

בבית המשפט העליון בירושלים

דנ"פ 95 / 3391

בפני:
כבוד השופט ג' ברך
כבוד השופט א' גולדברג
כבוד השופט ת' אור
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופט י' קדמי
כבוד השופטת ד' דורנר

המערער: סימון בן ארי

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

דיון נוסף על פסק דין בית המשפט
העליון בירושלים מיום 17.5.95 בתיק
ע"פ 6251/94 שניתן על-ידי השופטים:
א' גולדברג, ת' אור ומ' חשין.

תאריך הישיבה: ט' בסיון תשנ"ו (27.5.96)

בשם המערער: עו"ד איתי בן-נון

בשם המשיבה: עו"ד יסכה ליבוביץ

פסק-דין

השופט ג' ברך:

1. זהו דיון נוסף על פסק-דינו של בית משפט זה בע"פ 6251/94, בו נדחה, ברוב דעות, ערעורו של המבקש על הרשעתו בבית המשפט המחוזי בתל-אביב (בתפ"ח 284/92), בעבירת רצח לפי סעיף 300א(3) ו-(4) לחוק העונשין, תשל"ז 1977- (להלן: חוק העונשין).

2. להלן עובדות היסוד, הדרושות להבנת הרקע לדין זה.

- (א) ב14.7.91- נרצח בביתו שבפתח-תקווה חלפן הכספים ישראל דז'לובסקי (להלן: המנוח).
- (ב) בראשית הוגש בבית המשפט המחוזי בתל-אביב כתב אישום, בת.פ. 517/91, כנגד מוטי בן-עזרא (להלן: בן-עזרא) באשמת אותו מעשה הרצח. כן הואשמו חגי יוסף (להלן: חגי) ומוסטפא סרסור (להלן: סרסור), בת.פ. 505/91 ו565/91-, כשותפים לאותה עבירה.
- מסקנת בית המשפט המחוזי היתה, כי אשמתו של בן-עזרא הוכחה מעבר לכל ספק סביר כמי שהיה שותף לקשר בו נטלו חלק חגי וסרסור, ועל כן הרשיע אותו ברצח. פסק-הדין ניתן ביום 30.4.92. משפטם של חגי וסרסור לא נסתיים.
- (ג) הרשעתו של בן-עזרא התבססה על אמרותיו והודאותיו שמסר לחוקרי המשטרה, וכן על כך שידע פרטים שונים על מעשה העבירה, שחלקם היו, על פי קביעת בית המשפט, מוכמנים, ושלא יכול היה לדעת אותם אלמלא נטל חלק במעשה העבירה.
- יש לציין, כי בן-עזרא מסר גירסאות רבות ושונות לחוקרי המשטרה, חלקן ביוזמתו. תחילה התקשר באופן אנונימי למשטרה ומסר לחוקרים פרטים מפלילים על חגי וסרסור, ואחר כך קשר אף את עצמו לפרשייה. לדבריו שימש כנהג, אשר הביא את חגי ואת סרסור למקום מגוריו של המנוח, ביודעו כי שני שותפיו הנ"ל עומדים לבצע שוד אלים בדירת המנוח. בית המשפט המחוזי ייחס חשיבות מיוחדת לאחת מהודאותיו שנמסרה בנוכחותו של אחיו, בה תאר בפרוטרוט את חלקו באירוע.
- בשלב מסוים חזר בו בן-עזרא מהודאתו, וטען, כי כל מה שמסר הוא שקר. בשלב זה טען, כי מסר דברים מפלילים כנגד חגי וסרסור במטרה לנקום בחגי בגין מעשים של הלה שהרעו לו, וכי יש לו לעצמו אליבי.
- בית המשפט לא האמין לגירסה המתכחשת, בין היתר בשל העדר העקביות של בן-עזרא, אשר אפילו בשלב אחרון זה פנה אל החוקרים בהצעה לעיסקת טיעון, לפיה הסכים להודות בעבירת הריגה ולהיות נדון למאסר ממושך.

ד) בית המשפט מצא בידיעתו של בן-עזרא על הפרטים המוכמנים "דבר מה" בעל משקל ניכר לחיזוק הודאתיו.

המדובר בידיעתו על הפרטים הבאים, שנמצאו תואמים את המציאות.

- (1) קיומם של לחצני מצוקה בבית המנוח;
- (2) קיומם של מטבעות זהב בחזקת המנוח (שרק בנותיו של המנוח ידעו עליהם);
- (3) זמן שהיית "שותפיו" בבית המנוח (הפרטים תואמים ממצאים מזירת הפשע);
- (4) העובדה שחנקו את המנוח במגבת בנוסף על דקירתו בסכין, אף כי מבט על הגופה לימד על דקירות סכין בלבד;
- (5) הוא ציין, שסרסור וחגי ("שותפיו") התלוננו על היעדר מים חמים בדירת המנוח בהם יכלו לשטוף את הדם מידיהם ומבגדיהם, ואכן דבר זה תואם את העובדה שלא היה למנוח דוד שמש, והוא קימץ להדליק את דוד החשמל;
- (6) כן סיפר, שלאחר חוזרו מביצוע השוד והרצח ניקה חגי את ידו המגואלת בדם בריפוד של רכבו. ואכן הוכח, שהריפוד ברכבו של חגי הוחלף זמן מה לאחר מכן.

בית המשפט סיכם נקודה זו באומרו:

"... בפנינו מערכת עובדות וממצאים, חלקם מזירת העבירה, שהנאשם לא יכול היה לדעת אותם, אלא אם השתתף במעשי העבירה בפועל...; בחינתן של אמרות הנאשם מכל זווית ראייה שתיבחר, מסקנתן אחת - שהתוודות הנאשם בדבר מעורבותו במעשי העבירה היא התוודות אמת".

ה) ההגנה במשפטו של בן-עזרא ניסתה לעורר טענה בדבר מעורבותו של אדם בשם סימון בן-ארי (המערער ומבקש הדיון הנוסף בפנינו, להלן: "בן-ארי", או "המערער"). בן-ארי הינו טכנאי שיניים במקצועו, שמעבדת השיניים שלו קרובה לבית המנוח. בן-ארי נקשר לפרשייה בעקבות מידע שנמסר למשטרה על-ידי חגי, המבוסס על דברים ששמע לטענתו משכנו לתא המעצר, אבנר כבל (להלן: כבל). בהתאם לאותו המידע הציע בן-ארי לכבל מספר ימים לפני ביצוע הרצח שהשניים יפרצו לדירת המנוח על מנת לבצע בה גניבה. בנוסף סיפר כבל, כי ביום הרצח פנה בן-ארי אליו ולאחיו לקבלת עזרה בטיפול בפציעות שבגופו.

בית המשפט התייחס לחשדות בנוגע למעורבות בן-ארי, אך פתר אותם באמצעות דברי בן-עזרא, שמסר לחוקר כי בן-ארי הוכנס לפרשה "על דרך התעתוע", וחגי וכבל הם אלו שהכניסוהו לפרשייה.

על כן הגיע בית המשפט המחוזי למסקנה כי יש להרשיע את בן-עזרא.

בית המשפט סירב לבקשת הסניגוריה לדחות את השמעת הכרעת הדין כדי לאפשר הבאת ראיות חדשות בדבר התקשרויות טלפוניות של בן-ארי למנוח ביום הרצח. את החלטת הדחייה נימק בית המשפט בכך, ש"שאלת מעורבותו של סימון בן-ארי כמי שמעורב במעשה הרצח הנדון כבר הועלתה בשלב קודם של הדיון, וגם נתנו דעתנו לכך והבהרנו עמדתנו בנידון. העובדה הספציפית הנוספת, שאותה מבקש הסניגור להביא בפנינו היא עובדה שעל המותב האחר של בית המשפט (הכוונה כנראה למותב שדן במשפטם של חגי וסרסור, ג'ב') לדון בה ולהתייחס אליה. לגבי דינו עובדה זו אינה נחוצה לצורך הכרעת-הדין ועל כן לא נביע לגביה דיעה, לכאן או לכאן".

בהתאם לאמור, גזר בית המשפט על בן-עזרא מאסר עולם.

3. בן-עזרא הגיש ערעור לבית משפט זה. במקביל לכך חלה התפתחות בחקירת הרצח, וראיות חדשות שהתגלו אחרי שהסתיים משפטו של בן-עזרא הביאו להגשת כתב אישום נגד סימון בן-ארי ביום 28.6.92.

עם הגשת כתב האישום נגד בן-ארי הודיעה המדינה לבית משפט זה על ההתפתחות האמורה, ובהסכמתה שוחרר בן-עזרא בערבות עד שתגובש עמדת התביעה בערעורו של בן-עזרא על הרשעתו (בע"פ 3044/92).

נוכח התפתחות זו מאז סיום משפטו של בן-עזרא, גם עיכב היועץ המשפטי לממשלה את ההליכים במשפטם של חגי וסרסור (לאחר שנסתיימה הבאת הראיות מטעם התביעה).

ביום 27.6.93 הורשע בן-ארי ברצח החלפן, וביום 11.10.93 הגישה פרקליטות המדינה לבית משפט זה הודעה בכתב, בה נתנה הסכמתה לקבלת ערעורו של בן-עזרא, ולזיכוי מעבירת הרצח בה הורשע. הערעור נתקבל בהתאם, והרשעתו של בן-עזרא בוטלה.

4. הרשעתו של בן-ארי נתבססה בעיקרה על המימצאים והנימוקים הבאים (כמפורט בפסק-הדין של בית המשפט המחוזי ובפסק-הדין של בית משפט זה בע"פ 6251/94, נשוא דיון נוסף זה):

(א) ממעבדת השיניים של בן-ארי נתקיימו בבוקר יום הרצח שתי שיחות טלפוניות לבית המנוח.

(ב) בהודעותיו הראשונות במשטרה הכחיש בן-ארי שהיה נוכח בדירת המנוח בעת הרצח או שהיה לו קשר עמו.

(ג) בשלב מאוחר יותר של החקירה חלה כאמור התפתחות משמעותית, כאשר בבדיקת DNA נקבע בוודאות, שדמו של בן-ארי נמצא על מפת השולחן במטבח של המנוח ועל הסדין שעל מיטת המנוח, שמתחת למזרון שלה נמצאה הסכין ששימשה לביצוע התקיפה על המנוח. יוער, כי פרט זה לא היה ידוע לשופטים המחוזיים אשר ישבו בדין במשפטו של בן-עזרא.

לאור מימצא זה של המעבדה המשטרתית שינה המערער את טעמו ואת גירסתו, כפי שיפורט להלן.

(ד) אשתו של בן-ארי מסרה בעדותה, שבסמוך לאירוע נשוא כתב האישום נעלמה ממטבחם סכין לחיתוך בשר. כאשר שאלה את בעלה בעניין זה, השיב לה שלקח עמו את הסכין על מנת לתקן את האופניים של בתו. הסכין נשברה לדבריו במהלך אותו תיקון ועל כן זרק אותה.

במסדר זיהוי שנערך לאשה הוצגו בפניה 9 סכינים, שאחת מהן היתה הסכין בה נדקר המנוח, ויתר הסכינים היו חלקן גדולות כמו הסכין שנתפסה בדירת המנוח וחלקן קטנות יותר. היא הצביעה, אם כי לא בוודאות מוחלטת, על הסכין בה נדקר המנוח בתור זו הדומה ביותר לסכין שאבדה ממטבחה.

יצוין, בהערת אגב, שמסדר זהו זה צולם והוקלט על קלטת וידאו, והתבוננתי בסרט וידאו זה. התרשמתי שהמסדר נערך בהגינות ובמקצועיות, ושהאשה היתה בטוחה למדי בזיהוי הסכין. מכל מקום אמרה בהחלטיות, שאף אחת מהסכינים האחרות, אשר בחלקן היו כאמור בגודל דומה לסכין עליה הצביעה, אינה שייכת לה, ורק הסכין האחת האמורה דומה ביותר לסכין המטבח שלהם. אמנם אמרה ברגע מסויים שאינה בטוחה לחלוטין בזיהוי, אך בשלב אחר הביעה בטחון רב יותר, ובהודעה שנגבתה ממנה לאחר עריכת המסדר מסרה שהיא אכן מזהה את הסכין.

יוער עוד, כי בן-ארי ניסה לתת תיאור של סכין המטבח שננטשה על-ידו, אשר אינו תואם את התיאור שניתן על-ידי אשתו.

ה) על פי עדותו של כבל הנ"ל, פנה אליו בן-ארי יומיים-שלושה לפני הרצח והציע לו לפרוץ לבית החלפן לשם ביצוע גניבה. כבל סרב להצעה, שכן חשב שזוהי הצעה מסוכנת. עוד העיד כבל, שביום הרצח הופיע אצלו בן-ארי, כשעיניו נפוחה והוא פצוע בחזהו. הוא קרא לאחות בשם איריס סווידרמן (להלן: איריס) על מנת לחבוש את פצעו של בן-ארי.

ו) האחות איריס העידה, כי הוזמנה לבית כבל כדי לטפל בבן-ארי ולדבריה היה לו חתך עמוק מאד בחזה. כן ראתה חבישה בראש, שאין חולק שנעשתה בבית חולים, אליו פנה בן-ארי קודם הגעתו לכבל, כדי שיטפל בפצעיו בראש ובידיים. בבית החולים לא טיפלו בפציעה בחזה שכן העלים בן-ארי פציעה זו מהמטפלים שם.

ז) כאשר הובהר לבן-ארי שבידי המשטרה ראיית DNA בדבר מציאת דמו בדירת המנוח, שינה כאמור את גירסתו ותאר את מה שאירע כך: ביום הרצח התקשר לחלפן אותו הכיר, שכן טיפל בשיניו התותבות, ואחר כך הגיע אליו כדי לקבל ממנו הלוואה דולרית. בעודו יושב עימו במטבח נשמע צלצל בדלת. המנוח ניגש לפתוח את הדלת, ואחר כך נשמעו קולות היאבקות. בן-ארי הבין שהמדובר בשוד, ולכן המשיך להישאר במטבח. כשיצא (משום שחשב שיש רק שודד אחד) ראה אדם רכוב על המנוח, ואדם אחר שיצא מחדר השינה וסכין בידו. השודד השני תקף אותו והכהו בסכין. לבסוף הצליח בן-ארי להימלט מן המקום. בן-ארי חשש מהשודדים, ולכן טיפל רק בפצעים שבראשו ובידיו, וביקש מהאחות איריס לטפל בפצע בחזהו. כמו כן לא הזמין מגן דוד אדום ולא התקשר למשטרה משום שחשש, לגירסתו, מנקמת השודדים. את מסכת השקרים שסיפר אחר כך, תירץ בכך שחשש ליפול קורבן בפרשייה אליה הוא נקלע.

גירסתו זו של בן-ארי צמצמה עד מאד את תחום המחלוקת, ולמעשה יריעת המחלוקת נפרשה רק על השאלה מה עשה בן-ארי במקום הרצח וכיצד נפגע.

ח) בית המשפט מסתמך על שורה של שקרים בולטים בדברי המערער. בין היתר מסר בשלב מסוים של החקירה, שאבנר כבל ואחיו פרצו למעבדה שלו והם שפצעו אותו בחזהו. אחר כך הודה שטענה זו היא כוזבת והושמעה בשל רצונו להתנקם בכבל.

ט) כמו כן הוכח, שבן-ארי הוציא מהבית את הנעלים שלו ואת יתר הבגדים שלבש ביום הרצח וסילקם, ושברח למספר ימים לטבריה, עד לריפוי פצעו.

י) התנהגותו של בן-ארי לאחר מעשה, המורכבת מבריחתו מהמקום בדרכים עקלקלות, אי-קריאה למשטרה ואי הזעקת עזרה למנוח, קבלת טיפול במרפאת בית חולים לפצעיו השטחיים בלבד תוך הסתרת פצעו החמור בחזהו, ומערכת השקרים שהמציא, הצביעה לגישת בית המשפט קמא על כך שנוכחותו במקום לא היתה מקרית.

יא) בית המשפט ציין בהכרעת דינו, כי אינו מכריע בשאלה האם פעל בן-ארי לבד, או בצוותא עם אחרים. ברם, העדר הכרעה זו אינה יכולה להועיל לבן-ארי, שכן בית המשפט שוכנע שאם היו אנשים נוספים הם היו בעצה אחת עם הנאשם, ולא מדובר בנוכחות מקרית של הנאשם בזירת הפשע.

5. בן-ארי ערער על הרשעתו (בע"פ 4369/93). בית משפט זה פסק בערעור, כי בית משפט קמא לא קבע עמדה בשאלת מהימנותו של בן-עזרא, שהעיד, כאמור, לפניו. במיוחד ציין בית המשפט, כי בית המשפט קמא לא קבע על איזו מבין גירסאותיו של בן-עזרא או כל חלק שלהן ניתן לסמוך, ולכן לא השלים את מלאכתו.

נאמר בפסק-הדין, כי בלי להתייחס לעדותו של בן-עזרא ולחומר הראיות הנוגע אליו ולהרשעתו בדיון לא ניתן לקבוע עמדה פסקנית לגבי אשמתו של בן-ארי.

לפיכך נתקבל הערעור, פסק-הדין המחוזי בוטל, והדיון הוחזר לבית המשפט קמא כדי שייתן הכרעת-דין חדשה על פי מכלול הראיות, אחרי שמיעת טיעון נוסף של באי-כוח הצדדים.

לאחר שהוחזר הדיון שמעו שופטי בית המשפט קמא את טיעוניהם של באי-כוח הצדדים, ואחרי כן נתנו הכרעת דין חדשה הזדה להכרעת-הדין הראשונה, בתוספת הסבר מדוע בחר בית המשפט להתעלם מדברי בן-עזרא במשטרה ומדבריו בבית המשפט. בית המשפט ציין, כי לא היתה בידי האפשרות לבחון את אמיתות דבריו של בן-עזרא במשטרה מול עדותו בבית המשפט, ומול ראיות אחרות שהובאו במשפטו, כפי שעשה בית המשפט שדן בעניינו. לכן לא הביע עמדה לגבי גירסאותיו השונות, פרט לכך שציין כי הוא עד הפכפך, שלא ניתן להתייחס באמון לדבריו כלל. הן התביעה והן ההגנה לא השכילו, לדברי בית המשפט, לתת בידיו כלים לבחון באמצעותם - בחינה אוביקטיבית - את נכונות גירסה זו או אחרת בקשר למעורבותם במעשה הרצח של בן-עזרא, חגי, או סרסור.

אך בית המשפט היה עדיין משוכנע באשמתו של בן-ארי.

בן-ארי שב וערער בפני בית משפט זה על הרשעתו החוזרת.

בית המשפט הזה אישר בפסק-דינו את הרשעתו של בן-ארי (בע"פ 6251/94) ברוב דעות, של השופטים א' גולדברג ומ' חשין, כנגד דעתו החולקת של השופט אור.

דעת הרוב ודעת המיעוט בפסק-הדין נושא הדין הנוסף

6. חוות הדעת המפורטות לעניין הערעור 6251/96 של שלושת חברי הנכבדים, בעלי דעת הרוב ודעת המיעוט, פורסמו בפ"ד מ"ט (3) עמ' 45 עד עמ' 132, ויש לראות את הכתוב שם כחלק בלתי נפרד מפסק-דינו זה. מטעמים מובנים אינני רואה הצדקה להכביד על הקורא בציטוטים נרחבים מאותו פסק-הדין, וזאת במיוחד כאשר שלושת חברי ההרכב שישבו לדין בערעור הינם חברים גם בהרכב הנוכחי, ויוכלו לחזור במסגרת פסק-דינו זה על עיקרי עמדותיהם.

אסתפק באיזכור תמצית דעותיהם השונות של שלושת חבריי.

(א) השופט גולדברג מתאר בפסק-דינו בפרוטרוט את השתלשלות העניינים בתיק זה, ואת הראיות העיקריות, ופסק כי יש בעובדות המוכחות כדי לחייב את המסקנה, במידת הוודאות הדרושה במשפט פלילי, שהמערער אשם בעבירות הרצח והשוד שיוחסו לו.

אשר לקושי שהתעורר עקב פסק-הדין הקודם של בית המשפט המחוזי, בו הורשע בן-עזרא ברצח של המנוח, קובע חברי הנכבד לאמור (שם, בעמ' 72):

"כבר אמרנו כי על פני הדברים אין שתי הרשעות, זו של המערער וזו של בן-עזרא יכולות לדור בכפיפה אחת. כל אחת מהן מושתתת על מסכת עובדתית שונה, והאפשרות כי המערער ובן-עזרא היו שותפים לרצח לא רק שאינה עולה מן הראיות שהובאו בכל אחד מן המשפטים, אלא שאין בראיות כל אחיזה לכך שהיה קשר כלשהו בין השניים".

אך לדעת השופט גולדברג:

"... משפטו של בן-עזרא היה הליך דיוני נפרד ועצמאי, וכמוהו משפטו של המערער, כשכל אחת מהכרעות הדין עומדות בפני עצמה, ועליה להיות מושתתת אך ורק על המסכת הראייתית הקבילה שהובאו באותו תיק. מכאן, שבית המשפט קמא לא היה רשאי כלל לבחון את צדקת הרשעתו של בן-עזרא על-ידי בית המשפט המחוזי, ולא את צדקת עמדתה של הפרקליטות כשהסכימה כי ערעורו של בן-עזרא יתקבל". (שם, בעמ' 67).

עוד קבע חברי (שם, בעמ' 69):

"לו היה בית המשפט קמא קובע בהכרעת דינו השנייה שהתוודותו של בן-עזרא במשטרה, כי היה מעורב בשוד, היא התוודות אמת, כי אז היה בהתוודות כזאת להעלות ספק סביר, אם לא למעלה מכך, בדבר אשמתו של המערער, חרף קיומן של ראיות נסיבתיות המצביעות לכאורה על אשמתו".

אך מאחר שבית משפט קמא הסתייג לחלוטין מגירסותיו השונות והסותרות של בן-עזרא, וקבע כי אדם זה אינו ראוי לאמון כלשהו, ומאחר שחומר הראיות המפיל את בן-ארי הינו כאמור משכנע ביותר, אזי יוכל בית משפט זה, כערכאת ערעור, להתעלם מתיקו של בן עזרא ולאשר את הרשעת המערער על פי חומר הראיות שהוגש בתיקו שלו.

(ב) השופט אור, בעל דעת המיעוט, סבר כי מן הדין להסתכל על העובדות המוכחות בשלמותן, לרבות הראיות שהוגשו במשפטו של בן-עזרא והביאו להרשעתו, ואם, בראייה כוללת זו נותר ספק באשמתו של המערער, כי אז מן הדין לתת לו ליהנות מספק זה ולזכותו.

לדעת השופט אור לא ניתן לשלול את האפשרות שבן-עזרא אמר אמת בהודאותיו במשטרה, כאשר הפליל את עצמו, ביחד עם שותפיו חגי וסרסור, בשותפות בביצוע הרצח של המנוח. עובדה היא, שבן-עזרא הורשע בדין במשפטו שלו, ושזיכוי לא נבע משכנוע ענייני של שופטי הערעור בחפותו מפשע, אלא רק מהצהרת הפרקליטות כי אין הם עומדים עוד על אישור הרשעתו. פסק-הדין המרשיע את בן-עזרא היה מבוסס גם לכאורה היטב על הודאותיו המפורשות של בן-עזרא בעת חקירתו במשטרה, אשר בחלקן נכתבו בכתב ידו, על "פרטים מוכמנים" שנכללו באותן הודאות, ושלקביעת בית המשפט המחוזי יכלו להיות רק בידיעת אדם אשר לקח חלק בפשע, ועל העובדה שבשלבם שונים הסכים בן-עזרא לעיסקת טיעון, אשר על פיה יוטל עליו עונש מאסר בפועל לתקופה ממושכת של שנים רבות.

העולה מכך ומהעובדה, שצויינה אף על-ידי השופט גולדברג ועל-ידי הפרקליטות, כי שתי ההרשעות של בן-עזרא ושל בן-ארי אינן יכולות לדור בכפיפה אחת, שבית המשפט חייב בהכרח להגיע למסקנה, כי קיים ספק באשמתו של המערער. מספק זה הוא רשאי ליהנות. חברי השופט אור אינו מתעלם מהראיות המפלילות לכאורה את המערער בן-ארי, אך לדעתו אין אותן ראיות קונקלוסיביות עד כדי כך שניתן בעטיין להתעלם מהספק שנוצר עקב "פרשת בן-עזרא".

זאת ועוד: עולה מאותן הודאות של בן-עזרא, שכאשר שאל בן-עזרא את "שותפיו" חגי וסרסור מה יקרה אם המנוח יזהה אותם, השיבו לו הללו כי "שנו צד נוסף למטבע". מזה הוא הבין, כי אדם רביעי מעורב בקשר הפלילי. בשלב יותר מאוחר גם הבחין בן עזרא לדבריו באדם שיצא מביתו של המנוח, והוא זיהה אותו בתור אדם ששמו סאלח, והינו מהנדס מכפר קאסם וחברם של חגי וסרסור. סאלח זה התנהג בצורה מחשידה, קפץ למכונית והסתלק מהמקום כאשר הוא נוסע בניגוד לכיוון הנסיעה המותר. מכאן הבין בן-עזרא, שאותו סאלח הוא האדם הרביעי שהשתתף כנראה בשוד בדירתו של המנוח. אשר למערער בן-ארי, אמר בן-עזרא, שאין הוא קשור לעניין זה כלל, וששמו שורבב לתיק כ"תעתוע", על פי יוזמתם המשותפת של חגי ואבנר כלב.

מאחר שלא ניתן לקבוע בוודאות הדרושה, שגירסתו המפלילה של בן-עזרא הינה מופרכת מעיקרא, הרי מסיק מכאן השופט אור, כי גם פרשת "האדם הרביעי" מחזקת את המסקנה, המתבקשת בלאו הכי, שקיים לפחות ספק סביר באשמתו של בן-ארי.

ג) השופט חשין הסכים עם השופט אור, שמן הדין להתחשב בכל חומר הראיות, לרבות כל הראיות שהוגשו בתיקו של בן-עזרא ושהביאו להרשעתו של האחרון, ולהחליט על פי ראייה כוללת זו אם אשמתו של המערער הוכחה במידת הוודאות הדרושה.

אלא שחולק השופט חשין על המסקנה, לה שותפים השופטים גולדברג ואור, והתואמת את הצהרת נציגת הפרקליטות, אשר לפיה ישנה סתירה אינהרנטית בין הראיות המפלילות שהוגשו נגד בן עזרא ואלה שהוגשו נגד בן-ארי, וששתי ההרשעות נגד שני נאשמים אלה אינן יכולות לדור בכפיפה אחת.

לדעתו הראיות נגד בן ארי הינן משכנעות ביותר, ואין בראיות שהביאו להרשעת בן-עזרא כדי לסתור מסקנה זו. השופט חשין סבור, כי מאד מתקבל על הדעת שהמערער היה למעשה אותו "אדם רביעי" עליו דיבר בן-עזרא. בן-עזרא עצמו הוגדר על-ידי השופטים בערכאה הראשונה, גם במשפטו שלו וגם במשפטו של המערער, כאדם הפכפך ובלתי אמין לחלוטין. על כן אין לייחס משקל רב למה שמסר בהודעותיו בדבר זהותו של

"האדם הרביעי", היינו שהמדובר במהנדס מכפר קאסם בשם סאלח, שהינו ידידם של חגי וסרסור. בן-עזרא שימש רק בתור נהג, ולא היה נוכח בעת ביצוע הרצח, ועל כן ייתכן מאד שהפשע בוצע על-ידי המערער במשותף עם חגי וסרסור. לדעת השופט חשין אין הראיות הקיימות כנגד המערער מותירות ספק סביר באשמתו, ואין בפרשת בן-עזרא, גם אם נכונה גירסתו של בן-עזרא בעת חקירתו במשטרה, בה הפליל את עצמו, כדי לעורר ספק כזה.

על כן תמך השופט חשין במסקנתו הסופית של השופט גולדברג, אם כי הנמקתו היא בחלקה שונה.

עמדתו בדיון נוסף זה

7. שותף אני לדעתם של חברי הנכבדים השופטים אור וחשין, כי בבואנו להכריע בעניין אשמתו של המערער, עלינו להשקיף על מכלול הראיות שהובאו בפני בית המשפט, לרבות החומר הכלול בתיק הפלילי שנוהל נגד בן-עזרא, אשר הוגש בשלמותו גם לבית המשפט אשר דן במשפטו של המערער.

אין לשכוח, שמערכת ההוכחות נגד המערער מבוססת על ראיות נסיבתיות. עלינו לבחון תחילה אם יש בראיות שהוגשו נגד המערער בכדי להוות לכאורה בסיס מספיק להרשעתו, במידת הוודאות הדרושה במשפט פלילי. אם התשובה היא בשלילה, כי אז מן הדין לזכות את המערער. אם התשובה היא בחיוב, אזי עלינו לשאול את עצמנו אם יש בפרשת בן-עזרא על כל היבטיה, לרבות הרשעתו בדין בערכאה הראשונה, כדי לעורר בכל זאת ספק סביר באשמת המערער חרף קיומן של ראיות מספיקות לכאורה נגדו.

בדיקה זאת מתבצעת על פי עקרון הכלים השלובים. במידה שההוכחות הנסיבתיות נגד המערער הן משכנעות יותר, הרי דרוש משקל יתר של ראיות בפרשת בן-עזרא כדי לעורר ספק באשמת המערער. ולהיפך, אם משקל הראיות הלכאוריות אינו מהכבדים, כי אז נוכל להשתכנע ביתר קלות מתיק בן-עזרא שאכן קיים ספק כלשהו אשר ממנו רשאי המערער ליהנות.

עלינו לבדוק איפוא שלוש שאלות אלו:

(א) האם חומר הראיות נגד המערער מצביע לכאורה על אשמתו בוודאות הדרושה?

ב) האם נוכל לקבוע בוודאות, לכאן או לכאן, אם גירסתו של בן-עזרא בחקירה המשטרית, בה הפליל את עצמו ואת חגי וסרסור, הינה נכונה או כוזבת? אם היא כוזבת, אזי אין בה כמובן כדי למנוע את הרשעת המערער, על סמך חומר הראיות המפליל הקיים נגדו.

ג) תוך הנחה שגירסת ההפללה העצמית של בן-עזרא בחקירה המשטרית היא נכונה, או שקיים אפילו ספק סביר בעניין זה, האם יש בכך כדי לסתור את המסקנה המתבקשת לכאורה והמובילה להרשעת המערער?

8. אין לי ספק, כי יש להשיב בחיוב על השאלה הראשונה בדבר קיומן של ראיות לכאורה המספיקות להרשעתו של המערער.

כבר פרטתי בתמצית, בפיסקא 4 לעיל, את הנקודות העיקריות עליהן התבסס בית המשפט המחוזי.

על כך ברצוני עוד להוסיף את ההערות הבאות:

א) בנוסף על הערכת הראיות המרכזיות, היינו: נוכחות המערער בדירת המנוח בעת הרצח לאחר שהכחיש עובדה זו תחילה על-ידי רצף של טענות כוזבות, הימצאות דמו במקומות שונים בדירה אשר אינם תואמים את גירסתו הכבושה, הצעתו לכבל מספר ימים לפני הרצח לפרוץ ביחד לדירתו של המנוח, העלמות סכין המטבח מביתו של המערער, כאשר אשתו מצביעה על הסכין הקטלנית, בין 9 סכינים שונות, בבטחון רב למדי, בתור סכין הזזה או מאד דומה לסכין שנעלמה, סיפורו המוזר בדבר זריקת הסכין לאחר שהשתמש בה לתיקון אופניים, התנהגותו המשונה ביותר של המערער לאחר האירוע (אי אזעקת המשטרה או אמבולנס, אפילו באופן אנונימי, העלמת הפצע בחזהו בעת קבלת הטיפול בבית החולים, סילוק נעליו ובגדיו מהבית, בריחה לטבריה למספר ימים תוך מסירת תירוץ כוזב לאשתו), ושקריו הבוטים והרצופים לכל אורך החזית, חייבים אנו לשאול את עצמנו: בכמה נסיבות מקריות ("coincidences") יכולים אנו להאמין באופן סביר?

האם אפשר לקבל, כגירסה סבירה, שהמערער, שהציע לפרוץ לדירתו של המנוח, שוהה אחר כך בדירתו של המנוח למטרה תמימה, ובדיוק באותו יום ובאותה שעה מחליטים שני שודדים אחרים לפרוץ לאותה דירה ולבצע בה שוד, בלי קשר עמו?

והאם מקרה בלבד הוא שהמנוח נדקר בסכין, הדומה ביותר לסכין שנעלמה ממטבח של המערער, וש במקרה זוהתה על-ידי אשת המערער, מבין 9 סכינים שונות, במידה הלא רחוקה מוודאות? ורק מקרה הוא שהמערער אינו מסוגל לבסס את גירסתו, שהשתמש בסכין לתיקון אופניים וזרק אותה לאחר מכן? לזאת יש עוד להוסיף, כי בת המנוח העידה בוודאות שאותה סכין לא היתה שייכת למנוח ולא נלקחה מדירתו.

יצוין, כי גם בית המשפט המחוזי עמד על היבט זה וקבע, כי אירועם של כל כך הרבה "coincidences" אינו מתקבל על הדעת.

ב) מן הראוי לזכור, כי המדובר באדם אשר טרם הסתבך עם החוק בעבר. לכן עוד יותר קשה להאמין שאיש כזה הרואה ששני שודדים רוצחים את המנוח ופוצעים אותו קשה, לא ידאג להזעיק משטרה או אמבולנס בצורה זו או אחרת. ואין כל הסבר מתקבל על הדעת להעלמת פצעו העמוק בחזהו בעת קבלת טיפול רפואי בבית החולים, המשתלב עם היותו של המערער קורבן תמים באירוע זה.

ג) חברי הנכבד השופט אור מציין, שהעד כבל הינו אדם בעל עבר פלילי ונרקומן, ועל כן אין לדעתו להתייחס לעדותו באמון מלא.

קשה לי לקבל קביעה זו. בית המשפט המחוזי מתייחס בפסק-דינו להכחשתו של המערער בנושא הצעתו לפרוץ לדירת המנוח, וקובע לאמור: "...בעניין זה אנו קובעים ללא היסוס כי אנו מעדיפים את גירסת כבל ומאמינים כי הנאשם אכן הציע לפרוץ לבית המנוח".

לאחר מכן מציין בית המשפט, שהשופטים מודעים לעברו של כבל, "...ולמרות כל אלה אין לנו ספק, כי אבנר כבל מספר האמת בנושא הפריצה".

לא נראה לי, כי בפנינו עילה להתערבותנו בקביעה זו של הערכאה הראשונה, דבר שהיה נוגד את גישתנו העקרונית בדבר נטייתנו שלא להתערב בשאלת מהימנותם של עדים.

ד) נראה לי, כי ישנה חשיבות רבה לפרשת הסכין ש"נעלמה" בנסיבות מתמיהות מבית המערער, ולמסדר זיהוי הסכינים שנערך באמצעות אשת המערער. חברי השופט אור, וגם שופטי בית המשפט המחוזי, אינם מייחסים לנקודה זו חשיבות מרובה בשל העובדה שהזיהוי של הסכין הקטלנית על-ידי אשת המערער לא היה וודאי.

על כך עלי להעיר: אילו היה זה זיהוי וודאי לחלוטין, כי אז היתה מתבקשת המסקנה המרשיעה את המערער על סמך ראיה זו בלבד, ולא היה צורך כלל בהיזקקות לראיות נסיבתיות נוספות!

אך אין פירוש הדבר, כי ראיה זו אינה בעלת משקל ניכר, כאשר אנו משקיפים עליה על רקע כל יתר הראיות המפלילות.

חברי השופט אור מזכיר בחוות דעתו, "שאשת המערער, אשר התבקשה לזהות את הסכין, העידה, בין היתר, שרק שבועיים אחרי המקרה נעלמה הסכין מביתה". אולם בהקשר זה מן הראוי לציין, כהשלמה, דבר המודגש בפסק-דינו של בית המשפט המחוזי, שכאשר נחקרה האשה נוספת בנקודה זו אמרה:

"אני לא זוכרת מתי זה היה. לפני או אחרי הפציעה, אני לא זוכרת".

אין לשכוח, שהאשה נחקרה זמן ניכר אחרי האירוע.

בית המשפט המחוזי קובע בעניין זה לאמור:

"וראה זה פלא: במין התרמות מקרים (Coincidence) - דוקא מבית הנאשם נעלמה סכין בתאריך שאם אינו מוגדר וודאי - הרי הוא בזמן המתקרב לתאריך הרצח".

ה) בין השקרים הבוטים של המערער יש להזכיר פעם נוספת את טענתו, בשלב מסוים של החקירה, שאבנר כבל ואחיו פרצו למרפאה שלו, וכי היו אלה הם אשר פצעו אותו בסכין בחזהו! זאת כאשר הוא יודע שכבל דאג להושיט לו עזרה ראשונה, בעזרת האחיות איריס.

יוזכר גם בהקשר זה, כי בשלב אחר טען המערער בפני העד "המדובב" שהופגש עמו שהאחים כבל הם אשר פרצו אל דירתו של המנוח ורצחוהו, והעבירו אותה עת את דמו של המערער אל דירת המנוח, אשר דבק בהם עקב פציעתו הנטענת במרפאתו.

ו) לכאורה יכולה להישאל השאלה איך יכול היה המנוח, שהיה איש מבוגר, לפצוע את המערער אם אכן הותקף על-ידי הלה, שהיה מזויין בסכין, ואשר אולי לא היה אף התוקף היחידי. אך תמיהה זו עשויה למצוא הסבר כאשר מעיינים אנו בעדויותיהן של בנות המנוח. האחת - רחל פרג, העידה במשפטו של המערער, והאחרת - נעמי בן שלום העידה במשפטו של בן-עזרא (ויוזכר, כי כל החומר בתיק בן-עזרא הוגש כראיה

במשפטו של המערער). מעדויות השתיים עולה כי אביהן היה אדם חזק מאד, למרות גילו. בין היתר היה הולך ברגל כל יום מרחק של הרבה מאד קילומטרים. במיוחד ידע להפעיל כוח כאשר היה כועס. ובעיקר: מסתבר מעדויותיהן שבעבר, כשנתיים לפני הרצח, הותקף אביהן בביתו על-ידי שני שודדים צעירים, אשר אחד מהם ניסה לדקור אותו בצווארו. אביהן נאבק אתם בכל כוחו, היכה אותם על אף שנפצע, והצליח להבריחם. בתו נעמי העידה בעניין זה לאמור::

"..אני הייתי הראשונה שהגעתי לבית החולים לאחר השוד הראשון שבוצע. צלצלו לי מהמשטרה ואמרו לי שהוא בדרך לבי"ח. הוא סיפר לי, באו אליו 2 בחורים ואחד מהם ניסה אפילו לדקור אותו בצווארו, הרביצו לו מכות, הוא היה מוכה קשות. והוא אמר לי שאת האצבע הזאת שברתי, את הבוהן, כי הרבצתי להם מכות בחזרה. הם היו שני בחורים צעירים. הוא נאבק מאוד."

כך גם העידה בתו רחל באומרה:

"...הוא הותקף ע"י שני בחורים צעירים. הותקף קשות. אנחנו הגענו אליו. הוא התגונן מאד. הוא היה פצוע, חבול. הוא נאבק איתם קשה והצליח לסלק אותם מהבית והמשיך להיות, הוא היה אדם מאד חזק."

ז) בסיכום סבורני, כי אם נתבונן בעובדות המוכחות במשפטו של המערער, ללא לקיחה בחשבון של פרשת משפטו של בן-עזרא, כי אז מתבקשת המסקנה שצדק בית המשפט המחוזי בהחלטתו, ואין בפנינו עילה להתערבותנו בה.

9. נעבור מכאן לבדיקת שתי השאלות האחרות, ונתחיל בבחינת המצב, תוך ההנחה שקיימת האפשרות הסבירה שבן-עזרא דיבר אמת כאשר הפליל את עצמו בשותפות לרצח.

לעניין זה אין באפשרותי לקבל את קביעתם של חברי הנכבדים השופטים גולדברג ואור, המבוססת בין היתר גם על טיעונו של בא-כוח המדינה, לפיו "...אין שתי ההרשעות (קרי של בן-עזרא ושל המערער) יכולות לדור בכפיפה אחת...".

הנכון הוא, שכל אחת משתי ההרשעות האמורות מבוססת על מערכת ראיות שונה, וכי אין הוכחה בדבר שותפות או אף הכרות בין שני המואשמים האלה. אך אין ללמוד מכך, שאינה קיימת אפשרות ששני האנשים האלה מעורבים באותו פשע. דברים אלה טעונים הסבר יתר:

לו מסר בן-עזרא בהודאתו בעת החקירה, שהוא אישית רצח פיזית את המנוח בדירתו, לבדו או עם חבריו חגי וסרסור, או היה נוכח בעת ביצוע הרצח, ולו היה קיים ספק סביר שמא הודאה זו נכונה היא, כי אז

היה מקום לקביעת שני חבריי. אך על פי הראיות שהוגשו נגד בן-עזרא והמימצאים שנקבעו במשפט שנוהל נגדו בערכאה הראשונה, הרי ברור, שאף אם הודאתו בעת החקירה הינה אמת, הרי גם אז לא היתה לבן-עזרא תמונה מלאה ונכונה על מה שאירע בדירת המנוח בעת ביצוע השוד והרצח. מסתבר הלא שהוא רק הגיע לאיזור הבית ברכב, כנהג, וחיכה בחוץ. אף אם נקבל כאמיתית את כל גירסתו של בן עזרא, בה הפליל את עצמו ואת חגי וסרסור, אזי עולה מכך, שלא נמסר לו דבר מפי חגי וסרסור על ההיתקלות שלהם עם המערער. לא הייתי מייחס לכך חשיבות רבה לו היה המערער מתמיד בהכחשתו שהיה נוכח בדירת המנוח בעת האירוע, ולו היה למשל מעלה טענת אליבי. אך היום יודעים אנו בביטחה, על פי בדיקת ה-DNA ומפי המערער עצמו, שאכן שהה הוא בדירת המנוח באותו זמן. על פי גירסתו נפגע אז על-ידי אחד השודדים שדקר אותו בסכין, בזמן שהשודד השני רכן על גופו של המנוח. אך לבן-עזרא לא נמסר דבר על-ידי חגי וסרסור על תקרית כאמור, וזאת חרף העובדה, שעל פי גירסתו המפלילה של בן-עזרא במשטרה חגי וסרסור לא הסתירו מפניו את דבר רציחתו של המנוח. מכאן שאין אנו יכולים ללמוד ממה שידוע היה לבן-עזרא, על מה שבאמת אירע בדירת המנוח בעת הרצח, ושמה היו מעורבים במעשה עוד אנשים אחרים.

יתרה מזו. כפי שכבר צויין לעיל מסר בן-עזרא בהודאתו, כי הוא ביקש לדעת מחגי וסרסור, עובר לביצוע השוד, כיצד הם לא חוששים שהחלפן יזהה אותם. על כך השיבו לו, לדבריו, שאל לו להיכנס לפרטים ו"יש עוד צד למטבע". משיחה זו הבין בן-עזרא, לטענתו, שיש שותף רביעי למעשה המתוכנן.

מאחר שבן-עזרא סיפר, כמתואר לעיל, כי ראה אדם נוסף יוצא מביתו של המנוח, המוכר לו כמהנדס מכפר קאסם בשם סאלח, שהינו ידידם של חגי וסרסור, הרי מסיק מכך חברי הנכבד השופט אור, כי האדם הרביעי לא היה המערער, וכי לפחות מתעורר ספק סביר בעניין זה.

מסקנה זו אינה מקובלת עלי. דרך מחשבה זו יכלה להיות בעלת משקל, לולא הוכח בוודאות שהמערער היה נוכח בדירת המנוח בעת הרצח. אך יודעים אנו לא רק שהמערער היה נוכח בעת הרצח, אלא שלמדים אנו מעדותו שיצא מהבית, לא דרך הדלת הראשית אלא מיציאה אחורית. מכאן שבן-עזרא לא יכול היה לראותו כאשר יצא מהבית. כל זאת בהנחה, כמובן, שגירסת בן-עזרא מתקבלת כנכונה, נושא אשר עוד ארחיב את הדיבור עליו בהמשך. שוב, תוך הנחה שנוכל להסתמך על הודאותיו של בן-עזרא המכילות הפללה עצמית, אשאל שאלה היפותטית נוספת: לו היה המערער בן ארי יוצא דרך הדלת הראשית, ובן-עזרא היה רואה אותו, כאשר הוא זב דם מראשו ומחזהו, האם הדעת אינה נותנת שבמקרה כזה היה בן-עזרא מסיק כי המערער הוא אכן אותו אדם רביעי? האם היה גם אז עוד מדבר על "תעתוע" בקשר לשירבוב שמו של המערער בפרשה

זו? ברור הוא, שכל דבריו האמורים של בן-עזרא נבעו אך מהעובדה שלא ידע שהמערער שהה בדירת המנוח בעת ביצוע השוד והרצח.

על כן אין לדעתי להסיק כל מסקנה לזכותו של המערער מפרשת "האדם הרביעי" ומדבריו של בן-עזרא בהודאתו בעניין זה. אפילו יצא אותו סאלח מיסתורי מהבית באותו זמן, ואפילו נרחיק לכת ונניח שאולי גם הוא היה קשור בדרך כלשהי לפרשת אותו פשע, גם אז אין בכך כדי לסייע בידי המערער. אין גם לשלול את האפשרות שיותר מארבעה אנשים, אולי חמישה, השתתפו באותה מזימה. אחרי הכל איש לא העיד שהיו דווקא ארבעה שותפים. בן-עזרא רק מסר שהוא הסיק זאת מדברי חגי וסרסור בדבר "צד נוסף למטבע". אין כאן כל רמז למספר המדויק של השותפים לקשר. ובהודאה נוספת, מיום 16.11.91, עליה עוד ידובר בהמשך, טוען בן-עזרא, שחגי אמר לו, כי "...זה מבצע שמעורבים בו אנשים שאתה לא מכיר".

10. חברי השופט אור הסתמך בחוות דעתו בערעור הנדון על פסק-הדין בפרשת דמיאניוק (ע"פ 347/88, פ"ד מ"ז (4) 221). איש זה נמצא כזכור אשם בערכאה הראשונה בהפעלת תאי הגאזים במחנה ההשמדה טרבלינקה, ונדון למוות. אלא שלאחר מכן, לפני מתן פסק-הדין בערעור, נתגלו עדויות של עובדי מחנה ההשמדה ("וואכמנים") שנחקרו בשעתו, בברית המועצות, ועל פיהן לא איוואן דמיאניוק, אלא אחר, איוון מרצ'נקו, הוא אשר הפעיל את תאי הגאזים ונדע בשל אכזריותו כ"איוואן האיום". לא זו בלבד, אלא שאותם אנשים הצביעו על תמונה של אותו מרצ'נקו, אשר אינה תמונתו של דמיאניוק. מזכיר השופט אור, כי ראיות אלה "הותירו ערפל, באשר הועלו ספקות לגבי היותו של דמיאניוק מפעיל תאי הגאזים, ובידי התביעה לא היתה אפשרות להבהיר את התעלומה בדבר קיומן של ראיות כאמור".

ובהמשך אומר חברי: "מסקנתו של בית המשפט היתה, שבאין הסבר שיישב בין שתי מערכות הראיות די בכך כדי להביא לזיכוי של דמיאניוק מהעבירות שיוחסו לו ושעל פיהן היה מפעיל תאי הגאזים".

השופט אור מבקש ללמוד גזרה שווה לגבי העניין שבפנינו, בהטעימו כי אין בספקולציות לא בטוחות כדי להתגבר על הספקות שנוצרו עקב הודאותיו האמורות של בן-עזרא.

אך כאן אסור לנו להתעלם מההבדל העקרוני בין פרשת דמיאניוק לבין המקרה דנן. בערעור דמיאניוק השאלה במחלוקת נסבה על זהותו של אותו איוואן האיום. מספר ניצולי שואה העידו בבית המשפט המחוזי בירושלים שדמיאניוק הוא האיש, ואילו מספר ניכר של נחקרים בחו"ל הצביעו על אדם אחר. אין פלא שבנסיבות

אלה התעורר בלב השופטים ספק בשאלת זהותו של מבצע הפשעים האמורים. זאת במיוחד כאשר לא עלה בידי התביעה לתת הסבר לאותן עדויות שנגבו בחו"ל זמן לא רב לאחר סיום מלחמת העולם.

ואילו המצב בערעור שבפנינו הינו שונה. אמנם מודה בן-עזרא במילוי תפקיד שהיתה בו משום שותפות לרצח, אך ביחס למה שאירע למעשה בדירת המנוח בעת ביצוע רצח, זוהי ראייה חיצונית ונסיבתית גרידא. כפי שכבר הסברתי לעיל, לא היה בידי בן-עזרא מידע ישיר בדבר אופן ביצוע הרצח ומספר המשתתפים בו, ואין באף אחת מגירסותיו הסותרות אחת את השניה כדי לשלול את האפשרות שהמערער בן-ארי, אשר לכל הדעות היה נוכח בעת הרצח בדירת המנוח, ביצע את הפשע או השתתף בביצועו בצורה זו או אחרת.

שותף אני לדעה, כי במשפט פלילי לא ניתן להרשיע אדם על סמך פרופוזיציות מעורפלות או מסקנות ספקולטיביות.

אך כאשר חומר הראיות מצביע לכאורה על אשמתו של הנאשם בוודאות הדרושה במשפט פלילי, אזי אין באי-וודאות ועירפול מסויימים ביחס לחלקם של אנשים אפשריים נוספים בפשע כדי למנוע את הרשעת הנאשם בדין, כאשר השתתפות אפשרית זו של אותם אחרים אינה שוללת את אשמתו של הנאשם בו עסקין.

זו היתה למעשה הפרופוזיציה העיקרית של חברי השופט חשין בפסק-הדין נשוא הדיון הנוסף, הנראית לי נכונה.

11. אך בנוסף על כך התעוררו אצלי ספקות רציניים אם ניתן בכלל ליחס משקל רציני לגירסתו של בן-עזרא בעת חקירתו במשטרה כאשר הפליל את עצמו וכן את חגי וסרסור.

תחילה התרשמתי מהפרטים המוכמנים הכלולים לכאורה בתיאוריו של בן-עזרא בהודאותיו, ומעצם העובדה שבן-עזרא היה מוכן להודות בעבירה כה חמורה, ואף הציע עיסקת טיעון לגביה. נטיית להסיק מכך שמכל מקום מאד מתקבל על הדעת שההפללה העצמית של בן-עזרא מבוססת על עובדות אמיתיות.

אולם תפיסה זו עשויה להתערער כאשר עורכים אנו בדיקה מעמיקה יותר בחומר הראיות.

12. קודם כל נחלש בעיני מאד המשקל של הפרטים המוכמנים הנטענים. עיון בקטע עתונות שהוגש ובפרטי חקירתו של בן-עזרא במשטרה, מראה שהפרטים שצוינו כפרטים מוכמנים יכלו להגיע לידיעתו של בן-

עזרא הן מהעיתונות בה נסקר הרצח בהרחבה, הן מפיהם של חבריו אשר הכירו את הקורבן, והן מחוקריו אשר משאלותיהם יכול היה בן-עזרא ללמוד חלק ניכר מהפרטים בהם המדובר. ההגנה טענה במשפטו של בן-עזרא שהנאשם עשה שימוש בפרטים אלו על מנת לבנות גירסה אמינה, שתהיה לשביעות רצונם של חוקריו, ועל מנת שהללו יעניקו לו מעמד של עד מדינה. כשלעצמי אינני שולל את נכונותה של טענה זו.

אתן מספר דוגמאות לביסוס מסקנתי זו:

(א) אשר ללחצני המצוקה בדירת המנוח עליהם ידע בן-עזרא לספר, הרי מסתבר, כי פורסמה בעתון, שהוגש על ידי ההגנה, כתבה בה נאמר כי בעקבות שוד קודם התחבר המנוח לחברת שמירה.

זאת ועוד. בהודאתו של בן-עזרא נטען, כי חבריו אמרו לו כאשר חזרו מביצוע השוד: "...יאללה, איזה מזל שהוא לא הצליח להגיע ללחצן המצוקה". משמע שהמנוח ניסה להגיע ללחצן, אך לא הצליח. אולם למעשה הובהר, כי עוד כחודשיים לפני הרצח הפסיק המנוח לכבד את הוראת הקבע בבנק לתשלום עבור חברת השמירה מפני שסבר כי המערכת אינה תקינה. בא-כוחו של בן-עזרא העלה את השאלה מה לו למנוח לנסות ולהגיע ללחצן אשר לדעתו ממילא אינו פועל.

לא הייתי רואה איפוא באיזכור לחצן המצוקה על-ידי בן-עזרא משום "פרט מוכמן", העשוי לשמש חיזוק או "דבר-מה נוסף" להודאת בן-עזרא.

(ב) הוא הדין ביחס למענו המדוייק של הקורבן, אשר פורסם באותו עיתון, שהוגש כמוצג.

(ג) בית המשפט המחוזי שהרשיע את בן-עזרא הזכיר מספר פרטים שנכללו בהודאתו המפלילה של בן-עזרא, והמתייחסים לאירוע עצמו, כגון הזמן הקצר יחסית בו שהו השודדים בבית המנוח, וציין שפרטים אלה הם כפי הנראה נכונים. גם בכך ראה בית המשפט פרטים מוכמנים. אך למעשה אלה הם פרטים משוערים בלבד, לא מדוייקים, ולא הייתי מסיק מהם מסקנות של ממש.

מה שהרשים כנראה את בית המשפט זו עצם העובדה שבן-עזרא מסר תיאור מפורט ביותר על האירוע, ואכן קשה להאמין שמסוגל אדם להמציא פרטים כה מדוייקים, אשר הם פרי דמיונו, ובמיוחד כאשר יש בהם כדי לסבכו בפלילים.

אך, כפי שנראה בהמשך הדברים, המדובר כאן באדם, אשר מסוגל להמציא סיפורים כוזבים תוך המצאת תיאור עובדתי בפרטי פרטים, כדי הדמיון הטובה עליו.

(ד) בית המשפט התרשם, בין היתר, מידיעתו של בן-עזרא בדבר הדרך בה נגרם מותו של המנוח. מדו"ח הפתולוג מסתבר כי המנוח נדקר אמנם על-ידי סכין, אך בסופו של דבר נחנק למוות על-ידי מגבת שנתחבה בפיו.

בן-עזרא ציין בהודאתו, כי הקורבן נחנק, והוסיף כי לחגי היתה מגבת במכונית, אותה נשא עמו כאשר עלה לדירת הקורבן. כן טען, כי לסרסור היתה שברייה בה נעשה שימוש במהלך התקיפה האלימה שבוצעה על המנוח.

בית המשפט קבע, כי בן-עזרא לא יכול היה לדעת פרטים אלה, אלמלא היה שותף למעשים, ועל כן ראה קטעים אלה מהודאתו משום "פרטים מוכמנים" אשר בכוחם להיות "דבר-מה נוסף".

לכאורה זו הנמקה משכנעת למדי, אך סניגורו של בן-עזרא הסתמך בטיעונו על השתלשלות העניינים בעניין מסירת פרטים אלה, שיש בה כדי לזרוק אור אחר על פרשה זו. להלן העובדות, כפי שתוארו על ידי הסניגוריה: איזכור המגבת תחילתו ביום 6.9.91, כאשר נשאל הנאשם מהם הפרטים שהיו מצויים ברכבו של חגי. בן-עזרא ציין בין היתר, כי חגי נהג להחזיק ברכבו מגבת ובגדי החלפה, שכן הרבה ללכת לים. בשלב זה לא ידע הנאשם, עדיין, כי חוקריו מנסים להתחקות אחרי מגבת. ביום 9.9.91 נשאל בן-עזרא על ידי חוקרו האם הוא מסוגל לזהות את המגבת. מכאן הסיק בן-עזרא כי חוקריו מעוניינים במגבת. כאשר נבדק בפוליגרף, 3 שבועות לאחר מכן, נשאל על ידי חוקר הפוליגרף האם נתחבו בפיו של המנוח גרביים או מגבת. בן-עזרא הצליב את עניין המגבת עם השאלות שנשאל בחקירות האחרות. יש לציין כי בהודאה מיום 1.10.91 טען בן-עזרא, כי השותפים עלו לדירת המנוח, בעודם אוחזים במגבת, אך כששבו מהדירה המגבת כבר לא היתה ברשותם. כלומר, בן-עזרא ניסה להתאים את גירסתו למסרים והפרטים שקלט מחוקריו.

אולם הסתבר, ובית משפט קמא קבע זאת בעצמו, כי המנוח היה למעשה בעליה של המגבת שנתחבה לפיו. קביעה זו התבססה על עדותה המהימנה של בת המנוח, אשר מסרה שנהגה לכבס את הכביסה של אביה בקיבוץ בו היא חברה, והיא זיהתה את המגבת בוודאות על פי סימנים ייחודיים בהם היתה מסומנת.

בית משפט קמא ציין איפוא בהכרעת דינו, כי קיימת אי התאמה בין דבריו של בן-עזרא מהם משתמע כי המגבת אשר נתחבה בפיו של המנוח היתה שייכת לחגי, לבין העובדה עליה אין מחלוקת, לפיה המנוח היה בעליה של המגבת. אך למרות זאת קבע בית המשפט כי עסקינן בפרט מוכמן.

גם איזכור השברייה על-ידי בן-עזרא, שהיתה כביכול ברשותו של סרסור לצורך ביצוע העבירה, מעורר ספקות רציניים.

בית המשפט המחוזי לא נתן משקל ראוי לעובדה שהמנוח נדקר בסכין מטבח, שנמצאה על-ידי החוקרים, ולא על-ידי שברייה, כפי שטען בן-עזרא. יצוין, כי בן-עזרא טען לאחר מכן, כי הזכיר את השברייה, מאחר שסרסור הוא ערבי והוא הניח כי עשויה להימצא בידיו שברייה.

(ה) נקודה נוספת, ממנה התרשם בית המשפט, נעוצה בעובדה שבן-עזרא סיפר בהודאתו, שידו של חגי היתה מגואלת בדם כאשר ירד מביתו של המנוח וכי בהיכנסו למכוניתו (בה הסיע בן-עזרא לדבריו את הקושרים לביתו של המנוח) ניגב את ידו על הריפוד של המכונית. קטע זה מההודאה התקשר עם ראיה, לפיה הותקנו במכוניתו של חגי כיסויים חדשים ביום 12.8.91, היינו כחודש לאחר הרצח.

בית המשפט ראה בעובדות אלה "פרט מוכמן", וחיזוק לאמיתות ההודאה.

אך הסניגור המלומד של בן-עזרא הראה, כי מרשו יכול היה להבין מתוך רמזים שהושמעו מפי חוקרי המשטרה שמתעוררת שאלה ביחס לריפוד במכונית של חגי, וביודעו על החלפת הכיסויים, סיפק פרטים לחוקרים על מנת לשכנעם באמיתות דבריו. כל זאת במגמה לסבך את חגי אתו היה מסוכסך.

יתרה מזו: עולה מעדויות שהובאו הן מטעם התביעה והן מטעם ההגנה, כי לא נתגלו כתמי דם במכונית של חגי לאחר הרצח, וגם לא בריפוד. כך העיד בעל עסק לסיכה ורחיצת רכבים, שהבחין בקרע במושב, אך לא בכתמי דם.

גם נקודה זו רחוקה איפוא מלהוות "פרט מוכמן" קונקלוסיבי או משכנע.

13. כאן מגיע אני לנקודה, שנראית בעיני בעלת חשיבות מרכזית לעניין נושא זה של משקל הודאותיו של בן-עזרא, והמצביעה בעליל על כך, שאיש זה הינו בעל אישיות פסיכופטית מובהקת, המסוגל להמציא סיפורים כוזבים בפרטי פרטים, במטרה לספק את יצר הנקמה שלו.

כוונתי לראיה הבאה, שלא הוזכרה בפסק-הדין, נשוא הדיון הנוסף:

באחת מהודאותיו של בן-עזרא בעת חקירתו במשטרה, שנמסרה לחוקריו ביום 16.11.91, והוגשה אף היא כראיה, מתאר בן-עזרא בפרטי פרטים סצנריו אשר על פיו, לא פחות ולא יותר, השתתפה אשתו שלו בביצוע אותו שוד ואותו רצח. אין בדעתי להכביד על אורכו של פסק-דינו זה, אך בכדי לעמוד על שקרנותו הפתולוגית של אדם זה אינני רואה מנוס מציטוט חלקים מהודאה זו, העשויים להמחיש את יכולתו להמציא סיפורים כוזבים עם פירוט מדהים, ולכאורה משכנע.

להלן קטעים מאותה הודעה (שיבושי השפה והסגנון כלולים במסמך המקורי):

"בערב ישבנו בכפר קאסם בבית הקפה, ואז חגי ומוסטפא שוחחו עימי, ואמרו טוב מוטי העניין הוא ככה, אתה תארגן רכב, ואנחנו מתכננים את זה ל- 14.7.91 ביום א' בבוקר, מוסטפא אמר נעשה את זה ככה, אני יקבע עם ישראל החלפן שאני בא עם אשתך עופרה, והוא יהיה מבסוט, ואז חגי ייכנס איתנו, ואתה תחכה לנו ברכב, ותוך כדי ההתלהבות שלו מעופרה, אני ידאג להוציא את מה שצריך, אמרתי למוסטפא, לא כדאי שנשתמש במישהי אחרת? הוא ענה, ואמר לי, מה כל הקונץ, היא יקרה לך, ולא יהיה לך סיבה להפיל אותה ואותנו, יהיה משהו שיעצור בעדך, אמרתי לו אם אתה לא סמוך ובטוח בי, למה אתה מכניס ראש בריא למיטה חולה".

.....

"חגי אמר, הצטיירת כגבר תמשיך ככה, זה מבצע שמעורבים בו עוד אנשים שאתה לא מכיר, אבל בוא לא נכנס לעומק הסיפור, אתה בסך הכל תסיע אותנו, אשתך תעשה את עבודתה ואתם נעלמים כאילו דבר לא קרה. חגי אמר לי, תוציא את הילדים רגיל במוצ"ש, ואני ומוסטפא נגיע בלילה של מוצאי שבת. במהלך השבת אני ועופרה רק חשבנו על השוד הזה, עד שהחלטתי שאני לא רוצה. במוצאי שבת בשעה 21:30 הגיעו מוסטפא וחגי שתינו קפה והוחלט כי שני הבנים הגדולים שלי ילכו לברכה ואני ועופרה נבוא עם הבן הקטן, וכאשר חגי מוסטפא ועופרה יעלו לדירה של ישראל החלפן אני ישאר עם הילדים ברכב של חגי, והרכב שביקשתי מקרוב משפחה, מסוג אאודי 80 ישאר בצומת קסם".

.....

"בבוקר שוב התחרטתי, אבל עופרה אמרה, אין כבר דרך חזרה, שמעת את האימונים, היא הוסיפה ואמרה, אנחנו ניסע לשוויץ ולא נחזור לארץ יותר".

.....

"ולקחתי את הילדים ואת עופרה, כאשר היא לבושה כמו נסיכה ומאופרת כבד, היא נעלה את נעלי הספורט שלי הריבוק והביאה עימה כפפות לבנות, זאת לפי בקשתו של מוסטפא, ושל חגי יוסף, הבאתי את שני הילדים הגדולים לסופר אריאל והכנתי להם שוקו וסנדוויץ, וגם לבן של השכנה שהיה איתם ואז נסעתי עם עופרה אחרי חגי ורכבו, מוסטפא חיכה בצומת קסם, עם שקית ביד, ותיק שחור קטן, החנתי את הרכב ליד התחנת אוטובוס לכוון אריאל, עופרה ישבה ברכב של חגי מאחור עם הבן הקטן שלנו, כאשר אני התישבת על ההגה, חגי יוסף ישב ליד עופרה, ומוסטפא אמר אנחנו צריכים להמתין עוד מספר דקות".

.....

09:30, הגענו לפתח תקוה ועשיתי פרסה ליד עיריית פתח-תקווה ואז נכנסנו לרחוב שבו גר החלפן, החניתי את הרכב מול שטח חולי כאשר פני הרכב הם לכוון היציאה, מוסטפא שהכין צ'ימין יום קודם לכן פתח אותו, וראיתי שקית לבנה, ועוד שקית שחורה שהיתה בה מגבת לבנה, חגי יוסף הוציא את נשקו האישי שהיה במגירה של הרכב, ושם אותו בצמוד לגוף, עופרה אמרה לי בלחש, אני פוחדת, אבל גם זה יעבור, אמרתי לה, שלא תעיז להגיע למצב של אינטימיות, הם ירדו מהרכב, ואני נשארתי עם הבן הקטן ברכב, הוא ישב מאחור, הוצאתי את הבובה שהיתה מודבקת בשימשה ואז נשברה גם המראה הפנורמית. לאחר כ-10-14 דקות שהרכב מנועו לא כובה, הבחנתי באותו אדם גבוה רץ עם שקית צמודה לגוף בצבע אדום, הוא נכנס לרכב סובארו מוכסף מודל ישן, ונסע בטיסה מהמקום. לפתע הדלת האחורית נפתחה ועופרה אשתי נכנסה, ולאחר דקה מוסטפא וחגי נכנסו לרכב. מוסטפא ישב לידי וחגי ישב מאחור ליד אשתי, מוסטפא שם את הצ'ימין בין רגליו, חגי לכלך את ריפוד המושבים בדם שהיה על האמה הימנית שלו, נסענו לכוון צומת קסם, ולפתע מיד שעברנו את קיבוץ גבעת השלושה אמר חגי יוסף, כנס, כנס שמאלה לפארק, נכנסתי לפארק אפק, ואחרי כ-2 קילומטר בנסיעה איטית, מוסטפא פתח את הצ'ימין וראיתי המון כסף, עופרה לקחה מהשקית שהיה בה משקל רב של זהב טבעת קטנטנה, בגניבה, אני ספרתי כסף בדולרים, וחגי ומוסטפא ספרו כסף ישראלי, בסיכום, היו \$27.000 והם טענו שיש 160 אלף ש"ח, מוסטפא אמר לי, שבינתיים מגיע לי, ולעופרה 45,000 ש"ח, אמרתי להם בואו נלך עכשיו מכאן, מוסטפא וחגי אמרו לי, שאני ייצור קשר עמהם בערב אבל לא דרך טלפון, נסענו לצומת קסם, נכנסנו לרכב האודי שהחנינו כשעה קודם לכן ונסענו הביתה, חגי ומוסטפא המשיכו לכוון כפר קאסם, ואני ועופרה עם הבן הקטן טסנו הביתה. לפני שנגיע הביתה, אמרתי לה, אני אכנס לסופר אריאל, ואת תבואי אחריי ב-10 דקות, בדיוק הילדים באו מהבריכה ונתתי להם ארטיקים, עופרה נכנסה לסופר, ועשתה קניות, אני זוכר ש-לילה אשתו של מוטי מרציאנו עשתה לה חשבון, ורשמה בכרטיס. עופרה הלכה לבד הביתה, אבל היא היתה בהלם, אמרתי לה, למה את לא מספרת לי? היא אמרה לי, הכל בבית, אני אספר. לקחתי את הילדים מהבריכה ונסעתי הביתה, אני ועופרה שתינו כוס קפה, ואז היא סיפרה לי את אשר אירע בדירתו של החלפן".

.....

"עופרה סיפרה לי, שהם ביקשו שאתעסק איתו, היא אמרה שהזקן שאל, למה בא הכושי הזה, מוסטפא ביקש מעופרה שתפתח את הצ'ימין ותביא לו מהשקית הלבנה שקית, וחגי יוסף, הושיב את החלפן בסלון, החלפן חשב שמתוך השקית עופרה מוציאה כסף, אבל הוא ראה סכין, ואז חגי פתח את הדלת לאותו איש גבוה, חגי ומוסטפא תפסו את ישראל והאישי הגבוה רצח אותו ועשה לו סימן על הפרצוף, מוסטפא לקח מגבת מהחדר שבו ישן הזקן ושם לו זאת בפה, אחרי שהוא נפל לריצפה, מוסטפא והאישי הגבוה נכנסו לאחד החדרים ומילאו את השקית האדומה, והצ'ימין, בכסף רב, חגי יוסף לקח את הקלסר שהיו בו המון טפסים וניירות. מוסטפא ביקש מעופרה שתוציא את המפתחות מהדלת, ושתתן אותם לחגי, היא עוד אמרה לי כשהיינו בבית, הם לא נורמלים הם פתחו אותו לשתיים, מסכן כמה שהוא יילל, אז כבר התחלנו

לתכנן מה להגיד במשטרה, ובמידה וניעצר, היא אמרה לי, מוטי אתה חייב להכחיש כל קשר לעניין והיית רק בסופר, ואני רק בבית. באותו היום הלכתי לחגי הביתה בלילה, ואז הוא אמר לי שעופרה שיקרה לי, שהאיש הגבוה מילא את השקית בכסף, וכאשר אמרתי זאת לעופרה, היא אמרה, מה אתה חושב שהם טיפשים, למה הם רצו שגם אני אהיה בתמונה? בשביל שתסתום את הפה. למחרת נסעתי בצהרים למוסטפא הביתה יחד עם חגי, ושוחחתי עם מוסטפא על כל העניין, ואמרתי לו, מוסטפא אם הייתי יודע שזה יגמר ברצח לא הייתי שם גם אותי וגם את אשתי".

(המילים המודגשות (ההדגשה אינה במקור) הן הקטע אליו התייחסתי בפיסקא 9 לעיל, ממנו עולה

שאף לגירסת בן-עזרא נרמז לו על ידי חגי על השתתפות יותר מארבעה אנשים בביצוע הפשע).

לאחר מכן הודה בן-עזרא, שאין כל אמת בסיפור שסיפר על אשתו, וכי המציא את הדברים מאחר שחשש, שחגי מתעסק עם אשתו, וכך רצה להתנקם בשניהם. הוא גם העיד, שניסה להעליל על חגי בדבר ביצוע עבירת שוד אחרת, ואף ניסה להזיק לחגי בדרכים שונות נוספות.

נראה לי, כי הציטוט הנ"ל מעיד כמאה עדים על תכונותיו של איש זה, ומראה שלא ניתן להאמין לפרט כלשהו שיצא מפיו, אלא אם הדברים מתאשרים על-ידי עדויות מהימנות אחרות. ואם מוכן היה ומסוגל היה להמציא סיפור בדיה כזה על אשתו, על פרטי הפרטים הכלולים בו, קל וחומר שאין לייחס משקל ראייתי כלשהו לסיפוריו בקשר לאנשים חיצוניים, לרבות תיאורו בדבר תנועות "האדם הרביעי".

הדבר גם יכול להוות הסבר לכך, שמוכן היה בן-עזרא אפילו לסבך את עצמו, ובלבד שיאפשר לו להתנקם במי שראה אותם כאויביו (במקרה דן חגי). הוא קיווה כנראה, כי המשטרה תסכים לקבל אותו כעד מדינה כנגד האנשים אותם תיאר כשותפיו, כאשר בשלב מסוים אף החליט לכלול בין אלה את אשתו.

בהקשר זה נודעת חשיבות לחוות דעתו של מומחה פסיכולוג שנמסרה לבית המשפט אודות בן

עזרא, בה נאמר בין היתר:

"מרדכי הוא בעל דמיון פורה מאד...";

"במצבי לחץ וחוסר ודאות הוא מאבד תחושת מציאות ויכולת השיפוט שלו מתרופפת. במצבים אלו מנסה להיצמד בצורה מאד נוקשה לפרטים רבים מתוך מציאות חייו וכאשר היצמדות זו לא תורמת לשיפור התפקוד, נעזר בדמיונו המפותח ובכשרו לתפעל (manipulate) אנשים בכדי להתמודד עם הקשיים";

"לנבדק נטיה לפעולות של הרס עצמי (self-destructive). נטיה לפעולות אלו של הרס עצמי המתעורר אצלו בדרך כלל בסיטואציות בין-אישיות, המתפרשות על ידו כנטישה ודחיה".

14. עם זאת אינני רואה הצדקה או צורך לקבוע מימצא מחייב והחלטי בעניין השאלה אם אכן היה בן-עזרא נוכח באיזור מגוריו של המנוח בעת ביצוע הרצח, ואם ניתן להסיק מהודאותיו שהיה מעורב בפעולות הסיוע לביצוע השוד על-ידי כך שהסיע שנים מהקושרים לאיזור וחיכה להם במכונית עד שחזרו מביצוע מזימתם.

די לי להראות, שמסקנה כזו רחוקה מלהיות בטוחה, ומכל מקום אין היא משנה ביחס לגורלו של הערער שבפנינו.

15. אוכל לסכם את עמדתי לעניין זה לאמור:

(א) כפי שהסברתי לעיל, מצביע חומר הראיות הקביל כנגד המערער לכאורה, בצורה משכנעת מאד, על אשמתו של המערער בביצוע הרצח של המנוח, לבדו או ביחד עם אחרים.

(ב) אם הודאותיו של בן-עזרא במשטרה, בהן הפליל את עצמו ואת חגי וסרסור, הן כוזבות (ודבר זה מתקבל כאמור על הדעת) אזי בוודאי אין בכל המסכת המתייחסת לבן-עזרא כדי להשפיע על מצבו של המערער ולמנוע את אישור הרשעתו בדיון.

(ג) אך גם אם ההודאות האמורות של בן-עזרא אינן כוזבות, אזי מהטעמים שפורטו לעיל, אין בכך כדי לשלול את האפשרות שהמערער השתתף ברצח, או לעורר ספק סביר באשמתו. זאת בעיקר בשל העובדה, שבן-עזרא לכל הדעות לא היה נוכח במקום הרצח, לא היה מודע לנוכחותו של המערער בדירה, ולא קיבל מידע על זהותם של כל המשתתפים בפשע המתוכנן.

(ד) לשון אחר וכסיכום: אשמתו של המערער הוכחה כדבעי, תוך לקיחה בחשבון של מכלול חומר הראיות שהובא בפני בית המשפט, לרבות העובדות העולות מפרשת בן-עזרא.

16. היתה לי בינתיים ההזדמנות לעיין בחוות דעתה של חברתי הנכבדה השופטת דורנר, ורואה אני צורך רק להתייחס בקצרה לנקודה משפטית אחת המועלית על ידה, וזאת על מנת להעמיד דברים על דיוקם.

כותבת חברתי, ביחס לאופן בדיקת חומר הראיות על ידינו לאמור:

"בבדיקה דו-שלבית של חומר הראיות - שאותה נוקטים חבריי - ניתן לכאורה להגיע למסקנה מרשיעה על-יסוד חטיבת ראיות אחת הניתנת לסתירה על-ידי חטיבת ראיות אחרת. התוצאה המעשית של שיטת בדיקה זו היא העברת נטל השכנוע על שכם הנאשם".

ובהמשך:

"לפי שיטה זו על הנאשם להראות שהחטיבה השנייה שוללת כל אפשרות, ואפילו דחוקה, ליישוב המסקנה המרשיעה העולה מחטיבת הראיות הראשונה. משמעות היא שהכלל המטיל על התביעה לשלול מבלי שיותר ספק סביר, את גירסת הנאשם מתבטל למעשה, והנטל להראות שחטיבת הראיות הראשונה אינה יוצרת מסקנה מרשיעה נגדו עובר לנאשם".

עמדה זו עם כל הכבוד אינה מקובלת עלי כלל.

הבהרתי בפסק-דיני הבהר היטב, כי שותף אני לעמדה אותם מחבריי, הסוברים כי מחובתנו להסיק את מסקנתנו על סמך בדיקת מכלול הראיות המצויות בפנינו, היינו תוך בחינת כל החומר שהוגש הן במשפטו של המשיב והן במשפטו של בן-עזרא, (ראה פסקא 7 לעיל). אלא כמו בכל משפט פלילי, רק טבעי הוא, שהשופט מנסה לברר קודם מהן הראיות המפלילות את הנאשם, וכאשר מגיע הוא למסקנה, כי לכאורה ישנן ראיות מספיקות כאלה, הרי בוחן הוא שמא יש בכל זאת ביתר הראיות כדי לעורר ספק סביר במסקנה המרשיעה. אם אחרי בחינה של מכלול הראיות חש השופט, כי אין הוא משוכנע באשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר, הרי עליו לזכותו.

אין כאן בצורה כלשהי העברת נטל השכנוע אל הנאשם. ההבחנות שמנסה חברתי לעשות בין אופן בדיקה זו או אחרת של הראיות הן לדעתי סמנטיות בלבד. בנקודה זו אין כל הבדל של ממש בין גישותיהם של כל שופטי ההרכב.

יוער עוד, כי גם בערעור דמיאניוק, עליו מסתמכת חברתי, הלכו השופטים למעשה באותה דרך בבחינת הראיות שצויינה לעיל. השופטים הדגישו תחילה בפסק דינם, כי היה בראיות שהובאו בפני הערכאה הראשונה כדי להצדיק לכאורה את הרשעת המערער, אלא שהחומר שנתגלה לאחר מכן ממקורות רוסיים עורר בלב השופטים ספק סביר בזהותו האמיתית של אותו "איוואן האיום", ולעניין השאלה אם אכן היה זה המערער אשר ביצע את הפשעים הנוראים שיוחסו לו.

במקרה דנן גם כן הגעתי למסקנה, כי היה בחומר הראיות עליו הסתמך בית המשפט המחוזי כדי להצדיק את קביעת בית המשפט, אלא, בניגוד למקרה דמיאניוק, סבורני, כי אין בראיות הנוספות המוגשות לנו מתוך התיק של בן-עזרא כדי לעורר ספק סביר באשמתו של הנאשם שבפנינו. משמע, כי תוך ראייה כוללת של

חומר הראיות בשלמותו, אינו מתעורר לדעתי ספק סביר בנכונות מסקנתו של בית המשפט המחוזי ביחס למערער.

17. ולבסוף, אם נטען, שבכל זאת אין אנו יודעים בדיוק מה אירע ברגעים הקריטיים, ושמא בכל זאת קיימת אפשרות כלשהי שנוכחותו של המערער במקום היתה תמימה, הרי אוכל רק לחזור ולהדגיש, כי גם במשפט הפלילי מודרכים אנו על-ידי שיקולי השכל הישר וההגיון הבריא, ומבלי שדורשים אנו, לצורכי הרשעה, הוכחה בוודאות מוחלטת. חברי השופט גולדברג הסתמך על הלכה זו בפסק-דינו בערעור נושא הדיון הנוסף (ראו שם, עמ' 68-69). כמו כן הרחבנו את הדיבור בנושא זה בפסק-דין שניתן על ידינו לאחרונה בע"פ 2518, 2604, 2545/94, אברהם ומרדכי אלימלך נגד מדינת ישראל וערעור שכנגד (טרם פורסם). בפסק-דיני בערעורים אלה נכלל, בין היתר, הקטע לאמור:

"ראוי להזכיר בהקשר זה את ההגדרה של 'וודאות' מספקת לעניין המשפט הפלילי מפי המלומד Professor Glanville Williams בספרו Criminal Law, (מהדורה שניה, בעמ' 40) כדלקמן:

'Such a high degree of probability that common sense would pronounce it certain'

הגדרה זו צוטטה בהסכמה על-ידי השופט אגרנט (כתוארו אז) בע"פ 232/55, היועץ המשפטי נגד מלכיאל גרינוולד, פ"ד י"ב (3) 2069, 2017.

כמו כן רצוי להזכיר בהקשר זה את דבריו של השופט Denning בערעור של 372,373 Miller V. Minister of Pensions (1947) 2 All E.R. לאמור:

'Proof beyond reasonable doubt does not mean proof beyond the shadow of a doubt. The law would fail to protect the community if it admitted fanciful possibilities to deflect the course of justice. If the evidence is so strong against a man as to leave only a remote possibility in his favor which can be dismissed with the sentence "of course it is possible, but not in the least probable," the case is proved beyond reasonable doubt, but nothing short of that will suffice.'

על דברים אלה הסתמך השופט י' לוין בע"פ 127/50 אורי וינטר נגד היועץ המשפטי, פ"ד ה' (2) 971, 964.

דברים ברוח דומה נאמרו על-ידי השופט זילברג בע"פ 38/49 קנדיל ואח' נגד היועץ המשפטי לממשלה פ"ד ב' 832,813:

'...אין גם ספק בכך, כי בית המשפט רשאי גם רשאי להרשיע את הנאשם, אם הגירסה של התביעה הכללית היא הפירוש ההגיוני היחיד לעובדות שהוכחו - אף אם איננה בגדר ודאות ממש'.

השופט זילברג מסתמך בין היתר על דברים שאמר השופט האנגלי בסט (Best) בפסק הדין R. v. Burdett (1820), 106 E.R. 873, 883. לאמור:

'We are not to presume without proof. We are not to imagine guilt, where there is no evidence to raise the presumption. But when one or more things are proved, from which our experience enables us to ascertain that another, not proved, must have happened, we presume that it did happen, as well in criminal as in civil cases. Nor is it necessary that the fact not proved should be established by irrefragable inference. It is enough, if its existence be highly probable...'

וראו גם את דברי השופט עציוני בע"פ 401/72, ויטפילד ואח' נגד מדינת ישראל, פ"ד כ"ח (1) 813, 822-3, בהם נאמר:

'הלכה פסוקה היא, כי אין זה דרוש שבית-המשפט יפעל על-סמך ודאות גמורה. ראה: W.Wills Circumstantial Evidence (הוצאה ששית) המצטט את לורד Coleridge האומר: "החוק אינו דורש שנפעל תמיד על-סמך ודאות בלבד...בחיים שלנו במעשינו במחשבותינו אין אנו עוסקים בדברים ודאיים...עלינו לכלכל את מעשינו על-פי שכנוע ישר וסביר המעוגן ביסודות ישרים ומתקבלים על הדעת" (שם, עמ' 50).'

18. אין ספק, כי בפנינו מקרה יוצא דופן, אך יישום העקרונות הנ"ל, תוך הפעלת כללי השכל הישר ונסיון החיים, חייב לדעתי להובילנו אל המסקנה, כי אשמתו של המערער הוכחה במידת הוודאות הדרושה, וכי אין מקום להתערבותנו בפסק הדין שניתן פה אחד על-ידי הערכאה הראשונה.

אשר על כן נראה לי, כי מן הדין לאשר את פסק-הדין המרשיע שניתן בבית המשפט המחוזי, ואת פסק הדין שניתן בבית משפט זה, ברוב דעות, בע"פ 6251/94, נושא דיון נוסף זה.

שׁוֹפֵט

השופט ת' אור:

בפסק הדין בע"פ 6291/96 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45 (להלן: **פסק הדין בערער**) סברתי, בדעת מיעוט שיש לזכות את המערער (**להלן: המערער**) מאשמות שוד ורצח בהן הורשע על ידי בית המשפט המחוזי. מדעתי זו לא שינית. דעתי היא, שקיים ספק סביר בדבר אשמתו של המערער, ומספק זה זכאי המערער להנות. את הטעמים לדעתי פרטתי בפסק-הדין בערער, ולא אחזור על כל שנאמר שם. עם זאת, מאחר וחברי, השופט בך, התייחס לפסק-הדין בערער בתכלית הקיצור, מתוך הנחה שהדברים יובאו, בעיקרם, על ידי כותביהם, איני רואה מנוס מהבאת עיקרי עמדתי. חלקם יובא בתימצות וחלקם בדרך של שילוב או ציטוט במהלך הדברים שייאמרו להלן.

השתלשלות ההליכים והמחלוקת

1. ביום 14.7.91 נרצח חלפן הכספים ישראל דז'לובסקי (**להלן: המנוח**). בהליכים נפרדים אשר התנהלו בבית המשפט המחוזי בתל-אביב יוחסה אשמת הרצח לאנשים שונים. בת"פ 517/91 יוחס המעשה למוטי בן-עזרא (**להלן: בן-עזרא**), ובת"פ 505/91 לחגי יוסף (**להלן: חגי**) ומוסטפא סרסור (**להלן: סרסור**). כתבי האישום בשני תיקים אלה הסתמכו, בעיקרם, על גירסתו של בן-עזרא, אותה מסר באמרות שנתן במשטרה. באמרות אלה היתה הודאה באשמתו של בן-עזרא עצמו וכן ראייה נגד חגי וסרסור, אשר היו, לדבריו, שותפיו למעשה. ביום 30.4.92 הורשע בן-עזרא בעבירות של שוד ורצח, בפסק-דין אשר ניתן על ידי הרכב השופטים סגן הנשיא שטיינברג, לוי ובר אופיר, ונידון, כמתחייב, למאסר עולם.

על פסק דין זה הוגש ערעור לבית המשפט העליון.

2. בתאריך מאוחר יותר הוגש כתב אישום בת"פ 284/92 נגד המערער, סימון בן-ארי, ובו יוחס גם לו מעשה הרצח. משפטו של המערער התקיים בבית המשפט המחוזי לאחר שניתן פסק הדין במשפטו של בן-עזרא. בן-עזרא העיד במשפטו של המערער. פרט לעדותו של בן-עזרא הוגשו במשפטו של המערער כראיות כל ההודעות שנגבו מבן-עזרא על ידי חוקרי המשטרה, לרבות הקלטות של שיחות עמו, דו"חות של חוקרי

המשטרה וכן פרוטוקול עדותו במשפטו. כן הוגשה כראיה הכרעת הדין שניתנה במשפטו של בן-עזרא. כל אלה הוגשו בהסכמה, חלקם באמצעות חוקרי המשטרה. המדינה סברה שראוי שחומר הראיות המלא, כולל עיקר חומר הראיות אשר היה במשפטו של בן-עזרא, יהיה גם בפני בית המשפט הדין בעניינו של המערער. אכן, גם בטיעונה בפנינו לא חלקה המדינה על כך שחומר ראיות זה צריך לעמוד לנגד בית המשפט בבואו להכריע בעניינו של המערער (לעניין ראיות אלה ולעמדת המדינה ראו ביתר פרוט בפסקאות 4-7 של פסק דיני בערעור).

ביום 27.6.93 הרשיע בית המשפט המחוזי בהרכב השופטים הנשיא וינוגרד, אלשיך וברלינר את המערער בעבירות שיוחסו לו ואף הוא נדון למאסר עולם. הכרעת הדין המרשיעה את המערער מבוססת על העובדה - עליה לא היתה מחלוקת בעת הדיון בבית המשפט המחוזי - שהמערער היה בדירת המנוח בעת שהוא נשדד ונגרם מותו. על פי ראיות נסיבתיות שבאו בפני בית המשפט, הגיע בית המשפט למסקנה, בניגוד לטענת המערער, שנוכחותו של המערער לא היתה תמימה ומקרית. זאת, על אף שלא נשללה העובדה שפרט למערער היו אנשים אחרים שותפים למעשה, ועל אף שלא נקבע מה היה חלקו של כל אחד מהנוכחים בשוד ובגרימת מותו של המנוח. בפסק הדין לא התייחס בית המשפט המחוזי לגירסתו של בן-עזרא ולכל המסמכים המלמדים על דברים שאמר במהלך חקירתו. גם על פסק דין זה הוגש ערעור לבית משפט זה.

3. ביום 11.10.93, קודם שמיעת ערעורו של המערער בפנינו, בקשה המדינה בהודעה בכתב שהגישה לבית משפט זה לקבל את הערעור שהגיש בן-עזרא ולזכותו מן האשמה. על פי בקשתה, וללא התייחסות לגופם של דברים, נעתר בית משפט זה לבקשה, ובן-עזרא זוכה מהעבירות בהן הורשע על ידי בית המשפט המחוזי. על פי החלטת היועץ המשפטי לממשלה גם עוכבו ההליכים במשפטם של חגי וסרסור, אשר היה תלוי ועומד בבית המשפט המחוזי.

על שום מה פנתה המדינה ביום 11.10.93 בבקשה לזכות את בן-עזרא, והחליטה לעכב את ההליכים נגד חגי וסרסור? עמדתי על כך בפסק דיני בערעור, ואין לי אלא לחזור על עיקרי הדברים כמפורט להלן.

א. בעת שביקשה המדינה לזכות את בן-עזרא, היו תלויים בפני בית משפט זה הן ערעור של בן-עזרא והן ערעורו של המערער. שני אלה - כל אחד במסגרת ההליכים שהתקיימו נגדו - הורשעו על סמך שתי מערכות עובדתיות שונות, אשר לא הוכח כל קשר ביניהן, ובחלקים שלהן הן אינן עולות בקנה אחד זו עם זו. אכן, בסיכומיה בכתב של באת כוח המדינה בפנינו במסגרת הערעור על פסק הדין, מתייחסת באת כוח המדינה לשתי מערכות העובדות שנקבעו בשני ההליכים, ואומרת כי:

"את ההקבלה הזו, את הקשר שבין שתי מערכות הראיות ואת הקשר שבין המערער לבין השלישיה בן-עזרא-חגי-מוסטפא, אין ביכולתה של התביעה להוכיח".

וכן:

"מדובר בשתי מערכות של ראיות שלא לכל אורך הדרך מתיישבות זו עם זו" (ראה בעמוד 34 לסיכומים).

וכפי שאמר בא כוח המדינה בסיכומיו בערכאה הראשונה, בהתייחסו לקשר בין מערכת העובדות

שהביאה להרשעת בן-עזרא לבין זו העומדת נגד המערער:

"נקודת מפגש שכזו לא נמצאה בכלל, לא על סמך עדות קודמת ולא על סמך דברי המעורבים" (בעמוד 391 לפרוטוקול).

ובטיעון בעל פה בפנינו חזרה באת כוח המדינה והבהירה:

"הסכמנו לזיכוי של בן-עזרא ולעיכוב הליכים נגד השניים האחרים, חגי ומוסטפא, לא מפני שהשתכנענו שהם חפים מפשע, אלא מפני שעמדנו בפני שתי מערכות ראיות שדי בכל אחת להרשיע. אך אין הקבלה בין שתי המערכות. לו ניתן היה לעשות הקבלה כזו, היינו מבקשים ששתי ההרשעות תתקיימנה. לא עלה בידינו להראות את הקשר בין כל השותפים הפוטנציאליים. בלי הקשר הזה לא ראינו את עצמנו על קרקע מספיק בטוחה כדי להשאיר את המצב בעינו".

וכן:

"יש שתי מערכות עובדות שמספיקות להרשעה. יש ספק אם הן משתלבות זו בזו ובחרנו ללכת ולסמוך על הגירסה האחת נגד המערער שנראית לנו יותר אמינה. הראיות נגד המערער הינן, לדעתנו, יותר מוצקות".

וכן:

"לא רצינו טיעון בלתי מתיישב של התביעה, ועל כן הסכמנו לזיכוי בן-עזרא" (ההדגשות הוספו - ת"א).

הנה כי כן, המדינה הסכימה לזיכוי בן-עזרא לא מכיוון שלדעתה מערכת העובדות שהובאה במהלך

משפטו לא הצדיקה את הרשעתו. היא עשתה כן רק משום שלדעתה מערכת העובדות הקיימת נגד המערער

"חזקה" יותר. ומכיוון שאין שתי ההרשעות יכולות, לדעתה, לדור זו בצד זו, בחרה המדינה והחליטה לעמוד רק

על הרשעתו של המערער.

ב. אכן, הרשעותיהם של בן-עזרא והמערער בשני משפטים נפרדים שהתקיימו נגדם בבית המשפט המחוזי מושתתות, כל אחת, על מסכת עובדות שונה. יתר על כן, האפשרות כי המערער ובן-עזרא היו שותפים לרצח, לא רק שאינה עולה מן הראיות שהובאו בכל אחד מהמשפטים, אלא שאין בראיות כל אחיזה לכך שהיה קשר כלשהו בין השניים. וגם זאת, מדברים מפורשים שאמר בן-עזרא בחקירתו, עולה כי המערער, אותו אין הוא מכיר, לא היה שותף למעשי השוד והרצח עליהם מסר בחקירתו במשטרה.

ראוי להדגיש, שעמדת המדינה, כמצוטט לעיל, היתה שטיעון התומך הן בהרשעת בן-עזרא והן בהרשעת המערער הנו "טיעון בלתי מתיישב". לפיכך, נסתה התביעה למצוא קשר בין "השותפים הפוטנציאליים" - בן-עזרא חגי וסרסור מזה והמערער מזה - והדבר לא עלה בידה. אכן, נקל לשער שענין זה הטריד את המדינה, וניתן להניח שהיא בקשה על ידי חקירה ודרישה לגלות קשר כזה. יודעים אנו על כך גם מטיעון באת כוח המדינה בפנינו, במסגרת דיון נוסף זה. כשנשאלה שאלה מפורשת בעניין זה, היא אומרת:

"הפכנו עולמות כדי לברר את הקשר בין שתי המערכות, ולא מצאנו"
(בעמוד 6 של הפרוטוקול).

5. בעקבות התפתחויות אלה, התקיים הדיון בערעור שהוגש לבית משפט זה על הרשעתו של המערער (להלן: **הערעור הראשון**). דעתנו באותו הליך היתה, שבית המשפט המחוזי שגה בהתעלמו לחלוטין מגירסתו של בן-עזרא בהכרעת דינו. לפיכך החלטנו בפסק דין שניתן במסגרת אותו ערעור, שיש לבטל את פסק הדין. הורינו על החזרת הדיון לבית המשפט המחוזי, על מנת שישלים את מלאכתו, במובן זה שישקול שוב את כלל הראיות, תוך התייחסות וקביעת עמדה לגבי גירסותיו השונות של בן-עזרא כפי שהובאו בפניו, ועל מנת שיתן את הכרעת דינו מחדש על פי מכלול הראיות. בקשר לכך קבענו בפסק דין שניתן בערעור הראשון ביום 5.9.94 כדלקמן.

"סבורים אנו כי על בית משפט קמא היה לקבוע את עמדתו לגבי כל חומר הראיות שהוגש לפניו בהקשר לעדותו של בן-עזרא, בין לעצמו ובין בהקשר לשאר הראיות שהוגשו בתיק, לרבות שאלת מהימנותו של בן-עזרא, שהעיד, כאמור, לפניו, ולקבוע על איזו מבין גירסאותיו, או כל חלק שלהן, ניתן לסמוך. בית משפט קמא בחר שלא להביע דעה לגבי עדותו של בן-עזרא וגירסותיו, ובכך סבורים אנו כי לא השלים את מלאכתו. בלי להתייחס לעדותו של בן-עזרא ולחומר הראיות הנוגע לו, לא ניתן לקבוע עמדה פסקנית לגבי אשמתו של המערער. שהרי בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, משליכה המסקנה המתבקשת לגבי בן-עזרא על המסקנה המתבקשת לגבי המערער. אם יקבע כי התוודותו של בן-עזרא במשטרה היא נכונה, אזי אין היא משתלבת בגירסת התביעה במשפטו של

המערער, ורק אם תועדף גירסתו בבית המשפט, נותרות הראיות הנוגעות למערער לבדן.

לא נעלם מאיתנו הקושי שבהכרעה, אולם לא ניתן לדעתנו שלא להתייחס למהימנות עדותו של בן-עזרא לצורך קביעת אשמתו או חפותו של המערער" (ההדגשה שלי - ת"א).

6. ביום 7.11.94 ניתן פסק דין נוסף על ידי בית המשפט המחוזי בעניינו של המערער (להלן: **פסק הדין השני**). בפסק דין זה, אישר בית המשפט את פסק דינו הראשון. בית המשפט בחר שלא לסמוך על גירסתו של בן-עזרא. עם זאת, בית המשפט נמנע מלקבוע עמדה באשר למהימנותה של גירסתו של בן-עזרא, העולה מאימרתיו במשטרה, על פיהן היה שותף של חגי וסרסור במעשי השוד והרצח. וכך קבע בית המשפט בעניין זה:

"לא היה בידינו לומר אם יש לייחס אמון לדבריו במשטרה, לפיהם אכן היו הוא סרסור ויוסף קשורים לרצח או לייחס אמון לדבריו בבית המשפט, לפיהם לא היו הוא והשניים האחרים קשורים לרצח. על כן, כאמור, לא הבענו - ואין אנו מביעים בזה - עמדה לגבי איזו מבין הגירסאות הרבות שמסר. התביעה וההגנה לא השכילו לתת בידינו כלים לבחון באמצעותם בחינה אובייקטיבית את נכונות גירסה זו או אחרת בקשר למעורבותם של שלושה אלה, כפי שעלתה בדברי בן-עזרא" (ההדגשה שלי, ת"א - עמוד 4 לפסק הדין).

7. לקטע זה של פסק הדין השני התייחסתי בפסק דיני בערעור ודברים שאמרתי שם מקובלים עלי גם היום, ואין לי אלה לחזור עליהם, כמפורט להלן.

מפסק הדין השני ניתן להסיק, שמעבר לקביעותיו של בית המשפט שאין הוא יכול לקבוע אם גירסת בן-עזרא במשטרה היא אמת אם לאו, אין הוא יכול להוסיף. בית המשפט גם לא בחן בפסק דינו השני את השתלשלות גירסתו של בן-עזרא ואת אותות האמת הניכרים בה, בהתחשב בנסיבות אמירת הדברים ובתוכן הדברים בחלק מהתודויותיו, הכוללות ציון עובדות מוכמנות ופרטים שהיו יכולים להיות ידועים רק למי שהיה מעורב במעשה. כנזכר לעיל, בהליך שנוהל בבית המשפט המחוזי נגד המערער, הוגשו כראיות כל אימרתיו של בן-עזרא במשטרה, תמלילים של שיחות שלו עם אחרים שהוקלטו, פרוטוקול העדות שמסר במשפטו שלו וכן זכרונות דברים שנערכו על ידי חוקריו ביחס לדברים שאמר וביחס להתנהגותו במהלך חקירתו. המדובר במאות עמודים של חומר בכתובים, אשר לא באה כל התייחסות אליהם בפסק הדין השני, פרט לקביעה הכללית שאין לו לבית המשפט כלים על מנת לקבוע אם גירסת בן-עזרא במשטרה הנה אמת אם לאו. מכיוון שבית המשפט

לא ראה עצמו מסוגל לקבוע כי עדותו של בן-עזרא במשפט היתה עדות אמת, בחר שלא להתייחס כלל לראיות אלה. אך ברור, וזאת יש להדגיש, שבית המשפט המחוזי לא שלל את נכונות גירסתו של בן-עזרא במשטרה, או כל חלק שלה. בקטע של פסק דינו, אליו עוד אתייחס, הוא במפורש אינו שולל את האפשרות שבן-עזרא ואחרים היו מעורבים בפשע, אפשרות התואמת את גירסת בן-עזרא במשטרה.

8. אני סבור, כי גישה זו של בית המשפט, אשר נמנע מנקיטת עמדה ביחס לגירסתו של בן-עזרא, מעוררת קושי. בן-עזרא הינו עד אשר העיד במשפט של המערער. צד למשפט - הסנגוריה - ביקשה להעדיף את גירסתו באימרות שמסר למשטרה על פני עדותו בבית המשפט, כפי שהיא זכאית לבקש מבית המשפט, וכפי שבית המשפט רשאי לעשות מכוח סמכותו לפי סעיף 10א(ג) לפקודת הראיות. מעשה יום יום הוא בבתי המשפט כשצד לדיון, בדרך כלל התביעה, מבקש מבית המשפט להעדיף את גירסתו של עד באימרות שמסר לחוקרי המשטרה על פני הגירסה העולה מעדותו בפני בית המשפט, ובית המשפט נעתר לו, אם הנסיבות מצדיקות זאת. הסנגוריה ביקשה שכך יעשה בית המשפט בענייננו. אכן, כשהוחלט בפסק הדין בערעור הראשון להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי, הכוונה היתה שבית המשפט יבחן את הראיות באספקלריה זו ויאמר דברו על פי כלל הראיות שבפניו. בין היתר, התבקש בית המשפט לקבוע אם ניתן לסמוך על אימרות בן-עזרא במשטרה, הכוללות התודות על חלקו בפרשה וראיה נגד אחרים בדבר שותפותם במעשה הרצח, או על חלקו. היו בפני בית המשפט המחוזי כל אימרותיו של בן-עזרא במשטרה, תמלילי שיחות שלו עם אחרים וכן עובדות נוספות שהיה בהן לסייע למסקנה אם דבריו באימרותיו אמת או לא. היתה בפניו גם הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי בעניינו של בן-עזרא, אשר נסמכה על אימרותיו במשטרה, אף כי זו אינה מחייבת אותו, לא בתוצאתה ולא בהנמקתה, היא כללה הנמקה המתייחסת להתודויות בן-עזרא שהיה בה לסייע לבית המשפט בבואו לנתח את מסכת אמרותיו של בן-עזרא והשתלשלותה. כשלעצמי, סבור הייתי שבית המשפט המחוזי יתייחס לכל אלה. אך לכל אלה אין התייחסות בפסק הדין השני. בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה שחומר ראיות זה כולו, על אף שאין התייחסות לפרטיו, אין בו לתת תשובה חד משמעית כנדרש במשפט פלילי לשאלה אם יש אמת בגירסת התודות של בן-עזרא באימרותיו לחוקרי המשטרה.

9. על רקע דברים אלה, עולה ומתחוורת הבעיה בה נדרשנו להכריע בערעור השני, וכעת בדיון הנוסף. המצב במקרה שבפנינו הוא מיוחד, וככל שהצלחתי לברר, ללא תקדים. אנו נדרשים לבדוק אם על פי מסכת הראיות שבאה בפני בית המשפט המחוזי קיימות ראיות נסיבתיות אשר הצדיקו את הרשעת המערער, כשבצידה של מערכת זאת קיימת מערכת ראיות אחרת, על פיה אחרים - בן-עזרא, חגי, סרסור ואדם נוסף שאינו המערער - הם שבצעו את המעשה. מערכת העובדות האחרת אינה פרי גירסה אפשרית תאורטית של המערער. המדובר במערכת עובדות הנשענת, בין היתר, על התודות של אדם אשר היה, לדבריו, בין השותפים

למעשי השוד והרצח. על פי מערכת עובדות זו המערער אינו מעורב במעשים. מערכת עובדתית זאת הובאה כראיה בפני בית המשפט המחוזי. זאת ועוד, על פי מערכת ראיות דומה שהובאה בפני בית משפט מחוזי, בהרכב אחר, נמצא שגירסת ההתוודות של בן-עזרא היא מהימנה, ועל פיה הורשע בן-עזרא בעבירות של שוד ורצח המנוח. עוד נדגיש, שבית המשפט המחוזי אשר דן בעניינו של המערער אינו שולל את מעורבותם של האחרים במעשה. ביחס לשניים מביניהם, חגי וסרסור, גם העלה את החשד, אם לא למעלה מכך, שהם מעורבים במעשה. וכמבואר לעיל, גם התביעה אינה שוללת את מעורבתם של האחרים. הנה כי כן, עוסקים אנו, לכאורה, בשתי מסכות עובדתיות שונות, בעלות משקל משכנע, עד כי שני מותבים של בית המשפט המחוזי, בהרכב שלושה, מצאו שעל כל אחת מהן ניתן להשתית הרשעה של נאשמים שונים, ושתי מסכות עובדתיות אלה נמצאות בחומר הראיות אשר בא בפני בית המשפט המחוזי אשר דן בעניינו של המערער.

10. במצב דברים בלתי רגיל זה, מתעוררות שלש שאלות הדורשות הכרעה. בשאלות אלה נתגלעה מחלוקת בין שופטי ההרכבים אשר דנו בערעור השני ובדין נוסף זה. ואלה השאלות: (א) האם ניתן להסתמך על גירסת בן-עזרא באימרתיו במשטרה, עליה סמך בית המשפט המחוזי אשר דן בעניינו **(להלן: גירסת בן-עזרא)**, ועל פיה הרשיעו, כגירסה אפשרית מבחינת מהימנותה, או שמא אין לתת אמון בגירסתו. (ב) בהנחה שאין לשלול את גירסת בן-עזרא, האם גירסתו, ולו בחלקה, מתיישבת עם הגירסה על פיה הורשע המערער. (ג) כיצד משליכה התשובה לשתי השאלות הקודמות על הרשעתו של המערער.

גירסת בן-עזרא - האם ניתן לשללה כגירסת כזב?

11. בית המשפט המחוזי אשר דן במשפטו של בן-עזרא ניתח בהרחבה את אימרתיו השונות של בן-עזרא. הוא קבע שבחלקים שונים של האימרות נכללו דברים שאינם אמת, אותם בדה בן-עזרא מלבדו. אך הוא גם קבע שאלה לא היו שקרים מקריים, כי אם שקרים שקדמה להם מחשבה מצדו של בן-עזרא. על פי קביעתו, מטרתו של בן-עזרא היתה גם לתעתע בחוקרים וגם לשמר לעצמו קלפים למיקוח. עיקרן של העובדות אשר בית המשפט המחוזי מצא שיש להאמין להן מצויות באימרה של בן-עזרא מיום 1.10.91 (ת86/ אשר סומנה במשפטו של המערער נ24/ כו'). אימרה זו נכתבה על ידי בן-עזרא עצמו. היא נכתבה בנוכחות אחיו השוטר, אשר נכח במקום לבקשת בן-עזרא, לאחר שבן-עזרא נעתר לפנייתו של אחיו להעלות את עובדות המקרה הידועות לו על הכתב. תמציתה של אימרה זו, כפי שהיא מובאת על ידי בית המשפט המחוזי במשפטו של בן-עזרא ועליה ראה בית המשפט לסמוך, היא כדלקמן:

"ביום 10.7.91 ביקר הנאשם בביתו של חגי, והם נדברו לפגוש למחרת את מוסטפא במסעדת 'חירק', בפתח תקווה. באותו מעמד לווה הנאשם

סכום של 1,600 ש"ח תמורת הפקדתו של זהב, והם קבעו להיפגש בשעה שש בכפר קאסם, כשהם מבטיחים לו ש'יהיה לו טוב בחיים'.

בפגישה בערב, סיפר מוסטפא שהם מתכננים לשדוד אדם 'כבד', וזהו אדם מבוגר שפותח את דלת ביתו רק למי שהוא מכיר. הנאשם הבין שהקורבן מכיר את חגי ומוסטפא, וביקש לדעת כיצד הם לא חוששים שיזהה אותם. על כך השיבו לו, שאל לו להיכנס לפרטים ו'יש עוד צד למטבע'. משיחה זו הבין הנאשם שיש שותף רביעי למעשה המתוכנן. הנאשם היסס אם להצטרף לקשר, אך חגי האיץ בו ולא הירפה ממנו בטענה שמדובר בעשרות אלפי שקלים. לבסוף נתרצה הנאשם והסכים, ונקבע שביצוע המעשה יהיה ביום א' בשעות הבוקר. במשך השבת תקפו את הנאשם רגשות חרטה, וביום א' הביע את היסוסו בפני חגי. על כך השיב לו חגי בנימה מאיימת, שהוא - הנאשם יודע יותר מדי פרטים, ואם ימשיך את ידו מהמעשה, זה עלול להביא לסופו. חגי והנאשם אספו את מוסטפא בפתח תקווה, ואותה שעה היה מצוייד בתיק נשיאה (צ'מידאן) שבתוכו 'שקית מלופפת' ומגבת, וחגי היה מזוין בנישקו. הוא החנה את הרכב ברחוב חד-סיטרי, על פי הוראותיו של מוסטפא, וקיבל הוראה שלא לדומם את המנוע. לאחר כ-5 דקות חלפה נידת, ולאחר 2-3 דקות נוספות נראה אדם שמנמן ומרכיב משקפיים רץ 'לכוון הימני של הכביש', כשהוא מחזיק צמוד לחזהו 'בשקית אדומה-בורדו'. הוא נכנס למכונית מסוג 'סובאר' משנת 83 והסתלק מהמקום כשהוא נוהג 'בטירוף ואף נסע בכביש שלצידו מוצג תמרור אי-כניסה'. הנאשם הבין שזה השותף הרביעי למעשה, והוא אף זיהה אותו ('ידעתי כי אני מכיר אותו בוודאות'), ובשלב מאוחר יותר של ההודעה הוא גם נקב בשמו ('סאלח' מכפר קאסם).

לאחר כארבע-חמש דקות הופיעו חגי ומוסטפא, והנאשם הבחין שידו של חגי מגואלת בדם, והוא 'שיפשף, אולי בלי כוונה את הריפוד על הכיסא הקדמי שישב מוסטפא'. השלושה נסעו על פי הנחייתו של מוסטפא לפארק 'אפק', ושם פתח מוסטפא את תיקו והנאשם ראה שטרות רבים של כסף, מטבעות זהב, ותכשיטים שונים, ובין היתר, היה תליון מרובע שעליו היה חרוט השם 'עליזה'. על הנאשם הוטלה מלאכת מנינם של הדולרים ושותפיו עסקו בספירתו של השלל האחר. הנאשם מנה 27,000 דולר, ומוסטפא סיכם ומצא שיש 160,000 ש"ח. נקבע כי חלקו של הנאשם יהיה 45,000 ש"ח, אך הכסף יחולק לאחר תשעים ימים. מוסטפא הודיע שהוא הולך ללוייתו של המנוח, והזהיר את האחרים שאם יעצרו על ידי המשטרה, שלא יודו במעשה. הוא גם אמר לחגי בנוכחות הנאשם - 'ראית את הזקן הזה לא רוצה להיחנק'.

הנאשם ירד מהרכב בצומת 'קאסם', והאחרים המשיכו בדרכם לביתו של מוסטפא, שם היו כנראה בגדים להחלפה עבור חגי. למחרת ראה הנאשם את חגי מחליף את הכיסוי של המושב הקדמי בריכו, וחגי גם אמר שהוא עומד להחליף את הריפוד כולו. מכך, ומדבריו של חגי, כי מוסטפא עומד לקנות מכונית, הבין הנאשם ששותפיו החלו משתמשים בכסף, ועניין זה עורר את זעמו. השלושה נפגשו בבית הקפה ומוסטפא מסר לידו חמש מאות דולר, והבטיח למסור לו את כל חלקו בשלל לאחר מספר ימים. באותו מעמד פרט הנאשם שטר של מאה דולר אצל אחד מבעליו של בית הקפה. לאחר יומיים הודיע מוסטפא שבינתיים אין אפשרות לחלק את הכסף, ועניין זה הגביר את חשדו של הנאשם, ובעקבות כך איים עליו חגי, שאם יפתח את פיו - יבולע לו. בעקבות כל אלה החליט הנאשם להתקשר למשטרה, ולמסור פרטים על מעשה העבירה (עמודים 17-19 לפרוטוקול).

בית המשפט המחוזי, אשר דן בענינו של בן-עזרא, מצא שגירסתו זו של בן-עזרא - על פיה הוא, חגי

סרסור ואדם נוסף נטלו חלק במעשה השוד והרצח של המנוח - הינה גירסת אמת. בית המשפט נימק את

מסקנתו בהרחבה ומצא "דבר מה" לחיזוק גירסת ההתוודות של בן-עזרא במספר עובדות מוכמנות, עליהן יכול היה בן-עזרא לדעת רק מפי שותפיו למעשה אשר ספרו לו על קורותיהם בעת ביצוע המעשים בדירתו של המנוח. בפסק-דיני בערעור ציינתי נסיבות ונימוקים אשר יש בהן לחזק את האימון בגירסתו של בן-עזרא. לא אחזור על הדברים, המפורטים בפסקאות 19 ו-20 של פסק-דיני בערעור. אציין רק, בתכלית הקיצור, את הנימוקים התומכים במתן אמון בגירסתו: הנסיבות המיוחדות בהן ניתנה האימרה מיום 1.10.91, כמפורט לעיל; העובדה שבן-עזרא הגיע לעיסקת טיעון עם התביעה על פיה יודה בהריגה והתביעה תדרוש עונש מאסר של 10 שנים; בן-עזרא גם הודה בבית המשפט בעובדות המיוחסות לו, שעה שהיה מיוצג על ידי עורך-דין, אם גם אחר כך חזר בו מהודאתו; והעיקר, נמצא חיזוק להתוודותו בעובדות מוכמנות אותן מסר לחוקריו, כפי שמפרט בית המשפט המחוזי בהרחבה בהכרעת דינו של בן-עזרא.

12. חשוב לחזור ולציין, שהמדינה אינה טוענת שגירסת בן-עזרא אינה אמת. אף בטיעון בא כוח המדינה בפנינו לא נשללה גירסת בן-עזרא המפלילה אותו עצמו וכן את חגי ואת סרסור ו"אדם רביעי", אשר לזהותו עוד אתייחס. כפי שצויין לעיל, בקשת המדינה לזכות את בן-עזרא בערעור לא נסמכה על כך ששוכנעה שגירסת בן-עזרא אינה אמת. בקשה זו נשענה על סברת המדינה, לפיה יש לזכות את בן-עזרא מחמת הספק, בשל כך שאין ביכולת המדינה להראות קשר והתאמה בין שתי מערכות העובדות - זו על פיה נטען כי יש להרשיע את המערער, וזו על פיה נטען כי יש להרשיע את בן-עזרא. בית המשפט שלערעור נענה לבקשה זו וזיכה את בן-עזרא, אך לא בחן את הראיות במשפטו של בן-עזרא ולא זיכהו מהטעם שלא היה מקום להרשיעו על פי חומר הראיות שעמד נגדו. כמצויין לעיל, גם בית המשפט המחוזי, בפסק הדין השני בעניינו של המערער, לא שלל את גירסת בן-עזרא באימרותיו. כל שקבע היה, שאין ביכולתו לקבוע אם אלה אמת או לאו.

13. חברי, השופט ברך, מחווה דעתו בפסק-דינו שאין ליתן אמון באימרותיו של בן-עזרא. לחיזוק גישתו הוא מצטט אחת מאימרותיו, בה הפליל את אשתו כמי שנטלה חלק עמו בפרשת השוד והרצח, תוך ציון פרטים לגבי חלקה בפרשה. על רקע אימרה כוזבת זו, מוכן חברי לקבוע שבן-עזרא הינו "בעל אישיות פסיכופטית מובהקת, המסוגל להמציא סיפורים כוזבים בפרטי פרטים במטרה לספק את יצר הנקמה שלו". צר לי, אך, לדעתי, הרחיק חברי לכת במסקנתו, על רקע עובדותיו המיוחדות של המקרה, על רקע התרשמותו של בית המשפט אשר דן במשפטו של בן-עזרא ועל רקע הנמקתו של בית המשפט בהכרעת דינו לאימון שנתן בגירסתו של בן-עזרא.

אכן, האימרה הנזכרת אליה מפנה חברי הינה דוגמה לאימרות אחרות בהן שיקר בן-עזרא, אימרות אשר בחלקן "שתל" עובדות שאינן אמת כדי לסייע לו בעתיד, כשיבואו להסתמך על ההתוודות שבאימרותיו.

בחלקים שונים של אימרות מפיו הודה בן-עזרא ששיקר בפרטים שונים כדי לשמור קלפי מיקוח בידו. הוא גם ידע להצדיק זאת בקוראו לכך "שקר לבן" מבחינתו. לכל אלה נתן בית המשפט המחוזי, אשר דן במשפטו של בן-עזרא, את דעתו. הוא גם הבהיר למה הוא סבור שאין מדובר באדם ההוזה הזיות, אלא באדם המנסה להוליך שולל את חוקריו בעינים שונים.

כפי שמציין בית המשפט, לאחר סקירת אמירות שונות של בן-עזרא:

"שקריו לא היו מקריים וקדמה להם מחשבה, כשמטרתו כפולה - לתעתע בחוקרים, מחד גיסא, ולשמור לעצמו קלפים למיקוח, מאידך גיסא. לפיכך מסקנתו מכל אלה היא, כי הנאשם עבר תהליך הדרגתי של התוודות, שתחילתו ביום 2.9.91, ושסופה היה ביום 1.10.91, ועל כן ראוי לייחס משקל מכריע להודעה ת86/. גם לאחר מועד זה חזר הנאשם ואישר את מה שיוחס לו, ללמדך עד כמה היה עקבי בנושא זה, ואם חזר והכחיש מפעם לפעם דברים אלה או אחרים, היה זה מאותם מניעים שבשם כבר נקבתי" (ראו בפסקה 10 של הכרעת הדין).

ובפסקה 12 של פסק דינו חוזר בית המשפט המחוזי על דברים דומים:

"לדידי אין ספק שהנאשם שילב בחקירתו עובדות אמת וכזב לסירוגין, בין היתר מהנימוק שעליו העיד: לתעתע בחוקרים. לנאשם היה נתון כי עליו לשמור קלפים למיקוח, וכך עשה בפועל, כי הרי על פי תפיסתו, כפי שביטא אותה בשיחתו עם אחיו, ביום 1.10.91 - 'אני לא יכול לספר את הכל, אני חייב לשמור משהו, כי אם אני אספר הכל, זה יכול לשמש נגדי בבית המשפט'. אני קובע, איפוא כי בחינתן של אימרות הנאשם מכל זווית ראייה שתבחר מסקנתן אחת - שהתוודות הנאשם בדבר מעורבותו במעשי העבירה, היא התוודות אמת" ... (ראו בפסקה 12).

14. חברי, השופט בכך, מתייחס גם לחלק מהפרטים המוכמנים עליהם הסתמך בית המשפט המחוזי לחיזוק גירסתו של בן-עזרא, כמי שנטל חלק בפרשה. בית המשפט המחוזי היה ער לטענה שכאילו ספר בן-עזרא על פרטים אלה על יסוד אינפורמציה שהגיעה לידיעתו בשלב מאוחר יותר. אך קבע, על פי התרשמותו, שהפרטים נמסרו על ידי בן-עזרא מתוך ידיעתו שלו ומתוך דברים ששמע מסרסור. אוסיף לכך, שלחלק מהפרטים המוכמנים לא נמצא הסבר כלשהו אלא אם גם בן-עזרא היה מעורב בפרשה. איני מוצא צורך לפרט בענין זה, ודי אם אומר שהנמקתו של בית המשפט המחוזי סבירה בעיני. אדגיש רק ענין אחד. בן-עזרא ביקש להסביר בעדותו את ההתאמה בין דברים שמסר לחוקריו לבין עובדות המקרה אשר הוכחו בראיות אחרות, בכך שהוא אילתר דברים ורק במקרה אלה תאמו את עובדות המקרה. על פי "הסבר" זה, לא מסר את הפרטים המוכמנים על סמך דברים שכאילו פורסמו ברבים, כפי שטען סנגורו. על טענתו כאמור של בן-עזרא אומר בית המשפט המחוזי במשפטו של בן-עזרא, כי:

"טענתו של הנאשם כאילו אילתר, בדרך ההגיון, הסברים ש'במקרה' תאמו את האמת, לא קנתה אחיזה בליבי" (ראו בפסקה 12).

וחשוב להדגיש גם זאת: לצורך הכרעה בענינו של המערער, די שנמצאה גירסה מהימנה, או גירסה שאין לשללה, של אחר, בן-עזרא, אשר אינה מתיישבת עם הגירסה על פיה הורשע המערער, אפילו גירסה זו, כשהיא לעצמה, לא היתה מספיקה - בהעדר "דבר מה" לחיזוקה - להרשעתו בדין של בן-עזרא עצמו.

15. עוד חשוב להדגיש שגם חברי, השופט בר, אינו מרחיק לכת עד כדי קביעה שגירסת בן-עזרא לבטח אינה מהימנה. בחלק אחד של פסק-דינו הוא מציין שיש לו ספקות אם ניתן ליחס משקל רציני לגירסת בן-עזרא, מבלי לקבוע קטגורית שאין ליתן לה משקל. הוא גם מסכם את דעתו לעניין מהימנות גירסתו של בן-עזרא, באומרו, שאין הוא קובע מימצא מחייב והחלטי בעניין השאלה אם בן-עזרא היה נוכח באזור מגוריו של המנוח בעת ביצוע הרצח, ואם ניתן להסיק מהודאותיו שהיה מעורב בפעולת הסיוע לביצוע השוד על ידי כך שהסיע שניים מהקושרים למקום מגוריו של המנוח וחיכה להם במכונית עד שחזרו מביצוע זממם. חברי מסתפק בקביעה שמסקנה שכך אירע אינה ודאית (ראו בפסקה 14 של פסק-דינו). במלים אחרות, עמדתו היא, על בסיס הראיות שבתיק, שגירסת בן-עזרא בעניין זה היא אפשרית.

לא מיותר יהיה לציין בהקשר זה, שבפסק הדין הראשון, אותו אימץ בפסק הדין השני, התייחס בית המשפט המחוזי לשאלת מעורבותם של חגי וסרסור בשוד וברצח המנוח, ונמצא יותר מרמז בפסק הדין בכיוון מתן תשובה חיובית לשאלה זו. אומר על כך בית המשפט המחוזי בפסק הדין הראשון בהתייחסו לעדותו של חגי:

"ראינו את חגי יוסף והתרשמנו ממנו. קשה לומר שהרושם היה חיובי, וזאת בלשון המעטה. חגי יוסף מרבה מלל, כמעט היינו אומרים דברן כפייתי, ולא יכולנו להמנע מקבלת הרושם שהעצים הרבים (דהיינו המילים) נועדו אולי להסתיר את היער.

הרבה נקודות בעדותו של חגי יוסף עוררו תהיות וסימני שאלה, ולא מעטים השקרים שנתפס בהם. עד כדי כך לקתה גירסתו בחוסר אמינות, עד ששאלנו עצמנו אם לא הזדרזה המדינה יתר על המידה במהלכים שנקטה הן בתיקו (המשותף לו ולמוסטפא סרסור) והן בערעור של מוטי בן-עזרא. אלא שחגי יוסף איננו הנאשם שבפנינו, והרשעתו או זיכוי אינם עומדים כרגע על הפרק".

התרשמותו של בית המשפט המחוזי מעדות חגי העלתה את החשד, אם לא מעבר לכך, שהשלושה - בן-עזרא, חגי וסרסור - קשורים לרצח. רק מכיוון שחגי וסרסור לא היו נאשמים בפניו, לא קבע בית המשפט המחוזי עמדה נחרצת בעניין זה. באימרתיו הפליל בן-עזרא את חגי וסרסור והפללה זאת עומדת בתשתית גירסתו. יוצא, שמוצאים אלו גם בפסק הדין שניתן בענינו של המערער אימוץ של גירסת בן-עזרא.

16. בחנתי שוב את הראיות שהיו בפני בית המשפט שדן בעניינו של בן-עזרא - אלה אשר הוגשו כראיות במשפטו של המערער - ואת פסק דינו של בית המשפט המחוזי במשפטו של בן-עזרא. כשלעצמי, ובניגוד לעמדתו של חברי השופט בך, דעתי היא שראיות אלה הן להכאורה להצדיק את הרשעתו של בן-עזרא. מבלי לקבוע עמדה נחרצת בעניין זה, די אם אומר, שספק רב בליבי אם בערעור על פסק הדין במשפטו של בן-עזרא, אם לא היתה עומדת לנגד עיני בית המשפט מסכת הראיות שהובאה במשפטו של המערער, היה רואה בית משפט זה להתערב בהכרעת הדין המרשיעה את בן-עזרא.

סיכומה של נקודה זו הוא, כי עלינו לצאת מהנחה שגירסת ההתוודות של בן-עזרא, על פיה הוא נטל ביחד עם חגי סרסור ו"אדם רביעי" חלק בשוד וברצח של המנוח, כמתואר ב-ת86/86, היא גירסה שאין לשללה. לצורך הכרעה בעניינו של המערער, עלינו לצאת מהנחה כי קיים בסיס ראייתי לאפשרות שארעו אותם אירועים על פי גירסת בן-עזרא. יהיה עלינו לבחון אם גירסה זו משתלבת בראיות העומדות נגד המערער, על פיהן הורשע בדיון, או שמא אין היא מתיישבת עמו.

האם משתלבת גירסת בן-עזרא עם העובדות שהביאו להרשעת המערער?

17. ראינו שבן-עזרא סיפר בגירסתו אשר ב-ת86/86, שכשמונה דקות לאחר שחגי וסרסור הלכו לדירת המנוח לבצע את השוד, הוא ראה אדם רץ מכיוון הדירה כשהוא מחזיק בשקית אדומה-בורדו. הלה נכנס למכונית מסוג סובארו משנת 1983 והסתלק מהמקום, כשהוא נוהג בטירוף ואף נסע בכביש שלצידו תמרור "אין כניסה". בן-עזרא הבין שזה השותף הרביעי למעשה, והוא אף זיהה אותו, ובשלב מאוחר יותר של האימרה גם ידע לומר שהיה זה סאלח מכפר קאסם.

לאמירות נוספות שלו, אשר יש בהן להבהיר ש"אדם רביעי" זה לא היה המערער עוד אתייחס להלן. אדגיש רק, שבמהלך הדיון בבית המשפט המחוזי ואף במהלך הדיון בערעור לא טענה המדינה שהמערער הוא אותו "אדם רביעי" אליו התייחס בן-עזרא. כזכור, המדינה לא טענה שמסכת העובדות בהליך שהתנהל בעניינו

של בן-עזרא מחד ובהליך שהתנהל בעניינו של המערער מאידך, משתלבות זו בזו, או מתיישבות ביניהן. בהתאם לכך, לא הועלתה מצידה כל טענה כאילו המערער הינו שותפם של בן-עזרא, חגי וסרסור.

18. בפסק הדין שבערער ביקש חברי השופט חשין ליישב בין גירסת בן-עזרא לבין מעורבותו של המערער בביצוע השוד והרצח. מנימוקים אשר פורטו בפסק דינו בערער, ראה לקבוע, מבלי שנטען כך על ידי המדינה, שאותו "אדם רביעי" הוא, כנראה, המערער.

בפסק הדין של חברי השופט בך בדיון נוסף זה, מועלית סברה חדשה. הסברה היא, שיתכן והיה "אדם רביעי" שאינו המערער, אך בנוסף לו היה עוד אדם חמישי, הוא המערער, ואולי היו עוד אנשים נוספים. סברה זו מבוססת על כך שהוברר שחגי וסרסור לא הכניסו את בן-עזרא בסוד כל הפרטים הקשורים בביצוע השוד והרצח. שהרי, בן-עזרא לא ידע על צירופו של אותו סאלח למבצע, אלא לאחר המעשה עצמו. בן-עזרא גם לא היה בתוך הדירה בעת ביצוע מעשי השוד והרצח ואין הוא יודע ממקור ראשון מי נטל בהם חלק. חגי וסרסור גם לא סיפרו לו, שהמערער נמצא בדירה בעת שהם ביצעו את מעשיהם כלפי המנוח.

19. לדעתי, אין לקבל תיזות אלה של שני חברי. תחילה אתייחס לסברתו של חברי, השופט חשין. בפסק דיני בערער התייחסתי בהרחבה לשאלה מי היה אותו "אדם רביעי", על פי גירסת בן-עזרא. בשל חשיבות העניין אחזור ואתייחס לכך כאן. על התיזה של חברי השופט חשין, על פיה המערער הוא אותו "אדם רביעי", אמרתי שם (ראו בפסקה 29):

"צר לי, אך אין בתיזה שמעלה חברי - שהמערער הוא אותו 'אדם רביעי' אליו התכוון בן-עזרא - לשנות את דעתי, על פיה אין גירסת ההתוודות של בן-עזרא מתיישבת עם אשמתו של המערער. המדובר בתיזה תיאורטית, אשר לו היתה, לדעת המדינה, מבוססת, המדינה בודאי לא היתה טוענת שאין לתמוך בשתי ההרשעות - זו של בן-עזרא וזו של המערער. תיזה זו גם מתעלמת מחלק מגירסת ההתוודות של בן-עזרא - זה אשר מצא את ביטויו גם באמרת בן-עזרא מיום 1.10.91 - אשר שימשה בסיס לקביעות העובדתיות על ידי בית המשפט המחוזי במשפטו של בן-עזרא".

כנגד תיזה זו, יוזכרו ויודגשו העובדות והנימוקים הנוספים שלהלן:

א. בן-עזרא מתייחס לשותפותו של אדם נוסף במעשה השוד והרצח במספר הזדמנויות בהן

נחקר: בשיחה שבינו לבין פקד אלימלך מיום 29.9.91 (ראה התמליל נ4/ כ', בעמודים 41, 43, 44, 45 ו46-);

בשיחה עם השוטר משה הראל (ראה התמליל נ24/ כג' בעמוד 4); באמרתו מיום 1.10.91 (נ24/ כו' בעמוד 5); בשיחה עם החוקר רוני מנחם מיום 28.1.92 (ראה דו"ח נ24/ לא'); בשיחה עם פקד פלדמן ואחרים מיום 28.1.92 (ראה התמליל נ24/ לב' בעמוד 5). התמונה המצטיירת מדבריו, בהתייחסו לאדם נוסף זה, היא שמדובר בערבי ישראלי מכפר קאסם. הוא אף מציין את שמו - "סאלח" - וכן הוא יודע שמדובר בקבלן, ובאחד המקומות הוא אף מציין שהוא יודע את מקום מגוריו. בן-עזרא אומר, כי בסמוך לפני ירידת חגי וסרסור מהדירה ראה את אותו אדם נוסף יורד מבית המנוח, כשחבילה בידי, נכנס לרכב מסוג סובארו ומסתלק במהירות מהמקום, תוך שהוא נוהג במהירות בכיוון נסיעה אסור. תאורו את אותו משתתף נוסף מופיע גם באמרה נ24/ כו', אשר היתה, כאמור, יסוד להרשעתו של בן-עזרא. אכן, התאור של אותו אדם לא תמיד זהה בכל המקרים בהם הזכיר אותו. במקרה אחד הדגיש שהוא קצת שמנמן עם משקפיים (אך לא הזכיר שהוא נמוך) ובמקום אחד הזכיר שהוא גבוה. אך אין סתירות בתאורו את אותו אדם. מה גם, שהוא נתן אמצעים מזהים למכביר של אותו "אדם רביעי", אשר, כעולה מגירסתו, הוא הכירו מקודם (ראה את תאורו בעמודים 10 ו-11 של אמרתו נ24/ כו', שם הוא מבהיר בהרחבה באילו נסיבות הכיר את סאלח - ידידם של חגי וסרסור - לפני יום המקרה). ובדו"ח זכרון הדברים נ24/ לא', הוא מזכיר את אותו שותף נוסף כערבי גבוה מכפר קאסם, וזאת בסמוך לדברים אחרים שאמר באותה הזדמנות, על פיהם למערער אין כל מעורבות בפרשה. נקל להתרשם מכל המתואר במסמכים הנ"ל, ש"האדם הרביעי" אליו הוא מתייחס הוא בודאי לא המערער.

חשוב להדגיש, שאת דבריו על כך שזהה את אותו סאלח כ"אדם הרביעי" אשר השתתף במעשה השוד והרצח, לא שמר בן-עזרא בליבו. הוחלפו דברים בקשר לכך בינו ובין חגי וסרסור בסמוך לאחר המעשה. על מה שהיה זמן קצר לאחר המעשה, כשהיו הוא, סרסור וחגי עסוקים בספירת הכסף בהיותם בפארק, מספר בן-עזרא באמרתו נ24/ כו':

"לפתע פרץ ויכוח שניהלתי עם חגי ואמרתי לו אתם חושבים שלא ראיתי את סאלח? ואז חגי נתן לי אגרוף חזק ביד הימנית שלו ואמר לא מספיק שלא עשית כלום ויש לך עוד טענות?" (ראה בעמוד 6 של האימרה).

חשיבותו של קטע זה היא לא רק בכך שכבר סמוך לאחר מעשה אמר בן-עזרא שהוא ראה את סאלח, אלא גם בכך שחגי וסרסור לא מכחישים את הדבר. כל שיש לחגי להגיב על כך הוא להכות את בן-עזרא ולהתריס נגדו שאין לו לבוא בטענות על כך.

עוד מספר בן-עזרא באותה אימרה (בעמוד 7):

"כשיצאנו מאותו הפארק חגי אמר למוסטפא 'טוב שהבאת וחשבת על סחבאק'".

ומוסיף בן-עזרא ומבהיר:

"הבנתי וידעתי בודאות שאדון סאלח היה איתם בשעת השוד".

סאלח הוא ידידו של סרסור, ובן-עזרא יכול היה להבין מדברי חגי לסרסור שסאלח, אותו ראה רץ כמתואר בגירסתו, אכן היה שותף למעשה. הנה כי כן, בן-עזרא מזהה את "האדם הרביעי" בצורה שאינה מתיישבת עם היותו המערער.

ב. לבן-עזרא לא היתה כל סיבה לנקות את המערער מכל אשמה, לולא היה משוכנע בחפותו. וכפי שהזכרתי כבר, סביר להניח שהיה יודע על מעורבותו של המערער בפרשה, אם אמנם היה מעורב בה. העובדה שחגי וסרסור - מטעמי זהירות או מטעמים אחרים - לא גילו לו מראש את זהותו של האדם הנוסף אשר יטול חלק במעשה, אינה סותרת את ההנחה שהיה יודע על כך, לפחות לאחר מעשה. אל נשכח, שלאחר השוד נפגשו השלושה ואף קבעו את אופן חלוקת השלל. הוא גם נפגש עם חגי וסרסור פעמים נוספות. אך סביר הוא שהיה יודע על שותפותו של המערער במעשה, אם זה היה נוטל בו חלק.

בעת ביצוע השוד והרצח, לא ידע בן-עזרא על כך שהמערער היה בדירת המנוח. אך הוא יכול היה לדעת מפי שותפיו מי באמת נטל חלק כשותף במעשה השוד. והנה, לא רק שעל שותפות, כביכול, של המערער במעשה לא נודע לו, אף לא לאחר מעשה, אלא שחגי אימת בדבריו ובהתנהגותו, כמבואר לעיל, את העובדה שסאלח היה השותף הנוסף.

ג. חברי, השופט חשין, ער לכך שעל פי גירסת התוודותו של בן-עזרא אותו "אדם רביעי" הנו, מפורשות, אותו סאלח ולא המערער, וכי על פי גירסתו אלה שנטלו חלק בשוד וברצח הם ארבעה: בן-עזרא, חגי וסרסור וסאלח. קבלת גירסת בן-עזרא בעניין זה אינה מתיישבת, על כן, עם גירסת אשמתו של המערער. ההסבר שמוצא חברי ליישוב הסתירה הוא, שאין הוא מוכן לסמוך על גירסת בן-עזרא, על פיה אותו "אדם רביעי" הוא אחר ולא המערער. חלק זה של גירסת בן-עזרא אין הוא מוכן לקבל, בשל "הפכפכותו של בן-עזרא".

כאן גולש חברי לבחינת מהימנות גירסת התוודות של בן-עזרא, תוך שהוא מפצלה ומבטל את אותו חלק בה אשר אינו עולה בקנה אחד עם אשמתו של המערער.

לא ברור לי, ולא השתכנעתי, על סמך אלו נתונים ניתן לבטל דווקא חלק זה בגירסת בן-עזרא כלא היה. בן-עזרא אינו מתייחס בגירסת התוודותו ל"אדם רביעי" אלמוני שנטל חלק בפרשה, כשהוא משאיר בספק את שאלת זהותו. לו היה מספר, לדוגמה, שמפי חגי או סרסור הוא יודע על כך שהשתתף אדם נוסף, מבלי שהוא ראה אותו, ניתן היה לבחון, אם דבריו ביחס לזהותו של אותו "אדם רביעי" עומדים במבחן - לקבלם או לשללם. אך גירסתו מתייחסת לאדם שהוא ראה, ורק על סמך ראייה זו הוא יודע על קיומו של "אדם רביעי", והוא מתאר אותו כאדם אחר שאינו המערער. כיצד ועל סמך מה ניתן לפצל את עדותו ולקבוע שהיה "אדם רביעי", אך "אדם רביעי" זה היה המערער? האם ניתן וראוי לפצל את עדותו בעניין זה, רק מכיוון שהוא מערער את גירסת אשמתו של המערער? אכן, אין בפיצול עדותו של בן-עזרא לעניין זה כדי לשכנע.

כאמור לעיל, בית המשפט המחוזי אשר דן בעניינו של המערער לא יכול היה לקבוע אם גירסת בן-עזרא במשטרה - כולה או חלקה - ראויה לאמון. בית המשפט המחוזי אשר דן במשפטו של בן-עזרא וקיבל את גירסתו במשטרה, לא קבע שחלק זה של גירסתו אינו אמת. הוא אף הגיע למסקנה (בפיסקה 15 להכרעת דינו), שהמערער שבפנינו לא היה מעורב בפשע. לטעמי, אין בידינו לשלול קטע זה של גירסת בן-עזרא, באין כל ראייה, עילה או נימוק שיצביעו על כך, שדווקא בעניין זה שיקר בן-עזרא. מידת מעורבותו או אשמתו של בן-עזרא בפרשה לא היתה תלויה בשאלת זהות השותף הנוסף לפשע. לבן-עזרא לא היה כל עניין לבדות זהות של פלוני כמשתתף בפשע ולהעלים את חלקו של אלמוני. לצורך מה היה לו להעליל על פלוני סאלח, אם זה לא נטל חלק בפרשה? לא נטענה כל טענה, ובודאי לא הובאה ראייה, לכך שהיתה לבן-עזרא עילה להפלילו, אם לא נטל חלק בפרשה. ומה נימוק היה לו לגולל את האשמה מהמערער, אם זה היה מעורב במעשה השוד והרצח?

ד. נקודת המוצא בדיונו היא, כי קיימת גירסה של בן-עזרא - זו אשר נמסרה בהתודותיו במשטרה - אשר אין לשלול את נכונותה. על פי גירסה זו, היו ארבעה שותפים למעשה - הוא עצמו, חגי, סרסור ואחר אשר אינו המערער. לא הוכח כל קשר מוקדם, או לאחר מעשה, בין מי מהארבעה לבין המערער בכל הנוגע לפשע שבוצע בדירת המנוח - לא בראיות שהובאו במשפטו של המערער ולא בראיות ששימשו יסוד להרשעת בן-עזרא. סביר להניח, שלו היה קיים קשר כזה, היתה נמצאת לכך ראייה כלשהי. במצב דברים זה, אין בהעלאת תיאוריה חסרת כל יסוד ראייתי, בדבר אפשרות קיומו של קשר כזה, כדי לשלול את קיומו של ספק סביר בדבר מעורבותו של המערער במעשה השוד והרצח.

נחזור ונזכיר, אין צורך לקבוע בוודאות שהמערער לא נטל חלק בפשע בהסתמך על גירסת התוודות של בן-עזרא. לו היה ניתן לקבוע זאת בוודאות, לא היה מתעורר כל קושי. כדי לבסס ספק סביר בדבר אשמתו של המערער, די שתקיים אפשרות סבירה שהוא לא היה מעורב בפשע. אפשרות כזו עולה מגירסת התוודות של בן-עזרא. בהתאם לכך, היתה דעת כל ההרכב בערעור הראשון כי ראוי להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי, על מנת שיבחן את מהימנותה של גירסת התוודות של בן-עזרא ואת מידת ההשפעה של גירסה זו על תוצאות הדיון. כאמור, בדברים שהבאתי לעיל מתוך פסק דינו בערעור הראשון, קבענו בערעור הראשון כי ללא התייחסות כזו לא ניתן להכריע באורח פסקני בשאלת אשמתו של המערער.

בית המשפט המחוזי החליט בפסק הדין השני, שאין הוא יכול לקבוע אם ואיזה חלק של גירסת בן-עזרא הינו אמת, ועל כן לא שלל גם את נכונות אותו חלק בגירסה, שחברי, השופט חשין, מבקש לבטלו כבלתי אמין. חברי מוכן לקבוע בביטחון שאותו חלק של הגירסה אינו אמין. לא אוכל להצטרף לקביעתו זאת. כאן נפרדת דרכי מדרכו, ומכאן גם התוצאה השונה אליה אנו מגיעים.

20. לא אוכל להסכים גם לתיאוריה שמעלה חברי, השופט ברך, שאולי המערער היה שותפם של חגי וסרסור ובן-עזרא לא ידע על כך, כי השנים לא גילו לו זאת.

ראשית, הוכח שלא היתה היכרות בין בן-עזרא למערער קודם יום המקרה (ראו התמליל נ24/ לב' בעמודים 34, 39, 41, 53). קיימת גם ראייה, שהמערער לא הכיר את חגי וסרסור. הדבר עולה מתמליל הקלטות של שיחה בין המערער לבין המדובב שלו אשר נזכר בכינוי X. ציטוטים נרחבים מהקלטות אלה מצויים בסיכום טענות המדינה שהוגש במהלך הדיון בערעור. אין חולק שבעת הקלטות אלה לא ידע המערער שהוא מוקלט, ואף לא ש-X הינו סוכן משטרה. בתמליל שיחה מיום 21.5.92 קלטת 1 (83/92) בעמוד 11 שואל X את המערער "מי הם השלושה שיושבים על זה", כשהכוונה לבן-עזרא, חגי וסרסור שהיו אז במעצר. על כך עונה המערער "שלושה, לא מכיר אותם בכלל". דברים דומים הוא אומר בקלטת 1 מיום 21.5.92 (81/92). בעמוד 30 מתפתחת שיחה בין X למערער לאחר שהמערער סיפר ל-X שהוא היה במקום בעת ביצוע השוד, אך לא הוא שביצע את השוד והרצח. X אומר למערער "אבל חגי יוסף יודע שאתה לא היית לפי דברך?" ועל כך משיב המערער: "חגי יוסף ראה אותי שמה אבל הוא לא יודע מי אני ומה אני. איך קוראים לי בכלל". לא סביר הוא שהמערער היה שותפם של חגי וסרסור למעשיהם במנוח, אם לא הכירם כלל. ומהקטע המצוטט האחרון אף עולה, שלא היה כל קשר בין המערער לחגי וסרסור, וכי לכאורה הופתע חגי לראות את המערער בדירה.

שנית, כפי שראינו, על אף כל מאמצי החקירה מטעם התביעה למצוא קשר בין שתי מערכות העובדות - דהיינו קשר בין אלה המעורבים במעשה על פי גירסת בן-עזרא לבין המערער - לא נמצא כל קשר כזה. נראה לי, שיש לייחס לכך משקל. באין קשר כזה מתחזקת גירסת המערער, שהוא נקלע למקום באורח מקרי ולא היה שותף לחגי וסרסור אשר שדדו ותקפו למוות את המנוח. אכן, כשאין כל ראיה על קשר כזה או על הכרות בין המערער לחגי וסרסור - וכאמור, יש ראיות על העדר הכרות קודמת כזו - האפשרות של קיום קשר בין חגי וסרסור לבין מערער אינה אלא אפשרות תיאורטית חסרת כל משקל של ממש.

שלישית, בן-עזרא גרס מפורשות בחקירתו במשטרה שהמערער לא היה שותפם למעשה השוד והרצח. בן-עזרא לא היה אמנם בדירת המנוח בעת ביצוע מעשי השוד והרצח. אך הוא היה, על פי גירסת התודותו, שותפם של חגי וסרסור לתיכנון המעשה ולחלוקת השלל לאחריו, והוא בא עמם בדברים לאחר ביצוע המעשים. בנסיבות אלה, סביר להניח שלו היה מעורב נוסף במעשה היה יודע על כך. לפיכך, גירסתו בשאלה אם המערער היה מעורב בפרשה כאחד מהשודדים יש לה משקל, אפילו שלא נכח במקום המעשים, ואפילו שלא ידע על הימצאותו של המערער בדירת המנוח. בגירסתו עליה סמך בית המשפט אין הוא מזכיר את המערער כשותף, וכשנשאל בחקירתו בעניין זה מפורשות, שלל מעורבות של המערער.

21. בפסק דיני בערעור התייחסתי לנקודה אחרונה זו וצינתי (בפסקה 12):

"העובדה שהמערער אינו מעורב בפרשה, מצאה ביטוי מפורש בחלק מהדברים שבן-עזרא מסר לחוקריו. ביום 28.1.92 ביקש בן-עזרא לדבר עם החוקר רס"ר רוני בן-מנחם ולמסור לו דברים. במהלך השיחה בין השניים, בה ביקש בן-עזרא לעשות עיסקת טיעון עם המדינה לפיה יוטל עליו עונש של ארבע-חמש שנות מאסר, נשאל בן-עזרא על ידי רס"ר מנחם אם שמו של המערער, בן-סימון, מוכר לו. כותב על כך רס"ר מנחם בדו"ח שערך:

'שאלתי אותו אם השם בן-סימון מוכר לו וזה ענה שכן ושלבנר (אבנר כבל - ת"א) כבר פנה אליו במעצר ואמר לו שהם, כלומר הוא וחגי, עושים תרגיל על בן-סימון והוא אמר להם לא מעניין אותי תעשו מה שאתם רוצים, אך מסר שלסימון בן-ארי אין שום קשר לעניין וזו סתם עלילה לגביו ואין לו שום מעורבות' (ראה מוצג נ24/ לא').

באותו יום בשעה יותר מאוחרת, התקיימה שיחה בין בן-עזרא לבין פקד פלדמן ויואב מנצור, ובה נשאל שוב בן-עזרא אם סימון בן-ארי מעורב בפרשה והוא ענה ש'לא'. הוא נשאל איך בן-ארי 'נכנס' לפרשה, ועל כך הוא עונה 'הוא נכנס בדרך תעתוע'. וכשנשאל 'מי ארגן?' הוא עונה 'חגי ואבנר כבל' (ראה בתמליל שיחה נ24/ לב' בעמוד 11).

חשיבות דבריו של בן-עזרא לרס"ר מנחם ולפקד פלדמן ויואב מנצור אינה רק בכך שהוא אומר שהמערער לא היה שותפם - שלו ושל חגי וסרסור. החשיבות היא גם, ואולי בעיקר, בכך שהוא מספר שידוע לו שעושים "תרגיל" למערער ומכניסים אותו לפרשה, על אף שאין לו מעורבות בה, וכי חגי ואבנר ככל הם האחראים להפללתו על לא עוול בכפו.

אמירתו זו של בן-עזרא מבהירה את חלקו של כבל בהפללתו של המערער, כפי שאתייחס לכך עוד להלן. גם אין להתפלא על כך שכבל סיפר לבן-עזרא על כך שהוא וחגי מנסים להפליל את המערער, ואף לא על כך שהם בחרו דווקא במערער על מנת להפלילו. כבל ידע, כנראה, מפי חגי על מעורבותו של בן-עזרא, וסביר היה בעיניו שבן-עזרא יקבל בעין יפה, שבמקום שהוא חגי וסרסור יצטרכו לתת את הדין, נמצא קרבן עליו ניתן להטיל את האשמה. הבחירה במערער דווקא כקרבן התאימה לכך, שכן, כפי שעוד יוברר, אבנר פגש את המערער לאחר המקרה כשהיה פצוע (לגירסת המערער נפצע על ידי שודדיו של המנוח) וידע מחגי, אשר דובבו, איפה ומתי נפצע המערער. יש, על כן, אחיזה בעובדות המקרה לגירסתו של בן-עזרא בדבר תיכנון להפליל את המערער על ידי כבל וחגי, וכי מפי כבל שמע על כך. נזכיר עוד, שכבל לא הפליל את המערער במשך חודשים לאחר המקרה, ועשה כן רק לאחר שחגי היה עמו בתא המעצר ו"דובב" אותו.

דבריו של בן-עזרא גם משתלבים בטענת המערער, בשיחתו עם X, שכבל מוכן היה להפלילו כנגד תמורה שקיבל מחגי, חברו, בצורת מימון עורך דין לכבל (ראה בעמוד 17 של קלטת 3 (83/92) מיום 23.5.92, המצוטט בעמוד 15 של סיכומי טענות התביעה בערעור).

22. עומדים אנו, איפוא, במצב שקיימת גירסת בן-עזרא, על פיה המערער לא היה שותף למעשי השוד והרצח לעומת ראיות נסיבתיות מהן הסיק בית המשפט המחוזי שנוכחות המערער בבית המנוח בעת שנשדד ונרצח לא היתה תמימה. האם במצב דברים זה לא מתעורר ספק סביר באשמתו של המערער, דהיינו ספק סביר אם לא נקלע למקום, כגירסתו, במקרה וכי לא נטל כל חלק בשוד וברצח? באין ראיה על קשר כלשהו בינו לבין בן-עזרא חגי וסרסור לפני המקרה ולאחריו, ולאור קיום ראיות על אי הכרות כלשהי ביניהם, האם היה יסוד לבית המשפט המחוזי לקבוע, מעל לכל ספק סביר, שהמערער מעורב במעשים? קביעתו של בית המשפט המחוזי היתה, שאין הוא יכול לשלול שהיו אנשים נוספים בדירה בעת המעשים במנוח. הוא אף רמז על מעורבותם של חגי וסרסור במעשים. אך קביעתו היתה:

"שוכנענו כי אם היו אנשים נוספים - הם היו בעצה אחת עם הנאשם".

האם היה יסוד לקביעה כזו, במידת הודאות הנדרשת במשפט פלילי, וזאת על אף גירסת בן-עזרא ובניגוד לגירסתו של המערער, אשר היתה הגירסה היחידה של מי אשר נכח במקום?

הראיות במשפטו של המערער לעומת גירסת בן-עזרא - האם קיים ספק סביר באשמת המערער?

23. בפסק דיני בערעור התייחסתי לראיות הנסיבתיות, על פיהן הגיע בית המשפט המחוזי למסקנה המרשיעה את המערער. ראיות אלה נסמכו בעיקרן על עדויות עדים, שעל מהימנותם חלק המערער. אין כוונתי לקבוע שמדובר במערכת עובדתית שאין בה כוח שכנוע משלה. אך, לדעתי, אין הראיות הנסיבתיות נגד המערער, אפילו בהצטברותן, כה חזקות כדי לשכנע מעבר לכל ספק סביר בדבר אשמתו של המערער, אם זוכרים אנו שקיימת מסכת ראיות על פיה המערער לא היה מעורב במעשה. חברי, השופט בך, הזכיר את הראיות עליהן הושתתה הרשעת המערער. להלן אתייחס לעיקרן של הראיות הנסיבתיות אשר עמדו ביסוד הרשעת המערער ובהסבר אפשרי להן, על פיו אין בהן די כדי לשכנע, בנסיבות ענייננו, באשמת המערער מעבר לכל ספק.

א. בית המשפט המחוזי האמין לעדותו של אבנר כבל, כאילו ימים מספר לפני המקרה הציע לו המערער לפרוץ לדירת המנוח. עובדה זו שימשה לחיזוק הגירסה שמספר ימים לאחר מכן היה המערער בין אלה שבאו לשדוד את המנוח. אך היו בפני בית המשפט מספר ראיות אשר יש בהן להטיל ספק במהימנות גירסתו של כבל. ראשית, יודעים אנו מפי חגי שהוא אשר "דובב" את כבל כשזה היה עצור בכלא. מדבריו יודעים אנו, שכבל הנו עבריין וכן נרקומן אשר חלק מהזמן היה ב"קריז". כבל היה אחד מהנרקומנים אותם דובב חגי בכלא (ראה עדות חגי יוסף בעמוד 124). חגי אף מציין באמרתו 11/1 שהוא הפעיל פעולות ריכוך ביחס לכבל, והדבר לקח מספר ימים עד שכבל נכון היה לייחס למערער את הניסיון לגייס אותו כדי לפרוץ לדירת המנוח (ראה בעמודים 1 ו-2 של האימרה). אין לשכוח גם, שחגי עצמו היה חשוד ונאשם בקשר לרצח המנוח, והיה לו עניין "להוציא" מכבל, כמו מאחרים, גירסה שיהא בה כדי לנקותו. לכך יש להוסיף סתירות שנתגלו בין גירסת כבל לבין גירסת חגי, כפי שהצביע על כך בא כוח המערער. וגם זאת, יודעים אנו מפי בן-עזרא, שקשה לסמוך על הגירסה של כבל נגד המערער. כמצויין לעיל, בתמליל השיחה בין בן-עזרא לבין חוקרי המשטרה פלדמן ומנצור (נב' 24/ לב' בעמוד 11), מוצאים אנו שבן-עזרא מספר לחוקרים שחגי ואבנר כבל "ארגנו" את המערער לפרשה "בדרך תעתוע". גם מזכר לעיל, שבשיחה בין המערער למדובב X הוא מספר כי כבל העליל עליו, וכי עשה זאת על פי עיסקה עם חגי. לדבריהם של בן-עזרא וכבל כאמור, לא התייחס בית המשפט המחוזי בפסק דינו.

ב. בעניין הסכין ת1/, אין זיהויה חד משמעית ונותר ספק בעיני בית המשפט המחוזי אם המדובר בסכין שהמערער הביאה לדירת המנוח. מה גם, שאשת המערער, אשר התבקשה לזהות את הסכין, העידה, בין היתר, שרק שבועיים אחרי המקרה נעלמה הסכין מביתה.

ג. לגבי סימני הדם של המערער בדירה נמצא הסבר אפשרי, הסבר הנזכר בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, על פיו דמו של המערער, אשר נפגע על פי תיאורו על ידי אחד הרוצחים, הגיע לאותם מקומות בהם נמצא באמצעות "מתווך".

ד. בית המשפט המחוזי זקף לחובת המערער את הערכת הזמן שעבר בעת האירוע בין כניסת השודדים ועד שנכנס מהמטבח למקום בו נמצאו השודדים (שלוש עד חמש דקות). אך אין לשכוח שמדובר בהערכה של זמן בעת אירוע מעשים טראומטיים. בנסיבות כאלה, גם אם מתברר שההערכה היתה, אולי, מוטעית, לא הייתי מסיק מכך דבר לחובת המערער. גם לא מצאתי שבתאור המערער את התנהגותו ואת האירועים בתוך הדירה יש להכריע לשבט את גירסתו.

ה. גם ל"התנהגותו המפליאה" של המערער לאחר מעשה יתכן הסבר. הכוונה להתנהגותו כשהכחיש את נוכחותו בדירה בעת השוד, ובדה ראיות כדי להרחיק עצמו מזירת העבירה. המערער הסביר את התנהגותו, גם בכך שחשש מהרוצחים אשר ראוהו, וגם בחשש שאם יגלה שהיה בדירה, תוטל עליו אשמת שותפות במעשה, ולא יאמינו לו שנוכחותו במקום היתה מקרית ותמימה. לפיכך, לא התקשר למשטרה או למגן דוד אדום לאחר המקרה, ואף ניסה להעלים, הן בדברים שאמר והן בהתנהגותו, את נוכחותו בדירה בעת מעשה, עד לשלב בו נוכח שקיימות ראיות על פיהן הוכח דבר המצאו בדירה.

לגירסתו זו של המערער, על פיה נקלע לדירת המנוח שלא בקשר לשוד, ובדבר הנימוקים שבגינם לא הודה בנוכחות במקום, נמצא חיזוק בדברים שאמר לתומו, כששוחח עם אחרים. לאורך שיחותיו עם המדובר X מצוין המערער עובדות התואמות את גירסתו בבית המשפט. כך, סיפר למדובר, שבאו שני אחרים לדירה בעת המצאו בה, והם הופתעו מנוכחותו במקום. והוא גם מסביר למה חשש לספר את מה שראה בדירה, על אף שלא היה מעורב בשוד וברצח (ראה, לדוגמה, בקלטת מיום 24.5.92 בעמודים 13-15, 16, 19, 20, 25). גם לאחר שהיה עמו בתא, מוריס לוגסי, סיפר המערער את הגירסה, על פיה לא היה שותף לשוד ולרצח (ראה נ25/).

לראיות אלה לא התייחס בית המשפט המחוזי בפסק דינו.

חברי, השופט בך, קובע שהתנהגות המערער בנסיבות המקרה אינה התנהגות מתקבלת על הדעת של אדם חף מפשע, אשר נקלע למקום בו התקיים שוד. אך סביר היה, לדעתו, שהמערער יתקשר למגן דוד אדום ולמשטרה, מיד לאחר שהצליח לברוח מהדירה. משלא נהג כך, אות הוא שהיה בין מבצעי השוד והרצח.

דעתי שונה. אני מוכן להניח, שבדרך כלל יש לצפות שאדם במצב אליו נקלע המערער, לטענתו, ינהג כהמלצתו של חברי. אך אני מוכן לקבל שלא תיתכן אפשרות שמי שנקלע למצב כאמור יכנס לפניקה ויחשוש הן מהרוצחים, אשר ראוהו בדירה, והן מכך שאם יתקשר למשטרה עלולים שלא להאמין לגירסתו ולייחס לו שהיה בין השודדים והרוצחים. המערער עזב את הדירה כשהמנוח היה כנראה מת, הדירה היתה מלאה כתמי דם, כולל שלו, והוא עצמו נפצע, לדבריו, מהתקפת השודדים אותו. את השודדים לא הכיר מקודם, ולא יוכל לתת פרטים שיאפשרו את לכידתם. בנסיבות אלה, חשש שייחסו לו את המעשה. עובדה היא, שסמוך לאחר שמוכן היה להודות בפני המדובב שהוא היה בדירה בעת מעשה (לאחר שהוברר לו שדם שנמצא בדירה זוהה כדמו), הסביר לו את הנימוקים לאי נכונותו לגלות קודם לכן את דבר היותו בדירה בעת ביצוע השוד והרצח. הסברו ל-X תואם את העמדה שהציג בעדותו בבית המשפט. כשלעצמי, לא הייתי מוציא מכלל אפשרות, שאדם במצב אשר לטענת המערער הוא נקלע אליו ינהג כפי שנהג. לא הייתי מוציא מכלל אפשרות, שכדי להרחיק את עצמו מזירת העבירה, אפילו שלא הוא ביצע את העבירות, ילך אדם שנקלע למצב כזה ויסתבך בשקרים, עד שיוכח שאין עוד טעם להכחיש את דבר היותו בדירה בעת ביצוע השוד ואז יודה בנוכחותו בדירה.

ו. לכל האמור לעיל אוסיף ואזכיר שוב, שמתמלילי השיחות של המערער עם המדובב X עולה שהמערער לא היה קשור כלל אל חגי וסרסור. ניתן ללמוד זאת גם מהתמלילים אשר הובאו על ידי התביעה בסיכום טענותיה במסגרת הערעור.

אכן, בשיחותיו עם X ביקש המערער תחילה להעלים את נוכחותו במקום. אך לאחר שנמצאו ראיות להימצאו בדירה בעת ביצוע השוד והרצח, הוא מסביר ל-X שאין לו קשר עם סרסור וחגי וכי נקלע למקום המקרה. מדבריו בתמלילים אלה עולה, שטענת כבל כאילו המבקש הציע לו לשדוד את המנוח הנה שקר וכזב. הוא גם מספר למדובב X על פעולות השודדים כלפי המנוח כשהוא לא נטל בכך כל חלק.

אכן, בחלקים של השיחות בין המערער ו-X האחרון מדריך את המערער כיצד להציג את עניינו בפני החוקרים, לאור זאת שקיימות ראיות שהמערער היה במקום. אך בכל השיחות ביניהם, אף לא פעם אחת מודה המערער בכך שהיה בין אלה אשר באו לשדוד את המנוח. ולהיפך, כל השיחות מתנהלות על רקע גירסתו,

שהוא לא נמנה על השודדים, ורק ראה את האחרים, אותם לא הכיר מקודם, מבצעים את המעשה ואף תוקפים אותו כשנוכחו לדעת שהוא בדירה.

24. חברי, השופט ברך, עומד על כך שלא יתכן שתתקיימנה מספר ראיות נסיבתיות אשר יש בהן לסבך את המערער, והדבר יהיה מקרי. אך כבר עמדתי על כך, כי יתכן שעל כל אחת מנסיבות אלה - כמו הידברות מוקדמת עם כבל לשדוד את המנוח, הקשר לסכין בה בוצעו דקירות בעת המקרה, אי אזעקת המשטרה או אמבולנס - לא ניתן לסמוך כראיה מפלילה נגדו. על פי המבואר לעיל, ואם נקבל כאפשרות שהתנהגותו השיקרית של המערער לאחר המקרה, כשרצה להרחיק עצמו מהמצאות בדירה בעת המקרה, נבעה מאותם חששות כפי שהבהיר - משתנה התמונה. אותה תמונה, על פיה קיימות ראיות נסיבתיות שיש בהן להפליל את המערער, שוב אינה חד משמעית, ועולה ומבצבץ הספק בדבר אשמתו של המערער. עולה הספק, אם המצאו בדירה בעת ביצוע השוד לא היה מקרי, כגירסתו.

חברי, השופט ברך, מסכם בפסק דינו את מסקנתו באומרו:

"ולבסוף, אם נטען שבכל זאת אין אנו יודעים בדיוק מה אירע ברגעים הקריטיים ושמה בכל זאת קיימת אפשרות כלשהי שנוכחותו של המערער במקום היתה תמימה, הרי אוכל רק לחזור ולהדגיש כי גם במשפט הפלילי מודרכים אנו על ידי שיקולי השכל הישר וההגיון הבריא, ומבלי שדורשים אנו, לצורכי הרשעה, הוכחה בודאות מוחלטת".

לא אחלוק על הצגת הדין שבקטע זה. המחלוקת ביני ובין חברי היא אם המסקנה המתבקשת מנסיבות המקרה היא שנוכל לקבוע, לא בודאות מוחלטת, אלא באותה מידת ודאות הנדרשת במשפט פלילי, שהמערער היה שותף למעשי השוד והרצח. על רקע הראיות במשפטו של המערער כמבואר לעיל, ולאור קיומה של גירסת בן-עזרא, אשר אינה מתיישבת עם הגירסה המרשיעה עליה סמך בית המשפט המחוזי, קיים בעיני ספק סביר בדבר אשמתו של המערער.

יובהר ויודגש, אין אני בא לחלוק על כך שיתכן ויהיה בראיות נסיבתיות להוכיח את אשמתו של נאשם, ואף לא לקבוע כעובדה מוכחת שגירסת המערער היא אמת. כל כוונתי היא להראות שעוסקים אנו בשאלת מהימנות גירסה ובראיות אשר אינן כה חד משמעיות, עד כי ניתן לומר - על אף קיומה של גירסה אלטרנטיבית המעוגנת בראיות, על פיה לא נטל המערער חלק במעשה הרצח - כי מעורבותו של המערער בשוד וברצח הוכחה מעבר לכל ספק סביר.

25. על השאלה מתי מתקיים "ספק סביר" עמדתי בפסקאות 14 ו-15 לפסק דיני בערעור. לא אחזור על הדברים במלואם. די אם אזכיר שבמקרה הרשעה על סמך ראיות נסיבתיות, מן ההכרח שראיות אלה תובלנה למסקנה חד משמעית בדבר אשמתו של הנאשם. על הראיות וכוחן המצטבר להיות כאלה שלא תתכן היפותיזה סבירה אחרת על פיה קיים ספק בדבר אשמתו של הנאשם (ראו ע"פ 543/79, 622, 641 נגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 113, 140-141; ע"פ 224/88 איזראלוב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 661, 668-669). שהרי אם קיימות ראיות בדבר קיום אפשרות סבירה על פיה הנאשם לא עבר את העבירה, אין לומר שהראיות מובילות למסקנה חד משמעית בדבר אשמתו.

אשר לקיומו של ספק סביר, הרי שמקום בו מתעורר ספק לגבי גירסה מרשיעה, אשר הוא ספק ממשי ורציונלי המעוגן בעובדות המקרה, יש מקום לקבוע כי קיים "ספק סביר" בשאלת אשמתו של הנאשם. ברוח זו ציין הנשיא ברק בע"פ 1003/92 רסלאן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), כי יכול לקום ספק סביר מקום בו קיימת "אפשרות סבירה", אשר "הסתברותה" סובסטאנטיבית ולא אפסית" לקיומה של אפשרות חלופית לאפשרות המרשיעה או למערכת נסיבות אחרת מן המערכת המרשיעה (סעיף 10 לפסק הדין). מכך עולה, כי אין די באפשרות גרידא לכך שהנאשם הוא חף מפשע. נדרשת אפשרות מציאותית, אשר יש לה בסיס. אין די באפשרות תיאורטית, המעוגנת אך בספקולציות או השערות, אשר אינן נתמכות בראיות (או בהיעדרן) (ראו Choate v. State 462 N.E. 2d 1037 (1984) 1041; Harrison v. State 382 N.E. 2d 920 (1978) 927). הנחיה ברוח דומה אושרה בענין State v. Grant 517 So. 2d 1151 (1987). על פי אותה הנחיה ניתן לקבוע כי התקיים ספק סביר, מקום בו עולה - מן הראיות שהוצגו או מהיעדרן של ראיות - ספק המעוגן בבסיס ממשי ומוחשי, להבדיל מספק הנשען על דמיון, קפריזה או השערה גרידא. על פי ההנחיה האמורה (עמוד 1156):

"This doubt must be a reasonable one, that is, one found upon a real, tangible, substantial basis and not upon mere caprice, fancy or conjecture".

בנקודה זו הבאתי בערעור את הדברים שנאמרו על ידי הנשיא שמגר בפרשת דמאיניוק, הן בשאלה מהו "ספק סביר" והן על דרך ליישום ההלכה על עובדות המקרה שם.

ואלה דברי שם (בפסקה 15):

"בערעור בעניין דמיאניוק מצא בית המשפט שקיימת מערכת ראיות שנמצאה מהימנה על בית המשפט המחוזי, ובית המשפט לא ראה שיש הצדקה להתערב בממצאי המהימנות של בית המשפט המחוזי, על פיהם הוכחו האשמות שיוחסו לדמיאניוק כמי שהפעיל את תאי הגזים. אך במהלך הדיון בערעור הוגשו ראיות נוספות בכתב, הכוללות הודעות ורישומי פרוטוקול של עדויות וואכמנים שנחקרו בשעתו, על פיהן לא דמיאניוק אלא אחר, איוון מרצ'נקו, הוא שהפעיל את תאי הגזים. בית המשפט התקשה לקבוע את מידת האוטנטיות והמהימנות של הראיות הנוספות כאמור, אך הראיות כאמור הותירו ערפל, באשר הועלו ספקות לגבי היותו של דמיאניוק מפעיל תאי הגזים, ובידי התביעה לא היתה אפשרות להבהיר את התעלומה בדבר קיומן של ראיות כאמור".

בבחנו את משמעותן והשפעתן של הראיות כאמור על תוצאות הדיון, אומר בית המשפט בעניין

דמיאניוק (בעמוד 622) דברים אשר יש להם חשיבות לענייננו:

"מגוון האפשרויות בעת בחינת הראיות הוא כמובן רב: יש שראיה פלונית נראית מעורפלת ובלתי בהירה במידה מספקת כדי לשקול כנגד ראיות אמינות ובעלות משקל, ויש שראיה אינה אמינה כפשוטו; אין אפשרות למצות את כל מגוון הנסיבות שיכולות להיווצר בעת השוואת ראיות זו לזו; העיקר הוא שחובה על בית המשפט להתייחס לכל ראיה מהותית כדי להבין פשרה ובמידת הצורך לנמק דחיית אמינותה. הווי אומר, גם כאשר יש בפני בית המשפט ראיות הנראות אמינות לעילא, לא ניתן להשאיר בצד, כדבר שאין חפץ בו, מערך ראיות נוסף ומקביל, מבלי שהוסבר איך הוא משתלב בגירסה השוקלת לחובת הנאשם; הראיות צריכות להשתלב זו בזו, למעט אלו הנדחות כבלתי משכנעות או בלתי אמינות או מזויפות, או בשל טעמים כיוצא באלה; לפיכך, לא ניתן לומר לגבי ההודעות: קבוצת ראיות זו איני יודע איך להגדירה או איזו תווית להדביק עליה, אולם אני מתעלם ממנה" (ההדגשות שלי - ת"א).

בית המשפט התלבט שם גם בשאלה האם לא ניתן ליישב בין עדויות עדי הראיה שנשמעו בערכאה

הראשונה לבין אותן ראיות נוספות שהוגשו בערעור, והאם רשאי הוא להסתמך על הסבר אפשרי לסתירה בין

שתי מערכות הראיות.

בעניין זה נאמר בפסק הדין:

"אפשר להעלות ספקולציות, אולם הערכות וניחושים אינם תחליף לנקודת אחיזה ראייתית, עליה ניתן לסמוך ולבסס הסבר אשר יהיה בו כדי ליישב בין גירסת עדי הראיה לבין הודעות הוואכמנים. הרי, אין המדובר בגירסאות שונות שכל הדרוש כדי ליישב ביניהן היא תיזה הגיונית המיישרת את ההדורים ומסלקת את הסתירה הקוטבית שביניהן. מדובר כאן על מערכות עובדתיות סותרות, לכאורה, לגביהן

דרוש, לאור טיבן ומהותן, נדבך ראייתי נוסף, כגון, הוכחה המבטלת אמיתות או אמינות ההודעות, או, למשל, ראייה המוסיפה ומבהירה כי היו מפעילים נוספים לתאי הגזים בפרקי הזמן השונים של הפעלתם, או תיזה לפיה היה וואכמאן בשם מרצ'נקו, אך קשירתו להפעלה של תאי הגזים היא המצאה מאוחרת או בלתי מדוייקת מבחינת משך הזמן או ראיות אחרות כיוצא באלה. דא עקא, לא הובאה ראייה המאיינת אמיתות או אמינות ההודעות" (שם, בעמוד 663 - ההדגשה שלי, ת"א).

מסקנתו של בית המשפט היתה, שבאין הסבר שיישב בין שתי מערכות הראיות, די בכך כדי להביא

לזיכוי של דמיאניוק מהעבירות שיוחסו לו על פיהן היה מפעיל תאי הגזים.

26. חברי השופט בך מתייחס בפסק-דינו לדברי אלה באמרו:

"אסור לנו להתעלם מההבדל העקרוני בין פרשת דמיאניוק לבין המקרה דנן. בערעור דמיאניוק השאלה במחלוקת נסבה על זהותו של אותו איוואן האיום. מספר ניצולי שואה העידו בבית המשפט המחוזי בירושלים שדמיאניוק הוא האיש, ואילו מספר ניכר של נחקרים בחו"ל הצביעו על אדם אחר. אין פלא שבנסיבות אלה התעורר בלב השופטים ספק בשאלת זהותו של מבצע הפשעים האמורים. זאת במיוחד כאשר לא עלה בידי התביעה לתת הסבר לאותן עדויות שנגבו בחו"ל זמן לא רב לאחר סיום מלחמת העולם.

ואילו המצב בערעור שבפנינו הינו שונה. אמנם מודה בן-עזרא במילוי תפקיד שהיתה בו משום שותפות לרצח, אך ביחס למה שאירע למעשה בדירת המנוח בעת ביצוע רצח, זוהי ראייה חיצונית ונסיבתית גרידא. כפי שכבר הסברתי לעיל, לא היה בידי בן-עזרא מידע ישיר בדבר אופן ביצוע הרצח ומספר המשתתפים בו, ואין באף אחת מגירסותיו הסותרות אחת את השניה כדי לשלול את האפשרות שהמערער בן-ארי, אשר לכל הדעות היה נוכח בעת הרצח בדירת המנוח, ביצע את הפשע או השתתף בביצועו בצורה זו או אחרת.

שותף אני לדעה, כי במשפט פלילי לא ניתן להרשיע אדם על סמך פרופוזיציות מעורפלות או מסקנות ספקולטיביות.

אך כאשר חומר הראיות מצביע לכאורה על אשמתו של הנאשם בוודאות הדרושה במשפט פלילי, אזי אין באי-וודאות ועירפול מסויימים ביחס לחלקם של אנשים אפשריים נוספים בפשע כדי למנוע את הרשעת הנאשם בדיון, כאשר השתתפות אפשרית זו של אותם אחרים אינה שוללת את אשמתו של נאשם בו עסקינן".

לדבריו אלה של חברי אני מבקש להעיר מספר הערות.

א. בית המשפט המחוזי אשר דן במשפטו של דמיאניוק הגיע למסקנה שהוכח שדמיאניוק הנו האיש

שהפעיל את תאי הגזים על סמך ראיות מזוהות אשר באו בפניו. על מסקנותיו של בית המשפט המחוזי אומר

בית המשפט העליון בפסק הדין אשר ניתן בערעור, שאלה לא התערערו, ולו הראיות שהיו בפני בית המשפט המחוזי היו הראיות היחידות, לא היה מהסס להרשיע את דמיאניוק (ראו בקטע הראשון של פסקה 452). אלא שבפני בית המשפט שלערעור הוצגו הודעות על פיהן אחר הוא שהפעיל את תאי הגזים וכאילו נפלה טעות בזיהוי. ויודגש, לא הובאה עדות של מי שברשותו היו מסמכים אלה. גם מוסרי ההודעות לא העידו ולא נחקרו. לא ניתן היה, על כן, להבהיר ולברר דבר כלשהו מעבר לכתוב בהודעות, למרות ששאלות רבות התעוררו בקשר לכך. גם לא הובאו ראיות לגבי נסיבות גביית ההודעות ולא העידו אלה שגבו את ההודעות. כפי שאומר שם בית המשפט:

"אופן גביית ההודעות וראיותיהם של מוסרי ההודעות ושל גובי ההודעות, נותרו בפנינו, על כן, בגדר נעלם גדול אחד, שאף צד מבעלי הדין לא הבהיר אותו על ידי ראיה קבילה. ממילא הערכת אמיתותן ואמינותן של ההודעות הכתובות הללו היא, על כן, קשה" (ראו בפסקה 454 של פסק הדין).

הנה כי כן, אין המדובר במצב בו קיימות מספר עדויות של ניצולי שואה כי דמיאניוק הוא האיש, כנגד מספר ניכר של נחקרים בחו"ל שגרסו אחרת. תאור זה אינו משקף את המצב שעמד בפני בית המשפט לערעורים. עמדה בפניו גירסה של עדים מזהים שנחקרו בפני בית המשפט המחוזי, אשר בית המשפט ראה לסמוך על מהימנותם ולהשתית עליהם את פסק-דינו ובית המשפט העליון סבר שמסקנות בית המשפט המחוזי על פי ראיות אלה מוצקות ואינן מצדיקות התערבות. לעומתן הוגשו בשלב הערעור מסמכים שלא רק מהימנות האמור בהם, אלא גם האותנטיות שלהם כלל לא הוכחה.

על אף זאת, בגלל החשש הרחוק שמא יש ממש במסמכים אלה - דבר שלא הוכח - ראה בית המשפט העליון לזכות את דמיאניוק מחמת הספק.

ב. כפי שהראתי לעיל, בענייננו עומדות נגד פסק הדין המרשיע של המערער, לא רק מספר קושיות לענין הראיות הנסיבתיות כמצדיקות הרשעה. עומדת כנגדו גירסה של בן-עזרא, על פיה המערער לא היה חלק מקבוצת השותפים למעשי השוד והרצח.

לא "בעירפול ואי וודאות" העובדות שבגירסת בן-עזרא עוסקים אנו, אלא באמירות מפורשות שהמערער לא היה שייך לקבוצת האנשים שבצעה את השוד והרצח. וכפי שבקשתי להראות, בית המשפט המחוזי אשר דן בענייננו של המערער לא שלל את נכונות גירסת בן-עזרא בחקירתו, ואף המדינה אינה מבקשת

שנקבע שגירסתו אינה ראויה לאמון. בנסיבות אלה, ובאין בידינו לשלול את גירסתו של בן-עזרא - וכזאת היא דעתי - די בכך כדי שנקבע שקיים ספק סביר באשמתו של המערער.

ג. המקרה בו עסקין נוח יותר לנאשם מזה שהיה במשפט דמיאניוק. שם היו עדויות של עדי ראיה המזהים את דמיאניוק כמפעיל תאי הגזים, אשר נמצאו מהימנות על בית המשפט. בעניינו קיימות ראיות נסיבתיות בלבד, אשר כפי שביקשתי להראות, יתכן והן מותירות ספק אף ללא קיום גירסת בן-עזרא. לא כל שכן, כשקיימת גירסתו של בן-עזרא. כנגד האשמות המפלילות בפרשת דמיאניוק נמצאו מסמכים אשר לא האותנטיות שלהם ולא מהימנות האמור בהם נחקרו או הוכחו. די היה באפשרות בלתי בדוקה כי האמור בהם אמת כדי להוליד ספק סביר בדבר זיהויו של דמיאניוק. בעניינו קיימת גירסה, אשר, בעיקרה, נמצאה מהימנה במשפטו של בן-עזרא, והיא לא הופרכה בכל דרך אחרת.

27. והערה לעניין מתכונת הניתוח בה בחר חברי, השופט בך. השאלה בדבר אשמתו של המערער צריכה להתחך על פי מכלול הראיות שהובאו בפני בית המשפט אשר דן באשמתו של המערער. אין לבדוק תחילה אם הוכחה אשמתו, בהתעלם מגירסתו של בן-עזרא, ולאחר מכן לבחון אם גירסתו של בן-עזרא מולידה ספק באותה גירסה. יש לבחון את הראיות כולן כמכלול אחד. יש לבחון את כל הראיות המפלילות בעניינו על רקע גירסת בן-עזרא, ועל יסוד בחינה כזו לקבוע אם ניתן להשתית עליהן הרשעה בפלילים. כך, למשל, שאלת מהימנותו של העד כבל, היתה צריכה להיבחן גם על רקע גירסתו של בן-עזרא, ובמיוחד הרקע לעדותו של כבל (קנוניה בינו לבין חגי) עליו העיד בן-עזרא.

יודעים אנו, שלא זאת היתה הדרך בה הלך בית המשפט המחוזי בעניינו של המערער. בית המשפט המחוזי התעלם כליל מגירסתו של בן-עזרא.

28. לאחר כתיבת פסק דיני זה, היתה לי הזדמנות לעיין בפסק דינו של חברי, השופט קדמי. לעיקרי הדברים המועלים בפסק דינו, נמצאת התייחסות במה שכבר נכתב לעיל. עם זאת, רואה אני להוסיף מספר הערות.

א. חברי ער לכך שבן-עזרא והמערער הורשעו, כל אחד מהם, על פי תרחיש שונה. מוסכם עליו שאין בחומר הראיות בסיס ל"שילובם" של שני התרחישים (פיסקה 2(ב) לחוות דעתו). הוא גם מסכים לכך, שאם מדובר בשני תרחישים שונים שאינם מתיישבים זה עם זה מעמיד הדבר בספק את ההרשעה על פי כל

אחד מהתרחישים. מדברים השזורים בפסק דינו גם עולה שמוסכם עליו שקיימת סתירה בין הגירסאות שהיו ביסוד הרשעת כל אחד מהשניים. כך כשהוא אומר:

"משנתגלתה ראיה חדשה - מעבר ל'אופק הסבירות' - המציגה במידת הוודאות הדרושה, תרחיש שונה של אירוע הרצח; ותרחיש זה אינו מותיר מקום - ולו על דרך הספק בלבד - לתרחיש שעליו השתית בן-עזרא את גירסתו בדבר 'מעורבותו' בביצוע הרצח - אין מנוס מהרשעתו של בן-ארי על פי הראיה החדשה" (בפיסקה 3(ג)).

הנה כי כן, קיימת סתירה בין התרחיש שהביא להרשעת המערער לבין גירסת בן-עזרא. אך גירסת בן-עזרא צריכה, לדעת חברי, להידחות בפני הראיות שהביאו להרשעתו של בן-ארי.

כפי שבקשתי להבהיר בפסק דיני, כל עוד קיימת גירסת בן-עזרא כגירסה סבירה אפשרית, המסקנה המתבקשת היא כי קיים ספק סביר בדבר אשמתו של המערער. כך הוא אם מבקשים להכריע בשאלת אשמתו של המערער על פי מכלול הראיות שהובאו במשפטו של המערער, כפי שמסכים חברי שצריך לעשות. לא מקובל עלי לקבוע, שכל מה שאינו מתיישב עם גירסת ההרשעה של בן-ארי צריך להיטוג בפניה, כשאין בידינו, לדעתי, לא כלים מתאימים ולא יסוד מספיק לשלול את גירסת בן-עזרא כגירסת אמת אפשרית.

ב. העניין השני בו מתמקד חברי, הוא בשאלה אם לגירסת התוודותו של בן-עזרא נמצא "דבר מה" לחיזוקה. לנושא זה - טיבו ומשקלו של ה"דבר מה" הנדרש בנסיבות המקרה, ולמשקלם של "הפרטים המוכמנים" כ"דבר מה" - מתייחס עיקר פסק דינו של חברי.

לדבריו של חברי בנושאים אלה אני מבקש להעיר שתי הערות.

ראשית, חברי דן בשאלת קיומו של "דבר מה" כאילו עסקין בשאלה אם היה מקום להרשיע את בן-עזרא על סמך התוודותו ועל סמך ה"דבר מה" אשר מצא בית המשפט המחוזי אשר דן בעניינו. על חוזקן של ראיות אלה עמדתי לעיל, ולא אחזור על הדברים. די לי אם אציין, שגם חברי, השופט קדמי, בדיעה שאילו נשמע ערעורו של בן-עזרא לגופו, אין לומר בודאות שערעורו היה מתקבל. אך העיקר הוא, שלא בכך עוסקים אנו. השאלה המעסיקה אותנו היא, אם ניתן לשלול את גירסת בן-עזרא בחלקה הסותר את העובדות שביסוד הרשעת המערער. כדי לענות תשובה שלילית לשאלה זו, אין הכרח שיימצא "דבר מה" לגירסת התוודותו של

בן-עזרא. גירסה זו, אף כשהיא עומדת לבדה, כמוה ככל ראייה אשר יש בה לשלול, ולו מחמת הספק, את המסקנה בדבר אשמתו של המערער.

שנית, בדונו ב"פרטים המוכמנים", מבקש חברי להפחית ממשקלם. אחד הנימוקים לכך הוא, שהפרטים המוכמנים או חלקם היו ידועים לחוקרי המשטרה. בעניין זה הוא אומר:

"... כאשר מדובר בידיעת פרטים 'מוכמנים', מן הראוי להבחין בין פרטים הידועים לכלל החוקרים, ועל כן, במקרים רבים, גם לכלי התקשורת; לבין כאלה שהמודה 'מגלה' אותם לחוקרים. משקלם של האחרונים רב לאין שיעור מזה של הראשונים; וכאשר מהימנותה העצמית של ההודאה לוקה בחסר - לא תמיד יהיה בכוחה של ידיעת פרטים הנמנים על אלה הידועים לחוקרים, לספק את דרישת ה'דבר מה' (בפיסקה 2(ט))."

דברים אלה קשים עלי. אני מתקשה לקבל את ההנחה שפרטים הידועים לחוקרי המשטרה, ובכלל זה פרטים אשר אי גילויים חשוב למהלכה התקין של החקירה, מגיעים במקרים רבים לכלי התקשורת. כן מתקשה אני לקבוע כלל - אשר כוחו עמו, כמובן, גם למקרים אחרים - שידיעת נחקר על פרטים מוכמנים תאבד, ככלל, ממשקלה הראייתי אם הפרטים ידועים לחוקרים. יתכנו, כמובן, מקרים בהם ניתן יהיה לייחס לחוקרים שהם אלה אשר גילו לנחקר את הפרטים. במקרה כזה ידיעת הפרטים לא יהיה בה, כמובן, ראייה נגד הנחקר. אך לא קיים חשד מתמיד, ובודאי לא הנחה, שחוקרים מגלים לנחקריהם פרטים מוכמנים, אך כדי אחר כך להסתמך על ידיעת הנחקר אותם כראיה נגדו.

בית המשפט אשר דן בעניינו של בן-עזרא לא מצא שיש יסוד להנחה כזו בפרשת חקירתו של בן-עזרא, ואין הצדקה שאנו נצא מהנחה כזו.

וגם זאת: כפי שהוזכר כבר לעיל, לא טען בן-עזרא שעל כל הפרטים המוכמנים ידע מפי חוקריו. הוא טען, שאת הפרטים המוכמנים הוא אילתר, ורק "במקרה" אלה תאמו את עובדות המקרה.

29. הגיעה עת סיכום. הפרשה בה היה עלינו להכריע את הדין מלמדת בעיני עד מה קצרה, לעיתים, ידו של בית המשפט להגיע אל חקר האמת. עניינו בעבירה חמורה של רצח המיוחסת למערער. בפני שני בתי משפט שונים הובאו שתי מערכות עובדות אשר אין קשר ביניהן, כשכל אחת מהן הביאה להרשעתו של אחר על פי החלטת שני הרכבים שונים של שלושה שופטים. לא הוכח בפני בתי המשפט אשר דנו בעניין כל קשר בין

החשודים במעשה על פי כל אחת משתי מערכות עובדות. יתר על כן, הוברר שאין הכרות מוקדמת ביניהם. התביעה עשתה מאמצים ניכרים למצוא חוט מקשר כלשהו בין המעורבים על פי שתי מערכות העובדות, אך העלתה חרס בידה. וגם זאת: חלק מגירסתו של בן-עזרא אינו מתיישב עם המסקנה בדבר אשמתו של המערער.

כפי שביקשתי להראות, ניסיון לקשור את שתי הפרשות, כאמור בפסקי הדין של חברי השופט חשין בפסק דינו בערעור ושל חברי השופט בך בדיון נוסף זה, אינו עולה בקנה אחד עם גירסת בן-עזרא. ניסיון זה אינו אלא העלאת אפשרות תיאורטית אשר אין לה אחיזה כלשהי בראיות.

התוצאה היא, כי גם לאחר ההליכים הרבים שנוהלו בפרשה זו, נותרו נעלמים רבים בפרשת שוד ורצח המנוח בלתי מפוענחים. לכך מסכימים גם חברי אשר בדעת הרוב, על פיה יש לדחות את ערעורו של המערער. זו גם עמדת התביעה. במצב דברים זה, שאלתי וחזרתי ושאלתי את עצמי אם יהא זה בטוח לשלול את גירסתו של המערער, על פיה נוכחותו בדירת המנוח לא היתה קשורה במעשה השוד אשר תוכנן ובוצע על ידי אחרים ונסתיים במעשה רצח. על פי מכלול הראיות אשר באו בפני בית המשפט המחוזי, כולל גירסת בן-עזרא, תשובתי היא בשלילה. מלווה אותי הרגשה שהרשעתו של המערער בנסיבות אלה עלולה לגרום לו עוול קשה, אשר לא יהיה ניתן עוד לתיקון. אשר על כן, דעתי, כפי שהיתה בשלב הערעור, לא השתנתה. לו היתה נשמעת דעתי, היינו מזכים את המערער מהעבירות בהן הורשע.

שופט

השופט י' קדמי:

1. א. אנוכי מצטרף למסקנתם של חברי, השופטים בך, גולדברג וחשין, בדבר קיומה של תשתית ראייתית מוצקה להרשעתו של בן ארי; וכמו השופטים בך וחשין, גם אנוכי לא מצאתי בתשתית הראייתית שעמדה בבסיס הרשעתו של בן עזרא, כדי להקים ספק בעניינו של בן ארי.

ב. אכן, חומר הראיה הכולל שהובא בפני בתי המשפט קמא בענינם של בן עזרא ובן ארי, מותר תמיהות המקימות חשד שמא יש לו, לבן עזרא, "נגיעה" כלשהי, בפרשת הרצח. ברם, לגבי דידי, אין בכך כדי להקים ספק לזכותו של בן ארי: התמיהות האמורות אינן גורעות מכוחה של התשתית הראייתית העומדת בבסיס הרשעתו של בן ארי; אלא אך מותרות בחזקת תעלומה את אופיה של אותה "נגיעה", שמכוחה מסר בן עזרא את הודייתו.

2. לצד ובנוסף, לטעמים העומדים בבסיס המסקנה המרשיעה שאליה הגיעו חברי - אליהם, ככלל, אני מצטרף - ברצוני להוסיף מספר הערות להבהרת עמדתי ודרך מחשבתי כדלקמן:

א. מקובל עלי, כי בנסיבות שחברו יחד בפרשה שבפנינו, אין לקבוע עמדה בעניינו של אף אחד מן השניים - בן עזרא או בן ארי - תוך התעלמות מעניינו של רעהו; אלא, אדרבא, יש לבחון את עניינו של כל אחד מהם, על רקע הראיות הקיימות בדבר מעורבותו של חברו.

במצב דברים זה, רשאי היה בית המשפט שדן בעניינו של בן ארי - וכן גם אנו - להעריך מחדש את התשתית הראייתית שעמדה בבסיס הרשעתו של בן עזרא, על רקע העובדות החדשות שהתבררו מאוחר יותר ואשר שימשו בסיס להרשעתו של בן ארי.

ב. בן עזרא הורשע על פי תרחיש שונה מזה העומד בבסיס הרשעתו של בן ארי כאשר אין בחומר הראיות בסיס ל"שילובם" של שני התרחישים או לגשר המקשר ביניהם. ויתירה מזאת: כל אחד משני התרחישים נבחן בערכאה הדיונית המוסמכת; ולכל אחד מהם נמצאה תשתית ראייתית מספקת לביסוס הרשעה על פיו.

לכאורה, הרשעתם של השניים על פי תרחישים שונים שלא נתן ליישב ביניהם, היא כשלעצמה מעמידה בספק את הרשעתו של כל אחד מהם; וזאת, משום שלעולם קיימת אפשרות - שאין להתעלם ממנה - שהתרחיש ה"אחר" הוא התרחיש האמיתי ועל כן מעמיד בספק, לפחות, את

"יריבו". לאותה תוצאה מגיעים, גם אם אחד מהשניים היה מזוכה מחמת הספק; משום שאם קיים ספק שמא האחד הוא הרוצח, קם מניה וביה ספק באשמתו של האחר.

ג. ברם, לעניות דעתי, לא כך הם פני הדברים במקרה דנן. בנסיבות הענין - לנוכח עוצמת התשתית הראייתית העומדת לחובתו של בן ארי ובהתחשב בטיבה של התשתית שעמדה בבסיס הרשעתו של בן עזרא - חייב התרחיש העומד בבסיס הרשעתו של בן עזרא בדבר ביצוע הרצח, לפנות את מקומו לתרחיש העומד בבסיס הרשעתו של בן ארי.

התרחיש שבגיניו הורשע בן עזרא עומד על "הודיית חוץ" שמסר, לפיה: חלקו באחריות לביצוע הרצח, מצומצם להסעתם של חגי וסרסור, במכוניתו של אחד מהם, לזירת הארוע, להמתנה להם שם עד לשובם ולהרחקתם מן המקום לאחר מעשה; כאשר - כפי שהדגיש חברי, השופט בך - כל המידע שברשותו בדבר ביצוע הרצח גופו, נעוץ במה שלטענתו סיפרו לו השניים.

חגי וסרסור כופרים מכל וכל במעורבות כלשהי בפרשת הרצח; ואין בחומר הראיות - פרט לידיעתם של פרטים שנמסרו לו, לדבריו, על ידי השניים - דבר או חצי דבר התומך בגרסתו של בן עזרא. בחינת משקלה של "ידיעת הפרטים" - שנעשתה על ידי חברי השופט בך - מלמדת, כי בן עזרא יכול היה "לקלוט" אותם פרטים ממקורות שונים ולא דוקא מן ה"מבצעים". בכך די כדי להותיר את הודיית החוץ של בן עזרא, ללא "דבר מה" הולם; כאשר, בנסיבות הענין - לנוכח העובדה שאין בנמצא דבר או חצי דבר המאמת את דבריו פרט ל"ידיעת פרטים" שלדבריו נמסרו לו על ידי האחרים - מן הראוי היה שאותו "דבר מה" יהיה כבד משקל, אם לא למעלה מזה.

ד. משקלו של ה"דבר מה" הדרוש לאימותה של הודיית חוץ, משתנה, מטבע הדברים, על פי מהימנותה הסגולית של הודיית החוץ כשלעצמה; באופן, שככל שההודייה, כשלעצמה, מקרינה אמון ואמינות - כך הולך וקטן משקלו של ה"דבר מה" הדרוש לביסוס הרשעה על פיה ולהיפך.

וזאת גם זאת, כפי שהסביר השופט גולדברג - בפסק דינו בע"פ 361/90 (לא פורסם); אוזכר בע"פ 2264/91, מו(2) 44, מסיקה) - משקלו, ואף טיבן, של ה"תוספות" הראייתיות הדרושות לביסוס הרשעה על פי עדות יחידה - והודיית חוץ של נאשם בגידרה - משתנה על פי מהימנותה ואמינותה העצמית של העדות היחידה הטעונה "תוספת"; כאשר טיבה של התוספת שקבע הדין, אינו מהווה אלא דרישת מינימום. אשר על כן, כאמור לעיל, אך טבעי הוא, שמשקלו של ה"דבר מה",

הדרוש לביסוס הרשעה על פי הודיית חוץ, משתנה ממקרה למקרה לפי הנסיבות; ואין זה מן הנמנע, שבמקרה נתון, לא יהיה די ב"דבר מה" - שהוא, על פי טיבו, תוספת "מאמתת" גרידא - ותידרש להודייה "ראיית סיוע", שהיא על פי טיבה תוספת "מסבכת".

ה. כאמור, בעניינו של בן עזרא, נדרשה מלכתחילה תוספת מאמתת כבדת משקל, על מנת לבסס הרשעה על פי הודיית החוץ שמסר; וזאת, בהתחשב בהתנהגות המוזרה והבלתי שגרתית שהביאה לחשיפת מעורבותו, בהפכפכותו, ובשינויים שעברה גירסתו - לרבות סיבוכה, הדמיוני על פניו, של אשתו - ומעל לכל בכך, שהוא לא היה עד למעשה הרצח והמידע שברשותו הוא מפייהם של מי שהיו לטענתו "שותפיו".

ה"דבר מה" שנדרש במצב דברים כזה להודיית חוץ - כאשר מהימנותו של המודה מעוררת מלכתחילה ספקות של ממש באשר ליכולתו של בית המשפט לסמוך עליו - חייב להיות בעל משקל נכבד ביותר; ולמעשה - ראוי היה לו, שיהיה בעל אופי של תוספת מסייעת, שיש בכוחה, כשלעצמה, כדי לסבכו באחריות למעשה הרצח.

בעניינו של בן עזרא, מצאה הערכאה הדיונית "דבר מה", בעקרו של דבר, בידיעתם של "פרטים מוכמנים". משקלה של "ידיעת פרטים" בהקשר זה מותנה בכך: שהפרטים על פי אופיים "מיוחדים" לארוע נושא ההודייה; והעיקר - שלא היתה למודה שום אפשרות לדעת אותם, אלא אם כן היה מעורב בענין. כפי שכבר צוין, חברי, השופט בך, הצביע בפסק דינו על משקלה הדל של "ידיעת הפרטים" במקרה דנא, בהתחשב בכך שבן עזרא יכול היה לקלוט אותם שלא מן ה"מבצעים" או להסיק אותם מפרטים שפורסמו או שהובאו לידיעתו במהלך חקירתו; והפרטים שמדובר בהם, אינם פרטים שהיו "עלומים" ושבן עזרא הוא שחשף אותם ו"הפתיע" בידיעתם את חוקריו, אלא פרטים "גלויים", שבן עזרא עשה בהם שימוש לתמיכת מהימנות גירסתו.

ו. אכן, חולשתו של ה"דבר מה" לא מנעה את הרשעתו של בן עזרא, על רקע ההתרשמות הישירה מעמידתו על דוכן העדים; ולא ניתן היום, בדיעבד, לומר בוודאות שערעורו היה מתקבל. ברם, משנחשפה נוכחותו של בן ארי בזירת הרצח והראיות שנאספו הקימו בסיס איתן להרשעתו באחריות לביצוע הרצח, על פי תרחיש שונה מזה שהציג בן עזרא בהודיית החוץ העומדת בבסיס הרשעתו שלו, ניטלה אמינותה של אותה "הודיית חוץ" לחלוטין, בכל הנוגע לביצוע הרצח. התשתית הראייתית העומדת בבסיס הרשעתו של בן ארי, מוצקה דייה כדי לדחות את התרחיש שהציג בן

עזרא; והתמיהות שמותירה הודיית החוץ שמסר בן עזרא, אינן מקימות ספק שמא גירסתו בכל זאת נכונה, אלא אך מניחות בסיס לאפשרות שהוא "נוגע" בדרך כלשהי בפרשת הרצח, על רקע או לצד התרחיש שעליו מבוססת הרשעתו של בן ארי.

לשון אחר: בניסבות הענין, אפשר שיש גרעין של אמת בבסיס הודיתו של בן עזרא, ושהוא אכן "נוגע" בדרך כלשהי ברצח המנוח.
ברם, לנוכח הראיות שבאו בענינו של בן ארי, "נגיעתו" של בן עזרא בענין זה, אינה חותרת תחת אחריותו של בן ארי לביצוע הרצח; אלא - אם אכן היתה כזאת - הרי היא "ניצבת" לצידה, בדרך, שנתרה, במצב הדברים הנוכחי, עלומה.

ז. בבסיסה של הרשעה על פי "הודיית חוץ" עומדת "חזקת מהימנות", לפיה אין אדם מודה בביצועה של עבירה, אלא אם כן, אכן ביצע אותה; ודרישת ה"דבר מה" לביסוס הרשעה על פי הודיית חוץ - שנמסרה "חופשית ומרצון" - לא באה אלא כדי להסיר חששות שמא, מטעמים נסתרים השמורים עם המודה, בחר האחרון להודות במעשה שלא עשה. דרישת ה"דבר מה" - יצירת הדין בארצנו - באה להגן על בית המשפט מפני טעות, באותה מידה שהיא מכוונת להגן על המודה מפני הוא.

כאמור, משקלו ואפיו של ה"דבר מה" - שהוא ה"גורם האוביקטיבי" היחיד, שעומד לרשותו של בית המשפט לבחינת אמיתותה של ההודייה "הסוביקטיבית" של הנאשם - משתנה בהתאם לאמינותה הבסיסית של ההודייה כשלעצמה; ומטבע הדברים, שבמקום שבסיסה של "חזקת המהימנות" האמורה מתערער - כבמקרה דגן - גובר משקלו של ה"דבר מה" הדרוש לביסוס הרשעה על פיה.

ח. במצב הדברים הקיים, אין זה מן הנמנע, שהסברו של מי שמסר הודיית חוץ הטוען כי הודייתו כוזבת - ידחה; ולהודייה - שנתרה בחזקתה כהודיית אמת - ימצא "דבר מה" טכני, שיספיק לביסוס הרשעה על פיה, כפי שקרה בעניינו של בן עזרא. לכאורה, רובצת האחריות ל"הטעייתו" של בית המשפט במקרה כזה, לפתחו של המודה, המוחזק כמי שאמר אמת בהודייתו, לאחר שנקבע כי זו נמסרה חופשית ומרצון; ואין לו - ולנו - לבוא בטרוניה אלא אליו.

"הודיית חוץ" הינה ראייה, וככל ראייה אחרת, קביעת מהימנותה ומשקלה הראייתית מופקדים בידי בית המשפט. בעקרון, דין "הודיית חוץ" - שנמסרה "חופשית ומרצון" - בכל הקשור למהימנותה ולמשקלה הראייתית, כדין עדותו של עד; ובית המשפט הוא זה שצריך לקבוע - בסופו של דבר - את מהימנותה הפנימית ואת טיבה ורמתה של התוספת הדרושה לאימותה ולביסוס הרשעה על פיה. עם זאת, אין להתעלם מכך שהודיית חוץ שונה מעדותו של עד המתייבב על דוכן העדים: זוהי עדות שניתנה מחוץ לבית המשפט ושלא תחת עינו הבוחנת של השופט; וחקירתו של המודה המתכחש להודאתו בבית המשפט - אינה שקולה כנגד חקירה שכנגד של עד על עדות שמסר במסגרת הדיון.

אשר על כן, נדרשת זהירות יתירה בביסוס הרשעה על פי הודיית חוץ כראיה יחידה; ודרישת התוספת - "דבר מה" - אינה מציגה, כאמור, אלא דרישת מינימום להודייה, שאין, בנסיבות הענין, עילה לפקפק במהימנותה.

ט. אכן, ככלל, ידיעת פרטים "מוכמנים" עשויה לספק את דרישת ה"דבר מה". ברם, כאמור לעיל, כאשר מדובר בידיעת פרטים "מוכמנים", מן הראוי להבחין: בין פרטים הידועים לכלל החוקרים ועל כן, במקרים רבים, גם לכלי התקשורת; לבין כאלה, שהמודה "מגלה" אותם לחוקרים. משקלם של האחרונים רב לאין שיעור מזה של הראשונים; וכאשר מהימנותה העצמית של ההודייה לוקה בחסר - לא תמיד יהיה בכוחה של ידיעת פרטים הנמנים על אלה הידועים לחוקרים, לספק את דרישת ה"דבר מה".

י. מקורה של "חזקת המהימנות", העומדת בבסיס קבילותה של הודיית החוץ והמקנה לה את המשקל הראייתית המתיר הרשעה על פיה - כשליצידה תוספת מאמתת - נעוץ בהגיון ובנסיין החיים. הסתמכות על שני אלה - ולמעשה עליהם בלבד - מחייבת, כאמור, נקיטה בזהירות רבה, הן לענין מהימנותה של ההודייה כשלעצמה והן לענין התוספת המאמתת הדרושה ליצידה; כאשר חוסר תשומת לב בהקשר זה - ולו גם קלה - עשויה להוליך לטעות קשה ומכאיבה. ברם, גם במקום שנגקטת מידת הזהירות הראויה, לעולם נותר אותו סדק צר של חשיפת ראייה חדשה, שיהיה בכוחה להשמיט את הבסיס מתחת לאותה חזקה.

עם זאת, נסיון העבר מלמד, כי סבירותו של החשש שמא יורשע אדם על פי הודיית חוץ כוזבת, אינה עולה על זו המלווה - בדרך הטבע -

הרשעה על פי עדות יחידה של עד ראייה; ונראה, כי המקרים שבהם משמיטה ראיה חדשה את

הבסיס מתחת ל"חזקת המהימנות" של הודיית החוץ - כמו גם כאשר מדובר בהרשעה על פי עדות יחידה - מצויים בגדרי התחום הצר של "הפתעה-בלתי-סבירה", שמותירה מידת ההוכחה של "למעלה מספק סביר", המחייבת בפלילים.

יא. לא נעלם ממני, כמובן, כי בית המשפט שדן בעניינו של בן ארי לא דן, בעת ובעונה אחת, גם בעניינו של בן עזרא; ועל כן, אין בכוחו להתערב ולשנות את המימצאים, שנקבעו בעניינו של בן עזרא במשפטו הוא.

דברים אלה נכונים, ככל שמדובר בעניינו של בן עזרא. ברם, לא כך הם פני הדברים - לשיטתי - כאשר מדובר בעניינו של בן ארי. בית המשפט הדן בעניינו של האחרון, אינו כבול למימצאים שנקבעו בעניינו של בן עזרא; ובמיוחד - במקום שבו השאלה שעל בית המשפט להשיב עליה היא: האם יש בכוחם של המימצאים שנקבעו במשפטו של בן עזרא, כדי להקים ספק לזכותו של בן ארי במשפטו הוא.

הגישה - שהיא, כאמור, גם גישתי - שבמשפטו של בן ארי מן הדין היה לבחון את אשמתו על בסיס "מכלול הראיות" - לרבות אלו שעמדו בבסיס הרשעתו של בן עזרא ואשר הוגשו במשפטו של בן ארי - מאפשרת הערכה מחודשת של הבסיס הראייתי שעליו מושתתת הרשעתו של בן עזרא. הערכה כזאת - כמפורט לעיל - עשויה להביא לתוצאה שונה מזו שאליה הגיע בית המשפט שדן בעניינו של בן עזרא; ובמיוחד כך הם פני הדברים, כאשר התשתית הראייתית שנפרשה בפני בית המשפט בעניינו של בן ארי לא הייתה כלל בפני בית המשפט שדן בעניינו של בן עזרא, והיא בבחינת "ראיה חדשה" בקשר אליו.

יב. חברי הסבורים כי יש להנות את בן ארי מן הספק ולזכותו, סומכים - ככל שהבינותי את עמדתם - במידה לא מבוטלת, על כך: שהתביעה לא שללה באורח חד משמעי את האפשרות שבן עזרא ו"שותפיו" נושאים באחריות לביצוע השוד והרצח; ושכך המימצאים המוחזי, שאליו הוחזר הדיון בעניינו של בן ארי, לא קבע עמדה נחרצת בהקשר זה.

לשיטתי - כפי שכבר ציינתי לעיל - אין בשנים אלה כדי לחסום בפני ערכאת הערעור את הדרך להערכה מחדש של כלל הראיות שבאו בפני בית המשפט המחוזי שעה שדן בעניינו של בן ארי, כאשר אלו כוללות גם את הראיות שבאו בפני בית המשפט שדן בעניינו של בן עזרא.

יג. ולבסוף, בשולי הדברים, ראיתי להעיר גם זאת: שני התרחישים - זה שעמד בבסיס הרשעתו של בן עזרא וזה העומד בבסיס הרשעתו של בן ארי - מדברים ב"שניים" שביצעו בפועל את השוד והרצח. לכאורה נוצרת בדרך זו "נקודת מפגש" בין שני התרחישים; וגירסתו של בן עזרא, מקנה - על פניה - מידה מסויימת של אמינות לגירסתו של בן ארי.

לשיטתי, אין בכך ולא כלום: ה"שניים" של בן עזרא לא אמרו לו דבר בקשר למפגש מפתיע ומסוכן עם "אחר" שהצליח להמלט; ואילו בן ארי לא טען לזהותם של אותם "שניים", והוא מסר את גירסתו לאחר שגירסת בן עזרא - המדברת ב"שניים" - היתה לנחלת הכלל.

3. א. לסיכום הערותי: במקרה דנן, לקחה הודיית החוץ של בן עזרא, כשלעצמה, בפגמי מהימנות משמעותיים, שהצריכו "דבר מה" כבד משקל, אם לא למעלה מזה; ו"הפרטים המוכמנים", שבהם נמצא ה"דבר מה", נמנים על אלה שהיו ידועים לחוקרים ובמידה רבה גם לתקשורת. במצב דברים זה, אין בכוחה של "הודיית-החוץ" שמסר בן עזרא, כדי ל"איים" על חוסנה של התשתית הראייתית העומדת בבסיס הרשעתו של בן ארי; והתמיהות שהיא מותירה, מתייחסות, כאמור, אך לטיבה של "נגיעתו" בפרשה - אם בכלל - על רקע התרחיש העומד בבסיס הרשעתו של בן ארי.

ב. לתוצאה זו, אפשר היה להגיע גם ללא חשיפת אחריותו של בן ארי לביצוע הרצח; אך, כפי שארע בפועל, אפשר היה לטעות ולהגיע לתוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי שדן בעניינו. בנסיבות הענין, הביא בן עזרא - בהתנהגותו שלו ובאמרות פיו - את בית המשפט, כמוסד של בשר ודם, אל גבול הטעות; ואין לו להלין בענין זה אלא אל עצמו. כך הם פני הדברים במקום שנאשם מודה בבית המשפט במעשה שלא עשה, ובית המשפט, אינו דוחה את ההודאה על סמך נסיונו השיפוטי, ומרשיע את הנאשם על פיה; וכך הם פני הדברים, כאשר המדובר בהודייה שנמסרה מחוץ לבית המשפט, ואין טעם שבהגיון לחשוד במודה כי הודיית כזב בפיו ולחפש תוספת מעבר ל"דבר מה" מצוי.

ג. ויהיו הדברים כאשר יהיו, משנתגלתה ראייה חדשה - מעבר ל"אופק הסבירות" - המציגה במידת הוודאות הדרושה, תרחיש שונה של ארוע הרצח; ותרחיש זה אינו מותיר מקום - ולו גם על דרך הספק בלבד - לתרחיש, שעליו השתית בן עזרא את גרסתו בדבר "מעורבותו" בביצוע הרצח - אין מנוס מהרשעתו של בן ארי על פי הראייה החדשה. חומר הראייה הכולל אינו מותיר בספק את אחריותו של בן ארי; ומה שנותר "עלום", מצטמצם למקור טענתו של בן עזרא שגם הוא "מעורב" בפרשה.

ש ו פ ט

השופטת ד' דורנר :

לדעתי מכלול הראיות שבא בפני בית-המשפט המחוזי אינו מוכיח מעבר לכל ספק סביר כי העותר הוא זה ששדד ורצח את המנוח. על-כן מן הדין לקבל את העתירה ולזכות את העותר.

העובדות וההליכים

1. המנוח נרצח בדירתו בפתח-תקווה. בכיסו ובמקומות שונים בדירה נמצאו סכומי כסף גדולים. בחקירה התברר כי מטבעות זהב שהחזיק בדירתו נעלמו. בנתיחה שלאחר המוות נמצא כי המנוח נדקר במכשיר חד דקירות שהיה בהן כדי לגרום מוות, אך בפועל המוות נגרם כתוצאה מחנק על-ידי לחיצה על הצוואר.

שניים - מרדכי בן עזרא (להלן: בן עזרא) והעותר - הורשעו על-ידי הרכבים שונים של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בשוד וברצח המנוח על-יסוד שתי מערכות עובדות שונות.

2. במשפטו של בן עזרא ביקשה התביעה להוכיח שהודאתו במשטרה כי השתתף כנהג מילוט ברצח ובשוד שבוצעו על-ידי שותפיו לעבירה מוסטפא סרסור (להלן: סרסור) וחגי יוסף (להלן: חגי) היא מהימנה, ושהודאה נתמכה בשורה ארוכה של פרטים שמסר בן עזרא במשטרה על זירת העבירה ודרך ביצועה, שרק מי שהיה שותף לרצח ולשוד יכול היה לדעת עליהם.

בהודאתו סיפר בן עזרא, בין השאר, כי סרסור וחגי חזרו למכונית המילוט שבבעלות חגי מבוהלים זמן קצר לאחר שעלו לדירת המנוח, כי ידו של חגי הייתה מגואלת בדם והוא ניגב אותה בריפוד המכונית, וכי סרסור החזיק בשלל שכלל מטבעות זהב. בן עזרא אף הוסיף כי הבין משותפיו שמעורב ברצח אדם רביעי. הם לא מסרו לו את שמו, אך הוא ראה אותו בעת שהמתין במכונית לחגי ולסרסור והתברר לו כי השותף הנוסף מוכר לו, שמו סאלח והוא מתגורר בכפר קאסם.

בתוך כך חגי, שנעצר בעקבות דברי בן עזרא, מסר בחקירתו במשטרה כי אבנר כבל (להלן: כבל), שהיה עצור עימו באותו תא, סיפר לו שהרוצח הוא העותר, וכי כבל הסיק זאת מדברים ששמע מפיו של העותר. העותר נעצר, ובחקירה התברר כי ביום שבו נרצח המנוח נפצע העותר במצחו ובחזהו וכבל סייע לו לטפל בפצעיו באופן שפציעתו לא תיוודע לרשויות. כבל גם מסר במשטרה כי זמן-מה לפני הרצח הציע העותר כי יפרצו יחד לבית המנוח.

על-יסוד מידע זה נשאל בן עזרא אם העותר השתתף ברצח. תשובתו הייתה כי העותר אינו מעורב במעשה וכי הוכנס "דרך תעתוע". לשאלת החוקר מי "אירגן" את התעתוע, השיב: "חגי ואבנר כבל בתא".

סניגורו של בן עזרא טען כי אין לייחס משקל ראייתי להודאה. זאת בשל הפרעות באישיות בהן לוקה מרשו, שתוארו בחוות-דעת פסיכולוגית שהגיש, ואשר באו לביטוי בהכחשות והתוודויות לחלופין במהלך החקירה. כן ביקש הסניגור להוכיח, בהסתמך על כתבה שהתפרסמה בדבר הרצח בעיתון מקומי בפתח-תקווה ועל עדותו של בן עזרא, כי מרשו למד על פרטי הרצח והשוד מקריאת העיתון וממקורות נוספים. הסניגור גם טען כי הרצח והשוד בוצעו על-ידי העותר. בעת ניהול משפטו של בן עזרא לא היה ידוע כי העותר היה נוכח בדירה כאשר נרצח המנוח, והסניגור הסתמך על עדותו של פקד מרדכי פלדמן, שסיפר על המידע שהגיע אליו באמצעות חגי כמפורט לעיל.

בית-המשפט המחוזי לא האמין לעדותו של בן עזרא, קבע כי העדות שמסר לחוקריו מהימנה, וכי בן עזרא לא יכול היה ללמוד על הפרטים שמסר במשטרה ממקורות חוץ, לרבות העיתון. יצוין כי בן עזרא לא טען בעדותו שלמד את הפרטים שמסר מקריאה בעיתון, אלא סיפר שחלק מהם הסיק מהגיגונם של דברים ועל חלק אחר נודע לו מפי סרסור וחוקרי המשטרה, ובחקירתו במשטרה אישר כי כלל לא קרא את העיתון. הטענה כי העותר הוא הרוצח נדחתה על-יסוד דברי בן עזרא במשטרה שהעותר אינו מעורב ברצח, וכי שמו שורבב כתוצאה מקנוניה בין כבל לחגי.

3. במשפטו של העותר נהפכה הקערה על פיה.

האישום נגד העותר בוסס על ראיות נסיבתיות, שהמרכזית שבהן הייתה נוכחותו בדירת המנוח בעת ביצוע הרצח. העותר טען כי נוכחותו הייתה תמימה. לדבריו כי הוא כי ניגש לדירת המנוח כדי ללוות ממנו מטבע זר, והיה עד לתקיפתו על-ידי השודדים. כאשר ביקש לסייע למנוח, תקף אותו אחד השודדים בסכין ופצעו, ואזי נמלט הוא מן המקום ולא גילה את אשר אירע בדירה. זאת, הן בשל פחדו מן השודדים, והן משום חששו כי הוא

עצמו יואשם במעשה. לכן ביקש להסתיר מן הרשויות כי נפצע בדירה, ואף מסר גירסות כזב אודות נסיבות פציעתו. הוא הודה כי כבל עזר לו לטפל בפצעיו, אך הכחיש את דברי כבל כי לפני הארוע הציע לו לפרוץ יחדיו לדירת המנוח.

התביעה טענה כי הסבר זה, שהיה לו יסוד בהודאת בן עזרא, הינו כוזב. היא ביקשה איפוא להוכיח כי הודאתו של בן עזרא במשטרה אינה אמת. לצורך כך העיד כעד תביעה חגי, אשר ההליכים נגדו ונגד סרסור עוכבו בעקבות הגשת כתב-האישום נגד העותר. חגי הכחיש כל קשר למעשה. הוא טען כי הודאת בן עזרא היא דמיונית. כאשר עומת עם גירסת בן עזרא במשטרה בדבר הקנוניה בינו לבין כבל, השיב כי בן עזרא בדה אותה מליבו. הוא הסביר כי כבל אמר לו שידוע לו שהוא חף-מפשע, כי הרוצח הוא העותר, וכי הוא יודע זאת על סמך דברים ששמע מפיו - ובכללם הודאה ברחיצת הברזים בדירת המנוח כדי לא להשאיר אחריו טביעת אצבעות - המצביעים כי הוא מעורב ברצח. חגי הודה כי בתמורה לעזרתו של כבל הבטיח לו, בשמו של סרסור, כי הלה ידאג לצרכי המחיייה של משפחתו. כבל אישר בעדותו את גירסת חגי כי הוא סיפר לו ביוזמתו על דברים ששמע מפי העותר. לגירסת כבל אמר הוא לחגי, ואישר נכונות דברים אלה בעדותו בבית-המשפט, כי העותר הציע לו לפרוץ יחד עימו לדירת המנוח וכי עתה קושר הוא בין הסיוע שנתן לו בטיפול בפצעיו ובהסתרת עובדה זו מן הרשויות להצעת הפריצה לדירת המנוח. בן עזרא, שהעיד מטעם הסניגוריה והוכרז עד עוין, נחקר גם על-ידי התביעה חקירה שכנגד, שמטרתה הייתה להוכיח כי למד על פרטי השוד והרצח ממקורות חוץ ובהם העיתון שעליו הסתמך סניגורו של בן עזרא, שהפעם הוגש כראיה על-ידי התביעה. יצוין כי בתשובותיו לשאלותיה המדריכות של התביעה אישר בן עזרא שקרא את העיתון. ברם, בחקירה החוזרת לא הצליח לזכור פרטים על זירת העבירה שפורסמו בעיתון, ואשר על-פי טענת התביעה למד אותם מקריאה בו.

בית-המשפט המחוזי לא קיבל את טענת התביעה כי אין לייחס משקל כלשהו להודאת בן עזרא. אומנם, בהכרעת דינו לא התייחס בית-המשפט באופן ישיר לראיה זו. ואולם, הוא דחה את עדות חגי כבלתי מהימנה, ואף הביע תמיהה על הזדרזות התביעה לבקש בערעור כי בן עזרא זוכה ולעכב את ההליכים נגד סרסור וחגי. מסקנתו הייתה כי "ייתכן בהחלט כי... [בן עזרא, חגי וסרסור] מעורבים בפרשה". עם זאת, בית-המשפט המחוזי קבע את הממצאים העובדתיים שעל-יסודם הרשיע את העותר, לרבות האמון בעדות כבל ודחיית הסברו של העותר, בהתעלם מהודאת בן עזרא ומאי-האמינות של עדות חגי.

4. הכרעת-הדין בוטלה על-ידי בית-משפט זה בערעור, מן הטעם שהמסקנה המרשיעה לא נקבעה על-יסוד מכלול הראיות. הדין הוחזר לבית-המשפט המחוזי על-מנת שיקבע ממצא בדבר מהימנות הודאת בן עזרא ויכריע את הדין על-יסוד מכלול הראיות. וכך, בין השאר, נכתב בפסק-הדין:

"על בית-משפט קמא היה לקבוע את עמדתו לגבי כל חומר הראיות שהוגש לפניו בהקשר לעדותו של בן עזרא, בין לעצמו ובין בהקשר לשאר הראיות שהוגשו בתיק, לרבות שאלת מהימנותו של בן עזרא, שהעיד, כאמור, לפניו, ולקבוע על איזו מבין גירסאותיו, או כל חלק שלהן, ניתן לסמוך. בית משפט קמא בחר שלא להביע דעה לגבי עדותו של בן עזרא וגירסאותיו, ובכך סבורים אנו כי לא השלים את מלאכתו. בלי להתייחס לעדותו של בן עזרא ולחומר הראיות הנוגע לו, לא ניתן לקבוע עמדה פסקנית לגבי אשמתו של המערער. שהרי בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, משליכה המסקנה המתבקשת לגבי בן עזרא על המסקנה המתבקשת לגבי המערער. אם ייקבע כי התוודותו של בן עזרא במטרה היא נכונה אזי אין היא משתלבת בגירסת התביעה במשפטו של המערער ורק אם תועדף גירסתו בבית-המשפט, נותרות הראיות הנוגעות למערער לבדן".

[ההדגשות הוספו].

הדין הוחזר איפוא לבית-המשפט המחוזי.

5. הגם שפרוטוקול הדיון במשפטו של בן עזרא הוגש בהסכמה, הסביר בית-המשפט המחוזי בהכרעת-דינו החדשה כי הוא התעלם מהודאתו של בן עזרא משום שבהיעדר הזדמנות להשוות את הודאתו לראיות אחרות שהובאו במשפטו של בן עזרא, ולנוכח התפוכות בגירסותיו, לא יכול היה לקבוע אם ההודאה הינה אמת אם לאו. על-כן חזר והרשיע את העותר על-יסוד נימוקי הכרעת הדין שבוטלה, לרבות ממצאי המהימנות. וכך, בין השאר, נכתב בהכרעת-הדין החדשה:

"לא הייתה בידינו האפשרות לבחון את אמיתות דבריו [של בן עזרא] במטרה, מול עדותו בבית המשפט, מול ראיות אחרות שהובאו במשפטו שלו, כפי שעשה בית המשפט שדן בעניינו ושהרשיעו בסופו של דבר. לנו הייתה ההזדמנות לתהות על קנקנו, רק מעדותו אצלנו, וכאמור: התרשמותנו היא, כי לא ניתן לסמוך על דבריו ולא ניתן לקבוע על-פיהם ממצאים כלשהם... זו הסיבה שבחרנו להתעלם מדבריו במטרה, על היותו הוא וחבריו סרסור ויוסף מעורבים ברצח החלפן, כשם שהתעלמנו מדבריו בבית המשפט, שהשוטרים הם שהכתיבו לו את אמירותיו או כפו עליו להודות במה שלא עשה ובמעורבותו בעניין שלא היה מעורב בו כלל וכלל... התביעה וההגנה לא השכילו לתת בידינו כלים לבחון באמצעותם - בחינה אובייקטיבית - את נכונות גירסה זו או אחרת, בקשר למעורבותם של שלושה אלה, כפי שעלתה בדבריו בן עזרא... מאחר שהכרעת-דינו הקודמת בוטלה על-ידי בית המשפט העליון ונתבקשנו לתת הכרעת-דין חדשה, אנו נותנים בזה הכרעת דין חדשה, שהיא זהה להכרעת הדין הראשונה, בתוספת לאמירותינו דלעיל".

6. העותר שב ועירער לבית-משפט זה. הפעם אושרה הרשתו ברוב דעותיהם של השופטים גולדברג וחשין כנגד דעתו החולקת של השופט אור.

בפסק-הדין נושא הדיון הנוסף (ע"פ 6251/94 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45 (להלן: ע"פ

בן ארי)) נבחן חומר הראיות בשני שלבים. כלומר, כל אחת מחטיבות הראיות - זו ששימשה יסוד להרשעת

העותר (להלן: ראיות בן ארי) וזו הנוגעת לבן עזרא ולשותפיו, סרסור וחגי (להלן: ראיות בן עזרא) - נבחנה
 בנפרד. השופטים גולדברג ואור הגיעו לכלל דעה כי שתי חטיבות הראיות אינן מתיישבות זו עם זו. אלא
 שמסקנתם הייתה שונה. השופט גולדברג סבר כי ראיות בן ארי, לרבות ממצאי המהימנות שנקבעו על-ידי בית-
 המשפט המחוזי, מספיקות להוכחת אשמתו, וכי ספק יכול היה להתעורר רק אם בית-המשפט המחוזי היה
 מוצא כי הודאת בן עזרא היא אמת. וכך, בין השאר, כתב:

"לו היה בית המשפט קמא קובע בהכרעת דינו השנייה שהתוודותו של
 בן עזרא במשטרה, כי היה מעורב בשוד, היא התוודות אמת, כי אז היה
 בהתוודות כזאת להעלות ספק סביר, אם לא למעלה מכך, בדבר אשמתו
 של המערער, חרף קיומן של ראיות נסיבתיות המצביעות לכאורה על
 אשמתו... אין שתי הרשעות, זו של המערער וזו של בן עזרא, יכולות
 לדור בכפיפה אחת. כל אחת מהן מושתתת על מסכת עובדתית שונה,
 והאפשרות כי המערער ובן עזרא היו שותפים לרצח לא רק שאינה עולה
 מן הראיות שהובאו בכל אחד מן המשפטים, אלא שאין בראיות כל
 אחיזה לכך שהיה קשר כלשהו בין השניים... ואף-על-פי-כן סבורני כי
 מסכת הראיות המביאה להרשעת המערער היא כה איתנה, עד שלא
 ניתן לומר כי הרשעתו של בן עזרא בבית המשפט המחוזי מעלה ספק
 סביר (משפטי) לגבי אשמתו של המערער."
 [שם, 69, 72, 73.]

השופט אור סבר כי אף בהנחה שראיות בן ארי היו מספיקות להרשעה כשלעצמן, הרי באין ממצא כי

הודאת בן עזרא, שגם היא חלק ממכלול הראיות, אינה אמת, אין ההרשעה יכולה לעמוד. וכך, בין השאר, כתב:

"בהנחה שחומר הראיות שהובא נגד המערער יש בו די כדי להוות ראיה
 לכאורה לאשמתו - ובל' שאכריע בכך - האם אין במערכת העובדות
 שהובאה על-ידי המערער בדבר אשמתם של אחרים כדי לסתור את
 המסקנה בדבר אשמתו או לפחות להטיל בה ספק סביר? ... באין
 העדפה של עדות בן עזרא בבית המשפט על גירסתו במשטרה,
 המתבקש הוא שגירסתו במשטרה הינה גירסה אפשרית, וזו אינה
 משתלבת עם גירסת אשמתו של המערער, ומותירה ספק במהימנותה...
 גירסת ההתוודות של בן עזרא היא חלק מחומר הראיות אשר הובא
 במשפטו של המערער, ויש לראותה כחלק מהראיות שאותן יש לשקול
 קודם שמגיעים למסקנה בדבר אשמתו או חפותו של המערער."
 [שם, 82, 95, 97.]

השופט חשין סבר כי ראיות בן ארי, לרבות ממצאי המהימנות, מספיקות להרשעה. עם זאת, על-פי

השקפתו, לו ראיות בן עזרא היו סותרות את ראיות בן ארי היה נותר ספק סביר באשמת העותר. אלא שדעתו

הייתה כי די באפשרות, ולו אפשרות דחוקה, ליישוב בין שתי חטיבות הראיות כדי להסיר ספק זה. כיוון שמצא

אפשרות כזאת בדברי בן עזרא בנוגע למעורבותו של אדם רביעי ברצח ששותפיו לא גילו לו את שמו, מצא

השופט חשין כי יש לאשר את הרשעתו של העותר. את הסתירה בין שתי חטיבות הראיות העולה מדברי בן

עזרא בנוגע לזהותו של האדם הרביעי ובעניין אי-מעורבותו של העותר יישב השופט חשין בקובעו, כי לנוכח הסתירות שנפלו בהודאת בן עזרא ביחס לתיאור האיש שזיהה כשותף רביעי, אין לסמוך על זיהויו וכן על דבריו כי שמו של העותר שורבב כתעותו. זאת, כיוון שהעותר לא היה אדם תמים, כמתבקש מדברי בן עזרא, אלא נכח בעת הרצח. וכך, בין השאר, כתב השופט חשין:

"**האם אמנם** סותרת 'מערכת בן עזרא' את מערכת הרשעתו של המערער או אף אינה מתיישבת עמה, או שמא עשויות שתי המערכות להסתופף תחת חופה אחת, ולו באי-נוחות כלשהי? אם גירסה ראשונה תתקבל, דומני שדינו של המערער כי ייצא זכאי בדינו, ואילו אם ידה של גירסה שנייה תהיה על העליונה - דינו של המערער חיוב בדין. נזכור ונזכיר: כנגד המערער קמה ונהייתה מערכת מוצקה של ראיות נסיבתיות המחייבת הרשעתו בדין. לעת הזו אין ענייננו אלא באפיונה של מערכת **חיצונית** למערכת ההרשעה, והשאלה היא אם יש בה באותה מערכת חיצונית כדי לבקע את מערכת ההרשעה - העומדת לעצמה - או אף לערער את עמידתה האיתנה. לבדיקתה של שאלה זו שומה עלינו לחזור אל הראיות ואל הגירסאות השונות, וזאת נעשה עתה... תחנת המוצא לדיון היא זו, שעלה בידי המדינה לבנות מערכת מרשיעה נגד המערער: מסכת של ראיות נסיבתיות הקשורות אלו באלו להיותן מעשה פסיפס אחד, הכול כנדרש במשפט פלילי, מעבר לספק סביר. השאלה הנשאלת אינה אלא זו, אם יש ב'מערכת בן עזרא' כדי להחליש אותה מערכת שבנתה התביעה בענייניו של המערער, אם יש בה כדי לנטוע ספק סביר בלב שמא אין הוא מעורב במעשי הרצח והשוד."
[שם, 112, 119]

7. בפסק-דינו בדיון הנוסף שבפנינו הלך חברי, השופט בך, בדרכו של השופט חשין בע"פ **בן ארי**. לאחר שבחן כל אחת משתי חטיבות הראיות בנפרד, הגיע השופט בך לכלל דעה כי ראיות בן ארי, לרבות ממצאי המהימנות, מספיקות להוכחת אשמתו של העותר, כי ראיות בן עזרא אינן שוללות אותה, וכי ניתן גם להסביר את הראיה היחידה המעוררת קושי - פציעתו של העותר - בכך שהמנוח נאבק עימו, הצליח להוציא מידי את הסכין ודקר אותו, אפשרות המתיישבת עם עדות בנותיו של המנוח על היותו אדם חזק שבעבר כבר הצליח להבריח שודדים. וכך, בין השאר, כתב השופט בך:

"בסיכום סבורני, כי אם נתבונן בעובדות המוכחות במשפטו של המערער, ללא לקיחה בחשבון של פרשת משפטו של בן-עזרא, כי אז מתבקשת המסקנה שצדק בית-המשפט המחוזי בהחלטתו, ואין בפנינו עילה להתערבותנו בה... לא היה בידי בן-עזרא מידע ישיר בדבר אופן ביצוע הרצח ומספר המשתתפים בו, ואין באף אחת מגירסותיו הסותרות אחת את השנייה כדי לשלול את האפשרות שהמערער בן-ארי, אשר לכל הדעות היה נוכח בעת הרצח בדירת המנוח, ביצע את הפשע או השתתף בביצועו בצורה זו או אחרת."
[סעיפים 8, 10.]

למעלה מן הנחוץ הוסיף ובחן השופט בך את ראיות בן עזרא, לרבות הכרעת-הדין המרשיעה. הוא הגיע לכלל דעה כי קיימים "ספקות רציניים אם ניתן בכלל ליחס משקל רציני לגירסתו של בן עזרא בעת חקירתו

במשטרה". בעניין זה קיבל למעשה השופט בך את הטענות שנטענו על-ידי הסניגור במשפט בן עזרא והתובע במשפטו של העותר בדבר מקורות חיצוניים מהם למד בן עזרא על הפרטים שמסר בהודאתו.

חברי, השופט קדמי, בחן אף הוא בנפרד את שתי חטיבות הראיות. דעתו הייתה כי אין הן עולות בקנה אחד זו עם זו, והרשעתו של העותר תוכל לעמוד רק אם ניתן יהיה לשלול את מעורבותו של בן עזרא. אלא שבעניין זה דעתו הייתה כי אכן ראיות בן ארי כשלעצמן שוללות את ראיות בן עזרא, וכי הרשעתו של בן עזרא הייתה מוטעית. זאת בשל החולשות בהודאתו ובראיות ה"דבר-מה-נוסף" שעליהן הצביע השופט בך. וכך, בין השאר, כתב השופט קדמי:

"לכאורה, הרשעתם של השניים על פי תרחישים שונים שלא נתן ליישב ביניהם, היא כשלעצמה מעמידה בספק את הרשעתו של כל אחד מהם; וזאת, משום שלעולם קיימת אפשרות - שאין להתעלם ממנה - שהתרחיש ה'אחר' הוא התרחיש האמיתי ועל כן מעמיד בספק, לפחות, את 'יריבו'. לאותה תוצאה מגיעים, גם אם אחד מהשניים היה מזוכה מחמת הספק; משום שאם קיים ספק שמא האחד הוא הרוצח, קם מניה וביה ספק באשמתו של האחר... ברם, לעניות דעתי, לא כך הם פני הדברים במקרה דנן... במקרה דנן, לקתה הודיית החוץ של בן עזרא, כשלעצמה, בפגמי מהימנות משמעותיים, שהצריכו 'דבר מה' כבד משקל, אם לא למעלה מזה; ו'הפרטים המוכמנים', שבהם נמצא ה'דבר מה', נמנים על אלה שהיו ידועים לחוקרים ובמקרים רבים גם לתקשורת. במצב דברים זה, אין בכוחה של 'הודיית-החוץ' שמסר בן עזרא, כדי ל'איים' על חוסנה של התשתית הראייתית העומדת בבסיס הרשעתו של בן ארי... לתוצאה זו, אפשר היה להגיע גם ללא חשיפת אחריותו של בן ארי לביצוע הרצח; אך, כפי שארע בפועל, אפשר היה לטעות ולהגיע לתוצאה שאליה הגיע בית-המשפט המחוזי שדן בעניינו... משנתגלתה ראייה חדשה - מעבר לאופק הסבירות - המציגה במידת הוודאות הדרושה, תרחיש שונה של ארוע הרצח; ותרחיש זה אינו מותיר מקום - ולו גם על דרך הספק בלבד - לתרחיש שעליו השתית בן עזרא את גירסתו בדבר מעורבותו בביצוע הרצח - אין מנוס מהרשעתו של בן ארי על פי הראייה החדשה."

8. המחלוקת בין חבריי מתמקדת בעיקרה בשאלה מהו היחס שבין ראיות בן ארי לראיות בן עזרא המספיק לעורר ספק סביר באשמת העותר. ואילו לדעתי, הערכה של כל אחת מחטיבת ראיות אלה בנפרד עלולה להוביל למסקנות מוטעות. ראשית, משום שדרך בחינה זו סותרת עקרון-יסוד בדיני ראיות המחייב הערכת משקלן של הראיות הרלוואנטיות **כמכלול אחד**. ושנית, הבחינה הדו-שלבית מעבירה למעשה את נטל השכנוע על הנאשם, ואינה מתיישבת עם מידת ההוכחה הדרושה במשפט פלילי.

הערכת הראיות כמכלול אחד

9. כלל הוא שעל בית-המשפט להעריך משקלן של הראיות, בין שהובאו על-ידי הסניגוריה ובין על ידי התביעה, כמכלול אחד. כדברי הנשיא שמגר:

"...בית-המשפט חייב להתייחס למכלול הראיות כדי להעריך את משקלן וכדי לקבוע אם המכלול שוקל לחובת הנאשם מעל לכל ספק סביר."
 [ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221 (להלן: עניין דמיאניוק) 662].

יסודו של כלל זה הוא בהיגיון. בית-משפט מוגבל בקביעת העובדות על-ידי הראיות הבאות בפניו. ראיה המתווספת למכלול מגבירה או מחלישה את ההסתברות לקיומן של העובדות. עמד על כך המלומד קיינס (Keynes):

"As the relevant evidence at our disposal increases, the magnitude of the probability of the argument may either decrease or increase, according as the new knowledge strengthens the unfavourable or the favourable evidence; but something seems to have increased in either case, - we have a more substantial basis upon which to rest our conclusion."
 [John M. Keynes, **A Treatise on Probability**, (1st ed., London, 1921) 71.]

קיימת איפוא זיקה בין משקלה של ראיה לבין מכלול הראיות. כל ראיה נוספת משפיעה על מהימנותן

של הראיות האחרות. הסביר זאת ד"ר שטיין:

"Evidential weight can thus be perceived as a factor reflecting the amount of relevant information In this way the probability judgement is conditionalized upon its informational base. As it is obvious that this base may be thick or slender and, correspondingly, strong or weak, the conditionalization issue can be seen as crucial. Evidential weight directly relates to this issue".
 [Alex Stein, "The Refoundation of Evidence Law,"
 9 Canadian J. of L. & Jurisprudence 279, 302 (1996).]

בהסתמך על עיקרון זה מנה וויגמור (Wigmore) בין התנאים ההכרחיים להערכת משקלה של

ראיה השוואתה למכלול הראיות:

"Many data, perhaps multifarious, are thrust upon us as tending to produce belief or disbelief. Each of them (by hypothesis) has some probative bearing. Consequently, we should not permit ourselves to reach

a conclusion without considering all of them and the relative value of each. Negatively, therefore, our object is (in part) to avoid being misled (it may be) through attending only to some fragments of the mass of data. We must assume that a conclusion reached upon such a fragment only will be more or less untrustworthy.... The process leading to belief is one of successive subsumings of single instances into groups of data and of the reduction of these groups into new single instances, and so on; hence the relations of the data to each other must be made apprehensible, and not merely the data per se. By 'relations' of data is here meant that each believed fact does or does not tend to produce in the mind a belief or disbelief in some other specific alleged fact." [John H. Wigmore, "The Problem of Proof," 8 Illinois L. Rev. 77, 79 (1913).]

על-יסוד אותו עיקרון בוטלה הרשעתו של נאשם הגם שהראיות נגדו היו מספיקות להרשעתו, ובית- המשפט דחה את הסברו כבלתי מהימן. וזאת משום שלא הוסר חיסיון על ראייה שהיה בה פוטנציאל לתמיכה בהסברו. בעניין זה כתבתי את הדברים הבאים:

"אף שנימוקיו של בית-המשפט לדחיית גירסתו של המערער כשלעצמם הינם מבוססים, הרי לא היו רלוואנטיים לצורך קביעת חיוניות [ה]עדות [החסויה] להגנתו. שכן, ההסתברות לקיומה של עובדה תלויה בראיות הבאות בפני בית-המשפט, וראיה נוספת עשויה להשפיע על ההסתברות בין על-ידי הגדלתה ובין על-ידי החלשתה".
[ע"פ 889/96 מאזריב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), סעיף 9].

סיכומם של דברים, הערכת משקלה של חטיבת ראיות היא אפשרית רק בהקשר של מכלול הראיות. מכאן שקביעת כל ממצא עובדתי, לרבות ממצאי מהימנות, על-יסוד חלק מחומר הראיות עלולה להוביל להערכה שגויה של משקל הראיות, וכתוצאה מכך לקביעה מוטעית של עובדות. ההסתברות לתוצאה מוטעית מתעצמת במשפט פלילי, לנוכח דרישת ההוכחה מעל כל ספק סביר.

הערכת ראיות לאור נטל ההוכחה

10. כידוע, הטלת נטל השכנוע המוטל על התביעה, שיסודה בחזקת החפות, כוללת בחובה גם נטל לשלול את מהימנותן של ראיות שאינן מתיישבות עם הגירסה המרשיעה, והכול במידת ההוכחה הדרושה במשפט פלילי.

עמד על כך המלומד צוקרמן:

"...the jury may convict only when all explanations of the evidence that are consistent with innocence have been dismissed as having no force. On this view juries are not asked to gauge their beliefs or assess how near they are to certainty. Instead juries are asked to follow a process of reasoning".
[A.A.S. Zuckerman, The Principles of Criminal Evidence 134 (1989).]

הערכת הראיות אינה איפוא עניין אך לאינטואיציה שיפוטית, אלא עליה להיעשות על-פי עקרונות לוגיים המשקפים את נטל השיכנוע ומידת ההוכחה הנהוגים במשפטים פליליים. בגדר עקרונות אלה, ההלכה היא כי מקום שבית-משפט לא דחה הסבר מתקבל על-הדעת לראיות מרשיעות כבלתי מהימן, יזוכה הנאשם גם אם בית-המשפט לא היה מוכן לקבוע כי ההסבר הוא מהימן. עמד על כך השופט ש"ז חשין:

"אין [על הנאשם] להוכיח את חפותו מפשע; כל מה שמוטל עליו הוא: לתת דברי הסבר להנחה אשר עלתה מתוך הוכחותיה של הקטיגוריה. נתן הסבר המתקבל על הדעת, והשופט מקבל הסבר זה, עליו לזכותו. **נתן הסבר המתקבל על הדעת, אך השופט אין בידו להחליט אם יקבל דברי הסבר אלה או ידחם - כלומר: אינו מוכן להכריע אם דברים אלה נכונים הם או לא - עליו לזכותו מפני הספק.** נתן הנאשם הסבר מתקבל על הדעת, אך השופט אינו מאמין בדברי הסברו, או הסברו אינו מתקבל על הדעת, או לא נתן כל הסבר, שוקל השופט את כל המסיבות ואת כל דברי ההוכחה - בשוותו לנגד עניו תמיד את הכלל היסודי והראשי, היינו: כי חובת ההוכחה רובצת על שכמה של הקטיגוריה עד סוף כל הסופות - ואז הוא רשאי - אך אינו מצווה - לחייב את הנאשם בדיון."
לממשלת ישראל, פ"ד ה' 1187, 1196.
[ע"פ 20/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי
ההדגשות הוספו.]

התביעה אינה יוצאת איפוא ידי חובת נטל השיכנוע על-ידי הצגת תשתית ראייתית מרשיעה, אלא מוטל עליה לשלול כל הסבר המתיישב עם חפות הנאשם, העולה לכאורה ממכלול הראיות.

עקרון זה הוא שמונח ביסוד הכלל שנקבע בפסק-הדין בע"פ 889/96 הנ"ל, שעל-פיו "יש להכריע בחיוניותה להגנת הנאשם של עדות חסויה על-סמך ההנחה כי תניב את המידע שהוא מבקש להציג באמצעותה, ובלבד שקיים פוטנציאל ראייתי לנכונותה של הנחה זו ואין היא מופרכת" (סעיף 11). ומקום שהמדינה מחליטה שהאינטרס הציבורי אינו מאפשר הבאת העדות החיונית להגנת הנאשם על-פי ציפיותו, יש לזכותו על-אף קיומן של ראיות מרשיעות. ראו גם

. L. Jonathan Cohen, **The Probable and the Provable** 247 (1977),

בבדיקה דו-שלבית של חומר הראיות - שאותה נוקטים חבריי - ניתן לכאורה להגיע למסקנה מרשיעה על-יסוד חטיבת ראיות אחת הניתנת לסתירה על-ידי חטיבת ראיות אחרת. התוצאה המעשית של שיטת בדיקה זו היא העברת נטל השכנוע על שכמ הנאשם. שכן, על-פי השקפת חבריי, לצורך העלאת ספק לא די שהנאשם יראה - "בשלב השני" של הבדיקה - כי קיימת אפשרות סבירה לסתירה בין שתי חטיבות הראיות המביאה להוכחת חפותו, או לחלופין שחטיבת הראיות השנייה מתיישבת עם הסבר סביר שניתן לחטיבה הראשונה-המרשיעה. לפי שיטה זו על הנאשם להראות שהחטיבה השנייה שוללת כל אפשרות, ואפילו דחוקה, ליישוב המסקנה המרשיעה העולה מחטיבת הראיות הראשונה. משמעות היא שהכלל המטיל על התביעה לשלול מבלי שיוותר ספק סביר, את גירסת הנאשם מתבטל למעשה, והנטל להראות שחטיבת הראיות הראשונה אינה יוצרת מסקנה מרשיעה נגדו עובר לנאשם.

הוכחה מעבר לכל ספק סביר

11. ספק סביר נוצר כאשר קיים הסבר לחומר הראיות המרשיע המתיישב עם חפותו של הנאשם. כדברי

הנשיא שמגר בעניין דמיאניוק:

"...בית המשפט רשאי להרשיע רק אם כל ההסברים והפרשנויות שניתנו לראיות המצביעות על חפותו של הנאשם נדחו כחסרי ערך. על בית המשפט להשתכנע כי העובדות אינן מתיישבות עם מסקנה ראציונאלית כלשהי אחרת מזו שהנאשם אשם בדינו... בעת ההערכה של חומר הראיות, על בית המשפט לשאוף ליישומו של מבחן הבנוי על ההסבר הסביר. במה דברים אמורים: המבחן מורכב משני יסודות - 'ספק' ו'סביר'. שם התואר שניתוסף לשם העצם 'ספק' אינו בגדר סרח עודף מילולי מיותר; הוא בא לסייג ולהקנות לספק תכונה מוגדרת. קיומה של התכונה האמורה נבחן לפי אמות המידה הראציונאליות המקובלות עלינו. בביטוי 'סביר' טמונים הסינון והמיון בין עניינים שיש להם אחיזה גיונית במציאות לבין דברים שהם ספקולציות נעדרות תשתית."
[שם, 648, 652]

ספק בלתי סביר אינו אלא אפשרות תיאורטית גרידא לחפותו של הנאשם. הסביר זאת פרופ' הרנון:

"אם הוכח, למשל, שהנאשם ירה את היריות אשר יכלו לגרום למות הקרבן, אין על השופט להפליג למרחקים ולשער שמא מת הקרבן משבץ הלב, שניה לפני שהכדורים פילחו את לבו, או שמא איש אחר, בלתי ידוע, ירה בקרבן את היריות הקטלניות. נסיבות כאלה אמנם עשויות להתקיים לעיתים רחוקות, ועל-ידי התעלמות מהן יכול שייגרם עיוות דין באותן הזדמנויות נדירות. אולם מערכת משפטים תקינה אינה יכולה להתחשב בספקות כאלה, אלא עליה לשאת בסיכון."

[אליהו הרנון, **דיני ראיות** (כרך א', תש"ל) 214].

קדמי הגדיר את הספק הבלתי סביר כ"ספק 'סתם' שאין לו אחיזה בחומר הראיות". יעקב קדמי, **על**

הראיות (כרך ב', תשנ"א) 829.

12. ראיות נסיבתיות מובילות להרשעה רק אם הן עומדות בבחינה כפולה: עליהן להצביע על אשמת

הנאשם, ולשלול - על-פי מבחני היגיון ונסיון החיים - כל היפותיזה סבירה המתיישבת עם חפותו. ראו דברי

השופט שמגר בע"פ 543,622,641/79 **נגר ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(1) 113, 140. ובמילים אחרות: רק

מסקנה מפלילה, שהיא היחידה האפשרית העולה מן הראיות הנסיבתיות, מספיקה להרשעה. בעניין זה כתבתי

בע"פ 3974/92 **אזולאי ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(2) 565, 570:

"...על בית-המשפט לשקול את מארג הראיות המצביע לכיוון קיומה של העובדה המפלילה, לעומת הסבריו של הנאשם והסברים היפותטיים סבירים אחרים. אם ממכלול הראיות האפשרות להסיק קיום עובדה שאין בה אשמה של הנאשם היא אפשרות דמיונית, ואילו המסקנה ההגיונית היחידה המתבקשת ממכלול הראיות, בהתחשב במשקלן, היא קיומה של העובדה שיש בה אשמת הנאשם - הרי שמכלול ראיות זה מספיק להוכחת האשמה בוודאות הדרושה במשפט הפלילי".

כאמור, מכלול ראיות זה כולל בחובו גם ראיה המתיישבת עם חפות הנאשם אשר בית-המשפט לא יכול היה

לקבוע אם מהימנה היא אם לאו.

אפשרות הגיונית ליישוב בין חטיבת ראיות אחת לבין חטיבת ראיות אחרת אינה מספקת איפוא

להרשעה כל עוד קיימת אפשרות סבירה אחרת לסתירה בין השתיים המתיישבת עם חפותו של הנאשם. סיכם

את ההלכה הנשיא שמגר בע"פ 543,622,641/79 הנ"ל, בעמ' 141:

"סיכומם של דברים, רק אם המסקנה המרשיעה, אשר מוסקת מן הראיות הנסיבתיות, גוברת באופן ברור והחלטי כל כל תיזה חלופית ואינה נותרת מסקנה סבירה אחרת, ניתן לומר, שאשמה הוכחה מעל לכל ספק סביר".

ומן הכלל אל הפרט

13. במקרה שלפנינו, ראיות בן עזרא סותרות בעליל את ראיות בן ארי. שכן, כאמור, על-פי הודאת בן עזרא האדם הרביעי בחבורה איננו העותר. בכך, כמובן, אין כדי לשלול את אשמתו של הנאשם. שכן, הצגת ראיות סותרות בפני בית-משפט הוא מעשה שביום-יום. אלא שעל בית-המשפט להכריע במהימנות הראיות על-יסוד שיקולים שבהתרשמות ושיקולים שבהיגיון, ובגדר הכרעתו עליו לשקול כל ראיה על-יסוד מכלול הראיות.

ואכן, בית-המשפט המחוזי נדרש להכריע באמינות הודאת בן עזרא. כאמור, בנוסף לפרוטוקול הדיון במשפטו של בן עזרא שמע בית-המשפט את עדויות חגי ובן עזרא וכן את טענות התביעה - שאף הגישה כראיה את העיתון שבו פורסמה כתבה על הרצח - לפיהן בן עזרא למד על פרטי ביצוע העבירה וזירת העבירה ממקורות חיצוניים. בית-המשפט המחוזי לא דחה חלק כלשהו של הודאת בן עזרא כבלתי מהימנה. לא זו אף זאת: הגם שבית-המשפט המחוזי לא יכול היה לקבוע כי ההודאה היא אמינה, הרי שמסקנתו, אשר בוססה בין השאר על התרשמותו השלילית מעדותו של חגי, הייתה כי קיימת אפשרות שבן עזרא, חגי וסרסור אשמים ברצח, ובמילים אחרות, כי ההודאה היא נכונה.

בית-משפט זה, בפסק-דינו הראשון, בהחזירו את הדיון לערכאה הראשונה, פסק כי כערכאת ערעור אינו יכול לקבוע ממצא בדבר אמינות הודאת בן עזרא. לא מצאתי היום עילה להתערב בקביעתו של בית-המשפט המחוזי, ולפסוק במקומו כי ההודאה במלואה או חלקים שלה אינם אמת. בוודאי לא ניתן לקבוע זאת מעבר לכל ספק סביר. והלא רק קביעה כזו הייתה עשויה לשלול את ערכה הראייתית של ההודאה, אשר כלולים בה, כאמור, פרטים על מעשה העבירה וזירתה. בן עזרא - בעדויות שמסר בפני שני ההרכבים - לא הצליח למסור גרסה **מהימנה** לגבי מקורות ידיעתו את הפרטים האלה. ואילו עדותו של חגי, שהכחיש כי החליף את הריפוד בשל כתמי דם ובכך ביקש לשלול אחת מראיות ה"דבר-מה", לא הייתה מהימנה.

בבדיקת הראיות הנסיבתיות על-פי הפרמטרים שהצגתי יש איפוא לכלול גם את **ראיות בן עזרא על**

כל חלקיהן.

הערכת הסברו של העותר על פי מכלול הראיות

14. בית-המשפט המחוזי דחה את הסברו של העותר להימצאותו בדירה, בין השאר, על-יסוד עדותו של כבל כי העותר הציע לו לפרוץ לדירה. עדות זו הועדפה על-ידי בית-המשפט המחוזי בלשונו, "ללא היסוס" - על הכשתו של העותר. זאת, תוך התעלמות משורה של ראיות, מהן ראיות אובייקטיביות: ראשית, לחגי היה עניין

להאשים אדם אחר במעשה. שנית, חגי וכבל היו עצורים באותו תא. שלישית, כבל לא מסר למשטרה את הגירסה המפלילה לפני ששוחח עם חגי. רביעית, חגי, שלא הכיר את העותר, יכול היה ללמוד על זהותו של האדם אותו פגש בדירת המנוח מכבל, שכידוע סייע לעותר בטיפול בפצעיו. חמישית, חגי הוא שהיפנה את חוקרי המשטרה לכבל. שישית, חגי הבטיח לכבל שסרסור ידאג לצרכי משפחתו בתמורה לעזרתו. שביעית, בן עזרא הזכיר את שמותיהם של חגי וכבל כמארגני התעתוע, הגם שהחוקרים לא גילו לו את מקור המידע על מעורבות העותר. ושמינית, בית-המשפט המחוזי לא האמין לחלוטין לעדותו של חגי שתמך בעדות כבל. עובדות אלה מעוררות ספק באמינות עדות כבל, ולמיצער, על בית-המשפט המחוזי היה לשקול אותן בבואו להכריע במהימנותו. משלא עשה כן, ממצא המהימנות שקבע אינו יכול לעמוד.

15. בחינה משולבת של שתי חטיבות הראיות מוליכה למסקנה כי הסברו של העותר הוא סביר.

אכן, בן עזרא לא היה בזירת העבירה, ובהודאתו לא יכול היה על-כן לספר מי נכח שם ומדוע. ברם, הפרטים שמסר מבססים היפותיזה סבירה כי שותפיו לעבירה הופרעו במלאכתם. כזכור, סיפר בן עזרא לתומו, מבלי שיכול היה לדעת על חשיבות פרטים אלה, כי סרסור וחגי חזרו למכונית המילוט כעבור זמן קצר כשהם **מבוהלים**. היפותיזה זו אף נתמכת בראיה אובייקטיבית - מציאת סכומי כסף בדירה ועל גוף המנוח.

עוד סיפר בן עזרא כי ידו של חגי הייתה מגואלת בדם. עובדה זו מלמדת כי חגי דקר בסכין את המנוח או את העותר, ואינה מתיישבת עם התיזה שעל-פיה הורשע העותר, כי הוא זה שתקף את המנוח בסכין.

מערכת הראיות שפורטה לעיל שביסוד פרשת כבל תומכת בהסבר כי נוכחותו של העותר הייתה תמימה. שכן, היא מצביעה על היפותיזה סבירה כי חגי ביקש להצביע על העותר - שכאמור זהותו נודעה לו מפי כבל - כנאשם אלטרנטיבי לרצח שבו הוא עצמו הואשם, דווקא משום שנתקל בו בדירה. אלא שבאין אפשרות להפיליו מבלי להודות שהוא עצמו היה בדירה, ניצל הוא את כבל והשפיע עליו להוסיף לגירסתו, הנכונה כשלעצמה, בדבר טיפולו בפצעי העותר, עובדות נוספות המפלילות את העותר. ואכן, בעדותו בבית-המשפט סיפר חגי כי שמע מפי כבל כי העותר הודה בפניו שניגב את הברזים בדירת המנוח על-מנת שלא להותיר את טביעות אצבעותיו. כידוע, כבל לא הרחיק לכת בעדותו עד כדי מסירת פרטים אלה, שחגי ציפה כי יאמר אותם, אולי בשל חשש כי בבדיקה של זירת העבירה לא נמצאו הברזים נקיים מטביעות אצבעות. היפותיזה זו משתלבת בדברי בן עזרא כי שמו של העותר הוכנס כ"תעתוע" בעקבות קנוניה בין חגי וכבל.

לכל האמור לעיל יש להוסיף את פציעתו המשמעותית של העותר בסכין. ההסבר כי המנוח, שהיה בן 73 אותה עת והותקף על-ידי שלושה גברים שאחד מהם חמוש בסכין, הצליח לא רק להוציא מידי תוקפו את הסכין אלא אף לפצוע אותו, אולי אפשרי הוא, אך לדעתי אינו סביר. על-כל-פנים, הסברו של העותר כי הוא נפצע כאשר הותקף בסכין, הוא בוודאי סביר יותר.

בית-המשפט המחוזי שקל את אמינותה של עדות העותר תוך התעלמות מראיות בן עזרא ודחיית עדותו של חגי כבלתי מהימנה. על-כן, מסקנתו כי הסברו של העותר אינו אמין אינה יכולה לעמוד.

הערכת הסברו של העותר לאור נטל השכנוע

16. ראיות בן עזרא, המבססות גירסה אלטרנטיבית, לא נשללו, ואף לא נמצאה ראייה הקושרת בין בן עזרא ושותפיו לבין העותר. ללא אחיזה בראיות, הסבר המיישב בין שתי חטיבות הראיות אינו אלא בגדר הערכה, ואף היא הצריכה הסברים מאולצים בדבר מקור הפציעה ודחיית דברי ההודאה הסותרים בעליל את ראיות בן ארי. ואולם, גם בהנחה כי האפשרות שהעותר הוא השותף הרביעי לעבירה לא נשללה על-ידי ראיות בן עזרא, הרי לא יכול להיות ספק כי אותן ראיות מעלות גם אפשרות סבירה המתיישבת עם חפות הנאשם. על התביעה היה לשלול אפשרות זאת, וזאת לא עשתה.

הערכת הסברו של העותר לאור מידת ההוכחה הנדרשת במשפטים פליליים

17. הסברו של העותר כי נתקל ברוצחים, שפצעו אותו, אינו דמיוני. הוא מעוגן בראיות בן עזרא, בפציעתו המשמעותית של העותר ובהצבעת חגי על העותר כנאשם אלטרנטיבי.

כאמור, האישום נגד העותר מבוסס על ראיות נסיבתיות. איש לא ראה אותו שודד ורוצח את המנוח, ואין בפנינו ראיות ישירות על אשר אירע בדירה. ואילו המסקנה המפלילה העולה מראיות בן ארי אינה המסקנה ההגיונית האפשרית היחידה, ונוכחות תמימה של העותר אינה אפשרות דמיונית. על-כן מכלול הראיות אינו מספיק להוכחת האשמות שיוחסו לעותר מעבר לכל ספק סביר.

18. אדם נרצח ואיש מן הנאשמים, שכנגד כל אחד מהם הוצגה תשתית ראייתית לכאורית, לא יכול היה להימצא אשם בשל קיומה של התשתית האלטרנטיבית. מתוצאה זו אין מנוס. יסודה בעקרון-היסוד החוקתי,

הקובע כי אין להרשיע ולהעניש אלא מי שאשמתו הוכחה מעבר לכל ספק סביר. יפים לכאן דברי הנשיא שמגר

בעניין **דמיאניוק** בעמ' 663:

"הקביעה אם נותר ספק סביר בדבר אשמתו של נאשם או לאו, אינה פרי תחושה או התרשמות. קביעה זו מעוגנת במיונו ובסיווגו של חומר הראיות לכדי מיתאם סביר אחד, הנוצר בעקבות מסקנה של אמיתות ואמינות לגבי ראיות פלוניות ודחיית יתרתן כבלתי אמינות או כבלתי מספיקות מטעמים הנשענים על דיני הראיות. היעדר הסבר ראציונאלי בדבר מקורה, מהותה וטבעה של מערכת ראיות שלמה, מותר ספק סביר".

ההלכה היהודית אף הרחיקה לכת עוד יותר, בקבעה - מפאת חשש מפני פיחות בדרישת הוודאות - כי אין כלל להרשיע אדם על-סמך ראיות נסיבתיות. הסביר זאת הרמב"ם:

"האזהרה שהזהרנו מלהוציא לפעל את הענשים על פי אומד חזק ואפילו קרוב לודאי, כגון שהיה אדם רודף אחר שונאו להרגו ונמלט ממנו לבית, ונכנס אותו הרודף אחריו, ונכנסנו אנחנו אחריהם ומצאנו את הנרדף הרוג מפרפר, ושונאו הרודפו עומד עליו כשהסכין בידו ושניהם מגואלים בדם - הרי אין הסנהדרין הורגים רודף זה על דרך קיום הענש, כיון שאין שם ברור בעדים שראו את הרציחה. ובאה האזהרה בתורת האמת מלהרוג את זה והוא אמרו יתעלה: 'ונקי וצדיק אל-תהרוג וגו'' (שמות כג, ז). ובמכלתא אמרו: 'ראוהו רודף אחר חברו להרוג והתרו בו ואמרו לו: ישראל הוא, בן-ברית הוא אם הרגת אותו תהרג, והעלימו עיניהם ומצאוהו הרוג ומפרפר והסיף מנטף דם מיד ההורג, שומע אני יהא חייב? - תלמוד לומר: ונקי וצדיק אל-תהרג'. ואל יקשה בעיניך דבר זה ואל תחשוב שזה דין עול - לפי שהדברים האפשריים יש מהם שאפשרותם קרובה מאוד, ומהם שאפשרותם רחוקה מאוד, ומהם בינוניים בין אלו, וה'אפשר' רחב מאוד. ואלו הרשתה תורה לקיים ענשים באפשר הקרוב מאוד, אשר כמעט קרוב למחייב המציאות כדגמת מה שהזכרנו - כי אז היו מקימים את הענשים במה שהוא יותר רחוק מזה ובמה שהוא עוד יותר רחוק, עד שיקימו את הענשים וימיתו בני אדם בעול באמדתן קל לפי דמיון השופט. לפיכך סתם יתעלה את הפתח הזה וצוה שלא יקים שום עונש אלא עד שיהיו שם עדים המעידים שברור להם אותו המעשה, ברור שאין בו שום ספק. ואי אפשר להסבירו אחרת בשום אופן.

[רמב"ם, **ספר המצוות**, מצוות לא תעשה, מצווה ר"צ]

המשפט הישראלי מוכן להכיר באפשרות ההרשעה על-סמך ראיות נסיבתיות, אך עלינו להישמר מפני

הרשעה על-יסוד ראיות נסיבתיות שאינן וודאיות.

לדעתי, הרשעת העותר אינה עומדת בדרישה זו.

19. אשר על-כן אני מציעה לקבל את העתירה, לבטל את פסק-הדין בע"פ **בן ארי** וכן את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, ולזכות את העותר מן העבירות שבהן הורשע.

ש ו פ ט ת

השופט א' מצא:

כחברי השופט אור, וכחברתי השופטת דורנר, אף אני סבור, כי מכלול הראיות שהובאו בפרשה זו אינו מבסס את אשמת העותר מעבר לספק סביר. ומשכל מה שראוי היה להיאמר, אודות הסוגיה הנכבדה שהועמדה להכרעתנו, כבר נאמר בפסקי הדין המפורטים של שני חבריי הנכבדים, אסתפק בכמה ציוני דרך שלא נועדו אלא להטעים את מה שראוי בעיניי להדגשה מיוחדת.

2. הרשעת העותר התבססה על מערכת של ראיות נסיבתיות. "הכלל הוא, כידוע, שבבחינת השאלה אם יש בראיות נסיבתיות שהובאו לפניו כדי לבסס הרשעה, מוטל על בית המשפט לבחון את מכלול הראיות הנסיבתיות, ואת הסברי הנאשם, במבחני ההיגיון וניסיון החיים, ורק אם המסקנה המרשיעה, אשר מוסקת מן הבחינה הזאת, גוברת באופן ברור והחלטי על כל תיזה חלופית ואינה נותרת כל מסקנה סבירה אחרת, ניתן לומר, שאשמת הנאשם הוכחה מעבר לספק סביר" (ע"פ 4086/91 **מימון נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(2) 868, בעמ' 873). במקרה השכיח, בו נדרש בית המשפט להכריע בדבר אשמת הנאשם שלפניו על יסודן של ראיות נסיבתיות, מוצב בית המשפט, לרוב, בפני מערכת התרחשויות נסיבתיות מחד ובפני הסבריו של הנאשם מאידך. ומקום שהנסיבות, כשלעצמן, מצביעות לכאורה על אשמת הנאשם, תתמקד הכרעת בית המשפט בשאלה, אם בהסבריו של הנאשם יש כדי לעורר ספק בצדקת המסקנה המרשיעה הנלמדת מן הנסיבות.

אך המקרה שלפנינו איננו מקרה שכיח. אכן, אף כאן נפרשו לפני בית המשפט נסיבות עובדתיות שלכאורה הצביעו על מסקנה אפשרית, כי העותר הוא מי שביצע את מעשה הפשע; ואף כאן מסר העותר הסברים, שנועדו לעורר ספק בצדקתה של המסקנה האמורה, ואשר לא זכו לאמונו של בית המשפט. ברם, לצד הנסיבות העובדתיות, שנועדו להעמיד תשתית להרשעת העותר, הביאה התביעה לפני בית המשפט המחוזי את מסכת הראיות שעל יסודה הורשע בן-עזרא - בהליך קודם - באותו פשע שיוחס לעותר. כן הוברר, שבידי

התביעה אין כל ראייה לקיום זיקה כלשהי בין מערכת הראיות שעל יסודה הורשע בן-עזרא, ושעל-פיה הואשמו גם חגי וסרסור (מי שעל-פי גירסתו של בן-עזרא ביצעו את מעשה הרצח), ולבין מערכת הראיות שעל יסודה הואשם העותר. בנסיבות אלו, ההכרעה בשאלת אשמתו של העותר אינה יכולה להתבסס רק (ואף לא בעיקר) על השאלה, אם בהסברי העותר, לקיום הנסיבות העובדתיות המעידות לכאורה נגדו, יש כדי לעורר ספק באשמתו. בעצם קיומה של מערכת ראיות נפרדת, התומכת באפשרות שהפשע בוצע בידי אחרים, יש כדי להקים בסיס לספק באשמת העותר. קיום ראייה, כי הפשע בוצע בידי אחרים, מהווה חלק ממכלול הראיות הנסיבתיות שעל בית המשפט לבחון אותן. שוב אין המדובר במסכת ראיות נסיבתיות קוהרנטית, המצביעה לכאורה על אשמת הנאשם, ושעל הנאשם להציג הסברים שבכוחם לעורר ספק באשמתו, אלא בשתי מערכות נפרדות של ראיות, המובאות בפני בית המשפט על-ידי התביעה, כשהאחת לכאורה מעידה על אשמתו, בעוד האחרת לכאורה משמיטה את בסיסה של הראשונה. ההכרעה בדבר קיומו של ספק באשמתו של העותר, בנסיבות אלו, אינה תלויה באיכות הסבריו למערכת הראיות הראשונה (שלכאורה מרשיעה אותו), אלא באמינותה הלכאורית של מערכת הראיות האחרת, שבעצם קיומה סותרת את המסקנה הנלמדת ממערכת הראיות הראשונה.

3. הרשעתו של בן-עזרא, והאשמתם של חגי וסרסור, התבססו, בראש ובראשונה, על הודייתו של בן-עזרא בשלב החקירה. על-פי גירסה זו, מעשה הפשע בוצע בידי חגי וסרסור, שותפיו של בן-עזרא לקשר הפילי שלקידומו בוצע המעשה, ובסיועו הפעיל של בן-עזרא עצמו. בן-עזרא אינו מפליל את העותר כאחד ממבצעי הפשע. אדרבה, באמירתו כי החשדת העותר (על-ידי חגי) מהווה "תעתוע", מרמז בן-עזרא על ידיעתו שהעותר לא לקח חלק בפשע כשותף סמוי נוסף של שני שותפיו, חגי וסרסור.

אישור הרשעתו של העותר, בנסיבות אלו, יכול להתבסס רק על שלילת גירסתו של בן-עזרא כסיפור בדים גמור. הבעת ספקות או פקפוק ביחס לאמינות גירסתו של בן-עזרא עשויה, לכל היותר, לתמוך במסקנה - שלענייננו כלל אין היא דרושה - כי להרשעתו של בן-עזרא עצמו לא הונחה תשתית מוצקה. ברם, ספק באמינות גירסתו של בן-עזרא אינו שולל את האפשרות שגירסתו היא אמת, ובעצם האפשרות הזאת יש משום הטלת ספק באשמת העותר.

4. חברי השופט בך מבסס את אחד התשריטים החלופיים למסקנתו, שאשמת העותר הוכחה מעבר לספק סביר, על ההנחה שגירסת בן-עזרא לפחות חשודה כסיפור בדים. השופט בך מציג ניתוח מפורט של גירסת בן-עזרא בשלב החקירה. בעזרת ניתוח זה מבקש הוא להראות כי, על-פניה, אין הגירסה האמורה יכולה להיחשב כגירסת אמת. חוששני, כי הדרך למסקנה זו כלל אינה פתוחה בפנינו. הבה נשוב ונזכיר את הידוע: הכרעת הדין

הראשונה, שלפיה הורשע העותר, לא כללה קביעה מבוררת ביחס לאמינות גירסתו בחקירה של בן-עזרא. משערער העותר על הרשעתו, פסק בית-משפט זה, כי "בלי להתייחס לעדות של בן-עזרא ולחומר הראיות הנוגע לו, לא ניתן לקבוע עמדה פסקנית לגבי אשמתו של המערער". מטעם זה בוטלה ההכרעה והדין הוחזר לבית המשפט המחוזי לקביעת עמדה "לגבי כל חומר הראיות שהוגש לפניו בהקשר לעדותו של בן-עזרא... לרבות שאלת מהימנותו של בן-עזרא". דא עקא, שגם בהכרעת-דינו המשלימה של בית המשפט המחוזי לא נכלל מימצא השולל את גירסתו של בן-עזרא, בשלב החקירה, כגירסה שקרית. בית המשפט אמנם אמר, כי התרשמותו מעדותו של בן-עזרא (במשפטו של העותר) היתה, "כי לא ניתן לסמוך על דבריו ולא ניתן לקבוע על-פיהם מימצאים כלשהם". עם זאת ציין בית המשפט - ובכך העיקר - כי במסגרת משפטו של העותר לא היתה בידו האפשרות לבחון את אמיתות דבריו של בן-עזרא בשלב החקירה בהשוואה לעדותו בבית המשפט ואל מול ראיות אחרות שהובאו במשפטו, כדרך שעשה בית המשפט שפסק להרשיעו בדין. בשבתנו בערכאת הערעור איננו בני-חורין לקבוע מימצא של העדר מהימנות שהערכאה הדיונית התקשתה לקבוע. למידת ריסון זו, המתחייבת ממיגבלותיה הטבועות של הערכאה הערעורית, יש בענייננו תוקף כפול ומכופל: ראשית, מפני שהמדובר במימצא הנוגע לאמינות גירסתו של עד-תביעה בשלב חקירתו במשטרה; ושנית, בשל כך ששלילת אמינות גירסתו של העד מיועדת לתמוך באישור הרשעתו של הנאשם-המערער, שבלעדיה מתעורר ספק בצדקתה. האפשרות שבית-משפט זה יקבע, בשלב הדיון הנוסף, כי הגירסה אותה מסר בן-עזרא בחקירת המשטרה לא היתה אלא סיפור בדים, אינה נראית לי; ודומה כי גם השופט בך - חרף נטייתו להגיע לכלל קביעה כזאת - איננו מרחיק לכת עד כדי כך. המסקנה המתבקשת היא, כי בהיעדר אפשרות לשלול את גירסת בן-עזרא במשטרה כסיפור בדים גמור, מוטל עלינו להניח שגירסה זו היתה גירסת אמת.

לעניין ההכרעה באשמת העותר די לנו בהנחה, שגירסת בן-עזרא בחקירה - בגדרה הפליל את עצמו ואת חבריו חגי וסרסור - שיקפה את שהיה ידוע לו אודות האירוע. הנחה זו לא נסתרה במימצאי בית המשפט המחוזי. לכן לא אדרש לפרטים העובדתיים הרבים שבעזרתם מבקשים חבריי, השופט אור והשופט דורנר, לבסס את איתנותה הלכאורית של גירסה זו גם לגופה. עם זאת אבקש להזכיר, שעל יסודה של גירסה זו - שבן-עזרא, במשפטו, התכחש לאמיתותה - פסק בית המשפט להרשיע את בן-עזרא בעבירת רצח. כן אבקש להוסיף, כי ביטול הרשעתו של בן-עזרא על-ידי בית-משפט זה, והחלטת הפרקליטות לחזור בה מהאשמתם של חגי וסרסור, אינם גורעים, כהוא זה, מצדקת ההנחה בדבר אמיתות גירסתו בחקירה של בן-עזרא. משהסכימה הפרקליטות לערעורו של בן-עזרא וביקשה לזכותו, נעתר בית-משפט זה לערעור מבלי לבחון לגופה את צדקת הרשעתו; ואילו השאלה, אם חגי וסרסור השתתפו במעשה הפשע אם לאו, כלל לא הגיעה לביורור.

5. השופט בך סבור, כי גם אם מניחים שגירסת בן-עזרא בחקירה אכן שיקפה את חלקו בביצוע הפשע, אין בכך כדי לגרוע מדרגת הוודאות הדרושה להרשעתו של העותר. השופט בך אמנם מסכים, כי בבואנו להכריע בדבר אשמתו של העותר עלינו להשקיף על מכלול הראיות שהובאו בפני בית המשפט, לרבות אימרתיו בחקירה של בן-עזרא ויתר הראיות שעל יסודן הורשע בן-עזרא בביצוע הפשע. וכן מסכים הוא, שכל אחת משתי ההרשעות, זו של העותר וזו של בן-עזרא, מבוססת על מערכת ראיות שונה, וכי אין הוכחה בדבר שותפות או אף הכרות בין השניים. אך את היחס המתקיים בין שאלת אשמתו של העותר, לבין ההנחה שגם בן-עזרא היה מעורב במעשה ככל שהודה בחקירה, יש, לדעתו, לבחון "על-פי עקרון הכלים השלובים", היינו: ככל שהראיות הנסיביות המבססות את אשמת העותר הן יותר משכנעות, כך נדרש "משקל יתר של ראיות בפרשת בן-עזרא" כדי לעורר ספק באשמתו, ולהיפך. לגוף העניין, סבור השופט בך, אין בגירסת בן-עזרא כדי לשלול את האפשרות שגם העותר השתתף בביצוע הפשע: ראשית, מפני שבן-עזרא - כעולה מגירסתו - כלל לא נכנס לדירת המנוח וכל שידע אודות מה שהתרחש שם היה מפי חבריו, חגי וסרסור; ושנית, מפני שגירסת בן-עזרא עשויה להתיישב גם עם האפשרות ששותפם הסמוי של חגי וסרסור לביצוע הפשע, שעל קיומו רמזו לו השניים ("יש עוד צד למטבע"), היה העותר.

6. גישה זו, בכל הכבוד, אינה מקובלת עליי. חוששני, שבעצם השתתף הבדיקה על עקרון "הכלים השלובים", חוזר בו השופט בך משתי ההנחות שהציב בנקודת המוצא: כי יש לבחון את כלל הראיות כמכלול; וכי הרשעת העותר התבססה על מערכת ראיות שונה מזו שעל יסודה הורשע בן-עזרא, ושאינן כל הוכחה לקיום זיקה כלשהי בין העותר לבין בן-עזרא. בדיקת הראיות כמכלול חייבת להתבסס על קבלת גירסתו של בן-עזרא בשלמותה; לרבות אמירתו כי "המשתתף הרביעי" במעשה היה אחד סאלח מכפר קאסם, שהוא ידידו של חגי וסרסור; לרבות אמירתו, כי החשדתו של העותר בביצוע המעשה, על-ידי חגי, נעשתה כ"תעתוע"; ולרבות העובדה שבדברים ששמע מפי חגי וסרסור, בשבם למכונת לאחר ביצוע הרצח, לא נכלל כל רמז כי מי שהשתתף עמם במעשה נדקר בסכין במהלך הביצוע. אכן, נוכחותו של העותר בדירת המנוח בזמן ביצוע הפשע היא עובדה מוכחת, וכן גם העובדה שבהיותו שם נדקר העותר בסכין. אך האפשרות שהעותר היה שותפם לביצוע הפשע של חגי וסרסור, וכי בא לדירה למטרה זו ביחד או בתיאום עמם, לבד מהיותה מבוססת רק על השערה ולא על ראיה, אינה מתיישבת עם גירסתו של בן-עזרא. גם ההנחה, שבעודנו מותקף בידי (לפחות) שלושה שודדים אלימים, עלה בידי המנוח לחלץ סכין מידי מי מהם ולדקור פעמיים את העותר, אינה נראית לי כה סבירה.

7. חברי השופט קדמי - התומך במסקנתו של השופט בך - אומר, שאילו הרשעותיהם של העותר ושל בן-עזרא היו מבוססות על תרחישים שונים שאין ליישב ביניהם, די היה בכך כדי להעמיד בספק את הרשעתו של כל אחד מהשניים. אך, לדעתו, לא אלה הם פני הדברים בענייננו. השופט קדמי סבור, כי "משנחשפה נוכחותו של

(העותר) בזירת הרצח והראיות שנאספו העמידו בסיס איתן להרשעתו באחריות לביצוע הרצח על-פי תרחיש שונה מזה שהציג בן-עזרא בהודיית החוץ העומדת בבסיס הרשעתו שלו, ניטלה אמינותה של אותה 'הודיית חוץ' לחלוטין". הווי אומר: התרחיש שעל יסודו הורשע העותר אינו מותר כל מקום להתחשבות בתרחיש אשר ניצב ביסוד הרשעתו של בן-עזרא. השופט קדמי אינו מוציא מכלל אפשרות "שיש גרעין של אמת בטענתו של בן-עזרא, שהוא 'מעורב' בדרך כלשהי ברצח המנוח או, לפחות, בתכנון רצח כזה", אלא שלדידו, "מעורבותו" האפשרית של בן-עזרא אינה מוציאה את אחריותו של העותר.

השופט קדמי נמנע מלקבוע, שאילו ערעורו של בן-עזרא היה נדון לגופו, ניתן גם להניח שבית-משפט זה היה מקבל את הערעור ומזכה אותו מן האשמה. עם זאת, ותוך שהוא חוזר ומעריך את התשתית הראייתית שניצבה ביסוד הרשעתו של בן-עזרא, אין הוא מסתיר את דעתו, כי הראיות שהובאו במשפטו של בן-עזרא לא ביססו את אשמתו במידה הנדרשת. כל כך, משום שבחומר הראיות שהובא במשפטו לא נמצא "דבר-מה נוסף" ממשי ובעל משקל לתמיכת הודיית החוץ, אותה מסר בן-עזרא בשלב החקירה, ואשר ניצבה ביסוד הרשעתו. "דבר-מה" כזה אמנם נמצא בפרטים המוכמנים מזירת העבירה, שנמסרו על-ידי בן-עזרא בשלב החקירה. אך השופט קדמי אינו מייחס משקל רב לידיעת הפרטים המוכמנים, משום ההבחנה המתבקשת, כדבריו, "בין פרטים הידועים לכלל החוקרים ועל כן, במקרים רבים, גם לכלי התקשורת; לבין כאלה שהמודה 'מגלה' אותם לחוקרים".

8. הנני נכון להסכים, שבגדר משפטו של העותר ראשי היה בית המשפט המחוזי לחזור ולבחון אם הגירסה שמסר בן-עזרא בחקירתו, ושעל יסודה הורשע בדיון, היתה גירסת אמת. אלא שבית המשפט המחוזי, שהרשיע את העותר בדיונו, לא עשה כן; וגם משהוחזר הדין אליו, במסגרת גלגולו הראשון של הערעור, לשם קביעת עמדה בשאלת מהימנות גירסתו של בן-עזרא, שב והסביר מדוע אין בידו לעשות כן. כבר עמדתי על כך, שבנסיבות אלו לא נוכל אנו לשלול את גירסתו של בן-עזרא כסיפור בדים, ושכל עוד לא נמצא בסיס לעשות כן חובה עלינו להניח שגירסתו היא אמת.

השופט קדמי מבקש להראות, כי להרשעת בן-עזרא לא הונח בסיס ראייתי איתן, וכי בהעדר דבר-מה נוסף בעל משקל לתמיכת הודיית החוץ שלו, אין לראות בו יותר מ"מעורב" אפשרי. דומני כי המעטת ערכו של ה"דבר-מה", הכרוך בידיעת הפרטים המוכמנים על-ידי בן-עזרא, נזקקת להנחה שבענייננו אין היא מתקיימת. ההנחה (המובאת רק במרומז) היא, שהפרטים שמסר בן-עזרא לחוקרים עשויים היו להיוודע לו גם ממקורות חיצוניים (למשל, מכלי התקשורת). אלא שבן-עזרא אישר בחקירתו שכלל לא קרא את העיתון המקומי, אשר רק בו (ככל שנתברר) פורסמו חלק מן הפרטים שהוגדרו כמוכמנים. גם בעדותו לא ייחס בן-עזרא את ידיעת

הפרטים לקריאה בעיתון, אלא למה שהסיק בעצמו בעזרת ההיגיון ולדברים ששמע מסרסור ומן החוקרים. ואולם בית המשפט שהרשיעו, תוך שלא האמין לעדותו, קבע במפורש שאת הפרטים המוכמנים שמסר בן-עזרא בחקירתו לא יכול היה ללמוד ממקור חיצוני כלשהו.

על כל פנים, אין בידי להסכים שקיום ספק בצדקת הרשעתו של בן-עזרא עשוי להוביל למסקנה כי התרחיש העומד בבסיס הרשעתו (ובמרכזו הגירסה אותה מסר בן-עזרא בשלב החקירה) חייב לסגת ולפנות את מקומו לתרחיש העומד בבסיס הרשעתו של העותר. הנאשם שההכרעה בדבר אשמתו עומדת על הפרק אינו בן-עזרא אלא העותר. השאלה אם הראיות שהובאו במשפטו של בן-עזרא, ובמרכזן הגירסה העובדתית אותה מסר בחקירתו, העמידו בסיס איתן להרשעתו של בן-עזרא, אינה מענייננו בפרשה זו. השאלה הניצבת לפנינו היא, אם הגירסה שמסר בן-עזרא בחקירתו, מעוררת ספק באשמה שיוחסה לעותר על יסודו של תרחיש עובדתי שונה לחלוטין מזה שעל יסודו הורשע בן-עזרא והואשמו חבריו, חגי וסרסור. כפי שכבר הטעמתי לעיל, כדי להשיב בשלילה לשאלה זו חובה להראות שגירסתו של בן-עזרא בחקירה לא היתה אלא סיפור בדים. הנטל לשכנע את בית המשפט בכך רבץ על התביעה. זו כלל לא התיימרה שבכוחה לשאת נטל זה. וגם בית המשפט המחוזי, אשר הרשיע את העותר בדין, לא יכול לקבוע שגירסת בן-עזרא בחקירתו היתה, כל-כולה, כזב. בנסיבות אלו, ומשלא נשללה האפשרות שמעשה הפשע בוצע בידי חגי וסרסור בשיתופו של בן-עזרא, אין מנוס מן המסקנה שאשמת העותר לא הוכחה מעבר לספק סביר.

9. מאז ומתמיד שיננו את הכלל, שבטרם יורשע נאשם על יסוד מערכת של ראיות נסיבתיות מוטל על בית המשפט להיווכח כי המסקנה המרשיעה, המוסקת ממכלול הראיות וההסברים שבאו לפניו, גוברת באופן ברור והחלטי על כל מסקנה סבירה אחרת. אינני מתעלם מכובד משקלן של הראיות הנסיבתיות שהובאו על-ידי התביעה לביסוס אשמתו של העותר, ואף לא מכך שההסברים שניתנו על-ידי העותר להתנהגותו בשעת ולאחר המעשה, לא זכו לאמון בית המשפט. עם זאת, ולאור קיום האפשרות אשר לא נשללה, שהמעשה הנפשע בוצע בידי אחרים, מן הדין היה כי נורה לזכות את העותר מחמת הספק.

שׁוֹפֵט

השופט א' גולדברג:

הראיות נגד העותר אינן מותירות צל צלו של ספק כי הוא רצח את המנוח.

זו היתה דעתי בערעורו (ע"פ 6251/97 פ"ד מט(5) 45) וזו דעתי גם היום. אין עלינו ליצור תרחישים

כדי לנסות וליישב בין הראיות הברורות נגד העותר ובין אמירות של בן עזרא. כשם שאין עלינו, ואין בידינו,

להכריע באמינות אמירה זו או אחרת המצויה בהודיותיו של בן עזרא. בהקשר זה אומר רק זאת כי אף בית המשפט המחוזי במשפטו של בן עזרא עמד על אופיו ואישיותו, וציין כי לא היתה ראייה לסתור את חוות דעתו של הפסיכולוג יוסף מאירסון כי בן עזרא הוא "בעל מופרעות נפשית קשה, אשר החריפה בשנתיים האחרונות... במצבי לחץ יכולתו להבחין בין עיקר ותפל, יכולת השיפוט החברתית שלו ותפיסת המציאות נפגעים קשות. במצבים אלה נוטה להיעזר בדמיונו המפותח וביכולתו לתפעל אנשים בסביבתו בכדי להתגבר על קשיי התפקוד". סגן הנשיא ח' שטיינברג גם ציין כי "הובהר לנו בעליל כי עומד לפנינו אדם שקו האופי הדומיננטי שלו הוא הפכפכותו, וקו אופי זה איפיון גם את התנהגותו לאורך כל החקירה המשטרית, מאז שהוזמן לחקירה ומסר את הודעתו הראשונה ועד להודעות האחרונות שאותן מסר, זה מקרוב, תוך כדי מהלך הדין, כאשר העלה בין היתר גירסה מוזרה **בה סיבר גם את אשתו וכרך אותה בין אלה שנטלו חלק במעשי השוד והרצח...**" (ההדגשה שלי - א.ג.)

בפסק הדין השני בעניינו של העותר, בו התייחס בית המשפט למהימנותו של בן עזרא, שהופיע כעד במשפטו של העותר, קבע בית המשפט כי לא ניתן לסמוך על דבריו, ולא ניתן לקבוע ממצאים על פיהם, וכי הוא "החליף גירסאות כפי שאדם מחליף בגדיו".

האם על אף כל זאת יש בידינו אנו, שאפילו את דמותו של בן עזרא לא ראינו, ללקט אמירות מהודיותיו, ליתן להן משקל, ועל פיהם להעלות תיזה אפשרית זו או אחרת? האם ניתן לומר בנסיבות כאלה כי אמירה מסויימת של בן עזרא בהודיותיו הינה בעלת משקל עד שהיא מכרסמת בראיות החזקות כנגד העותר?

כפי שצינתי בחוות דעתי בע"פ 6251/94, הממצאים שקבע בית המשפט בהרשעו את בן עזרא, אינם אלא עדות שמיעה, והמסקנות שהביאו להרשעתו הן בבחינת חוות-דעת שאינה בגדר ראייה. כן הוספתי כי:

"משפטו של בן עזרא היה הליך נפרד ועצמאי, וכמוהו משפטו של המערער, כשכל אחת מהכרעות הדין עומדת בפני עצמה, ועליה להיות מושתתת אך ורק על המסכת הראייתית הקבילה שהובאה באותו תיק... בית המשפט קמא לא יכול היה לחקור במופלא ממנו, אלא במה שהיה גלוי וידוע לפניו על פי הראיות הכשרות שהביאו בעלי הדין".

בית המשפט קמא לא היה מוכן לתת משקל לדברים שיצאו מפיו של עד הפכפך, בלתי מהימן ובעל נטייה להרס עצמי (העד בן עזרא). לפיכך שקל וניתח את הראיות כנגד העותר. בדין התרכז בית המשפט קמא בעניינו של העותר בראיות אלה, ובהן בלבד, ועל פיהם הכריע את הכף לחובתו. בכך איני רואה מקום להתערב, כשלא מתעורר כל ספק באשמתו.

לא עמדתי אלא על מקצת דברי בחוות דעתי בע"פ 6251/94, והמעין יעיין שם.

ש ו פ ט

השופט מ' חשין:

חוות-הדעת של חברי כולם פרושות לפני. הוספתי ופרשתי לידן את שלוש חוות-הדעת שנתנו בערעור נושא הדין: חוות-הדעת של חברי השופט גולדברג, חוות-הדעת של חברי השופט אור וחוות-דעתי שלי. סקרתי את חוות-הדעת כולן והנה הן מאופק-אל-אופק. כל שיכול וניתן להיאמר נאמר באותן חוות-דעת, ויותר מאשר פעם אחת. הפוך בהן והפוך בהן שכל בהן.

2. קראתי והפכתי והיפכתי. שקלתי ואיזנתי ואיפסתי. עשיתי כל אלה - ומדעתי לא שיניתי. על עומדי אני עומד ורגלי יציבות. אין ולו ספק קל בדעתי כי העותר הוא האדם שרצח - לבדו או בצוותא-חדא עם אחרים - את ישראל דדילובסקי ז"ל.

3. מיקצת מחברי חלוקים עימי: מסרבים הם להלך עמי יד-ביד בדרכי, ובחוות-דעתם מפרשים הם על-שום-מה ולמה. נתעורר בי רצון עז לפגוש פולמוס בפולמוס ולהשיב על ראשון ראשון ועל אחרון אחרון. ואולם לסופו של דיון ביני-לבין-עצמי החלטתי כי לא אפן לייצר. מה טעם, אמרתי אל-ליבי, אחזור על דברים שנאמרו, והרי מה שנאמר נאמר וחזרה על דברים לא תוסיף דעת. אכן, את דברי אמרתי באריכות - אפשר באריכות-יתר - בחוות-דעתי הראשונה, וחוות-הדעת תימצא למי שיבקש למוצאה. והמוצא יעיין וידע ויבין.

קראתי את חוות-דעתי הראשונה וראיתי כי טובה היא. ומה לי שאוסיף? עת להאריך ועת לקצר.

4. כל אחד מאיתנו השיבֵּעָה אמר את אשר בליבו, אמר והסביר ונימק. ואחרי שנתמצו כל הנימוקים - מים ומקדם מצפון ומנגב - נותר כל אחד מאיתנו בדל"ת אמות פרטיות שלו. הגענו, כל אחד מאיתנו, אל הקווארק (quark), אותו חלקיק כלוא, הזעיר-מכל-זעירים (לעת הזו), חלקיק שאינו-ניתן-עוד-שיחולק. ועל כך

אמרתי בחוות-דעתי הראשונה (ע"פ 6251/94 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45, 124-125):

"... אין אנו רשאים להתעלם - לא יהיה זה ראוי כי נתעלם - מהיסוד המוסרי הכרוך בהרשעתו של נאשם; וגם אם נבקש לחמוק ממנו סופו שיגיע עדנו. הנה כי כן, בסופו של ההליך הראציונאלי לבחינתן של חלופות העשויות להקים ספק באשמתו של נאשם; וגם במקום שביט-משפט יאמר אל לבו: כל חלופות אפשריות נעדרות הן, לכאורה, כל משקל של ממש, ומכאן שהתביעה הוכיחה את אשמתו של נאשם מעבר לכל ספק סביר; גם בהגיענו אל תחנת סיום זו, אפשר שקול קטן וחרשי קול המוסר - יעלה בו בשופט ממצפוני ויאמר לו: אחרי כל אלה ז'ה לא

זה'. אפשר שקול זה פירושו לא יהיה אלא ספק סביר 'ראציונאלי'. אפשר גם אחרת. בין כך ובין אחרת, שופט לא יוכל להתעלם ממצפון - אסור לו שיחמוק ממנו - ועל-פי צו לבו יעשה. ובית-משפט שלערעור אף הוא יחליט - בדרכו שלו - כך או אחרת."

ועל עניינו של העותר הוספתי ואמרתי (שם, 125):

"חלופה העולה כדי ספק סביר לא נמצאה לי. הקול לא עלה בי ולא לחש באוזניי. אני סבור שאשמתו של המערער הוכחה מעבר לספק סביר. אני סבור שיש לדחות את הערעור."

האיש הקטן בתוכי, אותו אישון-מצפון השוכן בליבי, לא רגז ולא רטן; נהפוך הוא: הוא הורה אותי הדרך, הוא עודדני בדרכי. עתה, לעת הדיון הנוסף, נועצתי בו שוב, ותשובתו עתה היתה כתשובתו בתחילה.

ואחרי אומרי כל דברים שאמרתי אבקש להעיר שתי הערות על המתודה.

5. מיקצת מחבריי אומרים וטוענים - וחוזרים הם וטוענים - כי יש לבדוק את "מיכלול" הראיות, וכי "מיכלול" הראיות מוליך וחיוב להוליך אל-עבר זיכוי של העותר (נעיר בדרך אגב, כי גם כאן יש גוונים בדיעותיהם של חבריי: חבריי השופט אור והשופט מצא מזכים את העותר מן הספק, ואילו חברתי השופטת דורנר מזכה את העותר בקול רם). נתקשיתי להבין מושג זה של "מיכלול" הראיות בהקשר עניינינו כאן. בוודאי לא נתכוונו חבריי ללמדנו כי שומה עלינו לבחון את כל הראיות שהיו לפני בית-המשפט במשפטו של העותר: את כל הראיות ולא אך את מיקצתן. וגם אין להניח שחבריי נתכוונו לומר כי שומה עלינו לבלוע באחת - במבט ובהגיון - את כל הראיות שבאו לפני בית-המשפט. "חור שחור" בולע את כל סביבתו באחת. לא כן שופט המכריע בדיון. אדם המאזין לנגינת תזמורת, קולט באחת את "מיכלול" הצלילים המושמעים לו ביחידת זמן מסויימת, אך אין הוא קולט את היצירה לכל אורכה ב"מיכלול" אחד. אדם המתבונן בנוף או בתמונה אפשר יכול הוא לקלוט את "מיכלול" הנוף או התמונה. ואולם אדם המשיח עם חברו אינו יכול לדבר ב"מיכלול", משל היה תזמורת בה מנגנים בעת-ובעונה-אחת כמה וכמה כלים. המלים תצאנה מפיו אחת אחרי השניה, ולסוף הדיבור נבין (או לא נבין) מה אמר. וכאותו אדם הוא השופט, ש"מיכלול" הנסיבות לא ייווצר אלא מן הפרטים, אותם פרטים היוצרים את האירוע נושא הדיון.

6. בשיבתו לכתוב פסק-דין, שומה עליו על שופט להשליט סדר ומישטר בעובדות שלעניין, בשאלות החוק והמשפט, במחשבות וברעיונות המתרוצצים במוחו. רק לאחר מכן יוכל לשבת ולכתוב פרשת עובדות ודבר

הלכה, דבר דבור על אופניו. וכך עשיתי בחוות-דעתי הראשונה. לראשונה בחנתי - כחברי השופט גולדברג - את הראיות מן "המעגל הפנימי", אותן ראיות נסיבתיות המורות באצבע אל העותר כאל מי שרצח את המנוח. לסופה של אותה בחינה - וכמסקנת ביניים - נמצא לי שהראיות מורות באורח חד-משמעי אל-עבר העותר. באותו הקשר דיברתי מעט בעניין של ראיות נסיבתיות על דרך הכלל (שם, 128-129). הוספתי ואמרתי, שהמסקנה כי היה זה העותר שרצח את המנוח (בעצמו או עם אחרים), לא זו בלבד שהינה, לכאורה, מסקנה אחת ויחידה, אלא שבעניינינו-שלנו צירפו עצמם אלה-אל-אלה כמה וכמה "מעשי-אל" - כטענת העותר - מעשים המביאים אותנו בצירופם אל-עבר האבסורד. וכך אמרתי בין שאר דבריי (בעמוד 129):

"מעשה אל ודבר ה' אינם חזון נפרץ, וכאשר 'מעשי אל' (כנטען) באים בזה אחר זה בשרשרת נסיבות שכל אחת מהן לעצמה מצביעה אל עבר אשמתו של נאשם, נאמר אנו - כבני אנוש - כי יש להרשיע אותו נאשם וכי לא ניטע ספק סביר בלב. אכן, יד המקרה, מעשה אל, אצבע אלהים, מחזה תעתועים, כאשר באים הם בזה אחר זה באותה מערכת עצמה, אין הם אך מצטרפים האחד אל רעהו אלא כופלים הם אלה את אלה. כך הופכת מקריות לחוקיות, וערכה של טענת תעתוע ממעל שואפת לאפס."

וכך, אחרי בחינתן של הראיות מן "המעגל הפנימי", נפנית אל ראיות מן "המעגל החיצוני", אותן ראיות שעניינן פרשת בן-עזרא. בחנתי ראיות אלו, והיגתי לכלל מסקנה כי אין באלו כדי לנטוע בליבי ולו תחילתו של ספק בהרשעתו של העותר. אינני סבור, כמיקצת חבריי, כי פרשת בן-עזרא - כשהיא-לעצמה - יש בה כדי לנטוע ספק בלב. ואינני סובר כי בדרכי היטלתי נטל שיכנוע על העותר. לא מיניה ולא מיקצתיה. הלכתי בדרך השופטים, קירבתי את הקרובים, ריחקתי את הרחוקים, ועשיתי את העובדות הפזורות באורח אקראי על-פני השטח משפחות-משפחות אגודות-אגודות. זו היתה דרכי מאז ומקדם. זו דרך השופטים.

7. הערה מתוך הערה, והיא ההערה השניה. מיקצת מחבריי מלקטים מאמירותיו של בן-עזרא, זעיר-שם זעיר-שם - ואמירותיו אמירות רבות הן - וליקוטים אלה עושים הם תשתית לזיכוי של העותר. ובלשונו של חברי השופט מצא: "... בהיעדר אפשרות לשלול את גירסת בן-עזרא במשטרה כסיפור בדים גמור, מוטל עלינו להניח שגירסה זו היתה גירסת אמת". ועוד: "בדיקת הראיות כמיכלול חייבת להתבסס על קבלת גירסתו של בן-עזרא בשלמותה". ובמקום אחר: "... חובה עלינו להניח שגירסתו [של בן-עזרא] היא אמת". לשון אחר: חזקה היא כי בן-עזרא אך אמת ידבר, ובמוצא-פיו יקום ויפול דבר. מה יסוד יש לו לחברי להחליט כן? היכן מצא חברי נטל זה ה"מוטל עלינו"?

ראשית לכל, כפי שהראיתי בחוות-דעתי הראשונה - והוסיף על כך חברי השופט בך - ניתן ליישב את גירסת בן-עזרא עם הרשעת העותר. גירסת בן-עזרא אין בה כדי לזעזע את מעגל הראיות המוצקות הסוגרות על העותר סביב-סביב.

שנית: בערעור נושא הדיון נתעוררה שאלה אם נביא במניין שיקולינו את פרשת בן-עזרא - באשר היא - או אם נתעלם ממנה. סברתי מתחילה - וזו דעתי אף כיום - שלא נוכל לעצום עינינו, וכי אין אנו רשאים להתעלם מפרשת בן-עזרא כמו לא היתה ולא נבראה. פרשת בן-עזרא היא איפוא בינותינו. ואולם בינותינו היא הפרשה כולה - לא אך חלקה - למראש ועד זנב: בכל, מכל כל. והראש הוא פסק-הדין בפרשת בן-עזרא. באותו פסק-דין חיוו השופטים דעתם על אישיותו של בן-עזרא באורח ברור ונחרץ. סגן הנשיא שטיינברג כתב כי "הובהר לנו בעליל כי עומד לפנינו אדם שקו האופי הדומיננטי שלו הוא הפכפכותו, וקו אופי זה איפיון גם את התנהגותו לאורך כל החקירה המשטרית...". ובהמשך:

"... כבר למן ההתחלה - עוד בטרם הוא נחשד כמעורב בפרשה - התנהג הנאשם בצורה הפכפכה ובלתי עקבית, והתנהגות זו התבטאה והתבלטה ביתר שאת בהמשך החקירה..."

כן היתה התרשמותו הברורה של השופט א' א' לוי, וכדי שלא לחזור על הדברים - והם דברים חשובים ביותר - אפנה אל דבריו המצוטטים בפי חברי השופט גולדברג בפסק-הדין הראשון, בעמ' 55-56. ואם לסופו של דיון הורשע בן-עזרא בדיון, סמכה ההרשעה עצמה על הודאה מפורשת שיצאה מפיו ועל פרטים שלדעת המותב היו פרטים מוכמנים שבן-עזרא לא יכול היה לדעתם אלא אם אמר אמת בהודאתו.

ובכן, המותב שהרשיע את בן-עזרא אומר כי המדובר באדם ההוזה הזיות, מדמיין דמיונות ודובר כזב. כיצד זה איפוא נוכל אנו לסמוך על דבריו כמו היו קושט אמרי אמת? כיצד נאמר כי מוטל עלינו להניח כי דבריו - כל דבריו - הם אמת? אכן, דעתו של מותב בן-עזרא על בן-עזרא אינה מחייבת אותנו, וכך גם אמרתי בחוות-דעתי הראשונה (בעמ' 107-108). ואולם נפלא ממני כיצד יכולים אנו לנתק אמירות של בן-עזרא במשפטו - או בחקירתו במשטרה - מפסק-הדין שניתן בעניינו. והרי כל אלה באו אלינו כמיקשה אחת. מכל מקום, אם חוות-דעתו של מותב בן-עזרא על בן-עזרא לא תוכל לשמש לנו, בה במידה אין אנו רשאים ללכת אל הקיצוניות הנגדת ולומר כי שומה עלינו להניח שדבריו של בן-עזרא הינם כולם קושט אמרי אמת.

8. זו היתה דעתו של מותב בן-עזרא על בן-עזרא. ובאותה דעה היה המותב שדן את העותר והרשיעו ברצח המנוח. חברי השופט גולדברג מביא מדבריו של בית-המשפט בפיסקה 25 לחוות-דעתו הראשונה, והציטוט הוא ארוך וחשוב. בין השאר אמר בית-המשפט דברים אלה על בן-עזרא:

"התרשמותנו היא, כי לא ניתן לסמוך על דבריו ולא ניתן לקבוע על-פיהם ממצאים כלשהם. העד הזה מסוגל, לדעתנו, לומר כל דבר שנראה לו אותו רגע כמשרת את האינטרסים שלו, בין אם דבר זה מעוגן באמת ובין אם לאו."

נדע מכאן, שכל מי שראה ושמע את בן-עזרא קבע כי אין להשתית על דבריו כל מימצא של-ממש (למעט הודייתו, שנמצאו בה סימני אמת). כיצד זה נבוא אנו עתה ונקבל כדבר-אמת כל אמירה שנשרה משרוולו? הנחת-אמת זו שמניחים חבריי - מהיכן נמצאה להם?

יתר-על-כן: אליבא דכולי עלמא לא היה בן-עזרא בזירת הרצח, ואין הוא יכול להעיד מידיעתו כי העותר לא היה הרוצח (או אחד מן הרוצחים). לו בא עד פלוני והעיד כי ראה את העותר חונק את המנוח למוות, היתה עדותו של אותו עד עולה בקנה אחד עם דבריו של בן-עזרא על מעורבותו שלו (של בן-עזרא) במעשה הרצח. אלא מה? בן-עזרא מעיד בניחוש ומתוך שמועה על מי שהיה או לא היה בזירת הרצח. וכך: נוכח ראיות חד-משמעיות וחותכות המצביעות על העותר כעל הרוצח, עומד ניחוש של בן-עזרא. ואותו ניחוש יעלה ספק סביר בליבנו? אתמהה.

9. אל-מול חומת ראיות מוצקה הסוגרת על העותר, ניצב איל-ניחושים והשערות. ואולם איל זה אין בכוחו לקרקר את החומה.

הראיות מלמדות חד-משמעית כי העותר רצח את המנוח. האישון דחק בי והורה אותי להרשיע את העותר בדינו. האישון ממשיך עתה ודוחק בי לקיים את הרשעתו של העותר. והאישון תמיד הראה אותי הדרך.

דעתי היא כי יש לקיים את הרשעתו של העותר.

הוחלט, ברוב דעות, כאמור בפסק-דינו של השופט ג' בק.

ניתן היום, ד' בסיון תשנ"ז (9.6.97).

שופט שופט שופט שופט

שופט שופט שופט

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן
מזכיר ראשי
אז

01C.95033910

בג"צ 3391/95

תוכן העניינים

- 1-35 - השופט ג' בך
- 36-74 - השופט ת' אור
- 75-83 - השופט י' קדמי
- 84-103 - השופטת ד' דורנר
- 104-111 - השופט א' מצא
- 111-112 - השופט א' גולדברג
- 113-119 - השופט מ' חשין