



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 8704/09

לפני: כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמית

המערער: יחזקאל באשה

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב – יפו
בתפ"ח 1101/06 שניתן ביום 13.07.2009 על ידי כבוד
השופטים: א' טל, י' אמסטרדם ור' לבהר-שרון

בשם המערער: עו"ד יעקב וינרוט; עו"ד ירום הלוי

בשם המשיבה: עו"ד תמר בורנשטיין

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. מונח לפני ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטים א' טל, י' אמסטרדם, ר' לבהר-שרון; פ"ח 1101/06), בו הורשע המערער ברצח בכוונה תחילה בצוותא של יצחק ג'ורג'י (להלן: המנוח), עבירה לפי סעיפים 300(א)(2) ו-29(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ונגזרו עליו מאסר עולם וחיוב לפצות את הורי המנוח ואחיו הצעיר ממנו בסכום של 228,000 ₪ כל אחד, ואת אחותו ואחיו הבכור של המנוח בסכום של 80,000 ₪ כל אחד.

העובדות הצריכות לענייננו

2. על פי התיאור המופיע בכתב האישום, ביום 31.7.2006 ישב המערער במסעדת "שיפודי חן" ברמת גן יחד עם חברו יצחק מימוני (להלן: מימוני). סמוך לשעה 21:30

הגיע המנוח אל המסעדה, ניגש אל המערער וחבט בראשו מאחור. המערער ומימוני קמו מיד ממקומם, והתפתחה תגרה אלימה בינם לבין המנוח. הנוכחים במקום הפרידו בין הניצים, והוציאו אותם בכוח מן המסעדה. במהלך הדברים אמר המערער למימוני "היום אני ארצח אותך", תוך שהוא מכוון למנוח.

לאחר שהסתיימה הקטטה חזר מימוני למסעדה ונטל משם סכין לחיתוך בשר. בשעה 21:36 תיעדו מצלמות האבטחה את מימוני והמערער עוזבים את המסעדה. השניים נכנסו לרכבו של מימוני ונסעו מהמקום. בשלב כלשהו אספו השניים את גילי באשה (להלן: גילי), אחיו של המערער, והמשיכו בנסיעה.

בשעה 21:37 יצא המנוח מן המסעדה, יחד עם דודו סבאח ג'ורג'י (להלן: סבאח). השניים החלו לצעוד בשביל המוביל אל ביתו של המנוח. דקות ספורות לאחר מכן פגשו המנוח וסבאח את השלושה שנסעו ברכב – מימוני, המערער וגילי. השלושה יצאו מן הרכב, התנפלו על המנוח ועל סבאח ותקפו אותם באלימות. תוך כדי כך כיוון המערער סכין לעברו של המנוח, בכוונה לרוצחו, ודקר אותו מספר פעמים בבית החזה שלו. במהלך העימות אף נדקר המערער סמוך לעינו השמאלית.

בשעה 21:45 התקשר המנוח לבית הוריו וסיפר להם שנדקר. אמבולנס שנשלח לאזור מצא את המנוח בפתח בנין סמוך, מתבוסס בדמו כתוצאה מדקירה בלב. המנוח הובהל לבית החולים תל השומר ללא דופק וללא לחץ דם, ולאחר מספר ניסיונות החייאה נקבע מותו. במקביל הובהל המערער לבית החולים כשהוא סובל מחתך עמוק ליד עין שמאל, שריטה בצוואר ופצעים בבית החזה, בידיים ובכרך שמאל.

לנוכח השתלשלות האירועים האשימה התביעה את המערער ברובד העובדתי בדקירת המנוח, וברובד המשפטי בביצוע רצח בכוונה תחילה. לחיזוק גרסתה הביאה התביעה, בין היתר, את עדותו של מוחמד עסאללה (להלן: חמודי), עובד המסעדה, אשר מסר במשטרה כי שמע את המערער מאיים על המנוח במהלך הקטטה במסעדה ואומר "אני ארצח אותך". עוד הובאו עדויותיהם של סמי ג'ורג'י (להלן: סמי), אבי המנוח ואחיו של סבאח, ושל יהודית זמר טוב (להלן: יהודית). השניים העידו על דברים שאמר סבאח לכל אחד מהם בנפרד, סמוך לאחר אירוע הדקירה. מדברים אלו עולה כי סבאח שהה עם המנוח מרגע הקטטה במסעדה ועד לרגע הדקירה בלב, וכי הוא ראה כיצד השלושה – המערער, מימוני וגילי – תוקפים במכות ובדקירות סכין את המנוח. בנוסף, התביעה נסמכה על ניתוח כתמי דם של המנוח ושל המערער שנמצאו

בזירת הרצח, כתם דם של המנוח שנמצא על גב חולצתו של המערער, וכתמי דם של המערער ברכבו של מימוני.

3. המערער כפר בעובדות כתב האישום ובעבירה המיוחסת לו של רצח בכוונה תחילה. גרסתו הראשונה הייתה כי הפציעה בעינו נגרמה במהלך הקטטה במסעדה, וכי מיד אחר כך הוא הוסע מן המסעדה ישירות לבית החולים. ברם במהלך הקראת כתב האישום מסר המערער גרסה שונה, ובה דבק עד תום המשפט. לפי גרסה זו, אחרי שוך הקטטה במסעדה נסעו המערער ומימוני ברכבו של האחרון. השניים פגשו באקראי את המנוח ברחוב סמוך למסעדה. המנוח התקרב לחלון הפתוח שליד הנהג, שם ישב המערער, ולפתע שלף סכין ודקר את המערער סמוך לעינו. המערער פתח את הדלת, יצא אל המדרכה, החל לצעוד - וכעבור מספר צעדים התמוטט. על פי גרסתו הסופית, לא דקר המערער את המנוח ואף לא ראה מי דקר את המנוח.

באשר להודעתו של חמודי, לפיה איים המערער על המנוח במילים "אני ארצח אותך" - המערער הכחיש זאת, וטען כי לכל היותר קילל במהלך הקטטה "אני אזיין אותך". המערער הסתמך על הודעתו הראשונה של חמודי במשטרה, שם אמר חמודי שבמהלך הקטטה במסעדה לא הושמעו כל אימים, וכן הצביע על הסתירות בהודעתו השנייה של חמודי (סתירות פנימיות וסתירות למול עדויות אחרות). באשר לעדויותיהם של סמי ויהודית, אודות אמרתו של סבאח בליל הרצח - המערער טען כי מדובר בעדויות על פי השמועה שאינן קבילות, אינן סבירות ואינן מהימנות. באשר לראיות הדם - המערער טען כי גרסתו עולה בקנה אחד עם כל הממצאים בזירה, ברכב ועל גב חולצתו, בעוד שתזת התביעה לא מתיישבת עם ממצאים אלו. בכל אלו די, לשיטתו, כדי ליצור ספק סביר המחייב את זיכוי.

4. על פי הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי, על אף שהחשד לדקירה בפועל מופנה כלפי מימוני, לנוכח חומר הראיות - אליו אתייחס בהרחבה להלן - יש להרשיע את המערער בביצוע בצוותא של הרצח. המערער השתתף בתקיפת המנוח (גם אם לא אחז בסכין), ועמד בסמוך למנוח כשהלה נדקר. המערער היה בעל מניע לפגוע במנוח, הואיל והלה תקף אותו קודם לכן בשבתו במסעדה, והוא נדקר ונחבל בעצמו במהלך האירוע בו נדקר המנוח למוות. חלקו של המערער בביצוע היה מהותי, משום שהוא תקף את המנוח עובר לרציחתו, ומשום שהייתה לו שליטה רעיונית על הביצוע. "שליטה רעיונית" זו באה לידי ביטוי בכך שהמערער הוא בעל המניע לפגוע במנוח,

והוא היוזם של דקירת המנוח למוות. לנוכח זאת נקבע פה אחד כי יש להרשיע את המערער בביצוע בצוותא של רצח בכוונה תחילה. מכאן הערעור על הכרעת הדין.

טענות הצדדים בערעור שלפנינו

5. במסגרת הערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט קמא, טען בפנינו המערער כי בית המשפט קמא שגה במסקנות שהסיק מן הראיות שעמדו בפניו, וכי יש לזכותו מכל אשמה. המערער הצביע על חולשת הראיות עליהן התבסס בית המשפט קמא לצורך ההרשעה, שעיקרן - האיום שהשמיע המערער כלפי המנוח; אמרתיו של סבאח בליל הרצח, כפי שנמסרו על ידי סמי ויהודית; וכתמי הדם בזירת הרצח, ברכבו של מימוני ובגב חולצתו של המערער. לחלופין טען המערער כי יש לזכותו מאשמת רצח בכוונה תחילה בצוותא, ולהרשיעו בתקיפה או לכל היותר בהריגה. זאת מאחר שלא הוכחה כוונה תחילה לביצוע הרצח, ולא הוכח מעמדו כמבצע בצוותא של הרצח. לחלופי חילופין טען המערער כי יש להפחית את הפיצוי שהוטל עליו, לנוכח טעויות שנפלו לשיטתו בקביעת מעגל הזכאים לפיצוי.

המשיבה סבורה, ככלל, כי טענות המערער מופנות ברובן כלפי ממצאי עובדה ומהימנות של בית המשפט קמא. ממצאים אלו נקבעו לאחר עיון מעמיק ושיקול דעת יסודי, ועל כן אין בסיס, במקרה שלפנינו, להתערבות של ערכאת הערעור. לגופו של עניין עומדת המשיבה על טענותיו הפרטניות של המערער, ומבארת מדוע לשיטתה לא נפל פגם בראיות שהביאו להרשעתו של המערער בביצוע בצוותא של רצח בכוונה תחילה.

6. מפאת מורכבותם של הדברים יחולק הדיון לשניים. בשלב הראשון אעמוד על בירור התשתית העובדתית, ואדרש למחלוקות שנפלו בין הצדדים בכל הנוגע לציור תמונת האירועים. בשלב השני, לאחר שתעמוד בפניי התשתית העובדתית המלאה, נכון יהיה לבחון מהן המסקנות העולות ממנה באשר לאשמתו או חפותו של המערער.

שלב ראשון: בירור התשתית העובדתית

א. האיום במסעדה

7. על פי גרסת התביעה, במהלך הקטטה במסעדה אמר המערער למימוני "היום אני ארצח אותך", וזאת תוך שהוא מתכוון למנוח. חשיבותו של האיום ביחס להרשעת המערער היא כפולה: ראשית, הוא מצטרף לראיות נסיבתיות אחרות מהן ניתן להסיק כי

המערער הוא שקטל את המנוח, או למצער היה שותף פעיל בהריגתו. שנית, האיום הגלום בו מצטרף לראיות אחרות על מנת לבסס את קיומו של היסוד הנפשי הנדרש להרשעה לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין – היינו רצח בכוונה תחילה.

האיום נלמד מתוך הודעתו של חמודי, אחד מעובדי המסעדה. עם זאת, הודגש על ידי הסנגוריה שחמודי מסר שתי הודעות במשטרה (שסימון ת/85 ו-ת/86). בראשונה סיפר כי במהלך הקטטה במסעדה לא הושמעו כלל איומים. רק בהודעה השנייה מסר חמודי שהמערער אכן השמיע את האיום - "אני ירצח אותו". חמודי זומן לעדות מטעם התביעה, הוכרו כעד עוין ונחקר על ידה בחקירה נגדית שבמהלכה סתר את עצמו מספר פעמים. תחילה חזר על גרסתו בהודעה הראשונה, ולפיה לא שמע צעקות או איומים. בהמשך מסר שיכול להיות ששמע מישהו צועק, אך איננו זוכר בוודאות מי צעק. לבסוף העיד ששמע את המשפט "היום אני ירצח אותו", אך יכול להיות שהמנוח אמר זאת.

המערער טען כי יש להעדיף את הדברים שמסר חמודי בהודעתו הראשונה ובעדותו. המערער אף הצביע על כך שבהודעתו השנייה טען חמודי כי דברי האיום של המערער נאמרו מחוץ למסעדה, וכי כל מי שהיה שם שמע אותם. דברים אלו עומדים לכאורה בסתירה לעדויות אחרות שנשמעו במהלך המשפט. יעקב שלם, בעל המסעדה, העיד כי בזמן שהחזיק את המערער ומנע ממנו להתנפל על המנוח – לא הוציא המערער מילה מפיו. גם יאיר אבינו, אחד מעובדי המסעדה, העיד שלא שמע את המשפט "היום אני ירצח אותו", וכי אם המשפט היה נאמר – הרי שהיה זוכר אותו.

בית המשפט המחוזי העדיף את הודעתו השנייה של חמודי, וקבע על בסיס זה כממצא עובדתי שהמערער השמיע את האיום כלפי המנוח. נקבע כי העדות על האיום נמסרה למשטרה על ידי חמודי באופן ספונטאני, תוך שהוא מתאר בשטף את השתלשלות האירועים, מבלי שתודרך לומר זאת על ידי מקורבי המנוח או על ידי חוקרי המשטרה. בית המשפט המחוזי דחה את האפשרות כי האיום הושמע על ידי מימוני, משום שתיאור המאיים כפי שנמסר על ידי חמודי עולה בקנה אחד עם מראהו של הנאשם ולא עם מראהו של מימוני. הקטטה במסעדה השאירה רושם קשה על חמודי, וזו הסיבה לכך שבהודעתו הראשונה היה נרגש ופזור-דעת ולא ידע לספר על האיום. הנוכחים האחרים - בהם יעקב שלם ויאיר אבינו - אשר העידו כי לא שמעו את דברי האיום מפי המערער היו עסוקים בהפרדה בין הניצים, ועל כן סביר שלא נתנו את דעתם לדברי האיום שהושמעו.

אינני מוצא מקום להתערב בקביעת בית המשפט קמא. האחרון שקל ובחן היטב את הודעתו השנייה של חמודי למול אמרותיו האחרות במשטרה ובבית המשפט, ולמול עדויותיהם של נוכחים אחרים בזירת הקטטה במסעדה. לאחר ניתוח זהיר ויסודי, ותוך מודעות לגדר המחלוקת, הגיע בית המשפט המחוזי למסקנה כי יש לאמץ את האמור בהודעתו השנייה של חמודי, ולקבוע כי המערער השמיע כלפי המנוח את האיום המיוחס לו. מדובר בממצא מהימנות מובהק, שנשען על התרשמותו של בית המשפט המחוזי מן העדויות שנשמעו בפניו. בכך יש יתרון מובנה לערכאה הדיונית על פני ערכאת הערעור, משום שרק הראשונה ראתה את העדים והתרשמה מהם ישירות. אין תימה, אפוא, כי כלל מושרש הוא בפסיקתנו שאין זה דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים עובדתיים של הערכאה הדיונית. זאת למעט מקרים חריגים, שאין זה אחד מהם. על כן אינני מתערב בקביעה כי, במהלך הקטטה במסעדה, השמיע המערער כלפי המנוח את האיום "היום אני ארצח אותך". משמעות ממצא זה תידון בהמשך.

ב. עדותו של סבאח ג'ורג'י (דוד המנוח)

8. על פי גרסת התביעה, שלא התקבלה במלואה על ידי בית המשפט, סבאח צעד עם המנוח ברחוב ועמד לצדו כאשר המערער, מימוני וגילי התנפלו עליו, הכו אותו ודקרו אותו למוות. סבאח זיהה את שלושת התוקפים, ואף ראה את המערער נדקר בעינו במהלך התגרה ברחוב. מובן כי עדותו של סבאח מהווה נדבך מרכזי במסכת הראיות של התביעה, כמו גם בהכרעת דינו של בית המשפט קמא. היא קושרת ישירות את המערער לביצוע העבירה. תחילה נתייחס לקושי, שאינו היחיד, אשר נובע מכך שסבאח מסר שלוש גרסאות, בכל הנוגע למקרה שלפנינו:

הגרסה הראשונה נמסרה סמוך לאחר הרצח, אז שוחח סבאח עם אחיו סמי (אבי המנוח) ולאחר מכן עם ידידתו יהודית. סבאח סיפר לשני אלו, בשינויים קלים, כי שהה יחד עם המנוח מרגע הקטטה במסעדה ועד לרגע הדקירה, ראה את הרצח וזיהה את שלושת התוקפים. זוהי הגרסה המפלילה ביותר, מנקודת מבטו של המערער, ואותה אימץ בית המשפט קמא בהכרעתו כמעט באופן מלא.

הגרסה השנייה נמסרה במשטרה. לפי גרסה זו, סבאח נפרד מן המנוח לאחר צאתם מן המסעדה וחזר לביתו. כאשר עמד סמוך לביתו הוא שמע צעקות, ואז יצא וראה את המנוח בא בריצה לעברו. כאשר שאל את המנוח מה קרה – המנוח לא השיב לו, והמשיך בדרכו. זוהי הגרסה המקלה ביותר, מנקודת מבטו של המערער, שכן היא איננה קושרת אותו כלל לאירוע הדקירה.

הגרסה השלישית נמסרה במהלך רענון הזיכרון שנערך לסבאח בפרקליטות, כמו גם במהלך עדותו בבית המשפט. במסגרת גרסה זו חזר סבאח על כך שהוא נפרד מן המנוח לאחר צאתם מן המסעדה וחזר לביתו. עד כאן יש דמיון לגרסה השנייה. ברם, בשונה מן הגרסה השנייה, כאן סיפר סבאח ששמע את הצעקות מביתו וראה שלושה אנשים תוקפים אחד, אך לא זיהה את התוקפים ולא ראה סכינים או דם. בגרסה זו טמון פוטנציאל מפליל רב יותר מאשר הגרסה השנייה, שהרי כאן סבאח מעיד שראה – ולו ממרחק – את תקיפת המנוח (גם אם לא ראה סכינים או דם). לעומת זאת, בשונה מן הגרסה הראשונה, אין כאן הפללה ישירה ומפורטת של המערער וחבריו על בסיס זיהוים.

הדיון באשר לעדותו של סבאח מורכב משלוש שאלות, אשר בנויות זו על גבי זו: ראשית, האם הגרסה הראשונה שנמסרה מפי סמי ויהודית היא קבילה, או שמא מדובר בעדות על פי השמועה שהינה פסולה. זו שאלה משפטית צרופה בדיני הראיות. שנית, בהנחה שהגרסה הראשונה קבילה, איזו מבין שלוש הגרסאות היא המהימנה ביותר. זו שאלת מהימנות. שלישית, מהם המסקנות שיש להסיק מן הגרסה שתאומן. בשלב זה נדון בשתי השאלות הראשונות – השאלה המשפטית ושאלת המהימנות, וזאת על מנת להשלים את קביעת המסקנת העובדתית. בהמשך נדון גם בשאלה השלישית, וזאת כחלק מן הדיון במסקנות שיש להסיק מן התשתית העובדתית.

ב(1). עדויותיהם של סמי ויהודית - השאלה המשפטית

9. גרסתו הראשונה של סבאח נמסרה מפי סמי ויהודית. סמי העיד ששוחח עם סבאח בסביבות השעה 00:40. סבאח סיפר לו ששהה יחד עם המנוח כאשר המערער, גילי ומימוני קפצו עליו (היינו על המנוח) עם סכינים. למנוח לא הייתה סכין. סבאח ניסה להפריד בין המנוח לבין שלושת התוקפים, אך ספג בעצמו מכות קשות. עדותו של סמי מתועדת במזכר שנכתב בליל הרצח על ידי חוקר המשטרה קרבצוב שתשאל את סמי, וסמי חזר עליה בשינויים קלים במהלך עדותו במשפט. יהודית העידה כי נפגשה עם סבאח בליל הרצח, בסמוך לשעה 1:00, ובאותו מעמד סיפר לה סבאח כי שהה עם המנוח בזמן הדקירות. סבאח סיפר כי היו שם שלושה תוקפים מצוידים בסכינים, ושהמנוח "יצא גבר" כי הצליח לקחת את הסכין של אחד התוקפים ולחתוך לאחד מהם את העין.

לכאורה עדויותיהם של סמי ויהודית הן עדויות מפי השמועה: השניים מעידים על דברים שאמר להם סבאח. ברם, נותרה השאלה המשפטית: האם ניתן להכשיר את העדויות מכוח אחד מן החריגים הקבועים בחוק ל"כלל השמיעה".

לשיטת התביעה, שאומצה על ידי בית המשפט המחוזי, העדויות נכנסות בגדרי סעיף 9 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, אשר מהווה חריג לכלל האוסר על עדות על פי השמועה. הסעיף קובע כי:

עדות על אמרה שנאמרה בשעה שנעשה, לפי הטענה, מעשה עבירה, או בסמוך לפניו או לאחריו, והאמרה נוגעת במישרין לעובדה השייכת לעניין, תהא קבילה אם אמר אותה אדם שהוא עצמו עד במשפט.

לגישת התביעה, אמרותיו של סבאח לסמי וליהודית עונות על דרישות הסעיף: הן נמסרו בסמוך לאחר ביצוע העבירה – פחות מ-7שלוש שעות לאחר הדקירה, כאשר סבאח עדיין היה שרוי תחת רושם האירוע. האמרות נוגעות במישרין לעבירה, כמובן, והן נאמרו על ידי אדם (סבאח) שהוא עצמו עד במשפט. על פי קו זה, העדויות בדבר הגרסה הראשונה – קבילות.

הסנגוריה חלוקה על עמדת התביעה, וסבורה כי שתי העדויות אינן עומדות בדרישות סעיף 9, ומשכך – אינן קבילות. לשיטתה, על מנת לעמוד בדרישות הסעיף יש להוכיח ספונטאניות של האמרה, כמו גם סמיכות זמנים ממשית בינה לבין מעשה העבירה. אולם בענייננו לא התקיימה דרישת הספונטאניות: האמרה המפלילה נמסרה לסמי ויהודית רק לאחר שסבאח פגש את אילנה שבתאי (שכנתו) ואת בתו רונית, ואף נפגש עם סמי ברחוב לכמה רגעים. בשלושת המפגשים הללו לא מסר סבאח דבר על דקירתו של המנוח בידי המערער ובני חבורתו. בנוסף אין סמיכות זמנים, שהרי חלפו כשלוש שעות בין מועד הדקירה לבין מועד מסירת האמרות לסמי וליהודית.

בית המשפט המחוזי קיבל את עמדת התביעה בסוגיה זו. נקבע כי אמנם סבאח לא סיפר לשכנתו אילנה, לבתו רונית ולאחיו סמי (במפגשם הראשון) כי ראה את תקיפת המנוח, אך ניתנו לכך שני הסברים משכנעים: ראשית, באותה עת לא ידע סבאח את דבר מותו של המנוח. כאמור, המנוח לא נהרג במקום מן הדקירה בליבו, ואף צעד כברת דרך ארוכה קודם שהתמוטט. שנית, סבאח חש רגשות אשמה על כך שלא עשה דבר כדי לחלץ את המנוח מידי תוקפיו, או למצער כדי לסייע לו לאחר שנדקר בליבו. בנוסף, נקבע כי מסגרת הזמנים שבה נמסרו אמרותיו של סבאח לסמי וליהודית מקיימת

את דרישת סמיכות הזמנים. לפיכך נקבע כי הן עדותו של סמי והן עדותה של יהודית כשרות מכוח סעיף 9.

10. יצוין כי במסגרת הערעור שלפנינו מתעוררת שאלה נוספת, מקדמית באופייה: התביעה גורסת כי בעת שנשמעו עדויותיהם של סמי ויהודית בבית המשפט קמא לא הביע בא כוח המערער את התנגדותו, וממילא הוא מנוע כעת בשלב הערעור מלטעון נגד קבילותן. עמדת הסנגוריה, לעומת זאת, הינה שאמנם לא הושמעה התנגדות פורמאלית בפתח העדויות, אבל הצדדים התייחסו לסוגיית הקבילות בסיכומיהם בפני בית המשפט קמא, ואף בית המשפט קמא נדרש לסוגיה זו, כאמור.

דעתי היא כי הסנגוריה רשאית לטעון בפני בית משפט זה כנגד קבילות הראיות. ככלל, צד המתנגד לחלק מסוים בעדותו של פלוני – ראוי שיעלה את התנגדותו באופן מפורש כבר בהזדמנות הראשונה, עוד לפני שאותו פלוני יעיד על כך. העדר התנגדות במועד עשוי להתפרש כהסכמה (השוו יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים 1600-1601 (2009)). לפיכך, בענייננו, מן הראוי היה שהסנגוריה תצהיר על התנגדותה בשלב שבו סמי ויהודית נשאלו על מה שאמר להם סבאח. ואולם, אין חולק כי שאלת קבילות הראיות זכתה להתייחסות בסיכומי התביעה ובסיכומי הסנגוריה בפני בית משפט קמא, ובפרט זכתה להתייחסות בהכרעת דינו של בית משפט קמא. אין זה ראוי, אפוא, לטעון כי הסנגוריה הסכימה לקבלת עדויותיהם של סמי ויהודית. אף ניתן להפוך את החץ מצד לצד: אם עמדת הצדדים היא הקובעת, הרי משהתייחסה התביעה לכך שמדובר בעדות על פי השמועה אשר חל לגביה סעיף 9, ולא העלתה בסיכומיה את הטענה שהסנגור לא התנגד במהלך העדות – היא מנועה מלטעון זאת עתה בשלב הערעור. בנסיבות העניין, נדמה כי יפה נהגה התביעה בבית המשפט קמא כאשר הציגה עמדה לפיה קבילות האמרות תיבחן לגופה. כך או כך, לא קמה במקרה דנא מניעה דיונית, שתחסום בפני הסנגוריה את האפשרות לטעון כנגד קבילות הראיות.

לאחר שהסרנו מן הדרך את המכשול המקדמי, יש לדון בטענה לגופה.

11. בדיני ראיות, כלל יסוד הוא שעדות על פי השמועה איננה קבילה. ברם, סעיף 9 לפקודת הראיות - בו מתמקד הדיון שלפנינו - מהווה חריג לכלל זה. הסעיף מאפשר לקבל עדות על פי השמועה על אמרה שנמסרה במהלך ביצוע העבירה, או בסמוך לה. הרעיון שאוב בחלקו מתוך דוקטרינה ותיקה במשפט המקובל, שכינויה "רס ג'סטטה"

Fraser Davidson, *Res Gestae in the* ; על שורשיה של הדוקטרינה ראו למשל: *Res Gestae* (Law of Evidence, 11 EDINBURGH L. REV. 379 (2007)).

לשון החוק מלמדת, שעל מנת לבוא בשעריו של סעיף 9 – יש להוכיח התקיימות שלושה תנאים: עיתוי, תוכן וזהות. תנאי העיתוי – משמעו שהאמרה נאמרה בשעת העבירה או בסמוך לכך. תנאי התוכן – משמעו שהאמרה נוגעת במישרין לעובדה השייכת לעבירה. תנאי הזהות – משמעו שאומר האמרה הוא עד במשפט (ראו ע"פ 4115/08 גלעד נ' מדינת ישראל, פסקה 2 לפסק הדין שניתן על ידי (24.1.2011)).

מתקיימים בענייננו שני התנאים האחרונים: אמרתו של סבאח נוגעות במישרין לדקירתו של המנוח למוות (תנאי התוכן), וסבאח עצמו הוא עד במשפט (תנאי הזהות). מעבר לענייננו יצוין כי ישנה פסיקה שמוותרת על חובת עדותו של מוסר האמרה (ראו למשל ע"פ 7293/97 עאמר נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5), 460, 469 (1998)). המחלוקת בין הצדדים מתמקדת בתנאי הראשון, הוא תנאי העיתוי. התביעה סבורה כי תנאי זה התקיים - ועל כן עדויותיהם של סמי ויהודית קבילות, בעוד שהסנגוריה סבורה כי תנאי זה לא התקיים - ועל כן העדויות אינן קבילות.

בין מעשה הדקירה עצמו לבין מועד מסירת האמרות על ידי סבאח קיים פער זמנים של מעל לשעתיים אך פחות משלוש שעות. נוסף על כן, במובן מסוים נותק רצף ההתרחשויות: אמנם לאחר הדקירה סבאח ישב במשך כשעתיים בכניסה לבית "עד שנרגע". ברם לאחר מכן, ולפני מתן האמרה, הוא נסע לתל אביב ושוחח עם אנשים שונים. מהעבר האחר, ניתן לטעון כי אמרתו של סבאח נמסרו כאשר הוא עדיין היה שרוי תחת רושם האירוע וסמוך לאחר שנודע לו על מות המנוח. האם עובדות אלו מלמדות כי תנאי העיתוי של סעיף 9 - התקיים? האם האמרות נמסרו "בסמוך לאחר מעשה העבירה", כדרישת החוק? אין בלשון החוק תשובה מפורשת לשאלה זו, משום שהמונח "בסמוך" לפני או אחרי המעשה הפלילי – איננו מוגדר או מכומת. כדי להשיב על כך נכון יהיה להרחיב, תחילה, את הדיון על סעיף 9 ועל תנאי העיתוי במישור העקרוני, ולאחר מכן להציג את המסקנות הרלבנטיות למקרה זה.

12. מה מרחב הסמיכות הנדרש בסעיף 9 לפקודת הראיות? מקובלת עלי העמדה שהוצגה בעניין פלוני: "ככלל הדרישה לסמיכות בין מועד ביצוע העבירה למועד מתן האמרה, לפי סעיף 9 לפקודת הראיות, צריכה להתפרש בדווקנות ובצמצום, דווקא משום היותה חריג לכלל האוסר עדות מפי השמועה" (ע"פ 1645/08 פלוני נ' מדינת

ישראל (3.9.2009)). הצמצום ייתן את אותותיו בדרישת הזמן המוגבלת מאוד, ובנוסף

- ברגישות לרציונאל שעומד מאחורי סעיף 9. כפי שנקבע בעניין גלעד:

הרציונל העומד מאחורי דרישה זו בעל שני ממדים: האחד הוא הספונטניות והאותנטיות של האמרה. השני, עיתוי האמרה מעמיד אותה כחלק מהאירוע המהווה את מעשה העבירה. ההנחה היא שאמרה שנמסרה במהלך העבירה טומנת בחובה אותות אמת, בשונה מהעדות ה"רגילה" מפי השמועה. המחוקק והפסיקה, תוך מודעות לחריג בעניין, צמצמו את המונח "בסמוך לביצוע העבירה". האמרה חייבת להימסר במהלך ביצוע העבירה ממש. דוגמא לגישת הפרשנות המצמצמת של בית משפט זה מופיעה בעניין פיטוסי (ע"פ 171/81 פיטוסי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 9 (1981)). כך כתב השופט כהן: "ספק רב הוא בעיני, אם ניתן להכשיר דרך סעיף זה דברים, שאמר עד לאיש משטרה שחקר אותו אחרי המקרה, גם אם חקירה זו היתה בסמוך לאחר מעשה העבירה. קשה לי גם להסכים... שתשובת המתלונן לחוקר... שניתנה כשעה אחרי המקרה יכולה להתקבל כראיה לפי הלכות 'רס גסטה'. גם לפי ההלכות שהרחיבו את החריג הזה בדיני הראיות (שם, עמוד 15)" (והשוו לעמדת הנשיא א' גרוניס שהדגיש אף הוא את מרכיב סמיכות הזמן).

דרישת הזמן הדווקנית, אף אם היא מתקיימת, אין בה בהכרח להוכיח כי האמרה מהווה "אמרת עד בעת ביצוע העבירה", ככותרתו של סעיף 9. בעניין פיטוסי נדונה אמרה של מתלונן שנמסרה לשוטר כשעה לאחר מעשה העבירה. נפסק, כי על אף שבעת מסירת האמרה היה המתלונן תחת השפעת האירוע (והדבר ניכר מתוך התרגשותו) – אין לקבל את אמרתו. זאת משום שהיא נמסרה בתגובה לשאלות יזומות של השוטר, ומפני שהמתלונן שוחח לפני כן עם אדם אחר על פרטים הנוגעים למעשה העבירה (השוו עניין פלוני).

13. מעניין להשוות את הדברים למשפט האמריקאי. מדינות רבות בארצות הברית מכירות במגוון של חריגים לכלל הפוסל עדות על פי השמועה, בהתאם למסורת המשפט המקובל. סוגיה עקרונית מתעוררת ביחס לחריג האמור לנוכח זכות החקירה הנגדית, שמעוגנת בתיקון השישי לחוקת ארצות הברית ומכונה "זכות העימות" (התיקון מכונה: Confrontation Clause). על פי תיקון זה, לנאשם יש זכות "להתעמת עם מי שמעידים נגדו" (to be confronted with the witnesses against him). לנוכח מעמדה הרם של החוקה – יש להתמודד עם הטענה לפיה מדינה איננה יכולה להתיר ולו חריג אחד לכלל האוסר עדות על פי השמועה, שכן כל היתר כזה סותר את זכות החקירה הנגדית. על מנת להימנע מקושי זה נקבע בעניין *Roberts* כי זכות החקירה הנגדית איננה מגבילה את קיומם של החריגים המסורתיים במשפט המדינתי (Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980)). דא עקא, פסיקה זו התהפכה במאה ושמונים מעלות במסגרת עניין *Crawford*, שם נקבע כי דיני הראיות המדינתיים כפופים לזכות החקירה

הנגדית (Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004)). משמעות הדברים הייתה איסור גורף על קבלת עדויות שמיעה.

שביל הביניים נמצא כעבור זמן קצר בעניין *Davis* (Davis v. Washington,) (2006) 547 U.S. 813. נפסק שם כי יש להבחין בין אמרה "עדותית" (testimonial), לבין אמרה שאיננה "עדותית" (non-testimonial); וראו: Richard D. Friedman, (2007) 15 J. L. & POL'Y 553, *Crawford, Davis, and Way Beyond*. אגב, הבחנה בעלת מאפיינים אנליטיים דומים מופיעה גם במשפט העברי, כפי שיובהר. מכל מקום, על פי האמור בעניין *Davis*, אמרה שאיננה "עדותית" – מטרתה העיקרית היא לסייע למשטרה לטפל במצב חירום בעת התרחשותו. נניח ששוטר רודף אחרי פלוני, אשר נחשד כי שדד לפני מספר רגעים בנק. תוך כדי מרדף נתקל השוטר בעובר אורח, ודולה ממנו פרטים חשובים אודות מראהו החיצוני של החשוד וכיוון מנוסתו, על מנת שיוכל להמשיך במרדף. אמרות אלו אינן "עדותיות", במובן זה שהן נאמרו תוך כדי מרדף במטרה ללכוד פושע שנמלט ממש באותם רגעים. אין זו גביית עדות בתחנה, אלא קבלת עדות תוך כדי פעילות אחרת במצב חירום. אמרה מעין זו איננה כפופה לזכות החקירה הנגדית, והיא תהיה קבילה אם היא תואמת את אחד החריגים הסטנדרטיים לכלל הפוסל עדויות שמיעה. לעומתה, אמרה "עדותית" – כפופה, כמו כל עדות, לזכות החקירה הנגדית. משכך, כלל לא ניתן להכשירה בדרך של עדות על פי השמועה, ויש להביא את בעל האמרה לבית המשפט. יצוין כי פסק דין *Davis* נאמר בהקשר של אמרת עד באוזני שוטר. עם זאת, פסקי דין מאוחרים יותר החילו את עניין *Davis* - ואת ההבחנה שנעשתה בו בין אמרה שאיננה "עדותית" לבין אמרה "עדותית" - גם על אמרות שנמסרו, בין היתר, לעובד סיוע של מרכז לנפגעי עבירה או לחבר הצוות הרפואי (ראו: *State v. Blue*, (2006) 127 P.3d 916 (Colorado); *People v. Vigil*, (2006) 717 N.W.2d 558 (N.D.)). זאת בנוסף לאמרת אגב (casual remark) שנמסרה לאחר, שאיננו נושא משרה, במהלך האירוע (Marc McAllister, *Evading Confrontation: From One Amorphous Standard to Another*, 35 SEATTLE U. L. (REV. 473 (2012)).

פסק הדין בעניין *Davis* לא הבהיר כיצד ניתן לבדוק האם מטרת האמרה הייתה לטפל במצב חירום. פיתרון מסוים לסוגיה זו ניתן לאחרונה במסגרת עניין *Bryant* (2011) 131 S. Ct. 1143, *Michigan v. Bryant*). בפסק דין זה נקבעו מספר

פרמטרים רלבנטיים לקביעת אופייה של האמרה, ובהם מצבו הרפואי של מוסר האמרה, זהות השומע (בעל מרות), מקום מסירת האמרה (קרבה לזירת הפשע), ואופי המפגש בין מוסר האמרה לבין השומע (עוד על זכות החקירה הנגדית ויחסה לכללי הרס ג'סטו ראו: Jeffrey L. Fisher, *What Happens – and What is Happening – to the Confrontation Clause?*, 15 J. L. & POL'Y 587 (2007)).

14. גם בדיני הראיות של המשפט העברי התפתחו מספר גישות מעניינות, שהציעו להכשיר עדויות פסולות בין היתר בשל קיומו של רכיב הספונטאניות. ניתן לראות דוגמה לכך בדיני עגונות, שם – ככלל – ישנה נכונות רבה של פוסקי ההלכה להגמיש את דיני הראיות הפורמאליים, ולקבל עדויות שבהקשרים אחרים היו נפסלות (ראו ניל הנדל "עגונות מגדלי התאומים" גיליונות לפרשת השבוע 136 (2003)).

המונח ההלכתי הרלבנטי הוא "מסיח לפי תומו". בפשטות, מונח זה מתאר אדם אשר איננו מוסר עדות פורמאלית בפני בעל מרות, אלא מנהל שיחת חולין סטנדרטית ואגב כך מוסר פרטים חשובים. במובן זה – המונח ההלכתי "מסיח לפי תומו" קרוב למונח המשפטי המודרני "ספונטאניות". לעיתים הכירה ההלכה באפשרות להכשיר עדותו של אדם, גם אם יש בה פגמים שאמורים היו להביא לפסילתה, וזאת משום שהעדות נאמרה באופן ספונטאני - "כמסיח לפי תומו". אציין כאן שלושה הקשרים בהם נעשה שימוש כזה ברכיב הספונטאניות, ומתוך כך נלמד גם על טיבה של אותה ספונטאניות.

דעת הרמב"ם היא שניתן להתיר עגונה על בסיס אמרת כל אדם המסיח לפי תומו. כדי להבין את העניין, יצוין שגם מפני שדיני הנישואין והגירושין נחשבים במשפט העברי לחלק מהדין הדתי – הכלל הוא כי עד לאירוע כזה יהא יהודי. כך גם במצב של פקיעת נישואין. כדי להתיר את העגונה, נקבע כי ניתן לסמוך על עד שאיננו יהודי בתנאי שהוא מסיח לפי תומו. כיצד ניתן לדעת זאת? יש לעיין בתוכן האמרה, ולבחון האם עולה ממנה כוונה להעיד: "היה הגוי משיח ואומר 'אוי לפלוני שמת, כמה היה נאה וכמה טובה עשה עמי', או שהיה משיח ואומר 'כשהייתי בא בדרך נפל פלוני שהיה מהלך עמנו ומת ותמהנו לדבר זה כיצד מת פתאום', וכיוצא בדברים האלו שהן מראין שאין כוונתו להעיד - הרי זה נאמן" (משנה תורה, גירושין יג, יא). כלומר, אם

מתוכן האמרה אנו למדים שהעד מסר את הפרטים החשובים אגב פרטים אחרים – ניתן להסיק שהדברים נאמרו במסגרת שיחת חולין, היינו "כמסיח לפי תומו". גישת הרמב"ם דומה, מבחינה קונספטואלית, להבחנה שהוצגה לעיל במשפט האמריקאי בין אמרה "עדותית" לבין אמרה שאיננה "עדותית": בדומה לרמב"ם, אף המשפט האמריקאי ממקד את הדיון בשאלה האם לאמרה יש סממנים של עדות.

היבט נוסף של הספונטאניות נלמד מן המשנה ביבמות (בבלי, יבמות קכב, א): קבוצת יהודים ירדה לעיר צוער. אחד מהם נפל למשכב, ואושפז בפונדק שהיה בבעלות אישה שאיננה יהודיה. כאשר חזרו חבריו לעת ערב לפונדק – לא מצאוהו. שאלו את בעלת הפונדק "איה חברנו?", והיא השיבה להם "מת וקברתיו". הדין הוא כי אשתו של אותו נעדר מותרת להתחתן בשנית, וזאת על אף שבעלת הפונדק איננה יהודיה. הכשרת העדות, חרף פגמים אלו, מבוססת על היותה ספונטאנית במובהק. כך מבארת הגמרא (כאן בתרגום חופשי): "מסיחה לפי תומה הייתה... ראוה שהיא בוכייה, ולפיכך שאלו 'איה חברנו' והשיבה להם 'מת וקברתיו'". מידת הספונטאניות נלמדת מתוך התרגשותה הנכרת של העדה, אשר הייתה עדיין תחת השפעת האירוע הטראומטי ("ראוה שהיא בוכייה").

היבט אחר הובא בתשובת ר' אהרון בן יוסף ששון, מחכמי טורקיה במאה ה-17 (שו"ת תורת אמת, סימן ח). באותו עניין סיפר עד פלוני על אוניה שטבעה, ואגב דבריו גם סיפר שראובן היה בין אלו שעלו על הספינה וטבעו יחד עימה. בעל השו"ת מסביר שם כי העדות, בסופו של דבר, קבילה, משום ש"מדברי השואל לא נראה ששאל על זה [על גורלו של ראובן הנעדר] כלל". כלומר, העד לא נשאל באופן מפורש על יושבי הספינה, אלא נידב מיוזמתו את המידע אודות מותו של ראובן. זהו רכיב מובהק של ספונטאניות, שהיה בו כדי להטות את הכף לטובת קבלת עדות השמיעה.

השאלה המשותפת, שבה ניתן לפנות לכל אחת משלוש השיטות המשפטיות, היא: מדוע הותר החרגי. בצורה ממוקדת יותר, יש לנסות ולהבין מה המאפיין של סעיף 9 לפקודת הראיות במשפט הישראלי, אמרה שאיננה "עדותית" (non-testimonial) בשיטה האמריקאית, או "מסיח לפי תומו" במשפט העברי, שבכוחו לגבור על הכלל הפוסל עדות מפי השמועה. נדמה כי התשובה היא, ונתרכז כמובן בסעיף 9, שיש בתנאי

כדי להגביר בצורה ממשית את הסיכוי שהאמרה מהימנה. על כן קטן הנזק שנגרם מאי-חשיפת העד למשל לחקירה נגדית, לעומת התועלת שיש בקבלת אמרה בעלת מאפיינים כאלה כראיה במשפט. על רקע זה, נבחן האם התקיים תנאי העיתוי במקרנו.

15. במישור העקרוני, לאחר מילוי תנאי התוכן ותנאי הזהות, המבחן העליון להתקיימותו של תנאי העיתוי הוא סמיכות הזמן: האם האמרה נמסרה בסמוך לאחר העבירה, כלשון הסעיף. תנאי העיתוי, והגישה המצמצמת לפרשנות סעיף 9, מחייבים הענקת משקל רב עד מכריע לכך שלא מדובר בסמיכות זמן ממשית. ואולם כדי לבחון את מקרי הגבול, ניתן להיעזר בשלושה מבחני עזר. ודוק: לא מדובר באיזון ביניהם. משחלף זמן מסוים, די בכך כדי לפסול את האמרה משום שהיא איננה "בשעה שנעשה, לפי הטענה, מעשה עבירה, או בסמוך לפניו או לאחריו".

מבחני העזר הם שלושה. במסגרת מבחן-העזר הראשון, סמיכות המקום, נבחן היכן נמסרה האמרה. ככל שמקום מסירתה קרוב יותר לזירת ביצוע העבירה, כך מתחזקת הנטייה לקבל את העדות. ויובהר כי סמיכות המקום איננה עניין של מרחק גרידא. למשל, יש הבדל אם מוסר האמרה נסע למקום אחר שאיננו קשור למקרה, לבין נסיעה למקום קשור כמו בית חולים (השוו: עניין פלוני). במסגרת מבחן-העזר השני, הסמיכות העניינית, נבחן האם ישנה זיקה מהותית בין אירוע העבירה לבין מסירת האמרה, כך ששניהם נמצאים על רצף אירועים אחד: האם מצבו הפיזי או הנפשי של מוסר האמרה מושפע, באופן ישיר ומשמעותי, מאירוע העבירה? האם ישנם אירועים שקטעו במובהק את הזיקה בין אירוע העבירה לבין מסירת האמרה? במסגרת מבחן-העזר השלישי, האינטראקציה בין מוסר האמרה לבין השומע, נבחן את טיבו של המפגש בין השניים. האם האמרה נשאה אופי של עדות, שתכליתה ללכוד אשמים ולהביאם לדין? האם מתקיימים בין בעל האמרה לבין השומע יחסי מרות? האם היה כאן תשואל פורמאלי מטעם איש אכיפה? האם השומע תחקר את מוסר האמרה, או שנתן לו לדבר בחופשיות?

שלושת מבחני-העזר הללו יכולים לסייע במצבים בהם סמיכות הזמנים הינה לכל היותר גבולית, על מנת לאפשר לבית המשפט לקבוע האם האמרה נמסרה "בסמוך לאחר העבירה". זאת תוך הגשמת שני הרציונאלים שבבסיסו של תנאי העיתוי:

הספונטאניות של האמרה שנמסרה בסמוך לביצוע העבירה, והיות האמרה חלק מן האירוע המהווה את מעשה העבירה.

16. ומן הכלל אל הפרט. במקרה שלפנינו, אמרתיו של סבאח נמסרו יותר משעתיים אך פחות משלוש שעות לאחר דקירת המנוח בליבו. לשם הדיוק, האמרה ליהודית נמסרה זמן קצר אחרי האמרה לסמי. השוני איננו מהותי, משום שהתוכן הרלבנטי בשתי האמרות הינו דומה עד מאוד ואף מפורט יותר באמרה הראשונה לסמי. בעניין פלוני צוין שנוצר קושי משמעותי ביחס לפער הזמנים שבין 30 ל-60 דקות, בין המעשה העבירה לבין מתן האמרה. אולם זאת תוך השוואה לעניין פיטוסי, שם נראה כי מוסכם היה שהשעה שחלפה בין האירוע לבין האמרה לא נופלת מחוץ לגדר הסמיכות. האמרה שם נפסלה משום שהיא נמסרה לאיש מרות (שוטר). לדעתי, אין מקום לשלול מראש את האפשרות שבכל מקרה אמרה אשר נמסרה בין שעתיים לשלוש לאחר המעשה איננה עומדת במבחן העיתוי. גם אם פרק זמן כזה מתקרב לגבול, אינני סבור שהוא בהכרח עובר אותו. אם במקרי גבול עסקינן, מבחני העזר תומכים במבט ראשון בעמדת הסנגוריה. לאחר שמוסר האמרה – סבאח – ישב ליד ביתו כשעתיים הוא נסע לתל אביב. נקודה זו מצביעה על שבר ברצף. לכך יש להוסיף שמיד לאחר האירוע הוא דיבר עם מספר אנשים, ולא זיהה בפניהם את שלושת התוקפים. עם זאת, נכנס לתמונה רכיב חדש: בדרך הנסיעה לתל אביב נודע לסבאח שאחיינו נפטר מפצעיו. תוך זמן קצר – פחות משעה – הוא מסר את האמרה המפלילה.

הזהירות מתבקשת. אכן, קבלת מידע לפיו הנפגע מן האלימות נפטר, ומסירת אמרה על ידי עד שאחר כך מוגשת בגדר עדות על פי השמועה – איננה כשלעצמה מכשירה את העדות לפי סעיף 9. טול מקרה בו הנפגע מת מפצעיו אחרי חצי שנה, או אפילו אחרי שבועיים. הגם שאמרה באותו שלב נראית אמינה יותר, השאלה איננה של משקל אלא של קבילות. כדי לעמוד בתנאי סעיף 9 – נדרשת סמיכות למעשה הפלילי, ולא לתוצאה של המעשה הפלילי. ברם מצבנו שונה. הסיבה לכך היא שהמידע לגבי התוצאה הקטלנית נמסר לסבאח תוך זמן שהוא גבולי – כשעתיים, ואמרתו הראשונה של סבאח נמסרה זמן קצר לאחר מכן – פחות משעה. החשוב הוא שהזמן הכולל – יותר משעתיים אך פחות משלוש – עדיין מהווה זמן גבולי ביחס למעשה העבירה. אם כך הוא המצב, דעתי היא כי ניתן להכשיר את קבלת האמרות. הטעם לדבר הוא, שמבחינה כרונולוגית קיימת סמיכות זמנים, ומבחינת הרציונאלים של סעיף 9 ומבחינה

העזר – הכף נוטה למסקנה שמדובר באמרה ספונטאנית שמהווה המשך של האירוע, ומאופיינת על פני הדברים ולכאורה באמינות.

בראייה של מבחני העזר, יודגש שמן החומר עולה כי סבאח היה תחת השפעת אירוע הדקירה, שהלוא אמרתיו נמסרו זמן קצר לאחר שהתבשר על מות אחיינו כתוצאה מאירוע לו היה סבאח עד, ובמהלכו אף ספג בעצמו מכות. באשר לאינטראקציה עם השומע, ברי כי המפגש עם יהודית ועם סמי לא היה בעל אופי של עדות. מדובר במפגש עם בן-משפחה קרוב, ולאחר מכן במפגש עם ידידה או שכנה. אין כאן תשואל פורמאלי בפני בעל מרות. נראה כי סמי שוחח עם השניים באופן חופשי, כמסיח לפי תומו, ולא כמשיב לתחקור פולשני.

לנוכח זאת, דעתי היא שגם תנאי העיתוי מתקיים. כאמור לעיל, שתי הדרישות האחרות של סעיף 9 – תנאי התוכן ותנאי הזהות – מתקיימות אף הן. לפיכך, צדק בית המשפט המחוזי כאשר קיבל את עדויותיהם של סמי ויהודית. התוצאה היא שעדויותיהם של השניים אודות אמרתיו של סבאח הן קבילות, מכוח סעיף 9 לפקודת הראיות. ואולם קבילות לחוד ומשקל לחוד.

ב(2). עדותו של סבאח – שאלת המהימנות

17. כאמור, סבאח מסר שלוש גרסאות. הגרסה הראשונה שנמסרה לסמי ויהודית קושרת ישירות את המערער לתקיפתו של המנוח. הגרסה השנייה שנמסרה למשטרה איננה יכולה ללמד אותנו דבר-מה משמעותי על חלקו של המערער בדקירה. הגרסה השלישית שנמסרה בפרקליטות ובבית המשפט עשויה להפיל את המערער, אולם באופן עקיף בלבד. עמדתי היא כי הגרסה הראשונה הינה קבילה, הגם שעסקינן במקרה גבולי.

הסנגוריה סמכה את ידיה על הגרסה השנייה, או למצער על הגרסה השלישית (אותה פירשה באופן שלא יפיל את המערער). כנגד הגרסה הראשונה העלתה הסנגוריה מספר טענות. ראשית, היא מבוססת על עדויות על פי השמועה שאינן קבילות. תשובה לכך ניתנה לעיל. שנית, עדותו של סמי איננה מהימנה, שכן בהודעה הראשונה שנגבתה ממנו בליל הרצח לא מוזכרת אמרתו של סבאח. שלישית, משקל עדותו של סמי פוחת משום שהחוקרים נמנעו מלעמת בינו לבין סבאח. רביעית, אמרתו

של סבאח סותרת ממצאים עובדתיים אחרים. כך, על פי האמרה - שלושת התוקפים דקרו את המנוח מכל הכיוונים, בעוד שבפועל אין אינדיקציה פתולוגית לכך שהייתה יותר מסכין אחת. בנוסף, על פי האמרה - המנוח הצליח לדקור את שלושת תוקפיו, אולם בפועל רק המערער נפצע בעינו ואילו גילי ומימוני לא נפצעו.

עמדת התביעה הייתה שיש לאמץ את הגרסה הראשונה, וכך גם קבע בית המשפט קמא (הכרעה, עמ' 71 ו-74-73). הוסבר כי שתי הגרסאות המאוחרות של סבאח – בהן הוא נמנע מלהפליל ישירות את המערער ברצח - נאמרו בצל חששו מפני נקמתם של המערער ומימוני. הסבר אחר לגרסאות אלו הוא נקיפות המצפון שחש סבאח כלפי אחיו סמי, אביו של המנוח. אמיתותה של הגרסה הראשונה מתחזקת משום שבמהלכה סיפר סבאח כיצד המנוח דקר את אחד מתוקפיו בעינו, וזאת עוד לפני שנודע שהנאשם נדקר סמוך לעינו. בית המשפט המחוזי היה ער לכך שבהודעה הראשונה של סמי לא מוזכרת אמרתו של סבאח, אולם העדיף על פניה את עדותו של סמי בבית המשפט ואת המזכר של החוקר קרבצוב, שם מפורטת האמרה ששמע סמי מסבאח. באשר לעימות בין סמי לסבאח, הוסבר כי החוקרים העדיפו בשעתו שלא "לטלטל" יותר מדי את סבאח – שהיה באותה עת עד תביעה פוטנציאלית. ביחס לסתירות שונות בין אמרתו של סבאח לבין הממצאים בשטח, בית המשפט הסביר שסבאח הגזים בתיאור הדברים כדי להצדיק מדוע לא יצא להגנתו של המנוח מפני תוקפיו.

בערעור שלפנינו טענה הסנגוריה כי אין מקום לומר שהגרסה השנייה נאמרה בצל חששו של סבאח מפני מימוני, שהרי סבאח עצמו הכחיש חשש כזה. כן טענה הסנגוריה שאין לייחס חשיבות לכך שאמרתו של סבאח כוללת את הפרט המוכמן של דקירת המערער בעינו, שהרי בזמן מסירת האמרה הייתה פציעתו של המערער ידועה. בנוסף, הסנגוריה טענה כי אמרתו של סבאח סותרת ממצאים עובדתיים אחרים שנקבעו בבית המשפט המחוזי. כך, על פי האמרה - המערער הוא זה ש"הכניס הכי הרבה" למנוח והיה "הכי אכזרי". בפועל, בית המשפט המחוזי נמנע מלקבוע כי המערער הוא שדקר את המנוח בליבו, וכתב כי החשד לדקירה מופנה יותר כלפי מימוני מאשר כלפי המערער (הכרעה, עמ' 146, 162, 171-172 ו-181). ביקורת נוספת של הסנגוריה הינה שעל פי עדויותיהם של סמי ויהודית - סבאח מצטייר כאדם אכזרי וקשה-לב, שרואה את אחיינו מותקף באלימות ונדקר בליבו - ובכל זאת בוחר לעזוב את המקום מבלי לעזור לאחיינו כלל.

אינני מוצא מקום להתערב בקביעת בית המשפט קמא, ובהחלטתו לתת אמון בגרסתו הראשונה של סבאח. בית המשפט המחוזי שקל היטב את שלל הגרסאות שמסר

סבאח, שכל אחת מהן מעוררת קשיים. לאחר עיון יסודי הגיע בית המשפט למסקנה כי יש לאמץ את הגרסה הראשונה, תוך שהוא מבאר את מקור ההבדלים בין הגרסאות והעדויות ואת השיקולים שהביאו אותו להחלטה זו. מדובר בקביעת מהימנות ברורה, שמבוססת על התרשמות בית המשפט מן העדויות השונות שהובאו בפניו. אין בטיעונים שהעלתה הסנגוריה בפנינו כדי לערער את ממצאי בית המשפט קמא. בהכרעת הדין שקל בית המשפט את הרקע הנפשי של סבאח עובר למתן הגרסאות השונות, ונתן הסבר משכנע לשינויים. בפרט, הסתירה כביכול בין אמרתו של סבאח לבין הממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט קמא, בכל הנוגע לחלקו של המערער בדקירת המנוח - איננה מצויה במרכז העדות שעליה הסתמך בית המשפט המחוזי. סבאח נכח בזירת האירוע כאשר המנוח הותקף, זיהה את שלושת התוקפים כשהם אוחזים בסכין או סכינים, וראה כיצד המנוח טרם מותו דוקר את המערער בעינו. משכך, אינני מוצא מקום להתערב בתוצאה אליה הגיע בית המשפט קמא בכל הנוגע לעדותו של סבאח.

עם זאת, הכלל בדבר אי-התערבות של ערכאת הערעור בממצאים העובדתיים של הערכאה המבררת – פועל בשני הכיוונים. נפסק שאין לקבל את גרסתו הראשונה של סבאח באופן מלא. הבחינה המקיפה של בית המשפט המחוזי היא זו שהביאה למסקנה האמורה. כפי שיש לקבל את הממצא שהמערער היה נוכח ועמד מול המנוח כאשר האחרון נדקר, כך יש לקבל את הממצא שלא הוא החזיק את הסכין ולא הוא דקר את המנוח. מסקנות אלו נטועות בראייה כוללת של כל חומר הראיות בתיק.

ג. ראיות חפציות

18. אלו הן הראיות החפציות אשר הוצגו בפני בית המשפט קמא: טיפות מדמם של המנוח ושל המערער בזירת הדקירה; כתם דם של המנוח על גב חולצתו של המערער; כתמי דם של המערער בתוך רכבו של מימוני; פציעות בגופו של המערער; ותוצאות הניתוח שלאחר המוות של גופת המנוח. לא התגלעו מחלוקות משפטיות אודות קבילותן של ראיות אלו, וזאת בשונה מן המצב ביחס לעדותו של סבאח. הויכוח התמקד במסקנות שיש להסיק מן הראיות החפציות. לשאלה זו אדרש בהמשך דבריי, כאשר אעבור לדון במסקנות העולות מן התשתית העובדתית בכללותה. בשלב זה אסתפק בפירוט הראיות החפציות, כפי שנקבעו בהכרעתו של בית המשפט קמא.

באשר לממצאי הדם בזירה - בליל הרצח הגיעו לזירה אנשי משטרה, תיעדו במצלמת סטילס ובמצלמת וידאו את טיפות הדם בזירה ונטלו דגימות דם. טיפת דם שנלקחה מאבן השפה של המדרכה נמצאה שייכת למערער, ויתר הטיפות נמצאו

שייכות למנוח. המרחק הקצר ביותר בין טיפת דמו של המערער לבין מקבץ טיפות הדם של המנוח הוא 16 מטרים (הכרעה, עמ' 88-87).

ביחס לממצאי הדם על בגדיו של המערער - במהלך חקירת המשטרה, קודם להגשת כתב האישום, נלקחו דגימות ממכנסיו ומנעליו של המערער. נמצאו כתמי דם מעל לברכיים ובאזור הישבן, וטיפות דם על הנעליים. כל דגימות הדם נמצאו שייכות למערער. בנוסף, במהלך המשפט נשלחה החולצה שלבש המערער בליל הרצח – עליה נמצאו כתמי דם – לבדיקת דנ"א. דגימת הדם בחלק האחורי העליון נמצאה שייכת למערער, והדגימה בחלק האחורי התחתון – למנוח.

באשר לכתמי הדם ברכבו של מימוני – נמצא כתם דם של המערער בצורת טיפה נוזלת על דופן הדלת הקדמית הימנית, וכתם דם נוסף של המערער על משענת היד המרופדת של אותה דלת. בנוסף נמצאו כתמי דם על ריפוד המושב שליד הנהג ברכב, אך הם לא נדגמו. יצוין כי רכבו של מימוני נתפס על ידי המשטרה רק שלושה ימים לאחר הרצח.

פציעותיו של המערער צוינו בדו"ח פעולה של השוטר ממן, אשר פגש את המערער בבית החולים בליל הרצח. בדוח מתוארים חתך עמוק ליד עין שמאל; שריטה בצוואר; סימני מכות על החזה; וסימני שפשוף ודם על ברך שמאל.

ניתוח שלאחר המוות – בפני בית המשפט קמא הוצגה חוות דעת פתולוגית ומכתב מטעמם של פרופ' היס וד"ר פורמן (האחרונה אף העידה במשפט). מעדויות אלו עולה כי המנוח נדקר דקירה אחת בליבו, ודקירה נוספת בצידו הימני של בית החזה. פצע הדקירה בלב היה קטן, באורך של פחות מסנטימטר ובעומק של כ-0.7 ס"מ, כך שהדימום היה פנימי ולא נגרם אבדן דם מהיר. כן נמצאו שני פצעי הגנה בזרועו הימנית, דימומים תת-עוריים, פצעי שפשוף וקרע בגבה.

ד. סיכום התשתית העובדתית

19. נסכם, אפוא, את התשתית העובדתית העולה עד כה, לאחר ההכרעה בשאלות המשפטיות ובשאלות המהימנות.

ביום 31.7.2006 ישבו המערער ומימוני במסעדת "שיפודי חן". סמוך לשעה 21:30 הגיע המנוח אל המסעדה, ניגש אל המערער וחיבט בראשו מאחור. התפתחה

תגרה אלימה במקום, והנוכחים הפרידו בין הניצים. במהלך הדברים אמר המערער למימוני "היום אני ארצח אותך", תוך שהוא מתכוון למנוח.

לאחר שהסתיימה הקטטה חזר מימוני למסעדה ונטל משם סכין לחיתוך בשר. בשעה 21:36 עזבו מימוני והמערער את המסעדה, נכנסו לרכבו של מימוני ונסעו מהמקום. בשלב כלשהו חבר אליהם גילי. בשעה 21:37 יצא המנוח עם סבאח מן המסעדה. דקות ספורות לאחר מכן פגשו המנוח וסבאח את השלושה – מימוני, המערער וגילי. השלושה התנפלו על המנוח ועל סבאח ותקפו אותם באלימות. במהלך התגרה דקר אחד מן השלושה – על פי קביעת בית המשפט המחוזי ככל הנראה היה זה מימוני, דהיינו לא המערער - את המנוח בליבו. באותו מעמד דקר המנוח את המערער סמוך לעינו השמאלית.

בשעה 21:45 התקשר המנוח לבית הוריו וסיפר להם שנדקר. אמבולנס שהגיע למקום הבהיל את המנוח לבית החולים תל השומר, שם נקבע מותו כתוצאה מפצע דקירה בליבו. במקביל הובא המערער על ידי גילי לבית החולים כשהוא סובל מחתך עמוק ליד עין שמאל ושריטה בצוואר, וכן מסימני מכות, שפשוף ודם בבית החזה, בידיים ובברך שמאל.

בנתיחה שלאחר המוות נמצאו על גופו של המנוח, נוסף על פצע הדקירה הקטלני בליבו, גם פצע דקירה בבית החזה ופצעי הגנה בזרוע הימנית. כמו כן, נמצאו כתמי דם של המנוח בזירת הדקירה, וכן כתמי של המערער על שפת מדרכה בסמוך. המרחק הקצר ביותר בין דמו של המערער לדמו של המנוח הוא 16 מטרים. בנוסף, נמצאו כתם דם של המנוח על גב חולצתו של המערער. ברכבו של מימוני נמצאו כתם דם של המערער על דופן הדלת הקדמית הימנית (זו שליד הנהג), וכתם דם נוסף של המערער על משענת היד המרופדת (הפנימית) של אותה דלת.

20. מחלוקת נרחבת ניטשה באשר למשמעותן של הראיות הִדְמִיּוֹת: כתמי הדם בזירה, על חולצתו של המערער וברכבו של מימוני.

הסנגוריה גרסה, הן במהלך הדיון בבית המשפט קמא והן בדיון בבית משפט זה, כי התזה שהציג המערער עולה בקנה אחד עם ממצאים אלה בעוד שתזת התביעה לא מתיישבת עימם. כך, באשר לכתמי הדם בזירה, המומחה הפורנזי מטעם הסנגוריה - מר תום בוול (Tom Bevel) - טען ש"אין די ראיות דְמִיּוֹת כדי למקם את הנאשם בזירת התקיפה" (הכרעה, בעמ' 82). בוול התייחס לשישה-עשר המטרים שמפרידים בין כתמי

הדם של המערער ושל המנוח בזירה, וקבע כי תזת התביעה "משאירה יותר מדי מרחק בלתי-מוסבר" בין הכתמים הללו. באשר לכתמי הדם ברכבו של מימוני, בוול טען כי ההסבר הטוב ביותר הוא שהמערער ישב ברכב כשנדקר, כגרסת הסנגוריה. מומחה אחר מטעם הסנגוריה, מר יהודה סוראסקי, הסיק אף הוא כי המערער נדקר בתנוחת ישיבה ברכב – כגרסת הסנגוריה. באשר לדם על חולצת המערער, בוול העיד כי בהעדר כתמי דם מרובים של המנוח על המערער ולהיפך – לא סביר שהם נאבקו, וכי לא ניתן להסיק דבר מהכתם הבודד על חולצת המערער. בנוסף מציינת הסנגוריה כי דגימות הדם שנלקחו מידי המערער בבית החולים הראו שאין עליו דם של המנוח. כמו כן, התעקשותו של המערער על בדיקת בגדיו היא ראייה לחפותו.

השקפת התביעה היא שונה. כתמי הדם בזירה, וכן כתמי הדם על חולצת המערער, מלמדים כי המערער היה בקרבת המנוח כשהאחרון נדקר בליבו והראשון נדקר בעינו. העדר "תערובת דמים" מובהקת בין דמו של המנוח לדמו של המערער - מוסבר בכך שפצע הדקירה בליבו של המנוח והחתכים בזרועותיו (פצעי הגנה) היו קטנים יחסית, והדימום התגבר רק כאשר המנוח החל להתרחק מהזירה בשארית כוחותיו. אף בוול העיד בחקירה הנגדית כי אין ראייה לכך שכתמי הדם של המערער נוצרו כשישב, וכי אין ביכולתו לשלול את גרסת התביעה - גם אם לדעתו אין זה ההסבר הטוב ביותר. באשר לכתמי הדם ברכב, אף סוראסקי – שנקרא להעיד מטעם הסנגוריה - אישר כי ניתן להסביר את קיומם גם לפי גרסת התביעה. כך גם באשר לבוול, אשר לא יכול היה לומר שהסבר התביעה הוא בלתי אפשרי.

באשר לפציעותיו של המערער, התביעה סבורה כי הן נגרמו במהלך האירוע שבו נדקר המנוח למוות. לשיטתה, הפציעות לא נגרמו למערער במהלך הקטטה במסעדה, וזאת בהסתמך על מצלמות האבטחה במקום. פציעות אלו מלמדות על כך שהמערער היה מעורב באירוע אלים שכלל דקירות סכין, וזאת עד כרבע שעה לאחר עזיבתו את המסעדה. לעומת זאת, גרסת הסנגוריה היא כי המערער נפצע בברכו כאשר נפל על המדרכה, לאחר שנדקר בעינו. פציעה זו, לשיטת הסנגוריה, איננה מתיישבת עם גרסת התביעה לפיה המערער כלל לא נפל לקרקע אלא נמלט מהזירה בריצה. באשר לפציעות בבית החזה ובכפות ידיו של המערער, הסנגוריה טוענת כי אין כל ראייה שהן לא נגרמו במהלך הקטטה במסעדה.

דעתי היא כי הראיות המדעיות של הדם אין בכוחן להביא למסקנה בגדר המחלוקת בין הצדדים, לכאן או לכאן. באומרי זאת אינני מתעלם מההיגיון שיש בטענות הסנגוריה, אבל אף המומחים מטעמה קבעו שראיות אלו מתאימות יותר לקו

שהיא הציגה, אך לא עד כדי כך שתישלל גרסת התביעה. כל נשכח שקיימים שני נתונים שעולים מן הממצאים שנקבעו על ידי בית המשפט המחוזי, ואשר מחלישים את ההכרח לקבל את עמדת הסנגוריה. למעשה, נתונים אלה מרחיבים את קשת האפשרויות לגבי משמעות מקום הימצאותם של כתמי הדם של המערער ושל המנוח. הנתון האחד הוא שהמערער נדקר, והנתון השני הוא שהמערער עמד בסמוך למנוח כאשר האחרון נדקר על ידי אחר. כך ניתן להסביר, למשל, מדוע נמצאו כתמי דם של המנוח והמערער על חולצת המערער, במקומות שונים. מטבע הדברים, אנשים במהלך קטטה אלימה מניעים את גופם.

קושי אחר הוא המרחק של 16 מטרים בין כתמי הדם של המנוח ושל המערער שנמצאו בזירת הדקירה. תשובת בית המשפט המחוזי לכך היא: "לאור הסכמת ב"כ המאשימה, אני קובע שהמרחק בין המקום שבו נדקר המנוח לבין המדרכה שעליה נמצא כתם דם של הנאשם הוא 16 מ', אך מאחר וכתם זה לא מלמד על כך שהדם ניגר מפניו של הנאשם כשישב על המדרכה, גם לאור חוות דעתו של המומחה בבל, ומאחר ולדברי תומר הוא ראה טיפות דם נוספות שכיוונן לכביש, הרי שגם אם לא צולמו, אין בכך כדי לסתור טענת המאשימה, שמבוססת על דברי סבאח, שהנאשם היה בקרבת המנוח כששניהם נדקרו, ושהנאשם נמלט מהמקום לעבר הג'יפ של מימוני, כשהוא מכסה את עינו בידו, ובכך עוצר, ולו במידה מסוימת, את נזילת הדם מעינו" (עמ' 71 להכרעה).

מקובלת עלי עמדת הסנגוריה, שאין די בכתם הדם הבודד של המנוח על גבי חולצתו של המערער כדי להוכיח שהמערער נטל חלק בתקיפת המנוח. מכאן חשיבותה של עדות סבאח. זהו לב העניין. התזה של ההגנה ביחס למקומם של כתמי הדם היא בעלת משקל, לטעמי. אולם אין להפריז באורך המרחק של 16 מטרים, והאפשרות כי המערער צעד מספר צעדים – לאו דווקא שניים, לאו דווקא בבת אחת, ולא דווקא בהליכה איטית או רגילה - כשהוא מכסה בידו את פצע הדקירה שבעינו (ראו עמ' 1197-1198 לפרוטוקול). באשר להעדר "תערוכת דמים" – ההסבר שניתן לכך מפי חוקרת מקרי המוות הוא שפצע הדקירה הקטלני בליבו של המנוח לא הביא לדימום חיצוני משמעותי ומייד, ולכך יש להוסיף את הממצא של בית המשפט לפיו המערער איננו זה שדקר את המנוח. בראייה רחבה יותר, השאלה היא האם די בממצאים אלה כדי לשלול את נוכחותו של המערער ליד הדוקר בעת דקירת המנוח. בית המשפט המחוזי נתן את דעתו לראיות אלו, לרבות לעדות המומחים מטעם הסנגוריה, אך העדיף בשל הנימוקים שפירט – כולל התרשמותו מהמערער ועדותו של סבאח – לקבוע שהמערער השתתף בקטטה שבמהלכה נדקר המנוח למוות. בנסיבות אלו, אין בראיות

המדעיות כדי להקים עילה משפטית להתערבות בממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי בית המשפט המחוזי.

21. בהקשר זה יש לחדד שני פרטים אשר עולים מתוך התשתית העובדתית, ואשר מתייחסים לעניין הסכין.

ראשית, מספר הסכינים שהיו בידי התוקפים. בית המשפט המחוזי קבע כי בזירת האירוע הייתה בזמן הרלוונטי לפחות סכין אחת - הסכין של מימוני. מימוני, כאמור, הוא זה שכלפיו מופנה החשד לדקירת המנוח (במילותיו של בית המשפט המחוזי). האם היו בידי התוקפים סכינים נוספות? מגרסתו הראשונה של סבאח - שאת עיקריה אימץ בית המשפט - עולה כי התוקפים התנפלו על המנוח עם סכינים. ודוק: סכינים, בלשון רבים. כלומר, לפי סבאח, לפחות תוקף אחד נוסף מלבד מימוני החזיק בסכין. ברם, בית המשפט נמנע מלקבוע כי תוקף נוסף - מלבד מימוני - החזיק בסכין, ובפרט נמנע מלקבוע כי בידי המערער הייתה סכין כלשהי. בהקשר זה צוין כי "לא הובאה ראיה ישירה לכך שהנאשם [הוא המערער שבפנינו] החזיק בסכין", וכן שייתכן שסבאח הגזים כאשר דיבר על "סכינים" בלשון רבים. אם כן, המסקנה היא שהתשתית העובדתית כפי שנקבעה איננה מצביעה על כך שתוקף נוסף - מלבד מימוני - היה מצויד בסכין בזמן האירוע, ובוודאי שאיננה מלמדת על כך שהמערער עצמו החזיק בסכין.

שנית, האם ידע המערער על הסכין של מימוני? ליתר דיוק, האם ידע על הסכין שהחזיק האדם אשר דקר את המנוח? המערער עצמו השיב על כך בשלילה. ברם בית המשפט המחוזי קבע, בשולי הכרעתו, כי "מהראיות שהובאו בפנינו עולה שהנאשם גרם בכוונה תחילה למותו של המנוח, שכן עפ"י דברי האיום שהשמיע מחוץ למסעדה לרצוח את המנוח הוא החליט לרצוח את המנוח, לצורך מימוש ההחלטה שהייתה לפחות למימוני והסכין שהוציא מהמסעדה, והדבר היה ידוע לנאשם עובר לתקיפתו של המנוח" (עמ' 138 להכרעה). זהו ממצא עובדתי, לפיו המערער ידע טרם התקיפה שמימוני מצויד בסכין. כלל הוא שערכאת הערעור לא תתערב בממצאים עובדתיים של הערכאה הדיונית. אך אין זה כלל בל יעבור. הקביעה בדבר ידיעת המערער על הסכין איננה מנומקת. אין תשתית שתבסס אותה (ראו למשל ע"פ 2439/10 פלוני נ' מדינת ישראל (6.6.2012)), החריג הרביעי שמצדיק התערבות של ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים). קביעתו של בית המשפט המחוזי, שהמערער ידע על הסכין של מימוני, איננה עולה בקנה אחד עם יתר התשתית העובדתית שנקבעה בהכרעת הדין: מימוני בעדותו סירב לאשר שהוא נכנס עם הסכין לרכב, לאחר צאתו מן המסעדה. גילי לא

נקרא להעיד. עדותו של טבאח אין בה כדי לסייע, משום שהוא העיד – כאמור – שבידי התוקפים היו מספר סכינים, אך בית המשפט המחוזי נמנע מלאמץ רכיב זה של העדות. יתירה מזאת, בית המשפט המחוזי קבע כי מימוני נכנס לבדו למסעדה ונטל משם את סכין הברז, וכי המערער ומימוני "פגשו את המנוח באקראי כשהלך לביתו". מכל אלו עולה שאין ביסוס עובדתי לקביעה כי המערער, עובר לתקיפת המנוח, היה מודע לקיומה של הסכין בידי מימוני. ברי כי הדבר לא הוכח מעל לכל ספק סביר, לא באופן ישיר ואף לא באופן נסיבתי. כפי שיורחב בהמשך, אין בכך שהמערער השתתף בקטטה עם המנוח – קטטה שבמהלכה נדקר המנוח בליבו – כדי ללמד על כך שהוא ידע מראש על הסכין, או על כוונת הדוקר לעשות בו שימוש. הרי אין ראיה שהמערער ידע שמימוני נטל סכין מן המסעדה, או שראה את הסכין טרם השימוש בו. לכך יש להוסיף את פרק הזמן הקצר ביותר שחלף בין הקטטה במסעדה לבין הרגע בו נדקר המנוח, ואת האקראיות בפגישה בין המנוח לבין תוקפיו, כפי שקבע בית המשפט המחוזי.

22. סיכומו של דבר, התשתית העובדתית שהוצגה בהרחבה לעיל – זהה לתשתית העובדתית עליה ביסס בית המשפט קמא את הכרעתו. למעשה, השוני היחיד הוא ביחס לידעת המערער אודות הסכין שהובאה לזירה. פרט לאמור לא מצאתי לנכון, מן הנימוקים שהוצגו לעיל, להתערב בקביעות המשפטיות ובהכרעות המהימנות אשר הביאו לגיבושה של תשתית זו.

שלב שני: המסקנות שיש להסיק מן התשתית העובדתית

23. המיקוד בשלב זה איננו בשאלה "מה קרה", אלא בשאלה "מה המשמעות של מה שקרה". דהיינו: האם, בתשתית העובדתית שהוכחה, יש די כדי להרשיע את המערער, ובאיזו עבירה – לרבות עבירת רצח בכוונה תחילה כמבצע בצוותא. לעמדת הסנגוריה, העובדות שנקבעו על ידי בית המשפט קמא אינן מבססות מבחינה משפטית ביצוע בצוותא של עבירת רצח, אלא יש בהן כדי להביא להרשעת המערער בעבירת תקיפה או לחלופין בעבירת הריגה. התביעה סבורה כי הרשעת המערער בעבירת רצח כמבצע בצוותא – יסודה בדין, ואין להתערב בה.

א. הרקע הנורמטיבי

24. בעבר, רווחה בישראל דוקטרינת האחריות הסולידארית של הקושרים. דוקטרינה זו חלה על קשר רב-משתתפים, וקבעה כי ניתן להרשיע כל אחד מן השותפים בכל עבירה שביצע שותף אחר לקשר, גם אם יתר הקושרים לא היו מודעים לביצוע אותה עבירה. על פי הדוקטרינה, "משנוצר הקשר הפלילי – הופך כל אחד מהקושרים להיות... סוכנם של האחרים, כך שכל מעשה שביצעו... נחשב למעשה של חבריו

לתכנית המשותפת, ואפילו בוצע אותו מעשה בהעדרם של אלה ובלי ידיעתם מראש" (ע"פ 129/54 גולדשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 505, 516 (1956)). המשמעות המעשית הייתה, שכאשר חברו פלוני ואלמוני לשם ביצוע עבירה מסוימת - ניתן היה ליטול עבירה נוספת שביצע פלוני ו"להעתיקה" לאלמוני, ולהיפך. בכך הייתה הרחבה ניכרת של גבולות השותפות הפלילית.

במסגרת תיקון מס' 39 לחוק העונשין בוטלה דוקטרינת הסולידאריות. תחתיה בא סעיף 499(ב) לחוק העונשין, אשר קובע כי "הקושר קשר ישא באחריות פלילית גם על עבירה שלשמה נקשר הקשר או שנעברה לשם קידום מטרתו, רק אם היה צד לעשייתה". האם הדבר אומר כי כדי להרשיע נאשם בביצוע עבירה עליו להיות המבצע בפועל של העבירה, וכי אחרת אין הוא נושא באחריות למעשה? התשובה לכך מצויה בין היתר בסעיף 29(ב) לחוק העונשין, שהינו מעין מחליף להלכות הקשר רחבות ההיקף שבוטלו. "סעיף 29 לחוק העונשין מגדיר מבצע עבירה, וקובע: 'המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מיניה אם כל המעשים נעשו ביחד, או נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר'. הדין רואה את המבצעים בצוותא כ'שותפים המהווים גוף אחד הפועל להשגת מטרה משותפת באופן שכל אחד מהם אחראי להתממשות התוצאה שהייתה בבסיס ההסכמה המשותפת לפעול' (ע"פ 4693/01 מדינת ישראל נגד בביזאיב, פ"ד נו (5) 580). ראובן, שמעון ולוי מחליטים לשדוד בנק – האחד אחראי על איסוף הכספים, השני משגיח על עובדי הבנק והשלישי על הציבור שנמצא בתוכו. בדוגמה האמורה, כל אחד יהא אחראי למעשיו של חבריו, בהיותם מבצעים בצוותא" (ע"פ 5686/07 בסטיקאר נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (17.2.2011)).

מילות המפתח לאיתור קיומו של ביצוע בצוותא על פי הפסיקה הן "תוכנית משותפת", "המעגל הפנימי", "שליטה פונקציונאלית" ו"גוף אחד". התמונה המצטיירת היא של החלטה משותפת שבוצעה בפועל על ידי מספר זרועות בדמות שני אנשים או יותר. התוכנית המשותפת מלמדת על כוונת הקבוצה לבצע עבירה מסוימת – מהי כוונת הנאשם? כפי שכתב חברי השופט י' עמית, "היסוד הנפשי הנדרש זהה ליסוד הנדרש בעבירה העיקרית, ומודעות לפעולה בצוותא עם האחרים" (ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל (12.1.2011)). המעגל הפנימי עונה על הדרישה העובדתית של ביצוע העבירה - מה עשה הנאשם? ודוק: ההבחנה היא בין המעגל הפנימי לבין המעגל החיצוני. לא נדרש שתקיים זהות בין מעשיהם של פלוני ואלמוני כדי ששניהם יהיו בתוך המעגל הפנימי. ייתכן, אפוא, שפלוני עומד בליבת המעשה יותר מאלמוני, אך עדיין שניהם מצויים במעגל הפנימי. אף לא נדרש ביצוע פיזי של העבירה. המעגל

הפנימי יכול להתייחס למוח של הקבוצה – המנהל או המתכנן. כפי שקבע חברי השופט ט' ג'ובראן:

השתתפות בכיצוע העבירה אינה מחייבת נטילת חלק בעשיית מעשה העבירה, אלא יכולה לבוא לידי ביטוי בתכנון ובניהול הפעולה שבמסגרתה מתבצעת העבירה... כך נקבע בע"פ 2801/95 קורקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 802, 791: [...] מדובר באחריות של חבר לחבורה, שחבריה חברו יחד לביצועה של עבירה תוך חלוקת התפקידים הדרושים לביצוע ביניהם, כאשר המתכנן והמנהל אינו "משדל" או "מסייע"..." (ע"פ 6084/02 פלוני נ' מדינת ישראל (5.10.2006)).

שליטה פונקציונאלית מהווה מבחן על דרך החיוב, שמטרתו ללמד על היות נאשם בצד הגבול של מבצע בצוותא ולא בצד של מסייע או משדל (ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל (31.12.2008)). מדובר בשליטה פונקציונאלית בתחום מסוים שבמעגל הפנימי. גוף אחד זורה אור על הצורך להסתכל על פעולת הקבוצה מלמעלה, ועל היכולת לראות את הרבים כיחיד כתולדה משיתוף הפעולה העובדתי על בסיס כוונה משותפת. יוצא, אפוא, שיש לבדוק את המעשה של הנאשם, היסוד הנפשי שלו ושליטתו, תוך התייחסות אליו כחלק מקבוצה. כלים אלו יהיו לעזר בקביעת אחריותו של המערער בתיק דנא.

25. בעניין שלפנינו ניתן להסיק שתי מסקנות, שעולות מן הממצאים העובדתיים, והשאלה המתעוררת היא האם נכון לקשור ביניהן. המסקנה הראשונה היא כי, על פני הדברים, הדוקר רצח את המנוח. דהיינו: הוא דקר את המנוח בליבו ודקירה נוספת בחזה. סוג הנשק ואזורי הפגיעה מצביעים לכאורה על קיומה של כוונה להמית. השימוש בנשק עונה על דרישת ההכנה, שהינה דרישה פיזית גרידא. כמו כן, לא הוכחה טענת קנטור. יוצא שהמעשה כולל בחובו את שלושת המרכיבים של עבירת הרצח, לפי דרישת סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין. הריסון השיפוטי מחייב להדגיש כי אין בהכרעת דין זו כדי להטיל אשמה על צד ג' בגין עבירת הרצח. הקביעות חיוניות לשאלת האחריות של המערער במשפט שמתנהל נגדו, ולשאלה זו בלבד. אין מנדט להכריע באשר לאחריות של אחר שאיננו הנאשם בתיק זה. המסקנה השנייה היא שהמערער תקף את המנוח כחלק מקבוצה. נושא זה יורחב בהמשך, תוך התייחסות לסוגיה של עבירת התקיפה. בשלב זה נסתפק בקביעה שעל פי ממצאי בית המשפט המחוזי, אשר מקובלים עלי, המערער – יחד עם אחרים – תקף את המנוח, טרם שהדוקר שלף סכין ודקר את המנוח. השאלה המתעוררת היא האם השותפות בעבירת התקיפה – מחייבת את המסקנה שישנו ביצוע בצוותא של הרצח.

התשובה לשאלה זו תיבחן תחילה מארבע זוויות שונות. האחת – השלכות המסקנה שהמערער תקף את המנוח יחד עם אחרים. זאת תוך בחינת השאלה מדוע אין לומר שהמערער הוא מבצע בצוואת של רצח בשותפות ספונטאנית. השנייה – עמדת הפסיקה בדבר הרכיבים הנחוצים להוכיח ביצוע בצוואת. השלישית – משמעות האיום של המערער על המנוח, טרם עזיבת המסעדה. הרביעית – בדיקת נטל הספק הסביר.

ב. ההשלכות של תקיפת המנוח ע"י המערער ואחרים

26. ביצוע בצוואת עשוי לחול על כל עבירה, לרבות עבירת תקיפה. סעיף 29 מתייחס למבצע עבירה ללא סייג. עם זאת, מבחינה מעשית, אין זה מקובל להאשים נאשם בעבירת תקיפה כמבצע בצוואת. הטעם לדבר הוא, כנראה, שמופיעות עלי ספר תקיפות שכוללות את המרכיב "כשהיו נוכחים שניים או יותר שחברו יחד לביצוע המעשה בידי אחד או אחדים מהם" (סעיף 382(א) לחוק העונשין), או התייחסות לנסיבה שבה "התקיפה הייתה בצוואת של יותר משני אנשים" (סעיף 381(ג) לחוק העונשין). ייתכן שהטעם לדבר הוא שעבירת תקיפה על ידי יותר משני אנשים הינה חזון נפוץ יותר מאשר בעבירות אחרות. כך או כך, לענייננו, כדי לבחון את הקשר בין ביצוע מעשה התקיפה על ידי המערער ביחד עם אחרים לבין האפשרות להרשיע אותו בביצוע בצוואת של רצח, אתייחס למעשה התקיפה של המערער כמבצע בצוואת או כחלק מקבוצה כנתון עובדתי.

המערער, מימוני וגילי התנפלו ביחד על המנוח במטרה להכותו. סבאח מתאר כי השלושה הכו את המנוח שוב ושוב. על פי התיעוד הרפואי, למנוח נגרמו חבלות חמורות – וזאת ללא קשר לסימני הדקירה שנמצאו בנוסף על גופו. עולה כי התקיימו היסודות של מבצע בצוואת בעבירת התקיפה. המערער היה מודע למעשי שותפיו, והפעילות - על פי אמרתו של סבאח והנזק שנגרם - השתרעה על תקופת זמן. ואל תשיבני כי השלושה פגשו את המנוח ודודו באקראי, ושאינן ראה לכך שהשלושה שוחחו ביניהם קודם למפגש וקבעו ביניהם תוכנית פעולה משותפת להכות את המנוח ודודו. ניתן לקבוע על סמך התנהגות המעורבים כי מדובר בשותפות ספונטאנית. הפסיקה הכירה בכך. כפי שנקבע בעניין בסטיקאר: "באשר לשאלה מה טיב ההסכמה הנדרשת לגיבוש תוכנית משותפת – הפסיקה לא עמדה על דרישות פורמאלית ביחס ל'חוזה' מסוג זה. ניתן להציג זאת באופן אחר. כל חוזה נבחן על פי הקשרו. כך יש להתייחס גם ל'חוזה' בין עבריינים לביצוע עבירות. הדרישה להסכמה לפעול כגוף אחד קיימת, אך יש לבחון אותה באופן שאינו מנותק מהמציאות. לכן, לא רק שלא נדרש כמובן חוזה כתוב. אלא ההסכמה עשויה להיות ספונטנית" (וראו גם עניין בביזאיב).

אם אכן המערער יחד עם אחרים פעלו כקבוצה בעבירת התקיפה, ובסיומה נדקר המנוח למוות – מדוע אין לומר כי השותפות הספונטאנית חלה גם על מעשה הרצח? הרי ברקע עומדת הקטטה במסעדה, שבמהלכה נפגע המערער. התשובה היא: "המנוח 'שותפות ספונטנית' דורש הבהרה. ייתכן מצב בו על אתר מחליטים צדדים להשתתף בכיצוע עבירה. החלטה כזו עשויה להתרחש תוך כדי כיצוע מעשה. אמנם, יש להוכיח קיומה של הסכמה לשותפות בדמות מודעות... לא די במעשה משותף, אלא נדרשת מודעות שמלמדת על תוכנית משותפת. ייתכן מצב ששני אנשים מבצעים עבירה ביחד, אך האחד לא מודע לקיומו של האחר. הוא סבור שהוא פועל לבדו. למשל, שני אסירים המתכננים דרך מילוט על ידי חפירת מנהרת בריחה. כל אסיר פועל בנפרד, בלי ידיעת האחר, אולם כל אחד מהם מקדם את יעדו ורצונו של האחר. כל עוד זהו המצב, לא יהיה נכון להגדירם כמבצעים בצוותא. נעדרת הכוונה לפעול כגוף אחד. קיומה של 'שותפות ספונטנית' מחייב בדיקה עובדתית קונקרטי... המפתח הוא בחינת קיומה של תוכנית משותפת" (עניין בטטיקאר).

ברי כי ייתכן מצב בו צדדים מסכימים על תוכנית מסוימת, למשל: לתקוף בידיים אדם אחר. הווה אומר: אין תוכנית לפיה אחד מהמשתתפים יירה באותו אדם. היסוד הנפשי תוחם את התוכנית המשותפת של הקבוצה. גישה אחרת תפרוץ למעשה את גבולותיו של סעיף 29(ב) ותקרב אותנו אל גישת האחריות הסולידארית, אשר בוטלה בעקבות תיקון 39 (וראו והשוו מירי גור-אריה "צדדים לעבירה – תיקון 39 לחוק העונשין במבחן הפסיקה" מגמות בפלילים עיונים בתורת האחריות הפלילית 83 (2001); בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים?!" עלי משפט ג 165 (2003); באשר לביצוע ספונטאני, ראו: גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין ב 588-590 (2009)).

הנה כי כן, הקביעה שהמערער השתתף בתקיפת המנוח כחלק מקבוצה – איננה מובילה בהכרח למסקנה שהמערער הוא מבצע בצוותא של מעשה הדקירה ועבירת הרצח. העובדות, או ליתר דיוק: העדרן, תומך במסקנה שהוא איננו צד לעבירת הרצח. כפי שהדגשתי לעיל – לא הוכח שהמערער ידע על הסכין, או ששלושת התוקפים (המערער, גילי ומימוני) גיבשו תוכנית לרצוח את המנוח. מה בדבר האפשרות שהמערער היה חלק משותפות ספונטאנית שהתגבשה במטרה לרצוח את המנוח? המארג העובדתי איננו מבסס תוצאה זו. מהדוח הפתולוגי (ת/27) עולה כי המנוח נפטר כתוצאה מהדקירה בלב. זוהי פעולה אחת מהירה. על פי החומר, הדוקר – כדוקר – פעל לבדו, בתוך זמן קצר ביותר. אין בסיס לקבוע כממצא, ואף לא נקבע, שהשניים הנוספים שנכחו במקום הצטרפו למעשה. כפי שיוצג בהמשך, הפסיקה דרשה התנהגות משותפת לאורך זמן שדי בה כדי ללמד על הצטרפות לתוכנית החדשה – רצח במקום

תקיפה, כדי שהמעורבים האחרים יורשעו אף הם בכיצוע בצוותא של הרצח מכוח שותפות ספונטאנית. למשל, לו הדוקר היה ממשיך לבעוט בראשו של המנוח במשך כעשרים דקות, ובעיטות אלו גרמו למוות, והמערער היה ממשיך באותה עת להכות את המנוח, אז ניתן היה לומר שנוצרה שותפות ספונטאנית לרצח. זה אינו המצב במקרה זה. לא הוכח, ודאי לא מעל לספק סביר, שנכון יהיה לחבר בין התוכנית המשותפת לתקופה את המנוח לבין החלטת הדוקר שהביאה למות המנוח.

ויודגש: בית המשפט המחוזי לא קבע ממצאים מדויקים וממצים בדבר תיאורו של המפגש בין המנוח לבין שלושת התוקפים. הסיבה לכך היא שלא היה עד ראייה שתיאר זאת. סבאח אמנם זיהה את שלושת המעורבים, לרבות המערער. ברם בית המשפט המחוזי לא היה מוכן לקבל את גרסתו המלאה בדבר פרטי התרחשות האירוע, לדוגמא: שהייתה בזירה יותר מסכין אחת. לכך יש להוסיף את הקביעה שמימוני הביא את הסכין לזירה; שלא הוכח שיותר מתוקף אחד השתמש בסכין; והעיקר – שלא הוכח שהמערער הוא הדוקר. בנסיבות אלו, כאשר מדובר בפעילות מהירה של הדוקר – שאינו המערער, וכשהאחרון לא ידע על הסכין טרם השימוש בו, אין תימה שלא ניתן להוכיח כנדרש את אחריותו לרצח גם כמבצע בצוותא.

ג. עמדת הפסיקה בתפר שבין תוכנית אחת לתוכנית אחרת

27. מספר פסקי דין ממחישים את החשיבות שיש בניתוח הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה כשלעצמו, לצורך קביעת גבולות השותפות הפלילית. באותם מקרים נדונו תיקים בעלי קווי דמיון בסיסיים לתיק שלפנינו: שותפות ספונטאנית בין מספר נאשמים, אשר התחילה בכיצוע עבירה אחת, ותוך כדי הביצוע התחוללה הסלמה שהובילה לעבירה נוספת של אלימות גוף חמורה. פעמים נפסק שהעבירה הנוספת, החמורה, הינה חלק מן הביצוע בצוותא, ופעמים נפסק שהיא איננה חלק מן הביצוע בצוותא. כפי שיעלה, תיק זה דומה יותר לקבוצה השנייה.

בעניין בשתאווי נדונה קטטה שפרצה בין המערער ובנו לבין המתלונן. במהלך הקטטה הכו השניים את המתלונן, ואחד מהם שלף סכין ודקר את המתלונן מספר פעמים בכל חלקי גופו. בית המשפט המחוזי התקשה לקבוע מי מבין השניים – המערער או בנו – הוא זה ששלף את הסכין ודקר את המתלונן. ברם, נפסק כי אין צורך להכריע בשאלה זו, משום שהשניים היו מבצעים בצוותא של כל מעשי החבלה. בית משפט זה אימץ את עמדת בית המשפט המחוזי, וקבע כי כל אחד מהשניים הינו מבצע בצוותא מכוח שותפות ספונטאנית. בנבדל ממקורנו, המערער ובנו הורשעו בעבירה ממשפחת התקיפות, כאשר נקבע שאחד השתמש בסכין והאחר במקל. כן נקבע שכל

אחד מהמבצעים היה מודע למעשי האחר, ושהשניים פעלו במסגרת תוכנית משותפת (ע"פ 259/97 בשתאווי נ' מדינת ישראל 28.4.1998).

בעניין פלוני (2006) נדון שוד שכלל רצח. במסגרת שוד מתוכנן התנפלו השודדים על בעלי הבית שהיו בדירה, קשרו אותם, הכו אותם ולבסוף דקרו אותם למוות. המערער, שהשתתף בשוד, הורשע בין היתר בביצוע בצוותא של עבירת רצח בכוונה תחילה. נקבע כי הרצח היה חלק מן התכנון המקורי של השוד, לו היה המערער שותף מלא. כן נקבע כי מעשי האלימות כלפי המנוחים נמשכו דקות ארוכות, בדירה סגורה, תוך שהמערער הדליק את הטלוויזיה בדירה על מנת להסוות את קולות הרצח (ע"פ 6084/02 פלוני נ' מדינת ישראל (5.10.2006), מפי חברי השופט ט' ג'ובראן). בשונה מן התיק שלפנינו, התכנון של הרצח היה חלק מן התוכנית המקורית, ובכל מקרה התנהגות השותפים מלמדת על ביצוע בצוותא של העבירה החמורה יותר.

בעניין זחן נדונה קטטה שפרצה מחוץ למועדון בילויים. במהלך הקטטה הפילו המערער וחבריו את המנוח לרצפה, ובעטו בו שוב ושוב. כעבור זמן קצר נפטר המנוח מן הדימום בראשו, כתוצאה מן הבעיטות שספג. בית המשפט המחוזי נמנע מלקבוע כי הבעיטה שבעט המערער היא היחידה שגרמה למות המנוח, אך בחר להרשיע את המערער בביצוע בצוותא של ההריגה. בית משפט זה אישר את ההכרעה, והדגיש כי גם שותפות ספונטאנית – שותפות היא. המערער בעט מספר בעיטות בפלג גופו העליון של המנוח ובראשו. נקבע כי גם אחרים בעטו בגופו של המנוח בעודו שוכב על הקרקע. ברם, התיעוד ממצלמות האבטחה של האירוע מלמד כי המערער פעל כמבצע בצוותא יחד עם אחרים בבעיטות לגופו של המנוח, אשר גרמו למותו (ע"פ 9090/07 זחן נ' מדינת ישראל (9.2.2011)). שלא כמו התיק הנידון, המעורבים נקטו באותן דרכי אלימות כלפי המנוח, באופן שמדובר בגוף אחד שלא ניתן להפריד בין חלקיו, אשר פועל למימוש תוכנית משותפת.

בעניין בסטיקאר נדון גם כן שוד שהסלים לכדי רצח. קבוצת הקושרים תכננה שוד. השודדים הניחו שבעלת הבית תהיה בדירה, ועל כן נקבע שכמה מהם ישתלטו עליה ויכפתו את ידיה ורגליה. בפועל, עם כניסתם לדירה גילתה האישה התנגדות יתירה. כמה מן הפורצים התנפלו עליה, הטיחו את ראשה ברצפה, חסמו את פיה והתיישבו על גופה, באופן שגרם למותה. נקבע כי לא ניתן לדעת מי בפועל תקף את המנוחה. ברם, מאחר ומעשי האלימות נמשכו דקות ארוכות בדירה סגורה, תוך שכלל השודדים צופים במתרחש ומודעים לנעשה – נוצרה שותפות ספונטאנית לשם הריגת המנוחה. לנוכח זאת הורשעו המערערים בבית המשפט קמא כמבצעים בצוותא של רצח

לפי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין. הכרעת הדין אושרה בבית משפט זה. השוני מן התיק דנא בולט לעין: האלימות נמשכה כ-20 דקות, ובמהלך פרק זמן זה המשיכו המעורבים בחלוקת התפקידים. נוצרה שותפות ספונטאנית להסלמה בכוח שהופעל נגד המנוחה.

בעניין פלוני (2011) נדונה גם כן קטטה מרובת משתתפים. המנוח ניגש אל שני הנאשמים, א' ו-ל'. כל אחד מן הנאשמים החזיק בכיסו סכין. א' שלף את הסכין שברשותו, והצמיד אותו לגרונו של המנוח. לאחר מכן הכה ל' את המנוח בבטנו, ובמקביל דקר א' את המנוח בליבו למוות. בית המשפט הרשיע את א' בהריגה, ואת ל' בביצוע בצוותא של ההריגה. בית משפט זה קיבל את ערעורו של ל', וקבע כי לא הייתה לו שליטה פונקציונאלית על הריגת המנוח. זאת משום שלא הוכח קיומה של תוכנית משותפת להריגת המנוח, חלוקת תפקידים בין ל' ו-א' או תרומה משמעותית של ל' שאפשרה את הדקירה. גם היסוד הנפשי של ל' איננו כבד במידה המצדיקה את הגדרתו כמבצע בצוותא. השופט גרוניס, אשר הצטרף לתוצאה, הסביר כי נוצרה שותפות ספונטאנית בין א' ל-ל' לעניין תקיפת מנוח, אולם לא ניתן לומר שהיא כללה דקירה. בסיכומו של דבר הורשע ל' בסיוע להריגה (ע"פ 2638/10 פלוני נ' מדינת ישראל (24.3.2011)). בניגוד למקרה מושא הערעור, גם הגורם שלא השתמש בסכין נשא על גופו סכין אחרת. חרף זאת התקבל ערעורו של ל', והוא לא הורשע בביצוע העבירה המושלמת. עם זאת, בשל מילוי תפקיד מסוים באירוע כחלק מהתוכנית העבריינית – הוא הורשע בעבירת סיוע.

בכל המקרים שנסקרו כאן נוצרה שותפות ספונטאנית בין מספר נאשמים, אשר הסתיימה בביצוע שתי עבירות. בענייננו עולה ספק סביר באשר להיותו של המערער שותף לרצח המנוח. ודאי כי הרצח לא היה פרי תכנון מדוקדק מראש (בשונה מעניין פלוני (2006)). האירוע היה מהיר מאוד (בשונה מעניין פלוני (2006) ובסטיקאר). מותו של המנוח נגרם כתוצאה מדקירת סכין, אותה לא ביצע המערער, ולא כתוצאה מהמכות שספג (בשונה מעניין חזן). לא נקבע כממצא עובדתי שגם המערער עצמו תקף את המנוח בסכין, במסגרת אירוע הדקירה (בשונה מעניין פלוני (2011)). אף לא הוכח שהמערער ידע על הסכין (בשונה מעניין בשתאווי). הכללים שמופיעים בפסיקה שהובאה מתיישבים עם התוצאה של אי-הרשעת המערער כמבצע בצוותא של עבירת הרצח.

ד. משמעות האיום של המערער על המנוח

28. תוכן האיום במסעדה הוא: "בוא נלך, היום אני ארצה אותו". אין לי אלא להסכים לעמדת התביעה בסיכומיה בפני בית המשפט המחוזי: "אכן, למרבית הצער, אמירה מסוג זה נפוצה בתגרות ובקטטות ולא כל מי שעושה בה שימוש מתכוון אכן לגרום למותו של אדם...". ובסיכומיה בפני בית המשפט כתבה כי "אין במילים אלה בפני עצמן כדי לבסס את יסוד החלטה להמית...". כמו כן מקובלת עלי עמדתה לפיה אמרה כזו מלמדת על זעם ורצון לנקום. ברם קיים מרחק בין רצון לנקום לבין רצון להמית (ראו למשל: ע"פ 6066/94 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 326 (1997)).

לשם הדיוק, התביעה טוענת כי יש לאמרה זו משקל כאשר היא מצטרפת לראיות נוספות, ואחרית מעשה מלמדת על ראשיתו. אולם אף על פי גישה זו יש לבסס את החלטת המערער להמית בראיות אחרות להוכחת כוונת קטילה. משנקבע שהמערער לא ידע על הסכין, שבאמצעות הדקירה בו נהרג המנוח, שאלה עצמאית היא האם ניתן להוכיח כוונה זו, והתשובה לכך לא תימצא בגדר דל"ת אמותיו של האיום שהשמיע המערער. אף ניתן להוסיף ולומר כי אין באיום של המערער כדי לשלול את האפשרות שאדם אחר החליט לממש את כוונתו לרצוח את המנוח. זאת אף אם האיום היווה רקע לכך. התיקים הפליליים מלמדים כי לא פעם אדם איננו מממש את איומו, גם לא בהכרח בהיקף שהציג אותו. יוזכר כי המערער תקף את המנוח. מעבר לכך, קורה ש-א' הורג את ב' על רקע עלבון ש-ב' הטיח כלפי ג', או על רקע מעשה שעשה ב' ב-ג'. הדבר יכול לנבוע מהקשר בין א' ל-ג' – הורה וילד או בני זוג, או מהשוני בין אופיו של א' לאופיו של ג'.

האמור מהווה מענה גם לטענה כי למערער הייתה "שליטה רעיונית" על ביצוע העבירה. מבלי לעמוד על פרשנות מונח זה ומשמעותו, ניתן להסתפק בהערה הבאה: העובדה שהמערער הותקף, ושייתכן שהדוקר דקר את המנוח על רקע הקטטה שהתרחשה במסעדה, איננה אומרת שלמערער שליטה רעיונית על מעשה הקטילה. עניין כזה יש להוכיח. אין לערבב בין נתון ברקע שקשור לתוצאה, לבין המסקנה מי ביצע את המעשה. כפי שנאמר, א' יכול להרוג את ב' בשל התנהגותו של ב' כלפי ג'. לשון אחרת: יש להוכיח את תרומתו של המערער לאירוע, ואין להסתפק בנתוני רקע בלבד.

ה. נטל הספק הסביר

29. לנוכח טענות שעלו במהלך הדיון מצאתי לנכון לציין: בהגיעי למסקנה אליה הגעתי, לא התעלמתי מכך שהתשתית העובדתית שנקבעה ואשר מקלה עם המערער – שותף לתקיפה אבל לא לרצח – לא הוצגה מפיו. עדותו, שלא היה נוכח בזירה, נדחתה

כליל. בסיומו של שקלול הראיות, אין בכך לגרוע מהמסקנה אליה הגעתי. כלל יסוד בפלילים הוא כי הנטל להוכחת האשמה – מוטל על כתפי התביעה, מתחילת המשפט ועד לסופו. אכן יש מצבים בהם הנטל המשני עשוי לעבור מצד לצד, בשל מבנה התיק והטענות. סוג אחר של חריג קיים ביחס לסייגים לאחריות הפלילית, כגון שכרות או הגנה עצמית. אין לאלה קשר לענייננו. עסקינן במרכיבי העבירה – רצח וביצוע בצוותא. אלו לא הוכחו מעבר לספק סביר. הדבר דומה למצב בו בוחר הנאשם לשתוק. בחירה כזו עשויה לחזק את הראיות, אך כמוכן אין בה כדי להביא להרשעתו. על בית המשפט לבחון האם יסודות העבירה הוכחו. בשל הנימוקים שפורטו, תשובתי לכך היא שלילית.

שלב שלישי: חבלה חמורה

30. חלופה אחרת שעומדת בפנינו היא הרשעת המערער בגין תקיפתו של המנוח, בצוותא עם גילי ומימוני, תוך גרימת חבלה חמורה. נסיבות אלו, אם יוכחו, מקימות הרשעה בעבירה של חבלה חמורה בנסיבות מחמירות (סעיף 333 לחוק העונשין בנסיבות סעיף 335(א)(2)). עבירה זו עוסקת במי שחבל בחברו חבלה חמורה שלא כדין, כשהיו נוכחים שניים או יותר שחברו יחד לביצוע המעשה. העונש המרבי על כך הוא ארבע-עשרה שנות מאסר.

עבירה זו אמנם לא נטענה בכתב האישום, ואף לא נדונה בפני בית המשפט קמא, אולם הרשעה על פיה מתאפשרת מכוח סעיף 184 לחסד"פ. סעיף זה מסמיך את בית המשפט להרשיע נאשם בעבירה שאינה נזכרת בכתב האישום, בהתבסס על עובדות שהוכחו בפניו. זאת בתנאי שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן מפני העבירה ה"חדשה". כפי שנפסק בעניין בוכמן, אפשר שנאשם – בעת התגוננותו מפני העבירה בה הוא מואשם – מתגונן גם כן, במפורש או מכללא, גם מפני עבירה אחרת שבה לא הואשם (ע"פ 2456/06 בוכמן נ' מדינת ישראל, סעיפים 26-23 לפסק דינו של השופט ד' חשין (20.9.2007)).

בנסיבות העניין שלפנינו, התגוננות המערער מפני האשמתו ברצח היוותה גם התגוננות מכללא מפני האשמתו בגרימת חבלה חמורה. שאלת השתתפותו של המערער בתקיפת המנוח, היקף החבלות שנגרמו למנוח, ומודעותו של המערער לכל אלו – הן שאלות המפתח, שלאורן ייקבע האם יורשע המערער בתקיפה ובגרימת חבלה חמורה. שאלות אלו נדונו בהרחבה בפני בית המשפט קמא ובפני בית משפט זה, ועמדו במוקד הדיון בעבירת הרצח. יתירה מזאת, הסנגוריה הקדישה חלק נרחב מטיעוניה – במסגרת

הערעור - לאפשרות להרשיע את המערער בחלופת לעבירת הרצח, ובכללן גם לאפשרות להרשיעו בעבירת תקיפה. לנוכח זאת, דעתי היא כי ניתנה למערער הזדמנות ראויה להתגונן מפני הרשעתו בתקיפה ובגרימת חבלה חמורה, כדרישת סעיף 184 לחסד"פ.

מן התשתית העובדתית שנקבעה בבית המשפט קמא, ושבה לא מצאתי לנכון להתערב, עולה כי התקיימו יסודותיה של העבירה. המערער חבר למימוני וגילי על מנת לתקוף את המנוח. התיאור אותו סיפק סבאח בגרסתו הראשונה, לפיו הנאשמים התנפלו על המנוח וחבטו בו שוב ושוב ללא הפוגה, מלמד כי מטרת התקיפה הייתה לגרום למנוח חבלה חמורה. באשר לתוצאת התקיפה, מעדויותיהם של פרופ' היס וד"ר פורמן עולה כי למנוח נגרמו חבלות חמורות: דימומים תת-עוריים ופצעי שפשוף וקרע בגבה, שנגרמו מחבלות קהות ישירות (מכות) או בלתי ישירות (נפילות) (ראו הגדרת "חבלה חמורה" בסעיף 34כד לחוק העונשין). אדגיש כי לצורך בחינת הרכיב של חבלה חמורה אין לקחת בחשבון את פצעי הדקירה שנגרמו למנוח, וזאת לנוכח קביעת בית המשפט המחוזי כי החשד לביצוע הדקירה נופל על אחר. באשר ליסוד הנפשי, ברור כי מתקיים אצל המערער רכיב המודעות. הוא היה מודע לכך שהוא פועל יחד עם מימוני וגילי על מנת לתקוף את המנוח ולגרום לו חבלה חמורה, וכן לכך שמעשיו עלולים לגרום לתוצאה זו.

סיכומי של דבר, אני סבור כי יש להרשיע את המערער בחבלה חמורה בנסיבות מחמירות (סעיף 333 בנסיבות סעיף 335(א)(2)). זאת משום שמן התשתית העובדתית עולה כי התקיימו יסודות העבירה, וכי המערער תקף את המנוח יחד עם מימוני וגילי וגרם לו חבלות חמורות, והכול מתוך מודעות למעשיו.

באשר לגזר הדין, יש לקחת בחשבון את נסיבות המעשה והעושה. מדובר, מבחינת התנהגותו של המערער, בכריונות בה הוא מנצל את השתייכותו ל"קבוצת הרוב" מול המנוח. המערער לא גרם למותו של המנוח, על פי הקביעות שהוצגו, אך האלימות בה נקט היא בדרגה ממשית. אין צורך לתאר את המקרה שהוצג בהרחבה לעיל. בית המשפט חייב לשלוח מסר נגד התופעה של הסלמת אלימות, כאשר אף צד איננו מוכן לסגת, אלא מגדיל להעלות את הרף לדרגה גבוהה יותר. למערער הרשעות קודמות, ובעבר אף ישב במאסר, אך זאת לפני שנים רבות. כמובן, העונש צריך להתאים לעובדות כפי שנקבעו על ידי ערכאה זו. זאת הגם שיהיה קשה להקיש ממקרים אחרים למקרה זה. ברמה הכללית יותר, על בית המשפט להחמיר עם המערער על פי אחריותו-הוא.

אחר הדברים האלה

31. לאחר כתיבת חוות דעתי, עיינתי בחוות דעתו של חברי השופט י' עמית, בה הוא חולק על התוצאה אליה הגעתי. חברי התייחס לשתי סוגיות משפטיות שראויות לדיון. לנוכח חשיבותן במישור הכללי, ובהכרעה בתיק דנא, מצאתי לנכון לדון בהן.

סעיף 9 לפקודת הראיות

32. חברי מאזכר שתי גישות פרשניות של החריגים ל"כלל השמיעה": הגישה המצמצמת לעומת הגישה המרחיבה. את המחלוקת בין הגישות הוא תולה בשאלה של הגבלת שיקול הדעת השיפוטי: הגישה המצמצמת מבכרת למנוע מלכתחילה הכנסת ראיות "בעייתיות" לאולם המשפט, מחשש שמא יתרחש משגה. לעומתה, הגישה המרחיבה סבורה כי לשם גילוי האמת יש להביא את כל הראיות בפני בית המשפט. על פי גישה זו, יש לעבור משאלת הקבילות לשאלת המשקל.

דוגמה לגישה המצמצמת מצויה בעניין פלוני, שם העירה השופטת ע' ארבל: "נכונה אני לקבל כי ככלל הדרישה לסמיכות בין מועד ביצוע העבירה למועד מתן האמרה, לפי סעיף 9 לפקודת הראיות, צריכה להתפרש בדווקנות ובצמצום" (ההדגשה לא במקור). המחשה מכיוון אחר להבדלים בין שתי הגישות היא בעניין ד'אפר (ע"פ 7293/97 ד'אפר נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 460 (1998)). נקבע שיש להכשיר אמרה מכוח סעיף 9, על אף שמוסר האמרה לא העיד במשפט. ברם בין השופטים נתגלעו חילוקי דעות באשר להנמקה: השופטת ד' דורנר דגלה בפרשנות גמישה של פקודת הראיות, אשר מבוססת על המגמה הכללית של מעבר מכללי קבילות לכללי משקל. השופט ש' לוין, לעומתה, הביע את הסתייגותו וציין כי הוא איננו שותף עקרונית לגישה הפרשנית המרחיבה או למגמה שהיא מייצגת – העברת הדגש מקבילות למשקל.

במישור העקרוני, הגישה הזוהירה ביחס לסעיף 9 ויתר החריגים ל"כלל השמיעה" – נגזרת לטעמי מאופיו הבסיסי של המשפט הפלילי. דהיינו, הדגש איננו בטיב השופט ושיקול דעתו אלא בטיב המשפט: אזרחי או פלילי. השאלה בעיקרה איננה באיזו מידה אנו מוכנים לסמוך על שיקול דעתו וחוכמתו של השופט, אלא מהי רמה הסיכון ו"שולי הביטחון" שנדרוש בכל אחד משני התחומים.

לשם המחשת הטענה לפיה העיקר איננו הגורם המחליט אלא נושא ההחלטה, נסתייע ב"תורת המשחקים": נצייר לעצמנו אדם שמשקיע חלק מחסכונו בתיו במסחר בבורסה. במסגרת השקעותיו ייתכן שיהיה מוכן לרכוש ניירות ערך שרמת הסיכון

שלהם היא גבוהה באופן יחסי. אולם התנהגותו של אותו אדם תהיה שונה כאשר יצטרך להשקיע כסף השייך לבנו הקטן, על אחת כמה וכמה בבואו לבחור תרופה לבנו החולה. בדוגמא אחרונה זו, הוא עשוי להימנע מכך אפילו אם הסיכון לתופעות לוואי יעמוד על אחד למאה. מדובר באותו אדם, אך למרות זאת יש הבדל ברמת הסיכון המצופה ביחס לשני המצבים. אף בענייננו – אותו שופט נדרש להתנהגות שונה במשפט פלילי לעומת משפט אזרחי.

המשפט האזרחי מתנהל בין שני צדדים. הצדדים "מתחרים" ביניהם, והשאלה בסופו של יום היא - עמדתו של מי מסתברת יותר ומעוגנת יותר בחומר הראיות. בנסיבות אלו, ייתכן שיש מקום להגמשה מסוימת של דיני הראיות (ראו פסקי הדין המובאים בסעיף 3 לחוות דעתו של חברי, שעניינם המשפט האזרחי). במשפט הפלילי, לעומת זאת, ההסתכלות היא שונה: אין מדובר בתחרות שקולה. מאזן הכוחות נוטה בדרך כלל לטובת התביעה. אך החשש מפני פער הכוחות במשפט הפלילי איננו אלא "סימפטום" של כלל רחב יותר: בנבדל מהמשפט האזרחי, המשפט הפלילי עוסק בסוגיות של הכתמת נאשם באחריות פלילית ובענישתו. היעד של מניעת שגגה תופס מקום מרכזי יותר בשולחן ההכרעה. כמובן, כך או כך, המטרה היא להגיע לחקר האמת. אלא שבמשפט הפלילי שאיפה זו מתבטאת בדיני ראיות שנועדו להבטיח מניעת טעות - הרשעת החף. זאת באופן שונה מדאגת המשפט האזרחי למנוע את חיובו בדין של מי שאינו חייב. ביטוי מובהק לכך הוא בשוני בנטלים בשני המשפטים – מעל לכל ספק סביר לעומת מאזן הסתברויות. אך אין זה הסימן היחיד. ישנם מקרים במשפט הפלילי בהם נדרשת תוספת ראייתית, כגון דבר מה לחיזוק או סיוע. סממנים חוקיים מעין אלו אינם מצויים במשפט האזרחי. מדוע נוצרה דרישה כזו? האם זה מפני שהדין איננו מוכן לסמוך על מסקנת בית המשפט שהאשמה הוכחה מעל לכל ספק סביר, על פי ראיות שאין מחלוקת בדבר קבילותן? התשובה, כמדומני, איננה חוסר אמון בשופט, אלא הכרה באופי המיוחד של המשפט הפלילי.

לטעמי, יש באמור כדי להשליך על שאלת המעבר מקבילות למשקל, ואף בדבר מתן פרשנות מרחיבה או מצמצמת לחריגים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה. במערבולת הזו יש לזכור כי המשפט הפלילי חותר גם לאינטרס ציבורי שונה. טול לדוגמא את סעיף 10א לפקודת הראיות, אשר ההיסטוריה החקיקתית מלמדת שתכליתו הייתה למנוע מצב בו פעילות עבריינית תחבל ביעד הנוסף של המשפט הפלילי, שהוא "וביערת הרע מקרבך". מורכבות זו מוסיפה לרגישות הנדרשת בבחינת ראיות וקביעת כללים לגבי החריגים לפקודת הראיות שעניינם המשפט הפלילי. הזהירות הנדרשת במשפט הפלילי משפיעה לא רק על כמות הראיות (הוכחה מעבר לכל ספק סביר), אלא

גם על איכותן. מכאן הצורך לעמוד על משמר הקבילות, ולבחון היטב איזו ראייה יכולה להיכנס בשערי המשפט. בהיבט המעשי, הניסיון מלמד כי בדרך כלל הצד שמצדד בהרחבה הוא התובע. זאת כנראה משום שהוא זה שמנהל את החקירה, ולפיכך עלול להיתקל במספר רב יותר של ראיות לא מושלמות. בהיבט העקרוני, דעתי היא כי מעבר מקבילות למשקל משול למעבר מסוים - מבחינת נטל ההוכחה - של המשפט הפלילי אל המשפט האזרחי.

הספק הסביר ושאלת קו ההגנה החלופי

33. המחלוקת ביני לבין חברי היא בנקודה האם יש להרשיע את המערער בביצוע בצוותא של רצח. להשקפת השופט עמית, יש להשיב לשאלה זו בחיוב. בניגוד לכך, דעתי היא שיש להרשיע את המערער בעבירה של חבלה חמורה בנסיבות מחמירות מכוח ביצוע בצוותא של העבירה. ביסוד מחלוקת זו ניצבת השאלה האם המערער היה מודע לכך שאחר – ככל הנראה מימוני - החזיק בסכין, ולכך שאותו אחר התכוון לדקור את המנוח בסכין. אם המערער לא ידע, ואם לא הייתה תוכנית משותפת - הרי שלא ניתן להרשיעו כמבצע בצוותא של רצח. חברי ביסס את הידיעה על כך שלשיטתו הטענה שהמערער לא ידע – לוקה בפגם של הגנה חלופית. משכך, הנטל שברגיל מצוי על שכם התביעה – עובר כעת אל המערער, ובכך הוא לא עמד.

על פי גישה זו, המערער הציג שלושה קווי הגנה. קו ההגנה הראשון הוא שהמערער נפצע במהלך הקטטה במסעדה והוסע משם ישירות לבית החולים. עם פתיחת המשפט נזנח קו זה לטובת קו ההגנה השני, לפיו המערער נדקר בעינו בעודו יושב ברכבו של מימוני, ולאחר מכן הוסע לבית החולים, מבלי שהשתתף כלל בתקיפת המנוח. ברם, הממצאים העובדתיים שנקבעו בבית המשפט המחוזי מפריכים גם קו הגנה זה: בית המשפט המחוזי קבע, תוך שהוא מתבסס בעיקר על אמרתו של סבאח, כי המערער התנפל ברחוב על המנוח יחד עם גילי ומימוני, ואף עמד ליד המנוח כשהלה נדקר בליבו. לפיכך במסגרת הערעור מעלה המערער קו הגנה שלישי, שלפיו הוא אמנם השתתף בתקיפת המנוח – אך למרות זאת איננו בגדר מבצע בצוותא של הדקירה הקטלנית.

חברי סבור שאין לאפשר למערער להשמיע את קו ההגנה השלישי. זאת משום שהסבר זה לא הובא מפיו של המערער במהלך עדותו בבית המשפט המחוזי. בנסיבות אלו סבור חברי כי על המערער לשלם "מחיר ראייתי", ואין לקבל את קו ההגנה השלישי שהציג. אולם עמדתי היא שונה בתכלית. אני סבור שקו ההגנה השלישי של המערער הוא קביל, ואף יש בו כדי להביא לזיכוי מעבירת הרצח בצוותא.

עיקרון יסודי הוא שהמשפט הפלילי איננו מתנהל סביב קו ההגנה של הנאשם. ניטול לדוגמא מצב בו הנאשם שותק, ואיננו מוסר קו הגנה כלשהו. זוהי כמובן זכותו. זכות זו – חובה בצידה: חובתה של התביעה להוכיח ברמה הנדרשת כי התקיימו כל יסודות העבירה הנטענת. שתיקתו של הנאשם איננה מייצרת את חובתה של התביעה לעמוד בנטל ההוכחה. גרסתו של הנאשם וקווי ההגנה שהוא מציג בבית המשפט אינן חזות הכול. השאלה המרכזית שעומדת למבחן היא האם עמדה התביעה בנטל ההוכחה מעבר לכל ספק סביר. זוהי תכליתו של המשפט הפלילי.

יתירה מזאת. נניח שפלוגי, אשר מואשם באונס אישה, בחר שלא לשתוק. במקום זאת אימץ קו הגנה קיצוני, וטען שכלל לא קיים יחסי מין עם אותה אישה. הראיה היחידה שיש לתביעה היא ראובן, אשר העיד שראה מבעד לחלון את הנאשם ואת האישה מקיימים יחסי מין. אלא שראובן מוסיף ומספר שלמיטב הבנתו השניים עשו את שעשו מתוך הסכמה מלאה וחיבה הדדית מופגנת. מובן שלא יעלה על הדעת להרשיע את הנאשם על סמך עדות זו של ראובן. נכון הוא שקו ההגנה של הנאשם התגלה כשקר. אך אין בכך די כדי להרשיעו. לא אישיותו של הנאשם עומדת למשפט, ואף לא בהכרח טיב ההגנה שבחר לנהל. העונש בגין עדות שקר של הנאשם איננו יכול להיות הרשעה בעבירה בה הוא מואשם. השאלה היחידה היא האם הוכח מעבר לכל ספק סביר כי התקיימו יסודותיה של העבירה בה הוא מואשם. בראיה זו, שקריו של הנאשם יכולים לחזק את ראיות התביעה. ודוק: לחזק, אך לא למלא.

שאלה אחרת מתעוררת אם ראובן העיד שראה את הנאשם אונס את האישה בכוח. בית המשפט קובע שיחסי המין התקיימו ללא הסכמת האישה, ועל בסיס זה מרשיע את הנאשם בביצוע האונס. בערכאת הערעור משנה הנאשם את קו ההגנה שלו, וטוען שיחסי המין היו בהסכמה. מצב כזה שונה מן התיק שלפנינו, כפי שיוסבר, והוא אף שונה מן המצב שתיארתי בפסקה הקודמת: כאן התביעה הוכיחה מעבר לכל ספק סביר את התקיימות כל יסודות העבירה, וזאת ללא כל קשר לקו ההגנה הראשון שהציג הנאשם. אם הנאשם מתכוון כעת לערער על הרשעתו, עליו להראות שמן התשתית העובדתית שנקבעה בערכאה הדיונית עולה ספק סביר באשר לאי-הסכמת האישה. דרישה זו איננה שונה מן הנטל הרגיל שמוטל על הצדדים במשפט הפלילי, לרבות האפשרות שהסנגור הוא אשר יעורר קיומו של ספק סביר בדבר התקיימות יסודות העבירה.

ייתכן שהספק הסביר יהא מבוסס על טענות לגיטימיות שיש למערער כנגד התשתית העובדתית שנקבעה בערכאה הדיונית. לחלופין, ייתכן שהספק הסביר בוקע ועולה מתוך התשתית העובדתית שנקבעה (וזהו המצב בתיק דנא). התביעה איננה יכולה לחמוק מחובתה להוכיח את יסודות העבירה מעבר לספק סביר, בטענה שהנאשם לא העלה קו הגנה זה בשלב מוקדם יותר. עליה להתמודד עם הדברים לגופו של עניין. בגישה זו מצויה למעשה התשובה לחוששים מקיומו של "משפט שני" בגדרי ערכאת הערעור. באמור לעיל אין כדי לקיים משפט נוסף הנסוב סביב הטענה החלופית, לרבות הצורך בהבאת ראיות וחקירת עדים, כדי לערוך משפט הוגן לשני הצדדים. אלא עסקינן במקרנו בביקורת ערעורית שנופלת בגדר סמכותה של ערכאת הערעור. זאת על פי התשתית הראייתית הקיימת, כפי שנקבעה על ידי הערכאה המבררת.

כמובן, שונה המצב ביחס לסייגים לאחריות הפלילית, בנבדל מהוכחת יסודות העבירה. למשל, נניח שנאשם ניהל משפט שלם ולא טען כי במהלך האירועים היה שיכור, ואף לא הוגשו ראיות לבסס אפשרות זו. נאשם זה לא ייחנה בערכאת הערעור מהספק, בטענה שהתביעה לא התמודדה ישירות עם הטענה שהוא היה שיכור. מצב זה נובע משיקולים מעשיים ועקרוניים, לרבות סעיף 34 לחוק העונשין אשר קובע: "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית".

מעבר לכך, אף בסייגים לאחריות בפלילים המצב הוא מורכב יותר. למשל, אחד מהסייגים הוא הגנה עצמית. נניח שנאשם טוען שהוא לא היה במקום התקיפה כלל. האם רשאי הוא להעלות טענה להגנה עצמית? נדמה כי התשובה תלויה לא רק בקו ההגנה אלא גם בראיות התביעה. למשל, במקרה בו תיאור המתלונן ועדי התביעה מעלים תשתית להגנה עצמית, יהא על בית המשפט להתייחס לסייג. כך נפסק בעניין הורוביץ, בו בית המשפט המחוזי לא בירר את טענת ההגנה העצמית משום שהנאשם לא טען שהפגיעה במנוח לא הייתה רצונית. אולם בית משפט זה קבע כי הטענה הינה בעלת משקל ומחייבת הכרעה, משום שהיא עולה מעובדות המקרה מפי עדי התביעה (ע"פ 410/71 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 624 (1972)). כך גם נפסק במקרים רבים שבית משפט יבחן טענות אלו, גם אם הן עומדות נגד גרסת הנאשם, בתנאי שקיימת תשתית עובדתית עליה ניתן לבסס קו זה (ראו: ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פסקה 174 (10.11.2011)). יוצא כי לא קו ההגנה לבדו הוא הקובע. השאלה היא האם הסייג מתעורר מהראיות. ייתכן והוא מתעורר מתוך עדות הנאשם, אך גם ייתכן שהוא מתעורר מתוך דבריהם של עדי התביעה. או אז לא ניתן לצאת ידי חובה בטענה שהנאשם לא העלה את סייג ההגנה העצמית. החזקה של הסייג איננה נותרת על

כנה רק מפני שהנאשם לא העיד כלל או לא העיד בצורה מסוימת. אולם לא בסייג לאחריות הפלילית עסקינן במקרה דנא, אלא בשאלה האם הוכחו יסודות העבירה.

בעניין קצב, הדגישה המשנה לנשיא נאור את ההבחנה בין ראיות נסיבתיות לראיות ישירות. הבחנה זו נובעת מכך שניתן להרשיע על סמך ראיות נסיבתיות רק אם מסקנה זו היא בגדר האפשרות היחידה. לכן על בית המשפט לבחון כל תרחיש אפשרי (פסקה 148). לענייננו, הבחנה זו היא בעלת נפקות. הסיבה היא שבגזרת המחלוקת בדבר ידיעת המערער שאחר החזיק בסכין או שהייתה תוכנית משותפת לעשות בה שימוש – אין כל ראיה ישירה. לאמור, הרשעת המערער בביצוע בצוותא של רצח תדרוש הסקה מראיות נסיבתיות. בית המשפט המחוזי אף קבע, ביחס להחזקת סכין, כי "לא הובאה ראיה ישירה לכך". הוא המצב גם ביחס לידיעה כאמור.

ועדיין, יש לשקול האם לא ניתן לקבוע מבחינה נסיבתית שהמערער ידע כי אחר החזיק בסכין וכי בכוונתו להשתמש בו להריגת המנוח. ממצא עובדתי זה נדרש כדי להרשיע את המערער ברצח. בהקשר זה יודגש, שניתן לטעון שהמערער לא העלה קו הגנה חלופי מבחינה פורמאלית. הוא העיד שלא היה במקום. בית המשפט המחוזי דחה את גרסתו, אולם גם דחה היבטים מסוימים בגרסת סבאח שלפיהם בידי התוקפים היו מספר סכינים. נקבע שלא הוכח שהמערער החזיק סכין. בעיני ברי שהסנגור רשאי לטעון בערעור כי הממצאים העובדתיים – שנקבעו על ידי בית המשפט בהכרעת דינו, ושאינם תואמים באופן מלא את גרסתו של אחד הצדדים – אינם מוכיחים את כל יסודות העבירה. אף ניתן לטעון שלא מדובר בקו חלופי, במובן זה שגם בעדות המערער הוא לא טען שידע על הסכין ועל הכוונה לעשות בו שימוש כדי לדקור את המנוח. ברם אין זה העיקר. מסכים אני שיהיה על המערער לשלם מחיר מסוים מפני שלא העיד שהיה במקום לצידו של הדוקר אך לא ידע על הסכין והכוונה להשתמש בה. לכן, לו הייתה עדות ישירה שהמערער ידע – הייתה ניצבת בפניו משוכה גבוהה. ברם, בהעדר ראיה ישירה על בית המשפט לבחון האם העניין הוכח מבחינה נסיבתית. אף כאשר מדובר בקו הגנה חלופי, אמת המידה היא:

"בניתוח ראיות נסיבתיות בית המשפט שוקל כל תרחיש אפשרי ורק אם המסקנה המרשיעה העולה מן הראיות הנסיבתיות היא המסקנה האחת והיחידה העולה מן העובדות שנקבעו – יוכל בית המשפט להרשיע" (עניין קצב, פסקה 149).

לדעתי, כאמור, מסקנת ההרשעה איננה האחת והיחידה במקרה זה.

טרם אחזור, ולו בקצירת האומר, על האמור לעיל, ראוי להבהיר. הנטל הוא מעבר לכל ספק סביר ולא מעבר לכל ספק. בית המשפט איננו חייב לזכות על בסיס אפשרות היפותטית ורחוקה שאיננה מתבססת על הראיות שהוצגו בפניו. הלוא בדרך כלל מבצע בצוותא של עבירת אלימות, אשר נמצא סמוך למבצע העיקרי, איננו נוהג להכריז "הנני חלק מתוכנית משותפת". ברם בתיקים רבים ניתן לבסס מסקנה זו על סמך ראיות נסיבתיות. למשל, הנאשם בדוגמא עומד ליד אחר בנסיבות שמלמדות על כך שהיה תכנון – מקום מבודד או כזה שנדרש תכנון מראש על מנת להגיע עדיו. לעיתים הרקע מסייע, לעיתים ההתנהגות לפני, אחרי ובזמן מעשה האלימות, ולפעמים עסקינן בכלי נשק גלוי - קר או חם. במצבים כאלו הכחשת המערער שהיה במקום, כמו גם שתיקתו, רק מחזקות את המסקנה הנסיבתית.

מקרנו שונה. ישנם שני "חורים" בתשתית העובדתית: ראשית, לא הוכח שתוקף נוסף - מלבד מימוני - החזיק בסכין. בוודאי שלא הוכח שהמערער עצמו החזיק בסכין. שנית, לא הוכח שהמערער היה מודע לקיומה של הסכין בידי מימוני. קביעתו של בית המשפט המחוזי, כי המערער ידע טרם התקיפה שמימוני מצויד בסכין, איננה מנומקת דיה (ההנמקה הובאה באופן מלא לעיל בפסקה 21). בית המשפט מציג מעין הנחה – "הדבר היה ידוע לנאשם". כפי שהוסבר לעיל, בתרבות המילולית המצערת של ימינו, אין די בהשמעת איום לרצוח במהלך הקטטה במסעדה כדי לבסס כוונה לרצוח. גם אין בכך שהמערער השתתף בקטטה עם המנוח ברחוב כדי ללמד על כך שהוא ידע מראש על הסכין או על הכוונה לעשות בה שימוש.

זאת ועוד, הבסיס לספק סביר עולה מראיות התביעה. דבריו של סבאח, היחיד שסיפק עדות ישירה כנגד המערער בדבר נוכחותו בתקיפה ברחוב, אינם רלבנטיים לשאלת המודעות, משום שהוא העיד שבידי התוקפים הייתה יותר מסכין אחת ואילו בית המשפט המחוזי דחה חלק זה של העדות. גילי לא העיד במשפט. מימוני לא אישר שנכנס עם הסכין לרכב. לכן אין בסיס עובדתי לקביעה כי המערער היה מודע לסכין שבידי מימוני. הדבר לא הוכח מעל לכל ספק סביר – לא באופן ישיר ולא באופן נסיבתי.

אומר זאת בצורה אחרת: מבחינה נורמטיבית, על מנת להרשיע את המערער בעבירה בה הורשע יש לעמוד בדרישות המשולבות של רצח ומבצע בצוותא. ברמה היישומית, נדרש להוכיח קיומה של תוכנית משותפת, וידיעה על הסכין ועל הכוונה לעשות בה שימוש. הקצב המהיר של התפתחות סיפור המקרה, פרק אחד קצר ומיד פרק נוסף, ביחד עם יתר הנסיבות והקביעה בדבר החזקת סכין אחד על ידי אחר שאיננו

המערער – אין בכוחם לבסס את המסקנות העובדתיות הנדרשות כדי להרשיע בעבירת הרצח. ושוב, יודגש כי גם בקו הגנה חלופי אל מול ראיות נסיבתיות יש לבחון את כל התרחישים ולקבוע שהמסקנה המרשיעה היא היחידה האפשרית. ברמה העיונית אוסיף, שגם אם הקו המרשיע אפשרי – לא די בכך. השאלה איננה האם האפשרות האמורה היא סבירה, אלא האם יש ספק סביר שמא היא לא התרחשה. לדעתי, במקרה דנא, יש להשיב לשאלה אחרונה זו בחיוב.

המסקנה היא, אפוא, שהממצאים העובדתיים אשר נגזרים מתוך קביעותיו העובדתיות האחרות של בית המשפט המחוזי, יוצרים ספק סביר של ממש בדבר התקיימות יסודות העבירה. הספק הסביר, כפי שהסברתי לעיל, מעוגן היטב בחומר הראיות ובתשתית העובדתית שנקבעה בבית המשפט המחוזי. לפיכך, בתחרות בין טענת התביעה "לא התגוננת", לבין טענת הסנגור "לא הוכח מעבר לספק סביר" – קולו של הסנגור גובר.

סיכום

34. סיכומו של דבר, הייתי מציע לחבריי כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי יבוטל. תחת זאת יורשע המערער בביצוע חבלה חמורה בנסיבות מחמירות (סעיף 333 בנסיבות סעיף 335(א)(2)), על פי העובדות שהוצגו, ויזוכה מחמת הספק מביצוע בצוותא של רצח בכוונה תחילה לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין יחד עם סעיף 29(ב). אם דעתי תתקבל, הייתי מציע לגזור על המערער עונש מאסר של חמש שנים, מתוכו תקופה של שלוש שנים לריצוי בפועל מיום מעצרו, והיתרה על תנאי שלא יעבור עבירת אלימות שהיא פשע לתקופה של שלוש שנים מיום שחרורו. כן הייתי מציע שבנסיבות המיוחדות של המקרה יפצה המערער את כל אחד מקרובי משפחתו של המנוח שזכה לפיצוי על פי פסיקת בית המשפט קמא בסך 10,000 ₪, וזאת תחת הפיצוי שנקבע בבית המשפט המחוזי.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

1. אני שותף למסקנותיו של חברי השופט הנדל, לגבי הקביעות וממצאי העובדה של בית משפט קמא. עם זאת, איני שותף למסקנתו הסופית לפיה יש לזכות את המערער

מעבירת הרצח ולהרשיעו בעבירה של תקיפה וחבלה חמורה, ולו דעתי תישמע, יש להותיר את ההרשעה על כנה.

טרם אנמק את מסקנתי, אפתח בהערה לגבי הכלל של "רס גסטה" המעוגן בסעיף 9 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות) כחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה.

סעיף 9 לפקודת הראיות

2. אני מצטרף למסקנתו של חברי השופט הנדל לגבי קבילות אמרתו של סבאח מכוח החריג של רס גסטה.

רס גסטה הוא חריג לכלל הפוסל עדות שמיעה. הכלל נובע מכך שעדות שמיעה נוגעת לאמרה שנאמרה מחוץ לכותלי בית-המשפט, ולא ניתן להעמיד את האמרה עצמה במבחנה של חקירה נגדית. קיימים שלושה "סוגים" של חששות לגבי עדות שמיעה: כי מוסר האמרה עצמו אינו מהימן; כי תוכנה של האמרה אינו חד משמעי וללא חקירה נגדית לא ניתן להבהירה; כי זכרונו של מוסר האמרה בגד בו או שתפיסת המציאות שלו מעוותת (ע"פ 7293/97 ז'אפר נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 460, 468 (1998) (להלן: עניין ז'אפר)).

3. לטעמי, אין לקבוע מסמרות לגבי מימד הזמן של המונח "בסמוך למעשה העבירה" וכל מקרה צריך להיבחן על פי נסיבותיו. אציין כי בע"פ 1645/08 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 3.9.2009) (להלן: עניין פלוני), השופטת ארבל לא קבעה כי יש לפרש את הדרישה לסמיכות הזמן "בדווקנות ובצמצום", אלא התבטאה כי היא נכונה להניח שכך יש לפרש את דרישת סמיכות הזמנים. לא למותר לציין כי אף על פי כן, באותו מקרה התקבלה אמרה שנאמרה כחצי שעה עד שעה לאחר האירוע. מכל מקום, בעניין ז'אפר פירש בית המשפט את סעיף 9 באופן גמיש, אף בניגוד ללשון הסעיף לפיה נדרש מוסר האמרה להעיד במשפט, וזאת נוכח ה"מגמה הכללית של דיני הראיות בישראל, שבמסגרתה מועבר הדגש מכללים פורמאליים של קבילות לכללים גמישים של משקל" (שם, עמ' 473 והאסמכתאות שם).

ואכן, פרשנות דווקנית ומצמצמת של סעיף 9 לפקודת הראיות, אינה עולה בקנה אחד עם המגמה הכללית בפסיקה לעבור בהדרגה מכללי קבילות פורמליים לכללים גמישים של משקל. ניתן לומר כי המגמה לעבור מקבילות למהימנות מסכנת

את כיסאם של המרצים המלמדים "דיני ראיות" בפקולטאות למשפטים, כאשר המגמה המסתמנת היא שלא לחסום את דרכה של הראיה לבית המשפט מלכתחילה, אלא לבחון את מהימנותה ומשקלה לגופה (ראו: ע"א 8493/06 עיזבון המנוח ציון כהן ז"ל נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (לא פורסם, 17.10.2010) והאסמכתאות שם; דברי השופט ארבל בדנ"א 7818/00 יוסף אהרן נ' אהרונ, פ"ד נט(6) 653, 715-716 [פסקה 29]; דברי השופט ברלינר בע"א 119/05 חליפה נ' מדינת ישראל, פסקה 32 (לא פורסם, 10.9.2006). מנגד, ראו הערת המשנה לנשיאה ריבלין בע"א 8423/06 שדה נ' לוינזון (לא פורסם, 10.8.2010) ולפיה "התנערות מכללי הקבילות מגמישה את שיקול הדעת של השופט עד למחוזות רחוקים. יש להישמר מכך".

4. השאלה אם יש לפרש את החריג של רס גסטה הקבוע בסעיף 9 לפקודת הראיות "בדווקנות ובצמצום" או ברוח המגמה לעבור מכללי קבילות לכללים של משקל, משקפת מחלוקת עמוקה יותר. מחלוקת זו כרוכה בשאלה אם ראוי להגביל את שיקול הדעת השיפוטי בקביעת העובדות, על ידי הצבה של כללים או הנחיות באשר לדרך שבה ייקבעו העובדות, והיא נוגעת למעשה בתפיסה של כושר השיפוט האנושי (דורון מנשה "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים" קרית המשפט א 307 (תשנ"א); דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש ההוכחה ותזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83 (תשנ"ז); דורון מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות (2008)).

המצדדים ב"כללי פסילה" של ראיות, דוגמת עדות שמיעה, סבורים כי ראוי לקבוע מראש שולי בטחון מקסימליים כנגד "סיכוני משגה" שעלולים להביא להרשעת שווא. איננו רוחשים אמון לעדות שמיעה, ואיננו מתירים עדות כנגד מסמך בכתב מאחר שאיננו בוטחים בזיכרון האנושי. לשיטתם של הדוגלים בכללי אי הקבילות, שמכבידים לכאורה על הוכחת האמת העובדתית בבית המשפט, כללים אלה נועדו דווקא לשרת את גילוי האמת העובדתית בבחינת כלי לחלוקת סיכוני משגה: "הם ביטוי חיצוני לגישתו של הדין לסיכונים של משגה. כלל הפסילה של עדות השמיעה מעניק חסינות מפני הסיכון של משגה, בשל חוסר האפשרות לחקור את נותני האמרות" (אלכס שטיין "פרשנות סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש]" משפטים כא 325 (תשנ"ב); וכן אלכס שטיין "הצעת החוק בדבר החלפת סעיף 10א לפקודת הראיות: רעיונות חדשים עם פנים ישנות" מחקרי משפט י 157 (תשנ"ג)).

מנגד, אלו המאמינים ביכולתו של השיפוט האנושי לחשוף את האמת העובדתית, גורסים כי יש להביא את כל הראיות הרלוונטיות בפני בית המשפט על מנת

לצמצם את הפער בין האמת העובדתית לאמת המשפטית (אורי שטרוזמן "האמת קבורה ב'עדות שמיעה'" המשפט א 239 (תשנ"ג). המחבר מציע לאמץ נוסח של הצעת חוק שפורסמה בשעתו, ולפיה "כל דבר העשוי להביא לידי הוכחת נידון כשר כראיה").

5. קיצורו של דבר, גישות שונות לגבי היקף החריג של "רס גסטה" משקפות מאבק בין שני זרמים. הזרם הגורס כי למען גילוי האמת ראוי למנוע מראיות "מפוקפקות" מלהגיע לבית המשפט, והזרם הגורס כי למען גילוי האמת יש לאפשר לבית המשפט לבחון את כל הראיות תוך מתן משקל שונה לראיות השונות, כאשר שתי הגישות מונחות על ידי הרצון לגלות את האמת (אהרון ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11, 13 (תשנ"ו)).

מאחר שחברי הגיע למסקנה כי יש לקבל את אמרתו של סבאח גם על פי הפרשנות הדווקנית והמצמצמת של סעיף 9 לפקודה, איני נדרש לקבוע עמדה בין שני הזרמים המתוארים לעיל. מכל מקום, אני סבור כי את המונח של סמיכות זמן הנדרש בסעיף 9 לפקודת הראיות יש לפרש באופן גמיש, על פי נסיבות כל מקרה ומקרה.

ומכאן, לנושא המרכזי של הרשעת המערער בעבירת הרצח.

קו הגנה חלופי והרשעה מעבר לכל ספק סביר

6. טענת המערער כי למרות השתתפותו בתקיפת המנוח אין לראותו כמבצע בצוותא, לא הועלתה בערכאה הדיונית, ולא זה קו ההגנה בו נקט המערער במהלך המשפט. הדבר לא נעלם מעיני חברי, שציין בסעיף 29 לפסק דינו כי אין בכך כדי להסיר מהנטל המוטל על התביעה להוכיח מעבר לספק סביר את יסודות העבירה מתחילת המשפט ועד סופו. לאמירה זו אני מסכים כמובן, אלא שהמשפט מתנהל על פי קו ההגנה של הנאשם, ובהתאם לכך על התביעה לרכז את ראיותיה, והיא לא נדרשת להפריך גרסה שלא הועלתה כלל על ידי הנאשם. מה עוד, שקו ההגנה הנוכחי של המערער, בשלב הערעור, הוא קו הגנה שלישי כפי שעולה מהשתלשלות הדברים.

7. גרסתו הראשונה של המערער נמסרה לשוטר שבא לחקור אותו בבית החולים איכילוב (הדו"ח ת/2), לשם הגיע לאחר שנמלט מבית החולים תל השומר. המערער מסר לשוטר כי אחרי הקטטה במסעדה הוא לא זוכר כלום, כי התקשר לאחיו שיגיע לקחת אותו מהמסעדה מאחר שפצעו אותו, אחיו הגיע ולקח אותו לתל השומר אך הוא עזב את תל השומר כי אמרו לו שמגיעים להרוג אותו.

כעבור זמן הגיע חוקר לבית החולים איכילוב, וחקירת המערער הוקלטה. המערער טען כי הוא בטרומה לאחר שקיבל מכה חזקה מאחור, ואינו זוכר מעבר לכך. בחקירה נוספת בבית החולים השיב כי אינו זוכר כיצד הגיע לבית החולים, כנראה התקשר למישהו שכא לקחת אותו וכי עבר לבית חולים אחר בעקבות שיחת טלפון שקיבל. לשאלה אם הגן על עצמו השיב שאינו יודע, ייתכן שהגן על עצמו, וכי הגיע למסעדה שלא בכוונה לבצע פשע, לא הייתה לו "כוונת זדון". הוא מרגיש "כמו בחלום" בעקבות המצב שהוא שרוי בו, ומבקש עזרה כדי להגיע ל"שפיות". הוא אינו מסוגל לעכל את מה שקורה, ורוצה "להתעורר מהחלום הזה".

בחקירה שנעשתה יומיים לאחר מכן בתחנת המשטרה ביקש המערער לשמור על זכות השתיקה, אך בהמשך חזר על גרסתו כי ברגע שנחתך התקשר למישהו, שבדיעבד הוא מבין שזה היה אחיו גילי. בחקירה נוספת אמר שאינו זוכר האם היה ברכבו של מימוני לאחר שנפצע. הוא נשאל אם לקח סכין כאשר יצא מהמסעדה והשיב: "אני לא זוכר, אני לא מאמין", וכך ענה גם לשאלה אם מימוני לקח סכין מהמסעדה, והוסיף כי לא היתה לו סיבה לעשות כן (עמ' 2 להודעה ת/14). בחקירה נוספת (ת/16 מיום 13.8.2006) משנשאל על כתמי הדם במכוניתו של מימוני, השיב: "אני לא יודע, הוא חבר שלי. אני מסתובב איתו מידי פעם. כל מה שהיה לי אמרתי...". משנשאל אם המקום שבו גילי אסף אותו ברכב ופינה אותו לבי"ח, הוא המקום שבו נפצע, השיב שאינו זוכר, ולשאלה מדוע מימוני לא לקח אותו לבית החולים השיב כי לא יודע כלל האם מימוני היה איתו באותה עת.

8. אין כיום מחלוקת כי גרסאותיו של המערער בחקירותיו, לגבי מקום פציעתו ולגבי נסיבות האירוע היו שקריות. לאחר הקראת כתב האישום, ולאחר שכל חומר הראיות כבר היה בפניו, ניתנה תשובה בכתב של המערער לכתב האישום, ובה טען כי ישב במכונית כאשר המנוח התקרב לחלון הפתוח שליד הנהג ודקר אותו סמוך לעינו. המדובר בגרסה כבושה, והשופטת אמסטרדם אף מצאה לציין בהערותיה לפסק דינו של השופט טל כי "לאחר שהנאשם, באמצעות בא-כוחו, צילם את חומר הראיות שנאסף ע"י המשטרה במהלך החקירה, רקם הנאשם, בהתבסס על חומר זה, סיפור בדייה אותו התאים לתשתית הראייתית הקיימת".

על גרסה כבושה זו חזר המערער בעדותו בבית המשפט שם אף נשאל לגבי קו הגנה חלופי של הגנה עצמית, אך שלל זאת בהסבירו כי למרות שהסניגור הציע לו

לטעון להגנה עצמית, הוא בטוח בחפותו ואינו נכון להמציא גרסה בדבר הגנה עצמית, וכי אין לו קשר לאירוע (עמ' 877-886 לפרוטוקול).

בעת מתן תגובתו לכתב-האישום ובעת מתן עדותו, המערער עדיין לא ידע כי על חולצתו מצוי כתם דמו של המנוח, מאחר שהחולצה עדיין לא נבדקה, ולא למותר לציין כי היה זה המערער שהפציר בבית המשפט כי החולצה תיבדק, כדי להוכיח גרסתו כי לא היה מעורב כלל בתקיפה במהלכה נדקר המנוח. לא רק זאת, אלא שבית המשפט אף אפשר למערער לחזור ולהעיד על מנת להסביר את הימצאות דמו של המנוח על חולצתו, אך המערער סירב לנצל ההזדמנות שניתנה לו.

הנה כי כן, הגרסה שהיה על התביעה להתמודד עמה היא שהמערער כלל לא היה בצוותא חדא עם גילי ומימוני בעת שהמנוח הותקף, אלא ישב במכוניתו של מימוני.

9. בית משפט קמא נדרש בהכרעת דינו לכבישת עדותו של המערער, והיה נכון להכיר בכך שהמערער ביקש להימנע מלהפליל את מימוני. לסופו של יום, נקבע על ידי בית המשפט קמא כי המערער היה שותף לתקיפה בצוותא של המנוח יחד עם מימוני וגילי, אם כי נקבע שלא הוכח כי המערער היה זה שדקר את המנוח והחשד נופל על מימוני (שנראה נוטל סכין מהמסעדה, ולאחר האירוע נמלט ברכבו מהזירה ושה מספר ימים באילת עד לחזרתו).

10. כעת, בשלב הערעור, טוען המערער לקו הגנה חלופי לפיו לא היה שותף לתכנון לדקור את המנוח אלא רק לתקיפתו. דא עקא, שמדובר בגרסה שלישית, שלא עמדה בחזית המחלוקת. אילו היה המערער טוען במהלך המשפט, אפילו כגרסה כבושה נוספת, כי הופתע מכך שמימוני או גילי נשאו עמם סכין, או שהופתע מכך שמימוני או גילי דקרו את המנוח בסכין במהלך הקטטה, אזי ניתן היה להתמקד בקו הגנה זה. אך לא רק שהמערער לא טען זאת, ולא רק שהמערער סירב להצעה לחזור ולהעיד, אלא שהיה זה המערער שהתרעם על כך שבמהלך חקירתו הנגדית הועלתה האפשרות שיש לראותו כמבצע בצוותא בטענה שהגנתו נפגעה עקב כך.

זירת המחלוקת נקבעה על ידי קו ההגנה של המערער, ובהתאם לכך המשפט התנהל במסלול אחר לחלוטין, תוך התמקדות בשאלה אם המערער נכח בזירת האירוע או שמא ישב במכונית פצוע לאורך האירוע, לאחר שנדקר על ידי המנוח כגרסתו. כך, לדוגמה, כל הסוגיות הקשורות בכתמי הדם, ואשר נדונו על ידי בית משפט קמא, אינן

רלוונטיות לקו ההגנה הנוכחי שעניינו בשאלה אם המערער לא היה שותף לתכנון לדקור את המנוח, ולמעשה הופתע משליפת הסכין ודקירתו של המנוח במהלך התקיפה המשותפת.

11. הנושא של קו הגנה חלופי נדון לאחרונה בהרחבה על ידי השופט נאור (בתוארה אז) בשתי הזדמנויות. האחת - בע"פ 6952/07 רפאילוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.6.2010) (להלן: עניין רפאילוב), גם שם העלה המערער, בשלב הערעור, קו הגנה חלופי לפיו אמנם היה נוכח בעת ביצוע הרצח, אלא שאדם אחר הוא שהרג את המנוח. השניה - בערעורו של נשיא המדינה לשעבר משה קצב (ע"פ 3372/11 משה קצב נ' מדינת ישראל פסקאות 163-181 (לא פורסם, 10.11.2011) (להלן: עניין קצב). אני נכון לילך בדרך שנסללה בעניין רפאילוב וקצב, ולצאת מנקודת הנחה כי האמירה לפיה יש להוכיח את כל יסודות העבירה והטענה בדבר קו הגנה חלופי הן בסופו של דבר אותה גברת בשינוי אדרת. בעניין קצב נקבע, לאחר סקירת הפסיקה, כי מקום בו מדובר בראיות נסיבתיות, על בית המשפט לבחון אף ביוזמתו קווי הגנה חלופיים אפשריים. מקום בו מדובר בראיות ישירות, הרי שקווי הגנה חלופיים צריכים להיות מעוגנים בראיות וסבירים.

מקובל עלי כי אין להעניש ולהרשיע נאשם בעבירה שיוחסה לו אך בשל כך שנדחה קו ההגנה הקיצוני והשקרי בו נקט ואשר נועד להרחיקו לחלוטין מביצוע העבירה. עם זאת, לעיתים יש מחיר לכך שהנאשם נקט בקו הגנה מסוים, ובהיעדר עדות של הנאשם במהלך שמיעת הראיות בהתייחס לקו ההגנה החלופי, הוא לא יישמע בקו הגנה זה בנסיבות בהן ההסבר היה צריך לבוא מפיו-שלו ולא מפיו של הסניגור. לעניין זה אין נפקה מינה אם קו ההגנה החלופי מועלה לראשונה רק בשלב הסיכומים בערכאה הדיונית או בערכאת הערעור, וכפי שנאמר בעניין קצב (שם, פסקה 171):

"העובדה שנאשם נקט קו הגנה קיצוני ולא תמך בגרסה היכולה לתמוך בקו קיצוני פחות עלולה לעמוד לו לרועץ. להכחשה טוטאלית יש לעיתים תוצאות לוואי ראייתיות השוללות אפשרות של העלאת טענה חלופית הסותרת את ההתכחות הכוללנית".

יש מצבים בהם קו ההגנה החלופי עולה מעצמו מתוך חומר הראיות כאפשרות שעל בית המשפט לבחון למרות שהנאשם לא העלה אותה, כגון טענת הגנה עצמית כאשר עולה מהראיות כי הנאשם הותקף על ידי הקרבן, או מעשה קינטור או הגנת

הצורך, אך הכל כאשר יש לטענות הגנה אלה אחיזה בחומר הראיות (ראו הדוגמאות הנזכרות בעניין קצב בפסקאות 172-174).

כאשר קו ההגנה החלופי אינו מעוגן בחומר הראיות או אינו סביר, לשקריו של הנאשם עשוי להיות מחיר ראייתי. אכן, מצבו של נאשם ששיקר לא צריך להיות גרוע יותר משהיה מצבו אילו בחר בזכות השתיקה, אך כפי שגם לזכות השתיקה יש מחיר ראייתי, כך גם לגבי שקריו של הנאשם, וכפי שנאמר בעניין קצב (ש, פסקה 181):

”כשנאשם בוחר להרחיק עדותו ולהכחיש הכחשה גורפת עשוי להיות לכך מחיר ראייתי, ובמיוחד במקרים של עבירות מין בהן יש בדרך כלל גרסה מול גרסה...נאשם אינו מורשע בגין שקריו. הוא מורשע בגין ראיות מהימנות הקיימות נגדו.”

12. ומהתם להכא. במקרה שלפנינו, לשקריו של המערער יש מחיר ראייתי. קו ההגנה המוצע כעת, ולפיו אין לראותו כמבצע בצוותא, אינו מעוגן בחומר הראיות, ולא ניתן לשמוע אותו בשלב זה מפיו של המערער, בהיעדר עדות שלו במהלך שמיעת הראיות על כך שהופתע מדקירתו של המנוח.

ומזוית אחרת: די בראיות שהובאו על ידי התביעה כדי להעביר אל המערער את נטל הבאת הראיות (להבדיל מנטל השכנוע הנוטר לכול אורך הדרך על כתפי התביעה) כי אין לראותו כמבצע בצוותא למרות שהשתתף בתקיפת המנוח, נטל בו לא עמד המערער.

בית משפט קמא נדרש למעמדו של המערער כמבצע בצוותא ומסקנותיו מקובלות עלי על רקע הראיות הבאות: למערער היה מניע לפגוע במנוח לאחר שהותקף על ידו במסעדה; במהלך התגרה מחוץ למסעדה המערער פלט איום כי ירצח את המנוח; גילי הוזעק לסייע לאחיו-המערער מייד בתום הקטטה במסעדה (כך לגרסת המערער, בעוד התביעה טענה כי גילי נאסף מביתו על ידי מימוני והמערער); המערער נכח שלא באקראי בזירת האירוע; המערער השתתף בתקיפתו של המנוח ועמד בסמוך אליו שעה שהמנוח נדקר פעמיים באזור הלב ופעמיים בצד ימין של גופו.

על רקע תשתית עובדתית זו יש לקבוע כי נוכחותו של המערער בזירה לא היתה מקרית ותמימה. עובדה זו מהווה ראיה לכאורה למעמדו של הנאשם כמבצע בצוותא, והנטל לסתור הנחה זו מוטל על הנאשם. משהמערער נכשל בסתירת ההנחה האמורה,

ובצירופן של הראיות המאששות את אשמו אין אלא להצטרף למסקנתו של בית משפט קמא (ע"פ 6202/95 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 685, 690 (1996)). בנוסף, בהיעדר ראיה כי המערער ניסה למנוע מגילי או ממימוני מלדקור את המנוח (השוו: ע"פ 6084/02 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.10.2006)), יש לראות את המערער כבעל "השליטה הפונקציונלית" על העשייה העבריינית והתפתחותה, כמי שנטל חלק בתוכנית הכוללת להגשמת הפעולה העבריינית וכמי שתרומתו "הפנימית" לביצוע העבירה הייתה מהותית להגשמת התוכנית המשותפת (ע"פ 7637/05 יוסף נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.7.2007) והאסמכתאות שם). לכך יש להוסיף כי:

"קיים קשר ברור בין מידת התרומה הפיזית הנדרשת כדי שמעורב ייחשב למבצע בצוותא לעצמת היסוד הנפשי ולשליטה על הפעילות העבריינית. ככל שהאחד חזק יותר, ניתן לדרוש רמה קלה יותר של משנהו במישור ההוכחתי (ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 31.12.2008))."

13. כאמור, המערער היה שותף לתקיפתו של המנוח, ובית משפט קמא האמין לגרסת סבאח הראשונה לפיה "שלושת תוקפיו של המנוח תקפו אותו בסכין או בסכינים ולא רק בידיהם" (עמוד 176 לפסק הדין). בנסיבות אלה, וכאשר המערער מצידו לא הביא בדל ראיה כדי לתמוך באפשרות כי למרות תרומתו הפיזית המהותית בתקיפת המנוח אין לראותו כמי שהתכוון להרוג את המנוח, אני סבור כי יש להותיר את הכרעת דינו של בית משפט קמא על כנה ולהרשיע המערער ברצח כמבצע בצוותא.

ש ו פ ט

השופט ט' ג'ובראן:

1. במחלוקת שנפלה בין חבריי, באשר לתוצאה של הערעור שלפנינו, החלטתי לצרף דעתי לדעתו של חברי השופט י' עמית. אף לטעמי יש להותיר את הרשעת המערער בעבירה שיוחסה לו על כנה ואין מקום להתערב בפסק דינו של בית המשפט המחוזי.

2. ראשית, כפי שציין חברי השופט י' עמית, טענת המערער לפיה אין לראותו כמבצע בצוותא היא טענה עובדתית חדשה. גרסתו הראשונית של המערער הייתה כי הוא נפצע במהלך הקטטה במסעדה והוא לא זוכר מה אירע לאחר שיצא ממנה. מאוחר יותר, לאחר הקראת כתב האישום, שינה המערער את גרסתו לכך שהמנוח דקר אותו בעינו בעת שישב ברכבו של מימוני ולא היה לו חלק בתקיפתו. גרסה זו נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי בקובעו כי:

”אינני מאמין לעדותו הכבושה של הנאשם בכל הקשור למה שארע לאחר שיצא מהמסעדה, לרבות נסיבות פציעתו, וטענתו שלא ראה את המנוח כשהוא פצוע, איננה מהימנה עלי, שכן הנאשם לא נתן הסבר לכבישת גרסתו. מדובר בגירסה לא סבירה ולא מהימנה שנסתרת בממצאים שנמצאו בזירת הארוע...” (עמוד 163 להכרעת הדין).

3. כעת, בערעור המנוח לפנינו, טוען המערער, כטענה משפטית חלופית, כי גם אם אכן נטל חלק בתקיפת המנוח, אין בכך כדי לראות בו כמבצע בצוותא של עבירת הרצח, אלא לכל היותר כמבצע של עבירת התקיפה או ההריגה. כפי שקבע חברי, השופט י' עמית, מדובר בקו הגנה חלופי שהוצג לראשונה בערכאת הערעור. בהקשר זה כתבה השופטת ע' ארבל את הדברים הבאים:

מטבע הדברים, את גרסתו העובדתית לאירוע שמעורבות פלילית בו מיוחסת לו, הנאשם יודע ומכיר. הוא רשאי לבחור לפרוש גרסתו בפני בית המשפט ויכול הוא שלא לעשות כן, תוך שהוא נושא בסיכון כי שתיקתו בבית המשפט עלולה לשמש את בית המשפט כתוספת ראייתית לראיות התביעה... כמובן, העובדה שנאשם משנה מעת לעת את גרסתו ולא מוסר אותה בהזדמנות הראשונה יש בה כשלעצמה כדי לעורר חשד. אך ברי גם כי מקום שבית המשפט נוכח כי מכלול הראיות שהוצגו בפניו מקים ספק סביר לאשמתו של הנאשם – בין על בסיס התרחיש העובדתי החלופי המוצע על-ידי הנאשם, בין אם על בסיס תרחיש עובדתי שלא טען לו אך עולה באופן סביר מן הראיות – שומה עליו להגיע למסקנה מזכה... גם במצב זה צריכה להיות אותה “אפשרות” שעליה יתבסס זיכוי של הנאשם ממשית ולא ערטילאית. היא צריכה לעמוד על רגליה גם בהינתן העובדה שלתביעה לא התאפשר לתקפה ולהציג את חולשותיה. רק קביעת רף שכזה תאפשר הימנעות מהרשעת חפים מחד גיסא, ולא תעודד נאשמים לשמור על שתיקה ולהימנע ממסירת גרסה בודעם כי יוכלו לבצע מקצה שיפורים בפני ערכאת הערעור מאידך גיסא, על-ידי העלאת טענה חדשה להיתכנותו של תרחיש עובדתי

אפשרי אחר (ע"פ 7477/08 גן נ' מדינת ישראל, בפסקה 55 (טרם פורסם, 14.11.2011)).

דברים אלה מקובלים אף עלי. אכן, ייתכנו מקרים שבהם ניתן יהיה לזכות נאשם על בסיס תרחיש עובדתי חלופי אשר יעורר ספק סביר באשר לאשמתו בעבירות המיוחסות לו, וזאת על אף שינוי הגרסה. אך כאמור, על מסכת עובדתית חלופית זו, המוצגת בשלב מאוחר של ההליך המשפטי, להיות חלופה סבירה לממצאים העובדתיים שנקבעו עד כה בהסתמך על גרסתו הראשונית של הנאשם ועל ראיות התביעה (ראו גם דברים שכתבתי לעניין זה בע"פ 5041/04 אמונה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.10.2005)). בענייננו, התיזה החלופית שהציג המערער לפנינו אינה מעוררת לטעמי ספק סביר באשמתו בעבירה שיוחסה לו ואין בה כדי לפגום במסקנות העובדתיות והמשפטיות אליהן הגיע בית המשפט המחוזי. כחברי, השופט י' עמית, אף אני סבור כי הסבריו של המערער אינם נתמכים בחומר הראיות ואין בהם כדי לפגום בתשתית הראייתית שהציגה המשיבה (ראו בפסקה 12 לחוות דעתו).

4. מסקנתי זו מבוססת על התשתית העובדתית הבאה:

בית המשפט המחוזי קבע, כממצא עובדתי, כי במהלך התגרה במסעדה איים המערער על המנוח ואמר שירצח אותו (עמוד 17 להכרעת הדין). כחברי השופט נ' הנדל, אף לטעמי אין מקום להתערב בממצא עובדתי זה אשר נקבע לאחר בחינת כלל העדויות והראיות שהציגו הצדדים בהקשר זה. אמנם, אכן, כפי שטען המערער, מדובר בביטוי שלצערנו הפך לשגור בקטטות מסוג זה. לפיכך, אם הייתה זו הראיה היחידה העומדת לחובתו, ייתכן וניתן היה להגיע למסקנה כי קיים ספק סביר ביחס לאשמתו ברצח המנוח. אך לא כך הוא המצב בענייננו.

לראיה זו מצטרפת גרסתו של סבאח, דודו של המנוח. סמי ג'ורג'י, אביו של המנוח, ויהודית זמר טוב, ידידתו של סבאח, מסרו שניהם כי סבאח סיפר להם שהיה עד לתקיפת המנוח. סמי סיפר בחקירתו הראשונה כי סבאח אמר לו שהיה עם המנוח בזמן שהמערער, אחיו גילי ומימוני דקרו אותו. בעדותו בבית המשפט העיד סמי שסבאח אמר לו ששלושת התוקפים קפצו על המנוח עם סכינים וניסו לדקור אותו, עד שהמערער נדקר בעצמו, ואז הם ברחו מהמקום (ראו עמודים 38 ו-46 להכרעת הדין). בית המשפט המחוזי מצא את עדותו של סמי כמהימנה (עמוד 50 להכרעת הדין). יהודית אמרה בהודעתה במשטרה כי סבאח אמר לה בליל האירוע שהוא היה נוכח בזמן הדקירות, כי "הסכינים עברו לו ליד הפנים", כי היו שלושה תוקפים, וכן כי המנוח

הצליח לקחת מהם סכין ולדקור אותם (עמוד 52 להכרעת הדין). בית המשפט קבע שהדברים שסיפרה יהודית זמר טוב מהימנים עליו והם מלמדים שסבאח אכן נכח בזמן האירוע. זאת, בין היתר, שכן הוא סיפר לה שהמנוח הצליח לחתוך את אחד מתוקפיו בעינו, דבר שלא היה ידוע באותה העת (עמודים 56-57 להכרעת הדין). אמרותיו אלו של סבאח לסמי וליהודית התקבלו כראיות קבילות על אף היותן עדויות מפי השמועה וזאת שכן הן מקיימות את התנאים הקבועים להחלתן של חריג ה"רס גסטה" לכלל האוסר על עדות מסוג זה. בעניין זה הרחיבו חבריי ואין לי אלא להצטרף לעמדתם לפיה אכן יש לקבל אמירות אלה כראיות בענייננו, גם לפי הפרשנות המצמצמת יותר של חריג זה (ראו פסקה 16 לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל ופסקה חמש לחוות דעתו של חברי השופט י' עמית). לפיכך, לא מצאתי נכון להרחיב בנושא סמיכות הזמן הנדרש בין ביצוע העבירה לבין מסירת האמירה ואשאיר את הדיון בסוגיה זו לעת מצוא.

בית המשפט המחוזי קבע כי עדותו של סבאח, לפיה הוא נכח במקום האירוע בזמן התקיפה מהימנה עליו, והעדיף את הגרסה הראשונית שמסר לסמי וליהודית, לפיה ראה את המערער, גילי ומימוני תוקפים את המנוח, על פני גרסתו המאוחרת יותר (עמודים 73-74 להכרעת הדין). כחברי השופט נ' הנדל, אף לטעמי אין מקום להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי להעדיף את גרסתו הראשונה של סבאח על פני האחרות, שכן מדובר בקביעת מהימנות שבה לא נוטה ערכאת הערעור להתערב ואין מקום לעשות כן בענייננו (בפסקה 17 לחוות דעתו).

ראיה נוספת הקושרת את המערער לתקיפת המנוח, היא הימצאות כתם דם של המנוח על גב חולצתו. בית המשפט המחוזי קבע כי יש בכתם דם זה כדי להוכיח שהמערער נמצא בקרבתו של המנוח בעת שנפצע (עמוד 108 להכרעת הדין) וכדי לתמוך בגרסתו של סבאח לפיה הוא השתתף בתקיפת המנוח (עמוד 111 להכרעת הדין). אכן, לא ניתן ללמוד מראיה פורנוזית זו שהמערער הוא שדקר את המנוח, אך מקובלת עלי הקביעה כי ניתן להסיק ממנה כי היה בסמוך אליו בעת שנדקר.

5. נוכח הקביעות העובדתיות של בית המשפט המחוזי שנסקרו לעיל, אליהן הגיע לאחר בחינה מדוקדקת ומקיפה של חומר הראיות בתיק ושבהן, כאמור, לא מצאתי מקום להתערב, נחה דעתי כי לא מתעורר במקרה זה ספק סביר בנוגע לאשמתו של המערער בעבירה שיוחסה לו. ראשית, בבחינת היסוד העובדתי, מקובלת עלי המסקנה לפיה ניתן לראות במערער, באחיו ובמימוני כמבצעים בצוותא של העבירה, בהתאם לגרסה שסיפר סבאח לאחר האירוע. זאת, אף אם אקבל את טענת המערער לפיה לא

ניתן לקבוע כי הוא זה שאחז בסכין בעצמו ודקר את המנוח, דקירות שהביאו למותו. יפים לעניין זה דברים שנכתבו בע"פ 5022/01 מדינת ישראל נ' אטיאס, פ"ד נו(1) 856, 864 (2001):

"התגרה האלימה החלה באמצעות שימוש בידיים ונמשכה באמצעות שימוש בסכין, לפחות על ידי אחד מהתוקפים. בנסיבות העניין, נוכח הגעתם המשותפת של המערערים למקום, השתתפותם בתגרה האלימה בכוונה לפגוע במתלונן ובהתחשב באופייה של התגרה ובעובדת חבירתם יחדיו גם בעזיבתם את המקום, ניתן לייחס לשותף שלא דקר מודעות לאפשרות הסלמתה של התגרה האלימה בין על ידי הגברת האלימות באמצעות הידיים ובין באמצעים אחרים ובתוכם גם שימוש בנשק קר, אשר כולם מכוונים לגרום חבלה למתלונן. די באפשרות לצפות התפתחות של הסלמת העימות תוך שימוש באמצעי ביצוע כאלה ואחרים כדי לערב את השותף כמבצע בצוותא למעשי חברו גם לעניין השימוש בסכין".

6. גם בענייננו, ניתן לראות במערער כמבצע בצוותא לדקירה שהביאה למותו של המנוח. המערער טוען כי לא ניתן לראות בו כמבצע בצוותא שכן לא הייתה תכנית משותפת לרצוח את המנוח, במסגרתה חולקו התפקידים בין השותפים השונים. אין בידי לקבל טענה זו שכן כבר נקבע בפסיקה ששותפות יכולה גם להיות שותפות ספונטאנית ללא תכנון מקדים, ואין הכרח לכך שהמבצעים בצוותא ידברו ביניהם מראש (ע"פ 4692/01 מדינת ישראל נ' בביזאיב, פ"ד נו(5) 580, 584-585 (2002)). נוכח כל האמור לעיל, מקובלת עלי קביעתו של חברי השופט י' עמית, כי נוכחותו של המערער בזירת האירוע לא הייתה מקרית, ובוודאי שלא הייתה תמימה, אלא רחוק מכך, ולפיכך ניתן לראות בו כמי שנטל חלק בביצוע עבירת הרצח (בפסקה 12 לחוות דעתו).

7. בנוסף, מקובלת עלי מסקנתו של בית המשפט המחוזי לפיה התקיים במערער היסוד הנפשי הנדרש לעבירת הרצח. כידוע, על מנת להרשיע נאשם בעבירה של רצח, יש להוכיח שלושה יסודות המצטברים לדרישת הכוונה תחילה והם הכנה, החלטה להמית והיעדר קינטור. בכל הנוגע ליסוד ההחלטה להמית, נקבע כי לעתים מדובר בהחלטה המתגבשת באופן מידי, בלהט הרגע, ולא נדרש כי תתגבש לאורך זמן ממושך (ראו למשל ע"פ 624/89 יחזקאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(3) 705, 715 (1995) (להלן: עניין יחזקאל)). עוד נקבעה בפסיקה חזקה לפיה אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות הנובעות ממעשיו. ניתן לעשות שימוש בחזקה זו בהינתן נסיבות מסוימות וביניהן אופן ביצוע הרצח וטיב הפגיעה במנוח (ע"פ 228/01 כלב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 365

(2003). כך למשל, ניתן לתת משקל לכלי הרצח ולאמירות קודמות שהוחלפו בין הנאשם לנרצח (ראו לעניין זה דברים שכתבתי בע"פ 8564/07 גונצ'ר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 25.5.2011) וההפניות המופיעות שם (להלן: עניין גונצ'ר)). עוד נקבע כי "פגיעה באיזור רגיש בגופו של הקורבן עשויה להוות אינדיקציה לקיומה של כוונה להמית, אף כאשר מדובר בפגיעה אחת בלבד (ע"פ 2202/08 פסקו נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 7.3.2012)).

בענייננו, נוכח הרקע העובדתי שתואר לעיל, נוצרת חזקת כוונה לרצח המנוח. זאת, שכן המערער השתתף בתקיפת המנוח, לאחר שאיים כי יהרוג אותו, כאשר במהלך אותה תקיפה נדקר המנוח בספר דקירות, ביניהן הדקירה בבית החזה, דקירה שהובילה למותו (עמוד 112 להכרעת הדין). אוסיף, כי לבעייתיות שבשימוש בסכין כדרך לפתרון סכוכים נכתבו בעניין הדברים הבאים:

"תרבות הסכין יש לה נימות לוואי פסיכולוגיות משלה; היא בנויה, בראש והראשונה, על הנכונות להשתמש בכלי מסוכן ואף קטלני כדי לחסל חשבונות ולהשליט יחס כבוד מדומה על-ידי הטלת אימה. הנכונות להשתמש בסכין אינה נטולת הבנה של הסיכונים המתלווים לכך, אלא היפוכו של דבר, מתלווה לה הידיעה, עד כמה הדבר מסוכן ואף יעיל בהתמודדות העכורה של שולפי הסכינים" (עניין יחזקאל, עמודים 713-712).

אמנם, חזקת הכוונה אינה חזקה מוחלטת והנאשם יכול לסתור אותה באמצעות הסבר משלו למה שהתרחש. אלא, שהמערער, כאמור, הרחיק עצמו ממקום האירוע ולא עורר ספק סביר בכך שהאיום כלפי המנוח, בצירוף אירוע הדקירה שבו השתתף כמבצע בצוותא, הופכים במקרה זה את החזקה לחזקה חלוטה בדבר כוונתו להביא למותו של המנוח. אחת מטענותיו הרבות של המערער היא כי אין לייחס לו כוונת קטילה שכן המנוח עזב את זירת האירוע בהליכה והמערער עזב את המקום כיוון שנפצע ולא רק לאחר שווידא כי המנוח נהרג (ראו בעמוד 46 לעיקרי הטיעון). בעניין זה כתבתי בעבר, בעניין גונצ'ר כי:

"אף בטענה כי התנהגותו של המערער לאחר סיום הקטטה – בכך כי אפשר למנוח להימלט מהמקום כאשר הוא עודנו בחיים – מלמדת כי לא התגבשה בלבו ההחלטה להמית, אין בה כל ממש. ההחלטה להמית התגבשה בזמן הקטטה, כאשר דקר המערער את המנוח שוב ושוב בהתמדה ובעוצמה פעמים רבות. המערער ידע כי הוא דקר את המנוח, ובאותו פרק זמן בסיום הקטטה ככל הנראה עניינה את המערער וחבריו, שאחד מהם

נפצע, האפשרות לברוח ולטפל בחבר, ולא המרדף
הנוסף, שהיה בו כלל הנראה כדי לסכנם...".

כך אף בענייננו. העובדה שהמערער עזב את זירת האירוע בגלל שנפצע, אינה מעידה על כך שלא התקיים אצלו היסוד הנפשי הנדרש. אשר על כן, נוכח כל האמור לעיל, לטעמי מתקיימת במקרה שלפנינו צפייה של התוצאה הקטלנית ורצון ושאיפה להגשימה, קרי, מתקיים יסוד ההחלטה להמית.

אשר על כן, בדומה לחברי השופט י' עמית, אף לדעתי יש להותיר את הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי על כנה ולהרשיע את המערער בעבירת הרצח. אף ברכיב הפיזיים הכלול בגזר דינו של בית המשפט המחוזי לא מצאתי מקום להתערב, אך אעיר כי לעניין זה היה על המערער לצרף את נפגעי העבירה כצדדים להליך (ראו למשל: רע"פ 9727/05 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(2) 802, בפסקה 16 (2007)).

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט ברוב דעות לדחות את הערעור.

ניתן היום, כ"ו חשוון התשע"ג (11.11.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט