

## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 1767/94

בפני: כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד השופט י' זמיר  
כבוד השופט י' טירקל

המערערים: 1. חגי יוסף  
2. מוסטפא סרסור

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
בת"א-יפו, מיום 18.11.93, בת.פ. 505/91  
ובת.פ. 565/91, שניתן על ידי כבוד  
השופטים: י' גולדברג, ע' ארבל, י' דיאמנט

תאריך הישיבה: ט"ז בכסלו התשנ"ח (15.12.97)

בשם המערערים: עו"ד אביגדור פלדמן

בשם המשיבה: עו"ד נאוה בן-אור

### פסק-דין

#### הנשיא א' ברק:

1. ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, בת.פ. 505, 565/91, בה נדחתה בקשתם של המערערים להורות למשיבה לשלם להם פיצויים בשל מעצרם והוצאות הגנתם במשפט, מכוח סעיף 80(א) לחוק העונשין, התשל"ז 1977 - (להלן: "החוק").

העובדות והשתלשלות ההליכים

2. ביום 14.7.91 נרצח ונשדד לאחר התעללות חלפן הכספים ישראל דז'לושיצקי (להלן: "המנוח"). בעקבות חקירת המשטרה, שכללה את מעצרו של מוטי בן עזרא (להלן: "בן עזרא") שמסר מידע הקושר את המערערים לביצוע השוד והרצח של המנוח, הוגש ב-10.10.91 כתב אישום כנגד מערער מס' 2, מוסטפא סרסור (להלן: "סרסור"). ביום 12.11.91 הוגש גם כתב אישום כנגד מערער מס' 1, חגי יוסף (להלן: "יוסף"). על פי כתבי האישום, קשרו בן עזרא, יוסף וסרסור קשר לשדוד ולרצוח את המנוח. הוסכם ביניהם, כי סרסור, שהיה מוכר ונאמן על המנוח, יקשור עם המנוח משא ומתן לעסקת חליפין שתבוצע, כביכול, ביום 14.7.91. במסגרת ביצוע הקשר, התקשר סרסור למנוח בבוקרו של ה-14.7.91 והודיע לו כי הוא הכין את סכום הכסף המבוקש. בו ביום, בשעה 10:00 בבוקר, נסעו המערערים ובן עזרא ברכבו של יוסף לביתו של המנוח. בן עזרא החנה את הרכב סמוך לבית המנוח ונשאר ברכב, שעה שסרסור ויוסף עלו לדירתו של המנוח. על פי כתב האישום, סרסור עלה לדירה כאשר הוא מצוייד בסכין ארוכה ויוסף עלה חמוש באקדח. סמוך לדירת המנוח המתין למערערים אדם נוסף, שנכנס עימם לדירה. לאחר שנכנסו לדירה, תקפו את המנוח תוך שהם גורמים לחתכים בביטנו, ידיו, בית החזה ופניו, כל זאת לשם כפיית המנוח לגלות את מקום הימצא כספו. לאחר מכן, חנקו את המנוח על ידי תחיבת מגבת לפיו. מביתו של המנוח נלקחו סכומי כסף בשקלים ובדולרים. האדם הנוסף נמלט מן המקום עצמאית. ממקום ביצוע הרצח, נטען בכתב האישום, נסעו המערערים לפארק "אפק" לשם חלוקת שלל הרצח והשוד.

3. בעקבות הגשת כתב האישום כנגד המערערים, נתבקש מעצרו עד תום ההליכים. ב-30.12.91 הוחלט כי אכן המערערים ישארו במעצר עד לתום ההליכים בעניינם. ערר שהוגש לבית המשפט העליון (כב' השופט מלץ) בעניין זה, נדחה.

4. טרם פתיחת משפטם של המערערים (ביום 27.4.92), בעודו שוהה במעצר, פגש יוסף את אבנר כבל (להלן: "כבל"). ממנו נודע לו, כי אדם בשם סימון בן ארי (להלן: "בן-ארי") הוא ששדד ורצח את המנוח. בעקבות זאת, שלח יוסף מכתב מפורט לעורך דינו, בו פירט את אותם הפרטים, שיש בהם כדי לקשור את בן ארי להירצחו של המנוח. העתק מן המכתב הועבר לפרקליטות המדינה. בעקבות זאת, נעצר בן ארי למשך שבעה-עשר יום. הוא נחקר בחשד שהיה מעורב ברצח המנוח. נערכה לו בדיקת פוליגרף בה נמצא דובר שקר.

דמו נלקח לבדיקה ונמצא תואם לסוג דם שנמצא בזירת הרצח ושהיה תואם לסוג דמו הנדיר של המנוח. מאידך, כבל לא היה מוכן להעיד ישירות כנגד בן ארי. בסופו של דבר, שוחרר בן ארי. דגימות הדם שנלקחו, נשלחו לבדיקת D.N.A. במעבדות המשטרה.

5. בין לבין, התנהל בנפרד משפטו של בן עזרא. ביום 28.4.92 חשפו סניגוריו מידע, לפיו בבוקר הרצח היו שתי שיחות טלפון ממקום עבודתו של בן ארי, לביתו של המנוח. כמו כן, בדיקת ה-D.N.A. של דמו של בן ארי הצביעה על כך, כי הדם שנמצא בזירת הרצח היה ככל הנראה דמו של בן ארי. על כן, התחדשה החקירה בעניינו של בן ארי. ביום 30.4.92 הורשע בן עזרא ונמצא אשם ברצח. על הרשעתו הגיש בן עזרא ערעור לבית משפט זה.

6. ביום 24.5.92 התקבל ממצא מעבדתי לפיו דמו של בן ארי אכן מצוי היה בזירת הרצח. ביום 8.6.92, על פי בקשת הפרקליטות, עוכבו ההליכים כנגד המערערים והם שוחררו ממעצרם. שבועות ספורים לאחר מכן, הוגש כתב אישום כנגד בן ארי, המייחס לו את ביצוע הרצח. בין לבין, בדיון בערעורו של בן עזרא על הרשעתו, הסכימה המדינה לקבלת הערעור וזיכויו של בן עזרא, לאור אי התיישבות מסכת הראיות הקושרת אותו לביצוע הרצח עם זו העומדת ביסוד כתב האישום שהוגש כנגד בן ארי. ביום 27.6.93 הורשע בן ארי ברצח המנוח. על כן, נתבקש ביום 28.9.93 חידוש ההליכים כנגד המערערים על מנת להביא לזיכויים. לאחר חידוש ההליכים, זוכו המערערים ביום 18.11.93, מן ההאשמות שיוחסו להם.

#### הבקשה לתשלום פיצויים והוצאות משפט

7. עם זיכויים, עתרו המערערים לבית המשפט המחוזי בבקשה לחייב את המשיבה בפיצויים בגין הוצאות המשפט והנזק שנגרם להם עקב ההעמדה לדין והמעצר, מכוח סעיף 80(א) לחוק. בקשתו של יוסף הוגשה בכתב, כאשר היא נתמכת בתצהיר. בבקשה ובתצהיר נטען, כי מלכתחילה לא היה יסוד להעמדתו לדין ולמעצרו במשך 258 ימים. כך הדבר, לאור טענת אליבי ברורה שנטענה על ידיו. על פי הטענה, שהה יוסף ביום 14.7.91 בביתו שבאריאל לאחר השעה 10:00 בבוקר ולכן לא היה בביתו של המנוח בפתח-תקוה במועד הרצח המשוער. טענה זו מוכחת לטענת יוסף, בשיחת טלפון שנערכה מביתו שבאריאל בשעה 10:19 על ידו. לטענתו, למרות שמידע זה היה בפני המשטרה, לא נחקר העניין לעומקו בכדי לוודא, שאכן שהה יוסף בביתו כאמור. גם בהמשך היום, טען יוסף, הוא היה החל מן השעה 11:00 במשרדו של עו"ד יעקב שרעבי בפתח-תקוה. גם טענת אליבי זו שטען, לא נבדקה לעומקה. כל אלה, טען יוסף, ביססו את התרשלות רשויות התביעה

וחייבו בפיצויים והוצאות. התרשלות נוספת מצא יוסף בעובדה, כי המשטרה לא בדקה את יתר השיחות הנכנסות ביום 14.7.91 לביתו של המנוח. לו היתה עושה כן בשלב מוקדם יותר מתברר היה כי בן ארי התקשר למנוח עובר לרציחתו ובכך היה כדי למנוע את העמדתו של יוסף לדין מלכתחילה. רק המכתב שנכתב על ידי יוסף לפרקליטו (והעתקו שנשלח לתביעה), וחשיפת שיחת הטלפון של בן ארי במשפטו של בן עזרא, הם שהובילו להאשמתו של בן ארי. על כן, התרשלה התביעה כלפיו ויש לחייבה בהוצאות משפטו ובפיצויים בגין מעצרו. סרסור טען בבקשה בעל-פה, כי מתקיימים במקרה דנן אותן "נסיבות מיוחדות" שבסעיף 80(א) לחוק, בייחוד לאור ההתפתחות החריגה בחקירה במקרה דנן; לאור התרשלות התביעה בחקירה ולאור עדותו של בן עזרא, שעלתה כדי עלילת שווא כנגד המערערים.

#### החלטתו של בית המשפט המחוזי

8. בהחלטתו, דחה בית המשפט את בקשות המערערים. ראשית, ובהתייחס לסדר הדין המונח ביסוד בקשתו של יוסף, קבע בית המשפט, כי אמנם ניתן היה להגיש את הבקשה בכתב ובצירוף תצהיר, אולם אין הכרח כי כך תהא הבקשה. בכך דחה בית המשפט את טענת יוסף, כי משעה שהמשיבה לא חקרה את יוסף על תצהירו, הרי שיש לקבל את האמור בו כיסוד וכתשתית עובדתית מוסכמת להחלטה בבקשה. בית המשפט הוסיף, על כן, כי לשם ההחלטה בבקשה יסתמך הוא אך על החומר שהיה בפניו עת זיכה את המערערים.

9. שנית, נדחתה טענתו של יוסף לפיה לא היה במקרה דנן יסוד להאשמה, כאמור בסעיף 80(א) לחוק. בית המשפט מצא, כי היתה תשתית ראויה להעמדתם של המערערים לדין. כך, בייחוד לאור ההחלטה לעוצרם עד תום ההליכים - שאושרה אף בערר לבית משפט זה - החלטה, שנסמכה על קיומן של ראיות לכאורה בעניינם. ראיות אלה נמצאו בעיקר בעדותו של בן עזרא, שקשר חד משמעית את המערערים לביצוע הפשע. כמו כן, התבססה ההחלטה להעמיד לדין על שורה של ממצאים ומסקנות, ובהם: גירסת בן עזרא, לפיה אמר לו סרסור, כי המנוח "לא הגיע ללחצן המצוקה". פרט זה, בדבר קיומם של לחצני המצוקה בדירת המנוח, היה פרט מוכמן; על גירסתו של בן עזרא, לפיה סרסור אמר לו בסמוך לרצח, כי "הזקן הזה [המנוח] לא רצה להיחנק", שעה שעובדת מותו של המנוח בחניקה לא היתה ידועה בשלב זה בציבור, ועל כן, רק מבצע הרצח בפועל יכול היה לדעת אודותיה; על גירסת בן עזרא כי הרוצחים חזרו מן הדירה כאשר ידיהם מגואלות בדם וסרסור מתלונן,

כי "המים היו קרים", שעה שאף פרט זה, שהיה נכון (מכוח ראיות אחרות) לא היה אמור להימצא אלא בידיעתו של מי שנכח ברצח עצמו; בעובדה, כי סמוך לאחר הרצח החליף יוסף את הריפוד במכוניתו, כאשר בן עזרא העיד, כי במהלך המנוסה מזירת הפשע הוכתם הריפוד בדמו של יוסף; בעדותו של בעל חנות מכשירי טלוויזיה המצויה בשכונת לביתו של המנוח, שראה בסמוך למועד הרצח מכונית בצבע מכוניתו של יוסף (ששימשה על פי עדות בן עזרא להימלטות מזירת הרצח) נסה במהירות מן המקום; וכן על יסוד שיחה בין סרסור ליוסף, בה הכחיש בתחילה יוסף כי הריפוד אכן הוכתם בדם, אך לבסוף טען כי מקור הדם בקיום יחסי מין עם גרושתו כאשר היא במחזור, גירסה שהופרכה לאחר מכן בהודעתה של גרושתו. כן נמצא יסוד ראייתי להעמדה לדין באי הדיוקים ובסתירות שאיפיינו את עדותו של יוסף לגבי המועד בו נתגלה לו דבר ביצוע הרצח ובסתירות לעניין יחסיו עם סרסור. אשר לסרסור עצמו, ציין בית המשפט את הסתירות בגירסתו לעניין פעולותיו בבוקר יום ה-14.7.91. כן צויינה העובדה, כי לא נמצאו תימוכין לגירסתו של סרסור, לפיה שהה בבנק בג'לג'וליה בעת הרצח, שכן חתימתו נעדרה מן השיק שפדה, לטענתו, בבנק. ראייה אחרת שעמדה ביסוד האשמתו של סרסור היתה העובדה, כי על המשיבון שבביתו של המנוח נקלטו שתי הודעות שהשאיר סרסור בבוקר הרצח עבור המנוח, בהן הודיע כי גייס את סכום הכסף. ראייה לכאורה נמצאה גם בעובדה, כי בן עזרא טען כי מביתו של המנוח נלקח, בין היתר, שלל זהב בשקית, שנתבררה אחר כך כחסרה בביתו של המנוח ועל כן, הוסיפה נופך של אמת לעדותו של בן עזרא. גם שיחה שקיימו סרסור ויוסף בניידת בדרכם לבית המשפט, בה אמר סרסור ליוסף: "שלא יסדרו אותך עד מדינה או משהו", ויוסף השיב: "אני פעם התקרבתי ללכלוך?" היתה בפני בית המשפט כראיה לכאורה להשתתפות המערערים במעשה פשע.

10. על יסוד זה קבע בית המשפט, כי "לא ניתן בשום אופן לומר שמסכת הראיות כפי שפורטו על ידי בית המשפט והחלטת המעצר אין בהן תשתית ראייתית להגשת כתב אישום ואף ראיות לכאורה להרשעה... קשה להעלות על הדעת מקרים רבים שיהיו בפני בית המשפט יותר מאשר עדות שותף, במיוחד שאינו שותף ועבריין עיקרי (נהג מכונית) ושאינו עד מדינה ולא קיבל כל טובת הנאה עבור עדותו וכן ראיות אובייקטיביות נוספות וכן ראיות נוספות מפייהם של החשודים". בית המשפט הדגיש את קביעתו של השופט מלץ, בדיון בערר על מעצרו של המערערים עד תום ההליכים, ולפיה "מקובלת עלי מסקנתה [של שופטת הערכאה הראשונה] כי טענות האליבי מפוקפקות למדי".

11. שלישית, ובהתייחס לחלופה השניה שבסעיף 80(א) לחוק (קרי, קיומן של "נסיבות מיוחדות"), קבע בית המשפט, כי השאלה העיקרית העומדת לבחינה תחת ראש זה היא, אם יש בהרשעתו של בן ארי ברצח המנוח, כדי לקבוע את חפותם הפוזיטיבית של המערערים ולהקים עילה לפיצויים. לשאלה זו השיב בית המשפט בשלילה, תוך שהוא מציין כי ביסוד הרשעתו של בן ארי לא עמדה קביעת מהימנות באשר לגירסתו של

בן עזרא או חלקם של המערערים בביצוע הרצח, וכי אין מניעה כי הגירסאות בעניין בן ארי ובעניין בן עזרא, יוסף וסרסור, יתקיימו בהדי הדדי. אשר להתפתחות החקירה בעניינם של המערערים, ציין בית המשפט, כי אמנם תדפיס השיחות לביתו של המנוח היה בידי החוקרים כבר בשלב מוקדם, אולם אי בדיקת ההתקשרות ממקום עבודתו של בן ארי לביתו של המנוח היתה סבירה בנסיבות העניין, בהיעדר כל אינדיקציה למעורבות של בן ארי דווקא (שלא היה בעל קו הטלפון), בפרשה. בית המשפט לא קבע ממצא לגבי בדיקת ה-D.N.A., אולם סיכם, כי ראיות אלה - הן התדפיס והן הבדיקה - לא ניקו את המערערים מחשד ועל כן אין לראות בהן נסיבה לפיצויים. כן נקבע, כי לא בוססה הטענה בדבר התרשלות התביעה בבדיקת האליבי של יוסף וכי טענת אליבי זו נמצאה לא מהימנה גם במשפטו של בן ארי. על יסוד זה, נדחתה הבקשה לחייב המשיבה בפיצויים והוצאות.

#### ערעורו של בן ארי

12. על החלטתו זו של בית המשפט המחוזי הוגש ערעור לבית משפט זה. טרם נשמע התיק, ערער בן ארי על הרשעתו בבית המשפט המחוזי, לפני בית משפט זה (ע"פ 4369/93). בית המשפט החליט לקבל את הערעור, לבטל את פסק הדין של בית המשפט המחוזי ולהחזיר את הדיון בעניינו של בן ארי לערכאה הראשונה. זאת עקב העובדה, כי הרשעתו של בן ארי קמה ללא התייחסותו של בית המשפט למהימנות התוודותו של בן עזרא, כאשר אם גרסה זו (של בן עזרא) נכונה היא, כך נקבע, אין הדבר עולה בקנה אחד עם גירסת המשיבה במשפטו של בן ארי. על כן הוחזר התיק לבית המשפט המחוזי. גם בהכרעת דינו השניה הרשיע בית המשפט את בן ארי בביצוע הרצח. בית המשפט ציין, כי בוחר הוא להתעלם מעדותו של בן עזרא לאור היעדר המהימנות שיוחסה לדבריו בהזדמנויות השונות. על פסק דין זה חזר בן ארי וערער לפני בית משפט זה (ע"פ 6251/94). ערעורו נדחה. בדעת רוב נקבע, כי הרשעתו של בן ארי עומדת על כנה היא, למרות הרשעתו של בן עזרא והגירסה שמסר לעניין נסיבות ביצוע הרצח והמעורבים בו. דעת המיעוט סברה, כי יש לזכות את בן ארי, לאור האמון הלכאורי שיש ליתן בגירסת בן עזרא ואי השתלבותה של גרסה זו בגירסת המשיבה בעניינו של בן ארי. בדיון נוסף שנערך בהרכב של שבעה שופטים (דנ"פ 3391/95), חזר בית משפט זה ואישר, בדעת רוב, את הרשעתו של בן ארי. בקשה לקיום דיון נוסף על הדיון הנוסף, נדחתה (דנ"פ 3391/95). בקשתו של בן ארי לקיים משפט חוזר נדחתה על ידי (מ"ח 7558/97).

#### הערעור שבפני

13. על החלטת בית המשפט המחוזי בעניין פסיקת הפיצויים והוצאות המשפט לזכות המערערים, הוגש ערעור לבית משפט זה. הדיון בערעור עוכב, עד למתן ההחלטה בדיון הנוסף בעניינו של בן ארי. טענותיהם

העיקריות של המערערים היו, ראשית, כי על פי סדרי הדין ומשעה שלא נחקר יוסף על תצהירו, צריך היה בית המשפט לקבל את האמור בו כראיה, ומכל מקום, לדון בבקשת הפיצויים של המערערים על יסוד הטענות שבתצהיר, ולא רק על יסוד החומר שהיה בתיק בית המשפט; שנית, כי לא היה מקום להסתמך על ההחלטות בעניין המעצר עד תום ההליכים, שכן אין בהן כדי לקבוע סופית את דינה של עילת "היעדר יסוד להאשמה" שבסעיף 80(א) לחוק. כמו כן, ולגוף העילה נטען, כי אכן לא היה יסוד להאשמה, לאור אי בדיקת טענת האליבי של יוסף ואי בדיקת תדפיס שיחות הטלפון. כן נטען, כי ההסתמכות על ממצאי המהימנות לעניין עדותו של בן עזרא, כפי שאלה נקבעו בעניין בן ארי, אינה ראויה ואינה כדין. המערערים טוענים על כן, כי יש לקבוע כי המשטרה התרשלה בחקירתם. שלישית, כי התקיימו במקרה דנן "נסיבות אחרות" המצדיקות פיצוי. זאת בייחוד לאור עדותו הכוזבת ועלילתו של בן עזרא; לאור חפותם של המערערים ונוכח התרשלות המשטרה בחקירת בן ארי והתרשלות בבדיקת האליבי של יוסף. על יסוד אלה, טוענים המערערים, כי יש לחייב את המשיבה בפיצויים על מעצרם ובהחזר הוצאות הגנתם.

#### הטענות הדינויות

14. טרם נבדוק את התקיימותו של היעדר היסוד להאשמה במקרה שבפנינו, מן הדין שנתעכב על טענת המערערים לעניין היקף החומר עליו רשאי בית המשפט להתבסס ולהסתמך עת דן הוא בבקשה לפיצויים מכוח סעיף 80(א) לחוק. נטען בפנינו, כי בית המשפט לא היה רשאי לבסס את החלטתו לעניין זה על ההחלטות בעניין מעצרם של המערערים עד תום ההליכים נגדם. אכן, מקובל עלינו כי בהחלטה לעניין פסיקת הפיצויים יכול להיזקק בית המשפט לכל החומר שבפניו. הדין עם המערערים בטענתם, כי אין בעצם העובדה כי נקבע בהחלטות לעניין מעצרם עד תום ההליכים כי קיימת תשתית ראייתית לכאורה, בכדי לחסום בקשה לפיצוי על בסיס היעדר יסוד להאשמה, כאמור בסעיף 80(א) לחוק העונשין. כך הדבר, הן בשל העובדה כי הדיון במעצר עד תום ההליכים מתקיים לאחר הגשת כתב האישום ומטבע הדברים, מתייחס לרוב לתשתית ראייתית שונה, במקרים רבים, מזו שהיתה בידי רשויות התביעה ערב הגשתו של כתב האישום עצמו. כך הדבר גם, בשל העובדה, כי אמת המידה לבחינת אותה תשתית ראייתית שונה היא בדיון במעצר עד תום ההליכים מזו שבהליך לפי סעיף 80(א). הבדל נוסף טמון בעובדה, שההחלטה בעניין מעצר עד תום ההליכים עוסקת במכלול שיקולים שונה מזה העומד ביסוד העמדה לדין (ראו: חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, סעיף 21). אכן, בבקשה למעצר עד תום ההליכים בוחן בית המשפט עצמו את התשתית הראייתית, כאשר בהחלטה לפיצוי על פי סעיף 80(א) נבחן, בין היתר, שיקול דעתה של התביעה וסבירות שיקול דעת זה. בה

בעת, אין לשלול כל משקל מהחלטות אלה בעניין המעצר עד תום ההליכים, שכן לפעמים יש בהן כדי לאשש את סבירותה של ההחלטה בדבר הגשתו של כתב האישום. על כן מסקנתנו היא, כי אין בעצם מעצרו של המערער עד תום ההליכים בכדי לחסום את בקשתם לפיצוי בגדריו של סעיף 80(א). בה בעת, רשאי היה בית המשפט קמא - ורשאים אנו - להסתמך, בין היתר, על חומר זה בהחלטה לעניין סעיף 80(א) לחוק.

15. כמו כן נטען בפנינו, כי בבחינת קיומו של יסוד להאשמה צריך היה בית המשפט להיזקק לכל החומר שהיה בפניו, לרבות תצהירו של יוסף שהוגש יחד עם הבקשה לפיצויים, בדרך המרצה, וללא התנגדות המשיבה או בקשה לחקור את יוסף על תצהירו. על פי תקנות סדר הדין הפלילי (פיצויים בשל מעצר או מאסר), תשמ"ב1982-, סעיף 4, "בקשה תוגש בדרך המרצה; בקשה כנגד המדינה יכול שתהיה בעל-פה...". כן קובע סעיף 3 לתקנות, כי על הדיון בבקשה יחולו תקנות סדר הדין האזרחי, "בשינויים המחוייבים". אכן, בדין צירף המערער יוסף תצהיר לבקשתו, שעה שבחר להגישו בדרך המרצה. אולם, אין לקבל במקרה דנן את טענתו, כי בהיעדר חקירה על תצהירו זה, יש לקבלו ולאמצו כראיה חלוטה לאמור בו. כך הדבר, לאור העובדה כי ניתן להגיש את הבקשה גם בדרך בקשה בעל-פה, ללא תצהיר, כאשר המדובר בבקשה כנגד המדינה (כפי שנהג סרסור בעניינו). מכאן עולה, כי אופי ההליך אינו זהה להליך על פי סדר הדין האזרחי. ה"שינויים המחוייבים" להליך הפלילי ענינם בין היתר, ביכולת לקבל מחד, תצהיר כבסיס לבקשה ומאידך, לא לחייב הגשת תצהיר עם הבקשה (כאשר מדובר בבקשה בעל-פה) (השוו: בג"ץ 4318/95 מדינת ישראל נ' השופט פיזם, פ"ד מט(3) 702, 704). על כן ברי, כי אין לזקוף לחובת המדינה את אי חקירתו של יוסף על תצהירו. זו היתה מסקנתו של בית המשפט המחוזי, ואין אנו מוצאים עילה להתערבותנו בה. חיזוק לקביעה זו מצוי בדין הנוהג כיום בעניין זה. על פי תקנה 241 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד1984-, ממילא אין עוד הכרח בחקירת הצד שכנגד על תצהירו והדבר נתון לשיקול דעתו של בית המשפט (ראו: תקנה 241(ד)). מאידך, שגה בית המשפט קמא משעה שלא התייחס כלל בהחלטתו לאמור בתצהיר עצמו, שכן תצהיר זה היה בפניו יחד עם יתר חומר החקירה. מטעם זה יבחן החומר שבערעור זה יחד עם האמור בתצהיר עצמו. על כן נעבור עתה לבחינת החלטתו של בית המשפט המחוזי לגופה.

#### המסגרת הנורמטיבית

16. הוראת החוק העיקרית המונחת לפתחנו בערעור זה הינה סעיף 80(א) לחוק העונשין, הקובע:

#### **"הוצאות הגנה מאוצר המדינה"**

80(א). משפט שנפתח שלא דרך קובלנה וראה בית המשפט שלא היה יסוד להאשמה, או שראה נסיבות אחרות המצדיקות זאת, רשאי הוא



לצוות כי אוצר המדינה ישלם לנאשם הוצאות הגנתו ופיצוי על מעצרו או מאסרו בשל האשמה שממנה זוכה או בשל אישום שבוטל לפי סעיף 94(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, בסכום שיראה לבית המשפט".

התכלית המונחת ביסוד הוראה זו מאזנת בין מספר שיקולים נוגדים הנאבקים על הבכורה (ראו: ע"א 105/92 ראם מהנדסים וקבלנים בע"מ נ' עירית נצרת, פ"ד מז(5) 189).

17. השיקול הראשון עניינו זכויות היסוד של הנאשם. אין חולק, כי עצם ההעמדה לדין מהווה פגיעה בחלק ניכר מזכויות היסוד של הפרט. פתיחת ההליך הפלילי פוגעת בפרטיותו של הנאשם (ראו: בג"ץ 7256/95 פישלר נ' מפכ"ל המשטרה, פ"ד נ(5) 1, 10). יש בה, לרוב, כדי להביא לפגיעה בקניינו ולעתים אף לפגיעה בחופש העיסוק שלו. מקום בו הנאשם נעצר, נשללת חירותו. שמו הטוב של הנאשם, עומד אף הוא בסכנת פגיעה עקב ההליך. אכן, העמדה לדין היא עניין רציני. יש בה כדי לשנות את חייו של אדם. צל מעיב עליו. החיים שוב אינם כשהיו. כמובן, לשם הגשמת מטרותיו של ההליך הפלילי יש וצריך לפגוע בזכויות היסוד של הפרט. זוהי "דו הפרצופיות" של המשפט הפלילי, שעה שהוא נדרש לפגוע בזכותו של פרט אחד, לשם הגשמת זכותם של פרטים אחרים והציבור בכללותו (ראו: י' קרפ, "המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות האדם: קונסטרוקציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט מב (תשנ"ה) 64). על כן, כל עוד הפגיעה בזכויותיו של הפרט הינה לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש, נחשבת הפגיעה למוצדקת (ראו למשל: בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 290, 293-294; השוו: מ' קרמניצר, "תפקידו של התובע בהליך פלילי", פלילים ה (תשנ"ז) 173, 184). שונה המצב לכאורה מקום בו נאשם זוכה בדין. אינטרס הפרט ואינטרס הציבור מחייבים כי בנסיבות מסוימות תיזכנה לפיצוי אותן הפגיעות בזכויות היסוד של הנאשם שזוכה, פגיעות שנגרמו עקב העמדתו לדין (ראו: ד' ברק-ארז, עוולות חוקתיות (בורסי, התשנ"ד) 280, 284; והשוו: K. Roach, Constitutional Remedies in Canada 11.810-11.920; וכן: ק' מן, "זכות הטיעון והביקורת על שיקול הדעת של הקביעה בדבר העמדה לדין", פלילים ה' (תשנ"ז) 189, 199-203). ודוק: אין בדברי אלה משום הכרה בעילת תביעה עצמאית ("עוולה חוקתית") לנאשם שזוכה, על יסוד פגיעה בזכויות היסוד שלו. שאלה זו אינה נצרכת במקרה דנן ועל כן יש להשאירה בצריך עיון. בה בעת, עצם העובדה, כי תחילתו של ההליך הפלילי הביאה לפגיעה בזכויות היסוד - ואחריתו של ההליך מניחה כי בנסיבות מסוימות אותן הפגיעות לא היו מוצדקות - מהווה שיקול העומד ביסוד ההוראה הקיימת בסעיף 80(א) לחוק העונשין, המקנה - בתנאים מסוימים - זכות לנאשם להיפרע מן המדינה בגין הוצאות המשפט שהוציא ונזקים שנגרמו בגין מעצרו או מאסרו. שיקול זה של הגנה על זכויות היסוד של הנאשם, שהוא אינטרס של הפרט והכלל גם יחד, מקבל משנה תוקף לאור חקיקת חוקי-היסוד ובייחוד חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, הגם שסעיף 80(א) לחוק העונשין קדם לחקיקת חוק היסוד, שומה עלינו לפרשו ברוח חוק היסוד (ראו: בש"פ 537/95 עימאד

גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 410 ואילך, וכן: דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 654, והשוו: ע"פ 7826/96 יוסף רייש נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 481).

18. השיקול השני המונח ביסודו של סעיף 80(א) לחוק העונשין, עניינו אינטרס הציבור. אכן, נקודת המוצא הינה, כי קיים אינטרס ציבורי בהעמדתם של עבריינים לדין (השוו: סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב1982-), מקום בו הפרט מפר את כללי המשפט הפלילי המהותי המשקף את צרכי החברה המאורגנת להגן על הערכים החיוניים לתפקודה התקין ולהתפתחותה הרצויה (ראו: בג"ץ 935/89 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 511-508). חיוב המדינה בהוצאות הגנתו של נאשם ובפיצוי בגין מעצרו או מאסרו, יכול שיביא לריפיון ידיהם של הגורמים המופקדים על העמדתם של עבריינים לדין (השוו: ע"פ 1703/96 פלונית נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)). תוצאה זו אינה רצויה.

#### נקודת האיזון

19. סעיף 80(א) לחוק העונשין מהווה נקודת איזון בין שיקולים נוגדים אלה. מחד גיסא, מוכרת זכותו של נאשם שזוכה לפיצויים בגין מעצרו ומאסרו וכן להחזר הוצאות הגנתו. מאידך, זכות זו לפיצוי אינה מוחלטת. היא זכות יחסית. יחסיותה של הזכות מוצאת ביטוייה במספר מאפיינים: ראשית, הפיצוי לא ניתן בכל מקרה בו מופסק ההליך הפלילי, אלא בדרך כלל רק במצב בו הנאשם זוכה (ראו: ע"פ 7826/96 הנ"ל והשוו: ע.פ. 378/82 גולדברג נ' מדינת ישראל, פס"מ מג(2) 168. החריג הקבוע בסעיף 80(א) לחוק העונשין לעניין זה הינו חזרה מכתב אישום בהסכמה, לפי סעיף 94(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב1982-, המאפשר פיצוי גם כאשר אין זיכוי); שנית, עצם הזיכוי כשלעצמו אינו מבסס את זכאותו של הנאשם לפיצוי. סעיף 80(א) דורש בנוסף, כי תתקיימנה אחת משתי העילות האמורות בו, קרי, היעדר יסוד להאשמה או קיומן של "נסיבות אחרות", לשם קביעת הזכאות לפיצוי. שלישית, שיעור הפיצוי מוגבל לסכומי מקסימום (ראו: תקנות סדר הדין הפלילי (פיצויים בשל מעצר או מאסר), תשמ"ב1982-). הפיצוי מוגבל להוצאות ההגנה של הנאשם ופיצוי בשל מעצרו או מאסרו, ואין הוא כולל נזקים אחרים שנגרמו לו - כמו פגיעה אפשרית בשמו הטוב (ראו: ע"פ 277/78 מדינת ישראל נ' טוביהו, פ"ד לג(1) 297) או פיצוי בגין ראש נזק של כאב וסבל (ראו: ע"פ 586/78 סולמי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(1) 829). אכן, זוהי נקודת האיזון בין האינטרסים השונים, כפי שהיא עולה מלשונו ותכליתו של סעיף 80(א). על רקע זה נפנה עתה לבחינת שתי העילות העיקריות לפיצוי בסעיף 80(א) עצמו, כפי שהן מונחות ביסוד הערעור שבפנינו.

סעיף 80(א) - היסוד הראשון: היעדר יסוד להאשמה

20. סעיף 80(א) לחוק העונשין קובע כי בית משפט רשאי לצוות על אוצר המדינה לשלם פיצויים לנאשם שזוכה מאשמה, אם לא היה "יסוד להאשמה". מתי יש לומר כי לא היה "יסוד להאשמה"? התשובה הינה כי המבחן לכך הוא אובייקטיבי. השאלה הינה אם חומר החקירה שהיה בפני התביעה עובר להגשת כתב האישום היה מעלה אצל תובע סביר ציפיה כי יש בו ראיות לכאורה לבסס ההרשעה (ראו: רע"פ 931/96 מאיר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם); ע"פ 269/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' דוד, פ"ד ט 1823, 1825; ר"ע 310/84 ברעלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 503, 504; ע"פ 425/88 בדיר נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2) 204; ע"פ 406/74 והב נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 803, 805; ע"פ 1524/93 מיכאלשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(2) 650, 655; ע"פ 3583/94 לעדן נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 793). האם לא היה "יסוד להאשמה" בפרשה שלפנינו? כדי להשיב על שאלה זו עלינו לבחון את חומר החקירה שהיה בפני התביעה. עלינו לשאול עצמנו אם תובע סביר צריך היה לצפות את הרשעת הנאשמים.

21. חומר החקירה בעניינם של יוסף וסרסור היה בנוי משלושה נדבכים עיקריים: הראשון, הודעותיו של בן עזרא בחקירתו. כאמור, עוד ביום 14.8.91 (ת26/) נמסר למשטרה אנונימית (בדיעבד התברר שכן עזרא מסר מידע זה) כי רכב מסוג אופל אסקונה כחול השייך ליוסף, הקשור לסרסור ומכיר אותו, חנה בסמוך לביתו של המנוח ביום הרצח. מידע דומה נמסר שוב על ידי בן עזרא ביום 15.8.91 (ת18/). לאחר מעצרו של בן עזרא, התגבשה, במספר פעמים, תמונת מעורבותם של המערערים ברצח. בהודעתו מיום 12.9.91 (ת31/) מסר בן עזרא, כי הוא שימש כנהג הרכב שעה שהמערערים הם שרצחו את המנוח. גם בתמליל חקירתו של בן עזרא מאותו היום (12.9.91, ת32/) חזר בן עזרא על מעורבותם של המערערים ברצח, שעה שהוא נהג ברכבו של יוסף מסוג אופל אסקונה כחולה. כן אמר בחקירתו, כי המערערים ירדו מביתו של המנוח כשבידם שקית לבנה וכן תיק צ'ימידאן מבד. לטענתו, המערערים ירדו כשהם מבוהלים. שללם היה מטבעות כסף וזהב. סרסור אמר לו, לטענתו, כי "מזל שהוא [המנוח] לא צלצל בפעמון". ידו של חגי היתה מלאה בדם. בישיבתו ברכב, הכתים יוסף את הריפוד בדם. בן עזרא הוסיף, כי התכנון היה שסרסור יתקשר טלפונית אל המנוח, שהכירו לפני כן, ויודיע לו על בואו, כך שהמנוח יפתח את הדלת בפניו. לשם כך התקשר סרסור, בנוכחות בן עזרא ויוסף אל המנוח ביום הרצח. לכל אורך חקירתו ביקש בן עזרא לבצע "עיסקה" עם רשויות התביעה בתמורה להפלת המערערים. בתמליל חקירתו מיום 29.9.91 (ת35/), חזר בן עזרא על גירסתו לרצח אך הוסיף, כי ראה עם רדתם של יוסף וסרסור מדירתו של המנוח אדם נוסף היוצא מפתח הבנין, בידיו סכין עטופה בשקית, שנמלט למקום אחר. עוד ציין בן עזרא, כי סרסור אמר לו לאחר הרצח כי המנוח "לא רצה להיחנק". אכן, אין גירסתו של

בן עזרא עקבית בכל הפרטים. כך, למשל, אין עקביות בעניין חלוקת השלל, מועד התכנון של הרצח, הימצאותם של כתמי דם על ידיו של יוסף ומספר המשתתפים ברצח. בה בעת מכיל נדבך זה כשלעצמו "גרעין קשה" הכולל את הגירסה הכלולה בכתבי האישום לפיה רצחו יוסף וסרסור את המנוח כאמור, כאשר בן עזרא שימש כנהג הרכב. הנדבך השני מצוי היה בחיזוקים חיצוניים להודעותיו של בן עזרא, שביססו את אמינות "הגרעין הקשה" של גירסתו. חיזוקים אלה מצויים היו, בעיקרם, במספר פרטים מוכמנים ששבו ועלו בחקירתו של בן עזרא ובהודעותיו לחוקריו. פרטים אלה לא היו יכולים, לכאורה, להיות ידועים לבן עזרא, אלמלא השתתף ברצח עצמו כאמור בגירסתו. בין פרטים אלה ניתן למנות את הידיעה של סרסור על קיום לחצני האזעקה ("הפעמון") בביתו של המנוח ואת אי ידיעתו אודות אי שמישותם של לחצנים אלה; את החלפת ריפוד הרכב של יוסף לאחר הרצח; את היעדר השקית מביתו של המנוח (שעל פי גירסת בן עזרא, כאמור, נלקחה על ידי המערערים); את עובדת הרצחו של המנוח דווקא בחניקה; ואת העובדה כי אכן נראה רכב בצבע כחול נמלט בשעות הרלבנטיות ממקום הרצח. כן התיישרה גירסתו של בן עזרא לעניין משך הרצח עם העובדה כי שלל רב לא נלקח מן הדירה בשל חיפזון של הרוצחים, ועם הימצאותן של שיחות טלפון מוקלטות מטעמו של סרסור, על המשיבון של המנוח, כאשר אחת מהן לפחות קדמה למועד רציחתו המשוער של המנוח. השלישי מצוי היה בסתירות שבהודעותיהם וגירסותיהם של המערערים עצמם. כך, לדוגמה, גירסת האליבי שמסר יוסף השתנתה לאורך חקירתו. בהודעה שמסר ביום 18.8.91 (ת15//) ציין יוסף, כי יצא מביתו באריאל בשעה 10:00-10:30 ונסע לכיוון פתח-תקוה. הוא נכנס למסעדה ובסביבות השעה 12:00 נסע למשרדו של עו"ד שרעבי, המצוי בקירבת ביתו של המנוח. אז, ראה התקהלות ושאל לפשר העניין. דווח לו, כי בסמוך התבצע רצח. כשיצא ממשרד עורך הדין בסביבות 14:30-15:00 ראה כבר מודעות אבל על רצח המנוח. ביום 22.8.91 (ת16//) השתנתה גירסת האליבי. יוסף טען כי הוא יצא מביתו באריאל בין 11:00-11:30 והגיע למסעדה סמוך לשעה 12:00. בין 12:00 לשעות אחר הצהריים לא זכר בדיוק יוסף היכן הוא היה, אולם הוא ציין, כי הגיע למשרדו של עו"ד שרעבי בערך בין 17:00-17:30. בדרך למשרד (בין 16:30-17:00) הוא ראה התקהלות וכששאל לפישרה נודע לו, כי "רצחו זקן שגר פה". בגירסה זו אין זכר למודעות האבל. מן הדברים עולה, כי היו סתירות בין גירסאות אלה, הן באשר למועד עזיבתו את ביתו ביום הרצח; הן באשר למועד הגעתו לפתח-תקוה ומעשיו במקום; הן לעניין הדרך בה נודע ליוסף על הרצח; והן לגבי מועד הגעתו למשרדו של עו"ד שרעבי. כך גם לאור העובדה, כי גופתו של המנוח נתגלתה רק בשעה 15:30 (ועל כן לא יכול היה יוסף לדעת על הרצח, כאמור בגירסתו מיום 18.8.91, כי נודע לו על כך בשעה 14:30:15:00), וכי מודעות האבל נתלו רק למחרת יום הרצח. סתירות נמצאו גם באשר להערכות שנתן יוסף לעניין היכרותו וטיב יחסיו עם סרסור.

22. על יסוד חומר החקירה האמור הגיע בית המשפט המחוזי למסקנה, כי אכן היה יסוד לאשמה במקרה דנן. עיינו בחומר זה. נחה דעתנו, כי בדיון נקבע כי היה במקרה דנן יסוד לאשמה במובן זה, שהחלטה

להעמיד את המערערים לדין היתה סבירה. התשתית הראייתית שהיתה בפני רשויות התביעה עת הוגש כתב האישום הקימה יסוד לכאורה להאשמתם. שלושת נדבכי הראיות עליהם עמדנו, כפי שמצאו ביטויים גם בהחלטות לעניין מעצרו של המערערים עד לתום ההליכים המשפטיים נגדם, מבססים את סבירות שיקול דעתה של התביעה במקרה דנן. על כן אין אנו מוצאים עילה להתערבותנו במסקנתו של בית המשפט המחוזי לעניין זה. על רקע זה עולה השאלה, אם יש באמור בתצהירו ובטענותיו של יוסף ושל סרסור, לעניין התרשלות המשטרה בבדיקת טענת האליבי שטען, כמו גם בטענותיו לעניין ההתרשלות בחקירת מעורבותו של בן ארי בפרשה ודרך חקירתו של בן עזרא, בכדי לשנות ממסקנתנו זו בעניין קיומו של יסוד להאשמה במקרה דנן.

### התרשלות בחקירה

23. התרשלות המשטרה בחקירה עשויה לבסס טענה כי לא היה "יסוד להאשמה". עניין זה נבדק על פי הנתונים שהיו בידי התביעה עובר להגשת כתב האישום. השאלה הינה אם על יסוד חומר זה, החקירה שנערכה היתה רשלנית, באופן שחקירה אחרת אותה ניתן היה לערוך באופן סביר היתה מצמיחה חומר חקירה אשר יש בו כדי לשכנע תובע סביר - המעיין במכלול החומר - כי לא קיימת ציפיה כי יש בחומר הראיות לכאורה שבידו, בסיס להרשעת הנאשם. על פי מבחן זה, אין לייחס למשטרה התרשלות באשר לבדיקת האליבי. כזכור, טענתו של יוסף הינה, כי המשטרה התרשלה בכך שלא בדקה אם אכן יוסף הוא שהתקשר מביתו שבאריאל בשעה 10:19 ביום הרצח. אם אכן היתה שיחה כזו, ממילא לא יתכן כי יוסף שהה, בה בעת, בדירת המנוח בפתח-תקוה. התשובה הפשוטה לטענה זו הינה, כי יוסף לא העלה כלל בחקירתו טענה זו, ואין לייחס למשטרה התרשלות בכך שהדבר לא נבדק מיוזמתה (השוו: ע"פ 425/88 בדיר נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2) 204, 205-206). גם נוכחות של יוסף במשרדו של עו"ד שרעבי אין בה כדי לסייע ליוסף, שכן זו (על פי חלק מגירסאותיו של יוסף) אינה מתייחסת כלל לשעת הרצח. לא זו אף זו: גם אם היתה בעניין זה התרשלות של המשטרה (וכאמור, אין אני סבור כך), הרי שלא התרשלות זו היא שעמדה ביסוד זיכויים של המערערים אלא בקשת התביעה להפסיק ההליכים (השוו: ת.פ. (י-ם) 528/79 מדינת ישראל נ' עליאן, פס"מ מא(1) 496). אין בידי גם לקבל את טענת יוסף, ולפיה הסתמך בית המשפט המחוזי לצורך דחיית גירסתו, על ממצאי מהימנות במשפטו של בן ארי. עיון בחומר שבפני מראה, כי בית המשפט דחה את גירסתו של יוסף על יסוד אי הוכחתה בפניו, ולא תוך הסתמכות בלעדית על הקביעה בעניין זה במשפטו של בן-ארי.

24. המערערים טענו, כי נמסרו לבן עזרא במהלך חקירתו, פרטי חקירה מוכמנים, דבר שהביא למהימנות לכאורה של עדותו של בן עזרא ללא בסיס במציאות למהימנות מעין זו. עיינתי בטענה זו. לא מצאתי לה כל בסיס בחומר הראיות שהביאו המערערים. אף בית המשפט המחוזי לא יחס משקל לטענה זו. הבסיס היחיד

שהובא לעניין זה הינו קטעים מתוך פסק דינו של השופט ברך, בדיון הנוסף בעניין בן ארי (דנ"פ 3391/95), מהם עולה כי יתכן וחלק מן הפרטים המוכמנים נודע לבן עזרא מחוקריו. גם אם ניתן להתבסס על דברים אלה כבסיס ראייתי בעניין שבפנינו - דבר שאינו חד משמעי - ברי, כי אין בדברים אלה משום קביעה באשר להתרשלות בחקירה דווקא. על כן, לא מצאנו בטענה זו כדי לבסס עילת פיצוי על בסיס היעדר יסוד להאשמה.

25. לא מצאנו גם עילה, להתערבותנו בממצאיו ומסקנותיו של בית המשפט המחוזי, לפיהם לא היתה במקרה דנן בחקירתו של בן ארי אותה התרשלות, שיש בה להקים עילת פיצויים במסגרת סעיף 80(א) לחוק העונשין. כתב האישום כנגד המערערים הוגש ב-10.10.91 (כנגד סרסור) וב-12.11.91 (כנגד יוסף). עד למועדים אלה, לא היתה בידי המשטרה כל עדות או ראיה הקושרת את בן ארי לביצוע הרצח. מקובלת עלי בעניין זה מסקנתו של בית המשפט המחוזי, כי בנסיבות העניין לא היה על המשטרה לבדוק את כל שיחות הטלפון אל ביתו של המנוח. אכן, בדיקת שיחות הטלפון ממקום עבודתו של בן ארי התעוררה, לא רק עקב הטענה בעניין זה, שהעלו סניגוריהם של יוסף וסרסור ביום 28.4.92, אלא בצירוף מידע זה למידע שנאסף על ידי המשטרה בחקירתו הראשונה של בן ארי, חקירה שבאה בעקבות המידע שמסר יוסף אודות פגישתו עם כבל. יצוין, כי שיחות הטלפון לא היתה מקו טלפון הרשום על שם בן ארי עצמו ולכן הקישור אליו ישירות יכול היה להיעשות, ממילא, רק בשלב מאוחר יותר. בה בעת, משעה שנתקבלו תוצאות בדיקת ה-D.N.A., לפיהן דמו של בן ארי נמצא בזירת הרצח, עוכבו ההליכים כנגד המערערים ולבסוף נתבקש זיכויים. כאמור, מקובלת עלינו מסקנתו של בית המשפט קמא בעניין זה, כי התייחסות המשטרה למידע שנמסר על ידי יוסף עקב פגישתו עם כבל, היתה סבירה, ובוודאי שאין בה משום התרשלות המצדיקה פיצוי בנסיבות העניין. כך, בייחוד, שעה שכנגד כיוון חקירה זה, עמדה אותה תשתית ראייתית מוצקה כנגד המערערים ובן עזרא, עליה עמדנו לעיל. על כן, דין טענה זו להידחות.

#### סעיף 80(א) - היסוד השני: "נסיבות אחרות" המצדיקות פיצוי

26. כאמור, סעיף 80(א) נוקט בחלופה נוספת שיש בה כדי להקים עילה לפיצוי נאשם על הוצאות הגנתו ומעצרו (או מאסרו). חלופה זו הינה "נסיבות אחרות המצדיקות זאת". חלופה זו - המבוססת על אדני הצדק (ראו: ע"פ 870/81 טטראשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 445, 447) - פורשה בעקביות, כמקנה שיקול דעת רחב לבית המשפט הדן בעניין. "יש לשיקול כל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו בגדר שיקול דעתו הכללי של בית המשפט" (ראו: ע"פ 292/78 הנ"ל, בעמ' 43; ע"פ 870/81 הנ"ל, בעמ' 447; ר"ע 310/84 הנ"ל, בעמ' 504; ע"פ 52/89 הנ"ל, בעמ' 659). עמד על כך חברי, השופט זמיר, בציינו:

"לא בכדי בחר המחוקק, בעניין הנדון, ביטוי עמום, שאין לו צורה ואין לו מידה, כמו 'נסיבות אחרות'. הביטוי נולד עמום על מנת שיישאר עמום. הוא נמנה על משפחה של ביטויים עמומים, כמו צדק, מוסר, תקנת הציבור, סבירות, משמעת, קלון, ועוד. יש קוראים להם בשם מושגי שסתום. העמימות של ביטויים אלה היא טעם החיים שלהם. הם אמורים לרחף, בלתי-מוגדרים, מעל הכללים. אסור לקצץ את כנפיהם ולכלוא אותם בכלוב של כלל נוקשה...".

בה בעת, הוסיף חברי וציין, כי:

"ביטוי עמום אינו בהכרח ביטוי סתום. גם ביטוי עמום עשוי להתבהר במשך הזמן, אם מעט ואם הרבה... זו דרכו של המשפט המקובל, שהוא מתפתח ממקרה למקרה, עד שנוצר מכנה משותף למקרים. במהלך הדרך מתגבשת מערכת של שיקולים השייכים לעניין. שיקולים אלה יכולים להנחות את בעלי הדין ואת בית המשפט...". (ע"פ 7826/96 ה"ל).

27. ואכן, בפסקי דין שונים גובשה שורה של קריטריונים ושיקולים שיכולים, בנסיבות מסוימות, להביא לפסיקת פיצויים לזכותו של נאשם שזוכה. כך, כאשר התביעה הכללית פעלה בזדון או ללא סיבה סבירה (ע"פ 292/78 ה"ל, בעמ' 43); או כאשר מלכתחילה לא היה אינטרס ציבורי בהעמדה לדין (ע"פ 7826/96 ה"ל); או מקרים מסויימים של עיוות דין לנאשם בשל התמשכות ההליכים (ראו: ע"פ 870/81 ה"ל, בעמ' 447-446). גם התרשלות בבדיקת טענת אליבי, כאשר התרשלות זו הובילה לזיכוי, הוכרה כעילה לפיצוי במסגרתן של "הנסיבות האחרות" שבסעיף 80(א) לחוק (ע"פ 425/88 ה"ל, בעמ' 208-207). נסיבות אחרות שהוכרו היו, בין היתר, קביעה מוחלטת וברורה כי העבירה לא בוצעה, כלומר, זיכוי "מלא" (ראו: ע"פ 7826/96 ה"ל והשוו: רע"פ 3930/97 רובינס נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)), או מצב בו הוכח לבית המשפט כי הנאשם נפל קרבן לעלילה שהטעתה את רשויות התביעה והמשטרה (ראו: ע"פ 52/89 ה"ל, בעמ' 659-658). בה בעת, נקבעו בפסקי הדין השונים שורה של קריטריונים ושיקולים, שיש בהם כדי לשלול את זכאותו של הנאשם שזוכה, לקבל פיצויים במסגרת סעיף 80(א). במסגרת זו נקבע, למשל, כי כאשר התנהגותו של הנאשם טרם הגשת האישום וכן במהלך המשפט הביאה עליו את החשד או לא תרמה לחקר האמת, ניתן לשלול את זכות הפיצוי (ראו: ע"פ 292/78 ה"ל, בעמ' 43; ע"פ 6/86 עפרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם); ע"פ 52/89 ה"ל, בעמ' 660). כמו כן נפסק, כי אין לפסוק פיצויים, בדרך כלל, מקום בו זיכוי של הנאשם היה "טכני" או "פרוצדוראלי" או "מחמת הספק", להבדיל מזיכוי "מלא ומוחלט" (ראו: ע"פ 292/78 ה"ל, בעמ' 43; ע"פ 7826/96 ה"ל; והשוו: ת.פ. 578/91 מדינת ישראל נ' נאבולסי, פס"מ נב(3) 339, 346-348). רשימה זו של קריטריונים ושיקולים, מטבע הדברים, אינה סגורה. עם עבור הזמן בוודאי יתווספו עליה קריטריונים ושיקולים נוספים, אשר יהיה בהם כדי להגשים את האיזון עליה בנויה הוראת החוק.

28. עיון בערעורם של המערערים תחת עילה זו של "נסיבות אחרות המצדיקות פיצוי", מצביע על ארבע טענות עיקריות שנטענו: הראשונה, כי התביעה נגדם - כמו גם עדותו של בן עזרא - היתה כוזבת ובגדר "עלילת שווא"; השניה, כי המערערים חפים מפשע כאשר למעט עדותו של בן עזרא, אין דבר הקושר אותם לאירוע הנדון; השלישית, כי המשטרה התרשלה בטיפול בחקירה; הרביעית, כי המשטרה התרשלה בבדיקת טענת האליבי של יוסף. אשר לשתי הטענות האחרונות יאמר מיד, כי לא נמצא להן כל ביסוס בחומר שבפנינו ועל כן דינן להידחות. כפי שצינתי, בהתייחס לחלופת הפיצוי של "היעדר יסוד להאשמה", לא הוכחה בפני בית המשפט המחוזי התרשלות של התביעה, שיש בה כדי להקים למערערים עילת פיצוי. כך, הן לעניין בדיקת האליבי של יוסף והן לעניין התפתחות חקירתו של בן ארי. לא מצאנו עילה להתערבות במסקנה זו של בית המשפט המחוזי. מאידך, טענתם הראשונה והשניה של המערערים, מוסבת, למעשה, סביב הסתמכותו של בית המשפט המחוזי על הממצאים השונים שנקבעו במשפטו של בן ארי, לעניין מהימנות גירסתם של בן עזרא ושל המערערים. לבחינת סוגיה זו, נעבור עתה.

29. הן בפני בית המשפט המחוזי, והן בפנינו, שבה ועלתה שאלת היחס בין הרשעתו של בן ארי - הן בבית המשפט המחוזי, הן בערעור לבית המשפט העליון והן בדיון הנוסף שנערך בעניינו - ובין זיכויים של המערערים ובן עזרא. באת כוח המשיבה טענה בפנינו כי לא ניתן להסיק מפסקי הדין השונים בעניינו של בן ארי, כי המערערים חפים מפשע וכי בן עזרא העליל את שהעיד כנגד המערערים. מאידך, המערערים טוענים, כי הרשעתו של בן ארי אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם הרשעתם הפוטנציאלית - ולמצער, אשמתם - של המערערים, ועל כן יש לראות בהרשעתו של בן ארי כקביעה מוחלטת של חפותם שלהם. אליבא דידו, אין אנו נצרכים להכריע במסגרת ערעור זה בשאלת מהימנות גירסתו של בן עזרא לאור הרשעתו של בן ארי, כפי שהסוגיה נדונה כל צורכה במסגרת הדיון הנוסף (דנ"פ 3391/95 הנ"ל). כך הדבר, משעה שלשיטתנו, כלל לא היה בית המשפט המחוזי יכול להתבסס על הממצאים שנקבעו בעניינו של בן-ארי. אבאר את דברי.

30. גם אם נניח כי בית המשפט המחוזי היה קובע במשפטו של בן ארי כי עדותו של בן עזרא אינה מהימנה עליו או לחלופין, כי עדותו מהימנה, נראה, כי בית המשפט המחוזי לא היה רשאי, שעה שדן בבקשת הפיצוי של המערערים, להסתמך על קביעות אלה. כך הדבר, משעה שלא הוא התרשם ישירות מעדות זו, כמו גם מעדותו של בן ארי. ודוק: הרשעתו של בן ארי כשלעצמה הינה עובדה, שרשאי היה בית המשפט קמא בעניינו להסתמך עליה. מאידך, הממצאים שעליהם הושתתה ההרשעה אינם אלא עדות שמיעה והמסקנות שהביאו להרשעה הן בבחינת חוות דעת, שאינה בגדר ראיה (וראו: ע"פ 6251/94 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 45, 67). על כן, צריך היה להחליט בעניין זה בית המשפט קמא על יסוד החומר שהיה בפניו, ולא על



יסוד הממצאים והמסקנות שעמדו ביסוד הרשעתו של בן ארי. מסקנה זו קיימת, בוודאי, אם הליך פסיקת ההוצאות במסגרת סעיף 80(א) הינו הליך פלילי, אולם גם אם המדובר בהליך אזרחי (השוו: ע"פ 292/78 הנ"ל, בעמ' 40-41). ברי, כי לא נתקיימו במקרה דנן תנאיו של סעיף 42 לפקודת הראיות [נוסח חדש]. תשל"א 1971-. על כן היה צריך בית המשפט לבחון את הראיות כפי שהיו בפניו. בנסיבות העניין, ציין בית המשפט, כי בחינת הרשעתו של בן ארי (להבדיל מממצאי המהימנות) ביחס להודעותיו של בן עזרא (שהובאו במשפטם של המערערים) אינה שומטת את הבסיס תחת מעורבותם של המערערים במקרה דנן. על כן, נקבע, כי אין לראות בעדותו של בן עזרא משום עלילת שווא בהכרח. בית המשפט ציין, כי אין לראות בהרשעתו של בן ארי בבחינת "הרשעתו של אחר ברצח שצריכה היתה בהכרח להוביל לקביעת חפותם של המבקשים". לא זו אף זו: בקשת המדינה לזיכויים של המערערים - והזיכוי האמור - לא נבעו מקביעה פוזיטיבית של בית המשפט בדבר חפותם של המערערים אלא מקושי ביישוב שתי הגירסאות. קושי זה אכן היה קיים - כפי שהובהר בחילוקי הדעות השונים בע"פ 6251/94 ובדנ"פ 3391/95 בעניינו של בן ארי. מבלי להביע כל עמדה לעניין השפעתו של קושי זה על הרשעתו של בן ארי ומידת ההתאמה של מסכת הראיות במשפטו של בן עזרא ובמשפטו של בן ארי, ברי, כי בדין קבע בית המשפט המחוזי, כי בחומר שהיה בפניו שעה שהחליט בבקשת המערערים לפיצויים, לא היה די כדי לבסס את טענת העלילה מצד בן עזרא כמו גם את חפותם המלאה של המערערים. על כן, נחה דעתנו, כי גם דין טענה זו להידחות.

#### הערה לפני סיום

31. בטיעוניו בפנינו חזר והדגיש בא כוח המערערים, כי תוצאת החלטתו של בית המשפט המחוזי בעניינו אינה אלא הרשעתם של המערערים בעבירה ממנה זוכו. אליבא דידו, דחיית הבקשה לפסיקת פיצויים במקרה דנן, תוך הסתמכות על הממצאים שנקבעו בעניינם של המערערים בפרשת בן ארי, משולה להרשעתם בדין והטלת כתם בל ימחה על שמם הטוב. אין בידי לקבל טענה זו. משמעותה המעשית הינה, כי בכל מצב בו אדם יצא זכאי בדינו, יש הכרח בפסיקת פיצויים, שאם לא כן, תאמר כי הוא הורשע למרות זיכוי. אין זו העמדה הקבועה בחוק בסעיף 80(א). אכן, חפותם של המערערים מוצאת את ביטוייה בקביעה אחת - היא הזיכוי במשפטם. בה בעת, דחיית בקשתם לפיצויים והחזר הוצאות המשפט אינה קובעת כי הם אשמים ברצח המנוח או כי הם בהכרח נטלו חלק בביצועו. דחיית הבקשה עניינה אי התקיימותן במקרה דנן של אותן עילות כפי שנקבעו בסעיף 80(א) לחוק, שיש בהן כדי להביא לפיצוי הנאשם שזוכה.

התוצאה היא, כי הערעור - על כל חלקיו - נדחה.

**השופט י' טירקל:**

אני מסכים לפסק דינו של הנשיא.

מבקש אני להעיר כי בין הנסיבות האחרות המצדיקות כי אוצר המדינה ישלם לנאשם את הוצאות הגנתו ופיצוי על מעצרו או מאסרו, לפי סעיף 80 לחוק העונשין תשל"ז 1977-, יש מקום לשקול גם קריטריונים ושיקולים שיסודם במידת החסד והרחמים ולא רק כאלה שיסודם במידת הדין. כוונתי לנסיבות אישיות יוצאות דופן של הנאשם, **שהתהוו עקב המעצר או המאסר**; כגון, התפרקות התא המשפחתי, התמוטטות כלכלית, פגיעה חמורה בבריאות וכיוצא באלה.

חכמינו אמרו, אמנם לענינים אחרים, כי "הכל לפי המבייש והמתבייש". (כתובות מ' ע"א; בבא קמא פ"ג ע"ב, במשנה, ובעוד מקומות). בהשאלה של הרעיון לענייננו, ניתן לומר שיש להביא בחשבון השיקולים לא רק את **מעשי הרשויות** אלא גם את **הפגיעה בנאשם**.

ש ו פ ט

**השופט י' זמיר:**

אני מסכים לפסק הדין של הנשיא א' ברק. אני מסכים גם להערה של השופט י' טירקל. אכן, ברוח דברים של השופט טירקל, שיקולים של צדק יכולים אף הם, יחד עם טעמים של דין, ליצור "נסיבות אחרות" המצדיקות תשלום הוצאות ופיצוי לנאשם לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין, התשל"ז 1977-. ראו ע"פ 870/81 טטרואשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 445, 447; ע"פ 7826/96 רייש נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 481, 497. עשיית צדק מחייבת שקלול ואיזון של כל נסיבות המקרה. ראו ע"פ 52/89 מדינת ישראל נ' סבאח, פ"ד מד(1) 653; ע"פ 7826/96, לעיל. מלאכת השקלול והאיזון מוטלת בעיקר על בית המשפט בערכאה הראשונה: "הוא מיטיב להכיר את נסיבות המקרה; הוא התרשם באופן ישיר מן הנאשם; הוא עקב באופן שוטף אחר הדרך שבה ניהל כל צד את עניינו. לכן דרוש טעם מיוחד כדי שבית המשפט לערעורים יתערב בשיקול-הדעת של הערכאה הראשונה בעניין זה", ע"פ 7826/96 לעיל, בעמ' 499, טעם כזה לא נמצא במקרה שלפנינו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא.

ניתן היום, כ"א בשבט התשנ"ט (7.2.99).

שופט

שופט

הנשיא

העתק מתאים למקור  
שמריהו כהן - מזכיר ראשי  
/דד/A01.94017670