



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 3751/11

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט נ' סולברג

המערער: עלי אבו טראש

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי באר שבע בתפ"ח 1150/06 מיום 14.4.2011 שניתן על-ידי כבוד השופטים ר' יפה-כ"ץ, ו' מרוז וא' ואגו

תאריך הישיבה: כ"ב באייר התשע"ב (14.05.2012)

בשם המערער: עו"ד דוד יפתח; עו"ד משה שרמן; עו"ד דן ענבר

בשם המשיבה: עו"ד זיו אריאלי

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בתפ"ח 1150/06 (כבוד השופטים ר' יפה-כ"ץ, ו' מרוז, א' ואגו) בגדרו זוכה המערער מביצוע עבירת רצח; הורשע ברוב דעות בהריגה, בהחזקת סכין, בשיבוש הליכי משפט, ובנהיגה ללא רישיון תקף; והוטל עליו עונש של 18 שנות מאסר. הערעור מופנה נגד ההרשעה, ולחלופין נגד חומרת העונש.

2. בחודש נובמבר 2006 הוגש כתב אישום נגד המערער, ואֵלו עיקריו: לפני חצות ליל 27.9.2006 נסעו עאמר גניים (להלן: אבו הדובה) והאחים אברהים וג'אבר אל-וקילי במכונית מסוג סובארו, נהוגה בידי אבו הדובה, לכיוון ביתם של אברהים וג'אבר, מול עומר. כאשר פנו השלושה אל השביל המוליך אל הבית, עברו בקרבת מקום מגוריו של המערער משבט אבו-טראש. המערער הגיע גם הוא אל השביל כשהוא נוהג במכוניתו מסוג מגנום, אף שרישיון הנהיגה שלו נשלל, ונסע אחרי מכונית הסובארו. אבו הדובה עצר את מכונית הסובארו שבה נהג, המערער עצר את מכונית המגנום, ושניהם יצאו ממכוניותיהם. המערער דרש מג'אבר ומאברהים כי לא יעברו בקרבת ביתו, והחל ויכוח ביניהם.

3. אל המקום הגיע עלי אל-וקילי (להלן: המנוח), אחיהם של אברהים וג'אבר, כשהוא נוהג בג'יפ מסוג פג'רו. המנוח יצא מן הג'יפ, ניגש אל המערער ודחף אותו. בתגובה הוציא המערער סכין ודקר את המנוח בחזהו. הדקירה גרמה למנוח נזק חמור בלבו, הוא איבד דם רב ומת.

4. המערער כפר בביצוע המעשים שיוחסו לו ובעובדות נשוא כתב האישום, לבד מן העובדה כי המנוח נדקר בחזהו ומת. המערער טען טענת אליבי, לפיה בעת ההתרחשות שהה בשטח מרעה באזור אשדוד, הרחק מן השביל שבקרבת שבט אבו-טראש, שם בוצע הרצח, כנטען בכתב האישום. בהמשך טען המערער כי לאחר האירוע הוזעק משטח המרעה לביתו, הגיע הביתה בשעות הקטנות של הלילה, ולמחרת בבוקר עזב את מתחם הבית יחד עם כל הגברים של השבט, מחשש לנקמת דם. בנוסף טען המערער כי לא ידע שהוא מבוקש לחקירה עד אשר אמו מסרה לו על כך, ואז הסגיר עצמו למשטרה. אשר למכונית המגנום טען, כי לא נהג בה מזה זמן רב, וכי חזר לביתו משטח המרעה במכונית מסוג הונדה בצבע אדום, השייכת למשפחתו.

עיקרי הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי

5. הכרעת הדין של דעת הרוב (השופטת ר' יפה-כ"ץ, אליה הצטרף השופט א' ואגו) מבוססת על עדותו של אבו הדובה. אבו הדובה זה, מסר מספר גרסאות במשטרה, עד שבאחת מהן סיפר כי ראה את המערער דוקר את המנוח (להלן: הגרסה המפלילה). בהגיע העת, לא התייצב אבו הדובה לעדותו בבית המשפט, עד שאותר ביום 2.9.2007 והובא לפני בית המשפט על-פי צו הבאה. בעדותו שם שינה אבו הדובה את גרסתו, לא חזר עוד על הגרסה המפלילה והוכרז כעד עויין. בדעת הרוב נקבע כי הגרסה המפלילה שמסר אבו הדובה היא הגרסה האמיתית, וכי יש לדחות מפניה את הגרסאות האחרות.

על עדותו-זו של אבו הדוכה נוספה עדותו של ג'אבר, אחי המנוח. ג'אבר נחקר במשטרה, שירטט את זירת האירוע ויצא עם השוטרים אל המקום. גם הוא התייצב להעיד בבית המשפט רק בעקבות צו הבאה, ובבית המשפט הוכרו כעד עויין. בית המשפט קיבל את הגרסה שמסר ג'אבר במשטרה, וקבע כי דבריו שם הם דברי אמת. נקבע כי מרבית הפרטים שמסר ג'אבר באשר לאירועי אותו לילה חופפים לפרטים שמסר אבו הדוכה, כי עדותו משתלבת עם עדותו של אבו הדוכה, והריהי חיזוק רב משקל, עד כדי סיוע. בתוך כך דחה בית המשפט בדעת הרוב את הטענה לפיה תיאמו ביניהם אבו הדוכה וג'אבר גרסאות.

6. חיזוק וסיוע נוספים מצא בית המשפט בשקרי המערער ובהפרכת טענת האליבי שטען. המערער נעצר ביום 14.11.2006, נחקר במשטרה והעיד בבית המשפט. על-פי דעת הרוב, המערער "השאיר רושם רחוק מאמין" (פסקה 38 לחוות דעתה של השופטת יפה-כ"ץ) ונקבע כי ניסיונו לתמוך את גרסתו בעדי אליבי שונים לא עלה יפה. אשר לטענתו של המערער על אודות סכסוך בינו לבין אבו הדוכה, נקבע כי אכן "הייתה ביניהם, בעבר הרחוק (3 שנים) מחלוקת, אך לא סביר, שמחלוקת זו תגרום לעלילת רצח" (פסקה 54 לחוות דעתה של השופטת יפה-כ"ץ). סיוע אובייקטיבי נוסף, "רב המשקל ביותר" (פסקה 60 לחוות דעתה של השופטת יפה-כ"ץ), מצאה דעת הרוב בבית משפט קמא בכתמי הדם של המנוח על מדרגת מכונת המגנום. על כל אלה באו לדעת הרוב בבית המשפט ראיות מפלילות נוספות אשר חיזקו את עדותו של אבו הדוכה, כמו עצם בריחתו של המערער וחוסר שיתוף הפעולה מצדו ומצד בני משפחתו בחקירה המשטרתית; אי-הבאת אשתו של המערער להעיד בבית המשפט על מנת לתמוך בגירסתו; ועצם החשש של משפחת המערער מפני נקמת דם. בנוגע לשאלת הממצאים הפורנזיים הבלתי מוסברים, דם של אדם אחר, שאינו המנוח ואינו המערער, שנמצא במכונת הסובארו ועל העפר בזירת האירוע, נקבע כי העדר ההסבר אינו מפחית מהאמינות שיש לייחס לשאר הראיות, וכששוקלים נגדו את העובדות המפלילות, הכף נוטה לחובת המערער.

7. בית משפט קמא הרשיע את המערער בעבירות של הריגה, החזקת סכין, שיבוש מהלכי משפט ונהיגה ללא רישיון נהיגה תקף. אשר לעבירת הרצח בה הואשם המערער, נקבע כי במכלול נסיבות המערכת העובדתית יש כדי להעלות ספק באשר לכוונת הקטילה מצדו של המערער.

8. בדעת המיעוט (השופטת ו' מרוז) נקבע כי יש לזכות את המערער מחמת הספק, מכיוון שנותרו כמה שאלות עובדתיות בלתי פתורות; האמון המוגבל שיש לתת

לגרסאותיהם של אבו הדובה וג'אבר; הסתירות שנפלו בין גרסאותיהם של השניים; כתמי הדם הבלתי מזוהים שנותרו על הקרקע ובמכונית הסובארו של אבו הדובה. נקבע בדעת המיעוט כי המסקנות העולות מתוך מכלול הראיות מעוררות מידה של ספק המגיעה כדי ספק סביר באשמתו של המערער.

טענות הצדדים

9. המערער טוען, בתמצית, כי דעת המיעוט מקימה ספק באשמתו; כי בענייננו הפתח להתערבות ערכאת הערעור הוא רחב, מכיוון שהכרעת הדין מושתתת על קבלת אמרות חוץ בכתב ולא על קביעות מהימנות שמבוססות על התרשמות בלתי אמצעית של הערכאה הדיונית; כי לא ניתן לקבוע שגרסתו המפלילה של אבו הדובה משקפת את האמת; וכי אין בכוחן של ראיות החיזוק כדי לאמת גרסה זו. כמו כן מפרט המערער עובדות המחלישות לטענתו את גרסתו המפלילה של אבו הדובה, ומעלה טענות באשר לקביעות בית משפט קמא על אודות השקרים שסיפר. לחלופין טוען המערער נגד חומרת העונש שהושת עליו.

10. המשיבה טוענת, בתמצית, כי אין בטענות המערער כדי להקים עילה להתערבות ערכאת הערעור בכל הנוגע לקביעות העובדתיות ולהערכת מהימנות העדויות לפני בית משפט קמא; כי חוות דעת המיעוט אינה מקפלת בתוכה, בהכרח, קיומו של ספק סביר בדבר מעורבותו של המערער באירוע; כי הרשעת המערער מבוססת במארג ראיתי כבד משקל, וכי אין בכוחן של טענות המערער כדי לסדוק בעוצמתן של ראיות אלו; וכי הימצאותם של כתמי דם של אדם אחר בזירה ובתוך מכונית הסובארו אינה מלמדת על תרחיש חלופי המערער ספק סביר.

דיון

11. אקדים את המאוחר ואציין כי למקרא טענות באי-כוח הצדדים בערעור, למשמע טענותיהם בדיון, ולאחר בחינת מכלול החומר שהובא לפנינו, לא בלי התלבטות, דומני כי קיים ספק סביר באשמתו של המערער וכי יש לבטל את הרשעתו ולזפותו.

12. מסקנתי זו מבוססת על הצטברותם של כמה נדבכים, ואלו הם בקצרה: בבסיס הרשעת המערער עומדת הגרסה המפלילה שמסר אבו הדובה. קשה לסמוך על אבו הדובה ולהסתמך על גרסתו-זו בשל ריבוי הגרסאות הסותרות שמסר ובשל השקרים שיצאו מפיו; זאת ועוד, גרסה זו, המפלילה, הריהי בסיסית ואיננה מלאה. אבו הדובה בחר להסתיר, מסיבותיו שלו, את פשר קיומם של כתמי הדם הבלתי מזוהים שנמצאו

במכוניתו ובעפר בזירת האירוע, וכנראה גם את הימצאותו של אדם נוסף שנטל חלק בהתרחשות; כתמי דם בלתי מזוהים אלה, אף שניתן להניח שאינם שייכים למישהו מתוקפיו של המנוח, פותחים פתח לתרחישים שונים, וביכולתם להשפיע במידה כזו או אחרת על אשמת המערער; גרסתו של ג'אבר, אחיו של המנוח, אשר היה עד להתרחשויות, שונה בכמה פרטים שאינם שוליים מעדותו של אבו הדובה. קשה להסתמך על עדותו גם מכיוון שכמו אבו הדובה, גם ג'אבר בחר להסתיר את פשר כתמי הדם של האדם האחר; ג'אבר נחקר במשטרה יום לאחר שהסתיימה חקירתו של אבו הדובה, ועל כן האפשרות שהשניים תיאמו ביניהם גרסאות, בשים לב גם להתנהלותם בחקירה ובמשפט, איננה מופרכת; ועוד זאת, עצם הימצאותו של המערער בזירת האירוע אינה ודאית, לנוכח ביסוסה על שלושה אדנים בעייתיים. אפרט.

עדותו של אבו הדובה

13. ביום 28.9.2006 בשעה 02:00 מצאו שני שוטרי סיור מכונית מסוג סובארו בתעלה בכביש 60, ליד פארק התעשייה בעומר. כמה דקות לאחר מכן הגיע למקום אבו הדובה, בעל המכונית, יחד עם שני אחיו של המנוח, סאבר ופרחאן. שלושתם עוכבו בשל כתמי דם שנמצאו במכונית, והובאו לתחנת המשטרה. לשוטר הסיור, הראשון שראה במקום, אמר אבו הדובה כי: "הסיע את עלי מוחמד אלוכלי לכיוון ב"ח עד שהגלגל של האוטו התפרק והוא נפל לתעלה... לא רצה לתת את שם הנהג שהעביר אליו את הפצווע. לטענתו, העביר אותו לעובר אורח" (ת/25(א)). זו גרסתו הראשונה של אבו הדובה, הקושרת אותו למקום ולפציעתו של המנוח.

14. כמה דקות לאחר מכן הגיע אל השטח חוקר משטרה, וכך כתב במזכר על אשר סיפר לו אבו הדובה: "אני הייתי בבית שלי לבד ואני שכן של משפחת אלוקילי בערך מאה מטר, ואז שמעתי צעקות של אישה מכיוון אלווקילי ואז נסעתי לשם עם הרכב הסובארו שלי, ושם ראיתי את עלי אלווקילי שהוא שכן לי פצווע. מיד שמתי אותו ברכב שלי ורצתי לקחת אותו לבית חולים סורוקה בב"ש ואז בדרך תוך כדי נסיעה אף לי הגלגל, ואז עצרתי טרמפים ואז עצר רכב שאני לא מכיר טנדר לא מכיר ואמרתי לו שיקח את עלי לבית חולים ואז אני הלכתי לשבט לחפש ג'ק ואז באתם וראיתם אותי" (ת/25(ב)). בגרסתו-זו הרחיב אבו הדובה את הגרסה הראשונה שמסר לשוטר הסיור, אולם סתר את עצמו באשר למכונית אשר אליה העביר את הפצווע. בגרסה זו מסר כי העביר את הפצווע לנהג שאינו מכיר, בעוד שבגרסתו הראשונה מסר, כי העביר את הפצווע לנהג אחר ולא רצה למסור את שמו.

15. בשעה 04:40 נחקר אבו הדובה בתחנת המשטרה. בפעם הזאת סיפר כי הגיע לביקור אצל שכניו, משפחת המנוח, בשעה 22:00 לערך, "סתם לשבט ולדבר עם החברים

שלי שם מתאספים ויושבים שם" (ת/25(ד), עמוד 1 שורות 4-5), ואז "איך שעצרתי את הרכב ליד השיג ועדיין לא ירדתי הגיעה אמא של עלי מחדד אלווקילי... אמרה לי שעלי גוסס. ואז אני ואמא שלו ועוד בחורות שלא מכיר אותם הרימו את עלי ביחד איתי ואז העלינו אותו לרכב שלי על המושב האחורי ורצינו לקחת אותו לבית חולים טורוקה... בדרך לפני הרמזור של עומר עף לי גלגל קדמי של הרכב גלגל שמאלי, הייתי נוסע 80 או 90 הרכב נעצר ליד הכביש, אני ירדתי מן הרכב ועצרתי רכב טרמפ בדואי שאני לא מכיר אותו לא יודע מה הרכב שלו העברנו אותו לרכב השני של הבדואי היו 2 אנשים ברכב שעצר לנו והם לקחו אותו לבית החולים" (ת/25(ד), עמוד 1 שורות 6-19). עוד ציין אבו הדובה כי: "עלי היה חי רגיל, אך לא דיבר איתי. אני לא ראיתי דם" (ת/25(ד), עמוד 1 שורות 19-20). אבו הדובה נשאל מה המרחק בין הבית שלו לבין ביתו של המנוח, וענה: "לערך 1 ק"מ, בגלל זה באתי ברכב ולא ברגל" (ת/25(ד), עמוד 2 שורות 19-20) וסיפר כי כאשר הגיע לבית משפחת המנוח כלל לא היו גברים במקום. זוהי גרסתו השנייה של אבו הדובה. הפעם סיפר שבא לבקר אצל שכניו, ולא שצעקות ששמע הביאו אותו אל המקום; כי המרחק בין ביתו לבין בית המנוח הוא כקילומטר, ולא כמאה מטרים; וכן סיפר פרטים נוספים באשר לאירוע.

16. בשעה 06:50 הובא אבו הדובה אל אחד החוקרים, אשר התבקש לקחת ממנו פרטים ולחקור אותו כחשוד ברצח. לאחר ששמע זאת, פנה אליו אבו הדובה ואמר: "אני רוצה לספר את האמת"; "אני לא רוצה להסתבך" (ת/25(ג), עמוד 1). בשלב זה סיפר אבו הדובה כי, "עבר במקרה ברכב שלו ואז פגש בעלי אלוכילי המנוח כשהוא רב עם הבנים של ארחייל אבו-טרדאש וניסה להפריד את עלי המנוח ועלי ארחייל ולא הצליח, כי עלי ארחייל דחף אותו ואז ראה את עלי ארחייל דוקר עם שבריה את עלי אלוכילי" (ת/25(ג), עמודים 1-2). החוקר כתב כי בשלב הזה, מכיוון שידע שבחדר החקירות לא הופעלה הקלטה, ביקש מאבו הדובה להמתין והעביר אותו לחדר שבו מופעלת הקלטה. גרסה זו, גרסתו השלישית של אבו הדובה, אינה דומה כלל לקודמותיה, ובה סיפר אבו הדובה לראשונה על הדקירה, וקשר את המערער אל האירוע.

17. או אז, בשעה 07:00, נחקר אבו הדובה ומסר את "הגרסה המפלילה", היא גרסתו הרביעית, אשר היוותה בסיס לכתב האישום. חקירה זו נערכה בשפה הערבית, נרשמה תוך כדי ביצועה בשפה העברית (להלן: ההודעה), הוקלטה והוסרטה. זה המקום להזכיר כי לנגד עיני בית משפט קמא עמדה ההודעה בלבד, ולבית משפט זה הגיש המערער בקשה להוספת תמליל החקירה בתרגום לעברית. הבקשה להוספת ראיה זו מתקבלת, לנוכח הסכמת המשיבה. ישנם כמה הבדלים בין ההודעה לבין התמליל, משמעותם אינה רבה, אך מכל מקום למותר לחזור ולהזכיר שאת ההודעה צריך היה

לכתוב בשפת המקור, בהתאם להנחיית בית משפט זה (למשל: ע"פ 1746/00 ברילב נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(5) 145, 147).

18. אלו הם עיקרי הדברים שנרשמו בהודעה (ת/25(ה)): אבו הדובה סיפר כי בסביבות השעה 23:00 נסע במכונית הסוכארו שלו יחד עם אברהים וג'אבר, שניים מאחיו של המנוח, בדרך הביתה מבאר שבע. הוא נכנס לשביל שליד שבט אבו-טראש, הבחין במכונית מגנום נוסעת אחריו, וזיהה אותה כמכוניתו של עלי אבו-טראש. אבו הדובה פנה לאחוריו כדי לדעת מי נוסע בעקבותיו, המערער ירד ממכוניתו ולאחר מכן ירד גם אבו הדובה. אבו הדובה לקח את המערער הצדה ושאל אותו מדוע הוא רודף אחריו, שהרי הם חברים. בשלב זה ירדו ג'אבר ואברהים מן המכונית. "אבו-טראש עלי אמר לג'אבר ואברהים אלוקילי אני לא רוצה שתעברו מכאן ואנחנו גם לא ניתן לך לעבור מהשביל וזה מה שאמרו ג'אבר ואיברהים לעלי אבו-טראש וזה היה דיבור ביניהם" (ת/25(ה), עמוד 1 שורות 14-17). או אז הגיע המנוח מביתו, ירד ממכוניתו מסוג ג'יפ מיצובישי, ניגש הישר אל המערער ודחף אותו בחזה. המערער הוציא לפתע מצד ימין שלו שבריה ודקר את המנוח דקירה אחת בחזה. אחרי האירוע, לקח המערער איתו את השבריה, רץ למכוניתו וברח לכיוון שבט אבו-טראש. אחים נוספים של המנוח הגיעו אל המקום, הרימו והכניסו אותו לתוך הג'יפ שבו הגיע, והסיעו אותו לבית החולים סורוקה.

19. לאחר מכן חזר אבו הדובה למכוניתו, ראה שיש פנצ'ר, החליף גלגל ונסע לבית החולים סורוקה כדי לבדוק מה מצבו של המנוח. אבו הדובה הניח כי כנראה לא חיזק את הברגים, ומחמת כן ברמזור של עומר התפרק גלגל המכונית וזו נפלה לוואדי שליד הכביש. "ביחד איתי היה פרחאן אלוקילי, אחיו של עלי אלוקילי, ואז שלחתי אותו להביא רכב ואז הביא רכב שלו, הונדה. אני התחלתי לחפש את הגלגל שראיתי אותו עלייתי איתו ואז באתי וירדתי ליד הרכב וליד הרכב שלי הייתה ניידת שעייכבו אותי ואת פרחאן ואת סאבר אחיו של פרחאן שבא איתו" (ת/25(ה), עמוד 2 שורות 4-9).

20. כשנשאל מדוע בהודעה הקודמת לא סיפר את האמת, השיב אבו הדובה: "לא רציתי להסתבך, ומה שמסרתי עכשיו זה כל האמת... זה מה שקרה, מסרתי לכם בעדות...". (ת/25(ה), עמוד 2 שורות 19-21). עוד סיפר אבו הדובה כי הוא מכיר את עלי אבו-טראש: "קוראים לאבא שלו רחיל, ואני תמיד רואה אותו עם רכב מאגנום אדומה וכסף... הוא שכן שלנו, גם מכיר אותו מהלימודים הוא היה כיתה מתחתיי" (ת/25(ה), עמוד 3 שורות 22-26). אשר לאברהים וג'אבר טען, כי הם לא עשו מאומה בכל האירוע וכי "הם היו לידי והם ראו את הדקירה" (ת/25(ה), עמוד 4 שורה 4). כמו כן כפר אבו הדובה

בכך שהמנוח עלה למכונת הסובארו שלו לאחר שנפצע, וטען כי פונה על-ידי אחיו בג'יפ שעמו הגיע לזירת האירוע. אשר לגרסאותיו הקודמות טען אבו הדובה: "אני שקרתי להחוקר אברהים ולא אמרתי לו את האמת ואני מבקש על זה סליחה, ומה שסיפרתי לכם עכשיו בעדות זה האמת והכל אמת" (ת/25(ה), עמוד 6 שורות 4-6). אשר לדם שנמצא במכוניתו, על הכיסאות ומשקוף הדלת, אמר: "אני לא זוכר בדיוק מי עלה איתי לרכב מהאחים של עלי אלוקילי אבל אני זוכר אחרי המקרה עלו איתי שניים - ג'אבר ואיברהים, הם העלו את עלי אלוקילי לג'יפ לפני שפינו אותו לסוורוקה וכנראה אחד מהם היה מלא דם או של עלי אלוקילי וכנראה כך התלכלך האוטו, וחוקר מזה אין כלום, ואני סומך על עצמי שאמרתי לכם רק את האמת" (ת/25(ה), עמוד 6 שורות 9-14). כמו כן ציין אבו הדובה כי לא דיבר עם אף אחד לפני ואחרי האירוע.

21. גרסתו המפלילה של אבו הדובה שונה בתכלית משתי הגרסאות הראשונות שנתן, והיא גם אינה עולה בקנה אחד עם הגרסה השלישית שמסר עשר דקות קודם לכן, כאשר ביקש לדבריו לספר את האמת. כך למשל, בגרסה השלישית אמר אבו הדובה כי עבר במקום דרך מקרה במכונית, ולא סיפר על אודות נסיעתו של המערער בעקבותיו ועל אודות האנשים הנוספים שהיו עמו במכונית; סיפר כי פגש במנוח כשהוא רב עם הבנים של ארחייל אבו-טראש, ואילו בגרסה המפלילה לא היה זכר לבנים נוספים של ארחייל אבו-טראש לבד מן המערער; סיפר כי ניסה להפריד בין המנוח לבין המערער, וכי המערער דחף אותו, בניגוד לגרסה המפלילה, לפיה לא היה מעורב במאבק.

22. בשעה 09:28 נחקר אבו הדובה פעם נוספת, וכך אמר באשר למקום האירוע: "אני לא יכול לקחת אותך לשם כי לא רוצה שיראו אותי במקום האירוע שלא יהיה בעיות למשפחה שלי ולי עם משפחת אבו-טראש ומשפחת אלוקילי, אבל אני יסרטת לך את המקום על דף" (ת/25(ו), שורות 4-7); וכך עשה. בשעה 13:07 נחקר אבו הדובה שוב, והתבקש ליתן הסבר לכתמי הדם שנמצאו במכונת הסובארו שלו, על המשקוף של הדלת הימנית מבפנים, וכך אמר: "אני בטוח שהדם בא מג'אבר או אברהים האחים של עלי שעלו איתי באוטו ויתכן והדם הזה של עלי המנוח או של אברהים או ג'אבר אבל הם לא ראיתי שנפצעו אבל הם אלה שעזרו לעלי לאחר שנדקר על ידי עלי אבו-טראש. אני לא נפצעתי ולא היו שום כתמי דם ברכב שלי לפני האירוע הזה ואני לא יודע אם הדלת הימנית שלי ברכב שלי אם הייתה פתוחה או סגורה ולמען האמת בדרך כלל החלונות ברכב שלי פתוחים לפחות הקדמיים ושקרה האירוע יכול להיות שגם הדלת הייתה פתוחה אבל הדם שאתם אומרים עליו הגיע רק מהפצוע עלי על ידי שני אחים או ממהם אני לא נפצעתי ולא ירד ממני שום דם ואני מזכיר לכם שיום לפני כן אני עשיתי שטיפה לרכב שלי בבית אצלי" (ת/25(ז), שורות 6-17).

23. אבו הדוכה נחקר שוב ביום 4.10.2006 ונשאל מספר שאלות. בתוך כך ציין, כי הוא בטוח שהסיבה למריבה בין המנוח לבין המערער היא המעבר בשביל; כי למד בתיכון בלקיה וסיים את לימודיו לפני 4 שנים; כי הוא חושב שהמערער הוא בן גילו; וכי הוא יודע שיש למערער עוד שלושה אחים מבוגרים ממנו. כשנשאל "לגבי רכב המגנום האדומה מי בדרך כלל מהמשפחה של רחייל אתה היית רואה אותו נוהג ברכב זה" השיב: "ברכב המגנום ראיתי את עלי נוהג" (ת/25(ח), עמוד 1 שורות 22-24). כמו כן זיהה את המערער בתמונה (שצורפה להודעה), אמר כי זהו הבן של רחייל נהג המגנום, ומסר כי הוא נראה כך גם היום. אבו הדוכה גם עומת עם גרסתו של ג'אבר, לפיה ג'אבר לא ירד מהמכונית, ואמר כי "כן הם ירדו שניהם מהרכב, גם ג'אבר וגם אבראהים" (ת/25(ח), עמוד 2 שורה 5). כמו כן חזר אבו הדוכה על האפשרות שמקור הדם במכוניתו הוא מאחד מאחיו של המנוח שנסעו עמו במכונית. בנוסף נשאל אבו הדוכה האם יתכן שדקירת המנוח התרחשה קרוב מאוד למכוניתו ולפיכך התלכלכה דופן הדלת בדם, ותשובתו: "היה מרחק של ארבע או חמש מטר בערך" (ת/25(ח), עמוד 2 שורה 12).

24. בהגיע העת להעיד בבית המשפט, נמנע אבו הדוכה מלהתייזב, עד אשר ביום 2.9.2007 נעצר בתחנת המשטרה ברהט והובא לפני בית משפט קמא על-פי צו הבאה. השוטר שנשלח להביאו מתחנת רהט לתחנת באר-שבע רשם במזכר כי בדרך שוחח עם אבו הדוכה ושאל אותו מספר שאלות: "למה הוא לא בא לבית המשפט להעיד? ועאמר אמר לי שהוא מפחד ואם הוא יעיד מחר הוא לא יהיה חי. שאלתי האם הוא קיבל הזמנות לבית המשפט? עאמר אמר לי שהוא לא קיבל ביד אבל ידע שיש הזמנות בבית שהוא אמור להגיע לבית המשפט. שאלתי האם מישהו פנה אליו שלא יעיד? עאמר אמר לי שכן אבל לא פנו אליו פנו לבני משפחתו שלא יעיד ממשפחת אבו טראש. שאלתי היכן הוא נמצא? עאמר אמר לי שכבר שנה שלמה הוא לא יודע מה לעשות אבל הוא עובד והוא מפחד להעיד" (ת/26).

25. אבו הדוכה לא שיתף פעולה בעדותו בבית המשפט, וכך העיד: "... הייתי באזור השוק ונסעתי לכיוון הבית שלנו בלקייה. בשטח ליד עומד עצר אותי מישהו ואמר לי לקחת אותו טרמפ לכיוון סורוקה. באמצע הדרך התקלקל האוטו שלי. אני לא ראיתי את הבן אדם ואני לא יודע איך הוא נראה. באמצע הדרך התפרק לי הגלגל של האוטו, זה היה בכביש לפני שהגענו לרמזור של עומר לכיוון סורוקה. לפני באר שבע. הייתי בין צומת שוקת לכיוון הרמזור, לפני. ואז התקלקל הגלגל, עף לי הגלגל והיה מישהו איתי באוטו והוא לקח טרמפ המשך ואני ישבתי באוטו שלי עד שהגיעה המשטרה. זוכר שנחקרתי במשטרה. לא זוכר מה אמרתי שם" (עמוד 63 לפרוטוקול). בעדותו הכחיש אבו הדוכה וסתר כמה מן הדברים שאמר קודם לכן, בין היתר טען כי אמר מה שאמר במשטרה מפני שלחצו עליו, ובהמשך עדותו אמר כי דיבר במשטרה שטויות מפני שעישן קודם לכן. לאחר חקירה

קצרה הוכרו אבו הדובה עד עויין, נחקר על-ידי התובע בשאלות של חקירה נגדית, והאמרות שמסר במשטרה הוגשו לבית המשפט. לפי התרשמותו של בית משפט קמא, פחד אבו הדובה לשתף פעולה, היה מעוניין לסיים את החקירה ככל האפשר מהר, ולסבך את המערער ככל הניתן פחות.

26. אשר לגרסאותיו של אבו הדובה נקבע בדעת הרוב בהכרעת הדין, כי את הגרסאות שניתנו מיד עם מעצרו ואת הגרסה שמסר בבית המשפט יש לדחות, וכי הגרסה המפלילה היא הנכונה. נקבע, כי ההסברים שנתן אבו הדובה בבית המשפט באשר לדברים שמסר במשטרה אינם נכונים, וכי הם נועדו לחלץ אותו מהסיטואציה שבה חוייב להעיד נגד המערער בבית המשפט. בעת חקירתו במשטרה היה אבו הדובה בטוח שלא ישאר בודד במערכה נגד המערער, וכי ג'אבר ואיברהים יתמכו בו. אולם לאחר מכן קיבל איומים, בני משפחת אלוקילי בחרו להתחמק ממתן עדות מפלילה, ולפיכך אמר את אשר אמר בעדותו בבית המשפט. כמו כן נקבע, כי השוואה בין שתי הגרסאות, זו שמסר אבו הדובה בבית המשפט והגרסה המפלילה שתועדה בוידאו, מביאה למסקנה חד-משמעית לפיה הגרסה המפלילה שמסר במשטרה היא גרסת האמת. לפי דעת הרוב בבית משפט קמא, ניתן להגיע למסקנה זו לא רק מתוך השוואת העדויות של אבו הדובה בינן לבין עצמן, אלא גם לנוכח החיזוקים שנמצאו לגרסה המפלילה, כמו עדותו של ג'אבר, וההתאמה לממצאים האובייקטיביים שנמצאו בזירה, בכללם כתמי הדם במכונית המגנום. אשר לגרסאות השונות שנתן אבו הדובה במשטרה, נקבע כי בחר למסור את הגרסה האמיתית לאחר שהבין שכל ההסברים הסתמיים האחרים לא יוכלו להתיישב עם הממצאים.

27. בית משפט קמא קיבל את אמרת החוץ של אבו הדובה בהתאם לסעיף 10א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, והעדיף את הגרסה המפלילה על פני עדותו של אבו הדובה בבית המשפט בהתאם לסעיף 10א(ג) לפקודה. בתוך כך צויין בדעת הרוב, כי ניתן להניח שבעת חקירתו במשטרה היה אבו הדובה נתון במצוקה נפשית, הן בגלל החשד שהוטח בו, הן מחמת מעצרו. על כן, האפשרות שרצה לגולל את האשמה על אדם אחר ולהשתחרר מהמעצר אינה תלושה מהמציאות. אפשרות זו, הוסיף בית משפט קמא בדעת הרוב, גם מחייבת משנה-זהירות בעת הערכת משקלה של הגרסה המפלילה, במיוחד כשזו משמשת ראיה עיקרית להפללת המערער, ומחייבת אולי גם שמשקלו של ה"דבר לחיזוקה" של האמרה אף הוא יגבר. בשים לב לכל אלה, קבעה דעת הרוב בבית משפט קמא כי לאחר הצלבה עם הראיות האחרות בתיק והשוואה בין הגרסאות השונות של אבו הדובה ונסיבות גביית האמרה המפלילה: "אין

לי ספק שתוכן אמרה זו - אמת הוא, וכי הוא עמד על עיקרי אירוע הרצח כהווייתם, והכל-מהנימוקים שלעיל" (פסקה 22 לחוות דעתה של השופטת יפה-כ"ץ).

28. כשלעצמי, אני מתקשה בקבלת מסקנתו של בית המשפט המחוזי בדעת הרוב. אמנם, הלכה פסוקה היא כי בית משפט שלערעור איננו נוהג להתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו בערכאה הדיונית, ובכלל זאת בקביעות הנוגעות למהימנות עדים (ע"פ 7969/04 מדינת ישראל נ' דינצ'יק, בפסקה 7 (ניתן ביום 6.9.2006)). אולם, ברבות השנים נקבעו חריגים לאותה הלכה. אחד מהם נוגע לקביעות עובדתיות המתבססות על הודעות שבכתב, להבדיל מאלו המתבססות על דבריהם של עדים בבית המשפט, אשר לגבי משקלם והערכתם אין לשופטי הערכאה הדיונית יתרון על פני שופטי ערכאת הערעור (ע"פ 398/89 מנצור נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לפסק דינו של השופט כץ (ניתן ביום 19.1.1994); ע"פ 2977/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לפסק דינו של השופט לוי (ניתן ביום 17.3.2008)). בענייננו, אינני רואה הצדקה להתערב בהעדר האמינות שייחס בית משפט קמא לעדותו של אבו הדובה בבית המשפט, באשר מדובר בפועל יוצא מובהק של התרשמות. אין ספק כי אבו הדובה בחר שלא לשתף פעולה, העיד כמי שכפאו שד, לא חזר על אף אחת מן הגרסאות שמסר במשטרה במלואה, ויתכן שהסיבה לכך נעוצה במעשים מצד המערער או בני משפחתו. אולם, שאר גרסאותיו של אבו הדובה, בזירת האירוע ובמשטרה, הן הודעות שבכתב (אחת הוסרטה), ובתור שכאלה הריהן באות בגדר החריג הנ"ל.

29. כאמור, ארבע גרסאות שונות מסר אבו הדובה למשטרה באשר לאירועים שהתרחשו בלילה ההוא. תחילה, בזירה, מסר כי הסיע את המנוח לבית החולים עד שגלגל מכוניתו התפרק. לאחר מכן הוסיף כי היה לבד בביתו, שמע צעקות מהבית השכן, נסע לשם, ראה שהמנוח פצוע ואז הסיע אותו לבית החולים עד שגלגל מכוניתו התפרק. במשטרה מסר גרסה נוספת, לפיה כאשר הגיע לביקור אצל שכניו ראה את המנוח פצוע והסיע אותו לבית החולים. כשהוחשד ברצח המנוח, החליט לפי דבריו לספר את האמת, אולם מסר גרסה נוספת, שונה מהגרסה המפלילה. לפי גרסה זו, אבו הדובה עבר דרך מקרה במכוניתו, פגש במנוח כשהוא רב עם הבנים של ארחייל אבו-טראש, לא הצליח להפריד ביניהם וראה את המערער דוקר את המנוח. עשר דקות מאוחר יותר, מסר אבו הדובה את הגרסה המפלילה, השונה מקודמותיה. בגרסה זו, הרביעית, סיפר כי נסע במכוניתו עם שניים מאחיו של המנוח, סיפר על מכונית המגנום ועל הג'יפ שעמו הגיע המנוח לזירה, סיפר על הויכוח עם המערער ועל אירוע הדקירה. בבית המשפט מסר גרסה מבולבלת אחרת, עד אשר הוכרז עד עוין. הסתירות הניכרות בנושאים מרכזיים בין גרסאותיו השונות של אבו הדובה מובילות

למסקנה כי אין מדובר בגרסה מתפתחת, כפי שטוענת המשיבה, כי אם בכמה גרסאות שונות ומשונות. אבו הדובה המציא עובדות רבות ללא עכבות, ודבק בעמדתו כאשר הוצגו לו שאלות על-ידי חוקרי המשטרה. מדובר בעד שאיננו אמין, הסתמכות על גרסתו היא בעייתית ומחייבת זהירות רבה ושיקול דעת נוסף.

30. על-פי דעת הרוב בבית משפט קמא, בחר אבו הדובה למסור את הגרסה האמיתית – היא הגרסה המפלילה – כשהבין שכל ההסברים הסתמיים האחרים לא יוכלו להתיישב עם הממצאים. כלומר, אבו הדובה "נשבר" בשלב מסויים בחקירתו, ובחר לספר את האמת. התקשיתי גם במסקנה זו. ראשית, באותו שלב, הממצאים העיקריים שבידי המשטרה היו מכוניתו של אבו הדובה, הדם שנמצא בה, ומכונית הפג'רו. על כן, אבו הדובה לא נדרש בשלב ההוא ליתן הסבר לממצאים נוספים, והגרסה שמסר עשויה היתה להספיק מבחינתו, שכן סיפר אז כי הסיע את המנוח במכוניתו ולאחר מכן העביר אותו למכונית אחרת. ברם, מכונית הסובארו של אבו הדובה והדם שנמצא בתוכה, יחד עם הודעת השוטר על כך שהוא נחשד ברצח המנוח, הם כמדומה אשר הביאו את אבו הדובה למסור גרסה שונה, המפלילה אדם אחר במעשה הרצח, על מנת להסיר ממנו את האשמה, בדיוק כפי שכתב החוקר על שיחתו עם אבו הדובה: "עאמר פנה אליי ואמר לי 'אני רוצה לספר את האמת' אמרתי לו מה האמת? אמר לי 'אני לא רוצה להסתבך', אמרתי לו, מבחינתנו כעת כמשטרה אתה חשוד ברצח, הרכב שלך הדם שבו ותן לנו הסבר" (ת/25(ג), עמוד 1). זאת ועוד, הגרסה הראשונה שמסר אבו הדובה לאחר שנחשד ברצח והודיע כי החליט לספר את האמת, הריהי שונה מן הגרסה המפלילה, שהיא-היא האמיתית לפי טענת המשיבה. ללמדך, גם כשהחליט אבו הדובה לספר גרסה אחרת על מנת שלא להסתבך, בחר שלא לספר את האמת מטעמיו-שלו, אלא סיפר גרסה שונה מן הגרסה המפלילה. רוצה לומר, אבו הדובה לא "נשבר" בחקירתו והחל לספר את האמת לאחר שהבין שכל ההסברים הסתמיים לא יוכלו להתיישב עם הממצאים, אלא המשיך בשלו, המציא סיפור שקרי נוסף, ורק לאחר מכן בחר למסור את הגרסה המפלילה.

31. אשר לגרסה המפלילה גופה, אמנם ישנם מספר ממצאים אובייקטיביים אשר מתאימים למה שנאמר בה: הדם שנמצא על אבנים ורגבי עפר בזירת ההתרחשות עליה הצביע אבו הדובה בגרסה המפלילה; הדם שנמצא במכונית הפג'רו ובמכונית המגנום, מכוניות אשר אותן ציין אבו הדובה בגרסה המפלילה; העובדה כי המנוח נדקר פעם אחת בלבד, ומיקום הדקירה. מכל אלה ניתן ללמוד כי אבו הדובה היה בזירת ההתרחשות, וכי יש בגרסתו מן האמת. אולם, גרסה זו שמסר אבו הדובה לבטח אינה כל האמת. מחוות הדעת הביולוגיות (ת/31 ות/32) עולה כי נמצא דם של אדם אחר –

שאינו המנוח ואינו המערער – בשלושה מקומות: בעפר שנלקח מזירת העבירה, על הפגוש האחורי של מכונית הסובארו ועל בלם היד במכונית הסובארו (על חשיבות ממצא זה כשלעצמו ידובר עוד בהמשך). כמי שנכח במקום, הדעת נותנת, כי אבו הדובה ידע על פציעה זו של אדם אחר, משום שהיה עד להתרחשויות, ראה את הדקירה, שמע את חילופי הדברים וגם העיד על עצמו "אני הייתי קרוב מאוד אליהם, בערך כמטר וחצי" (ת/25(ה), עמוד 1 שורות 21-22).

32. דמו של האדם האחר נמצא כזכור גם במכוניתו של אבו הדובה וגם ברגבי עפר בזירת האירוע, ועל כן האפשרות כי מקורו של הדם ממקום אחר או מזמן אחר ללא קשר לאירוע הנדון, כלל איננה סבירה. בית משפט קמא בדעת הרוב העלה הסבר אפשרי לכתמי הדם: "באותה הזדמנות עוד צויין, כי נמצאו כתמי דם על המגבה (ג'ק) ועל מפתח הגלגלים - דבר שיכול, אכן, לחזק את ההנחה של התביעה לגבי מועד 'יצירת' טיפות אלה, היינו במועד תיקון הגלגל של הסובארו" (פסקה 56 לחוות דעתה של השופטת יפה-כ"ץ). אולם, המערער ציין, והמשיבה אישרה בטיעון בעל-פה, כי לא נמצאו כתמי דם במקומות הללו, על הג'ק ועל מפתח הגלגלים, ולפיכך האפשרות כי מקורם של כתמי הדם מלאחר האירוע, אינה מסתברת. הדעת נותנת כי כתמי הדם קשורים אל האירוע וכי אבו הדובה ידע על אופן היווצרותם, אך בחר מסיבותיו-שלו לגלות טפח ולכסות טפחיים. ודוק: יתכן שאחד מהאנשים שעליהם ידוע כי היו בזירה, נפצע, וזהו דמו. יתכן גם שהיה אדם נוסף בזירה, והוא אשר נפצע, אולם אבו הדובה בחר שלא לספר על אודותיו מטעמים השמורים עימו. אין מדובר בפרט שאולי נשתכח מאבו הדובה. הוא נשאל על כתמי הדם שנמצאו במכוניתו באופן מפורש, ולא פעם אחת בלבד, ובכל הפעמים הללו לא סיפר את האמת, ואף לא נתן אותו הסבר לכתמי הדם.

33. מכל האמור עולה, כי קשה לסמוך על גרסתו המפלילה של אבו הדובה. הן בשל ריבוי הגרסאות הסותרות שמסר והשקרים שבהם לא בחל; הן מחמת העובדה כי אבו הדובה מסר גרסה זו לאחר שנחשד ברצח, יתכן על מנת למלט את עצמו, וגם בגרסה זו לא סיפר את האמת כהווייתה, אלא רק לכאורה בגרסה שבאה בעקבותיה; והן משום שאבו הדובה הסתיר את פשר קיומם של כתמי הדם הבלתי מזוהים ואולי גם את עצם הימצאותו של אדם נוסף שנטל חלק בהתרחשות, עניין חשוב מכדי שניתן יהיה לעבור עליו לסדר היום. מדובר אפוא בגרסה שאיננה מלאה. הגלוי אומנם כנראה בסופו של דבר רב על הנסתר, אבל את הנסתר אין ניתן לבטל. חוסר האמינות שיש לייחס לגרסתו של אבו הדובה מצטרף לכמה תהיות נוספות המצטברות לכדי הקמת ספק סביר באשמת המערער, כפי שיפורט להלן.

עדותו של ג'אבר

34. ג'אבר, אחיו של המנוח, נחקר ביום 29.9.2006 בשעה 10:45, כיממה לאחר שאבו הדובה מסר את הגרסה המפלילה (ת/23). בחקירתו מסר ג'אבר גרסה דומה לגרסתו של אבו הדובה. בכלל זאת סיפר כי בליל הארוע בסביבות השעות 23:00-24:00 נסע מבאר שבע במכונית סובארו יחד עם אבו הדובה ואחיו איברהים; כי השלושה נכנסו דרך עומר על שביל עפר (ג'אבר גם הוביל את החוקרים לזירת האירוע); כי ראו מכונית מגנום (ג'אבר זיהה אותה כמכונית של משפחת אבו-טראש); כי אבו הדובה יצא מן המכונית והתווכח עם נהג מכונית המגנום; כי הויכוח נסב על מעבר בשביל; כי תוך כדי הויכוח הגיע אחיו המנוח; כי נהג המכונית דקר את אחיו המנוח וברח במכונית המגנום; וכי אחים נוספים שלו הגיעו למקום לאחר הדקירה והסיעו את המנוח בג'יפ שבאמצעותו הגיע אל בית החולים סרוקה.

35. יחד עם זאת, גרסתו של ג'אבר אינה עולה בקנה אחד עם הגרסה המפלילה של אבו הדובה בכמה פרטים: אבו הדובה מסר כי ג'אבר ואיברהים ירדו גם הם מן המכונית וחזו בדקירת המנוח, בעוד שלדברי ג'אבר הם נותרו במכונית, היו רחוקים ולא זיהו את הדוקר; אבו הדובה מסר בהודעתו על חילופי דברים בין המערער לבין ג'אבר ואיברהים, ואילו ג'אבר אמר בהודעתו כי לא דיבר עם המערער, וכי אם היה עושה כן, היה מזהה את הדוקר; אבו הדובה סיפר כי מכונית המגנום נסעה אחריהם, בעוד ג'אבר מסר כי מכונית המגנום עמדה, ורק לאחר שעומת עם דבריו של אבו הדובה אמר כי תחילה נסעה המכונית אחריהם ולאחר מכן עמדה; אבו הדובה סיפר שהמנוח הגיע לזירת האירוע, פנה מיד אל המערער והאחרון דקר אותו, בעוד ג'אבר סיפר על ויכוח בין נהג מכונית המגנום לבין המנוח קודם לדקירה; אבו הדובה סיפר כי המנוח דחף את המערער בחזהו קודם לדקירה ואילו ג'אבר מסר כי אחיו המנוח לא עשה כל מאומה ונהג מכונית המגנום דקר אותו; אבו הדובה סיפר כי לאחר הדקירה אחיו של המנוח הרימו אותו לג'יפ שבו הגיע, וג'אבר סיפר כי תחילה ניסה המנוח לעלות על הג'יפ בכוחות עצמו, אולם התעלף על ההגה ואז הסיעו אותו אחיו בג'יפ אל בית החולים סרוקה.

36. באותה חקירה מסר ג'אבר, באשר לאפשרות קיומו של סכסוך בין משפחתו לבין משפחת אבו-טראש: "יש סיכסוך אנחנו לא מדברים איתם והם לא מדברים איתנו יכול להיות שהייתי קטן היה סכסוך אבל אין קשר בינינו" (ת/23, עמוד 2 שורות 7-8). כשנשאל על אודות קשריו עם אבו הדובה ענה: "הקשר הוא שאנחנו חברים קשר משפחתי שאבא שלי הוא דוד שלהם" (ת/23, עמוד 2 שורות 19-20). כמו כן נשאל: "אחרי שאחייך נדקר ואותה מגנום בורחת מהמקום עאמר אמר לכם משהו, אתם שאלתם אותו?" ועל כך

השיב: "אני שאלתי אותו מה קרה ועאמר אמר לי שעלי נדקר ואמר עלי דקר אותו" (ת/23, עמוד 4 שורות 9-10). כשהתבקש ג'אבר להסביר את פשר הדם שנמצא על משקוף דלת מכונית הסובארו השיב: "וואלה אני לא יודע יכול להיות שעאמר עזר לאחי עלי" (ת/23, עמוד 5 שורה 14).

37. ג'אבר נחקר שוב ביום 3.10.2006 בשעה 13:20 (ת/24). בחקירתו נשאל את מי מבני משפחת אבו-טראש הוא רואה בדרך כלל נוהג במכונית המגנום, והשיב: "אני יודע שרכב זה שייך למשפחת אבו-טראש, כנראה שיש להם לא הרבה זמן את הרכב והוא עומד ליד הבית רחאיל שהוא האבא של המשפחה" (ת/24, עמוד 1 שורות 9-12). ג'אבר נשאל האם ראה את המערער נוהג במכונית המגנום וענה: "אף פעם לא ראיתי" (ת/24, עמוד 1 שורה 26). ג'אבר סיפר כי הוא מכיר את הבנים של רחאיל ומכיר את המערער. כמו כן נשאל: "אתה אמרת שאתה שאלת את עאמר מה קרה, עאמר אמר לך שעלי נדקר ואמר עלי דקר אותו. כאשר אמר לך שעלי דקר את אחיך מנין ידעת מי זה עלי שדקר את אחיך" והשיב: "אני הבנתי מעאמר שהכוונה הבן של רחאיל בעל המגנום" (ת/24, עמוד 1 שורה 27 - עמוד 2 שורה 6). באותה חקירה זיהה ג'אבר את המערער בתמונה בצבעי שחור-לבן.

38. כמו אבו הדובה, גם ג'אבר התייצב להעיד בבית המשפט רק באמצעות צו הבאה, וכמותו העיד כמי שכפאו שד. להרבה מן השאלות שנשאל ג'אבר, השיב בהפניה לאמרותיו במשטרה. הוא הוכרז עד עוין, והאמרות שמסר במשטרה הוגשו לבית המשפט. בית המשפט קיבל את הגרסה שמסר ג'אבר במשטרה, קבע כי מרבית הפרטים שמסר ג'אבר חופפים לפרטים שמסר אבו הדובה, ופסק כי גרסתו במשטרה היא אמת. אשר לסתירה בין דבריו של אבו הדובה לבין דבריו של ג'אבר בנוגע לירידה של ג'אבר ואיברהים מן המכונית, ציין בית המשפט כי היה מוכן לקבוע כי גרסתו של אבו הדובה היא הגרסה הנכונה, וכי גם אם לא ניתן לקבוע באופן חד משמעי שג'אבר אכן ירד מן המכונית, עדיין עדותו משתלבת עם עדותו של אבו הדובה ובכך מהווה לה חיזוק רב משקל, אף בדרגת סיוע. כמו כן, דחה בית המשפט המחוזי את הטענה בדבר תיאום גרסאות בין אבו הדובה לג'אבר.

39. גבי דידי, קיימים מספר קשיים בקבלת עדותו של ג'אבר ובהסתמכות עליה. ראשית, כאמור, ישנם מספר הבדלים בין גרסתו לבין הגרסה המפלילה שמסר אבו הדובה. העיקריים הם בנושא הירידה מן המכונית וזיהוי המערער. מדובר בהבדלים מהותיים, אשר אמנם ניתן להסביר אותם בכך שג'אבר רצה להרחיק את עצמו מהאירוע,

כפי שציין בית המשפט המחוזי בדעת הרוב, עניין בעייתי כשלעצמו, בפרט שהמנוח הוא אחיו, אך ניתן להסבירם גם בדרכים אחרות, והספק פועל לטובת המערער.

40. מעבר להבדלים אלה, ג'אבר, כמו אבו הדובה, לא נתן הסבר לכתמי הדם של האיש האחר. אמנם, לטענתו, לא ראה את ההתרחשות, ועל הדקירה שמע מפיו של אבו הדובה. אולם, כפי שציין בית המשפט המחוזי, יש להניח כי ראה גם ראה את האירוע, ומכל מקום שמע על ההתרחשות מאבו הדובה. עניין זה מלמד על חוסר האמינות שיש לייחס לגרסתו, בשים לב לכך שנשאל פוזיטיבית על אודות כתמי הדם, ובהתחשב עם המשמעות האפשרית של כתמי דם אלה. יתר על כן, הסתרת הפרטים מלמדת גם על אפשרות של תיאום גרסאות בין ג'אבר לבין אבו הדובה, שכאמור בחר אף הוא להסתיר אותו עניין, וניתן להניח שלא בכדי. ודוק: בית המשפט המחוזי דחה בהחלטיות את האפשרות כי השניים תיאמו גרסאות לפני חקירתם במשטרה, מכיוון שיצא מנקודת הנחה כי אבו הדובה היה עצור בחשד לרצח ולכן לא יכל לתאם גרסה עם ג'אבר לפני חקירתו של האחרון במשטרה (פסקה 28 לחוות דעתה של השופטת יפה-כ"ץ). אולם, מסתבר כי אין בידי המשיבה אינדיקציה לכך שאבו הדובה נעצר כלל. הפועל היוצא מן האמור הוא, שיתכן והשניים תיאמו גרסאות בין מועד חקירתו האחרונה של אבו הדובה ביום 28.9.2006 בשעה 13:07 לבין מועד חקירתו של ג'אבר ביום המחרת, 29.9.2006 בשעה 10:45. על כל פנים, הייתה להם הזדמנות לעשות כן, ולפי אופן התנהלותם ודברי-עדויותיהם אין זה מן הנמנע שניצלו את ההזדמנות הזאת.

41. אמנם, האפשרות כי נעשה תיאום גרסאות מעלה כמה שאלות בלתי פתורות. שהרי, כפי שציין בית המשפט המחוזי, אם השניים תיאמו גרסאות, מדוע ולמה סתרו זה את זה דווקא באשר למיקומו של ג'אבר באירוע? ומדוע יפלילו דווקא את המערער? בנוסף, לדברי המשיבה, הטענה בדבר תיאום גרסאות מתוך כוונה להפליל את המערער לשווא מאבדת מעוקצה לנוכח התחמקותם ממתן עדות בבית המשפט ואופן התנהגותם שם. מעדויותיהם של השניים ניכר חוסר רצונם להפליל את המערער. ג'אבר אף מסר כי כלל לא ראה את המערער דוקר את אחיו המנוח וכי למד על כך רק מדברי אבו הדובה. עוד טוענת המשיבה כי אין הגיון בטענה על תיאום הגרסאות, שהרי בשלב שבו נחקרו במשטרה לא ידעו מהן ראיות התביעה, ולא ידעו כי המערער יעלה טענת אליבי ואלו ראיות אספו בידי המשטרה לשם הפרכתו. לדידי, למרות כל אלה, יתכן כי תיאום הגרסאות נעשה לאו דווקא כדי להפליל את המערער, אלא על מנת להגן על מישהו אחר. לפיכך ג'אבר ביפר להרחיק את עצמו; יתכן כי השניים תיאמו גרסאות, אולם לא עשו כן לגבי כל הפרטים, ולפיכך קיימים הבדלים בין גרסאותיהם; יתכן כי התחמקותם בבית המשפט נבעה מפחד, אשר גבר על רצונו של אחד מהם להפליל את המערער;

יתכן גם כי שניהם היו בזירת האירוע, ורוב הסיפור שסיפרו הריהו אמת, אך הם בחרו לשנות כמה פרטים כמו פציעתו של אדם נוסף, וסיבותיהם עמם. אכן, עולות תהיות, ישנם הסברים פוטנציאליים שונים, גם השערות, ואין לדבר סוף. אולם, חרף האמור ובשים לב ללוחות הזמנים ולפרט המשמעותי ששני העדים בחרו שלא לספר, דומני כי יש ממש בטענה לגבי תיאום הגרסאות.

42. הנה כי כן, עניין לנו בשני עדי תביעה עיקריים אשר אמינות גרסאותיהם מוטלת בספק. סיפור המעשה אינו נהיר כל צרכו ומעלה תהיות עוד מתחילתו. מדוע ג'אבר ואיברהים לא נחלצו לעזרתו של אבו הדובה ולעזרתו של אחיהם המנוח, שהרי מבחינה מספרית הם היו לכאורה רבים מול יחיד, ולפי הגרסה המפלילה, המערער הוציא את השברייה רק לאחר שהמנוח דחף אותו? האם המערער היה באמת יחיד, או שההודעה שמסר אבו הדובה מיד לאחר שנחשד ברצח נכונה, ולפיה היו בזירה כמה בנים של ארחייל אבו-טראש שהתקוטטו עם המנוח, ולא רק המערער; מדוע הגיע המנוח לזירה וניגש מיד אל המערער ודחפו? האם לא קדמה לכך תגרה בין השלושה שהיו בזירה לבין המערער? שאלות אלה מתחזקות לנוכח הממצאים הפורנזיים, ובהם דמו של האדם האחר.

הממצאים הפורנזיים ודמו של האדם האחר

43. מחוות הדעת הביולוגיות שהוגשו לבית משפט קמא (ת/31 ות/32), עולה כי נמצאו כתמי דם של המנוח על מושב במכונית הפג'רו, על הדלת הקדמית השמאלית במכונית הפג'רו ועל מדרגת מכונית המגנום. כמו כן, מדגימה שנלקחה מהמושב הקדמי של מכונית המגנום עולה כי מדובר בדם שמקורו בתערובת של יותר מפרט אחד, וכי לא ניתן לשלול את המערער או את המנוח כאחד התורמים לתערובת זו. עוד עולה מחוות הדעת, כי גם בדגימות נוספות לא נמצא דם שמקורו במערער.

44. בנוסף לממצאים הללו, נמצא דם של אדם אחר, שאינו המנוח ואינו המערער, בשלושה מקומות: בעפר שנלקח מזירת האירוע, על הפגוש האחורי של מכונית הסובארו ועל בלם היד במכונית הסובארו. לטענת המערער, וכך עולה למקרא חוות הדעת הביולוגיות, נמצאו כתמי דם נוספים במכונית הסובארו, אולם אין אינדיקציה לכך שנעשתה בדיקה ביולוגית לגביהם, ועל כן לא ניתן לשלול כי מקורם באדם האחר.

45. אשר לכתמי דמו של האדם האחר, קבע בית משפט קמא בדעת הרוב, כי אין בעצם הימצאותם כדי לאיין או להפריך את הגרסאות של אבו הדובה וג'אבר או כדי להפחית מאמינותן. לגרסאות אלה ישנם אימותים כבדי משקל, חיזוקים וראיות

מסייעות, בעוד שגרסתו של המערער נדחתה. עוד צויין, כי בית המשפט איננו מתיימר לפסוק על-פי ודאות מוחלטת, אלא ברמה שמעבר לספק סביר, וכי גם אם סוגיית דמו של האדם האחר נותרה ללא פתרון, עדיין כששוקלים לעומתה את העובדות המפלילות, הכף נוטה לחובתו של המערער. אשר לגודלם של כתמי הדם, נקבע כי טענת הסנגור לפיה מדובר בכמויות דם ניכרות, אין לה כל אימות או תימוכין בראיות או בחוות דעת, כי המומחה מטעם המחלקה לזיהוי פלילי לא נחקר על כך, וכי טענה זו גם נסתרת בתמונות מזירת האירוע. אשר לכתמי הדם שנמצאו על העפר בזירת האירוע, נקבע כי מן התמונות עולה כי מדובר בכמויות דם זעירות בלבד.

46. השופט ואגו, בדעת הרוב, ציין כי אפשר שלצד הנרטיב המרכזי והצריך לליבת ההכרעה, ישנו סיפור צדדי, פרק נוסף או מקביל להתרחשות הנדונה נשוא כתב האישום, אשר פרטיו נותרו בלתי מפוענחים, ועדיין אין פגיעה ב"גרעין הקשה" של התרחיש שהוכח. כמו כן צויין כי לא ניתן לשלול מעורבות של אדם נוסף שנפצע במהלך התקרית. אולם, הדעת נותנת שהיה זה מישהו ממשפחת המנוח דווקא, ולא זה שפגע וגרם למותו של המנוח. שכן, "קשה, עד בלתי אפשרי, להלום, שהדוקר, משום מה התפנה ונכנס לרכבם של בני משפחת הקורבן, אותו סובארו, שם נמצא דמו, ומטעם עלום מחפים עליו בני המשפחה, מסתירים את קיומו, זהותו, ומעורבותו, בעוד הם מעידים, חד משמעית, בפני חוקרי המשטרה, על היות הנאשם מבצע המעשה. הגיוני יותר, אף כי אין זה הכרחי לקבוע ממצא חד משמעי לנדון, שאותו 'סיפור צדדי', שנותר מעין חור שחור, כדברי השופט מרוז, עניינו בנוכחות של אדם נוסף מבני משפחת הקורבן דווקא, נוכחות שאותה חפצו העדים שלא לחשוף בפני החוקרים, ממש כשם שגם לא היו להוטים בתחילת החקירה לחשוף את נוכחותם הם והיותם עדי ראייה לויכוח ולדקירה שבעקבותיה" (עמוד 4 לחוות דעתו של השופט ואגו).

47. לטעמי, ובשונה מאשר נפסק בדעת הרוב בבית משפט קמא, לדמו של האחר נודעת בנסיבות העניין חשיבות רבה, ובכוחו להשפיע על המסקנות באשר להתרחשויות בזירה.

48. ראשית, כאמור, הנחה מבוססת היא, כי קיים קשר בין כתמי הדם של האדם האחר לבין האירוע. זאת, לאור הימצאותם גם במכוניתו של אבו הדובה וגם ברגבי עפר מזירת האירוע, באופן השולל את האפשרות להיווצרותם במועד מוקדם יותר; בשים לב לעדותו של אבו הדובה לפיה שטף את מכוניתו יום לפני האירוע (ובמגבלת האמון שיש ליתן לגרסתו); ומחמת דחיית האפשרות שהעלה בית משפט קמא, לפיה כתמי הדם נוצרו לאחר האירוע, בעת תיקון הגלגל של מכונית הסובארו.

49. שנית, אין מדובר בכמות דם זניחה. לדעת הרוב, הטענה לפיה מדובר בכמויות דם ניכרות נסתרת בתמונות מזירת האירוע, ואילו דעת המיעוט גורסת, כי "ספק בעיני אם הכתמים הללו אכן מעידים על פציעה קלה ושולית, אשר יכול ואירעה כתוצאה מתיקון תקר בגלגל, בשים לב לגודלם, הנצפה בתמונות (ת/6 תמונות 27 – 37) ובהינתן הגדרותיו של החוקר המשטרתי, אשר הגדיר את כתמי הד כ'טיפות' ו'התזות'. בנוסף, עובדת הימצא כתמי דם אף על רגבי האדמה בזירת האירוע – מלמדת אף היא, כך לכאורה, על קיומו של דם ניגר מאדם שנפצע" (פסקה 28 לחוות דעתה של השופטת מרוז). אכן, קשה להעריך את כמות הדם מבלעדי חוות דעת מקצועית, אך עיון בתמונות תומך בדעת המיעוט. אולם, גם ללא הסתמכות על מראה עיניים ניתן להניח כי אין מדובר בכמות דם זניחה, שהרי הדם נמצא בשלושה מקומות שונים: מחוץ למכונית הסובארו על הפגוש האחורי; בתוך מכונית הסובארו על בלם היד, ועל העפר בזירת האירוע.

50. אפשרות סבירה היא אפוא כי מדובר בדם שניגר מאדם נוסף שהיה קשור לאירוע, בכמות שאינה מבוטלת. נתון זה מאפשר קיומם של מספר תרחישים בזירת האירוע, בהם השתתף אותו אדם אחר, נפצע, יתכן שגם פגע באחרים, ותרחישים אפשריים נוספים שלגביהם טענו באי כוח המערער. נתון זה גם משנה את יחסי הכוחות בזירה, וההתרחשות איננה נהירה כל צורכה, עד שאין לדעת מי עוד נכח במקום, 'מי נגד מי', מי נפצע, ובאיזה אופן. בכוחו של נתון זה להשפיע על שאלת אשמתו או חפותו של המערער, וביחד עם עדויות התביעה המרכזיות הרעועות של אבו הדובה ושל ג'אבר, הסתירות שביניהן, מהימנותם המפוקפקת של מוסריהן, ושאר נסיבות העניין, יש בכל אלה כדי להטיל ספק בראיות הקושרות את המערער לביצוע העבירה.

הסכסוך בין המערער לבין אבו הדובה

51. המערער נחקר בשעתו, ביום 29.3.2003, בתחנת העיירות בחשד לזיוף סימני זיהוי של רכב, בעקבות תפיסתו באותו יום כשהוא נוהג באופנוע אשר מספר השילדה ומספר המנוע שלו מזויפים. בחקירתו שם טען המערער כי: "את האופנוע הזה קניתי לפני שלושה ימים מבחור בשם עמאר אבו הדובה מלקיה, שילמתי עליו 6,000 שקל הוא אמר לי שהכול בסדר עם האופנוע ונתן לי רישיון רכב" (נ/9, עמוד 1 שורות 8-11). ביום 29.7.2003 נחקר אבו הדובה באותו עניין, הכחיש כל קשר לאופנוע המזויף, ומסר כי אין לו רישיון נהיגה, לא היה לו כלל אופנוע וממילא לא מכר אופנוע מזויף.

52. המערער סיפר בעדותו בבית המשפט, כי חמש שנים קודם לכן החליף את מכונית הסובארו שלו עם אופנוע שקיבל מאת אבו הדובה. לימים, עצרה אותו המשטרה עם האופנוע בחשד שהוא מזויף או גנוב, ולא החזירה לו את האופנוע. כשנחקר על כך במשטרה, סיפר כי האופנוע נקנה מאבו הדובה, ובעקבות זאת זומן גם

אבו הדובה מאוחר יותר לחקירה. אבו הדובה לא הסכים להחזיר למערער את מכונית הסובארו, והוא התרצה רק לאחר ש"מישהו שעושה סולחות" דיבר עם אחיו. לטענת המערער, לאחר מכן "עמד סיפר לחברים שאני הלכתי והפלתי אותו וסיבכתי אותו וכל מיני סיפורים, והוא רוצה להתנכל ולהביא לי מכות..." (עמוד 124 לפרוטוקול).

53. שיח אבו סבית, שהיה מעורב באירוע ההוא, העיד בבית המשפט. לדבריו, אבי המערער פנה אליו "ואמר שאבו הדובה עשה עסקה עם הילדים שלו, עם סובארו ועם אופנוע, החליפו אחד עם השני. האופנוע היה מזוייף לפי מה שאמר לי אבו טראש, והוא ביקש שאני אלך אליהם שיבטלו את העסקה ויחזירו את הכסף. אני הלכתי לאבו טראש ומאבו טראש יצאתי לאבו הדובה. פואד והאחים שלו ישבנו שם ואמרתי להם שאבו טראש שלח אותי וביקש לבטל את העסקה ולהחזיר להם את הכסף. הם התעצבנו שם קצת הילדים, ובסוף הם אמרו שהם יביאו את הכסף ויבטלו את העסקה, ואני הלכתי הביתה" (עמוד 171 לפרוטוקול). כשנשאל שיח אבו סבית על פרטי העסקה, ענה כי: "היה מדובר בטנדר סובארו ואופנוע עם הפרש של 1500-2000 ₪, לא זוכר. זה נגמר כך שהם אמרו שהם יחזירו את העסקה ואת הכסף של אבו טראש הם יחזירו" (עמוד 172 לפרוטוקול).

54. בהכרעת הדין נקבע בדעת הרוב כי ההסבר שנתן המערער באשר לאיחור בהעלאת טענה זו איננו משכנע, וכי "ניתן גם להסיק, שהייתה ביניהם, בעבר הרחוק (3 שנים) מחלוקת, אך לא סביר, שמחלוקת זו תגרום לעלילת רצח" (פסקה 54 לחוות דעתה של השופטת יפה-כ"ץ). במקום אחר צויין כי "הניסיון למצוא לאבו הדובה מניע להפליל הנאשם באפיזודה שנשתכחה גם מהנאשם עצמו, שאבו הדובה לא נחקר עליה, שלמעשה - מי שיצא נפסד ממנה הוא הנאשם (שהפסיד את האופנוע ואולי את כספו) ולא אבו הדובה (שהרי לא הועמד לדין בגין עדות הנאשם נגדו), ושמיילא - נעשתה בעניינה סולחה, שאמורה הייתה לפתור את הבעיה - אינה רצינית ובודאי שאינה מסבירה גם את עדותו של ג'אבר ואת הראיות הנוספות" (פסקה 60 לחוות דעתה של השופטת יפה-כ"ץ).

55. לטענת המערער, חומר החקירה על אודות פרשה זו הוגש לבית משפט קמא, הוא מוכיח את דבריו של המערער, ומצביע על משקעים בינו לבין אבו הדובה. לטענתו, אין נפקות למועד העלאת הטענה, מכיוון שזו הוכחה במסמכים. המערער טוען כי היחסים העכורים בינו לבין אבו הדובה פוגמים באובייקטיביות של אבו הדובה ומעלים מניע אפשרי להפללת המערער לשווא.

56. לטענת המשיבה, אין בטענות המערער כדי לפגום במארג הראיות המפלילות שהובאו לפני בית משפט קמא. בית משפט קמא התרשם כי מדובר בסכסוך ישן ומינורי, ולא נפלה כל שגגה בהתרשמות זו. לטענתה, הסכסוך נתפס כשולי גם בעיני המערער,

עד כדי כך שאבו הדובה לא נשאל עליו כלל בחקירה הנגדית. יתרה מכך, התרחיש לפיו אבו הדובה ביקש להפליל את המערער לשוא בשל אותו סכסוך כספי פעוט, אינו מתיישב עם העובדה שאבו הדובה התחמק מהגעה לבית המשפט; עם העובדה שאבו הדובה מסר לחוקרים כי הוא חושש לחייו; ועם כך שבעדותו בבית המשפט ביקש לחזור בו מגרסתו המפלילה בטענות שונות.

57. לטעמי אין ניתן להתעלם מן הסכסוך הקודם שבין המערער לבין אבו הדובה. אמנם המערער העלה טענה זו בשלב מאוחר, אולם אין חולק כי האירוע התרחש וכי אין מדובר בהמצאה של המערער. נראה כי המערער לא ייחס לאירוע חשיבות רבה, ולכן לא העלה נושא זה בתחילה, אולי משום שמבחינתו העניין הסתדר, העסקה התבטלה וכספו הושב (כעולה לכאורה מעדותו של שיח אבו-סבית). יתכן שזו הסיבה שאירוע זה, אשר התרחש כמה שנים קודם לחקירתו של המערער, לא הותיר בו משקעים עמוקים. אבו הדובה לעומת זאת, נחקר במשטרה על אודות פרשה זו מאחר והמערער "הלשין" עליו. בנוסף, אבו הדובה השיב למערער את כספו, ויצא בסופו של דבר ניזוק מאותה פרשה. עדיין אין זו סיבה מספיק טובה להפללה ברצח, אך מכל מקום, אני סבור כי יש ליתן משקל, אמנם לא גבוה ביותר, לסכסוך זה שבין אבו הדובה לבין המערער. גם התנהגותו של אבו הדובה בבית המשפט אינה מצביעה בהכרח על כך שלא חפץ בהפללת המערער, כי אז, כזכור, פעלו עליו כוחות נוספים, איומים מאנשים מבני שבט אבו טראש. אלמלא כן, אין זה מן הנמנע שהיה דבק בבית המשפט בדברים שאמר במשטרה.

הימצאות המערער בזירת העבירה

58. הוכחת עצם נוכחותו של המערער בזירת העבירה מבוססת על שלושה אדנים בעייתיים: כתמי דם של המנוח על מכונית המגנום; עדותו הבלתי אמינה של אבו הדובה; ועדותו של ג'אבר, לפיה אבו הדובה אמר לו בסמוך לאירוע כי המערער הוא זה אשר דקר את המנוח.

59. עדותו של אבו הדובה לפיה נהג המערער במכונית המגנום והוא זה שדקר את המנוח, היא למעשה הראיה היחידה הקושרת את המערער בצורה ישירה למקום האירוע. ככזו, ולאור משקעי העבר בין אבו הדובה לבין המערער, קשה להסתמך עליה. ג'אבר, אחיו של המנוח, העיד בחקירתו במשטרה כי לא ראה בעצמו את הדקירה, וכי לא ראה את פני הדוקר. לטענתו, מי שראה את אשר התרחש היה אבו הדובה: "אני שאלתי אותו מה קרה ועאמר אמר לי שעלי נדקר ואמר לי עלי דקר אותו" (ת/23, עמוד 4 שורות 9-10). מובן כי אין ניתן להסתמך על עדות זו, בהיותה עדות מפי השמועה,

ומשום ביסוסה על דבריו של אבו הדובה, הבעייתיים כשלעצמם, וזאת, אף מבלי להתייחס לסתירות שבין עדותו של ג'אבר לבין עדותו של אבו הדובה.

60. אשר לכתמי דמו של המנוח שנמצאו על מדרגת מכונית המגנום, בהחלט מסתברת הקביעה העובדתית בפסק הדין, לפיה המכונית היתה כבעלותו ובשימושו של המערער. מטעם זה, אינני רואה הצדקה לדון בבקשה להוספת ראיות הנוגעות לעניין זה. אולם, כפי שצוין בדעת המיעוט, אין בכך כדי לשלול את האפשרות לפיה גם אחרים מבני משפחתו של המערער עשו שימוש במכונית, כמקובל בכל משפחה טובה לחלוק מעת לעת את השימוש, והדבר מצוי גם בחברה הבדואית בשל אורח חייה השבטי. מדובר היה כזכור בנסיעה קצרה, לעבר שביל בקרבת מגורי השבט, ועל כן האפשרות כי אחד מבני המשפחה, שאינו המערער, נסע לשם במכונית המגנום, איננה מופרכת ויכלה להתרחש. כך או כך, וגם אם המערער נכח בזירה, הרי שסיפור המעשה איננו נהיר כל צרכו, ואין בדברי עדותו של אבו הדובה כדי לפרוש את התמונה בכללותה.

עדותו של המערער

61. כל הגברים מבני משפחתו של המערער, וגם הוא, הסתלקו ממקום מגוריהם מיד לאחר האירוע, ובמגורי השבט נותרו הנשים והילדים בלבד. המערער לא התייצב לחקירה, ורק ביום 14.11.2006 נעצר באזור מערב ראשון-לציון. הבלש שפגש אותו בשטח העיד כי: "קיבלנו אירוע דרך מוקד 100, היה חשש לחיי אדם, מישהו רוצה להתאבד או משהו כזה... הגעתי למקום, פגשתי שם בחור שעמד על הגשר... הוא היה עצבני ונכנס לי לניידת על דעת עצמו בלי שאמרתי לו שהוא מעוכב... הוא אמר שאנחנו מחפשים אותו... כמו כן הוא אמר לי 'נמאס לי לישון בחולות, תקח אותי לתחנה'... לקחתי אותו לתחנה... ובבדיקה יצא שהוא דרוש לחקירה..." (עמודים 105-106 לפרוטוקול).

62. המערער נחקר במשטרה ארבע פעמים וכמו כן העיד בבית המשפט. בעדותו בבית המשפט טען כי אינו קשור למותו של המנוח. לטענתו, כשלושה או ארבעה ימים לפני האירוע נסע לאשדוד במכונית הונדה אדומה של המשפחה כדי לרעות עדר כבשים, והתגורר באוהל יחד עם אימו. המערער העיד כי למשפחה יש כמה מכוניות, ושלוש מהן רשומות על שמו, שכן: "לא היו לי עיקולים ולא חותם בלשכת העבודה" (עמוד 119 לפרוטוקול). כל המשפחה משתתפת בתשלום, וכשמי מבני המשפחה זקוק למכונית, הוא לוקח את המפתחות התלויים בשיג. לטענתו, בליל האירוע היה עם הכבשים באשדוד ואז קיבל שיחת טלפון מאחיו יוסף, אל הטלפון שהוחזק במאהל באשדוד, ונמסר לו כי יש בלגאן בבאר שבע והוא התבקש להגיע. בעקבות השיחה נסע

המערער למאהל, הרבה אנשים היו בחוץ, לא הייתה למערער הזדמנות לשאול מה קרה, והוא הלך לישון. בבוקר העיר אותו אחיו, והוא נסע עם גברים ממשפחתו ללקיה. רק בדרך ללקיה או לאחר שהגיע לשם, נודעה לו הסיבה למהומה. עוד העיד המערער כי נסע לחורה לכמה ימים, ולאחר מכן נסע למישהו בראשון לציון, אצלו השתכן למשך כחודש וחצי. המערער העיד כי לאחר תקופה בראשון לציון, הודיעה לו אימו כי המשטרה מחפשת אחריו ויום למחרת "התקשרתי למשטרה ואמרתי שאני רוצה ניידת והם שלחו אלי ניידת..." (עמוד 122 לפרוטוקול).

63. בית משפט קמא מצא כמה סתירות בין דברי המערער בחקירותיו במשטרה לבין דברי עדותו בבית המשפט. כך למשל לגבי שאלות ששאל על אודות האירוע; באשר למועד שבו נודע לו על האירוע; לאופן שבו התעורר בבוקר שלמחרת האירוע; בקשר למספר המכוניות הרשומות בבעלותו; באשר למכוניות השייכות לו; בעניין המקום שבו שהה מאז האירוע ועד למעצרו; המועד שבו נודע לו כי הוא דרוש לחקירה במשטרה; באשר לפסילתו מנהיגה; באשר למכשיר הטלפון שהיה ברשותו; ובעניין היכרותו וזיהויו את אבו הדובה, והסכסוך עימו. בית משפט קמא גם הצביע על תהיות וחוסר היגיון בגרסאות שמסר המערער ובתגובתו לראיות שנחשפו בפניו. לאור כל אלה קבע, כי המערער "השאיר רושם רחוק מאמין" (פסקה 38 לחוות דעתה של השופטת יפה-כ"ץ). עוד נקבע כי ניסיונו של המערער לתמוך את גרסתו בעדי אליבי שונים, ובכלל זאת אימו, אביו, אחיו יוסף וחותנו, לא עלה יפה. טענת האליבי שטען, הופרכה.

64. אינני רואה הצדקה להתערב בממצאיו של בית משפט קמא אשר דחה את גרסת המערער וייחס לו חוסר אמינות. יחד עם זאת, אין בחולשת גרסתו כדי 'לרפא' את הקשיים והספקות שעלו מכלל הראיות. אכן, "יכולות להיות נסיבות בהן גישת הנאשם אינה זוכה לאמון, אך יתר הראיות יוצרות תשתית ראייתית שדי בה כדי להעלות ספק סביר" (ע"פ 1964/91 בן דוד נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 70, פסקה 7; ע"פ 1619/10 אבו דנהש נ' מדינת ישראל בעמוד 9 (ניתן ביום 11.10.2011)). מה גם, כפי שפורט בדעת המיעוט, ש"בנסיבות הללו, מובן על שום מה נמנע הנאשם מלהמציא הסבר לפשר כתמי דם המנוח ברכבו, שהרי כל הסבר שהיה מוסר, עלול היה לסבך, מטבע הדברים, מי מבני משפחתו. אין במחדלו כדי להצדיק את מעשיו, אולם יש כדי להסביר את שתיקתו בעניין זה" (פסקה 25 לחוות דעתה של השופטת מרוז). המערער ביקש להגיש בשלב הערעור חוות דעת בעניינה של תמונה שהוצגה לו בחקירה, על מנת לבסס באמצעותה טענה כי דבריו מהימנים, בניגוד לפסיקת בית משפט קמא. אינני רואה הצדקה לכך, מכיוון שממצא זה אינו מכריע בנסיבות העניין.

65. אחרי ככלות הכל, ברי כי המנוח נדקר ומת. ברם, נסיבות הריגתו לא הובהרו די צרכן. כתמים מדמו נמצאו על מדרגת מכונית המגנום של המערער. גם שני עדים, אבו הדובה וג'אבר, העידו לחובת המערער, ועל אלה נוספו שקריו-שלו. ברם, נותרו סימני שאלה. אילו אמת המידה להרשעה בפלילים היתה מאזן ההסתברויות כבמשפט האזרחי, כי אז יתכן וניתן היה להשאיר את הרשעתו של המערער על כנה. ואולם, עד התביעה המרכזי, אבו הדובה, נכשל בעדותו בבית המשפט ובהודעותיו במשטרה, שיקר על ימין ועל שמאל, לצורך ושלא לצורך, כנראה על מנת לערפל ולזרות חול בעיניים. גרסאותיו הרבות והשונות במשטרה ובבית המשפט, אינן מאפשרות להעמיד גרסה עקבית קוהרנטית אמינה אחת על מכונה. יש קושי בהתמקדות בהודעתו המפלילה דווקא – מתוך 5 גרסאות שמסר – גרסה בסיסית ולא מפורטת. אבו הדובה סרב לעשות שיחזור, וגם מחמת כן נותרו פרטים עלומים. החרה-החזיק אחריו ג'אבר, אחיו של המנוח, שהעדיף לגלות טפח ולכסות טפחיים, שמא הוא מחפה על אדם אחר שנטל חלק מרכזי באירוע, אם זה בן אחר למשפחת אבו טראש, אם זה מישהו אחר. במקצת דבריו אין משום עדות ישירה, אלא עדות על דברים ששמע לטענתו מאבו הדובה. במקצת דבריו סתר את דברי אבו הדובה. לדבריו, היה הדוקר מבני משפחת אבו טראש, אך הוא נמנע מלנקוב בשמו של המערער. לטענתו, השם נודע לו מפיו של אבו הדובה, אך אבו הדובה, כזכור, לא ראה למסור למשטרה את השם במשך זמן רב, עד אשר עמדו להחשיד אותו-עצמו במעשה הרצח. אין ניתן להשתחרר מן החשש שקיבל את ביטויו בדעת המיעוט בבית משפט קמא, שמא ביקש אבו הדובה למלט את נפשו מאימת הדין, או למלט את נפשו של אחר, לא מן הנמנע כי גם הוא בן למשפחת אבו טראש, אשר קרוב לליבו יותר מן המערער, בין מחמת סכסוך שבעבר בין השניים, בין מטעם אחר. על כל פנים, אין ניתן לבסס הרשעה על עדויות השניים, עדים עוינים, שהותירו רושם רע על בית משפט קמא, ואשר עשו גם כל אשר לאל ידם כדי להימנע מלהעיד. אבראהים, אחיהם של ג'אבר ושל המנוח, אשר נכח בזירה (בנוסעו במכונית הסובארו עם אבו הדובה ועם ג'אבר), היה ואיננו, לא אותר לצרכי חקירה. אין להתעלם מכתמי דמו של המנוח שנמצאו על מדרגת מכונית המגנום של המערער, אך זו עמדה כנראה גם לשימושם של בני משפחתו ולא רק לשימוש-שלו. שקריו של המערער פועלים מבחינה ראייתית לחובתו, אך בנסיבות העניין אין לשלול כי אלו נובעים מתוך רצון לחפות על אדם אחר, אולי על מי מאחיו. על עדויותיהם המפוקפקות של אבו הדובה וג'אבר, נוספו כתמי דם בזירה, המשוייכות לאדם אחר, במספר מקומות ובכמות משמעותית, כראיה אילמת לכך שרק חלקה של הפרשה פוענח. ברקע, יחסים מורכבים בין המשפחות. למרבה הצער, נותרו סימני שאלה ותהיות באשר לפרטי האירוע שבו קיפח המנוח את חייו. אין די בחומר הראיות כדי לבסס את ההרשעה, ונותר ספק סביר

באשמתו של המערער. אציע אפוא לחבריי לקבל את הערעור, לבטל את הרשעתו של המערער, ולזכותו מחמת הספק.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. לאחר עיון בכל חומר התיק, מצטרף אני לחוות דעתו של חברי השופט סולברג מנימוקיו. לא אכחד כי לא בקלות הגעתי למסקנה זו, נוכח נימוקי בית המשפט קמא (בדעת רוב). ועם זאת, פשיטא כי מקום שישנה גם דעת מיעוט, אשר עצם קיומה מצביע על כך שהיה מי שהטיל ספק בהרשעה, מתחייבים זהירות יתר או משנה בדיקה, שהרי במקרה כזה אין מתקיימת במלואה הפרופוזיציה המקובלת של עדיפות התרשמותה של הערכאה הדיונית מן העדים בחינת "טוב מראה עיניים מהלך נפש" (קהלת, י', ט'), והרי היו "שתי התרשמויות" מן העדים במקרה שבו ישנה דעת מיעוט. חוות דעתו של חברי מצביעה על "מקדמי הזהירות" הרלבנטיים. עיון בתיק, בהודעות העד המרכזי אבו הדובה, וצפייה בקלטת אינם גורעים מכך. דעתי בענין טיבו של הספק הובעה, בין השאר, בע"פ 10956/03 בשירוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם), פסקאות ד'-ה'; וכן בע"פ 7220/05 נימר נ' מדינת ישראל; ולאחרונה בע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל (לא פורסם), פסקאות ט"ו-ט"ז; עיינו שם וצרפו לכאן. דמיו של המנוח זועקים לענישת הורגו, אך כלי המשפט אין בהם די להכרעה שמעבר לספק סביר. בשולי הדברים, אדרש למאמרם המעניין של י' ואקי ומ' רזונשיין "בין זיכוי 'מחמת הספק' לזיכוי מחמת הספק הסביר" (ספר דיויד וינר, תשס"ט-2009, 489), שאיזכרתי בענין ידען, המוטו של רשימתם הוא דברי ראשונים – בית משפט זה, מפי השופט (כתוארו אז) ש"ז חשין בע"פ 10/49 היועץ המשפטי לממשלה נ' פתניאב, פ"ד ב 424, 431, כי "בזכות ספק זה קונה לו הנאשם את זיכוי המוחלט בדין".

ב. חברי השופט סולברג כתב בענייננו (פסקה 65):

"אילו אמת המידה להרשעה בפלילים היתה מאזן ההסתברויות כבמשפט האזרחי, כי אז יתכן וניתן היה להשאיר את הרשעתו של המערער על כנה".

ג. מה שאין כך בהינתן הספקות שעלו, הן בקשר לעדות אבו הדובה הן בקשר לעדות ג'אבר אחי המנוח. בטבלה ששירטטו המחברים ואקי ורזונשיין בקשר להכרעה

עובדתית בשאלת האשמה, על פי עוצמת הראיות (עמ' 521), מציבים הם באופן ציורי את הזיכוי מחמת הספק כמצוי בתווך – ובטווח – שבין הרשעה "מוחלטת", שבקצה האחד ל"זיכוי מוחלט" שבקצה האחר, בעוד שהרף האזרחי מצוי בנקודת אמצע. המחברים מזכירים את מקורו (כנראה) של הביטוי "מחמת הספק" בע"פ 20/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה(2) 1187, 1196, שוב בדברי השופט ש"ז חשין, והם מבקרים את מוסד "הזיכוי מחמת הספק" עד כדי קריאה ל"עקירתו מהשיח המשפטי והציבורי כאחד" (עמ' 540), וזאת על-ידי הדגשת חזקת החפות, תוך שלשיטתם אין מטרת ההליך הפלילי בירור החפות, אלא בירור האשמה (ולא היומרה של חשיפת האמת) (ראו עמ' 502-505 ועמ' 543).

ד. מכבד אני את הדברים, ואין מי שכופר הן בחזקת החפות, שראוי להזכירה מדי פעם, והן מנגד, בחובת התביעה להוכיח את האשמה. ואולם תקצר היריעה מהידרשות לדברי המחברים, שמקומם ביסודם בדיונים אקדמיים ואולי גם חקיקתיים. אציין בשולי הדברים, כי דילמה שיש לה קרבה רעיונית לכך עומדת בפני היועץ המשפטי לממשלה, מקום שהוא "סוגר מחמת הספק" תיק של איש ציבור לאחר חקירה פלילית מאומצת, ועליו להסביר לציבור (במה שבימי כהונתי כיועץ משפטי כיניתי "החלטה מנומקת" ובתקשורת זכה משום מה לשם "דו"ח ציבורי"), מדוע אחרי כל "רעשי" החקירה – "קול דממה דקה" של סגירה. הסבר זה הוא "ספק סביר" שבשלו, מקום שאתה עצמך – היועץ המשפטי – אינך משוכנע שניתן "להרים" את התיק הפלילי, ההכרעה היא לא להטריח את בית המשפט לאורך שנים של הוכחות; זאת – כאשר "השורה התחתונה" נובעת לא משכנוע כי הנחקר החשוב לא עשה דבר מן המיוחס לו, אלא שהוכחת הדברים זרועה ספקות וקשיים כאלה ואחרים. בכגון דא איפוא מקומו של הספק. אותה החלטה מנומקת של היועץ המשפטי היא איפוא, דרך להודיע לציבור את ממצאי הספק כהוייתם, בלא כחל ושרק, וכמובן העובדה שהדברים לא עמדו במבחן שיפוטי רגיל, מחייבת משנה זהירות ומאמץ אדיר שלא להגזים ולא להשחיר חלילה וכיוצא בזה; אך הספק הוא ביסוד הדברים, ואין "להסתירו" מן הציבור (מה שממילא היה עולה מקום שמוגשת עתירה לבג"ץ).

ה. כך שבעתיים הספק בהליך השיפוטי. לשיטתי, על בית המשפט לנמק כדבעי את הכרעת הספק, וסבורני כי "עקירתו" מן השיח, כהצעת המחברים ואקי ורוזנשיין, תהא מרחיקת לכת יתר על כל מידה. עם כל הפן הערכי החיובי וההוגנות שמשדרת גישת המחברים המלומדים, יש לצרף אליה – ועל כן, לא בהכרח לקבל גישה זו – את מצפונם של השופט או השופטת היושבים לדין, שלא הניחם להרשיע, אך גם לא הניחם

שלא להביע את ספקותיהם. אף את אלה נחוץ לבטא, כמובן בהגינות ובאיזון, ובסופו של יום, הזיכוי הוא זיכוי ומדבר בעדו.

ו. בנידון דידן, בנסיבות הזיכוי מחמת הספק, ומשישב המערער תקופה מסוימת במאסר, לא ראיתי להידרש פרטנית לשאלת העבירות הנוספות בהן הורשע, ומצטרף אני לזיכוי כמות שהוא.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

מסכים אני לחוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג כי יש לזכות את המערער מחמת הספק, וזאת מנימוקיו.

באשר למהותו של הספק הסביר, הבעתי דעתי לאחרונה בע"פ 7653/11 ראובן ידען נ' מדינת ישראל (26.7.2012). לנוכח דברי חבריי, ובשל חשיבות הנושא, אומר זאת: מלאכת הכרעת הדין טומנת בחובה שתי חובות המוטלות על בית המשפט. האחת – חובת ההנמקה. האחרת – חובת ההכרעה. באשר לראשונה, ברי כי על בית המשפט לחשוף את הנימוקים אשר הנחו אותו להגיע למסקנתו – תהא זו לכף זכות או לכף חובה. בהקשר זה, למשל, ייתכן מצב בו בית המשפט מזכה את הנאשם, אך מציין, בשלב ההנמקה, כי נותרו חשדות, תהיות או שאלות בלתי פתורות. באשר לחובה השנייה – חובת ההכרעה – בל נשכח כי אף בית המשפט פועל במסגרת מסויימת. בהכרעת הדין על בית המשפט להרשיע או לזכות את הנאשם. אל לו לקבוע כמסקנה או בשורה התחתונה, מעין חבות במשפט האזרחי או אחריות למעשה בדלת האחורית. השילוב בין שתי החובות – ההנמקה וההכרעה – מגביר את השאיפה להגיע לחקר האמת המשפטית, אך לצד זאת מכיר במגבלות הידיעה השיפוטית בתיקים שונים, וכי הנאשם הוא הנהנה מכך מבחינת ערכי השיטה, שאינה מתירה להכתיים ולהעניש אדם שאשמתו לא הוכחה.

ש ו פ ט

הוחלט לבטל את הרשעתו של המערער ולזכותו מחמת הספק, כאמור בפסק
דינו של השופט נ' סולברג.

ניתן היום, ט"ו באלול תשע"ב (2.9.2012).

שופט

שופט

שופט