

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 3176/03

ע"פ 3298/03

בפני :
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט ד' חשין

המערער ב-ע"פ 3176/03 : סאבר ווחידי

המערער ב-ע"פ 3298/03 : באהר ווחידי

נ ג ד

המשיבה בשני הערעורים : מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב ב-
ת"פ 1140/01 מיום 4.3.2003 שניתן על ידי סגנית הנשיא
שרה סירוטה, וכב' השופטים אברהם טל וד"ר עמירם
בנימיני

תאריך הישיבה : ז' בניסן התשס"ז (26.3.2007)

בשם המערער ב-ע"פ 3176/03 : עו"ד משה מרוז ; עו"ד עופרי מרוז

בשם המערער ב-ע"פ 3298/03 : עו"ד יואב שיניצקי

בשם המשיבה בשני
הערעורים : עו"ד מיכאל קרשן

פסק-דין

השופטת מ' נאור:

חיי הנערה נאדין וחידי (להלן "נאדין"; "המנוחה") קופדו בשנתה על-ידי יריה
בודדת שנורתה לחדרה בשעת ליל. שני המערערים – באהר וחידי וסאבר וחידי, קרובי
משפחתה של המנוחה - הורשעו בבית המשפט המחוזי בתל-אביב (סגנית הנשיא
סירוטה והשופטים טל ובנימיני) ברצח הנערה והם מערערים בפני בית משפט זה על
הכרעת הדין.

1. הרקע לאירוע הרצח הוא שאחד מבני המשפחה, כמאל וחידי (להלן "כמאל"), שהוא דודה של המנוחה, החל מתחזק באמונתו הדתית והטיל מורא על בנות המשפחה. כמאל נהג לאיים על בנות המשפחה כי אם ינהגו באופן שלתפיסתו יפגע בכבוד המשפחה הוא ירע להן, ואף אמר בהזדמנויות שונות שיש אנשים הסרים למרותו ויעשו מה שירצה. במסגרת מסכת האיומים תקף כמאל את היבא, אחת מבנות המשפחה, ואיים עליה תוך שהוא מקליט את השיחה. ימים אחדים לאחר מכן השמיע כמאל את הקלטת לנאדין ואיים עליה שהיא הבאה בתור להיפגע. זמן מה לפני שנרצחה נאדין נורתה היבא בידי אלמונים ונפגעה ברגלה. לאחר אירוע הירי התקשר כמאל לבת משפחה אחרת ואיים שהבאות בתור להיפגע הן נאדין ואמה. כמו כן איים כמאל ישירות על זהבה, אמה של נאדין, כי יפגע בה ובבתה. בעקבות האיומים על היבא הורשע כמאל בהליך נפרד על פי הודאתו ונידון למאסר.

בליל ה-23.7.2001 בסמוך לשעה 1:45 בעת שנאדין ישנה במיטתה בבית המשפחה נורתה לכיוונה יריה אחת. היריה נורתה אל עבר חלון החדר, חלון שהיה פתוח אל חצר הבית. הקליע חדר לראשה של נאדין באיזור הרקה ופצעה באורח אנוש. מספר ימים לאחר מכן נפטרה נאדין. בסמוך לירי נעצרו המערערים והואשמו בכך שהם היו אלה שנכנסו לחצר בית משפחת וחידי וירו בנאדין. כארבע שעות לאחר הירי בוצעה בבאהר בדיקת פרופרינט לגילוי שאריות מתכת, והתגלו שני סימנים עגולים על כף ידו וכן תגובות פזורות על אצבעותיו. כמאל וחידי הואשם בעבירה של שידול לרצח. במהלך המשפט הוא הודה במסגרת עסקת טיעון בעבירות פחותות של איומים והדחה בחקירה ונידון לחמש שנות מאסר. הובהר על-ידי המדינה כי הסיבה להסדר הטיעון היתה הקושי הראייתי בהוכחת השידול לאור העובדה שכמאל ריצה בעת האירוע עונש מאסר שהוטל עליו, כאמור, בגין איומים קודמים על בנות המשפחה. חומר הראיות נגד המערערים התבסס על עדויות הראיה של אחיה של נאדין, עופר וערן, וכן על עדויות נוספות של בני משפחה. בית המשפט המחוזי הרשיע פה אחד את באהר, אולם נחלק בדעתו לעניין הרשעתו של סאבר. השופטת סירוטה שכתבה את פסק הדין העיקרי סברה שזיהויו של סאבר על-ידי ערן אינו מספק כראיה מרשיעה יחידה, וזיהויו על-ידי עופר אינו ודאי ולפיכך יש לזכותו מחמת הספק. שופטי ההרכב האחרים, השופט טל והשופט בנימיני, חלקו עליה לעניין הזיכוי וקבעו, כל אחד מטעמיו עליהם נעמוד בהמשך הדברים, שיש להרשיע גם את סאבר בעבירת הרצח. לאור תוצאה זו הורשעו שני המערערים ביום 4.3.2003 (כשהרשעתו של סאבר היא ברוב דעות) ונגזר עליהם עונש של מאסר עולם.

2. המערערים ערערו על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, אולם בטרם נדון ערעורם התרחשה תפנית בפרשה. ב- 20.4.2004 הודיעה המדינה לבית משפט זה כי הועברה לידיה פניה מעורך-דין פרטי בשם חקלאי הטוען שהתייצבו בפניו שני אנשים הטוענים כי הם, ולא המערערים, רצחו את נאדין וחידי וכי השניים אף חתמו בפניו על תצהירים בהם הם מפרטים את מהלך הרצח ומודים בו. בתחילה התנו השניים את חשיפתם בכך שהפרקליטות תיאות להסדר טיעון שיפחית מעונשם, אולם לאחר שרשויות התביעה סירבו לדרישה זו התברר כי השניים הם שני בני משפחה אחרים – בילאל וחידי וג'יבריל וחידי. כאן יוזכר כי במהלך החקירה במשטרה תמכו השניים בגרסת האליבי של המערערים ומסרו הודעות למשטרה לפיהן הם נמצאו בעת הרצח יחד עם המערערים באתר בנייה בו שימשו כשומרים. על-פי תצהיריהם המאוחרים של השניים הם שביצעו את הרצח. ג'יבריל היה זה שירה לעבר נאדין, ובילאל נלווה אליו. בעקבות פנייתו של עו"ד חקלאי נפתחה חקירה משלימה. עם גמר החקירה הורינו כי התיק יוחזר לבית המשפט המחוזי לשמיעת ראיות הנוגעות להודאתם של השניים תוך השארת הערעור של באהר וסאבר וחידי תלוי בפנינו. בית המשפט המחוזי שמע את עדויותיהם של בילאל וג'יבריל וכן את עדותו של עורך-דין חקלאי. ביום 11.7.2006 קבע בפסק דין משלים כי הודאותיהם של בילאל וג'יבריל אינן מהימנות ולפיכך אין בהן כדי לשנות דבר מהרשעתם של המערערים ברצח נאדין. לגבי תצהירו של ג'יבריל אף קבע בית המשפט שלא ניתן לומר בוודאות שג'יבריל הוא אכן האדם שהצהיר והודה בפני עורך-דין חקלאי כיוון שעו"ד חקלאי לא וידא את זהותו כנדרש. יצוין כי בבית המשפט סירב ג'יבריל לענות על שאלות ולא חזר על העובדות המופיעות בתצהיר. עוד קבע בית המשפט כי עדויותיהם של בילאל וג'יבריל הן עדויות כבושות שאף סותרות עדויות קודמות שלהם במשטרה, וכי לא ניתן הסבר מספק לכבישתן של העדויות. לגבי התצהירים עצמם, קבע בית המשפט כי הדימיון הרב במילות התצהירים ובסגנונם מעלה ספק בדבר האותנטיות שלהם ובשאלה אם הם משקפים את הצהרותיהם של בילאל וג'יבריל. בנוסף, בילאל וג'יבריל הובאו למשרדו של עורך דין חקלאי על ידי אביו של סאבר, אבו חליל. בית המשפט קבע כי גם בכך יש כדי להטיל ספק בשאלה האם התצהירים ניתנו מרצון חופשי של המצהירים. עם זאת ציין בית המשפט כי קיימת אפשרות תיאורטית לפיה בילאל וג'יבריל נכחו בזירת הפשע בעת שהמערערים ביצעו את הירי. בהודעות הערעור המפורטות ערערו המערערים גם על קביעות אלו של בית המשפט בפסק דינו המשלים.

ההודאות המאוחרות של בילאל וג'יבריל – דיון והכרעה

3. אפתח במאוחר ואדון תחילה בהודאות שנמסרו לאחר הכרעת הדין המקורית. המערערים טענו כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שלא נתן אמון בהודאותיהם של בילאל וג'יבריל. לטענת המערערים אין לבילאל ולג'יבריל כל אינטרס להפליל את עצמם, ומכאן יש ללמוד שהודאתם היתה כנה ונבעה מייסורי מצפון על כך שחפים הורשעו במקומם. המערערים טוענים כי בכך שעדויותיהם של בילאל וג'יבריל היו שטחיות ואף סתרו בחלקן את ההודאה אין כדי להחליש מכוחה של ההודאה, ויש להבין את התנהגותם של השניים על דוכן העדים כנובעת מרצונו של בילאל שלא להפליל את חברו, ומחששו של ג'יבריל מפני הרשעה בעבירת רצח, וזאת כיוון שהפרקליטות סירבה להסדר טיעון כלשהו עימם. לפיכך טוענים המערערים כי ההודאות הן ראיה ניצחת לחפותם של המערערים.

4. בעניין משקלן של ההודאות, מסכימה אני עם קביעת בית המשפט המחוזי כי אין לייחס להודאות כל משקל. אמנם, כלל ידוע הוא כי אין אדם משים עצמו רשע ולכן נחשבת ההודאה בדרך-כלל לראיה שמשקלה רב (ראו: דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עבד, פ"ד נא(1) 736 (1998)). אולם גם את משקלה של ההודאה יש לבחון לפי מידת האמון שניתן לתת בה בנסיבות העניין. בשאלת הערכת אמינותה של הודאת נאשם הכלל הוא זה:

"שני מבחנים – פנימי וחיצוני – נועדו להתמודד עם החשש מפני הודאות שווא שמסר הנאשם בחקירתו. המבחן הראשון הוא פנימי להודאה, ועל פיו אנו מעריכים את משקלה של ההודאה גופה לאור סימני האמת המתגלים ממנה. על טיבו של מבחן זה עמד חברי הנשיא ברק באחת הפרשות, ובין 'סימני האמת' מנה את הגיונה או חוסר הגיונה של הגרסה שמסר הנאשם בהודאתו, 'סידורם או בלבולם של הפרטים הנמסרים בה וכיוצא בהם סימנים של שכל ישר המביאים אדם בר דעת להתייחס לדברי זולתו באימון', וכן אם מדובר בגרסה 'קוהרנטית השזורה בהגיון פנימי משלה ושדבריה סדורים, או שמא הגרסה מבולבלת, מקוטעת וללא קשר הגיוני' (ע"פ 715,744/78 הנ"ל, בעמ' 234-235; וראו גם את ד"נ 3081/91 הנ"ל, בעמ' 458). במקרים בהם הערכאה הדיונית מוצאת, בהסתמך על קריטריונים אלה, כי בהודאה לא נמצאו סימני אמת, וכי יש להעניק לה משקל אפסי – כי אז, נקבע, אין לסמוך את הרשעתו של הנאשם עליה ובהיעדר ראיות מפלילות נוספות – די בכך כדי להביא לזיכוי של הנאשם." (רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי פסקה 16 לפסק דינו של השופט לוי (מיום 14.12.2006) (ההדגשות אינן במקור – מ"נ)).

בענייננו, הספקות, הסתירות וחוסר הקוהרנטיות שזורים כחוט השני בכל פרשת ההודאה המאוחרת ונסיבותיה באופן שיש בו כדי לערער את מהימנותה כראייה המזכה את המערערים. זאת החל ממעמד מסירת התצהירים בפני עו"ד חקלאי, בו הובאו המצהירים למשרד על-ידי אביו של סאבר, אבו חליל. עו"ד חקלאי העיד שדיבר עם אבו חליל לפני שדיבר עם המצהירים, ושהבאתם של המצהירים תואמה באמצעות האב, שאף נכח בעת הפגישה עמם. עו"ד חקלאי אף הודה בעדותו שלא אימת את זהותו של ג'יבריל כנדרש בעת מתן התצהיר ולא זיהה אותו בוודאות כאדם שחתם על התצהיר ועל כן נותר ספק גם בשאלה האם האדם שחתם על התצהיר הוא אכן ג'יבריל - לכאורה המבצע העיקרי של הפשע, שעל פי התצהיר מודה שהוא האדם שלחץ על ההדק וירה בנאדין. גם הסתירות בין ההודעות שמסרו ג'יבריל ובילאל במשטרה לאחר מתן התצהירים לבין הדברים שאמרו בעדותם יש בהן כדי לפגום במהימנות ההודאה. כזכור, הן בילאל והן ג'יבריל מסרו הודעות במשטרה זמן קצר לאחר הרצח ובהן ציינו שנמצאו בעת הרצח באתר הבניה עם המערערים. הם לא מסרו עדות מטעם המערערים. בהודעותיו לאחר מסירת התצהיר סיפר בילאל כי מסר את ההודעה הראשונה כיוון שרצה להתנקות מחשד וקיווה שהמערערים יזוכו אולם לאחר שראה שהמערערים הורשעו החליט שעליו לקחת אחריות על המעשה. הוא סיפר שהתלווה לחברו שירה בנאדין וכי התכוון למנוע מחברו לבצע את המעשה. בעדותו בבית המשפט התחמק בילאל ממסירת עדות מפורטת על ליל האירוע בנימוק שחלף זמן רב מאז ליל הירי. הוא סיפר שג'יבריל אסף אותו במכוניתו ויחד נסעו לביתה של נאדין. לדבריו הם כיסו פניהם בחולצות, קפצו מעל הגדר ואז ירה ג'יבריל יריה אחת לעבר החלון. בעדות אמר בילאל שהסיבה לכך שנסע עם ג'יבריל לבית משפחת וחידי היתה כדי למנוע את הירי. אמירה זו עומדת בסתירה לדבריו בתצהיר עליו חתם בפני עו"ד חקלאי. בילאל אף סיפר שבחלון אליו נורתה היריה לא היה סורג בעוד שמהצילומים של זירת הרצח עולה בבירור כי היה סורג לחלון ועל עניין זה לא היתה מחלוקת בדיון המקורי. עוד טען שהחצר היתה חשוכה בעוד שבשחזור שנערך לאחר הרצח נראה שהחצר היתה מוארת היטב. עדותו של בילאל רצופה בפרכות וסתירות. הוא אף הודה שאחדים מדבריו בעבר היו שקר וגם בין גרסאותיו המאוחרות מתגלות סתירות מהותיות. בית המשפט המחוזי התרשם כי בילאל אינו מהימן, ואין מקום להתערב בקביעתו זו.

כך גם, וביתר שאת, לעניין ג'יבריל. בתצהיר, שכאמור קיים ספק בדבר זהות החותם עליו, נכתב כי ג'יבריל הודה בכך שהוא זה שירה בנאדין. בהודעתו במשטרה לאחר מכן טען ג'יבריל כי הוא לא היה כלל במשרדו של עו"ד חקלאי וכי אינו יודע מי רצח את נאדין. בעדותו בבית המשפט סיפר ג'יבריל בחקירה הראשית כי אכן אסף את בילאל במכוניתו בליל הרצח, אך לא חזר על הגרסא לפיה הלכו יחד לביתה של נאדין

אלא סיפר שישבו ברכב ולאחר מכן הסיע את בילאל לביתו וחזר לביתו שלו. בחקירה הנגדית סירב ג'יבריל לענות על שאלות ולפיכך לא ניתן היה לחקור אותו על תצהירו. כל שהסכים לומר הוא שאכן חתם על התצהיר אולם לא הוכהר האם הוא מסכים לתוכנו של התצהיר. לא ניתן לגזור כל גרסא קוהרנטית מתוך דבריו של ג'יבריל, ומכאן גם שאין להתערב בהכרעת בית המשפט המחוזי שקבע כי לא ניתן להסתמך על הכתוב בתצהירו ושאינן לתת כל משקל להודאתו.

המסקנה העולה מכל זאת היא שאין מקום להתערב בהכרעתו של בית המשפט המחוזי בפסק דינו המשלים בעניין ההודאות המאוחרות. נראה כי מקרה זה הוא מקרה ברור בו על-אף שהעדים הודו באחריות לרצח, לכאורה בניגוד לאינטרס העצמי שלהם, אין לתת כל משקל לעדותם זו. אין מנוס מהמסקנה שהשניים ביקשו בדרך המהוססת שתוארה "לקחת על עצמם את התיק". אגב, איני שוללת שגם בילאל וג'יבריל היו מעורבים בדרך זו או אחרת באירוע, אך לא הם השניים בהם הבחינו, כפי שיתואר, עדי הראיה. יש לפנות איפוא לבחינה מפורטת של הכרעת הדין המקורית בה הורשעו המערערים.

הכרעת הדין המקורית - הראיות והכרעת בית המשפט המחוזי

כאמור, בבית המשפט המחוזי נחלקו הדעות בין השופטים במספר סוגיות הנוגעות למשקלן של הראיות השונות. אסקור בקצרה את הסוגיות המרכזיות שעמדו בבסיס ההרשעה ואת דעות השופטים בסוגיות אלו.

עדויות הזיהוי – ערן ועופר

5. הראיות המרכזיות כנגד המערערים היו העדויות של שני אחיה של נאדין – ערן ועופר - עדי הזיהוי. ערן ועופר מסרו גרסאותיהם בהודעות שמסרו במשטרה, ובין ערן לבין שני המערערים נערכו עימותים בהם הציג ערן את גרסתו. השניים שהו בעת הרצח בחדרם הנמצא בקומה השנייה, מעל לחלון חדרה של נאדין. על פי עדותו של ערן, לאחר ששמע קולות מן החצר הציץ מבעד לחלון חדרו וראה שתי דמויות רעולות בכפייה הנמלטות מן המקום. ערן העיד שירד עם אחיו לחצר וניסה לרדוף אחר הדמויות וכי אחת מהדמויות, שלפי עדותו של ערן היתה סאבר וחיד, ירתה לעברם. ערן העיד כי זיהה את באהר כיוון שבעת המנוסה נתפסה הכפייה שלו בעץ לימון שנמצא בחצר ונחשפו פניו. לגבי זיהויו של סאבר העיד ערן כי זיהה את סאבר על-אף שהיה רעול פנים כיוון שפניו של סאבר נגלו כתוצאה מההדף של היריה. בהודעות

מוקדמות שלו לא ציין ערן כי זיהה את סאבר עקב ההדף, אלא אמר שהוא זיהה את סאבר על-אף היותו רעול כיוון שהוא מכיר אותו היכרות קרובה ויכול לזהות אותו לפי צורת גופו והליכתו גם כשפניו מוסתרות. ערן אף העיד כי זיהה אדם שלישי שנהג ברכב אליו נמלטו המערערים כאמיר וחידי, בן משפחה נוסף. אמיר וחידי לא הועמד לדין.

עופר וחידי מסר אף הוא הודעות במשטרה בסמוך לרצח. עם זאת עופר סירב להעיד בבית המשפט והעיד רק לאחר שהוצא כנגדו צו הבאה. בעדותו אמר שזיהה את הדמויות בחצר וכי הוא עומד מאחורי דבריו במשטרה, שם נקב בשמותיהם של המערערים, אולם סירב לנקוב בשמותיהם בבית המשפט, והסביר כי הוא חושש עקב איומים שהתקבלו על משפחתו. לעניין הזיהוי העיד אף הוא ששהה עם אחיו בחדרם בעת ששמע רעש וקם להסתכל מהחלון. לפי עדותו, כשירד לחצר ראה את אחד מהאנשים חוזר כדי למשוך את הכאפיה שנתפסה בעץ ואז זיהה אותו כבאהר. עופר העיד כי הדמות השניה היתה רעולה רק למחצה וכך זיהה כי מדובר בסאבר.

השופטת סירוטה קבעה כי מן הראיות עולה שמבחינת התנאים בשטח ניתן היה לזהות את היורים. היא מצאה את עדות הזיהוי של ערן אמינה בכל הנוגע לזיהוי של באהר. לעניין זיהוי של סאבר קבעה השופטת סירוטה כי מצאה אמנם את עדותו של ערן אמינה, אולם לאור העובדה שערן כבש את גרסתו בעניין סאבר במשך יומיים ולאור העובדה שקיים ספק מסוים לגבי וודאות הזיהוי, לא ניתן להסתמך על עדותו כעל עדות זיהוי המספיקה להרשעה:

"על-אף האמון שנתתי בדברי ערן, לא אוכל להתעלם כי כבש עדותו ומסר את ההודעה הראשונה ביום 25.7.01. עד המועד הנ"ל היה לו מספיק זמן לדבר עם בני המשפחה, והוא אף מודה שהם שוחחו. בוודאי הגיעו לערן שמועות ובעיקר העובדה שסאבר נעצר ביום 24.7.01. בנסיבות אלה גם אם ערן בטוח בזיהוי של הנאשמים ועמד בגבורה בחקירה נגדית צולבת וקשה – אינני יכולה להשתית ההרשעה של סאבר על הזיהוי בלבד ללא ראיה מחזקת או מסייעת... אף על-פי שהאמנתי לערן, ספק בעיני אם השכנוע הסובייקטיבי שלו שהוא ראה את סאבר דיו כדי לעמוד במבחן אובייקטיבי. התוספת של גילוי הפנים של סאבר כתוצאה מהדף הירות היתה בבחינת כל המוסיף גורע."

לגבי עדות הזיהוי של עופר קבעה השופטת סירוטה כי זיהוי של באהר הוא זיהוי משכנע, אולם גם כאן, עדותו בדבר זיהוי סאבר אינה מספקת. השופטת קבעה שקיימות סתירות בסיסיות בגרסאותיו של עופר לגבי זיהוי סאבר, כיוון שבהודעתו

הראשונה כלל לא ציין את דבר הזיהוי, ובהודעותיו המאוחרות הביא גרסאות שונות בנוגע לזיהוי. לפיכך קבעה השופטת סירוטה שזיהוי סאבר על-ידי עופר אינו ודאי וכנראה הושפע מדברים שאמר לו ערן אחיו.

לעניין טענות שונות שהשמיע בא-כוח המערערים בדבר סתירות בין גרסאות האחים קבעה השופטת סירוטה כי אין מדובר בסתירות משמעותיות וכי בכך שהאחים כבשו את עדותם ולא שיתפו פעולה באופן מלא עם המשטרה בימים הראשונים שלאחר הרצח אין כדי לפגום במהימנות עדותם כיוון שהדבר נעשה על רקע אווירה של איומים כנגדם וכן על רקע נדר שנדרה אם המשפחה לפיו אם תחלים נאדין מפציעה לא תפנה למשטרה.

על בסיס ממצאים אלו, קבעה השופטת סירוטה כי זיהוי של באהר על ידי האחים הוא זיהוי ודאי ומספק לצורך הרשעה. אולם כיוון שלא מצאה שהתקיים זיהוי ודאי של סאבר, ואף לא מצאה ראיה מחזקת בשאר חומר הראיות, הגיעה לכלל מסקנה כי יש לזכות את סאבר מחמת הספק.

שני שופטי ההרכב האחרים חלקו על דעתה של השופטת סירוטה בעניין זיכוי של סאבר. השופט טל קבע כי הוא מצא את עדותם של האחים אמינה גם לעניין זיהוי של סאבר. לדעתו, לא ניתן לפצל את עדותם של האחים ולקבל רק את הזיהוי של באהר מבלי לקבל את זיהוי של סאבר. לטעמו ניתן לראות בכל אחת מן העדויות עדות זיהוי אמינה. השופט בנימיני קבע כי לאור הקביעה שתנאי הזיהוי אפשרו זיהוי ודאי של היורים, השאלה שנתרת היא שאלת מהימנות עדי הזיהוי. השופט בנימיני קבע שאין כל סיבה לפקפק במהימנותו של ערן ולפיכך קבע כי הוא מוצא את עדותו של ערן אמינה. לגישתו מספיקה עדות זו כדי להרשיע את סאבר. השופט אף סבר כי אין מקום לפקפק בעדותו של עופר לעניין סאבר, על-אף שזיהוי זה היה פחות ודאי. לטעמו, כבישת העדות של עופר בנוגע לסאבר נבעה מהפחד מפני פגיעה במשפחתו ולא מהתפתחות מאוחרת של גרסת הזיהוי, אולם גם הוא סבר שיתכן וזיהוי סאבר על ידי עופר הושפע מזיהוי של סאבר על-ידי ערן. לפיכך סבר השופט בנימיני שיש לראות בעדותו של עופר רק חיזוק לעדות הזיהוי של ערן.

6. לאחר מעצרו של סאבר הוכנס לתאו מדובב משטרתי. השיחות שניהל סאבר עם המדובב הוקלטו אולם ההקלטה לא צלחה עקב רעשים שנבעו מתא שכן. המדובב העיד בבית המשפט כי סאבר התבטא בפניו מספר התבטאויות מפלילות ואף סיפר לו פרטים מוכמנים בנוגע לרצח. עוד טען המדובב כי סימן את שמו של באהר על גבי פרוטוקול דיון ושאל את סאבר האם זהו מי שביצע את הירי וסאבר הנהן לאישור, ולאחר מכן שרף סאבר את הפרוטוקול. יצוין כי סאבר לא הכחיש כי שרף את הפרוטוקול בנוכחות המדובב, אך טען כי עשה זאת כדי לא להשאיר שאריות בתא המעצר.

השופטת סירוטה קבעה כי עדותו של המדובב לא היתה מהימנה. בפסק דינה ציינה השופטת כי המדובב הוא אדם בעל עבר פלילי עשיר, כולל בעבירות מרמה, שהיה לו אינטרס להעיד עדות מפלילה כנגד סאבר כיוון ששכרו נקבע בהתאם לתוצאת המשפט. גם לעניין שריפת הפרוטוקול העדיפה השופטת סירוטה את גרסת סאבר על פני גרסת המדובב, אותה שללה מכל וכל. השופט בנימיני הסכים עם עמדתה של השופטת סירוטה וקבע אף הוא שאין להסתמך על עדותו של המדובב. לעומתם, מצא השופט טל את עדות המדובב מהימנה והעדיף אותה על גרסתו של סאבר.

טענות האליבי

7. במסגרת חקירתם הציגו המערערים גרסה לפיה בזמן בו בוצע הרצח הם נמצאו באתר בניה בו הם עובדים כשומרים. באהר אף טען שמקורם של סימני המתכת שנמצאו על ידיו בבדיקת הפרופרינט מקורם בסולם עליו טיפס באתר. המערערים טענו שבאותה עת שהו עימם אנשים נוספים וביניהם בילאל וג'יבריל (הזכורים מן ההתפתחויות המאוחרות בתיק), וכן יאנה, חברתו של באהר. במשפט העידו המערערים בעניין האליבי רק את יאנה. בעניין זה היה בית המשפט מאוחד בדעתו כי יש לדחות את טענת האליבי מכל וכל. השופטת סירוטה קבעה כי העובדה שהמערערים בחרו שלא להעיד את מרבית האנשים שלכאורה נמצאו עימם פועלת לחובתם ומחלישה את גרסתם. השופטת אף קבעה כי עדותה של יאנה היתה בלתי מהימנה. לעניין טענתו של באהר לגבי ממצאי הפרופרינט קבעה השופטת סירוטה שצורת הממצאים אינה תואמת טיפוס על שלבי סולם, והיא מתאימה יותר לצורתו של משתיק קול או לצורתם של סורגי החלון בחדרה של נאדין. יצוין כי מומחה שהעיד בעניין קבע כי הסימנים אינם מוכרים כמתאימים לכלי נשק מסוים, אך אין לשלול אפשרות שמקורם בנשק כלשהו. כאמור, הסכימו שני השופטים האחרים עם קביעותיה של השופטת סירוטה בעניין זה.

התנהגות המערערים

8. במהלך החקירה נערכו עימותים בין ערן לבין המערערים. בעימות בין ערן לבין באהר הטיח ערן בבאהר את האשמותיו ואילו באהר נותר מכונס בעצמו. לעומת זאת, בעימות בין ערן לבין סאבר, היה סאבר תוקפני כלפי ערן, ואף ניסה לתקוף אותו והטיח לעברו מאפרה שפגעה בשוטרת שנכחה בחדר. כמו כן במהלך העימות שאל סאבר את ערן מספר פעמים האם הוא היה רעול פנים כשערן ראה אותו:

”סאבר: לא הייתי רעול? הייתי רעול או לא הייתי?”

...

מה עשיתי לך בחיים שלי שתלביש עלי תיק ככה מה עשיתי לך אני פגעתני כך פעם עשיתי לך משהו פעם תלביש לי ככה תיק ולא ראית אותי ולא כלום ואתה אומר שראית אותי.

ירדן [החוקר – מ"נ]: שניה שאלה. אתה היית רעול פנים באותו יום?

סאבר: הייתי רעול פנים?

ירדן: כן.

סאבר: אני לא הייתי שמה.”

השופטת סירוטה קבעה כי אין לראות בהתנהגותו של סאבר משום התנהגות המצביעה על אשמתו. ראשית קבעה השופטת כי לא ניתן להסיק באופן חד משמעי שהתנהגותו התוקפנית מעידה על אשמה. כמו כן קבעה ששאלתו של סאבר בדבר היותו רעול פנים לא יכולה להיות אמירה מפלילה כיוון שהעימות נערך לאחר שהתקיימו דיונים בעניינו של סאבר, ולכן ייתכן והכיר את העובדות שנטענו נגדו ובכללן את העובדה שנטען כלפיו שהוא עטה כפיה בעת הרצח. כאמור, גם לשריפת הפרוטוקול על-ידי סאבר בתא המעצר לא ייחסה השופטת משמעות מפלילה. השופט טל סבר כי יש לראות בהתנהגותו של סאבר בעימות משום התנהגות מפלילה המחזקת את ראיות הזיהוי נגדו. לעניין שריפת הפרוטוקול לא הכריע השופט טל בין גרסת המדובב וגרסת ערן, אך כיוון שכאמור מצא את גרסת המדובב אמינה באופן כללי, קבע ששריפת הפרוטוקול מתיישבת עם התנהגותו המפלילה הכללית של סאבר. השופט בנימיני סבר אף הוא שהתנהגות סאבר בעימות מהווה התנהגות מפלילה. הוא אף סבר שניתן לראות בהתנהגויות נוספות של סאבר כמפלילות: שריפת הפרוטוקול, העובדה שסאבר סירב לחתום על תמלול העימות, וצחק כאשר הוצגו לו דברי המדובב.

9. בבית המשפט נשמעו עדויות נוספות בנוגע למה שהתרחש בליל הרצח מפי זהבה, אם המשפחה, וסמי – אחיהם של נאדין, ערן ועופר. לאחר הירי אמרה זהבה לחוקרים שאם יקרה משהו לנאדין היא תרצח את בני דודיה מנווה ירק. בבית המשפט העידה זהבה כי ראתה שלוש דמויות שנכנסו אל רכב שהמתין להן ברחוב הסמוך לביתה. לדבריה אחת הדמויות היתה גבוהה ורזה והשניה שמנה ונמוכה. זהבה טענה כי זיהתה את האדם הנמוך כאמיר וחידי. כזכור אמיר וחידי לא הואשם במעורבות ברצח. ההגנה טענה כי עדותה של זהבה בבית המשפט אינה אמינה וכי יש להסתמך על גרסתה הראשונית לפיה האשמים ברצח הם בני משפחה אחרים המתגוררים בננוה ירק. כמו כן טענה ההגנה שעדות זהבה עומדת בסתירה לעדויות האחים שטענו שראו את שני המערערים בעוד שאינם טענה שראה באחת משתי הדמויות שנמלטו את אמיר וחידי. השופטת סירוטה קבעה שאין סתירה ממשית בין העדויות כיוון שזהבה לא יצרה הבחנה ברורה בין שתי הדמויות שרצו לבין הדמות השלישית ולכן ניתן להבין דבריה כך שגם שני המערערים היו בין השלושה שרצו לכיוון הרכב. עם זאת קבעה השופטת סירוטה כי אינה נותנת אמון רב בזיהוי המערערים על-ידי זהבה, כיוון שמעדויות ערן ועופר נלמד שייתכן שהאם כלל לא יצאה מפתח הבית עד לשובם של האחים מהמרדף הקצר אחר היוורים. לעניין התבטאותה של זהבה בדבר בני המשפחה מנווה ירק קבעה השופטת שדובר באיומים כלליים שבוצעו מתוך סערת רגשות וללא בסיס עובדתי. יצוין כי בעקבות דברים אלה נחקרו בני המשפחה מנווה ירק והוחלט שלא לעצור אותם. השופט בנימיני חלק על קביעת השופטת סירוטה, ומצא את עדותה של זהבה אמינה. לדבריו, זהבה לא טענה שזיהתה בוודאות את המערערים אך תיארה רק את תויהם הכלליים של האנשים שראתה בחצר.

סמי וחידי העיד כי לא היה בבית בעת הרצח, אך הגיע בסמוך לו לבית החולים שם סיפר לו עופר את שהתרחש וכן סיפר לו שזיהה את באהר בוודאות. בבית המשפט העיד סמי כי אחיו אמרו לו גם שזיהו את סאבר, אך גרסא זו לא הופיעה בהודעות מוקדמות שמסר למשטרה. השופטת סירוטה קבעה כי עדותו של סמי והאיזכור המאוחר של זיהוי סאבר אינו שולל את הזיהוי כפי שנטען על ידי ערן ועופר אך גם אינו מחזק אותו. לעומתה סבר השופט בנימיני כי על-אף שהזיהוי של סאבר לא צוין על-ידי סמי בהודעות מוקדמות, אין לפקפק במהימנות גרסתו לפיה ציינו בפניו ערן ועופר כי זיהו גם את סאבר, וזאת בין היתר כיוון שהשופט התרשם שאין לסמי כל אינטרס להעליל על סאבר. השופט טל לא חיווה דעתו בנוגע לעדויותיהם של סמי וזהבה.

10. כאמור, לעניין הרשעתו של באהר היו השופטים מאוחדים בדעתם; לעניין סאבר נמצא בחוות הדעת של שלושת השופטים מגוון דעות בעניין אשמתו. השופטת סירוטה סברה שלא ניתן להסתמך על זיהויו של סאבר על-ידי ערן כעדות זיהוי ודאית, ואף לא מצאה שניתן לחזק עדות זו הן על ידי עדות הזיהוי של עופר והן על-ידי ראיות אחרות כגון עדות המדובב, לה לא האמינה, העדויות של בני המשפחה האחרים, או התנהגותו של סאבר במהלך החקירה. לפיכך קבעה השופטת כי על-אף שהאליבי של סאבר הופרך, יש לזכותו מחמת הספק. השופט טל סבר כי ניתן לבסס את אשמתו של סאבר רק על עדויות הזיהוי של ערן ועופר אותן מצא אמינות, כל אחת בפני עצמה. בנוסף מצא השופט טל חיזוק לאשמתו של סאבר בעדות המדובב אותה מצא מהימנה, בהתנהגותו של סאבר ובעובדה שהאליבי שלו הופרך. מבנה ההרשעה אליבא דהשופט בנימיני הוא זה: עדות הזיהוי של ערן מספיקה להרשעה, ואף ניתן לחזקה באמצעות עדות הזיהוי של עופר, על-אף שודאותו של זיהוי זה פחותה. בנוסף, מקבלת עדות הזיהוי המרכזית חיזוק גם מהתנהגותו של סאבר ומעדויותיהם של בני המשפחה וכן מהפרכת האליבי. סאבר הורשע כאמור ברוב דעות. שני המערערים טוענים נגד העובדות שנקבעו.

הכוונה להמית

11. המערערים טענו טענה משפטית חלופית והיא שגם אם ייקבע שהם ביצעו את הירי, הרי שאין לקבוע שהירי בוצע בכוונה להרוג אלא רק בכוונה להפחיד ולהרתיע. המערערים ביססו טענתם על כך שנורתה ירייה אחת לעבר החלון, וטענו כי עולה מחומר הראיות שנאדין היתה מכוסה ושישנה בכיוון הפוך מן הרגיל, ולכן לא ניתן להוכיח שהיתה כוונה לירות לראשה וקיימת סבירות שהיורים התכוונו לפגוע ברגליה. בית המשפט דחה טענה זו וקבע כי הכוונה להמית נלמדת בבירור מאופי הפגיעה – ירי לכיוון הראש מטווח קצר. עוד קבע בית המשפט כי עולה מן הראיות שבחדר היה אור שנבע ממקלט טלוויזיה, וכן שלא הוכח שנאדין היתה מכוסה באופן שלא איפשר להבחין בין ראשה לבין רגליה. לפיכך דחה בית המשפט את טענת המערערים וקבע כי הירי בוצע בכוונה להמית.

טענות הצדדים

12. במהלך משפטם בבית המשפט המחוזי היו המערערים מיוצגים במשותף. את ערעוריהם הגישו בנפרד ואף הייצוג הופרד. ערעורו של באהר נסוב בעיקרו סביב תקיפת מהימנותן של עדויות הזיהוי של ערן ועופר. לטענתו קיימות סתירות מהותיות בין הודעותיהם הראשונות של האחים במשטרה לבין הגרסאות הסופיות שהציגו בבית המשפט לעניין הזיהוי. כן קיימות לטענתו סתירות בין עדויות שני האחים לגבי פרטים מהותיים כגון מי קם ראשון, מהלך הדברים עד לזיהוי, סיפור ההיתקלות בעץ הלימון ועוד. באהר טוען כי האחים החליטו להעליל עליו את הרצח כיוון שהתביישו במחדלם ובאי הצלחתם לתפוס את היורים. הם בחרו דווקא בבאהר כיוון שחשדו שהיה מעורב גם בירי הקודם במשפחה – הירי על היבא בת דודתה של נאדין. לגבי פסק דינה של השופטת סירוטה טוען באהר כי לא ניתן היה להפריד בין זיהויו של באהר לבין הזיהוי של סאבר, ואם קבעה השופטת שלצורך הרשעתו של סאבר נדרשת ראיה מחזקת לעדות הזיהוי, הרי שהיה עליה לדרוש ראיה כזו גם ביחס להרשעתו של באהר. לעניין דחיית טענת האליבי טוען באהר כי אין בדחיית טענת האליבי משום ראיה לחובתו כיוון שאך טבעי הוא שאדם הנעצר באמצע הלילה באשמת רצח ינסה לחלץ עצמו באמצעות סיפור כלשהו. הוא מוסיף ומציין כי לא נמצאו עליו כל סימני ירי, לא נמצאו טביעות אצבעותיו בזירה וממצאי בדיקת הפרופרינט לא נמצאו תואמים להחזקת כלי נשק.

טיעונו של סאבר בערעור בדבר מהימנות עדויות הזיהוי דומים לטיעונו של באהר בעניין זה. הוא אף מבקש לחזק את טענת העלילה בדבריה של זהבה בסמוך לירי לפיהם היא חשדה בתחילה בבני משפחה אחרים המתגוררים בנווה ירק. לטענת סאבר, רק לאחר שנודע לבני המשפחה שבוצעה לבאהר בדיקת פרופרינט ונתגלו בה ממצאים החלו בני המשפחה לרכז מאמצים במטרה להביא להרשעת באהר וסאבר, בהם חשדו בביצוע הרצח, אף כי לא באמת זיהו אותם בזירה. סאבר סומך חלק נרחב מערעורו על פסק דינה המזכה של השופטת סירוטה, וטוען כי קיים רוב בין השופטים לקביעה לפיה אין להסתמך על עדות הזיהוי של עופר כעל זיהוי ודאי. לגבי הזיהוי של סאבר על ידי ערן, מבקש סאבר להסתמך על עמדתה של השופטת סירוטה לפיה קיימות סתירות מהותיות בגרסאות השונות של ערן. סאבר אף טוען שמן הראיות עולה שתנאי השטח כלל לא אפשרו זיהוי ודאי כיוון שלפי גרסתו של ערן הוא השתטח על הקרקע לאחר שסאבר ירה בראשו באוויר, ולפיכך אין זה מסתבר שיכול היה לראות את פניו של סאבר גם אם הם נחשפו כתוצאה מהיריה. הוא אף מערער על קביעותיהם של שופטי הרוב בדבר המשקל שיש לתת לראיות התומכות בעדויות הזיהוי.

בנוסף לטענות אלו הנוגעות לקביעות העובדות של בית המשפט המחוזי טוען סאבר שתי טענות משפטיות. הראשונה היא אותה טענה שנטענה עוד בבית המשפט המחוזי בעניין הכוונה להמית. הטענה השנייה היא שהעובדה שבהרכב נמצאה דעת מיעוט הקובעת שיש לזכות את המערער, וגם לגבי סוגיות שונות של הראיות היו השופטים חלוקים ביניהם יש בה כדי להעלות ספק סביר בהרשעה, ולפיכך צריכה להביא לביקורת מדוקדקת יותר של פסק הדין על ידי ערכאת הערעור. במיוחד כך, לטענת סאבר, כאשר דעת המיעוט היא הדעה המרכזית בפסק הדין, דעה המתפרשת על פני כשישים עמודים, בעוד שדעות שופטי הרוב מנוסחות בקצרה ואינן מתייחסות לכל הסוגיות שעלו מן הראיות. עוד טוען סאבר כי ביחס לקביעות שונות של מהימנות עדים ומשקל ראיות קיים רוב שונה בין חברי ההרכב, וגם מכך מתחייבת ביקורת קפדנית של ערכאת הערעור.

13. המשיבה סומכת טיעוניה על הכרעת בית המשפט המחוזי. לטענתה, די היה בעדות זיהוי אחת ודאית כדי לבסס הרשעה, ובענייננו קיימות שתי עדויות זיהוי שנמצאו מהימנות על ידי בית המשפט. המשיבה טוענת כי טענות העלילה שהעלו המערערים אינן מבוססות והמערערים אף לא הציגו כל אינטרס אמיתי שהיה לאחים לטפול את הרצח דווקא עליהם. לעניין אמינות הזיהוי מבקשת המשיבה להסתמך על קלטת השחזור שצולמה בסמוך לאירוע, וממנה ניתן ללמוד בוודאות, לטענת המשיבה, כי תנאי השטח בחצר אפשרו זיהוי ודאי של היורים. לפיכך השאלה שנותרת היא שאלה מהימנות המזהים. בעניין זה, טוענת המשיבה, קבעה הערכאה הדיונית ממצאים על סמך התרשמות בלתי אמצעית מן העדים, ולפיכך אין ערכאת הערעור צריכה להתערב בהם. המשיבה טוענת שגרסאותיהם של ערן ועופר היו סדורות ואמינות. לעניין הזיהוי של אדם נוסף – אמיר וחידי – שהופיע בגרסאותיהם הראשונות של ערן וזהבה טוענת המשיבה כי הסיבה שלא הוגש כתב אישום כנגד אמיר אינה חוסר אמינותם של העדים אלא חוסר בראיות. בכל מקרה טוענת המשיבה כי אין באי הגשת כתב אישום נגד אמיר משום ראיה לטובת המערערים. לעניין הרשעתו של סאבר ברוב דעות, עמדת המשיבה היא כי אין הבדל בין הרשעה ברצח לבין כל הרשעה אחרת לעניין הכלל המשפטי, הקבוע בסעיף 80(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 לפיו כאשר נחלקות דעות השופטים בהרכב תהיה ההכרעה לפי דעת הרוב.

14. לאחר שעיינתי בראיות ובדעותיהם השונות של השופטים בהכרעת הדין, הגעתי למסקנה כי דינם של שני הערעורים להידחות. הרשעתו של באהר מבוססת היטב בחומר הראיות. עדויותיהם של ערן ועופר המזהים את באהר בוודאות כאדם שמשך את הכאפייה מן העץ מהוות עדויות זיהוי שכל אחת מהן היתה מספיקה להרשעה בפני עצמה (ראו: ע"פ 339/80 עדיקה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 106 (1980); יעקב קדמי על הראיות חלק שני 1029 (מהדורה משולבת ומעודכנת 2003)). אין לקבל את טענותיו של באהר בדבר סתירות שונות בעדויותיהם של האחים ובדבר המזימה להפלילו. בית המשפט המחוזי קבע פה אחד בעניין זה כי הוא מוצא את עדויותיהם של ערן ועופר מהימנות, וכי הסתירות, ככל שהן קיימות, אינן מהותיות ונובעות מן האירוע הטראומטי שעברו. כלל הוא שערכאת ערעור אינה מתערבת בממצאים שקבעה הערכאה הדיונית בנושא מהימנות העדים שהעידו בפניה. אין סיבה לחרוג מכלל זה בענייננו. הן ערן והן עופר נחקרו בחקירה נגדית יסודית ומקיפה על-ידי בא כוח המערערים, ועל אף שהעידו כי הם נמצאים תחת איומים קשים עליהם ועל משפחתם בשל עדותם, הציגו גרסה קוהרנטית וברורה ביחס לזיהוי של באהר כאחד האנשים שהיה בחצר בליל הירי. זו היתה התרשמות בית המשפט המחוזי, ומסקנתו בעניין זה נראית לי. הסתירות עליהן ניסה להצביע בא כוחו של באהר, כגון השאלה מי מבין האחים קם ראשון אל החלון או מי ירד ראשון אל החצר הן סתירות לא משמעותיות שאין בהן כדי לקעקע את גרסת האחים. אין ממש גם בטענתו של באהר כאילו לא ניתן להפריד בין עדויות האחים לגבי זיהויו שלו לבין העדויות לגבי זיהויו של סאבר. לפי הגרסה שהציגו ערן ועופר הם זיהו את באהר כאשר ירדו לחצר והוא היה ליד עץ הלימון, ואילו את סאבר זיהו לאחר מכן בסמוך לשער הבית. כלומר, הזיהוי של שני המערערים לא היה בו-זמני. לפיכך, גם אם קובעים שזיהויו של סאבר אינו ודאי ודורש חיזוק, ולכך אידרש בהמשך, אין בקביעה זו כדי להקרין על ודאות הזיהוי של באהר על ידי האחים.

לצד עדויות הזיהוי המרשיעות קיימות ראיות נוספות המשמשות חיזוק. העובדה שבאהר הציג גרסת אליבי שמהימנותה הופרכה על דעת כל השופטים משמשת חיזוק לאשמתו של באהר. אמנם, כישלוננו של נאשם להוכיח טענת אליבי אינו פועל, כשלעצמו, לחובתו (ראו: ע"פ 229/89 מדינת ישראל נ' שניר (מיום 1.9.1993)). אולם בענייננו האליבי לא נדחה כיוון שלא בוסס כראוי אלא כיוון שהופרך כליל. בערעורו טען באהר כי נהג ככל אדם שהיה נעצר באמצע הלילה באשמת רצח וניסה למצוא מפלט בגרסת האליבי. אולם – אם אכן היה באהר חף מכל אשם, מדוע לא מסר למשטרה את הגרסה האמיתית לגבי מקום היותו באותו לילה? בנסיבות אלו, שקריו של

באהר וניסיונו לחפות על עצמו על-ידי בניית אליבי שקרי, תוך שימוש בעדים שאמינותם הופרכה בבית המשפט, מחזקת את הראיות לחובתו שכן מדובר בשקר שכל תכליתו לסכל את החקירה ולהרחיק אותו ממקום העבירה (ראו: ע"פ 557/06 עלאק נ' מדינת ישראל פסקה 28(ה) לפסק הדין (מיום 11.4.2007)). משהופרכה גרסתו של באהר לפיה נמצא באתר השמירה בליל הרצח, הופכים גם הסימנים שנמצאו על ידיו בבדיקת הפרופרינט לסימנים מחשידים שעשויים לשמש כראיה נגדו. חוות דעת מומחה קבעה אמנם כי סימנים אלה אינם מוכרים כמתאימים לכלי נשק מסוים, אך גם לא פסלה את האפשרות שנבעו מאחיזת כלי נשק. בית המשפט קבע כי הסימנים יכולים להתאים הן למשתיק קול, שלפי עדות האחים שימש את היורה, והן לסורגי חלונה של נאדין דרכו נורתה היריה. לו היה מציג באהר גרסה אמיתית המסבירה את הסימנים המחשידים, הרי שהסימנים לא היו משמשים ראיה נגדו. אך משהופרך האליבי שהציג, ממילא הופרך גם ההסבר שלו לגבי הסימנים ולא הוצג כל הסבר תמים אחר (ראו: ע"פ 8005/04 אברוטין נ' מדינת ישראל פסקה 36 לפסק דינו של חברי השופט ד' חשין (מיום 29.3.2007)). גם טענתו של באהר כי העובדה שלא נמצאו בזירה טביעות אצבעותיו מהווה ראיה לטובתו דינה להידחות שכן משקלן הראייתי של טביעות האצבעות נעוץ בהימצאותן ולא בהיעדרן (ע"פ 5724/95 אבו דחל נ' מדינת ישראל (מיום 12.5.1996)). על בסיס כל אלה אציע לחברי לקבוע כי הרשעתו של באהר ברצח נאדין וחידי מבוססת ודין ערעורו להידחות.

ערעורו של סאבר וחידי

15. עיקר המחלוקת לעניין הרשעתו של סאבר היה בשאלה מהו משקלה של עדות הזיהוי של ערן. על-אף ניסיונם של באי כוח המערערים לטעון כך, שאלת מהימנותה של עדות הזיהוי של ערן לא היתה במחלוקת בין שופטי ההרכב. גם השופטת סירוטה, שקבעה בסופו של דבר שלא ניתן להסתמך על עדות זו כראיה מרשיעה לחובתו של סאבר קבעה כי מצאה את גרסתו של ערן אמינה. הסיבה בגללה קבעה שלא ניתן להסתמך על עדותו של ערן כעל זיהוי ודאי המספיק להרשעתו של סאבר היא שחרף אמונתו הסובייקטיבית של ערן בדבר זיהויו של סאבר, ייתכן והתנאים האובייקטיביים של ההתרחשות יכולים היו להובילו לכדי טעות בזיהוי.

דעתי היא כי אין להתערב בקביעה כי עדותו של ערן מהימנה. ניתנה גם לנו הזדמנות אף להתרשם ממהימנות הגרסה בצורה בלתי אמצעית דרך צפייה במספר קלטות שהוצגו בפני בית המשפט המחוזי. הראשונה היא קלטת בה מתועדת גרסתו של ערן תוך כדי שחזור שנעשה בבית המשפחה (ת/24) ובה ניכר גם כאבו הרב על אובדן

אחותו האהובה. האחרות הן תיעוד של העימותים שנערכו בין ערן לבין סאבר ובאהר. בית המשפט המחוזי התרשם גם מעדותו של ערן על דוכן העדים וקבע שעדותו מהימנה, ובכך אין לדעתי להתערב. עם זאת, בבחינת משקלה של עדות זיהוי מהימנותו של העד אינה אמת המידה הבלעדית. יש לבחון גם האם תנאי הזיהוי האובייקטיביים אכן מאפשרים להסתמך על הזיהוי (ראו: ע"פ 87/53 אל-נבארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ז 964; ע"פ 752/06 פלוני נ' מדינת ישראל פסקה 10 לפסק הדין (מיום 10.8.2006)). לשאלת תנאי הזיהוי האובייקטיביים מהווה קלטת השחזור ת/24 בראיה חשובה. בקלטת משחזור ערן וחידי בזירה את השתלשלות העניינים. מן הקלטת עולה בבירור כי התנאים בשטח אפשרו זיהוי ודאי הן של באהר, בעת שזה משך את הכפייה מן העץ, והן של סאבר בעת שהסתובב וירה לעבר האחים. המרחק בין המקום בו עמדו האחים לבין המקום בו נטען שנמצאו שני המערערים מאפשר זיהוי קל. חשוב לציין כי השחזור נערך בשעת יום ואילו האירוע עצמו התרחש בשעת ליל. אולם, משחזור שנעשה בשעת לילה ולא צולם, עליו העידו החוקרים, עולה שגם בשעת לילה מוארת החצר באופן שיכול היה להספיק לזיהוי המערערים (ת/23).

המסקנה הנובעת מכל אלה היא שאין להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי לפיה עדותו של ערן מהימנה, וכי תנאי השטח איפשרו זיהוי. עם זאת, נותר בליבי ספק מסוים בשאלה האם ניתן לראות בעדותו של ערן עדות המספיקה לבדה להרשעה. הסיבה המרכזית לכך היא שבעוד שגרסתו של ערן יוצרת רושם אמין ונראה שהיא נובעת משכנוע עצמי עמוק של העד שאכן זיהה את מי שחשב שזיהה, קיימות בגרסאותיו השונות גם אמירות שיש בהן כדי לפגום בשלמותו של הזיהוי. מן ההתפתחות בגרסאותיו של ערן וחידי נוצרת תחושה שהוא ניסה "לשפר" את גרסת הזיהוי כדי להבטיח שהמסקנה שתתקבל תהיה שהוא אכן זיהה את האדם שהוא, באופן סובייקטיבי, משוכנע שזיהה. בהודעתו הראשונה במשטרה מיום 25.7.2001 סיפר ערן שזיהה את סאבר למרות שחלק מפניו היו מכוסות בכפיה כיוון שהוא מכיר אותו שנים רבות (נ/3 גיליון 1):

"שאלה: איך זיהית את סאבר?
תשובה: אני מכיר את סאבר ישבתי איתו במוסד הכפיה
כיסתה לו את השיער והעיניים וכל שאר הפנים היה גלוי
וזיהיתי שזה הוא. ישבתי איתו שנתיים במוסד."

בהודעה זו לא הזכיר ערן את הגרסה לפיה נגלו פניו של סאבר בעת שירה לעבר האחים. בעימות עם סאבר חזר ערן וטען כי זיהה את סאבר גם כשפניו היו חצי מכוסות, וכן זיהה את קולו של סאבר כשזה צעק לבאהר בזמן מנוסתם. עוד סיפר שכשסאבר ירה

לעברו נפלה הכאפייה מעל פניו, אולם לשאלתו של סאבר כיצד זיהה אותו כשהיה רעול ענה לו ערן:

“ערן: היית רעול ולפי הפנים התחלתי לזהות אותך.
סאבר: איך אתה אומר

...

ערן: הפנים שלך היו נפוחות כולם, הכאפייה. היית רעול
בחצי יענו רואים לך את המראה של הפנים היו רואים
אתה יודע שזה אמת אין מה לשקר.”

לעומת זאת, בבית המשפט אמר שזיהה ודאית את סאבר רק כשזה ירה והכפייה
השתחררה מפניו (עמוד 218 לפרוטוקול הדיון):

“כבוד השופט בנימיני: השאלה אם זיהית אותו לפני
שנפתחה הכאפייה?
ת. לא.
כבוד השופט בנימיני: או אחרי?
ת. לא. אחרי שנורו שתי היריות נפתחה לו הכאפייה.
כבוד השופט בנימיני: ואז זיהית אותו?
ת. אז זיהיתי אותו בדוק במיליון אחוז.
כב' השופטת סירוטה: אם זה היה חצי פנים, זה לא
בטוח זה יכול להיות.
ת. כן.”

ערן לא סיפק תשובה לשאלה מדוע לא השיב כך גם לשאלתו של סאבר בעימות
ומדוע טען אז שזיהה את סאבר עוד כשהיה רעול. בנוסף, במהלך העימות המוקלט
הציג ערן גרסה לפיה זיהה את סאבר כבר כשהביט אל החצר מחלון חדרו (ת/15 ב עמוד
3):

“ירדן (החוקר – מ"נ): שאלה לערן. ביום שרצחו את
נאדין האם ראית את סאבר ויחיד האיש שיושב מולך
כעת?
ערן: כן.
ירדן: איפה ראית אותו?
ערן: ראיתי אותו בחצר וראיתי אותו בקדמת הבית.
ירדן: מתי זה היה באיזה שעה?
ערן: בשעת זה בדיוק שבאהר ברח והכאפייה שלו נתפסה
על העץ לימונים ואז ראיתי אותו קלטתי אותו.
ירדן: קלטת את מי?
ערן: קלטתי אותו.
ירדן: אותו זה הכוונה לסאבר..
ערן: כן לסאבר. קלטתי אותו גם מהפעם הראשונה
שהסתכלנו מלמעלה. הסתכלתי מלמעלה, קלטתי אותו.”
(ההדגשות אינן במקור – מ"נ).

גם על השאלה מדוע סיפר שזיהה את סאבר כבר מהחלון ולא אמר שזיהה אותו בחצר לא סיפק ערן תשובה משכנעת (עמ' 131 לפרוטוקול הדיון). ייתכן ואמירות אלו נבעו מלהיטות יתר של ערן לבסס את זיהויו של סאבר. ניתן לראות אינדיקציה לכך בדבריו של ערן בחקירתו הנגדית (עמוד 148 לפרוטוקול):

"כב' השופטת סירוטה: אתה אומר ככה, מישוהו אמר לך, מאיפה אתה יודע? הוא היה שמה, הם לא היו שמה. אז מה אתה יודע מה היה?
ת. אתה לא ראית. אם היית במקומי באותו רגע, ...לא היה אף אחד. אני בטוח שהיית עושה את המקסימום רק כדי להוכיח.
...
כב' השופטת סירוטה: זה בדיוק מה שאתה לא צריך לעשות. שום מקסימום ושום דבר.
ת. מה אני יעשה?! אם היה לי אקדח, והייתי מצליח לפצוע אחד, אם הייתי מצליח לתפוס אחד, הייתי מביא לך הוכחות."
(ההדגשות אינן במקור – מ"נ).

אבהיר: דעתי היא שאין באמירות אלה כדי לפגוע בליבת המהימנות של גרסת ערן, אולם יש בהן כדי לעורר ספק, ולו קטן, בשאלה כיצד ומתי בדיוק זיהה ערן את סאבר. בבסיס מסקנתי זו עומד הכלל לפיו יש לנקוט זהירות יתרה בטרם קובעים שעדות זיהוי יכולה להוות ראיה שמשקלה כה רב שאינה נדרשת לכל חיזוק. יפים לעניין זה דבריו של השופט קדמי:

"...הכלל הוא, שניתן לבסס הרשעה בפלילים על פי עדות יחידה; ובלבד שהשופט העושה כן נותן דעתו לכך, 'מזהיר עצמו' ומדקדק בבחינתה של העדות לפני שהוא רואה עצמו רשאי לחרוץ את הדין על פיה בלבד. ואין לשכוח – והדבר אינו מש מנגד עיניו של השופט – כי האחריות להכרעה, על כל המשתמע הימנה, היא אחריותו האישית של השופט והעד אינו שותף לה. ההכרעה אינה מתן גושפנקה לעדותו של העד, אלא – אימוצה של העדות כמשקפת את המציאות; ותכלית הדיון אינה קביעת עמדה באשר למהימנות העד, אלא הקביעה מהי האמת. האמת – אמת של בית המשפט היא ולא של העד; וקביעתה הינה תולדה של העברת העדות במערכת סינון, הערכה ובקרה שמפעיל השופט, ומשקבע מה שקבע – הקביעה שלו היא.

...
סוגית ה'טעות הכנה' בזיהויו של אדם, שנחשף 'לרגע' לעיניו של עד בעת ביצועה של עבירה, סוגיה קשה ומורכבת היא לא רק כאשר מדובר בזיהויו של 'זר' אלא גם

לענין זיהויו של 'מכר'. ברם, כוחו של הסיכון הטמון ב'טעות כנה' בזיהוי, לא הספיק להקמת דרישה של 'תוספת ראייתית' לעדות יחידה בהקשר זה; וסיכון ה'טעות הכנה' נמנה בין הסיכונים האחרים ששוקל בית המשפט שעה שהוא נדרש לקבוע זהותו של נאשם על פי עדות יחידה של עד ראייה...

חובת התביעה היא להוכיח את זהותו של הנאשם במידה שלמעלה מספק סביר, ודי לו לנאשם להקים ספק בזיהויו – ולו גם על בסיס קיומה של אפשרות סבירה של 'טעות כנה' – כדי להביא לזיכויו.

הסיכון של 'טעות כנה' בדבר זיהויו של הנאשם, נמנה, איפוא, בין השיקולים ששוקל בית המשפט על רקע הנסיבות המיוחדות לענין הנדון, כפי שהוא שוקל נסיבות אחרות ה'מכבידות' על הזיהוי... (ע"פ 4384/93 מליקר נ' מדינת ישראל פסקה 6 לפסק הדין (מיום 25.5.1994) (ההדגשות אינן במקור – מ"נ)).

במקרה זה מכתובה מידת הזהירות שלא להסתמך באופן מוחלט רק על עדות הזיהוי של ערן. בכך דעתי כדעת שופטת המיעוט בבית המשפט המחוזי. לא כך לגבי המסקנה הסופית בעניין הרשעתו של סאבר. משקלה של עדות הזיהוי של ערן, למרות "תמרור האזהרה" שבצידה, הוא גבוה מאוד. נזכיר כי ערן הכיר היטב את סאבר, הוא זיהה את קולו, וגם בשל כך עדות הזיהוי שלו היא עדות בעלת משקל רב, רב מאוד, כזו הנדרש לה רק תוספת קטנה כדי לגבש הרשעה בטוחה. דעתי היא, כדעת הרוב בבית המשפט המחוזי, כי תוספת זו, ואף יותר ממנה, נמצאת בחומר הראיות הנוסף בתיק. הראיות המרכזיות האחרות בתיק – עדותו של עופר, הפרכת האליבי, וחלקים מסוימים מהתנהגותו של סאבר – הן ראיות תומכות המהוות חיזוק מספיק לעדותו של ערן (והשוו לעניין זה: ע"פ 3595/06 דבאש נ' מדינת ישראל (מיום 28.9.2006)).

16. עדותו של עופר: לעניין עדותו של עופר, הן השופטת סירוטה והן השופט בנימיני סברו כי זיהוי סאבר על ידי עופר לא היה ודאי. דעתי היא כי אין להתערב בדעת הרוב בסוגיה זו. מהשתלשלות העניינים כפי שתוארה על ידי האחים ואימם, בסמוך לאירוע התכנסו שלושת בני המשפחה והחליפו ביניהם חוויות, בין היתר בדבר הזיהוי. עופר סיפר בכנות בעדותו כי השתכנע בזיהויו של סאבר רק לאחר שערן ציין בפניו את שמו (עמוד 443 לפרוטוקול הדיון):

"השופטת סירוטה: אמרת שראית שני אנשים, שאחד מהם לא יכולת לזהות.

העד (עופר – מ"נ): לא, אני לא אמרתי ככה. אני אמרתי ראיתי שני אנשים, שאחד מהם היה קשה בגלל הכפיה. אבל כשאמרו לי את השם שלו, אני ידעתי במי מדובר, ולפי הגובה ולפי התנועות שלו...

השופטת סירוטה: מי אמר לך.

...
העד: ערן... אחי."

כאמור, חלפו יומיים עד שמסרו בני המשפחה הודעות במשטרה. קיים חשש אמיתי שבליל האירוע וביומיים הללו נפגמה במידה מסוימת "הסטריליות" של הזיהוי של עופר כתוצאה מהשכנוע של אחיו בדבר זהות היורים. גם כאן יש להדגיש – אין הכוונה שעופר שיקר בעדותו או שמהימנותו מוטלת בספק, אלא כי הוודאות שבה זיהה את סאבר כאדם שנמצא בחצר אינה ודאות מוחלטת. עם זאת, על אף שהזיהוי אינו ודאי, עדותו של עופר היא בעלת משקל לחובת סאבר, המצטרף למשקלן של יתר הראיות להרשעה (ראו: ע"פ 437/82 אבו נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 85, 92 (1983); ע"פ 397/86 מחג'נה נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 466, 473 (1987); ע"פ 4095/91 דוריב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 190, 203-204 (1992)). עדויותיהם של זהבה וסמי, אמם ואחיהם של ערן ועופר לא מוסיפות משקל רב לחומר הראיות, הן כיוון שזיהויה של זהבה מוטל אף הוא בספק והיא עצמה לא טענה שזיהתה באופן ודאי מי מהמערערים, והן כיוון שסמי לא נכח כלל בבית בעת הירי, ועדותו נוגעת בעיקר לדברים שאמרו לו אחיו.

17. האליבי שהופרך: האליבי שהציגו המערערים היה אליבי משותף. גרסתם בעניין זה הופרכה. על משמעותה של הפרכת גרסת האליבי הרחבתי כבר בעניינו של באהר, ודברים אלה יפים גם לעניין סאבר. נוכח הפרכת גרסתו וחשיפת שקריו מהווה גרסת האליבי השקרית ראיה כנגדו. זאת ועוד: בגרסת האליבי קשר סאבר את עצמו יחד עם באהר וטען כי היו יחד במהלך כל הלילה. משכך טען העובדה שהוכח שבאהר נמצא בזירת הרצח בליל הירי מסבכת אף את סאבר ומהווה ראיה לחובתו (ראו: ע"פ 1788/00 חואג'ה נ' מדינת ישראל (מיום 1.1.2001); בש"פ 8114/06 אל הוזייל נ' מדינת ישראל (לעניין ראיות לכאורה במעצר) פסקה 6 להחלטה (מיום 15.11.2006)).

18. התנהגות מפלילה: השופטים טל ובנימיני ראו בהתנהגות סאבר בעימות ובעיקר בהתפרצותו כלפי ערן משום התנהגות מפלילה. התרשמותם זו התבססה על הצפייה בקלטת העימות. כאמור, צפיתי בקלטת, ודעתי היא כי לא ניתן לקבוע באופן חד משמעי שזעמו של סאבר נובע דווקא מעובדת היות אשם. ניתן להעלות סברה לפיה גם חף מפשע המתעמת מול אדם הטוען שזיהה אותו כרוצח ינהג בתוקפנות כלפי אותו אדם. לפיכך אין לתת משקל רב להתנהגות זו. עם זאת, יש בהתנהגויות אחרות של סאבר במהלך החקירה כדי לשמש ראיות נגדו. בראש ובראשונה – שריפת הפרוטוקול בתא המעצר. בהיעדר כל תיעוד למה שהתרחש בתא המעצר בין סאבר לבין המדובר, בהיעדר כל תיעוד למה שהתרחש בתא המעצר בין סאבר לבין המדובר,

לא מצאתי שיש מקום להתערב בהכרעת רוב השופטים שקבעו כי עדות המדובר לא היתה מהימנה. אולם גם אם לא מקבלים את גרסת המדובר למה שהתרחש בתא המעצר, עדיין לא ניתן הסבר מתקבל על הדעת לשריפת הפרוטוקול על-ידי סאבר, שכאמור לא הוכחה על ידו. לכך מצטרף גם סירובו של סאבר לחתום על תמלול העימות, וכן העובדה ששאל את ערן בעימות האם היה רעול. ודוק: הוא לא שאל האם מי שנצפו בחצר היו רעולים אלא אם הוא היה רעול. אחר כך ניסה לתקן את דבריו ולהודיע כי לא היה בשטח. סאבר לא נתן הסבר משכנע לשאלה זו לאחר מכן. התנהגויות חסרות הסבר אלו מהוות, לדעתי, ראיות בעלות משקל נגד סאבר (ראו: ע"פ 210/81 עקביוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 393, 400 (1982)).

לסיכום, דעתי היא כי הרשעתו של סאבר מבוססת בחומר הראיות. עמוד התווך של חומר הראיות נגד סאבר הוא זיהויו על ידי ערן, המהווה ראיה בעלת משקל רב מאוד. את הראיה המרכזית מחזקות ראיות נוספות המשלימות את הזיהוי ויוצרות מארג ראיתי שיש בו כדי לשכנע באשמתו של סאבר מעבר לכל ספק סביר.

19. לעניין טענתו של סאבר לפיה עצם העובדה שדעות השופטים היו חלוקות במספר סוגיות מרכזיות יש בה כדי לעורר ספק בהרשעה או כדי להביא להתערבות מוגברת של בית המשפט בממצאי הערכאה הדיונית – דין טענה זו להידחות. הכלל הוא אחד – ההכרעה נקבעת לפי רוב השופטים שהגיע לאותה מסקנה, ואין בדעת מיעוט כדי לעורר ספק סביר בדבר אשמתו של המערער. כלל זה מבוסס בחוק והוא כלל יסודי במערכת המשפט הישראלי (ראו והשוו: מ"ח 9054/03 לזרובסקי נ' מדינת ישראל פסקה 19 להחלטה (מיום 28.12.2005)). הרשעה ברצח אינה נבדלת לעניין זה מהרשעות אחרות (ראו: ע"פ 334/02 סיבוני נ' מדינת ישראל פסקה 15 לפסק הדין (מיום 13.1.2003)).

גם טענתם החלופית של המערערים לפיה לא ניתן להוכיח שהיתה כוונה להמית – נדחית. קביעתו של בית המשפט המחוזי כי כוונתם של היורים נלמדת מתוך נסיבות הירי היא קביעה מבוססת בעובדות ובדין. ירי מאקדח לכיוון ראשה של נערה מבסס כוונה להמית (ראו: ע"פ 4574/00 דזילוב נ' מדינת ישראל פסקה 7 לפסק הדין (מיום 10.3.2002)); ע"פ 5197/05 עיסא נ' מדינת ישראל פסקאות ז-ח לפסק הדין (מיום 5.2.2007)). העובדה שנורתה רק ירייה אחת אין בה כדי לערער מסקנה זו (ראו: ע"פ 490/85 מוכתרי נ' מדינת ישראל (מיום 29.9.1988)). ועוד: המערערים לא יישמעו בטענה לפיה קיים ספק בשאלת הכוונה להמית כיוון שייתכן והפגיעה בראש נבעה מהעובדה שהמנוחה היתה מכוסה כולה ולא ניתן היה להבדיל בין ראשה לבין רגליה.

המעוררים דבקו בגרסת האליבי שלהם וטענו שכלל לא נמצאו בזירת הרצח. משטענו זאת, אין הם יכולים לטעון טענה של "טעות במצב דברים" המנוגדת לגרסתם (ראו: דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1, 16 (1998); ע"פ 7193/04 יקירביץ' נ' מדינת ישראל פסקה 15 לפסק הדין (מיום 30.4.2007)).

סוף דבר: אם תישמע דעתי, תיוותר הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בעניינם של שני המערערים על כנה.

ש ו פ ט ת

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט ד' חשין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת מ' נאור.

ניתן היום, כ' סיון, תשס"ז (6.6.2007).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת