

בבית המשפט העליון

דנ"פ 7389/02

בפני : כבוד השופט א' מצא

העותר : מקדאד מקדאד

נגד

המשיבה : מדינת ישראל

עתירה לקיום דיון נוסף בפסק-דינו של
בית המשפט העליון מיום 3.7.02 בע"פ
1888/02 שניתן על-ידי כבוד השופטים
ד' דורנר, א' פרוקצ'יה וא' גרוניס

בשם העותר : עו"ד א' פלדמן

בשם המשיבה : עו"ד א' כרמל

החלטה

העותר הואשם בעבירת רצח ובעבירת ניסיון לרצח. בית-המשפט המחוזי פסק,
ברוב-דעות, לזכותו מחמת הספק. אך הערעור שהוגש על-ידי המדינה לבית-המשפט
העליון על זיכוי נתקבל ובית-המשפט פסק (פה-אחד) להרשיע את העותר בשתי

העבירות. העותר הגיש עתירה לקיום דיון נוסף בפסק-הדין; ובהחלטת כבוד הנשיא הועברה העתירה לעיוני.

2. המנוח וחברו נפגעו מיריות שנורו לעברם - משני כלי-ידיה שונים - מתוך מכונית שעקפה את מכוניתם. המנוח מת מפצעיו ואילו חברו, שנהג במכונית שבה נסעו השניים, נפצע מקליעים בפניו. המכונית שממנה בוצע הירי (שנגנבה מבעליה) ננטשה בסמוך לזירת האירוע. במכונית נמצא כובע גרב, בו נגזרו חורים לעיניים ולפה; וסביב החור המיועד לפה נמצאו שרידי רוק. הנחת העבודה של החוקרים הייתה, כי הכובע שימש את אחד המתנקשים כמסיכה ושרידי הרוק סיפקו להם מימצא להשוואה גנטית. לנוכח הערכתם, כי מעשה הרצח בוצע על רקע סכסוך בין שתי חמולות יריבות, אספה המשטרה דגימות של נוזלי-גוף מעשרות אנשים מקרב בני משפחתו המורחבת של העותר, אך בבדיקת הדגימות לא נמצאה התאמה לפרופיל הגנטי שהופק משרידי הרוק שעל המסיכה. משנתבקש העותר ליתן דגימת רוק התחמק מן החוקרים. בשל החשדות כנגדו נעצר העותר ונחקר. בשלב החקירה שמר העותר על זכות השתיקה ועמד בסירובו למסור דגימת רוק. לבסוף, עלה בידי המשטרה, באמצעות תחבולה, ליטול מן העותר את תחתוניו ולהפיק מהם דגימה לבדיקה גנטית. בדיקה השוואתית הוכיחה כי הפרופיל הגנטי שבשרידי הרוק תואם - בדרגת הסתברות גבוהה ביותר - את הפרופיל הגנטי של העותר. אך בבדיקה לא ניתן היה לקבוע את גילם של שרידי הרוק. נמצא, כי אף שהראיה הגנטית הוכיחה, בוודאות, כי העותר חבש את כובע הגרב בעבר, היא לא סיפקה הוכחה לכך שהעותר חבש אותו במועד האירוע.

תוצאות הבדיקה ההשוואתית היוו את הראיה העיקרית שהביאה התביעה במשפטו של העותר. אך בהיעדר מימצא ביחס לגילם של שרידי הרוק, לא היה בראיה זו בלבד כדי לבסס הרשעה. תימוכין לטענתה, כי העותר הוא מי שחבש את הכובע בעת הירי - משמע, כי השתתף במעשה הרצח - ביקשה התביעה למצוא בהתנהגות העותר לפני ובמהלך חקירתו במשטרה. משנתבקש, ככל האחרים מבני משפחתו, למסור דגימת רוק, התחמק מכך. משנעצר לחקירה, בחר בשתיקה, סירב למסור את הדגימה ודבק בעקביות בסירובו. על התחבולה שבאמצעותה נטלו החוקרים את תחתוניו הגיב בבכי ובסערת רגשות יוצאת דופן; וגם ממעשים נוספים שעשה (כמו התייחסותו החשדנית לכריך שהוגש לו וניקוי יסודי של פיית בקבוק ששתה ממנו) ניכר היה כי העותר חושש מפני השארת טביעות מנוזלי גופו.

3. בית-המשפט המחוזי פסק ברוב-דעות (השופטות ש' סירוטה ונ' אחיטוב), כי אין בראיות התביעה כדי לקשור את העותר, במידת הוודאות הנדרשת, לביצוע

העבירות. נקבע כי העותר מתגורר בקומונה עם עשרות צעירים אחרים מבני משפחתו, המשתמשים באותם כובעים (בין היתר לצורך רכיבה על טרקטורון או על אופנוע), ועל-כן "תיתכן אפשרות שמישהו נטל את הכובע לאחר שהנאשם הותיר בו סימני רוק והשתמש בו בעת ביצוע הרצח". שופטות הרוב סברו, כי סירובו של העותר למסור את דגימת הרוק יכול להיות מוסבר בניסיונו לחפות על בן-משפחתו; היינו בחששו של העותר, שאם הבדיקה ההשוואתית תזהה אותו כמי שחבש את כובע הגרב, יאלץ להפליל את מי מבני-משפחתו כדי להסבירה. שופט המיעוט (השופט א' טל) קבע, כי היעדר הסבר סביר ואמין מצד העותר להימצאות כובע הגרב ברכב בזמן האירועים נשוא כתב-האישום, בצירוף סירובו העקבי לשתף פעולה עם חוקריו, מתגבשים לכדי ראיה פוזיטיווית המוכיחה כי העותר הוא שחבש את הכובע בעת האירוע. את האפשרות שהעותר נמנע מלשתף פעולה עם חוקריו בשל החשש שבכך יביא להפללת בן משפחה תיאר השופט כ"אפשרות תיאורטית חסרת כל בסיס עובדתי מהימן", אשר אינה יכולה לשמש בסיס להקמתו של ספק סביר בדבר אשמתו של העותר.

4. בית-המשפט העליון (מפי השופט א' גרוניס) קיבל את ערעורה של המדינה והרשיע את העותר בעבירות שבהן הואשם. בפסק-הדין נקבע, כי הגם שלראיה הגנטית יש לייחס משקל רב, הרי שבנסיבות העניין אין די בה כדי להביא להרשעת העותר. בית-המשפט מצא קווי דמיון בין נסיבות המקרה דנן לנסיבות פרשת ז'אפר (ע"פ 7293/97 ז'אפר נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 460), שגם בה הואשם המערער השני - שסירב לשתף פעולה עם חוקריו - על בסיס סימן מזהה שנמצא על חפץ נייד בזירת העבירה. בית-המשפט החליט לזכות את המערער השני, הן מן הטעם שבסימן מזהה על חפץ נייד - שטבעו לעבור מיד ליד - אין משום הוכחה מספקת לנוכחותו בזירת העבירה, וכן בשל החשש שאי-שיתוף הפעולה עם חוקריו נבע מרצונו לחפות על אחיו (המערער הראשון). על אף הדמיון בין המקרים ראה בית-המשפט להרשיע את העותר. נימוקו לכך היה שגם אם החשש להפליל אדם אחר עשוי להסביר את שתיקת העותר, אין בכוחו להסביר את תגובותיו המחשירות למהלכים שונים של החקירה, ובמיוחד את תגובתו הנסערת לתפיסת תחתוניו. בעקבות זאת קבע בית-המשפט כי "משלא נמצא הסבר חילופי להתנהגותו של [העותר], אלא ההסבר כי הוא זה שעטה על פניו את כובע הגרב בעת הרצח, יש לקבוע כי [המדינה] השכילה להוכיח את אשמתו של [העותר] מעבר לכל ספק סביר".

5. בעתירתם לקיום דיון נוסף בפסק-הדין טענו סניגוריו של העותר, כי על-פי ההלכה הקיימת, אין סירוב העותר לספק דגימת רוק יכול להוות ראיה נסיבתית בעלת כוח ראייתי עצמאי, שכן ניתן לספק לו הסבר תמים (כפי שסברו שופטות הרוב בבית-

המשפט המחוזי). לטענתם, ראייה מעין זו עשויה להוות רק ראייה תומכת, ולא ראייה עצמאית שבכוחה להשלים ראיות אחרות החסרות פוטנציאל עצמאי להרשעה. כן טענו, כי לסירוב למסור ראייה לא ניתן לייחס משקל מפליל רב יותר מזה שניתן לייחס לראיה גופה, כשהיא לבסוף מושגת. כך, בענייננו, סירובו של העותר למסור דגימת רוק מצביע, לכל היותר, על אותם תרחישים אפשריים שעליהם מצביעה הראיה הגנטית עצמה. מחד, עשויה היא אמנם להצביע על האפשרות כי העותר אכן השתתף בביצוע הרצח; ואולם מאידך, עשויה היא להתיישב עם האפשרות כי אחר ביצע את הרצח ואילו העותר חושש להפלילו, או אף עם האפשרות שהעותר אינו יודע את זהות המבצע אך חושש להפליל את עצמו לטעמו. ומשאין הסירוב מוסיף דבר על הראיה עצמה, פשיטא שאין בו כדי להשלים את החסר שבה.

בתגובתה לעתירה טענה המשיבה, כי בפסק-הדין אין כל חידוש הילכתי המצדיק קיום דיון נוסף. לטענתה, פסק-הדין איננו מבוסס רק על סירובו של העותר למסור דגימת רוק, כראיה משלימה לראיה הגנטית, אלא נסמך גם על שרשרת ראיות נסיבתיות "בדמותם של רכיבים התנהגותיים שונים ומגוונים שאפיינו את התנהגות [העותר] במהלך חקירתו". ראיות אלו כמכלול, בהצטרפן לראיה המרכזית, הכריעו את הכף לחובת העותר. לטענת המדינה, בית-המשפט פסק בהתאם להלכה הנוהגת ביחס להרשעה על בסיס ראיות נסיבתיות; היינו, כי משהונחה תשתית ראייתית נסיבתית לאשמתו, והעותר חדל ממתן הסבר שבכוחו ליישב את הראיות המצויות עם חפותו, רשאי היה בית-המשפט להרשיעו.

6. לאחר עיון בנימוקי הסניגורים ובתגובת המדינה הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות. כעולה בבירור מפסק-הדין שלערעור, ראייה משלימה למימצא הגנטי נמצאה לבית-המשפט, לא רק בסירובו של העותר לספק דגימת רוק, אלא גם בשורת התנהגותיותו המפלילות, שבהצטרפן למכלול שכנעו את בית-המשפט באשמתו. נמצא כי פסק-הדין איננו חורג מן ההלכה הקיימת, שלפיה ניתן לבסס הרשעה על ראיות נסיבתיות, אם שקילתן כמכלול מובילה את בית-המשפט למסקנה הגיונית אחת ויחידה כי הנאשם ביצע את העבירה שבה הואשם. שלא כבפרשת T'9א, הרי שבענייננו, לראיה הגנטית ולסירובו של העותר לשתף פעולה עם החוקרים, הצטרפו גם התנהגותו המפלילה הקיצונית של העותר לאורך כל שלבי החקירה, עוצמת תגובותיו החריגות כשנתפסו תחתוניו והיעדרו של כל הסבר מצדו להתנהגויות אלה. בכך שמכלול הראיות שכנע את בית-המשפט, בנסיבות המקרה הקונקרטי, כי אשמתו של העותר הוכחה מעבר לספק סביר, אין משום חידוש הילכתי העשוי להצדיק קיומו של דיון נוסף.

7. לא התעלמתי מטענת הסניגורים, כי את התנהגותו החריגה של העותר בשלב החקירה ניתן לכאורה להסביר לא רק בחששו מפני הפללת אדם אחר, שזהותו ידועה לו, אלא גם בחששו מפני הפללת-שווא שלו עצמו, שאותה לא יוכל להפריך. דא עקא שהסבר זה לא הועלה על-ידי העותר עצמו, בעדותו במשפט, וגם לא בטענות סניגוריו לפני הערכאה הראשונה ואף לא לפני ערכאת הערעור. על בית-המשפט מוטל, אמנם, לבחון הסברים אפשריים להתנהגות נאשם, גם כשאלה לא הועלו על-ידי הנאשם עצמו (פרשת ד'אפר עמ' 474; פסקה 15 לפסק-הדין נושא העתירה; ע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1), 113, 140; ע"פ 240/84 חטיב נ' מדינת ישראל פ"ד לט(2), 29, 36); אלא שהלכה זו מכוונת להסברים שאינם נמצאים בידיעתו המיוחדת של הנאשם, או למקרים שבהם קיים חשש שהנאשם מחפה על אחר, ומטעם זה נמנע מלהעלות את ההסבר המזכה. לא כן במקרה שלפנינו. ההסבר המוצע על-ידי הסניגורים אינו מפליל אדם אחר מסוים, אלא אך מטהר את העותר מאשמה. התנהגות העותר בשלב החקירה ניצבה במרכז הדיונים במשפטו; וברי שאילו נכון היה, כי התנהגותו אמנם הונעה על-ידי חששו מפני הפללת-שווא שלו עצמו, חזקה עליו שלא היה נוצר הסבר זה בלבו אלא מעיד עליו במשפט. משלא עשה כן, מתחייבת המסקנה כי לא בחשש האמור טמון ההסבר להתנהגותו בחקירה.

8. העתירה נדחת.

ניתנה היום, ט' בתשרי תשס"ד (5.10.03).

ט ו פ ט