

## מ"ח 6783/13 - יחזקאל באשה נגד מדינת ישראל

### בבית המשפט העליון

מ"ח 6783/13

לפני: כבוד המשנה לנשיא מ' נאור

המבקש: יחזקאל באשה

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשה להורות על משפט חוזר

בשם המבקש: עו"ד יעקב וינרוט; עו"ד יחיאל וינרוט, עו"ד ירום הלוי

### החלטה

1. לפניי בקשה להורות על משפט חוזר לפי סעיף 31 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט או החוק).

2. עסקינן בפרשה עובדתית אחת ובה שלושה שותפים, שהאשמו בביצוע בצוותא של עבירת הרצח, בעקבות קטטה אלימה שהתרחשה ביניהם. תחילה הוגש כתב אישום רק נגד אחד מהשותפים, הוא המבקש כאן, אשר הורשע בבית המשפט המחוזי בעבירת הרצח. בהמשך, הוגש כתב אישום נגד השניים הנוספים בפרשה, ואשר זוכו בידי הרכב שופטים אחר בבית המשפט המחוזי. כעת, ובעקבות הזיכוי של שני האחרים, עותר המבקש בבקשה שלפניי לקיים בענייניו משפט חוזר.

הרקע לבקשה והליכים קודמים

עמוד 1

3. נגד המבקש הוגש כתב אישום, אשר ייחס לו עבירה של רצח בדקירה של יצחק ג'ורג'י (להלן: המנוח), לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). בכתב האישום נטען כי ביום 31.7.2006 ישבו המבקש וחברו (להלן: מימוני) במסעדת "שיפודי חן" ברמת-גן. סמוך לשעה 21:30 בערב, הגיע המנוח אל המסעדה, והיכה מכה חזקה בראשו של המבקש. בעקבות כך, התפתח עימות אלים בין המבקש ומימוני לבין המנוח, במהלכו הניפו השניים כיסאות על מנת להנחיתם על המנוח. בעוד הנוכחים במסעדה ניסו להפריד בין הצדדים, קרא המבקש לעבר מימוני "בוא נלך, היום אני ארצח אותך", תוך שדבריו מכוונים אל המנוח. משנרגעו הרוחות, כך לפי כתב האישום, המנוח ודודו סבאח ג'ורג'י (להלן: סבאח) החלו לצעוד בדרכם לביתו של המנוח, ואילו המבקש ומימוני חזרו למסעדה לאסוף את חפציהם האישיים שנותרו על השולחן, תוך שמימוני נוטל משם סכין משונן לחיתוך בשר. ביציאתם מהמסעדה, נסעו השניים ברכבו של מימוני ועזבו את המקום. בשלב כלשהו חבר אליהם אחיו של המבקש, גילי באשה (להלן: גילי). לאחר דקות ספורות, פגשו השלושה (המבקש, מימוני וגילי) את המנוח ואת סבאח בדרכם, התנפלו עליהם ותקפו אותם באלימות. כתוצאה מכך, נדקר המנוח בחזהו על-ידי אחד מהשלושה, ובהמשך נפטר כתוצאה מכך. במהלך הדברים נפצע גם המבקש סמוך לעינו השמאלית.

4. ביום 2.2.2009 הורשע המבקש בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו פה אחד, בביצוע בצוותא של רצח בכוונה תחילה של המנוח, עבירה לפי סעיפים 300(א)(2) ו-29(ב) לחוק העונשין (פ"ח 1101/06) (להלן: הכרעת הדין המרשיעה). זאת לאחר שהמבקש כפר במיוחס לו. בחקירותיו במשטרה טען המבקש כי הותקף ונפצע בעינו עוד במהלך הקטטה במסעדה, ולא היה מעורב כלל באירוע תקיפת המנוח. לטענתו, בעקבות פציעתו הוא התקשר לאחיו גילי על מנת שיסיע אותו ישירות לבית החולים. לעומת זאת, בתשובתו לכתב האישום נגדו, מסר המבקש גירסה שונה, ולפיה משהסתיימה התגרה במסעדה, נסע עם מימוני ברכבו, ופגשו הם באקראי את המנוח ברחוב סמוך למסעדה. לטענתו, בעת שהיה במכונית יחד עם מימוני, ניגש אליו המנוח דרך חלון הרכב ודקר אותו בעינו. בעקבות הדקירה יצא המבקש מהרכב וישב פצוע על המדרכה עד שפונה מהמקום על-ידי אחיו גילי. אף לפי גירסה זו המבקש לא היה שותף כלל לתקיפת המנוח.

5. בית המשפט המחוזי דחה בהכרעת דינו את גרסתו של המבקש וקבע כי המבקש השתתף בתקיפת המנוח יחד עם אחיו גילי ועם חברו מימוני בכוונה לגרום למותו של המנוח. במסגרת הכרעת הדין נקבע, כי אף אם המבקש בעצמו לא דקר את המנוח את הדקירה הקטלנית, הרי שחלקו היה מהותי להגשמת התוכנית המשותפת של רצח המנוח. בית המשפט המחוזי קבע כי למבקש היה מניע לפגוע במנוח, היות שהותקף על ידו קודם לכן במסעדה, ואף נפצע בעצמו במהלך האירוע בו נדקר המנוח למוות. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי המבקש שיקר לכל אורך חקירותיו ביחס לנסיבות ולמקום פציעתו ואף הפליל עצמו בדברים שאמר למדובב ששהה בתאו בבית הסוהר.

הנה כי כן, הרשעתו של המבקש התבססה על אירוע הקטטה במסעדה, אשר קדם לאירוע הדקירה; על האיום שפלט המבקש במהלך התגרה במסעדה, כי ירצח את המנוח, איום אשר נלמד מתוך הודעתו של אחד מעובדי המסעדה; על עדותו של סבאח, דודו של המנוח, אשר נכח במסעדה בעת התרחשות הקטטה, וליווה את המנוח לאחר מכן בדרכו החוצה לביתו; ואף על עדותם של שני עדים - אבי המנוח סמי ג'ורג'י, ושכנתו יהודית זמר טוב (להלן: סמי ויהודית) - לגבי דברים שאמר להם סבאח, בסמוך לאחר אירוע הדקירה (להלן: עדויות השמיעה). עדויות אלה נתקבלו מכח דוקטרינת ה"רס גסטה" המוכרת כחריג לכלל הפוסל עדות שמועה, חריג המעוגן בסעיף 9 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות). נוסף על כך, בית המשפט המחוזי התבסס בהרשעתו אף על ראיות חפציות וביניהן, טיפות מדמו של המבקש ושל המנוח בזירת הרצח, כתם דם של המנוח על חולצתו של המבקש, כתמים מדמו של המבקש בתוך רכבו של מימוני, פציעות בגופו של המבקש וכן תוצאות הניתוח שלאחר המוות של גופת המנוח.

בסופו של יום, ולאור האמור לעיל, הרשיע בית המשפט המחוזי את המבקש בביצוע בצוותא של רצח בכוונה תחילה של המנוח, ונגזרו עליו עונש של מאסר עולם וחייב בתשלום פיצויים לקרוביו של המנוח. בערעור שהגיש המבקש לבית המשפט העליון, הוא השיג הן על הרשעתו והן על גובה הפיצוי שהוטל עליו.

ההליכים בפני בית המשפט העליון

6. ביום 11.11.2012 דחה בית משפט זה ברוב דעות את ערעורו של המבקש על שני חלקיו (ע"פ 8704/09) (להלן: פסק הדין בערעור). בפסק דינו דן בית משפט זה באופן מקיף ומפורט בערעורו של המבקש, על הסוגיות השונות שהועלו בו. בית המשפט בחן, בין היתר, את שאלת קבילותן של עדויות השמיעה ואת השאלה כיצד יש להתייחס לטענת הגנה שהעלה המבקש לראשונה בשלב הערעור. אשר לעדויות השמיעה, ציין בית משפט זה בפסק דינו את הגישות השונות הקיימות ביחס לפרשנות החריגים לכלל האוסר על עדות שמועה, וקבע כי יש להכשיר את העדויות בענייננו מכח סעיף 9 לפקודת הראיות. בעניין זה, הסכימו שלושת השופטים כי עדויות השמיעה שנמסרו על-ידי העדים סמי ויהודית, אשר נגעו לאמרות שמסר סבאח, בפרק זמן של בין שעתיים לשלוש שעות לאחר אירוע הרצח, הינן עדויות קבילות.

סוגיה נוספת שנדונה בערעור בפני בית משפט זה נגעה לקו הגנה חלופי שהועלה על-ידי המבקש לראשונה בערעור, ולפיו המבקש אמנם השתתף באירוע תקיפת המנוח, אך אין לראות בו כמבצע בצוותא של הרצח, וזאת כיוון שלא היה שותף לתכנון לדקור את המנוח, אלא היה שותף רק לתקיפתו. גירסה זו, השלישית במספר, לא הועלתה על-ידי המבקש בבית המשפט המחוזי, אשר שם טען כזכור, כי כלל לא השתתף בתקיפת המנוח, אלא ישב ברכבו של מימוני ונדקר שם על-ידי המנוח. בעניין זה, עמדתם של השופטים עמית וג'ובראן הייתה כי קו ההגנה החלופי שהעלה המבקש בערעור אינו מעוגן בחומר הראיות ואין בו כדי לפגום במסקנות העובדתיות והמשפטיות אליהן הגיעה הערכאה הדיונית. עמדתו של השופט הנדל בעניין זה הייתה שונה, ולפיה, מקום בו הכרעת הדין מבוססת על ראיות נסיבתיות כבמקרה דנן, על בית המשפט לבחון כל תרחיש אפשרי, לרבות קו הגנה חלופי. השופט הנדל סבר כי בנסיבות העניין, לא הוכח מעבר לספק סביר כי המבקש ידע על הימצאות הסכין בידי אחר ועל הכוונה להשתמש בה, או כי למבקש למימוני ולגילי הייתה תכנית משותפת לרצוח את המנוח. משכך, לדידו, לא הוכח ברמה הנדרשת קיומו של יסוד נפשי להרשעה בביצוע בצוותא של עבירת הרצח.

סיכומי של עניין, השופטים עמית וג'ובראן בדעת רוב קבעו כי יש להותיר על כנה את הרשעתו של המבקש בביצוע בצוותא של רצח המנוח. לעומתם, השופט הנדל בדעת מיעוט הציע לזכות את המבקש מחמת הספק מביצוע בצוותא של רצח בכוונה תחילה, ולהרשיעו בעבירה של חבלה חמורה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 333 לחוק העונשין, בנסיבות סעיף 335(א)(2) לחוק.

7. סמוך לאחר שניתן פסק הדין בערעור, נדון עניינם של המעורבים הנוספים בפרשה - מימוני וגילי - לפני מותב אחר בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (תפ"ח 1030/09). בהכרעת דין שניתנה ביום 19.12.2012, זוכו שני הנאשמים (להלן: הכרעת הדין המזכה או ההליך האחר). מימוני זוכה מחמת הספק, וגילי זוכה בשל חוסר ראיות מספיקות.

8. אחר הדברים האלה, הגיש המבקש בקשה לקיים דיון נוסף בפסק הדין בערעור, בקשה שנדונה לפניי (דנ"פ 9365/12). ביום 26.8.2013, דחיתי את עתירתו של המבקש מן הטעם שבקשתו לא עמדה בתנאים לקיום דיון נוסף

עמוד 3

לפי סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט. פסק הדין בערעור לא עמד בסתירה להלכות קודמות ולא נקבעו בו הלכות חדשות המצדיקות קיום דיון נוסף. נוסף על כך, הובהר כי אף עצם קיומם של חילוקי דעות בקרב שופטי ההרכב אינו מהווה עילה לעריכת דיון נוסף. לבסוף, דחיתי אף את טענותיו של המבקש ביחס להכרעת הדין בהליך האחר, אשר במסגרתה זוכו המעורבים הנוספים בפרשה. מבלי להביע כל עמדה בעניין זה, ציינתי כי בפני המבקש פתוחה הדרך, ככל שיחפוץ בכך, וככל שיסבור כי עניינו מצדיק זאת, להגיש בקשה לקיום משפט חוזר, בהתאם לתנאי סעיף 31 לחוק בתי המשפט. אדגיש: הדיון הנוסף עוסק בסוגיות שבדין, ואילו המשפט החוזר עוסק, בעיקרו של דבר, בעובדות שנקבעו.

## הבקשה למשפט חוזר

9. בעקבות זיכויים של מימוני וגילי בבית המשפט המחוזי (תפ"ח 1030/09), ולאחר דחיית הבקשה לדיון נוסף, הגיש המבקש את הבקשה שלפניי, ובה הוא עותר לקיום משפט חוזר בעניינו, בהתבסס על שלוש עילות. האחת, לפי סעיף 31(א)(1) לחוק, שעניינה בראיה שיסודה היה בשקר או בזיוף. השניה, לפי סעיף 31(א)(2) לחוק, שעניינה בקיומן של עובדות או ראיות חדשות העשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש. השלישית, לפי סעיף 31(א)(4) לחוק, אשר עוסקת בחשש של ממש לעיוות דין אשר נגרם למבקש בהרשעתו. הכל כפי שיפורט להלן.

10. ראשית, טוען המבקש בבקשתו, כי הרשעתו התבססה בעיקרה על עדותו של עד המפתח בפרשה - סבאח (דודו של המנוח) - אשר היוותה נדבך מרכזי בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי. ואולם לאחר מכן, בהכרעת הדין אשר זיכתה את הנאשמים הנוספים, מימוני וגילי, נקבע כי אין ליתן אמון בעדותו של סבאח, אשר מסר דברי שקר בכל שלל גרסאותיו, לרבות גרסאותיו במשפטו של המבקש. המבקש מצטט בהקשר זה מהכרעת הדין המזכה, אשר קבעה לענין עדותו של סבאח כי "אפשר ברמה גבוהה של סבירות לקבוע, כי כל אמירה של העד על פיה ראה דבר מה מן האירוע, הינה פרי של עיבוד שמועות ששמע". נוסף על כך, נקבע בהכרעת הדין המזכה כי לא ניתן לבצע "פלגין דיבורא" ולייחד מאמרותיו של סבאח דברי אמת. לשיטת המבקש, קביעות אלה הינן קריטיות לעניינו שלו, ויש יסוד להניח כי תוצאת משפטו הייתה משתנה לטובתו, אילולא התבסס בית המשפט על עדותו של סבאח כעד מרכזי להוכחת אשמתו. משכך, טוען המבקש, מתקיימת העילה הקבועה בסעיף 31(א)(1) לחוק לקיום משפט חוזר בעניינו.

11. שנית, לשיטת המבקש, אף תנאי העילה המעוגנת בסעיף 31(א)(2) לחוק מתקיימים במקרה דנא. לטענת המבקש, בהכרעת הדין המזכה נקבע ממצא עובדתי חדש אשר מצדיק להורות על קיום משפט חוזר בעניינו: גרסתו במשפטו שלו הייתה כי המנוח הוא זה שדקר אותו כשהיה ברכבו של מימוני, ואולם בית המשפט המחוזי דחה גרסה זו בהכרעת דינו. בהכרעת הדין אשר זיכתה את הנאשמים הנוספים, קבע בית המשפט המחוזי כי "הימצאות טיפת דם מדמו של יחזקאל באשה [המבקש] ברכבו של נאשם 1 [מימוני], מתיישבות עם גרסתו כי יחזקאל נדקר ברכבו". קביעת ממצא זה, טוען המבקש, מחזקת את אחת מנקודות היסוד בגירסתו - לפיה הוא נפצע בעינו בטרם תקיפת המנוח - גרסה אשר נדחתה כאמור בהכרעת הדין בעניינו. לטענת המבקש, הממצא החדש מהווה לכל הפחות ראיה שיש בה פוטנציאל לשינוי תוצאת המשפט לטובתו. עוד מוסיף וטוען המבקש, כי יש לראות את כלל הקביעות בהליך האחר, ובפרט את הקביעה כי סבאח הינו דובר שקר, כראיה או עובדה חדשה בעלת פוטנציאל לשינוי תוצאת המשפט בעניינו.

12. שלישית, לטענת המבקש, במקרה דנא עסקינן בשני פסקי דין הנוגדים זה את זה: הכרעת הדין המרשיעה בעניינו והכרעת הדין בהליך האחר, אשר זיכתה את המעורבים הנוספים בפרשה. מצב זה, טוען המבקש, יוצר אבסורד בלתי אפשרי וסתירה מהותית ושורשית שלא ניתן להותירה על כנה. המבקש מציין כי הסתירה בין פסקי הדין מתקיימת בשני

מישורים: במישור התוצאתי - הרשעתו כ"מבצע בצוותא" אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם זיכוי של "המבצע העיקרי"; ובמישור קביעת המהימנות - זיכוי המבצע העיקרי נבע מקריסת עדותו של עד מרכזי (סבאח), אשר נקבע כי אינו דובר אמת. עדות זו הייתה הראיה העיקרית והמרכזית במשפטו של המבקש, ומלבדה לא הובאה עדות ישירה על שאירע במקום. על בסיס עדות זו הורשע המבקש במשפטו. בנסיבות אלו, טוען המבקש, הותרת הרשעתו כ"מבצע בצוותא", תוך המשך הסתמכות על אותו עד מפתח, שתיאוריו הוכרזו כתיאורי בדים, עולה כדי עיוות דין. לבסוף, מצוין המבקש כי טיב העבירה והעונש החמור הכרוך בה, מחייבים משנה זהירות בעת הרשעתו של אדם כמבצע עבירה, ומחייבים בחינה מחודשת של ההרשעה מקום שקיימת הוכחה כי ההרשעה התבססה על עדות שקר.

עמדת המשיבה

13. המשיבה מבקשת לדחות את הבקשה מן הטעם שהבקשה אינה מגלה עילה לעריכת משפט חוזר בעניינו של המבקש. המשיבה מציינת בתגובתה כי בית המשפט המחוזי במשפטו של המבקש אימץ את גירסתו הראשונה של העד סבאח, כפי שנמסרה באופן ספונטני, סמוך לאחר האירוע, למי שאינם אנשי מרות, קרי לאחיו סמי ולשכנתו יהודית. לפי גירסה זו, סבאח סיפר לשני אלו, כי שהה יחד עם המנוח מרגע התיגרה במסעדה ועד לאירוע הדקירה מחוץ למסעדה, ראה את הרצח וזיהה את שלושת התוקפים. המשיבה אף הדגישה כי גירסה זו אושרה בפסק דינו של בית המשפט העליון בערעורו של המבקש. לטענת המשיבה, לא נקבע בהכרעת הדין המזכה, כי דבריו אלו של סבאח בגרסתו הראשונה, הינם דברי שקר, אלא נקבע כי בשל ריבוי גרסאותיו של סבאח, לא ניתן לבסס ממצא עובדתי כלשהו על סמך עדויותיו. המשיבה מוסיפה וטוענת, כי בפני בית המשפט בהליך האחר לא הוצגה ראיה אובייקטיבית חדשה שהיה בה כדי להוכיח באופן חד משמעי כי גרסתו של סבאח שנמסרה לעדים בסמוך לאחר האירוע, בשקר יסודה. לפיכך טוענת המשיבה, לא התקיימה העילה הקבועה בסעיף 31(א)(1) לחוק, אשר לפיה "בית משפט פסק כי ראיה מהראיות שהובאו באותו ענין יסודה היה בשקר".

14. אשר לעילה המעוגנת בסעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט, גורסת המשיבה, כי אף היא אינה מתקיימת במקרה שבפנינו. המשיבה מתייחסת בתגובתה לשני הממצאים שמעלה המבקש בהקשר זה, אשר נקבעו בפסק דינו של בית המשפט בעניינם של מימוני וגילי. האחד, קביעת בית המשפט ביחס לכתמי דמו של המבקש שנמצאו ברכבו של מימוני. השני, קביעת בית המשפט כי סבאח דובר שקר וכי מסר גרסאות רבות ומשתנות. לטענת המשיבה, קביעותיו אלו של בית המשפט בהכרעת הדין המזכה, אינם בגדר "עובדה" או "ראיה" לענין סעיף 31(א)(2) לחוק, היות שממצאים אלו כלל אינם קבילים במשפטו של המבקש. לשיטת המשיבה, מדובר בקביעות שעניינן מהימנות, אשר ההכרעה בהן מסורה אך ורק להרכב השופטים הדין בתיק, ובית המשפט בתיק אחר אינו רשאי להתחשב בהן במסגרת פסק דינו. אך מטעם זה, טוענת המשיבה, אין בקביעותיו של בית המשפט בעניינם של מימוני וגילי כדי לבסס את העילה הנטענת לקיום משפט חוזר בעניינו של המבקש. נוסף על כך, לעמדת המשיבה, ממילא אין למצוא בקביעות אלו בהכרעת הדין המזכה את הפוטנציאל הנדרש על מנת להביא לשינוי תוצאת המשפט לטובת המבקש. המשיבה מפרטת בהקשר זה ביחס לשני הממצאים כדלהלן.

בהתייחס לממצא בדבר כתמי דמו של המבקש אשר נמצאו ברכבו של מימוני, טוענת המשיבה, כי את גירסתו זו של המבקש, במסגרתה טען כי את הדקירה בעינו ספג בעת שישב ברכבו של מימוני ולא היה מעורב בתקיפת המנוח, בחן בית המשפט יחד עם מכלול הראיות שהוצגו בפניו, הן בשילוב ראיות אובייקטיביות כגון כתם הדם של המבקש שנמצא בזירת הרצח וכתם הדם של המנוח שנמצא על חולצת המבקש, והן בשילוב עם גירסתו של סבאח. לבסוף, דחה בית המשפט את גירסה זו של המבקש מטעמים שונים ומצטברים אשר פורטו בפסק הדין בעניינו, ואף אושרו בערכאת

הערעור. לצד זה, מוסיפה המשיבה וטוענת כי התייחסותו של בית המשפט בהליך האחר לכתמי הדם של המבקש ברכבו של מימוני, אינה מהווה ממצא עובדתי פוזיטיבי לפיו אכן נדקר המבקש ברכבו של מימוני, אלא מדובר בדחיית טענת התביעה בעניין זה. זאת ועוד, לעמדת המשיבה, טענה זו לפיה המבקש נדקר ברכבו של מימוני, עומדת בסתירה לקו ההגנה החלופי, שבית משפט זה התבקש לבחון במסגרת ערעורו של המבקש ואשר השופט הנדל (בדעת מיעוט) היה נכון לקבלו. בהתאם לקו ההגנה החלופי שהעלה המבקש לראשונה בערעורו, המבקש היה שותף לתקיפת המנוח, אך לא לדקירתו בפועל, ועל כן לא התקיימו יסודות עבירת הרצח בעניינו. לשיטת המשיבה, קו ההגנה זה אינו מתיישב מבחינה עובדתית עם טענת ההגנה לפיה המבקש נדקר עוד כששהה במכוניתו של מימוני ולא היה כלל מעורב בתקיפתו של המנוח.

לעניין הקביעות בנוגע לעד סבאח אשר פורטו בהכרעת הדין המזכה, טוענת המשיבה כי אין חידוש של ממש בקביעותיו של בית המשפט בעניין זה ואף לא הוצג בפני הרכב זה נתון משמעותי שבית המשפט אשר הרשיע את המבקש לא היה מודע לו. לטענת המשיבה, הגירסה שמסר סבאח בהליך האחר, בפני ההרכב המזכה, לא הייתה גירסה חדשה שלא הושמעה בעבר, אלא מדובר באותה גירסה לפיה סבאח לא ראה דבר מהשתלשלות העניינים. לפיכך, לעמדת המשיבה, אף בעניין זה לא טמון פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט לטובתו של המבקש.

עוד מוסיפה וטוענת המשיבה, כי גם אם יוצגו בפני בית המשפט קביעותיו של ההרכב המזכה בעניין סבאח, לא יהיה בכך כדי לשנות את הבסיס האיתן להכרעת הדין המרשיעה, אשר לא מבוססת אך על גירסתו של סבאח, אלא אף על ראיות מוצקות נוספות, שפורטו בפסק הדין בעניינו של המבקש. המשיבה אף הדגישה כי לטענתה יש בכוחן של הראיות הנסיבתיות שהוצגו בערכאה הדיונית כדי לקשור את המבקש ישירות לזירת הרצח, וללמד כי המבקש נכח במקום באופן בלתי תמים בעת שהמנוח נדקר, וזאת אף מבלי להתבסס על גירסתו של סבאח. יתירה מזאת, בית המשפט המחוזי כמו גם ערכאת הערעור, הביאו בחשבון ראיות אלו גם בעת שבחנו את גירסתו של סבאח ואת אמינותה. מקום שגירסתו של סבאח התיישבה עם הממצאים האובייקטיביים - התחזקה בד בבד גם אמינות גירסתו. לאור האמור, טוענת המשיבה, כי מלבד עצם ההכרעה השונה בשני ההליכים, אין בהכרעת הדין המזכה דבר נוסף שעשוי לשנות את תוצאת משפטו של המבקש, ומשכך אף העילה המעוגנת בסעיף 31(א)(2) לחוק אינה מתקיימת במקרה דנא.

15. לעניין העילה הקבועה בסעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט, טוענת המשיבה, כי עצם העובדה שניתנים פסק דין שונים ובהם קביעות עובדתיות שונות בפרשה אחת, הינה תופעה מוכרת בשיטת המשפט שלנו ואין היא מצדיקה כשלעצמה קיום משפט חוזר. נוסף על כך, אף חילוקי דעות בין שופטים בנוגע למהימנותו של עד, אינם מקימים בפני עצמם ספק סביר בעניין. לטענת המשיבה, במקרה שלפנינו, הן מותב השופטים בבית המשפט המחוזי והן הרכב השופטים בערעור בבית המשפט העליון קבעו שגירסתו של סבאח היא מהימנה וכי ניתן להשתית עליה את ההרשעה, חרף מגרעותיה הרבות של עדותו, וזאת לאור קיומן של ראיות חיצוניות. המשיבה הדגישה בהקשר זה, כי למכלול הראיות שנפרש בעניינו של המבקש (אותן ראיות נסיבתיות שקשרו את המבקש למעשה) ישנה משמעות כפולה: הן בתמיכה בביסוס ההרשעה והן בתמיכה לעדותו של סבאח. זאת ועוד, לעמדת המשיבה, בנסיבות עניינו, קביעת בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין המזכה כי אין ראיות לכך שמימוני וגילי נכחו אף הם בזירת הרצח, אינה יכולה לסייע למבקש ולשנות את תוצאות משפטו. לטענת המשיבה, בקביעה זו יש למעשה כדי להחמיר את מצבו של המבקש, וזאת לאור הראיות הפורנזיות אשר קושרות אותו לזירה הקטלנית. ראיות אלו ממקמות את המבקש בזירת האירוע, והכרעת הדין שזיכתה את המעורבים הנוספים מותירה אותו שם בגפו, ללא שותפים לעבירה. לפיכך, מעורבותו של המבקש באירוע הקטלני מתחזקת דווקא. משכך, לעמדת המשיבה, הכרעת הדין המזכה בעניינם של מימוני וגילי, לא משמיטה את הקרקע תחת הרשעת המבקש בעבירת הרצח, ועל כן, לא נמצאת בעניינו סתירה מהותית בלתי ניתנת לישוב בין

פסקי הדין, המצדיקה קיומו של משפט חוזר.

16. סיכומו של עניין, לטענת המשיבה, קיומו של משפט חוזר בעניינו של המבקש לא יועיל להכרעה סופית במחלוקת בין הרכבי השופטים. זאת, מאחר שלא הוצגה בפני ההרכב המזכה ראיה שלא הייתה בפני ההרכב המרשיע, ואף מאחר שקביעות העובדה והמהימנות אליהן התייחס המבקש בבקשתו, אינן מהוות ראיה קבילה בהליך המשפטי בעניינו. לעמדת המשיבה, דווקא קיומו של משפט חוזר בעניינו של המבקש, לאחר שנבחן על-ידי שתי ערכאות שיפוטיות, אך בשל זיכויים של שותפיו לאירוע העברייני, היא תוצאה שיהיה בה כדי לפגוע פגיעה אנושה ובלתי מוצדקת בעקרונות סופיות הדין ובאמון הציבור במערכת המשפט.

תשובת המבקש לתגובת המשיבה

17. במענה לטענת המשיבה, כי בפני ההרכב המזכה לא הוצגה ראיה אובייקטיבית חדשה בנוגע לגרסתו הראשונה של סבאח, טען המבקש, כי במישור המשפטי, אין כל דרישה ל"ראיה אובייקטיבית חדשה" במסגרת העילה הראשונה לקיום משפט חוזר, הקבועה בסעיף 31(א)(1) לחוק, ודרישה זו מוזכרת רק במסגרת העילה השנייה המנויה בסעיף 31(א)(2) לחוק. במישור העובדתי טען המבקש, כי מהכרעת הדין המזכה עולה, כי דחיית בית המשפט את עצם התרחיש לפיו סבאח ראה שלושה תוקפים את המנוח, התבססה לא רק על הסתירות בעדותו של סבאח, אלא גם על ממצא אובייקטיבי שלא נידון בהכרעת הדין בעניינו של המבקש, והוא פלט השיחות של גילי, אשר התקשר אל המבקש בדיוק בעת תקיפת המנוח, ועל כן לא ייתכן שנכח בזירה, בניגוד לעדות סבאח.

18. אשר לטענת המשיבה, כי נוסף על עדות סבאח עומדות לחובת המבקש גם ראיות אחרות, השיב המבקש, כי הן בהכרעת הדין שבה הורשע והן בפסק הדין שדחה את ערעורו, הודגשה חיוניותה ומרכזיותה של עדותו של סבאח להרשעת המבקש. זאת ועוד, לטענת המבקש, הראיות והממצאים הנוספים בעניינו, עליהם מצביעה המשיבה בתגובתה (כגון קיומו של מניע לנקמה במנוח, סמיכות הזמנים בין התקיפה במסעדה לבין קטילת המנוח, פציעתו של המבקש מסכין ועוד) אינם יכולים לבסס הרשעה בעבירת ביצוע בצוותא של רצח, בה הורשע המבקש. מדובר בראיות נסיבתיות, אשר לכל היותר ממקמות את המבקש בזירה. עצם מיקומו של המבקש בזירה מתיישב עם שלל תרחישים ואינו מהווה בסיס להרשעה בעבירת רצח. המבקש מוסיף וטוען בהקשר זה, כי אף נגד מימוני הצטברו ראיות נסיבתיות, כגון הצטיידותו בסכין משונן מהמסעדה, שקריו, דבריו הכבושים, התנהגותו המפלילה והימנעותו מלשתף פעולה בחקירתו במשטרה. על אף זאת זוכה מימוני כמבצע עיקרי בפרשה.

תגובת המשיבה לתשובת המבקש

19. אשר לטענת המבקש בדבר פלט השיחות של גילי - טענה המשיבה כי פלט השיחות היה בידי הצדדים גם בעת ניהול משפטו של המבקש, וככל שרצה המבקש לבסס על ראיה זו טיעון כלשהו, יכול היה לעשות כן עוד בעת ניהול משפטו. עוד מוסיפה המשיבה בהקשר זה, כי היא אכן וויתרה על העדתו של גילי כעד תביעה, כמו גם על העדתו של מימוני, ואולם ההגנה יכולה הייתה להביאם כעדי הגנה, וכך אכן בחרה לעשות בעניין מימוני, אך לא בעניין גילי.

20. במענה לטענתו של המבקש, שעצם מיקומו בזירה מתיישב עם שלל תרחישים, טוענת המשיבה כי הראיות

האובייקטיביות שהתקבלו על-ידי בית המשפט המחוזי, קשרו את המבקש לא רק לנוכחותו בזירה, אלא גם למעורבותו בקטטה הקטלנית. המבקש הציג תרחיש אחד בפני בית המשפט המחוזי, המתיישב עם חפותו, ואשר נדחה כשקרי על-ידי בית המשפט. בערעורו בפני בית משפט זה, הציג המבקש תרחיש אחר, שיש בו כדי להפחית את מידת אחריותו לתוצאה, ובבקשתו זו לקיום משפט חוזר בעניינו, לא הבהיר המבקש מהו התרחיש העובדתי לו הוא טוען כיום.

## דיון והכרעה

21. הסמכות להורות על עריכתו של משפט חוזר מעוגנת בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט, ומותנית בקיומה של אחת העילות המנויות בו. על המבקש לקיים משפט חוזר להניח תשתית ראייתית איתנה וממשית בדבר קיומה של אחת העילות המנויות בסעיף 31(א) לחוק (מ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334 (1997); מ"ח 26/03 דותן נ' מדינת ישראל (19.2.2003); מ"ח 3201/08 איון נ' מדינת ישראל (27.7.2008); מ"ח 779/13 יקותיאל נ' מדינת ישראל (6.6.2013)). בבסיס הסמכות להורות על קיומו של משפט חוזר ניצב האיזון המורכב בין הצורך להבטיח מנגנון דינוני שיאפשר לתקן במקרים חריגים טעויות בהרשעה. זאת מתוך הכרה בחשיבות ערך חשיפת האמת ומתוך הכרתה של המערכת המשפטית כי אין היא חסינה מטעויות. מן העבר השני, ניצבים ערכים אחרים ובראשם עקרון סופיות הדיון. אינטרס סופיות הדיון מבטא את הצורך בוודאות הפסיקה ויציבותה, ויונק את כוחו מן הערך החינוכי וההרתעתי שביסוד פסק הדין (מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529 (1999) (להלן: פרשת קוזלי); מ"ח 7558/97 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 433 (1999); מ"ח 5048/04 איזון נ' היועץ המשפטי לממשלה (20.11.2005)). משכך, בית משפט זה חזר ושנה כי נקודת המוצא היא כי משפט חוזר הינו הליך חריג וייחודי, ובקשות לקיים הליך זה מאושרות באופן מצומצם ובמשורה (ראו גם: מ"ח 5846/03 יזדי נ' מדינת ישראל (7.9.2003); מ"ח 3633/08 אליטוביץ נ' מדינת ישראל (25.11.2008); מ"ח 3975/13 אלדן תחבורה בע"מ נ' מדינת ישראל (29.10.2013); מ"ח 3378/13 פלוני נ' מדינת ישראל (17.7.2014) (להלן: עניין פלוני)).

22. במקרה דנא, סומך המבקש בקשתו על שלוש עילות המנויות בסעיפים 31(א)(1), 31(א)(2) ו-31(א)(4) לחוק בתי המשפט. לאחר שעיינתי בבקשה על כל צרופותיה, בתשובת המדינה ובתגובות השונות, הגעתי לכלל מסקנה כי טענותיו של המבקש לא מבססות בעניינו מתן הוראה לקיומו של משפט חוזר בהתאם לעילות הקבועות בחוק. משכך דין הבקשה להידחות. אנמק את מסקנתי.

## סעיף 31(א)(1) לחוק בתי המשפט

23. סעיף 31(א)(1) לחוק מאפשר לקיים משפט חוזר מקום בו "ראיה מהראיות שהובאו באותו עניין יסודה היה בשקר או בזיוף, ויש יסוד להניח כי אילולא ראיה זאת היה בכך כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון". עינינו הרואות, כי על מנת להיכנס בגדריה של עילה זו, על המבקש להוכיח שני תנאים מצטברים. האחד, כי יסודה של ראיה מסוימת היה "בשקר", והשני - שהוא בבחינת התנאי העיקרי - כי קיים יסוד להניח שאם בית המשפט לא היה מסתמך על אותה ראיה, היה בכך כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובתו של הנידון (ראו לעניין זה: מ"ח 8483/00 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(4) 253 (2003) (להלן: עניין דרעי); מ"ח 1675/12 אלקובי נ' מדינת ישראל (11.6.2012)).

בענייננו, המבקש מבסס עילה זו על קביעת בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין אשר זיכתה את מימוני וגילי, ולפיה, אין ליתן אמון בעדותו של סבאח, אשר מסר דברי שקר בכל שלל גרסאותיו. סבורתני, כי אף אם נקבע במסגרת



ההליך האחר, בו זוכו מימוני וגילי, כי לא ניתן לקבוע כל ממצא עובדתי על סמך עדותו של סבאח ולא ניתן ליידד מאמרותיו דברי אמת, כפי שאכן קבע ההרכב המזכה, הרי שלא ניתן לקבוע באופן חד משמעי כי יסודה של הראיה כולה - היא עדותו של סבאח ביחס למבקש עצמו - היה בשקר (השוו: עניין דרעי, בעמ' 263 להחלטת בית המשפט). בהקשר זה נדגיש את העובדה כי גרסאותיו הרבות והשונות של העד סבאח לא נעלמו מעיניהן של הערכאות השונות שדנו בעניינו של המבקש, עוד בטרם ניתנה הכרעת הדין המזכה בעניינם של המעורבים הנוספים בפרשה. לאחר דיון מפורט ומעמיק בגרסאות שמסר סבאח ולאחר שנבחנו בקפידה ראויה ובזהירות הנדרשת, בחר בית המשפט המחוזי לאמץ את הגרסה הראשונית שמסר סבאח - גרסה שמסר באופן ספונטני וחופשי לאחיו סמי ולידידתו יהודית, סמוך לאחר רצח המנוח, ולפיה ראה את אירוע הרצח וזיהה את שלושת התוקפים. גרסה זו אף אושרה בערכאת הערעור בבית משפט זה.

לא למותר לציין כי גרסה זו של סבאח השתלבה היטב עם ראיות חיצוניות שהוגשו בעניינו של המבקש. בהקשר זה נזכיר את אותו פרט מוכמן, אשר התקבל כראיה לאמינות דברי העד: סבאח סיפר לשכנתו יהודית, שעה שסיפר לה על קרות האירוע, כיצד ראה את המנוח דוקר את אחד מתוקפיו בעינו, וזאת עוד בטרם נודע על אודות פציעתו של המבקש סמוך לעינו. בית המשפט המחוזי בעניינו של המבקש קבע, כי העובדה שסבאח ידע זאת, מלמדת שהוא נכח בזמן ובמקום האירוע. נראה כי אין התייחסות מיוחדת לנושא זה בהכרעת הדין המזכה, וממילא לא נאמר באופן פוזיטיבי וחד משמעי כי אותה גרסה ראשונית של סבאח הייתה גרסה שקרית או מזויפת. לפיכך דעתי היא כי התנאי הראשון הנדרש בעילה זו - לפיו ראה שהובאה באותו עניין יסודה היה בשקר או בזיוף - לא התקיים בענייננו.

ואולם אף אם אניח כי הכרעת הדין המזכה קבעה במפורש שגירסתו הראשונה של סבאח בשקר יסודה, כפי שטוען המבקש בבקשתו, הרי שאין זה סוף פסוק. על המבקש לעבור משוכה נוספת להוכחת עילה זו לקיום משפט חוזר - עליו להוכיח את התקיימותו של התנאי השני והעיקרי, ולפיו, אילולא עדותו של סבאח תוצאות המשפט היו משתנות לטובת המבקש. בשאלת התקיימות תנאי זה, המשותף לעילה השניה שבחוק, אדון להלן.

סעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט

24. העילה המנויה בסעיף 31(א)(2) לחוק, עניינה בקיומן של עובדות או ראיות שיש בהן לשנות את תוצאות המשפט לטובתו של המבקש. כבר נפסק לא אחת, כי הנטל המוטל על המבקש לקיים משפט חוזר בעניינו בשל ראיה חדשה לפי סעיף זה, הינו נטל כבד (ראו החלטותי ב-מ"ח 7803/11 חסון נ' מדינת ישראל (28.3.2012); מ"ח 4191/11 אגבאריה נ' מדינת ישראל (6.6.2012); מ"ח 434/13 פלוני נ' מדינת ישראל (28.7.2013); עניין פלוני, בפסקה 23)). לא די בהצגת ראיות נוספות כלשהן כדי לבסס עילה לעריכת משפט חוזר. הראיות הנוספות צריכות להיות בעלות "משקל סגולי", אם כשלעצמן ואם בהצטרפותן לראיות על פיהן הורשע המבקש, אשר יש בו כדי להביא לשינוי תוצאות המשפט. בפסיקה, חזרה ונשנתה הדרישה בדבר "מסה קריטית" של ראיות ועובדות, אשר עשויות להטות את הכף לטובת המבקש (מ"ח 2847/05 אלחרר נ' מדינת ישראל (29.7.2007) (להלן: פרשת אלחרר); ראו גם: מ"ח 10392/02 עמיאל נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 297 (2003); מ"ח 3713/11 בקרינג נ' מדינת ישראל (15.9.2013)).

25. במקרה דנא, תולה המבקש את יהבו בשני ממצאים אשר נקבעו בהליך האחר, ואשר לטענתו מהווים ראיה או עובדה חדשה בעלת פוטנציאל לשינוי תוצאת המשפט בעניינו. האחד, קביעת בית המשפט ביחס לממצא בדבר כתמי דמו של המבקש אשר נמצאו ברכבו של מימוני, והשני נוגע לקביעות בית המשפט בהליך האחר לעניין עדותו של סבאח. בטרם נדון בדברים כסדרים, אבקש להציג את הכלל לפיו, עובדות ומסקנות בעניין מהימנותם של עדים שנקבעו במשפט

אחד, אינן קבילות במשפט אחר.

26. כלל נקוט בידינו הינו כי אין תחולה ישירה לממצאי מהימנות הנוגעים לעד בהליך אחד, ביחס להליך אחר שבמסגרתו מעיד אותו העד, וזאת אף אם בשני ההליכים נושא העדות זהה (השוו: ע"פ 2309/90 סבאח נ' מדינת ישראל (24.12.1991); ע"פ 4392/91 חוואג'ה נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 45 (1995) (להלן: פרשת חוואג'ה); מ"ח 6983/98 יעקובוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 86 (1999) (להלן: עניין יעקובוביץ)). בחינת הראיות וההתרשמות ממהימנות העדים נעשות בכל משפט באופן עצמאי ונפרד (דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583 (2004) (להלן: פרשת זגורי)). יפים לענייננו הדברים שקבע השופט לנדוי בע"א 79/72 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' יצחק פולק, פד"י כז(1) 768, 775 (1973):

"מסקנותיו [של השופט] היו צריכות להתקבל רק על-סמך חומר הראיות שהובא במשפט אשר התברר לפניו הפעם [...], ושומה עליו להוציא מגדר שיקוליו דברים שנודעו לו מאיזה מקור אחר ולו ממשפט אחר שהתנהל לפניו".

לפיכך, במקרה דנא, ממצאי המהימנות אשר נקבעו בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בהליך האחר – הן בנוגע לגירסתו של המבקש, הן בנוגע לעדותו של סבאח – אינם בבחינת ראיה קבילה לצורך עניינו של המבקש, וממילא אין הם מהווים ראיה שיש בה פוטנציאל לשינוי תוצאות משפטו של המבקש. בהקשר זה ראוי לזכור ולהזכיר, כי ההליך של משפט חוזר לא נועד לאפשר ערעור נוסף על טענות שהועלו ונדחו, ואין הוא מיועד לתקיפה של נכונות הכרעתם או ממצאי המהימנות שנקבעו על-ידי בתי המשפט בערכאות השונות (ראו גם: מ"ח 11114/02 רגב נ' היועץ המשפטי לממשלה (15.1.2003); מ"ח 2113/09 כהן נ' מדינת ישראל (16.9.2009)).

כאן המקום לציין את קביעת בית המשפט המחוזי בהליך האחר אשר מתייחסת לפסק הדין בעניינו של המבקש, ואשר קובעת ברחל ביתך הקטנה כי הממצאים שנקבעו שם (בעניינו של המבקש), אינם מהווים ראיה בהליך שמתנהל נגד המעורבים הנוספים, והדברים מדברים בעד עצמם:

**"הכרעת הדין במשפטו של יחזקאל באשה [המבקש] אינה ראיה בתיקנו – בשל היותה "עדות סברה", ואף כי התביעה בסיכומיה התייחסה אליה וציטטה ממנה, לצורך קביעות משפטיות, מטבע הדברים שהמותב בהליך הנוכחי לא עיין בה וממילא לא יתייחס אליה, כלל ועיקר.**

[...]

בגדר מושכלות יסוד הדבר, אך לא למותר לומר ולהדגיש, כי הכרעת הדין הנוכחית, כך אך מובן, הינה בעניינם של הנאשמים שבפנינו בלבד ומשקפת את התרשמותנו ומסקנותינו מן הראיות שבאו והושמעו בפנינו, שהינן, בוודאי חלקן, שונות מהראיות שהוגשו והועדו בפני המותב שדן בתפ"ח 1101/06 בעניינו של יחזקאל באשה. לכן, **ככל שקביעות עובדה, ממצאי מהימנות ומסקנות משפטיות אליהן נגיע, שונות יהיו מהכרעת המותב האחר ואך טבעי הדבר, אין בהן כדי לכרסם ולו כזית מהקביעות שם**" (עמ' 3-4 להכרעת הדין המזכה) (ההדגשות שלי).

27. לשיטתו של המבקש, גירסתו - ולפיה המנוח דקר אותו בעינו בעת שישב ברכבו של מימוני - התקבלה בהכרעת הדין המזכה בעניינם של מימוני וגילי, ובמצא זה ישנו פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט בעניינו. דין טענה זו להידחות ואפרט מסקנתי בשני שלבים. בשלב הראשון, אבחן את דחיית גירסתו של המבקש בהכרעת הדין המרשיעה בעניינו ובשלב השני, אבחן את קביעותיו של בית המשפט בהכרעת הדין המזכה בעניין זה.

28. ראשית, גירסתו זו של המבקש (לפיה המנוח הוא זה שדקר אותו כשהיה ברכבו של מימוני) הינה גרסה כבושה. למען שלמות התמונה נחזור ונזכיר כי בעניינו, טווה המבקש שלוש גרסאות שונות. לפי גירסתו הראשונה, אשר מסר המבקש בחקירתו במשטרה ודבק בה עד תחילת משפטו, כפר הוא במיחוס לו ושלל כל מעורבות מצידו בתגרה האלימה שהובילה לדקירתו של המנוח. לפי גרסה זו, נפצע המבקש בעינו במהלך הקטטה במסעדה. בבית משפט קמא, חזר בו מגרסה זו ומסר גרסה חדשה, שנייה במספר, שאף לפיה לא היה מעורב כלל בשלב בו הותקף המנוח ונדקר למוות. לפי גירסתו השנייה של המבקש, הוא עזב את המסעדה ברכבו של מימוני, ובעת שעצרו בדרך, פגשו באקראי במנוח, אשר ניגש אל חלון הרכב ודקר את המבקש בעינו באמצעות סכין - זו הגרסה אשר דומה כי המבקש משמיע שוב בבקשה שלפניי. לעומת זאת, בערעורו לפני בית משפט זה, העלה המבקש גרסה עובדתית אחרת, גירסה שלישית - בזו הפעם לא טען לחפותו ולא הרחיק עצמו מזירת הרצח, אלא אך ביקש להפחית את מידת אחריותו לתוצאה הקטלנית. בהקשר זה ראוי להדגיש כי משפט חוזר אינו בבחינת הזדמנות נוספת שבמסגרתה יכול המבקש להציג גרסת הגנה חלופית המבוססת על אותן ראיות, לאחר שגירסתו המקורית נדחתה (מ"ח 8777/99 פלינק נ' מדינת ישראל פ"ד נד(4) 746 (2000); עניין יעקובוביץ, בעמ' 96 לפסק-הדין; מ"ח 7407/00 קזאמל נ' מדינת ישראל (18.10.2000); ע"פ 307/11 שרון נ' מדינת ישראל (3.8.2011)).

הגירסה השנייה נדחתה על-ידי בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין בעניינו של המבקש, כגירסה בלתי סבירה ובלתי מהימנה, אשר נסתרה בממצאים שנמצאו בזירת האירוע. בהרשיעו את המבקש, קבע בית המשפט המחוזי כי לאחר שהמבקש ושותפיו תקפו את המנוח והמבקש נדקר בעינו במהלך העימות, נמלט הוא מהמקום לרכבו של מימוני, כשהוא מכסה בידו את פצע הדקירה שבעינו. אשר לכתמי הדם שנמצאו ברכבו של מימוני, קבע בית המשפט המחוזי את הדברים הבאים:

"לאור כל האמור לעיל, אני קובע שהימצאות כתמי הדם של הנאשם [המבקש] ברכב של מימוני, ומיקומם בחלק הקדמי של הרכב, עולה בקנה אחד עם דבריו של סבאח, לפיה לאחר שהנאשם, מימוני וגילי תקפו את המנוח, והנאשם נפצע מעינו - הוא (הנאשם - א.ט.) רץ ונכנס לרכב. הממצאים הנ"ל, בצרוף כתם הדם היחיד של הנאשם שנמצא על המדרכה, לא תומכים במידת הוודאות הנדרשת בעדות היחידה והכבושה של הנאשם, לפיה המנוח דקר אותו בעין כשישב ברכב של מימוני". (עמ' 94 להכרעת-הדין בעניינו של המבקש).

נזכיר כי בית משפט זה קיבל בערעורו את התשתית העובדתית עליה ביסס בית המשפט המחוזי את הרשעתו של המבקש, ולא מצא מקום להתערב בהכרעות המשפטיות ובקביעות המהימנות אשר הביאו לגיבושה של תשתית זו (למען הדיוק יצוין, כי השופט הנדל בדעת מיעוט סבר שאין ביסוס עובדתי לידיעת המערער על אודות הסכין שהובאה לזירה, אך הדגיש כי פרט להבדל זה, התשתית העובדתית זהה לתשתית שקבע בית משפט קמא).

עוד אציין כי שופטי דעת הרוב בערעור, השופט עמית והשופט ג'ובראן התייחסו שניהם בחוות דעתם לגרסאותיו המשתנות של המבקש, אשר הועלו בהזדמנויות שונות. כך למשל, קבע השופט עמית בעניין זה:

**"אין כיום מחלוקת כי גרסאותיו של המערער [המבקש] בחקירותיו, לגבי מקום פציעתו ולגבי נסיבות האירוע היו שקריות.** לאחר הקראת כתב האישום, ולאחר שכל חומר הראיות כבר היה בפניו, ניתנה תשובה בכתב של המערער לכתב האישום, ובה טען כי ישב במכונית כאשר המנוח התקרב לחלון הפתוח שליד הנהג ודקר אותו סמוך לעינו. המדובר בגרסה כבושה, והשופטת אמסטרדם אף מצאה לציין בהערותיה לפסק דינו של השופט טל כי 'לאחר שהנאשם, באמצעות בא-כוחו, צילם את חומר הראיות שנאסף ע"י המשטרה במהלך החקירה, רקם הנאשם [המבקש] בהתבסס על חומר זה, סיפור בדייה אותו התאים לתשתית הראייתית הקיימת". (עמ' 47 לפסק-הדין בערעורו של המבקש) (ההדגשות שלי).

29. שנית, ואף למעלה מן הצורך, אבקש להבהיר את ההקשר בו בחן בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין המזכה את הממצא בדבר כתמי הדם שנמצאו ברכבו של מימוני. אין אני סבורה כי מדובר בקביעה פוזיטיבית של בית המשפט המחוזי, המאמצת גירסה עובדתית זו, אלא עסקינן בדחיית טענת המדינה בהקשר זה:

"הימצאות טיפות דם מדמו של יחזקאל באשה [המבקש] מתיישבות עם גרסתו כי יחזקאל נדקר ברכבו. כאמור, התביעה סוברת כי הדם הגיע לרכב כאשר נכנס יחזקאל באשה לאחר האירוע לרכבו של נאשם 1 [מימוני]. **אין ראה שכך הדבר ואין סיבה להעדיף את עמדת התביעה בעניין זה**". (עמ' 53 להכרעת-הדין המזכה) (ההדגשות שלי).

30. סיכומם של דברים, ולאור האמור לעיל, אף אם נכונה אני להניח כי הדברים שנקבעו בהכרעת הדין המזכה הינם קבילים להליך בעניינו של המבקש מושא דיון זה, קביעתו של בית המשפט המחוזי במשפטו של המבקש, אשר דחתה את גירסתו, גוברת בנסיבות העניין. וזאת בהיותה קביעה הנוגעת למהימנות עדים, אשר מסורה באופן בלעדי לשיקול דעתו של הרכב השופטים היושב בדיון, אשר התרשם באופן בלתי אמצעי מהעדויות שהוצגו לפניו. נשוב ונזכיר כי דחיית גירסתו של המבקש אף עברה תחת שבט הביקורת של בית משפט זה בערכאת הערעור.

עדותו של סבאח

31. כאמור, טוען המבקש כי יש לראות בקביעות המהימנות הנוגעות לעדותו של סבאח, אשר נקבעו בהליך האחר, כראיה או עובדה חדשה בעלת פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט בעניינו. אין בידי לקבל טענה זו ואסביר את עמדתי.

ראשית, וכפי שנאמר לעיל, העובדה שסבאח מסר גירסאות שונות, על הסתירות שבהן ועל הקשיים הסובבים אותן, נלקחה בחשבון על-ידי שתי הערכאות שדנו בעניינו של המבקש. בית המשפט המחוזי הסתמך בהרשעתו את המבקש על גירסתו הראשונה של סבאח, ונימק את מסקנתו באופן שלא נמצא בו פגם אף בערכאת הערעור. אכן, בית המשפט המחוזי בהליך הנוסף, הגיע למסקנה השוללת את האפשרות להסתמך על עדותו של סבאח בעניינים של מימוני וגילי. ואולם העובדה כי הרכב אחר של בית המשפט המחוזי סבר כך, אינה צריכה להוביל לבחינה מחודשת של ההכרעה בעניינו של המבקש. כאמור, העובדות והמסקנות בעניין מהימנותם של עדים שנקבעו במשפט אחד אינן קבילות במשפטו של אחר, משכך, ממצאי המהימנות אשר נקבעו במשפטם של המעורבים הנוספים ביחס לעד סבאח כלל אינם

קבילים כראיה לצורך עניינו של המבקש, וממילא אינם יכולים להשפיע על תוצאות משפטו של המבקש אם יתנהל מחדש.

שנית, ולגופו של עניין, אף שבמסגרת הרשעתו של המבקש ניתן משקל של ממש לעדותו של סבאח, הרי שהובאו בעניינו ראיות נוספות, חיצוניות ואובייקטיביות, שעל בסיסן נסמכה הרשעתו ובהן דמו של המנוח על חולצת המבקש. ראיות אלו אף תרמו לאמון שניתן בגירסתו הראשונה של סבאח, ככל שהיא נוגעת למבקש. תהליך קביעת מהימנותו של עד כרוכה ושלוכה במארג הראייתי הכולל שהיה לפני בית המשפט, ובענייננו, גירסתו הראשונה של סבאח השתלבה ונבעה מהחומר הראייתי הנוסף, ואשר נקבע לגביו כי יש בו כדי לקשור את המבקש לביצוע המעשה. בשל חשיבות הדברים לבקשה שלפניי, יפורטו להלן קביעותיו המרכזיות של בית המשפט המחוזי ביחס לראיות שעליהן התבססה הרשעתו של המבקש.

בית המשפט המחוזי קבע כי המבקש היה בעל מניע לנקום במנוח לאחר שהותקף על-ידו במסעדה, כפי שתועדה התגרה במצלמות האבטחה במקום; העובדה כי המבקש פלט איום מחוץ למסעדה, כי ירצח את המנוח; סמיכות הזמנים בין אירוע התקיפה במסעדה לבין רצח המנוח; פציעתו של המבקש מסכין סמוך לעינו, והימצאותם של סימני חבלה נוספים על גופו - מתיישבים עם קיומו של עימות אלים; קיומם של ממצאים פורנזיים (ראיות דמיות) - כתמי דם של המבקש נמצאו סמוך למקום דקירת המנוח, וכן כתם הדם של המנוח שנמצא על גב חולצתו של המבקש; לכך יש להוסיף את קביעותיו של בית המשפט המחוזי על אודות עדותו הכבושה של המבקש, שקריו בבית המשפט וכן דבריו המפלילים שאמר למדובב ששהה בתאו בבית הסוהר.

סיכומם של דברים, אכן הראיה המרכזית כנגד המבקש וכנגד מימוני וגילי בשני ההליכים הייתה עדותו של סבאח. גירסתו הראשונה של סבאח נמצאה מהימנה על-ידי שופטי בית המשפט המחוזי שדנו בעניינו של המבקש. שופטי בית משפט זה שדנו בערעורו של המבקש לא התערבו בקביעה זו. מדובר בקביעת מהימנות ברורה, שמבוססת על התרשמות הערכאה הדיונית מן העדויות השונות שהובאו בפניה. ודוק: בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין בעניינו של המבקש התייחס בזירות לדבריו של סבאח והיה ער לקשיים שעלו מכל גירסה וגירסה שמסר. רק לאחר עיון יסודי בחומר הראיות, תוך שהוא מנמק באופן מדוקדק מדוע העדיף גירסה אחת על פני האחרת, הגיע בית המשפט המחוזי למסקנה כי יש לאמץ את הגירסה הראשונה שמסר סבאח לסמי וליהודית, באופן חופשי וחרף מתיווך, בסמוך לאחר הרצח, כשהוא עדיין שרוי תחת רושם האירוע - נתונים אשר מחזקים את מהימנות גירסתו.

32. משאלו הם פני הדברים, סבורה אני כי אין בקביעותיו של בית המשפט המחוזי בהליך האחר להוות את אותה "מסה קריטית" של ראיות ועובדות אשר עשויות להטות את הכף לטובת המבקש. לא מדובר בקביעות שיש בכוחן להתגבר על העובדות שהיוו יסוד להרשעת המבקש. זאת ועוד, אף אם אצא מנקודת המוצא לפיה גרסאותיו של סבאח בעייתיות ופגומות, אין הדבר מבסס בנסיבות ענייננו פוטנציאל לשינוי תוצאת המשפט לטובת המבקש, לפי סעיפים 31(א)(1) ו-31(א)(2) לחוק. לפיכך מסקנתי היא כי המבקש לא ביסס תשתית ראייתית איתנה דיה לקיומו של משפט חוזר לפי עילות אלה. נותר אפוא לבחון האם קמה למבקש עילה למשפט חוזר בהתאם לסעיף 31(א)(4) לחוק, שעניינו קיומו של חשש של ממש כי בהרשעה נגרם למבקש עיוות דין.

סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט

33. הלכה מושרשת היא כי העילה המנויה בסעיף 31(א)(4) לחוק הינה "עילת סל" (פרשת קוזלי, בפסקה 57; פרשת אלחרר, בפסקה 26), אשר במסגרתה על בית המשפט להשקיף ב"מבט-על" על ההליך כולו ולבחון את מלוא חומר הראיות שהובא לפניו - זה החדש וזה הישן - ולשאול עצמו האם נגלה לעיניו חשש ממשי לעיוות דין. הכלל הוא כי בקשה הנסמכת על עילה זו תתקבל רק מקום שבהכרעה נפלו פגמים חמורים ומהותיים, עד כי הובילו להרשעת שווא של המבקש (מ"ח 6223/04 גולדין נ' מדינת ישראל (13.10.2004); מ"ח 10028/06 רינגרט נ' מדינת ישראל (17.9.2007); מ"ח 3689/13 חמאדה נ' מדינת ישראל (29.10.2013); עניין פלוני, בפסקה 24).

34. בגדרי עילה זו, טוען המבקש בשני מישורים. האחד, שהותרת הרשעתו על כנה יוצרת עיוות דין נוכח זיכויים של המעורבים הנוספים בפרשה מביצוע עבירת הרצח. השני, שהרשעתו נסמכה על אמון בגירסתו של העד סבאח, אשר בהכרעת הדין המזכה נקבע כי אין לתת אמון בדבריו של עד זה. אתייחס להלן לשני היבטים אלה.

35. אכן, ענייננו בשתי הכרעות דין שונות, אשר נוגעות לפרשה עובדתית אחת. מצב זה נוצר בעקבות ניהול דיוני נפרד של משפטו של המבקש ממשפטם של שותפיו לעבירה. בנסיבות אלה טמון פוטנציאל לעורר חשש למה שמכונה בפסיקה "דיבור בשני קולות" מצידה של המערכת השיפוטית. מדובר במצב בלתי רצוי שיכול לגרום לתחושת חוסר אמון במערכת המשפט והצדק (ע"פ 474/75 סאלם נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 113 (1976); ע"פ 3427/91 אבו סאלח נ' מדינת ישראל (12.8.1993) (להלן: עניין אבו סאלח)). מוסד המשפט החוזר מאפשר למערכת השפיטה לבחון מחדש מצבים אלו, מקום שאי התאמה בין הכרעות הדין השונות עלול להוביל לתוצאה בלתי צודקת (ראו: מ"ח 9054/03 לזרובסקי נ' מדינת ישראל (28.12.2005)).

ואולם קיומה של אי התאמה בין הכרעות דין אינה כשלעצמה עילה לשינוי של הכרעות הדין כדי להתאימן זו לזו. בכל מקרה ומקרה, יש לבחון אם ההכרעות הסותרות עשויות לדור בכפיפה אחת במובן המהותי (ע"פ 4391/03 אבו ריא נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 520, 545 (2005) (להלן: פרשת אבו ריא)). המבחן שנקבע בפסיקה לצורך בחינת הסתירה בין ההכרעות השונות אינו מבחן טכני של אי התאמה גרידא, אלא מבחן מהותי-ענייני. וכך נקבע בעניין זה בפרשת זגורי:

"...במשפט הישראלי - בדומה לשיטות משפט אחרות - לא אומץ כלל טכני המבטל מניה וביה את הרשעתו של אדם רק מן הטעם שאדם אחר, אשר נטען כי היה מעורב אף הוא בתרחיש הפלילי, זוכה בדינו. המבחן לעניין זה הוא אם יש בזיכוי של האחד כדי להשמיט את הקרקע מתחת להרשעתו של אחר; אם ההרשעה והזיכוי אינם יכולים, מבחינה מהותית-עניינית, לחיות זו לצד זה. מבחן זה, שנכנה אותו "מבחן הסתירה המהותית", נדרש כל אימת שמערכת המשפט מוציאה מתחת ידה הכרעות סותרות" (עמ' 613 לפסק-הדין).

ודוק: התוצאה לפיה המבקש הורשע והמעורבים האחרים זוכו, אם היא אכן בלתי אפשרית כפי שהמבקש טוען צריכה להביא לזיכוי לאלתר. חוסר ההתאמה בין ההכרעות ככל שהוא קריטי לתוצאה, לא יבוא על תיקונו אם יתקיים משפט חוזר והמבקש יורשע שוב. רק זיכוי של המבקש יצור סימטריה מלאה. על כן, אילו סברתי שיש מקום למשפט חוזר בשל אי ההתאמה בתוצאה, מה שנכון היה לשקול הוא זיכוי מידי. ואולם, וכפי שאפרט אין המדובר באי התאמה שהמשפט אינו יכול להסכין עמה, ואין מקום למשפט חוזר.

בהתאם ל"מבחן הסתירה המהותית" אשר השתרש במקומותינו, ההתערבות בפסיקה סותרת תיעשה באופן

מצומצם ובמשורה, ולא בכל מקרה בו קיימת אי התאמה. בנסיבות בהן קיימות הכרעות סותרות, אשר ניתנו על בסיס תשתית ראייתית זהה - הנטייה תהייה שלא להשלים עם קיומה של הסתירה. לעומת זאת, אם מקור הסתירה נובע מהבדלים בתשתית הראייתית בשני ההליכים - או אז אין להתערב בסתירה כדי לשנותה (ע"פ 8897/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 487 (2003); פרשת אבו ריא, בעמ' 546 לפסק-הדין).

36. נוכח האמור לעיל, ולאחר שבחנתי את הכרעת הדין שניתנה בעניינם של מימוני וגילי, ואת הכרעת הדין שניתנה בענייניו של המבקש, לרבות בחינת פסק הדין בערעורו בבית משפט זה, ולאחר שהשקפתי ב"מבט-על" על ההליך כולו, תוך שהשוויתי בינו לבין ההליך שנוהל בעניינם של מימוני וגילי, לא מצאתי מקום לטענה כי נגרם למבקש עיוות דין המצדיק קיומו של משפט חוזר.

נקודת המוצא היא כי כל הליך משפטי הוא הליך דיוני נפרד ועצמאי, משכך אין די בזיכוי של נאשם אחד בפרשה כדי להביא לזיכוי של מעורב אחר שהועמד לדין בגין אותה פרשה (מ"ח 2165/11 פלוני נ' מדינת ישראל (24.8.2011)). לדעתי אין לפנינו מקרה בו זיכוי של אחד משמיט את היסוד להרשעת האחר. בעניינינו הכריע כל מותב שופטים באופן עצמאי ונפרד בשאלות העובדתיות שעלו, על יסוד חומר הראיות שנפרש לפניו - חומר ראיות שאינו זהה. יתירה מזאת, בעניינינו הכרעות הדין יכולות להתקיים תחת קורת גג אחת כיוון שאין בהכרעת הדין המזכה ממצא כלשהו השולל את השתתפותו של המבקש בביצוע המעשה אשר הורשע בו. נהפוך הוא, בית המשפט המחוזי בהליך האחר, איבחן בעצמו באופן ברור ומובהק בין המעורבים הנוספים בפרשה, מימוני וגילי, שאותם זיכה, ובין המבקש כאן - יחזקאל באשה. נוכח בהירותם של הדברים שנקבעו שם, נביא את הדברים כלשונם:

"סקירת הראיות מלמדת שאף שהחקירה העלתה ראיות אובייקטיביות ופורנזיות, ובהן ממצאי דם בזירת האירוע, שהביאו לבדיקות ד.נ.א, סימני דקירה בגופת המנוח ובגופו של הנאשם יחזקאל באשה [המבקש], ממצאי דם ברכביהם של שני הנאשמים וסרט צילום מזירת המשנה לאירוע (המסעדה), אף אחת מהראיות הללו אין בה כדי להצביע כל אחת מהן בנפרד ואף לא חלקן או כולן יחדיו על אחריותם של הנאשמים [מימוני וגילי] למעשה הרצח המיוחס להם, להבדיל מהצבעתן על כך שהיו מעורבים באירוע בדרך זו או אחרת, באופן שמתיישב גם עם חפותם.

**לא כך היה בענייניו של יחזקאל באשה שנדון, כאמור, במשפט נפרד. טיפת דם של המנוח נמצאה על חולצתו, טיפת דמו שלו זוהתה בזירה המוסכמת על-ידי הצדדים בפינת הרחובות עזריאל ויהדות פילדלפיה, בפניו וצווארו נמצאו סימני חתך שאפשר שהינם תוצאה של כלי חד כסכין. סרט המצלמה מהמסעדה הצביע על מניע שלו, בראש ובראשונה, לפגוע במנוח משום שהאחרון תקף אותו במסעדה".** (פסקאות 43-44 להכרעת-הדין המזכה) (ההדגשות שלי).

בהמשך אף נקבעו הדברים הבאים:

"אף אם נמצא ששקריו, דבריו הכבושים וההתנהגות המפלילה של נאשם 1 [מימוני] צריך שיחשבו וישקלו כנגדו יש להדגיש כי לא הומצאו על-ידי התביעה ראיות פוזיטיביות אשר ישלימו את "החלל הראייתי" [...] אשר קיים בראיות התביעה מרגע הגעת יחזקאל באשה ונאשם 1 לזירה ברכבו של האחרון. **באשר ליחזקאל באשה לא היה קיים חלל ראייתי בראיות התביעה, הרי הוא נמצא פצוע, דמו בזירה, דמו של המנוח על חולצתו - לא כך בענייניו של נאשם 1".** (פסקה 85 להכרעת-הדין המזכה) (ההדגשות שלי).  
עמוד 15

עינינו הרואות כי הרכב השופטים אשר זיכה את מימוני וגילי ערך אבחנה מפורשת בין נאשם 1 (מימוני) לבין המבקש כאן. אבחנה דומה נערכה אף בין נאשם 2 (גילי) לבין המבקש (ראו בפסקה 76 להכרעת הדין המזכה). אף בדונו בפסק דינו של בית המשפט העליון שניתן בערעורו של המבקש, התייחס בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין המזכה למצב הראייתי השונה בשני ההליכים:

"דוגמא אחרת לשוני בראיות שבאו בפני שני ההרכבים בבית המשפט המחוזי הינה בחינת שאלת מהימנותו ואמינותו של העד סבאח ג'ורגי'. די שיוצג שבית המשפט העליון בחן (פסקה 17 לפסק דינו של כב' השופט הנדל) שלוש גרסאות של ג'ורגי' סבאח ובפנינו באו רבות עוד יותר. לכך יש להוסיף, כי בית המשפט העליון, על-פי החומר הראייתי שבפניו קבע כי סבאח הוכה באירוע, לא כך בפנינו". (בעמ' 35 להכרעת הדין המזכה) (ההדגשות שלי).

במצב דברים זה, אין לומר שבית המשפט דיבר "בשני קולות". חומר הראיות שעמד בפני ההרכב שדן בעניינם של מימוני וגילי היה שונה מחומר הראיות שעמד בפני ההרכב שהרשיע את המבקש שבענייננו: מערכת הראיות שהובילה להרשעתו של המבקש הייתה רחבה ומקיפה יותר. נגד המבקש הוצגו, כאמור, ראיות נוספות שקשרו אותו באופן עצמאי לעימות האלים עם המנוח, ובראשן דמו של המנוח על חולצתו כמו גם המניע שלו לנקום במנוח. ראיות אלו לא עמדו לחובתם של המעורבים הנוספים בפרשה. במקרה כזה, קבעה הפסיקה כי אמון הציבור עלול להיפגע כאשר עברייני משולח לחופשי, חרף קיומן של ראיות מוצקות נגדו, רק מן הטעם ששותפו בהליך אחר נמצא זכאי (פרשת זגורי, בעמ' 614 לפסק-הדין; פרשת אבו ריא, בעמ' 545 לפסק-הדין). בית משפט זה לא ייטה להתערב במקרה שבו אי התאמה בין הכרעות הדין נובעת מקיומן של ראיות שונות במשפטיהם של שני נאשמים, המובילות לביסוסה של תשתית ראייתית עצמאית כלפי אחד לעומת היעדר ראיות מספיקות בנוגע לאחר, כפי שאירע בענייננו אנו (ראו: ע"פ 4086/91 מימון נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 868 (1992); פרשת אבו ריא, בעמ' 546 לפסק-הדין). יפים לענייננו הדברים שנאמרו בהקשר זה בעניין אבו סאלח:

"אין לדבר על 'שתי לשונות' של בית המשפט שעה שהתשתית העובדתית לגבי כל אחד משני נאשמים השותפים לדבר עבירה שונה. אם כנגד אלמוני קיימת מערכת ראיות שונה מזו הקיימת כנגד פלוני, שותפו לעבירה, אם משום שחלק מהראיות אינן קבילות כלפיו ואם משום שלהוכחת אשמתו של פלוני קיימות ראיות שהן מיוחדות להוכחת אשמתו, להבדיל מהוכחת אשמת אלמוני, לא מתקיימת התוצאה הבלתי רצויה שעל סמך מערכת ראיות זהה נמצא האחד זכאי בדיו והאחר חייב". (בפסקה 7 לפסק הדין).

ראוי לציין אף את קביעת בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין המזכה, לפיה האירוע כולו יכול היה להתבצע בידי המבקש לבדו:

"החומר הראייתי שהוצג על-ידי התביעה כנגד נאשם 1 [מימוני] מתיישב, או לפחות נותר ספק סביר שמא כך הדבר, עם האפשרות שיחזקאל באשה נותר לבדו בצומת עזריאל ויהדות פילדלפיה ופגע במנוח ורצחו. אין עסקינן בהתרחשות בלתי סבירה שאינה מתיישבת עם הראיות האובייקטיביות שהוצגו לבית המשפט". (בפסקה 86 להכרעת הדין המזכה) (ההדגשות שלי).

37. לאור כל האמור לעיל, העובדה שמימוני וגילי זוכו בהליך אחר אינה גורעת מן המסקנה המרשיעה בענייניו של המבקש.



38. אשר לקביעות בנוגע לעדותו של סבאח. אכן, עדותו של סבאח היוותה נדבך מרכזי בשני המשפטים בפרשה זו. כאמור, גירסתו הראשונה של סבאח זכתה לאמון הרכב השופטים אשר הרשיע את המבקש ואושרה בידי הרכב השופטים בבית משפט זה בערכאת הערעור. לעומת זאת, הרכב השופטים בהכרעת הדין המזכה, סירב להשתית על עדותו של סבאח כל הרשעה של מי מהמעורבים הנוספים בפרשה. במקרים אלו, נקבע בפסיקה כי "כאשר העדות המרכזית בשני המשפטים נתמכת בראיות שונות, אין השוני בקביעות השיפוטיות בשני פסקי הדין מחייב בכל מקרה פעולה ליישוב הסתירה". (פרשת אבו ריא, בעמ' 547 לפסק-הדין. ראו גם: פרשת אבו סאלח, בפסקה 7 לפסק-הדין; פרשת חוואג'ה). במקרה דנא, התמונה הראייתית שהייתה בפני בית המשפט בעניינו של המבקש הייתה שונה מהתמונה הראייתית שהייתה בפני מותב השופטים שדן בעניינם של המעורבים הנוספים, ועדותו של סבאח, אף שהיוותה ציר מרכזי בראיות התביעה, נתמכה בשני ההליכים בראיות שונות כאמור. משכך הם פני הדברים, לא מתקיימת במקרה דנא אותה "סתירה מהותית בלתי ניתנת ליישוב" בין פסקי הדין, אשר מצדיקה קיומו של משפט חוזר.

39. בשולי הדברים אציין, כי אף אם נקבע לגבי עדותו של סבאח שהינה בעייתית, אין זו התימה המרכזית בדיון מושא הליך זה. היטיב לתאר זאת הנשיא ברק בפרשה אחרת:

"...אין חולק כי עדותו של שמולביץ, ככל שהיא נוגעת ל'פרשת שווייץ', היא בעייתית. שמולביץ לא מסר לבית המשפט, על פניו, את כל המידע בנדון ולקה למעשה באי אמירת אמת. אולם השאלה שבפנינו אינה שמולביץ אלא המבקש; השאלה איננה אם העיד שמולביץ עדות שקר, אלא אם קיימת בנסיבות המקרה עילה לקיומו של משפט חוזר. תשובתי לשאלה זו כאמור היא כי אין עילה לקיום משפט חוזר במקרה דנן" (עניין דרעי, בפסקה 77 להחלטת בית המשפט).

40. סוף דבר, לא מצאתי כי נתקיימה בעניינו של המבקש עילה מן העילות המנויות בסעיף 31(א) לחוק לעריכת משפט חוזר. הבקשה נדחית.

ניתנה היום, כ"ג באלול התשע"ד (18.9.2014).

המשנה לנשיא