאזור פלמחים. העובדה שהמערער לא הצביע על המקומות המדויקים נובעת מגודלו של האזור ובשל כך שבעבר נכח שם המערער בשעות הלילה, מה שמקשה על זיהוי מדויק של מקום ההימצאות. בנוסף, המערער הדגיש כי אמנם לא נמצא פרופיל DNA על חפץ בזירת האירוע הראשית והמשנית ששיך לג'רושי, אך כן נמצא פרופיל DNA של שני אנשים אחרים באותו אזור שאינם שייכים למערער ושלא זוהו. טענה נוספת אותה העלתה ההגנה היא בדבר היעדר מניע. ההגנה מפנה למערכת היחסים הטובה אשר שררה בין פאטן לבין המערער. הלה היה בקשר רציף עם פאטן לאחר שזו גורשה מבית בעלה בשל "התנהגותה המתירנית". המערער נהג לעזור לה ולכלכלתה. משכך, ובהיעדר סכסוך בין המערער לפאטן או מי מבין בני משפחתה, טוענת ההגנה כי אין כל מניע למערער לגרום למותה. לטענתו, הסיבה בגינה בהתחלה מסר לחוקרים כי אינו מכיר את פאטן הינה הן בגלל שלמנוחה לא היה שם טוב במשפחה נוכח בגידותיה, כפי שנטען, והן בגלל שהינו אדם נשוי ועל כן לא רצה שידעו בדבר סיועו לה. על כן, ונוכח היעדרה של תשתית ראייתית יציבה, מבקשת ההגנה את זיכוי של המערער.

מנגד, המשיבה סומכת ידה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. לטענתה, המערער הורשע על בסיס מערכת ראיות נסיבתית כמו גם קיומה של ראיה ישירה בדמות הודאתו של המערער בפני אחר, אחיינו אנואר. לטענתה, מערכת הראיות הנסיבתית ובמרכזה ראיות ה-DNA, בצירוף כישלוננו של המערער ליתן הסבר תמים להימצאותה של הסיגריה בזירה הראשית של האירוע, כמו גם איכוני הטלפון וחקירת התקשורת, שוללים קיומו של ספק סביר ביחס לאשמתו של המערער. המשיבה הפנתה להכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בהסתמכו על הממצאים העובדתיים המצביעים כי מן הראיות הנסיבתיות לא עולה תמונה אחרת בדבר מיהותו של מבצע מעשה הרצח, בניגוד לעמדת ההגנה. זיקתו של המערער לזירת האירוע (העיקרית והמשנית) עולה הן מפלטי השיחות היוצאות והנכנסות לשני מספרי הטלפון שאחז אותה העת, כמו גם מממצאי ה-DNA בזירה ומתהליך ההובלה שבוצע במסגרת החקירה המשטרית. בניגוד לכך, החקירה שללה את מעורבותו של ג'רושי באירוע, בעיקר נוכח הימצאותו של בדל הסיגריה שקשר את המערער לאזור מבודד שהתנועה בו דלה. עוד מבהירה המשיבה, ובהסתמך על פסיקתו של בית המשפט המחוזי, כי בתהליך ההובלה שבוצע למערער האחרון לא הצביע על הימצאותו במועד כזה או אחר באזור הזירה המשנית בה נמצאו בדלי סיגריות הנושאים את מטענו הגנטי. בית המשפט המחוזי דחה את טענת ההגנה כי אזור פלמחים הינו אזור גדול ויתכן שהמערער שכח את הימצאותו באזור. אף בית המשפט המחוזי הביע את תמיהתו לנוכח העובדה כי המערער לא הצביע על אזור הזירה המשנית בעיקר נוכח קיומו של משטח בטון כתום גדול המהווה סממן היכר לאזור. המשיבה מסתמכת בטיעוניה על כך שבית המשפט המחוזי מצא כי עדותו של אנואר בבית המשפט אינה אמינה ולכן קיבל את הודעתו בדבר התוודות המערער בפניו. עדות זו מתחזקת לאור הקלטת שיחתו עם אמו במסגרתה נתבקשה לא לספר דבר, דברי אנואר ואמו במהלך העימות וכן תמלילי החקירה ותמלילי השיחות בין אנואר לבין המדובב בתאו ובהם סיפור ההתוודות של המערער שהגיע ללא פרובוקציה או עידוד מצד המדובב. באשר למחדלי החקירה, ציינה המשיבה כי אף בהקשר זה יש לסמוך על פסק דינו של בית המשפט המחוזי אשר קבע כי על אף מחדליה השונים של התביעה - כגון אי העדתה של אמו של אנואר בבית המשפט ואי חקירת ג'רושי לאחר החקירה הראשונה - אין בכך כדי לשנות מן התמונה העולה מן הראיות השונות. לבסוף, המשיבה הדגישה את קרבתם של פאטן והמערער והעובדה כי בוצעו מספר רב של שיחות ביניהם ביום האירוע ואף כי שלושת השיחות האחרונות בחייה היו למספרו של המערער. זאת, לעומת שקריו של המערער טרם לכן כי הקשר

בינו ובין פאטן היה דל וכן שקרים נוספים שהעלה המערער במהלך החקירה כגון סוג הסיגריות ששישן כאמור.

דיון והכרעה

5. הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי מבוססת על שלושה אדנים: ראית ה-DNA שמקורה בבדל הסיגריה, איכוני הטלפון והודאת המערער בפני אחיינו, אנואר. בית המשפט המחוזי הגדיר את המשולש האמור כראיות נסיבתיות. ברם, הגדרה זו אינה מדויקת. יש להבחין בין שתי הראיות הראשונות – בדל הסיגריה ואיכוני הטלפון – שהינן בגדר ראיות נסיבתיות, לבין הודאת החוץ של המערער. לא מדובר בהבחנה סיווגית גרידא, שכן לסוג הראיה יש נפקות ביחס לדרך בחינתה. לנוכח סלע המחלוקת בין הצדדים, יש לדון תחילה בראיות ה-DNA ואיכוני הטלפון. הסניגור אינו חולק על אמיתותן של ראיות אלו, בניגוד לעמדתו ביחס להודאת החוץ של מרשו.

אומר את דעתי מראש, כי ראיות בדל הסיגריה ואיכוני הטלפון אינן, כשלעצמן, מהוות תשתית מספקת להרשעת המערער. אמנם הן בעלות משקל ממשי, אך לא עד כדי הוכחת אשמתו של המערער מעבר לכל ספק סביר. אבהיר עמדתי.

בדל הסיגריה הינו חפץ נייד. הוא נמצא כ-8 מטר ממקום הימצאה של פאטן. הראיה המפלילה, גם לפי התביעה, אינה בדל הסיגריה עם מטענו הגנטי של המערער, אלא הצירוף של ראיה זו עם הכחשת המערער בדבר הימצאו במקום במועד כלשהו. במסגרת תהליך ההובלה המערער הצביע על מספר מקומות והקרוב ביניהם הוא כ-600 מטר מזירת האירוע המשנית. אי ההצבעה על הזירה העיקרית או המשנית מעלה תמיהה משום שהזירה המשנית בעלת מאפיין חיצוני בולט – משטח בטון כתום. בנוסף, אפשרות הגישה מהמקום הכי קרוב עליו הצביע המערער במהלך תהליך ההובלה לזירת האירוע המשנית אינה פשוטה ומלווה בקשיים בשל השטח ההררי והסבוך המפריד בין שתי הנקודות. המערער אף סירב לצאת לזירה פעם נוספת לאחר שנודע לו במהלך החקירה שנמצא בדל הסיגריה. כמו כן, המערער הכחיש שמעשן סיגריות מסוג "קנט" – סוג הסיגריה עליו נמצא מטענו הגנטי. המצרף האמור מעלה חשד, אך כדי לעמוד על כוחה של הראיה, יש לבחון את טיבה.

לדעתי, אין זה המקרה בו עצם מציאת הראיה, כשלעצמה, מובילה להרשעה. זאת, בשני מובנים: האחד, אין בראיה כדי לגלות מתי המערער היה נוכח בשטח. השני, והדברים קשורים זה לזה, נוכחותו של המערער במקום עשוי להיות נתון ניטרלי, שכן מדובר בשטח ציבורי. שונה הדבר, למשל, לו היה מדובר בטביעת אצבע של פורץ בתוך דירה של אדם שכלל

אינו מכיר. יתר על כן, לא הוכח שהמערער לא היה שם במועד אחר טרם האירוע. כל נשכח כי חלפו כחמישה חודשים ממועד האירוע ועד לתהליך ההובלה שהתרחש בלילה. הסניגור מדגיש כי בדל הסיגריה נמצא בשביל ולא בשיחים, אשר לידם נמצאה פאטן. מבחינה עובדתית, טענה זו נכונה (ראה ת/17, תמונות 1 ו-10). עוד הפנה הסניגור, להחלטת השופט א' לוי בשלב המעצר במסגרתה התייחס לאלמנט החסר של ראיית בדל הסיגריה. כפי שכתב: "חרף משקלו הרב של בדל הסיגריה, משקלן המצטבר של ראיות המשיבה אינו כזו שניתן לומר עליו כבר בשלב זה כי הוא מכריע את הכף לחובת העורר, ועל כן אין בו כדי לענות על הדרישה שמציב סעיף 21(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו - 1996" (בש"פ 9542/05, החלטה מיום 23.10.2005). כמובן, ההכרעה בדבר איכותן של ראיות לכאורה בשלב המעצר אינה מחייבת את בית המשפט בבואו להכריע את דינו של המערער, ברם לטעמי ההיגיון בדבר משמעות הראיה נכון גם בשלב זה. לשם ההשלמה יוסף, כי החלטת המעצר התייחסה גם לאיכוני הטלפון והשתלבותם במערכת הראיות.

על אף האמור, הימצאותו של בדל הסיגריה עם מטען ה-DNA במרחק כה מועט מגוף הגופה, יחד עם תוצאות תהליך ההובלה, הינה ראיה נסיבתית בעלת משקל ואף בעלת משקל רב. אולם, יש להדגיש שראיה זו עשויה להיות חלק מתמונה נסיבתית מפלילה, אך לא טמונה בה התמונה המלאה. לשם עריכת הפסיפס השלם, יש צורך בראיות נוספות.

6. בערבו של יום 15.4.05 ניהלה פאטן 47 שיחות טלפון, רובן עם אחותה. 17 שיחות התנהלו באותו ערב בין השעות 18:58 ל-22:58 למספר שאינו קשור למערער. הסניגור טוען כי השותף לשיחות אלו הינו ג'רושי. עולה כי עמדה זו לא נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי. 7 התקשרויות מתוך מכלול השיחות שניהלה פאטן באותו הערב, התקיימו עם המערער. שיחה אחת התרחשה בשעה 21:13 ו-6 שיחות התרחשו בין השעות 22:47 ל-23:15. 3 מתוך שיחות אלו היו למעשה ההתקשרויות האחרונות של פאטן: שיחה נכנסת מן המערער בשעה 23:04 למשך 28 שניות ושתי שיחות יוצאות אל המערער בשעה 23:13 ו-23:15 (שאוּרְכָן 4 ו-12 שניות בהתאמה).

ראיית התקשורת, אף היא מעלה חשד ברור. אין חולק כי היה מגע תקשורתי בין פאטן למערער באותו הערב, אם כי השיחות היו קצרות ביותר. המערער חיזק את הראיה משום שאינו זוכר את תוכן השיחות באותו הערב. זאת, הגם שלכל הדעות ידע על שפאטן נפגעה קשות תוך זמן קצר לאחר מכן וניתן היה להניח כי בנסיבות אלו יזכור. על אף האמור, מדובר בראיה נסיבתית הלוקה בחסר. הרי גם בית המשפט המחוזי אינו יודע על מה שוחחו השניים – והאפשרויות רבות ושונות. כמו כן, התנהלו שיחות ואף שיחות רבות עם אדם נוסף באותו הערב – יהא זיהויו אשר יהא. נקודה נוספת הדורשת התייחסות הינה הקשר בין שיחות הטלפון לבין

הוכחת המפגש בין המערער לפאטן במהלכו נהרגה על פי הנקבע. כדי לבחון עניין זה, יש להתייחס לשיחות טלפון נוספות שביצע המערער באותו הערב, המלמדות על מיקומו בכל שלב. עת שיחתו האחרונה עם פאטן בשעה 23:15, שהה המערער באזור רמלה, מקום המגורים שלו ושל פאטן. בשעה שלאחר מכן קיים המערער מספר שיחות מהן ניתן להסיק כי נסע מרמלה לכיוון אשדוד דרך גדרה וצומת כנות. יצוין, כי טלי, חברתו של המערער, מתגוררת באשדוד והשניים שוחחו מספר פעמים במהלך הנסיעה. צודק הסניגור כי כיוון נסיעה זה הינו לכיוון דרום-מערב ולא לכיוון מערב משם ניתן להגיע לאזור פלמחים. המערער אוכן באשדוד בשעה 01:04. האיכון הנוסף והאחרון של המערער באותו לילה הוא בשעה 03:20 הממקם אותו באזור רמלה.

נתונים אלה רלוונטיים לשאלה מתי ניתן לקבוע כי המערער רצח את פאטן. על סמך חקירת התקשורת המתוארת לעיל, ישנן שתי אפשרויות: האחת, שהמערער אסף את פאטן מביתה בשעה 23:15, לאחר שיחתם האחרונה, וזו הצטרפה אליו לנסיעתו לאזור אשדוד ומשם לאזור פלמחים, המקום בו נרצחה. השאלה המתעוררת באפשרות זו היא מדוע הסיע המערער את פאטן לאשדוד טרם תכנן לרצוח אותה בפלמחים. יוזכר בהקשר זה, כי חברתו של המערער, טלי, מתגוררת באשדוד, אם כי לא הוכח כי פגש בה בערב זה. האפשרות השנייה היא שהמערער רצח את פאטן לאחר שובו מאשדוד בין השעות 01:04 ל-03:20, אז כבר אותר ברמלה. הקושי באפשרות זו הוא שלא הייתה שיחה מתאמת בין המערער לבין פאטן לאחר ששב מאשדוד, שכן שיחתם האחרונה התרחשה בשעה 23:15. על פני הדברים, היה מקום לשיחה קצרה נוספת כדי לקבוע את מקום מפגשם ומועדו, אך שיחה כזו לא נתקיימה.

מקובלת עלי תשובת המדינה בנדון, אך לא משמעותה. לגישתה, בהנחה שהמערער רצח את פאטן באותו הערב, אין לדעת אם הם נפגשו בסמוך לשעה 23:15 אז התלווה אליו לאשדוד, או שמא נפגשו במועד מאוחר יותר שקבעו השניים מראש. אולם, כך או כך, בדיקת השעות על פי האמור לעיל אינה שוללת את האפשרות כי המערער פגש את פאטן ורצח אותה. עם זאת, עסקינן במשפט פלילי, והתהיות עומדות בעינין.

המסקנה מכל האמור, כי בדומה לראיית ה-DNA, אך בעוצמה פחותה, יש להעניק משקל לראיית איכוני הטלפון. ברם, ראייה זו הינה נסיבתית ביותר ואף אין בה כדי לסייע לנו להבנת השתלשלות המעשה באותו ערב. יוצא, כי ככל שעסקינן במקבץ הראיות האובייקטיביות והנסיבתיות, קרי – בדל הסיגריה, איכוני הטלפון ותהליך ההובלה, הרי שהצדק עם ההגנה כי אלו – כל אחת לחוד ובבחינת הראיות הנסיבתיות כמקשה אחת – אינן כשלעצמן משרטטות תמונה אחת יחידה וברורה. כלל ידוע הוא שראיות נסיבתיות די בהן להרשיע רק במצב שבכוחן להוביל למסקנה אחת ויחידה – בדבר אשמת הנאשם. "רק אם מגיע בית המשפט למסקנה

חד משמעית, כי התרחיש המרשיע הוא התרחיש היחיד המתיישב עם חומר הראיות הנסיבתי, פתוחה הדרך להרשעה" (ראו: דבריו של השופט א' גרוניס בע"פ 4354/08 מ"י נ' יעקב דינוביץ (22.4.10)). זה אינו המצב כאן. אף בית המשפט המחוזי לא קבע אחרת. צירופן של הראיות – בדל הסיגריה ואיכוני הטלפון – על חוזקתן וחולשתן, אינן משלימות זו את זו באופן שמונח בפני בית המשפט סיפור מעשה שלם ויחיד. ודוק, הראיות הנסיבתיות חזקות, גם משום שהמערער לא העניק להן הסבר. ברם, בסופה של הכרעה יש לקבוע האם די בהן כדי להסיר כל ספק סביר בדבר האפשרות שהמערער לא ביצע את המיוחס לו. לכן, על מנת להכריע סופית בדבר אשמת המערער יש לבחון היטב את משקלה של הודאת החוץ שניתנה בפני אחיינו, אנואר.

7. מהו משקל עדותו של אנואר לפיה דודו המערער, המבוגר ממנו בכ-18 שנה, הודה בפניו בביצוע עבירת הרצח? ככל ראייה, יש להגדיר את אופייה. זו אינה ראייה נסיבתית ועל כן אין לבדוק אותה כפי שנבחנו שתי הראיות המרכזיות האחרות. בעת עדותו בבית המשפט המחוזי הכחיש אנואר כי דודו התוודה בפניו. התביעה ביקשה להעדיף את אמרתו בחקירה. יוצא שהראיה כוללת שני היבטים: היא צריכה לעבור את כור ההיתוך של סעיף 10א לפקודת הראיות – אמרת חוץ של עד במשפט, ושל סעיף 12 לפקודת הראיות - הודיית חוץ של נאשם, הוא המערער. שני ההיבטים משפיעים אחד על השני. המערער מכחיש שהודה בפני אנואר. בכך שונה המקרה מתיק בו נאשם הודה במשטרה, חזר בו בבית המשפט והמחלוקת בין הצדדים נסובה סביב השאלה מדוע הודה ולא סביב השאלה האם הודה.

טיבה של הראיה – אמרת החוץ של אנואר כלפי הודאת החוץ של המערער – מצריך בדיקת שלושה מוקדים: עדותו של אנואר; נסיבות אמרת החוץ שנתן; תוכן הודאת המערער.

א. עדותו של אנואר: הלה העיד בבית המשפט המחוזי. לאמור, הכרעת הדין כוללת את התרשמותו של בית המשפט המחוזי בדבר מהימנותו של אנואר. כלל מושרש הוא, שאין זו דרכה של ערכאת ערעור להתערב בכגון דא. וכך נקבע בהכרעת הדין: "עד התביעה זה, אחיינו של הנאשם, עשה ככל יכולתו לערפל דברים שאמר במשטרה, בתקווה כנראה שבכך ימנע הפללת דודו – אם על ידי הצגת 'פרדוקס השקרן', שאינו יכול לומר אמת בשום מקרה, ואם לצורך זריעת ערפל כללי על סיפורו במשטרה... הכרזתו של העד הזה כי השקר 'באופן טבעי כנראה יוצא' לו, הוכחה על ידו היטב בעדותו בפנינו... אין תמה שדמותו של העד הזה הצטיירה בפנינו כדמות של מי שהאמת רחוקה ממנו כרחוק מזרח ממערב" (עמ' 38-39 להכרעת הדין). התרשמותו של בית המשפט המחוזי חד משמעית - אנואר אינו אומר אמת. ההנחה היא שהוא משקר, ומשכך נדרש בירור כדי לדעת איפה טמונה האמת, אם בכלל, בדבריו. לכך יש משמעות, נוכח חשיבותה של עדותו בדבר הודיית דודו בפניו במארג הראייתי בתיק זה.

בית המשפט המחוזי האמין אמנם לאנואר כי דודו הודה בפניו. הנימוקים העיקריים בהכרעת הדין למסקנה זו הם חוסר האמינות של העד, חוסר ההיגיון בדבריו וכן כי "אותה נטייה לשקר קיבלה כפי הנראה ביטויה בעדות זו, להבדיל, מדבריו במשטרה שנאמרו באופן ספונטני מבלי שהיה סיפק בידו להכין תכנית שקרית" (עמ' 38 להכרעת הדין). הנימוק האמור מעורר קושי. חוסר אמינותו של העד וחוסר ההיגיון בגרסותיו השונות הינו נתון המאפיין את העד ומלווה אותו הן במהלך חקירתו במשטרה והן במהלך עדותו בבית המשפט המחוזי. קיימת בעייתיות בהגדרת האמת מתוך הגדרתו של השקר בדבריו של אנואר. לא די בכך כי שיקר בבית המשפט המחוזי כדי להוכיח כי אמר אמת במהלך חקירתו. גם צודק הסניגור שמהחומר עולה, וכך אף עולה מקביעת בית המשפט המחוזי, כי אנואר לא ניחן בתחכום בשלבים בהם האמת אינה נר לרגליו. הזהירות המתבקשת ביחס לעדותו של אנואר מתקשרת עם הנימוק הנוסף של בית המשפט המחוזי לפיו יש להאמין לדבריו שהמערער הודה בפניו משום שחלק זה של עדותו הינו ספונטני וכי לא קיבל הזדמנות להכין תכנית שקרית. כפי שיובהר בהמשך, הרקע לעדות אנואר במשטרה ובפני המדוכב מצייר תמונה אחרת.

חיזוקים למסקנתו של בית המשפט המחוזי כי המערער הודה בפני אנואר, מצא באלה: שיחות שניהל אנואר עם אמו שהוקלטו; תיאור ההודיה בפני המדוכב הגיע ללא כל פרובוקציות מצידו של האחרון, וכי אין כל הסבר "מדוע יפליל העד את דודו ששום סכסוך לא נפל ביניהם על פי העדויות בפנינו" (עמ' 40 להכרעת הדין). אתיחס לשיחות בין אנואר לבין אמו בהמשך, אך אציין כבר כעת כי חיזוק זה מאבד מכווחו בשל כך שהאם לא העידה במשפט. לדעתי, בחינת נסיבות מתן אמרת החוץ של אנואר בחקירתו, תיתן מענה לקביעה שהמדוכב לא השפיע על אנואר ושלא ניתן להבין מדוע יפליל את דוד סתם.

ב. נסיבות מתן אמרת החוץ של אנואר: כדי לברר נקודה זו חשוב, והדבר נכון בכלל, לעקוב אחרי התפתחות חקירתו של העד והגרסאות השונות שמסר. אנואר נעצר על ידי המשטרה בסוף חודש יולי 2005. עם מעצרו הוא מואשם תחת אזהרה בביצוע ניסיון הרצח של פאטן (ת/52 ות/53). במהלך חקירתו הראשונה, הוא מיד נשאל בדבר הקשר שלו עם דודו המערער, על השימוש שעשה בטלפון הסלולארי שלו בליל האירוע וכן האם הוא מבלה בדרך כלל באזור פלמחים. הוא מסר שאינו מכיר את פאטן בפנים אך שמע על אשר אירע לה (ת/52 מתאריך 27.7.05). למחרת הוא נחקר שוב (ת/53) ובמסגרת זו ביקש לשמור על זכות השתיקה. חרף בקשתו, הוצג בפניו קטע וידיאו בו נראה דודו, המערער, מבצע את תהליך ההובלה עם השוטרים באזור פלמחים כאשר המערער מצביע על נקודות שונות (ת/53). בשלב זה אנואר מצוי במצב בו מואשם בעבירת ניסיון לרצח, כאשר מהחקירה הוא למד שהחשד קשור לדודו ואף עולה מקטעי הוידאו שהאחרון כבר הודה. בל נשכח כי הקלטת בה הופיע תהליך ההובלה

הייתה אילמת. אנואר חוזר בשלב זה לתאו שם מנהל שיחה עם המדובב. יצוין, כי אנואר ניהל שיחה קודמת עם המדובב, מעין שיחת היכרות, במסגרתה לא הפליל את דודו.

התמליל של המפגש השני בין אנואר והמדובב נפתח בדו-שיח הבא (ת/60):

"אנואר: למה הדוד שלי אמר שהוא סיפר לי על הרצח למרות שהוא עשה את השחזור?
 המדובב: שתוכל להשתחרר לא בשביל להאשים אותך, ברור שהוא סיפר למשטרה בשביל שתשתחרר
 אנואר: אם ישאלו אותי למה לא סיפרת למשטרה שאתה יודע את הסיפור
 מדובב: תגיד להם שפחדת מדוד שלך כי הוא נראה חזק ושלא יפגע בך. אני נשבע לך שעכשיו אני הבנתי את הסיפור והמצב
 אנואר: תסביר לי טוב
 מדובב: דוד שלך לא פרייר, למה הוא עשה את השחזור?
 אנואר: כדי שאני אשתחרר!
 מדובב: נכון, שאחד יקח את התיק על עצמו ולא שניים, ודבר שני על מנת שאתה תצא הביתה בגלל שהמשטרה חושדת בך שאתה מעורב. הדוד שלך לקח את התיק על עצמו ואמר להם אנואר לא קשור, אני סיפרתי לו ואיימתי עליו שלא יספר. זה לא כל כך מסובך....

 מדובב: הדוד שלך עשה הכל כדי שתוכל לצאת אז אין למה
 אנואר: למה
 מדובב: למה הדוד שלך עשה את השחזור שיראה להם שאנואר לא קשור, נכון או לא ואם אתה לא

מספר נקודות דורשות הדגשה. מהמשפט הראשון עולה כי אנואר הבין מהקלטת האילמת שהמשטרה עורכת שחזור ולא תהליך הובלה. משמע, דודו הודה בביצוע המעשה. בהקשר זה שואל אנואר מדוע אם הדוד ערך שחזור, היה צורך כלל למסור למשטרה שהוא סיפר לו על הרצח. יוצא, שהוא סבור שבידי המשטרה ראייה לפיה דודו הודה בפניו. אין זה משנה אם הנחה זו נכונה או לא, הנפקות היא שכך מבין אנואר את המצב. עוד עולה מהקלטת כי אנואר מאוד תלוי במדובב. ליתר דיוק, המדובב משמש כיועץ ומדריך לאנואר. האחרון נמצא במעצר בחשד לביצוע עבירה חמורה ביותר שאין מחלוקת שאינו קשור אליה. הוא מתקשה להבין את משמעות הקלטת והתנהגות דודו והמדובב הופך לפרשן הקורא את התמונה וממליץ לאנואר איך לכלכל את צעדיו על פיה.

בהמשך התמליל:

אנואר: ואיך אני אדע מה סיפר הדוד שלי אם אני אספר את האוריגינל
 מדובב: מחר ישאלו אותך אם הדוד שלך סיפר לך תדע שהדוד שלך סיפר להם, יש מביין. אם ישאלו את השאלה הזאת תדע שהדוד שלך סיפר לו....
 מדובב: תסביר לי מה זאת אומרת. למה עשה שחזור החוקר יודע שהדוד שלך סיפר לך למה? אתה יודע מה הכי טוב אם תיפול. לכן תמשיך לעמוד לדין. דוד שלך יחטוף אותה כי אחד מכם משקר. החוקר ישאל אותך אם דוד שלך סיפר לך ואתה תגיד לו לא.
 אנואר: כי באמת לא.

...
 מדובב: הדוד שלך על היום הראשון סיפר להם הכל כי פחד אתה תיפול בחקירה
 אנואר: כי הוא יודע שעדיין לא הייתי בכלא

...
 אנואר: תן לי להסביר לך, אני בפחד שישאלו אותי אם הדוד סיפר לי אני אגיד כן ואז אפתח על הדוד שלי ויכול להיות שהוא בכלל לא רצח וסתם עשה שחזור.
 מדובב: כל הכבוד לך את הסמים דפקו לך את השכל. כי לא יתכן שהדוד שלך עשה את השחזור והוא לא מודה ברצח. יש דבר כזה.
 אנואר: לא...

מדובב: תשמע מצלמות זה שחזור ואם הוא לא רצח היה רב איתם ויכול להיות משהו אחר שהוא והחוקר רוצים להפיל אותך.

בקטע נוסף (ת/61), מופיעים הדברים הבאים:

"המדובב: זה עדות דוד שלך ראה את המצלמה ואז שחזור.
 אנואר: כן
 מדובב: אז זה שחזור נכון?
 אנואר: כן
 מדובב: למה דוד שלך מודה מה הסיבה
 אנואר: אני אומר לא

...
 מדובב: סתירה מה תגרום לך
 אנואר: לעמידה לדין
 מדובב: יפה עמידה לדין 9 חודשים בכלא תן לחקור אותך החוקר דוד שלך מה סיפר לך אתה יודע מה תשאל אותו
 אנואר: בקשר למה?
 מדובב: אם יגיד לך בקשר לרצח יכול להיות שדוד שלך סיפר שבן אחותו לא מעורב סיפר לו זה לא מעורבות מעורבות זה להיות בזירה עצמה של האירוע אם תספר להם שאתה לא יודע ודוד שלך סיפר להם שסיפר לך יש

סתירה הסיפור של הפלאפון זה לא סתירה אתה חושב
אבל לחוקר זה סתירה....
אנואר: למה שדוד שלי יגיד שהוא סיפר לי אבל הוא לא
סיפר לי זה האמת".

הגם שאנואר מספר וחוזר ומספר שהדוד לא הודה בפניו, המדובב מסיט את העניין
הצידה. דברי אנואר לפיהם דודו לא הודה בפניו בעלי משקל ממשי בשל העיתוי בו נאמרו.
אנואר סומך על שותפו לתא. הוא זקוק לו. בשלב זה, המדובב בעמדת כוח כזו שיכול אף
להעליב את אנואר כדי שישתכנע בצדקת דבריו והמלצותיו. ניתוח המצב על ידי "הפרשן" עולה
דרגה. במובן מסוים הוא מוסר לאנואר "תכנית עבודה".

שיחה נוספת שהתקיימה בין השניים (ת/62):

אנואר: תראה אני מפחד שישאל אותי בקשר לדוד
אם אמר לי ככה וככה ויצא שהוא לא אמר
מדובב: אין דבר כזה דוד שלך עשה שיחזור, יעני מודה
אנואר: אם הוא עשה שיחזור היה מראה לך את כל
השיחזור למה הראה רק קטע קטן רק נסיעה ליפו.
מדובב: זה לא שייך יכול להיות שאמר על אנשים
אחרים לך תדע מאיפה אתה יודע מה אמר לו נסעתם
איתם או נסענו

.....

אנואר: אם ישאל אותי את השאלה הזאת ואני יענה ככה
כמו שאתה אומר אני ילך הביתה אבל אני מפחד שזה לא
שיחזור אין דבר כזה אין דבר כזה... תביא לו מאסר
עולם
מדובב: אין דבר כזה..

...

אנואר: אני לא יודע אם מאהר מודה או לא
מדובב: מאהר מודה אני אומר לך בקלטת השיחזור
מודה תשמע זאת הפעם הראשונה שאתה בכלא אתה
בטוח אני עכשיו רוצה לקחת אותך לחלולות ראשון
בסדר? אני רוצה לצלם אותך, תתן לי?
אנואר: לא

מדובב: מה עושים בחולות שם...

אנואר: החוקר אמר לי אל תספר לעורך דין אני מציע לך
לא להגיד לעורך דין שסיפרת לי את הגירסה הזו.
מדובב: למה?

אנואר: שאל אותי למה לא אמרת את הדברים האלה
אמרתי לו שפחדתי אמרתי לו שאני מאוים. רשם רשם.
הסתיימה החקירה אמרתי לו תגיד לי השאלה הזו
ששאלת אותי בקלטת שהראת לי בשחזור זה מאהר
מודה אמר לי לא איזה מודה איזה באטיח.
מדובב:..... תשמע אנואר כמו שאני אומר לך לא מה
שראית זה שחזור.

לאחר קבלת התדרוך מן המדובב, חוזר אנואר לחקירה נוספת. הפעם, תשובותיו לחוקר שונות (ת/54). הוא סיפר על פגישתו עם המערער ערב יום שישי טרם מציאתה של המנוחה. במהלך מפגש זה היו בין השניים חילופי דברים כמו גם חילופי מספרי הפלאפונים שנשאו עמם. יום לאחר מכן, על פי דברי אנואר, יצר המערער עמו קשר וביקש ממנו להתלוות אליו למושב ישרש בשעות הצהריים כדי "לעשן משהו". אנואר מתאר את פגישתו עם דודו והתוודותו בפניו: "באמצע העישון אמר לי מאהר, אני רוצה לספר לך משהו. הוא סיפר לי שאתמול הוא לקח את פאטן לפלמחים והרג אותה וזהו מה שהיה. ואחרי שסיימנו לעשן נסענו לאשדוד". עוד מציין אנואר בהודעתו כי לא שאל את המערער כיצד הרג את המנוחה ולא התעניין בכך. לבסוף ציין כי המערער איים עליו כי לא יספר זאת למישהו. כשנשאל מדוע לדעתו המערער הרג את המנוחה, השיב אנואר כי "עניין של כבוד שהבנתי ממנו שהוא לא יכול להסתובב בעיר להסתכל לאנשים בעיניים". אולם, בהמשך דבריו מסר כי אינו יודע מה פאטן עשתה שיכל לפגוע בכבודו של המערער. בסיום החקירה נשאל מה יש לו להוסיף, וכך השיב: "אני החלטתי לדבר על זה אחרי שראיתי את הקטע של הודאתו. אני הבנתי בראש שמאהר נכנס מודה ועושה שחזור. אני הבנתי שאם אמשיך לשקר ולהגיד שאני לא יודע מי עשה את זה אני יסתבך בתיק הזה ... הוא יודע שאני לא קשור לזה ואני עצור סתם בטח".

התמונה מקבלת צורה. אנואר גלוי בשיקוליו בפני החוקר. הוא נתון במעצר בגין מעשה חמור שלא עשה. מהחומר שהוצג בפניו הוא למד כי החשוד האמיתי הינו דודו. יש לזכור, כי אחד הטלפונים שנשא עמו המערער היה שייך לאנואר. החוקרים סיפרו לו כי השיחות האחרונות שביצעה פאטן היו, בין היתר, למספרו של אנואר. הוא מבין מהמדובב שהמפתח – תרתי משמע – לצאת מבית הסוהר, מצוי במסירת מידע מפליל נגד דודו. כפי שצוין לעיל, הוא חושב שדודו הודה בביצוע המעשה. ממילא הוא גם חושב שהמטרה סבורה שדודו הודה בפניו. אנואר מתאר את שיקוליו בסיום החקירה כפי שהובאה לעיל. נראה כי זוהי בגדר אמרה ספונטנית. לעומת זאת, אינני סבור כי ניתן לקבוע כי עדותו של אנואר בדבר התוודות דודו היא אמרה ספונטנית אלא היא תוצאה של דו-שיח בינו ובין המדובב ביחס לחומר החקירה שהוצג בפניו. אף לא הייתי קובע כי אנואר לא קיבל הזדמנות לרקום תכנית, כדברי בית המשפט המחוזי. יתר על כן, ישנה תשובה ברורה מדוע אנואר מפליל את דודו. המניע אינו לנקום בו, אלא "להציל את עורו" שלו. תוכניתו אינה עומדת בסתירה עם האינטרס של המערער. היפוכו של דבר, אנואר מבין מיועצו כי כך רוצה המערער שיתנהג.

אנואר חוזר לתאו לאחר החקירה ומנהל שיחות נוספות עם המדובב (ת/64):

“אנואר: אם יצא כי דוד שלי לא אמר כלום, אז אני אצא המנייק הכי גדול, ברמלה יתחילו לומר כי הינה זה המנייק אשר פתח על דוד שלו.

...

אנואר: אני מבואס מהחקירה ומזה שהוא אמר לי לא מדובב: גבר מה יש לך, מה פתאום, אפילו אם הוא אמר לך, אם כבר הוא פתח עליך אז הוא יגיד לך אני כן פתחתי. מה יש לך?

....

אנואר: הוא אמר לי שהראו לי קלטת ואמרו לי שזה שחזור, הראו לי קטע ממנו ואני הבנתי כי דוד שלי מודה כי הוא רוצה להוציא אותי מכול הסיפור, אז אני אמרתי כך, כך וכך, מה תוכל לעשות אני יודע?”.

בהמשך חקירתו ניכר תסכולו של אנואר. “התכנית” אינה מניבה פירות כפי שציפה. באותו שלב הוא עדיין במעצר. הוא אף בוחר לשמור על זכות השתיקה ומתמיד בכך (ת/57).

התפתחות חקירתו של אנואר חיונית כדי להבין את שיקוליו. נוצר הרושם הברור כי הכלל המנחה אותו אינו לדייק בעובדות, כי אם להתמודד עם היותו במעצר תוך ניסיון לגבש את האסטרטגיה הראויה. יש לו יועץ אחד, הוא המדובב. דבריו בחקירה אינם ספונטניים אלא מחושבים היטב. דפוס התנהגות זה של אנואר תואם התרשמותו של בית המשפט המחוזי עת העיד בפניו. בל נשכח, כי גם בית המשפט המחוזי לא התרשם ישירות מן העדויות שמסר אנואר במהלך החקירה. השאלה שיש לשאול היא האם עדות החוץ של אנואר טומנת בחובה את הביטחון הנדרש כדי לבסס ממצא עובדתי במסגרת המשפט הפלילי. מתקשה אני להשיב בחיוב על שאלה זו.

ג. תוכן הודאת המערער: סעיף 12 לפקודת הראיות קובע כי הודאת חוץ של נאשם קבילה בלא קשר לשאלה אם נמצא בפני איש מרות או אדם אחר. הפסיקה קבעה שני מבחנים עיקריים לבחון משקלה של הודאת חוץ של נאשם: המבחן הפנימי והמבחן החיצוני (ע”פ 715/78 לוי נ’ מדינת ישראל פ”ד לג(3) 228)). המבחן הפנימי בודק את ההודאה “על פי סימני האמת העולים מתוכה, כגון הגיונה או חוסר הגיונה הפנימי, סידורם או בלבולם של הפרטים הנמסרים בה”. המבחן החיצוני בודק את ההודאה על פי סימני אמת שהם חיצוניים לה ומשליכים אור על אמיתותה (שם, עמ’ 234). אין בעובדה כי הכרעת הדין מחייבת התייחסות רחבה לעדותו של אנואר ביחס לסוגיה אם אמת בפיו, כדי לפטור את בית המשפט מאחריותו לבחון את ראיית ההודאה כמו כל הודאה.

בהסתכלות זו, ראיית ההודאה אינה ראויה למשקל מלא. כפי שצוין לעיל, כך תיאר אנואר את הודאת המערער בפניו: "אני רוצה לספר לך משהו. הוא סיפר לי שאתמול הוא לקח את פאטן לפלמחים והרג אותה וזהו מה שהיה. ואחרי שסיימנו לעשן נסענו לאשדוד". נפתח במבחן הפנימי של הודאת החוץ. התוכן דל ביותר. אין בה אלא כותרת. מדובר בסיפור ללא פירוט. טענת אנואר שלא התעניין בפרטים אינה משכנעת על פניה. זאת במיוחד על רקע "ציפיות המשטרה בחקירה", כפי שהבין אותן. ברם, לא בכך עסיקנן בשלב זה. הבדיקה היא ביחס לתוכן ההודאה. אין דרך לבדוק את אמיתותה. העניין נכון – אף ביתר שאת – ביחס למבחן החיצוני. הפרט היחיד המופיע הוא שפאטן נלקחה לפלמחים. ברם, עובדה זו הייתה ידועה לאנואר עוד טרם מעצרו. על פי עדותו, שלא נסתרה, דבר הימצאותה של פאטן באזור פלמחים פורסם בכלי התקשורת למחרת האירוע (יום שבת). נתון נוסף הוא שתיאור אנואר בדבר נסיבות מסירת ההודאה נסתר על ידי ראיות אובייקטיביות. כפי שצוין לעיל, על פי עדותו של אנואר, לאחר שנסעו השניים למושב ישרש, שם המערער הודה בפניו על מעשיו, נסעו השניים לאשדוד. בדיקת איכון הטלפונים במועד הרלוונטי מעידה כי השניים – אנואר והמערער, שהו באזור רמלה. אף המשיבה מסכימה שהטענה כי השניים נסעו לאשדוד לאחר מכן אינה מתיישבת עם האיכונים. אם אכן הודה המערער בפני אנואר, ניתן היה לצפות שאנואר היה זוכר את המפגש על פרטיו. תשובת בא כוח המשיבה לטענה זו היא שהנקודה הינה שולית. אכן, מרכז הכובד מונח על העדות לפיה המערער הודה ברצח. אולם, הגדרת המיקום של השיחה כשולי איננו כה פשוט. על מנת לקבוע ממצא לפיו הודה המערער, יש לקבוע שאנואר דיבר אמת. אולם, אם על פני הדברים הוא סטה מהאמת בנקודה מסוימת יש בכך כדי להעיב על ההודאה כולה. זאת, במיוחד כאשר מדובר באנואר, אשר שוקל את מוצא פיו על פי שיקולים אישיים שלא ניתן תמיד לעמוד על טיבם.

אין באמור להתעלם מכך כי לעתים ניתן להסתפק בהודאה "מתומצתת". עדותו של אנואר בחקירה מתארת הודאה של אדם אחר, והיא קבילה. עם זאת, בבוא בית המשפט לשקול את משקל ההודאה יש משקל ליישום המבחן הפנימי והחיצוני. זהו נדבך נוסף שמטה את הכף לטובת המערער אשר כאמור מכחיש את מתן ההודאה.

8. כזכור, בית המשפט המחוזי מצא שלושה חיזוקים להודאת החוץ. טרם אתייחס אליהם, יש לזכור כי ראייה מחזקת אינה יכולה להחליף את הראייה העיקרית. החיזוקים הם: היעדר המניע של אנואר להפליל את דודו, היעדר פרובוקציה מטעם המדוכבב, וכן שיחות שניהל אנואר עם אמו שהוקלטו. הצבעתי לעיל על קיומו של מניע ברור לעדותו

של אנואר, כך גם בדבר היעדר הפרובוקציה מצד המדובב. ייתכן ופרובוקציה אינה מצויה, אך עידוד, הדרכה והכוונה ישנם בשפע. נותרה, אם כן, רק בחינת שיחותיו של אנואר עם אמו שהוקלטו במהלך החקירה.

בית המשפט המחוזי מצא חיזוק בשתי שיחות בין אנואר לאמו: האחת, בשלב שבו נעצר אנואר והובא למשטרה עת חלק עם אמו את הנסיעה בניידת המשטרתית. הקלטת הקצרה מתארת שיחה בין אנואר לבין שוטר. בהמשך, אנואר מדבר עם אמו. בסוף השיחה האם אומרת לבנה: "מסכן אבא שלך", "תגידי שאתה לא יודע כלום" (ת/51). אין בכך כל עניין חריג. על רקע זה תגובת אנואר שעל האם להיזהר ("דיר באלק") אינה בעלת משמעות ברורה. יתר על כן, את התשובה לשאלה מדוע דואג אנואר לומר לאמו להיזהר ניתן להבין מן החומר שעולה מן השיחה השנייה. לפני שהדברים יוצגו, נכון להדגיש כי אמו של אנואר לא העידה בבית המשפט המחוזי ולכן לא ניתן לקבל את אמרותיה כראיה לאמיתות תוכנן.

השיחה השנייה התנהלה במסגרת העימות בין אנואר ואמו במהלך החקירה. כאמור, לא ניתן להסתמך על תוכן דברי אמו, משום שלא העידה. העולה מן העימות, כי אנואר ביקש שוב ושוב מאמו כי תספר את האמת בדבר השיחה שהתנהלה ביניהם כיומיים לאחר האירוע, לפיה הודה המערער בפניו (ת/55). הוא אף מסביר לה בצורה מפורשת מה הוא מבקש שתאמר לחוקרים – שהמערער התוודה בפניו. התנהגותו המכוונת של אנואר מעוררת את תרעומת החוקרים שמנהלים את העימות, אך אלה לא עוצרים בעדו. גם בשיחותיו עם המדובב, אנואר מתייחס לאמו וטוען שסיפר לה על התוודות המערער בפניו.

מסכים אני כי לחיזוק הנובע מאמרות האם יש משקל. הקושי הוא לקבוע את מידתו. על פי עדותו של אנואר, הוא ואמו היו ביחד כאשר ראו בחדשות שפאטן נמצאה באזור פלמחים. הואיל ואנואר מכיר את פאטן בשמה ומהחומר עולה שאף מודע לקשר בינה ובין המערער, סביר מאוד להניח כי הוא ואמו שוחחו על העניין. דבר זה יכול להסביר את חששו בדבר האפשרות כי המשטרה מקליטה את השיחות המתנהלות בבית ותיעדה את שיחותיו עם אמו על האירוע. ייתכן מאוד שהביע בפני אימו את דעתו בדבר מעורבותו של המערער – אך לא בהכרח שהודה בפניו. יוזכר, כי אנואר אינו הנאשם בתיק זה והמערער אינו אחראי לגרסאות אשר מסר אחיינו. זאת, לצד קביעתו הנחרצת של בית המשפט שהאמת רחוקה מאנואר "כרחוק מזרח ממערב".

בהיעדר עדותה של האם, אין ראייה חיצונית לבסס את גרסתו של אנואר כי סיפר לה על התוודות דודו בפניו. ודאי לא בעיתוי הנטען, בסמוך לאירוע. הטענה עולה לראשונה מפי אנואר בשלב החקירה, כחמישה חודשים לאחר מכן, כאשר הוא שרוי בחקירה ומשאלתו להשתחרר ממעצר. ושוב, אצביע על הקושי בניסיון להבין מה הם השיקולים המנחים את אנואר. נקודה זו מודגשת משום שעולה שהאם עוככה והובאה לתחנת המשטרה. מטבע הדברים, בנה דאג לה ולא רצה שהיא תסתבך או מתוך כוונה טובה תאמר דברים שיביאו להסתבכותו. מעבר לכך, עסקינן בפרשנות של חצאי שיחות. ההקשר אינו מלא וההסתמכות על אמרה כזו אינה איתנה. בכל מקרה, אמרות אנואר לגבי ידיעת אמו אינן בעלות משקל כבד יותר מאמרותיו הברורות למדובר לפיהן המערער לא באמת הודה בפניו. תמונה מורכבת זו, במשולב עם הבעייתיות הכללית בעדותו של אנואר, מעלה קושי של ממש לקבוע כממצא עובדתי הנדרש בפלילים לפיו המערער אכן הודה בפני אנואר.

האמור נכון במיוחד על רקע המבחן המשולש שהוצג לעיל ביחס לראייה העיקרית – עצם ההודאה: בחינת העדות של אנואר; נסיבות אמרת החוץ שנתן; תוכן הודאת המערער. אנואר אינו עד מהימן. בית המשפט המחוזי קבע היפוכו של דבר. נסיבות אמרת החוץ מצביעות על כך שאנואר מסר את מה שהבין מהמדובר כנחוץ כדי להביא לשחרורו ממעצרו. יוצא, כי אנואר בונה את גרסתו יחד עם המדובר, בהתאם לכלל של טובת הנחקר ולא טובת החקירה. ההודאה כשלעצמה דלת פרטים ואינה מאפשרת את בדיקת תוכנה.

אמנם, יש חיזוק בעדות האם, אולם האם לא העידה כך שמדובר לא בעדות עצמה אלא משמשת היא רק כרקע. לא די בכך כדי להוביל לתמונה מפלילה קוהרנטית וברורה. מול החיזוק ישנם מספר מחדלי חקירה משמעותיים: האם כאמור לא העידה, המדובר לא העיד והמשטרה נמנעה מלחקור את בעל הטלפון שעמו ניהלה פאטן מעל ל-17 שיחות בערב האירוע. כוחם המצטבר של מחדלים אלו אינו עניין זניח אלא הוא מונע מבית המשפט לעמוד על התרחשות האירועים כנדרש.

9. בסיומה של ההכרעה, על בית המשפט לבחון האם התביעה עמדה בנטל של הוכחת האשמה מעבר לכל ספק סביר. צוין לעיל כי שתי הראיות הנסיבתיות – בדל הסיגריה ואיכוני הטלפון – אינן מספיקות כדי להוביל למסקנה אחת של הרשעת המערער. דווקא בשל כך, הבעייתיות בהודאת אנואר בולטת. על מנת להרשיע, ראיה זו חייבת להיות ברורה וחזקה. נוצר צורך בבדיקת שני מעגלים: האחד, כוחן המצטבר של שלוש הראיות העיקריות, והשני כוחה של כל ראיה בפני עצמה. סבורני, כי ה"יש" בהודאת אנואר אינו מחפה על ה"אין" שבה. לדעתי,

תוצאה לפיה זו ראייה שניתן לסמוך עליה כדי להכריע את אשמתו של המערער, אינה נכונה מבחינה משפטית. באשר למעגל השני, התמונה הנסיבתית של שתי הראיות – האיכון ובדל הסיגריה – מהווה תמונה חסרה ביותר. הודאת המערער מפי אנואר אינה משלימה את החוסר בתמונה זו. זאת, בעיקר בשל חולשתה הפנימית.

אומר זאת בצורה אחרת. לדעתי הקביעה לפיה הוכחה אשמתו של המערער בעבירת הרצח מעבר לכל ספק סביר, הינה תוצאה מטרידה. מטרידה משום שאין בה את הביטחון הדרוש. הספק הסביר בתיק זה מבוסס על חסרים אובייקטיביים במארג הראייתי. דרכו של הספק הסביר שהוא מכתוב תוצאה מבלי לקבוע ממצאים עובדתיים פסקניים. לא אכחד כי קיים החשד, ואף חשד כבד, נגד המערער. ברם, קיים פער בינו לבין איכות וכמות הראיות הנדרשת להרשעתו. כדי להגיע לזיכוי נאשם, אין צורך להוכיח כי יסודותיו של בניין ההרשעה התמוטטו כליל, די להראות כי אינם יציבים דיים כדי להתמודד עם משקלו.

10. סוף דבר, הייתי מציע לחברי לקבל את הערעור ולהורות על זיכוי של המערער מחמת הספק.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. לאחר עיון והתלבטות רבה מצטרף אני מחמת הספק לחוות דעתו של חברי השופט הנדל. לא משום שאני משוכנע שהמערער לא רצח את המנוחה, רחוק מכך; אלא משום שאינני משוכנע מעבר לספק סביר שהוא אכן רצח אותה. סבורני, עם כל ההערכה לעבודה המאומצת של צוות החקירה, כי בנסיבות לא עשתה המשיבה כל מה שניתן היה לעשות כדי להבהיר חלק מנסיבותיה המעורפלות של הפרשה; ויתכן שתחת מסך ערפל זה חומק רוצח מן הדין.

ב. מדובר בהרשעה המבוססת על ראיות נסיבתיות. בית המשפט המחוזי ביסס את ההרשעה "על שלושה מוקדים שהלכו והשתלבו זה בזה" (פסקה 3); הוא אף הטעים:

"נבהיר תחילה, כאן ומיד, כי עניין לנו במארג ראיות נסיבתיות שרק בהצטברותן יחדיו, לכדי תמונה ברורה, ניתן לבסס עליהן את האשמה שקשרה התביעה בנאשם" (פסקה 2; ההדגשה הוספה - א"ר).

חברי השופט הנדל שמת, כך נראה, אחת משלוש הרגליים עליהן נשענה ההרשעה, ובכך עירער את היציבות הפנימית של מארג הראיות, ואת ערך הצטברותן. בחנתי את חומר הראיות, כדי לראות האם ניתן בכל זאת להותיר את ההרשעה על שני מוקדי הראיות שנותרו (מחקר התקשורת ונדל הסיגריה). ואולם, לאחר עיון ממושך ומעמיק סבורני, כי התשובה לכך אינה בחיוב. הוצאת גירסתו המפלילה של אנואר ממארג הראיות, יחד עם ספקות וסימני שאלה שהיו בתיק מתחילתו, אינם מקימים - לדעתי - את הודאות הנדרשת כדי להרשיע אדם, במקרה דנא אף לשלחו למאסר עולם.

ג. בפסקאות הבאות אתייחס לשני עניינים: (1) אוסיף על נימוקיו של השופט הנדל בעניין אי-האפשרות להסתמך על גירסתו המפלילה של אנואר; (2) אף שבית המשפט המחוזי קבע, כי שלושת מוקדי הראיות נדרשים לצורך הרשעה, אנסה - כאמור - לבחון האם ניתן עדיין להעמיד את פסק הדין קמא על שני המוקדים הנותרים (בדל הסיגריה ומחקר התקשורת).

גירסתו המפלילה של אנואר במשטרה

ד. על שלושה דברים העמיד בית המשפט המחוזי את פסק דינו: על בדל סיגריה שבו DNA של המערער, על מחקר תקשורת ועל דבריו של אנואר במשטרה. בכל הנוגע להסתמכות על דבריו של אנואר מקובלת עלי עמדתו של השופט הנדל. השופט הנדל התמקד בעיקר ביחסי הגומלין בין פעולת המדובר לבין התפתחות הגירסה המפלילה. ואולם גם לגופה, מדובר בגירסה בעייתית מאוד. מעבר לדברים עליהם הצביע השופט הנדל אדגיש עניין נוסף. לפי הגירסה המפלילה בשבת (16.4.05) בין השעה 14:00- 13:00 נסעו המערער ואנואר למושב ישרש לעשן סמים, ואז:

”באמצע העישון אמר לי מאהר [המערער] אני רוצה לספר לך משהו... הוא לקח את פאטן לפלמחים והרג אותה... ואחרי שסיימנו לעשן נסענו לאשדוד” (ת/54 עמוד 1 שורות 14-18; וכך גם ת/56 עמוד 1 שורות 19-23).

ואולם, תיאור זה אינו עולה בקנה אחד עם איכוני (שני) הטלפונים הניידים של המערער (ת/67). שני הטלפונים היו פעילים במידה משמעותית בשעות הרלבנטיות (-18:00 13:00) ושניהם אוכנו ברמלה. למעשה, אנואר עומת עם עובדה זו (בחקירתו מיום 17.8.5) והשיב: ”תראי כמה חודשים [כנראה: חלפו כמה חודשים], אז הייתי ברמלה-לוד, מה אני אגיד לך? שומר על זכות השתיקה” (ת/57 א עמוד 2 שורות 26-27). לא

למותר לציין, כי בתיק הנוכחי, אשר ההרשעה בו נשענת באופן משמעותי על מחקר תקשורת, לא ניתן להקל ראש בספקות העולים מאותו מחקר עצמו.

ה. בטרם אתייחס לשני היסודות הנוספים של ההרשעה אומר, כי סבורני שקיים ערפל ניכר גם בכל הנוגע לאינטראקציה בין המערער ואחיינו לאורך כל אותו סוף שבוע בו אירע הרצח. לא לכל אורך החקירה היה ברור, שמכשיר הטלפון הנייד של אנואר הושאר בידי המערער. בתחילת הדרך לא התייחס אנואר לאפשרות שנתן את מכשיר הטלפון למערער (לדוגמה ת/53). בגירסה המפלילה הראשונה (ת/54) התייחס אנואר לכך שבערב שבת (15.4.05) המערער "ביקש ממני שיחת טלפון, למי הוא התקשר אני לא יודע אני לא בדקתי אחריו אבל נתתי את המכשיר" (עמוד 1 שורות 21-19). רק כעבור מספר ימים אמר אנואר (ביום 5.8.05), כי מכשיר הטלפון שלו נותר אצל המערער עד למחרת היום: "אני בדיוק לא זכרתי אם החזיר לי את הטלפון או לא, אבל אחרי ששחזרתי בראש טוב טוב נזכרתי, שהטלפון היה אצלו באותו ערב... ואת הטלפון לקחתי רק למחרת" (ת/57 עמוד 1 שורה 26 - עמוד 2 שורה 3). כשעומת עם הסתירה בדבריו אמר:

"אני לא איזה מנהל שצריך לרשום כל דבר שהוא עושה... מה שיש לי להגיד לכם אני מסרתי והבית משפט יעשה את השיקולים שלו. אני מבקש לשמור על זכות השתיקה, תודה"
(ת/57 א עמוד 2 שורות 19-21).

את העובדה, ששני המכשירים אוכנו לאורך הלילה במקום אחד ניתן איפוא לפרש ביותר מדרך אחת; ולא למותר לציין, כי בחקירתו השניה במשטרה נשאל המערער: האם ביום "15.4.05 יום שישי נסע איתך אנואר לאשדוד" והשיב: "יכול להיות. אתה שואל אותי על תאריך רחוק שלפני ארבעה חודשים" (ת/2 עמוד 2 שורות 18-21).

ו. אינני יודע אם האפשרות שהמערער ואנואר נסעו יחד באותו הלילה לאשדוד (כפי שעולה מאיכון שני המכשירים יחדיו) פועלת לטובת או לרעת המערער (אין חולק שהם נהגו להגיע יחד לאשדוד; ראו, לדוגמה, את הודעתה של טלי סדוב (ת/65)). על כל פנים, מדובר לדידי באי בהירות נוספת, במסך ערפל, המקשה להבין מה באמת התרחש באותו סוף שבוע. כל זאת בנוסף לאישיותו המפוקפקת והירודה של אנואר, העולה בעליל מתוכן שיחותיו המצויות במוצגים, ושעל התרחקותו מאמירת האמת עמד בית המשפט המחוזי. ועוד אוסיף, כי התנהלותו של אנואר - הן בעצם מסירת הגירסה על הודאת המערער, והן בשיחות שקיים עם המדובב - מוסיפה לדידי ערפל נוסף; שאף שניסיתי להבהירו, הוא מקשה להבין מה באמת אירע באותו סוף שבוע טראגי.

ז. המוקד עובר איפוא לשתי ראיות משמעותיות: (1) שיחת הטלפון האחרונה שיצאה ממכשיר הטלפון של המנוחה היתה אל המערער (מדובר בהתקשרות בת 12 שניות בשעה 23:15); (2) מציאת בדל הסיגריה ובו DNA של המערער בסמוך למקום בו נמצאה המנוחה בחולות פלמחים. השופט הנדל מסביר מדוע אין די בשתי אלה, והוא מזכיר בהקשר זה את החלטתו של השופט לוי בהליך המערער של המערער (בש"פ 9542/05 אלעיסווי נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). כך ניתח השופט לוי לכאורית את מכלול הראיות בתיק:

"הראיות הניצבות כנגד העורר הן בעיקרן שתיים. כאמור, היה העורר האדם האחרון ששוחח עם פאטן בטלפון בלילה בו הותקפה. הראיה היותר חשובה היא בדל של סיגריה מסוג 'קנט', שנמצא במרחק של מטרים ספורים מהמקום בו נמצאה מוטלת פאטן. בדיקת דנ"א העלתה כי הבדל נושא את מאפייני הפרופיל הגנטי של העורר, ולאור שכיחותם הנמוכה של אותם מאפיינים (אחד למיליארד), מסכימים הכל כי מדובר בזיהוי ברמה של וודאות מוחלטת.

במהלך חקירתו של העורר התברר כי אזור החולות המוביל לחוף הים בפלמחים אינו זר לו, מאחר והוא נהג להגיע לשם כדי להתייחד עם נשים שונות, שאחת מהן (ט' ס') אף אישרה עובדה זו בהודעות שנרשמו מפיה. במצב זה, ולנוכח העובדה כי מדובר בשטח רחב היקף, הוצע לעורר לצאת עם שוטרים כדי להצביע בפניהם על המקומות בהם נהג להתייחד עם ירדיותיו. העורר נענה לאתגר והצביע על מספר מקומות, שהקרב מביניהם היה במרחק של מאות מטרים מהמקום בו נמצאה מוטלת פאטן.

על אף שעובדה אחרונה זו עשויה להראות מפלילה, באשר אין בפיו של העורר הסבר להמצאו של בדל סיגריה שעישן לא הרחק מהמקום בו נמצאה פאטן, לא הייתי ממהר להסיק מכך מסקנות מחייבות בשאלת אשמתו של העורר. ראשית, אם אכן הוא הרבה לבקר באותו אזור, הוא עשה זאת בשעות החשכה, ועל כן אפשר גם אפשר שהוא לא הצביע על המקום שבו נמצא בדל הסיגריה מחמת שכחה או שגגה, ולא למותר להדגיש כי ההצבעה נעשתה מספר חודשים לאחר תקיפתה של פאטן. שנית, עיון בתצלומי הזירה מלמד, כי בדל הסיגריה נמצא ליד שביל לרכב, ועל כן לא הייתי ממהר לשלול את האפשרות שהעורר זרק את הבדל תוך כדי נסיעה באחד מביקוריו באותו אזור.

אכן, כנגד העורר ניצבת העובדה שהוא השיב לחוקריו כי הוא אינו מעשן סיגריות מסוג 'קנט', טענה שהופרכה בעדות חברתו

ט' ס', וכן בעובדה שהעורר עצמו עישן סיגריות מסוג זה בעת שנחקר ביום 31.5.05. גם תשובה זו של העורר עשויה ללמד על ניסיונו להרחיק את עצמו מהמקום בו נמצאה פאטן, ומטבע הדברים שלהתנהגות זו נלווה גוון מפליל. מנגד, ניצבת עובדה אחרת, חשובה לא פחות, והכוונה לכך שלאחר שיחתו עם פאטן בשעה 23.13 של ליל האירוע, החל העורר עושה את דרכו דרומה (ולא מערבה לכיוון צומת עין הקורא!), ומסקנה זו מתחייבת מכך ששיחות שניהל מטלפון סלולארי נקלטו תחילה בגדרה ולאחר חצות גם באשדוד. אכן, בעת שהעורר ופאטן שוחחו בשעה 23.13, נמצאו שניהם בעיר רמלה ובסמיכות מקום, ועל כן אפשר שהם נפגשו לאחר שיחה זו ועשו את דרכם ביחד לאשדוד. אולם, השערה זו טובה היא כמו גם האפשרות שהעורר עשה את דרכו לאשדוד לבדו כדי להיפגש עם חברתו ט' ס', ועל כן לא היה מעורב בתקיפה המיוחסת לו.

הנה כי כן, חרף משקלו הרב של בדל הסיגריה, משקלן המצטבר של ראיות המשיבה אינו כזה שניתן לומר עליו כבר בשלב זה כי הוא מכריע את הכף לחובת העורר, ועל כן גם אין בו כדי לענות על הדרישה שמציב סעיף 21(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996.

ח. נמצא, כי לשיטת השופט לוי, וער אני כמובן לכך שהמדובר בהליך מעצר ובראיות לכאורה ולא בממצאים, היה קושי באותו שלב בזיהויו של "פוטנציאל ראייתי אשר בסיום המשפט יהא בכוחו להוכיח את אשמת הנאשם כנדרש במשפט פלילי" (בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 151 - הנשיא ברק). האם בסוף הדרך מצביעות הראיות על מסקנה נחרצת יותר? חוששני, כאמור, שגם בסוף הדרך חסרות הראיות אותה "נחרצות" הנדרשת לצורך הרשעה בפלילים, גם אם החשדות כבדים עד מאוד.

מחקר התקשורת

ט. אכן העובדה, ששיחתה הטלפונית האחרונה של המנוחה היתה עם המערער, בפרט כשזו מצטרפת לבדל הסיגריה, יוצרת תחושה קשה מאוד של אשמה. "למה שנראה כצירופי מקרים יש להתייחס בכובד ראש: 'הילכו שניים יחדו בלתי אם נועדו' (עמוס ג, ג) " (ע"א 6216/03 נסאר נ' מ.ח.מ בע"מ (לא פורסם); ע"פ 1345/08 איסטחרוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). ואולם, האם המשקל שאפשר לייחס לראיה זו גבוה מאוד? יש לזכור, כי בערבו של יום 15.4.05 קיימה המנוחה לא פחות מ-47 שיחות (ראו פסקה 9 לפסק הדין קמא; ת/67). בין המנוחה למערער התקיימו באותו ערב 5 שיחות, האחרונה שבהן (בשעה 15:23) היא האחרונה שיצאה ממכשיר הטלפון הנייד של המנוחה. ואולם, באותן שעות עצמן ניהלה המנוחה 17 שיחות (האחרונה שבהן (בשעה 22:58), היא האחרונה ממכשיר הבזק בחדרה של המנוחה) עם מספר טלפון

אשר ההגנה ניסתה לייחסו לאוסמה ג'רושי, ובית המשפט קבע "שענין שיוכו של מספר מנוי זה, נשאר עלום עד תום הדיון בתיק" (פסקה 34), ותהה על כך.

י. אילו נמצאו ממצאי DNA של אותו בעל מספר עלום במקום בו נמצאה למחרת המנוחה, ודאי היינו אומרים: "למה שנראה כצירופי מקרים יש להתייחס בכובד ראש" (מייד נתייחס גם לעובדה, שאין מדובר בזירה מבודדת, ובפועל (14/ת) אכן נמצאו ממצאי DNA של אדם נוסף לא מזוהה). בצדק היינו מוסיפים, כי המנוחה קיימה עם אדם זה 17 שיחות בתוך פרק זמן של מספר שעות, האחרונה פחות מעשרים דקות לפני אות החיים האחרון שהתקבל ממנה. לא בכדי נאמר גם, כי "האמירה התנ"כית: 'הילכו שנים יחדיו בלתי אם נועדו' (עמוס ג', ג') איננה המידה הראויה להכרעה בפלילים" (ע"פ 4776/08 חטיב נ' מדינת ישראל (לא פורסם) - השופט מלצר). כובד ראש כן, הכרעה - ספק. לשון אחר, המנוחה אכן ניהלה 5 התקשרויות עם המערער באותו הערב, אך היא קיימה פי שלושה יותר התקשרויות עם אדם אחר. אמנם, אין בדברים אלה כדי לאיין את משקלה הרלבנטי של שיחת הטלפון עם המערער, אך יש בהם כדי להעמיד דברים בפרופורציות. מה בכל זאת ניתן ללמוד מניתוח מחקר התקשורת בכל הנוגע לשעות שקדמו לתקיפתה של המנוחה, אשר הביאה בסופה של דרך ייסורים למותה?

י"א. ראשית, כי המערער אכן עמד עמה בקשר אינטנסיבי (אם כי אינטנסיבי פחות מאותו בלתי מזוהה) באותו ערב. ואולם, מחקר התקשורת בכל הנוגע להמשך אותו הערב מעלה (כפי שציין השופט לוי בדברים המצוטטים), כי מיד לאחר שיחה זו יצא המערער בדרכו לאשדוד: כעבור עשרים דקות קיבל שיחה באיזור צפון גדרה; כעבור עשרים דקות נוספות קיבל שיחה באיזור צומת כנות; עשר דקות לאחר מכן (בשעה 00:15) קיבל שיחה באשדוד. במהלך הנסיעה גם התקשר בעצמו (בשעה 00:01) מאיזור מחלף אשדוד. ניתוח מהלך הנסיעה אינו שולל את האפשרות שהמערער הוא זה שרצח את המנוחה. היה די סיפק בידו לעשות זאת, למשל, בדרכו חזרה מאשדוד (הוא אוכן לאחרונה באשדוד בערך בשעה 01:00 ושוב ברמלה אחרי השעה 03:00). ואולם, נתיב נסיעה זה והשהיה באשדוד מטילים ספק רב באפשרות שהמערער אסף את המנוחה מביתה כדי לקחת אותה לחולות פלמחים ולפגוע בה. יתכן, שהמנוחה נלוותה למערער לכל אורך אותו ערב, נסעה עמו לאשדוד, שהתה עמו שם, ואז בדרך חזרה בחר המערער בנתיב נסיעה שונה, ובדרך עצר עם המנוחה בחולות פלמחים (כפי שעשה לטענתו עם מספר נשים) ושם התגלגלו העניינים כפי שהתגלגלו. ברם ניתוח מחקר התקשורת מצמצם באופן משמעותי את קשת התרחישים האפשריים, וממילא מגביר את הנטל המוטל על המשיבה להוכיח, שדווקא התרחיש שהיא מבקשת להוכיחו הוא שהתקיים.

י"ב. מחקר התקשורת חושף, כאמור, גם את קיומו של אותו בעל מספר טלפון בלתי מזוהה, עמו קיימה המנוחה 17 שיחות טלפון בשעות שקדמו להיעלמותה. אין חולק, כי העובדה שבעל מספר הטלפון נותר בלתי מזוהה היא, למרבה הצער, מחדל חקירה מובהק. אין זה המחדל היחיד בתיק זה. עמד על כך בית המשפט המחוזי:

"יש אכן להצטער על כך, שהמשרה לא העמיקה את החקירה, והסתפקה באיסוף ראיות שבאמצעותן בנתה את תזת הפללתו של הנאשם, בהותירה 'חורים' שבהחלט נזקקו לכיסוי ולפרשנות. אין ספק כי אילו טרחו החוקרים מעט יותר בחקירת אותם גורמים שהיו מעורבים לכאורה בסיפור, היתה התמונה בהירה וחדה יותר.

לענין זה [אי העדת המדובר ועדים נוספים - א"ר], יש לצרף גם מחדלים אחרים של המשרה, שמוטב להם שלא התרחשו משהתרחשו. בין אלה, אי חקירת שרידי הסמים שנמצאו בנוזלי הגוף של המנוחה...; ואי בדיקת בעלים של מספרי מנויי טלפונים שעמדו בקשר עם המנוחה בזמנים הרלוונטים למותה" (פסקה 48).

איננו יודעים מיהו אותו בעל מספר טלפון בלתי מזוהה; לכך מצטרפות העובדה שיש לה משקל מסוים, גם אם לא מכריע, שהתביעה לא הצביעה על מניע המערער, בן דודה של המנוחה, לרצח (פסקה 1 לפסק הדין קמא), והעובדה שההגנה הצביעה על לא מעט אנשים שיחסיהם עם המנוחה הם, למצער, מורכבים ביותר. כל אלה יוצרים מסך ערפל נוסף.

י"ג. להבהרת קשת האפשרויות והמניעים נזכיר, כי אחייניתה של המנוחה העידה, שלפני האירוע גילה אחד אמיר ג'רושי שיצא עם המנוחה, כי במקביל היא יוצאת עם קרוב משפחתו אוסמה ג'רושי (עמוד 223 לפרוטוקול); וכי המערער העיד על הסכסוכים בין המנוחה לשני בעליה הקודמים, אשר הביאו בסופו של יום לחזרתה לבית אביה, ולמעשה לכליאתה שם (עמודים 170-172; ראו גם פסקה 6 לפסק הדין קמא). ואולי לא למותר לציין, כי אף שגירסת ההגנה בבית המשפט קמא ניסתה לייחס את התקיפה לאוסמה ג'רושי (בין היתר בעקבות הערכה מודיעינית של המשרה), המערער העיד כי ברגע ששמע על האירוע חשב "שהאחים שלה עשו את זה" (עמוד 210 לפרוטוקול). צר כי מכל אלה אין עולה תמונה ברורה, והדבר הברור היחיד הוא שהמנוחה נרצחה. במקרה אחר, גם אם נסיבותיו אינן זהות לענייננו, נדרשתי לתוצאה הבעייתית שעלולה לנבוע מהתמקדות בכיוון חקירה אחד, תוך הותרת אחרים לוטים בערפל:

"אכן, היתה כאן דינמיקה של חקירה שבה מתאמצת המשטרה - כחובתה - לפתור מקרה רצח, ודעתה ניתנת לחשוד מסוים ומתקבעת בו, ובכך גם נמנעה, חרף אינדיקציות לצורך, ההחלטה על חקירת פואד, במועדה ובעודו בארץ. צר על כך, שהרי החוקרים השקיעו ללא ספק מאמץ רב, למצוא את האשם בתיק שבו קופחו חיים. המוטיבציה היתה גבוהה; אך דומה, כי אין זו חכמה שלאחר מעשה, אלא גם צורך שקיים היה בזמן אמיתי לחקור את פואד, נוכח התפתלויותיהם של העדים המרכזיים בין פואד לגרישה - בין הנמלט אחרי ימים אחדים ובין המערער - וכאשר מזה שלל גירסאות משתנות ומזה טענה המתמקדת באדם ספציפי. אך הדינמיקה של החקירה, כעולה מן הראיות, הפעילה את הזרקור אך לכיוון אחד, כמעט תוך מאמץ לשכנוע העדים" (ע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה ב').

י"ד. ערפל התרחישים האפשריים הופך כבד יותר בשל האופן שבו נמצאה המנוחה בזירה, וממצאים נוספים שנמצאו בה. המנוחה נמצאה "כאשר המכנס... מופשל כלפי מטה... חולצה בצבע לבן מורמת כלפי מעלה" (ת/8; ראו גם ת/5). היא פונתה לבית חולים וולפסון "עקב מרכז תקיפה מינית שנמצא במקום" (ת/9). בבדיקות כימיות שערכה המעבדה לזיהוי פלילי התקבלה תגובה חיובית לחומר החשוד כזרע שנאסף על תחתוניה ומכנסיה (ת/14). על נייר טישו שנמצא בזירה (לא ליד הגופה, אך לא רחוק מבדל הסיגריה; ראו ת/17) נמצא מספיק זרע כדי להפיק DNA. ואולם, הפרופיל שהתקבל אינו של המערער או של אנואר. יתכן, שנייר הטישו אינו קשור כלל לאירוע בו נפגעה המנוחה. אין מדובר בזירה מבודדת לחלוטין, ומאופיה של הפעילות המתרחשת בחולות אלה כבר התרשמנו עד הלום (קרי, מפגשים כאלה ואחרים). ואולם, דברים אלה יפים, כמעט באותה מידה, גם לגבי הקשר בין בדל הסיגריה לאירוע בו נפגעה המנוחה. ובכל מקרה, התנוחה בה נמצאה הגופה (ואולי גם הסימנים החשודים כזרע שנמצאו על בגדריה), יחד עם הימצאותו בזירה של נייר טישו ובו DNA של גבר אחר, יכולים לתמוך בגירסה של תקיפה מינית על ידי גבר אחר - גירסה אשר לפחות במבט ראשון אינה עולה בקנה אחד עם הגירסה המרשיעה.

בדל הסיגריה

ט"ו ומכאן לראיה המרכזית, בדל הסיגריה ובו DNA של המערער, אשר נמצא על דרך העפר הסמוכה לתלולית אשר עליה נמצאה גופת המנוחה. בדל זה מלמדנו, מעבר לכל ספק סביר, כי המערער אכן נכח על אותה דרך עפר במועד כלשהו. בדל הסיגריה אינו מלמד מחי נכח המערער בזירה (זאת בשונה, לדוגמה, מבדל הסיגריה ששימש להרשעה בע"פ 6167/99 בן שלוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 577). ואולם:

"בהקשר זה לא למותר להזכיר את ההלכה לפיה די במציאת טביעת אצבע של נאשם, בהיעדר הסבר הגיוני מטעמו לעובדה זו - כדי להרשיעו... מכאן עובר איפוא אל שכמו הנטל לספק הסבר חלופי לממצאים אלו. אין די בהפרחת השערות סתם, או הצגת הסברים דמיוניים או תיאורטיים, אלא שעל הנאשם לספק הסבר סביר לממצאים, שיש בכוחו להקים ספק סביר בדבר אחריותו" (ע"פ 1624/04 ג'לבוש נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה 9 - השופט מלצר; ראו גם ע"פ 37/07 פרג נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה 29).

השאלה העיקרית בענייננו היא, האם נתן המערער "הסבר סביר לממצאים, שיש בכוחו להקים ספק סביר בדבר אחריותו" (כלשון השופט מלצר כאמור). ויודגש, על מנת להרשיע על סמך ראיה נסיבתית מסוג זה על בית המשפט להשתכנע, "כי המסקנה ההגיונית היחידה שניתן להסיק מן הראיות היא כי הנאשם אחראי בפלילים" (ע"פ 2132/04 קייס נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה; ההדגשה הוספה - א"ר). המילים "ההגיונית היחידה" מבטאות את העניין באופן תמציתי: אם קיים תרחיש אפשרי "מזכה" נוצר הספק הסביר ואין להרשיע; ובלבד שיהא זה תרחיש הגיוני (ראו גם ע"פ 728/84 חרמון נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 617; ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 565). בענייננו, הסברו של המערער הוא, שבדל הסיגריה הושאר במקום באחת הפעמים הקודמות בהן ביקר בחולות פלמחים. אין חולק, כי המערער אכן נהג לבקר באזור זה, ועל פניו - מעבר לסוגיית צירוף המקרים לה נדרשנו למעלה - מדובר איפוא בהסבר שאינו בלתי סביר.

ט"ז. ברם, התנהלות המערער בחקירתו פוגמת במידה מסוימת באפשרות לאמץ תרחיש זה, אף שהוא הגיוני ואפשרי כשלעצמו:

"כדי להעריך האם ההסבר שמעמיד הנאשם הוא סביר, אין להידרש רק לרמת הסתברותו של האירוע המתואר בגרסתו, אלא יש ליתן את הדעת גם על נסיבות מתן הגרסה" (עניין קייס פסקה 9 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה).

בענייננו יש ליתן משקל בעיקר לאלה: (1) המערער התבקש על ידי השוטרים להוליך אותם לאותם מקומות באזור פלמחים בהם שהה בעבר (ת/21). והנה, הנקודה הקרובה ביותר עליה הצביע היתה מרוחקת מאות מטרים ממקום מציאת הגופה ("הזירה העיקרית") וממשטח הבטון ("הזירה המשנית") שעליו נמצא בדל סיגריה נוסף, ממנו הופק DNA אשר "לא תאם אלא חלקית את פרופיל הדנ"א של הנאשם" (פסקה 13 לפסק הדין קמא); (2) בחקירתו במשטרה (ת/3) עומת המערער עם העובדה, שבזירה נמצא

בדל סיגריה ועליו DNA שלו, ואז שיקר ואמר שלא נהג לעשן סיגריות מסוג KENT (הוא הסוג שנתפס בזירה); (3) זאת ועוד, לאחר שנודע למערער על מציאת הסיגריה בזירה סירב לצאת לשם (4/ת).

י"ז. האם עובדות אלה הופכות את הסברו של המערער למציאת בדל הסיגריה בזירה להסבר "לא הגיוני", באופן המאפשר הרשעה על סמך הפרשנות המפלילה לראיה הנסיבתית? סבורני כי התשובה אינה בחיוב. ראשית אפנה שוב לדברי השופט לוי:

"על אף שעובדה אחרונה זו עשויה להראות מפלילה, באשר אין בפיו של העורר הסבר להמצאו של בדל סיגריה שעישן לא הרחק מהמקום בו נמצאה פאטן, לא הייתי ממהר להסיק מכך מסקנות מחייבות בשאלת אשמתו של העורר. ראשית, אם אכן הוא הרבה לבקר באותו אזור, הוא עשה זאת בשעות החשכה, ועל כן אפשר גם אפשר שהוא לא הצביע על המקום שבו נמצא בדל הסיגריה מחמת שכחה או שגגה, ולא למותר להדגיש כי ההצבעה נעשתה מספר חודשים לאחר תקיפתה של פאטן. שנית, עיון בתצלומי הזירה מלמד, כי בדל הסיגריה נמצא ליד שביל לרכב, ועל כן לא הייתי ממהר לשלול את האפשרות שהעורר זרק את הבדל תוך כדי נסיעה באחד מביקוריו באותו אזור".

י"ח. לדעתי יש משקל גם לעובדה שהסיגריה נמצאה על דרך העפר במרחק מסוים ממקום מציאת המנוחה (כשמונה מטרים), ולא במקום מציאת המנוחה - בפרט כך, אם נקח בחשבון תרחיש של קיום יחסי מין (כעולה מאופן מציאת המנוחה כפי שתואר). יש לזכור גם, כי מדובר בשטח גדול, המקומות השונים עליהם הצביע המערער משתרעים על פני אזור ששטחו קילומטרים רבים - והמערער התבקש להצביע על כל המקומות בהם היה באזור אי פעם; הוא לא התבקש, לדוגמה, להצביע רק על המקומות בהם היה בחודשים האחרונים. המערער הונחה "להצביע על מקום שהנ"ל שהה בפלמחים בראשון לציון" (21/ת). בהינתן גודל השטח והעובדה שהמערער התבקש להתייחס לכל ביקוריו בשטח אי פעם - קשה לדעת עד כמה הפנים המערער את הצורך בדיוק; הן בהצבעה מדויקת, והן בהצבעה על כל המקומות בהם שהה לאורך השנים. המערער העיד במשפט:

"המערער: והיה הרבה מקומות שלא ציינתי אותם עם הניידת משטרה.
 התובע: למה? למה לא ציינת? ...
 המערער: כי שכחתי חלק. הרבה הרבה" (עמוד 207).

י"ט. דומני, כי דברים אלה מבוססים במידת מה בחומר הראיות. במסגרת הליך ההולכה וההצבעה שערכה המשטרה (שהיה כשלושה חודשים אחרי האירוע נשוא כתב האישום) הצביע המערער על שישה אתרים בהם שהה בעבר בחולות פלמחים: בראשון - שהה עם טלי במכוניתה; בשני - שהה עם גיסו; בשלישי, ברביעי ובחמישי - שהה עם אשה שאת שמה סירב למסור; בשישי - שהה עם טלי. ואולם, חומר הראיות מעלה כי היו ביקורים "תמימים" נוספים בחולות פלמחים. טלי מסרה בחקירתה במשטרה (ת/65 עמוד 3) כי שהתה עם המערער בפלמחים מספר פעמים (שורה 10); המערער עצמו, לפני שעומת עם מציאת הסיגריה אמר לחוקריו: "הרבה אני מבקר בפלמחים" (ת/א1 עמוד 7). בעדותו אמר המערער:

פלמחים זה מקום ענק. היינו מבלים שמה בלי שום קשר גם לבחורה או משהו. היינו הולכים חברים לפלמחים יושבים, שותים, שומעים מוזיקה לחוף פלמחים... הייתי מבלה בפלמחים.	"תשובה:
מה זה מבלה?	שאלה:
מגיע עם בחורה לשמה.	תשובה:
בחורה אחת?	שאלה:
כמה בחורות.	תשובה:
מתי?	שאלה:
בלילות...	תשובה:
למה דווקא לשם?	שאלה:
כי זה מקום שאני אוהב לשבת בו" (עמודים	תשובה:
	175-176).

הרושם העולה הוא, כי המערער נהג להגיע לחולות פלמחים כדי לבלות עם נשים ועם חברים (ולקנות תפוזים - בביקור עם גיסו); כך לאורך תקופה ארוכה. קשה איפוא לצפות שבהליך ההצבעה יצביע על כל מקום בו ביקר אי-פעם, ועל כל דרך בה נסע לאחד המקומות. אכן, המערער גם סירב לבוא לזירה עם המשטרה; לא הייתי מייחס לכך משקל רב, שכן באותה מידה יכול היה להסכים ללא תרומה ראייתית.

כ. גם בכל הנוגע לזירה המשנית התמונה אינה ברורה. מומחה המז"פ (משה שפיצן) לא נחקר ולא הסביר מה המשמעות של "התאמה חלקית" בין הממצאים מהזירה המשנית לפרופיל ה-DNA של המערער. אכן, במשטרה גם המערער וגם חברתו טלי לא סיפרו על הזירה המשנית (המאופיינת במשטח בטון). במשפט טען המערער, כי שכח לספר לשוטרים שהיה בזירה המשנית (עמוד 207), גם טלי נזכרה בעדותה כי היתה שם עם המערער, ולא בכדי לא התרשם בית המשפט ממהימנותה

(פסקה 38). ואולם, יש לזכור כי מידת ההוכחה של קישורו של המערער לזירה המשנית אינה ברורה. ועוד יש לזכור, כי בזירה המשנית נמצאה סיגריה מסוג PARLIAMENT (ת/14), שעה שטלי מסרה למשטרה בחקירתה הראשונה כי היא מעשנת סיגריות מסוג זה. בכל הנוגע לעובדה, שטלי תיארה את משטח הבטון כעגול ולא מרובע (כפי שהוא באמת) אוסיף, כי משטח הבטון מצוי בשוליה של דרך מעגלית (ת/19).

כ"א. ולבסוף, שיקול נוסף שתומך, לדעתי, בהימנעות מהרשעה, הוא חלוף הזמן בין החקירה לבין מועד האירוע - אשר בנסיבות פגע באופן משמעותי ביכולתו של המערער להתגונן מפני האישום. גירסת ההגנה בפנינו היא, כי המערער בילה באותו ערב עם טלי. טלי אכן לא העידה פוזיטיבית כי כך היה (ובאופן מטריד, בא כוח המשיבה לא טרח לחקור בעניין), ובחקירתה במשטרה טענה כי אינה זוכרת היכן היתה בזמן האירוע (ת/65 עמוד 3 שורה 3). טלי מסרה בחקירתה:

”שאלה: כמה פעמים בשבוע היית רואה את מאהר?
תשובה: כמעט כל יום...” (ת/65 עמוד 2).

בנסיבות אלה, קשה היה לצפות שטלי תזכור כתום תקופה האם אכן היתה עם המערער באותו ערב - ואין לראות בהעדרה של תשובה פוזיטיבית קושי בגירסת ההגנה. יתר על כן, כזכור, האיכונים ממקמים את המערער באשדוד בין חצות לאחת בלילה של ליל האירוע (ואולי גם לאחר מכן, שכן האיכון הבא מתייחס לשעה 03:20). דומני כי הסבירות, שהמערער אסף את המנוחה ברמלה, נסע איתה (ואולי גם עם אנואר) לחברתו באשדוד (אשר העידה כי מעולם לא פגשה את המנוחה), בילה איתה שם - ואז בדרך חזרה תקף אותה בפלמחים, אינה גבוהה דיה. ולמצער, אינה מוכחת באופן המאפשר הרשעה ברצח.

כ"ב. תורת הספק הסביר נדונה פעמים רבות בבית משפט זה ואין צורך לחזור עליה. תמציתה ועניינה בהתחבטות, אם סימני השאלה שהועלו מותירים אפשרות לתרחיש שונה מזה של פסק הדין קמא, ושותלים בלבו של בית המשפט ספק, העשוי להתיישב על פי הגיונם של דברים ואינו בעלמא. במקום אחד תימצת השופט (כתארו אז) חשין את התורה באופן הבא: ”נאשם ייצא רשע בדינו רק אם כל חלופות - חוץ מהרשעתו - אין בהן יסוד של סבירות” (ע"פ 6251/94 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45, 121; לדיון בהגדרת הספק הסביר ומהותו ראו, בין היתר, ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 644-645; ע"פ 2109/96 אל עביד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1)

673, 735; ע"פ 7220/05 נימ"ד נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקאות 26-28; ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה ה').

כ"ג. בענייננו, ואחרי ככלות הכל, חרף "נחרצותו" הנחזית של בדל הסיגריה, והעובדה שלא ניתן להימצאו בזירה הסבר סביר בהזדמנות הראשונה, סבורני כי קיים ערפל שאינו מאפשר לגירסת התביעה להופיע בעוצמה הנדרשת לצורך הכרעה לשבט. סימני השאלה רבים מדי, ולא ניתן לומר כי בחלופות האחרות (דוגמת האפשרות לקשר דווקא את נייר הטישו בו נמצא DNA של אחר לתקיפתה (המינית?) של המנוחה) "אין בהן יסוד של סבירות". חוששני, כי אף אם לפנינו מקרה בו מזוכה אדם שאינו חף מפשע, הוא בא בגדר דבריו הידועים של הרמב"ם "ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד" (ספ"ד המצוות, לא תעשה, מצוה ר"צ).

כ"ד. מצוות המחוקק היא, לתחם "רצועת ביטחון" סביב ההרשעה, באופן שמקרים שאינם נחרצים דיים לא יבואו בגדריה - אף אם קיימות לחובת הנאשם ראיות לא בלתי-משמעותיות, אלא שעדיין מתנדנדות כפות המאזניים. דומני, כי המקרה שלפנינו נופל בתוך תחום זה. במובן זה מקובלים עלי דברי בית המשפט המחוזי בהם פתחתי, "עניין לנו במארג ראיות נסיבתיות שרק בהצטברותן יחדיו, לכדי תמונה ברורה, ניתן לבסס עליהן את האשמה שקשרה התביעה בנאשם". גם אם "כמעט" היה ניתן להרשיע על סמך בדל הסיגריה והראיות הנלוות, ללא המבנה המשולש הכולל את ההודאה בפני אנואר ישנם, לדעתי, סימני שאלה יתר על המידה הנכונה. מסיבה זו אני מצטרף לחוות דעתו של השופט הנדל.

ש ו פ ט

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. שלא כחברי, השופטים רובינשטיין והנדל, דעתי היא כי יש לאמץ את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ולקבוע כי המערער הוא שביצע את רצח המנוחה.

2. הכרעה שיפוטית בהליך פלילי, הנשענת על ראיות נסיבתיות, כפי ענייננו כאן, אמורה לבחון האם ראיות אלה בהשתלבותן מצביעות ברמת הוודאות הנדרשת על אחריותו הפלילית של הנאשם, או האם נותר ספק סביר בדבר אחריותו. קיומה של תשתית ראייתית נסיבתית מפלילה משמעה – כי המסקנה ההגיונית היחידה שניתן להסיק מן הראיות היא כי הנאשם אחראי בפלילים, ולא ניתן להסיק מן הראיות

הנסיבתיות קיומו של הסבר סביר אפשרי אחר השולל אחריות פלילית (ע"פ 2132/04 קייס נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.5.2007) (להלן: ענין קייס)). ספק סביר עשוי לעלות מהראיות הנסיבתיות כאשר ניתן להסיק מהן מסקנה המתיישבת עם חפות הנאשם, שההסתברות לאפשרות קיומה היא מהותית, ואינה זניחה או דמיונית. לאפשרות כזו צריכה להיות אחיזה סבירה בחומר הראיות, ועליה לעמוד במבחני השכל הישר ונסיון החיים (ע"פ 728/84 חרמון נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 617, 620 (1987); ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 565, 570 (1993); ע"פ 6890/04 מדינת ישראל נ' בלאוסוב, פסקה 12 (לא פורסם, 13.9.2005)). תהליך בחינת הראיות הנסיבתיות הוא תלת-שלבי: בשלב ראשון, נבחנת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה כדי להעריך האם ניתן להשתית עליה ממצא עובדתי; בשלב שני, נבחנת מסכת הראיות כולה לצורך קביעה אם היא מערכת, לכאורה, את הנאשם בביצוע העבירה. "המסקנה המפלילה היא תולדה של הערכה מושכלת של הראיות בהתבסס על נסיון החיים ועל השכל הישר. המסקנה המפלילה עשויה להתקבל גם מצירופן של כמה ראיות נסיבתיות אשר כל אחת בנפרד אמנם אינה מספיקה לצורך הפללה, אך משקלן המצטבר מספיק לצורך כך" (ע"פ 9372/03 פון וייזל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 745, 754 (2004) (להלן: ענין פון וייזל)). בשלב השלישי מועבר הנטל אל הנאשם להציע הסבר העשוי לשלול את ההנחה המפלילה העומדת נגדו. הסבר חלופי למערכת הראיות הנסיבתית, העשוי להותיר ספק סביר ביחס להנחה המפלילה את הנאשם, די בו כדי לזכותו. "בית המשפט מניח את התזה המפלילה של התביעה מול האנטי-תזה של ההגנה ובוחן האם מכלול הראיות הנסיבתיות שולל מעבר לכל ספק סביר את גירסתו והסברו של הנאשם" (ענין פון וייזל, שם).

3. השלב השלישי בבחינת הראיות הנסיבתיות מתבצע באמצעות מבחן הספק הסביר. הסברו של הנאשם יוכל להצילו ממסקנה מרשיעה אם בהסבר החלופי שהוא מציע יש כדי להטיל ספק בעוצמת הראיות הפליליות של התביעה (ע"פ 16/82 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 309, 317 (1982) (להלן: ענין מלכה)). כדי להעלות ספק סביר, על ההסבר להיות רציני, ולא מסופק או מפוקפק:

"לא די באפשרות תיאורטית גרידא, ודאי שלא די בהסבר כושל, מפוקפק או לא אמין. רק הסבר מתקבל על הדעת, או המותר לפחות ספק סביר, עשוי להיות בו כדי לערער החזקה העובדתית... הסבר מסופק או מפוקפק מטבעו אינו אמין, ולמאומה לא יצלח; שלא כן הסבר, המותר בלב השופט ספק סביר, העשוי לפעול לטובת הנאשם" (ענין מלכה, בעמ' 316).

4. יש עוד להוסיף: אימוץ גרסה מפלילה מעבר לספק סביר, על יסוד ראיות נסיבתיות, לא בהכרח יענה באופן מלא וממצה על כל השאלות, התמיהות והסתירות האפשריות העשויות לעלות מחומר הראיות, אשר לא נמצאה להן תשובה מלאה.

5. מושג ה"ספק הסביר" מעוגן באיזון הנדרש בין ההגנה על חזקת החפות של האדם לבל יורשע לשווא, לבין אינטרס הכלל בשמירה על בטחון הציבור מפני עבריינים. במתח שבין שני ערכים אלה, ניתנת בכורה לאינטרס הראשון (ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל, פסקה 46 (לא פורסם, 25.1.2007) (להלן: ענין וקנין)). "ספק סביר" הוא ספק המותר, על פי מבחני שכל ישר, הגיון ונסיון חיים, שאלה אמיתית באשר לאשמת הנאשם. לא כל ספק שהוא, ויהא המרוחק והדמיוני ביותר, עונה למבחן הספק הסביר. כדי שיתהווה ספק סביר, עליו להעלות תהייה אמיתית ביחס לאשמת הנאשם על רקע כלל הראיות נגדו. נדרש קיום ספק סביר ולא קיום ספק כלשהו:

"על הספק הסביר להיות רציני, הגיוני, ובעל אחיזה מעשית במציאות. לא כל השערה או אפשרות רחוקה יקימו ספק שיש בו כדי להצדיק פטור מאחריות. נדרשת סבירות לקיומו של ספק, המשליכה על משמעותו, רצינותו ומשקלו" (ענין וקנין, פסקה 48).

לצורך הרשעה, על התשתית הראייתית לבסס את אמיתות העובדות כדי ודאות הגיונית וערכית סבירה. על התשתית הראייתית לעמוד במבחן השכל הישר, נסיון החיים וההגיון. ספק ממשי ומוחשי, להבדיל מספק הנשען על אפשרות דמיונית ערטילאית יצדיק אי הרשעה (ענין קייס, פסקה 11 לפסק דיני).

6. ביריעת הראיות הנסיבתיות בענייננו, ניצב כבריח תיכון בדל הסיגריה שנמצא בסמוך למקום הימצא המנוחה בחולות פלמחים, כשעליו סימני DNA של המערער, בבחינת ראייה ניצחת בעלת אופי מפליל מכריע.

7. מקובלת הגישה כי ממצאי DNA בעלי רמת אמינות זיהוי גבוהה ביותר עשויים להיות בעלי משקל מפליל מכריע, בדומה לערכן הראייתי של טביעות אצבע בזירת העבירה. כטביעת אצבע, אף ממצאי DNA, בהסתברות זיהוי גבוהה ביותר, הינם ראייה "ראשונה במעלה" (השוו לענין מלכה, בעמ' 317).

8. אכן,

"הימצאות טביעת אצבעו של נאשם בזירת העבירה היא ראייה חפצית העשויה להוות ראייה נסיבתית בעלת משקל ניכר ואף מכריע להוכחת נוכחותו של הנאשם במקום בעת ביצוע העבירה ולהוכחת מעורבותו במעשה העבירה. משקלה של ראייה זו תלוי, בין היתר, במיקומה של הראייה בזירת העבירה ובטיב החפץ שעליו נמצאה, וכן בשאלה האם קיים הסבר סביר להימצאותה במקום שבו נמצאה. אם לא ניתן הסבר כזה או אם ההסבר שניתן נדחה בהיותו בלתי מהימן, עשויה טביעת האצבע לבדה לבסס במקרים מתאימים את הקביעה כי הנאשם הוא שביצע את העבירה" (ע"פ 4204/07 טוויסה נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (לא פורסם, 23.10.2008).

כן ראו: ע"פ 1624/04 ג'לבוש נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (לא פורסם, 14.5.2009); ע"פ 411/04 טטרן נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (לא פורסם, 9.1.2006); ע"פ 9154/04 חנוכה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 20.6.2005); ע"פ 517/86 ברקט נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 441, 448 (1989).

9. בדומה לדין החל בטביעות אצבע, כך גם ממצאי DNA הקושרים נאשם לזירת העבירה בהסתברות זיהוי גבוהה ביותר, עשויים בנסיבות מסוימות להספיק להרשעתו בהעדר הסבר סביר בפיו להימצאו במקום בעיתוי המשוער של ביצוע העבירה (ע"פ 9724/02 אבו-חמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71, 92 (2003); דנ"פ 9903/03 אבו-חמאד נ' מדינת ישראל, פסקאות 5-6 (לא פורסם, 19.12.2004); ע"פ 10577/02 שמש נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 706, 718-719 (2004); ע"פ 8387/99 מטארווה נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (לא פורסם, 10.1.2007); ע"פ 7320/06 מדינת ישראל נ' הייב, פסקה 6 (לא פורסם, 22.1.2007); אולם ראו: ע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נו(5) 221 (2002); יעקב קדמי על הראיות: חלק שלישי 1277-1278 (מהדורת 2009)). בע"פ 6167/99 בן שלוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 577, 589 (2003) נאמר:

"וכך, הימצאות בדל הסיגריה בזירת הרצח, המשויך באמצעות בדיקות דנ"א למערער, כאשר לידו בדל סיגריה דומה המשויך למנוח, מניחה תשתית ראייתית איתנה להרשעת המערער ברצח, אפשר שאף בלא ראיות נסיבתיות נוספות, ובלבד שאין בפיו הסבר המעלה ספק סביר באשר להימצאות הפריט המרשיע שם" (הדגשה לא במקור).

10. בדל סיגריה, המשוויך באמצעות DNA למערער ברמת זיהוי גבוהה ביותר, נמצא מטרים ספורים ממקום הימצאה של המנוחה בחולות פלמחים. הוא מהווה ראייה מפלילה בעלת משקל עוצמתי רב, ואפשר אף מכריע. במיוחד כך הדבר, בהתחשב בכך שענין לנו באזור חולות רחב ידיים, המשתרע על פני קילומטרים רבים. הימצאו של בדל סיגריה הנקשר למערער בקרבה גדולה למקום הימצא גופה של המנוחה, לאחר שנפלה קרבן למעשה העבירה, מצביע על קשר ישיר בינו לביתה, ועל זיקה מתבקשת של המערער למעשה הפשע, אלא אם כן הובא הסבר שיש בו, ולו כדי להעלות ספק סביר, בדבר קיומו של קשר כזה. בדל הסיגריה עם סימני הזיהוי של המערער באזור פתוח, בסמוך לגופה, אינו שונה באופן מהותי ממצאות טביעת אצבע של אדם זר בדירת מגורים לאחר שנתגלה בה מעשה עבירה, ובלא שניתן הסבר סביר להימצאותה שם. מושכלות יסוד הם כי טביעת אצבע כזו מהווה ראיה מפלילה בעלת משקל רב הקושרת את בעל הטביעה לפשע בהעדר הסבר סביר מפיו השולל את זיקתו לארוע העברייני.

11. לבדל הסיגריה בענייננו מתווספת מערכת נסיבות מוכחות, התומכות ומחזקות את המסקנה בדבר מעורבותו של המערער במעשה הרצח. למערער היתה מערכת יחסים קודמת עם המנוחה, ולא נשלל כי נתלווה לה גוון רומנטי. על פי ממצאי התקשורת, התקיימו בין המנוחה לבין המערער 7 שיחות טלפון בערב שקדם למעשה העבירה, כאשר השיחה האחרונה ביניהם היתה בשעה 23:15. זו היתה השיחה האחרונה שיצאה ממכשיר הטלפון הנייד של המנוחה, ולאחריה קולה לא נשמע יותר, והיא נמצאה במצב של פגיעה קשה למחרת היום בחולות פלמחים. חשוב לציין, כי השיחה האחרונה ארכה כ-11 שניות בלבד, זמן שיחה המתאים לשיחת-תיאום. מבחינת המערער, השיחות עם המנוחה היו היחידות שחייג מהטלפון הנייד שלו באותו יום. הווי אומר, הקשר הטלפוני האחרון הידוע שקיימה המנוחה בטרם פגיעתה הקטלנית היה עם המערער, לאחר ששוחחה עמו מספר פעמים באותו ערב. מערכת שיחות זו מצביעה על קשר אינטנסיבי בין השניים, העשוי לחזק את מעורבותו של המערער במעשה העבירה.

12. יתר על כן, בליל מעשה הרצח, המערער לא נמצא בכיתו, וגם בשעות הקטנות של הלילה, ועד לאחר 3 לפנות בוקר, הוא מסתובב בדרכים על פי איכוני הטלפון והשיחות שניהל. מאיכון הטלפון שברשותו מתברר, כי בסמוך לאחר השיחה האחרונה עם המנוחה החל המערער לנוע לכיוון אשדוד, וקיבל במהלך נסיעתו שיחות בעת שהיה באזור צפון גדרה, צומת כנות ואשדוד. בשעה 1:04 לפנות בוקר אוכך הטלפון שלו באשדוד, ולאחר מכן שוב ברמלה בשעה 3:20 לפנות בוקר. איכוני הטלפון של

המערער אינם שוללים אפשרות כי לאחר שיחתם האחרונה בשעה 23:15, נסע המערער עם המנוחה לאשדוד ושהה עימה שם, ובדרכו בחזרה עצר עימה בחולות פלמחים ואז ביצע את הרצח. אפשרות אחרת היא כי חזר לרמלה ואסף אותה, והם נסעו לפלמחים ואז בוצע הרצח. אפשרות אחרונה זו פחות סבירה, בהעדר שיחת טלפון נוספת בין השניים לצורך תיאום המפגש. מכל מקום, נתוני התקשורת האמורים אינם שוללים אפשרות כי הרצח בוצע בפלמחים לאחר חזרתו של המערער מאשדוד.

13. למכלול הראיות האמורות, ניתן להוסיף גם את שקריו של המערער, ובהם – הכחשת הקשר בינו לבין המנוחה בחקירתו במשטרה (חקירה ראשונה, הודעה ת/א1), נסיונו להכחיש את שהותו בזירת הפשע אי-פעם, נסיונו להרחיק עצמו מזירת הארוע, וכפירתו בכך שהוא מעשן סיגריות "קנט" – על אף שבדל סיגריה מסוג זה נמצא בסמוך לגופה של המנוחה ועליו סימני ה-DNA המשוייכים למערער (הודעתו ת/א3 עמ' 3), ועל אף שבחקירתו במשטרה עישן סיגריות מסוג זה.

14. מכלול הראיות האמורות – גם בלא סיועה של הודאת החוץ של אנואר, מערב, לכאורה, את המערער בביצוע עבירת הרצח. הקשר האינטנסיבי של המערער עם המנוחה, על רקע שיחות הטלפון הרבות שהיו ביניהם באותו ערב, שיחת הטלפון האחרונה של המנוחה עם המערער, שלאחריה קולה לא נשמע עוד, ומציאת בדל הסיגריה המשווייך בוודאות למערער בסמיכות קרובה למקום הימצאה של המנוחה בחולות פלמחים – כל אלה, בוודאי במשקלם המצטבר, מצביעים לכאורה על מעורבות המערער בעבירה. זוהי מסקנה מתבקשת, הנלמדת מניסיון החיים והשכל הישר, אלא אם היה בפני המערער הסבר העשוי לשלול את ההנחה המפלילה העומדת נגדו, או לפחות להעמידה בספק סביר.

15. ומהו ההסבר המוצע? למערער ניתנה הזדמנות מלאה להפריך את הזיקה המפלילה הקושרת בינו לבין זירת הפשע, ולספק הסבר להימצאות בדל הסיגריה הנושא את סימני הזיהוי שלו במקום ביצוע העבירה. הוא נלקח על ידי החוקרים להובלה והצבעה בשטח, לאחר שטען כי הוא מגיע לחולות פלמחים לצורך בילוי עם נשים שונות. הוא הוביל את החוקרים למקומות שונים באזור זה בהם הוא נוהג לבלות, אולם בין המקום הקרוב ביותר עליו הצביע לבין מקום הימצא גופה של המנוחה מפריד מרחק של כ-600 מטר (ת/19, ת/19א, ת/21). המערער לא הצביע על מקום הימצא גופה של המנוחה כעל מקום בו שהה אי-פעם בבילוייו עם נשים. הוא לא סיפק כל הסבר נוסף להימצא בדל הסיגריה בסמוך למקום הימצא המנוחה. כשנשאל איך בדל

הסיגריה נמצא בסמוך לגופה של המנוחה ענה כי אין לו הסבר (ת/א3, קלטת 196/05 (2) עמ' 9). לאחר שעומת עם ענין בדל הסיגריה בחקירה ביום 5.8.2005, סירב לצאת לזירת הפשע לצורכי המשך החקירה (ת/א3, ת/א4, עמ' 2). לאמיתו של דבר, המערער לא סיפק הסבר כלשהו שיש בו כדי לנתק את הזיקה בינו לבין זירת הפשע או לפחות להטיל ספק בקיומה של זיקה כזו. הנסיון להעלות במשפט השערות, או להציע הסברים חלופיים אפשריים ביחס לתרחישים שונים העשויים לשלול את מעורבותו של המערער ברצח – שהוא עצמו לא סיפק – לא יצלה.

16. בצד דברים אלה, אין להתעלם מהגורמים הבאים שעלו גם הם מחומר הראיות, ואשר יש לייחס להם את משקלם הראוי. המנוחה היתה מוכרת כמי שניהלה אורח חיים מתירני; ביום שקדם למעשה העבירה היא ניהלה 17 שיחות טלפון עם אדם אלמוני שזהותו לא הובררה. כן עלה שהיו לה קשרים רומנטיים עם אחד, אוסמה ג'רושי, אשר מעורבותו האפשרית בעבירה נבחנה ונשללה. כן היה לה קשר רומנטי עם אחר – אמיר ג'רושי, ועלתה אף פרשת נישואיה הכושלים לשני בעלים קודמים, והסתבכויותיה סביב פרשות חיים אלה. ועוד – נמצאו על גופה סימני זרע שלא ניתנו לפענוח כלל, ולא רחוק מהמקום בו נמצאה אותה נייר טישו עם סימני זרע שפוענחו כבלתי קשורים למערער או לאוסמה ג'רושי.

17. לטעמי, נתוני-רקע אלה אינם מקרינים במישרין על ענייננו, ואין בהם מטען ראייתי ספציפי ובעל ממשות העשוי לגרוע מעוצמת הראיות הנסיבתיות הקושרות את המערער במישרין, ואותו בלבד, לזירת הפשע. נתוני רקע אלה שלא יצאו מגדר נסיבות הקשורות באורח חיים ובמערכות יחסים, אינם מובילים לקיומו של ספק ממשי – להבדיל מהשערות ערטילאיות בדבר תרחישים אפשריים כי אדם אחר ביצע את העבירה, ולא המערער.

קמה, אפוא, תשתית ראייתית נסיבתית הקושרת את המערער במישרין לזירת הפשע, ולביצוע העבירה, וזאת באמצעות בדל הסיגריה הנקשר אליו, וראיות נסיבתיות מחזקות, הבנויות סביב הראייה החפצית המכרעת. די במערכת זו לצורך הפללה גם בלא הודאת החוץ של אנואר, שאין צורך לעסוק בשאלת משקלה. המערער לא נתן הסבר שיש בו כדי להסיר מעל שכמו את נטל ההפללה, ואף לא עורר ספק סביר באשר למעורבותו במעשה הפלילי.

18. לכל אלה יש להוסיף את התרשמותו הכוללת של בית המשפט המחוזי, כערכאה דיונית השומעת ורואה את העדים, ואשר בידיה הכלים להעריך מהימנות, ולשקלל את מכלול מרכיבי הראיות ואת סימני האמת העולים מהן, לצורך בחינת השאלה האם עולה ספק סביר באשמת הנאשם.

19. בנסיבות אלה, דעתי היא כי דין הרשעת המערער לעמוד בעינה, ועימה עונש מאסר העולם שנגזר עליו בבית המשפט המחוזי.

הייתי דוחה, אפוא, את הערעור, כאמור.

ש ו פ ט ת

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט ניל הנדל בניגוד לדעתה החולקת של השופטת א' פרוקצ'יה, לפיה יש לקבל את הערעור ולהורות על זיכוי של המערער מחמת הספק.

ניתן היום, א' באדר ב' תשע"א (7.3.11).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת