

## ע"פ 5073/11 - יצחק חנוכה נגד מדינת ישראל

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 5073/11

לפני: כבוד המשנה לנשיא מ' נאור  
כבוד השופט צ' זילברטל  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערער: יצחק חנוכה

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז מיום  
24.5.2011 ב-תפ"ח 3192-10-09 שניתן על ידי כב'  
השופטים מ' פינקלשטיין, ל' ברודי ו-ע' גרוסקופף

תאריך הישיבה: י"ב בחשון התשע"ד (16.10.2013)

בשם המערער: עו"ד צדוק חוגי; עו"ד נחמן הרשקוביץ

בשם המשיבה: עו"ד זיו אריאלי

### פסק-דין

המשנה לנשיא מ' נאור:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז (השופטים מ' פינקלשטיין, ל' ברודי ו-ע' גרוסקופף),  
במסגרתו הורשע המערער בעבירה של רצח בכוונה תחילה, ונגזרו עליו מאסר עולם ופיצוי למשפחת המנוח בסך  
עמוד 1

2. על פי עובדות כתב האישום, בתקופה הרלוונטית יצחק חנוכה (להלן: המערער), אבי בנאיים (להלן: בנאיים) ודוד מנישרוב (להלן: המנוח) התגוררו ולמדו בישיבת הרב עמוס גואטה בנתניה. את הישיבה מנהלים מר עמוס גואטה (להלן: הרב או הרב עמוס) ובנו, מר משה גואטה (להלן: בן הרב).

בין בן הרב לבין המנוח פרץ סכסוך, שהרקע לו היה הכנסת מכשיר טלוויזיה על ידי המנוח למתחם הישיבה - מעשה שלא תאם את אופי הישיבה. דבר הסכסוך נודע לבנאיים ולמערער, ובעקבותיו תקף בנאיים את המנוח ביום 8.9.2009, וחנק אותו. המנוח נמלט, ובמהלך מנוסתו השליך לעבר בנאיים אבן אשר פגעה בו וגרמה לחתך מעל עינו השמאלית. בתגובה נטל בנאיים סכין ורדף אחרי המנוח עד לרחבת הכורכר שמאחורי הישיבה. מספר מדיירי הישיבה, בהם המערער, עצרו את בנאיים, נטלו מידיו את הסכין ושבּו עמו לישיבה שם חבשו את החתך שמעל עינו. המנוח נמלט בינתיים מן המקום ולא שב אל הישיבה (להלן: הקטטה).

3. על פי המתואר בכתב האישום, למחרת הקטטה, ביום 9.9.2009 סביב השעה 4:15 לפנות בוקר, יצאו בנאיים והמערער מהישיבה, כשהם חמושים בסכין או בסכינים, ואיתרו את המנוח בחורשה הסמוכה לבית ברחוב פרופסור שור 5 בנתניה, בקרבת הישיבה. בנאיים והמערער הפילו את המנוח ארצה, ובעודו שכוב גמלה בליבם ההחלטה להמיתו והם דקרו את המנוח והכו אותו נמרצות. למנוח נגרמו כתוצאה מכך 39 דקירות ו-51 חתכים. הוא פונה במצב אנוש לבית החולים לניאדו בנתניה ונפטר זמן קצר לאחר מכן.

בגין המעשים המתוארים יוחסה למערער ולבנאיים, בצוותא חדא, עבירה של רצח בכוונה תחילה (לפי סעיפים 300(א)(2) ו-29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)).

ההליך בבית המשפט קמא

4. כתב האישום נגד המערער ונגד בנאיים הוגש ביום 7.10.2009. במהלך הדיונים בפני בית המשפט קמא התעורר ספק בשאלת כשירותו הנפשית של בנאיים לעמוד לדין. ביום 7.6.2010 התקבלה חוות דעת רפואית בה נקבע כי בנאיים אינו כשיר לעמוד לדין בשלב זה. בעקבות חוות הדעת הורה בית המשפט קמא על הפסקת ההליכים נגד בנאיים ועל אשפוזו בבית חולים לחולי נפש (בהתאם לסעיף 15 לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991). לפיכך, הכרעת דינו של בית המשפט קמא עסקה במערער בלבד.

ביום 17.4.2011 הרשיע בית המשפט קמא (מפי השופט ע' גרוסקופף, ובהסכמת השופטים מ' פינקלשטיין ול' ברודי) את המערער בעבירה של רצח בכוונה תחילה, וביום 24.5.2011 השית עליו מאסר עולם ופיצויים בסך 25,000 ש"ח למשפחת המנוח.

5. לאורך ההליך בפני בית המשפט המחוזי, ובפרט בעדותו, כפר המערער באשמתו, וטען כי לא נכח כלל בזירת הרצח, אלא ישן בישיבה באותה עת. המערער לא העלה כל טענה לפיה נכח בזירה אך לא נטל חלק ברצח. השאלות שעמדו אפוא במוקד הכרעת הדין היו שתי אלה: האם ניתן למקם את המערער בזירת הרצח; והאם הוכחה מעורבותו של המערער ברצח.

בית המשפט קבע כי ניתן למקם את המערער בזירת הרצח, וזאת בהסתמך על ראייה מרכזית אחת - כתמי דם של המנוח שנמצאו על בגדי המערער - ועל סדרה של ראיות תומכות.

6. לבגדיו של המערער נעשו בדיקות מעבדה, אשר גילו כי על נעלו הימנית ועל מכנסיו נמצאו כתמי דם. דו"ח המעבדה קבע בהסתברות גבוהה מאוד כי מקור כתמי הדם בדמו של המנוח, או בדם אדם בעל פרופיל גנטי זהה (להלן: ראיית ה-DNA). דו"ח המעבדה הוגש לבית המשפט קמא בהסכמה, ומבלי שבא-כוח המערער ביקש לחקור את מגישת הדו"ח, ד"ר בובליל, ביחס לממצאיה. בית המשפט הסיק, על כן, כי השגות המערער נובעות מהדו"ח עצמו ולא מהטלת ספק באמינות ממצאיו. בית המשפט דחה את טענותיו של המערער לפיהן הדו"ח מותיר ספק בשאלת הזיהוי, וקבע כי הדם שנמצא על בגדיו של המערער הוא דמו של המנוח. בבוחנו את המשמעות הראייתית שיש ליחס לממצא זה, שלל בית המשפט את האפשרויות שהדם הגיע לבגדיו של המערער עובר לאירוע הרצח או אחריו (ומבלי שהמערער נכח בזירה), וקבע כי כתמי הדם הועברו לבגדי המערער בעת אירוע הרצח. ממצא זה "מיקם" אפוא את המערער בזירת הרצח.

בנוסף לראיית ה-DNA הצביע בית המשפט על ראיות נוספות התומכות במסקנה כי המערער נכח בזירת הרצח, ובהן עדויות דיירי הבניין הסמוך לזירת הרצח ועדויות דיירי הישיבה.

7. בפני בית המשפט העידו עדי ראייה רבים, אשר מתגוררים בסמוך לזירת הרצח ואשר היו עדים לו (להלן: עדי הראייה או השכנים). בית המשפט ציין כי אין באפשרותם של עדים אלה לזהות את תוקפיו של המנוח וכי אין אחידות מלאה בעדויותיהם. חרף זאת, מצא בית המשפט כי ישנם מספר תיאורים החוזרים בחלק ניכר מהעדויות. בתיאורים אלה, כך נקבע, יש כדי לחזק את הקביעה שהמערער היה בזירת הרצח. השכנים כולם תיארו שני תוקפים, אשר תקפו את המנוח בצוותא חדא; מרבית העדים תיארו את התוקפים כשני גברים, אשר אחד מהם מבוגר מהאחר; התוקף המבוגר תואר כבעל שיער לבן, כשערו של המערער; תיאורם של חלק מהעדים הצביע על קשר בין המניע לתקיפה לבין ישיבת הרב עמוס, שכן העדים שמעו את התוקפים אומרים למנוח ש"ככה לא מדברים לרב", וכן "אל תפגע ברבי עמוס"; לבסוף, תיארו מספר עדים את כיוון תנועתם של התוקפים, שעזבו יחד את הזירה לכיוון מתחם הישיבה.

8. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי גם עדויותיהם של דיירי הישיבה ועדותו של המערער עצמו מחזקות את המסקנה כי נכח בזירת הרצח. ההתרשמות הכללית מעדויות דיירי הישיבה הייתה כי ביקשו לסייע למערער ולנקותו מחשד. אף על פי כן, איש מדיירי הישיבה לא סיפק תמיכה לגרסת המערער לפיה ישן בלילה בישיבה והתעורר רק בשעה 6:00 לערך. אדרבא, מעדויותיהם של שניים מדיירי הישיבה עלה כי המערער ובנאיים ישבו עמם בלימוד שנערך בישיבה בשעות הלילה, אולם בשעה 4:20 כבר לא נכחו במקום הלימוד.

9. לאחר שקבע כי המערער נכח בזירת הרצח, נפנה בית המשפט קמא לבחון האם הוכחה מעורבותו ברצח

בצוותא חדא עם בנאיים. במסגרת זו, ניתן משקל לכך שהמערער הכחיש לאורך ההליך את עצם נוכחותו בזירת הרצח. בית המשפט קבע כי לא ניתן ללמוד מהכחשה זו, מיניה וביה, על מעורבותו של המערער ברצח, אך היא מציבה בפניו קושי להעלות גרסה חלופית לעניין מעורבותו ביחס לגרסה שהעלה כתב האישום. על רקע זה, קבע בית המשפט כי הצטברה מסכת ראייתית אשר הוכיחה את מעורבותו של המערער ברצח.

10. מסכת זו כללה, בעיקרה, את עדויות השכנים אשר תיארו כאמור שני תוקפים שתקפו בצוותא חדא את המנוח, ואשר חלקם העידו כאמור כי התוקפים עזבו את הזירה לכיוון מתחם הישיבה יחדיו. בית המשפט מצא כי עדויות השכנים מצביעות גם על המניע של המערער לרצח. כזכור, העדים תיארו את הקשר בין התקיפה לבין ישיבת הרב עמוס. כלומר, הסכסוך בין המנוח לתוקפיו לא התמקד בקטטה בין בנאיים לבין המנוח (שמידת מעורבותו של המערער בה אינה ברורה), אלא ביחס הבלתי ראוי שהפגין המנוח כלפי רב הישיבה לדעת תוקפיו. בעניין זה, כך נקבע, הייתה מעורבותו של המערער רבה, בהיותו מתלמידיו המסורים של הרב עמוס. כן הסתמך בית המשפט על ראיית ה-DNA המלמדת על קרבה פיזית של המערער למנוח בעת התקיפה, ולכן מחזקת את הטענה כי נטל בה חלק אקטיבי.

11. אשר על כן, קבע בית המשפט המחוזי, הוכח מעבר לספק סביר כי המערער רצח את המנוח בצוותא חדא עם אחר. לבסוף, בחן בית המשפט קמא את טענות הסנגור בדבר מחדלי חקירה, וקבע כי אף שאכן היו פגמים בחקירה, לא היו במקרה זה מחדלי חקירה שיש בהם כדי ליצור חשש לקיפוח הגנתו של המערער. משכך, הרשיע בית המשפט, כאמור, את המערער בעבירת הרצח שיוחסה לו בכתב האישום, והשית עליו מאסר עולם ופיצוי למשפחת המנוח בסך 25,000 ש"ח.

מכאן הערעור שלפנינו.

הערעור

12. הערעור דנן הוגש ביום 7.7.2011, ולאחר גלגולים שונים התקיים דיון לפנינו ביום 16.10.2013. בדיון הסכימו הצדדים להצעתנו נוכח טענות שונות שעלו, לפיה יגיש המערער חוות דעת מומחה עצמאית בעניין ראיית ה-DNA. הגשת חוות דעת זו הושלמה, לאחר מספר ארכות והבהרות נחוצות, ביום 6.4.2014.

13. הסנגור עשה כל מאמץ לשכנענו כי נפלה טעות בממצאים שקבע בית המשפט המחוזי, וכי בית המשפט שגה בהערכתו את ראיות התביעה. טענתו העיקרית היא כי מארג הראיות בתיק מותיר ספק סביר בדבר מעורבותו של המערער ברצח. אדרש לטענותיו העיקריות של המערער כסדרן.

המסד העיקרי להרשעת המערער - ראיית ה-DNA -

14. כזכור, בית המשפט המחוזי קבע כי מקורם של כתמי הדם שנמצאו על בגדי המערער הוא בדמו של המנוח, וכי אלו הגיעו לבגדיו בעת אירוע הרצח. קביעה זו התבססה על חוות דעתה של המומחית, ד"ר נורית בובליל (ת/18), אשר בדקה את ראיית ה-DNA (להלן: דו"ח המעבדה) - חוות דעת שנמסרה בהסכמה ומבלי שד"ר בובליל הוזמנה להיחקר

עליה. מסקנות דו"ח המעבדה ביחס למערער היו כי על נעלו ועל מכנסיו נמצאו כתמי דם שמקורם במנוח, בהסתברות הקרובה לאחד למיליארד עבור מי שאינם בעלי קרבת דם למנוח. וזו לשון הדו"ח:

"מקור ה-DNA בדגימה ממרכז מוט עץ (מוצג 8a) בדגימה מנעל אול סטאר ימנית [נעלו של המערער - מ. נ.] (מוצג 9a) [...] יכול להיות המנוח דוד מנישרוב (מוצג 1) או בכל גבר אחר בעל פרופיל גנטי זהה, אך לא בחשודים אבי בנאיים (מוצג 12) או יצחק חנוכה (מוצג 45).

מטבלאות סטטיסטיות, שכיחות הגברים באוכלוסיה בעלי פרופיל גנטי כפי שנמצא במוצגים הנ"ל, ותואם את זה של המנוח דוד מנישרוב, הינה אחד למעל מיליארד.

השכיחות מחושבת עבור פרטים באוכלוסיה שאינם בעלי קרבת דם למנוח.

בדגימה ממכנסיים שחורים, המיוחסים לחשוד יצחק חנוכה (מוצג 14), התקבלה תערובת של שני פרטים לפחות. המרכיב העיקרי בתערובת, מקורו בפרופיל בודד [...].

מקור ה-DNA, במרכיב העיקרי של התערובת מדגימה ממכנסיים שחורים (מוצג 14), יכול להיות במנוח דוד מנישרוב (מוצג 1), או בכל גבר אחר בעל פרופיל גנטי זהה [...].

מטבלאות סטטיסטיות, שכיחות הגברים באוכלוסיה בעלי פרופיל גנטי כפי שנמצא במוצגים הנ"ל, ותואם את זה של המנוח דוד מנישרוב, הינה אחד למעל מיליארד.

השכיחות מחושבת עבור פרטים באוכלוסיה שאינם בעלי קרבת דם למנוח" (עמוד 5 לדו"ח המעבדה).

זהו האדן המרכזי עליו נשענה הרשעתו של המערער. אין זה מפליא, אפוא, שהמערער מפנה טענות רבות כנגדו.

15. המערער טוען כי דו"ח המעבדה בעניין ראיית ה-DNA- אינו ממצה וכי לא ניתן לבסס בעקבותיו ממצאים מרשיעים. טענת המערער היא כי המסקנה לפיה ההסתברות שכתמי הדם מקורם במנוח היא של אחד למיליארד הינה "מסקנה הסתברותית שגויה". זאת, כך הטענה, בשל "שני כשלים מתמטיים והסתברותיים" - כשל החלפת ההתניות וכשל שיעור הבסיס (עמוד 13 לעיקרי הטיעון מטעם המערער מיום 1.9.2013). לא למותר לציין כי טענה זו של המערער לא גובתה בחוות דעת מדעית מטעמו. טענות נוספות של המערער עניינן האפשרות לשגיאות בהכנת דו"ח המעבדה והאפשרות שמקורו של הדם אינו במנוח אלא בקרובי משפחתו. לבסוף, ביום 3.4.2014 הגיש המערער "הודעה דחופה" בה העלה לראשונה את הטענה כי דו"ח המעבדה אינו קביל. זאת משום שעולה ממנו כי בעריכתו לקחו חלק, בנוסף לד"ר בובליל, שתי עובדות מעבדה נוספות והן אינן חתומות על הדו"ח. פגם דומה, כך נטען, נפל בהערכה הסטטיסטית שבוצעה "בהנחייתו של פרופ' עוזי מוטרו" שאף הוא אינו חתום על הדו"ח. טענת המערער היא כי בעובדות אלה "יש כדי לפגוע בקבילות חו"ד ומשקלה של חו"ד עד כדי איונה".

מנגד טוענת המשיבה כי אין מקום להישמע לטענות המערער בעניין דו"ח המעבדה, שכן הוא הוגש בהסכמה, ובכך נמנע המערער מלבסס ולו אפס קצה של תשתית ראייתית לטענותיו כנגד מסקנות הדו"ח.

16. כאמור, בדיון לפנינו הוחלט לאפשר למערער להגיש חוות דעת עצמאית לעניין ה-DNA. זו לשון ההחלטה:

"בתחילת הדיון הודיעו הצדדים כי קיבלו את הצעתנו, לפיה יאופשר להגנה להגיש חוות דעת מומחה עצמאית משלה, בשאלה האם אכן דמו של המנוח היה על המכנסיים ועל הנעל של המערער, הנזכרים בחוות דעתה של מומחית התביעה. התביעה תאפשר למומחה מטעם המערער גישה למוצגים הרלוונטיים" (פסקה 2 להחלטתנו מיום 16.10.2013) (ההדגשה הוספה - מ. נ.).

המערער הגיש את חוות הדעת מטעמו ביום 12.2.2014 (ומשלא ניתן היה לראות את התמונות שצורפו לה, הגשתן של אלה הושלמה ביום 6.4.2014).

חוות הדעת מטעם המערער, שערך המכון למדע פורנזי, לא עסקה כלל בשאלה "האם אכן דמו של המנוח היה על המכנסיים ועל הנעל של המערער". חוות הדעת התמקדה בתצורת כתמי הדם על מכנסי המערער. אביא את מסקנותיה במלואן:

#### "ממצאי הבדיקות ופירושם

1. על המכנס הימני של מכנסי הנאשם [המערער לפנינו - מ. נ.] ישנם כתמי דם (תמונה 1). בבחינה שיכולתי לערוך בתחנת המשטרה, לא יכולתי לאפיין באופן ודאי את תצורת כתמי הדם. מכאן שאין ודאות באשר למנגנון היווצרות כתמי דם אלו. לא ראיתי בכתמי הדם תצורת התזה [Splatter] האופיינית לאירוע המתיישב עם התרחיש המתואר בסעיף 9 לכתב האישום. לא ראיתי תיעוד לבדיקת תצורת כתמי הדם שעל המכנסיים, על ידי המשטרה.

2. על נעלו הימנית של הנאשם נמצא כתם דם. הכתם נגזר מהנעל ואין בידי תיעוד אודות צורתו, מכאן שלא ניתן להסיק דבר באשר למנגנון יצירתו.

3. על מקל שלפי החשד שימש להכאת המנוח, לא נמצא דנ"א המתאים לזה של הנאשם.

#### סיכום

1. תצורת כתמי הדם על המכנס הימני של מכנסי הנאשם, לא אופיינה בוודאות. לא ראיתי תצורת התזה האופיינית לאירוע המתואר בכתב האישום.

2. על מקל שנטען כי שימש להכאת המנוח לא נמצא דנ"א של הנאשם" (עמוד 4 לחוות הדעת).

יובהר, למען הסר ספק, כי בדו"ח המעבדה לא נטען כלל כי על המקל נמצא DNA של המערער.

17. לאחר עיון בטענות הצדדים ובשתי חוות הדעת המדעיות לא ראיתי עילה לסטות מקביעותיו של בית המשפט המחוזי כי הדם על בגדי המערער הוא דמו של המנוח וכי הוא הגיע לשם בעת הרצח. אין בידי לקבל את טענתו המאוחרת של המערער בדבר קבילותו של דו"ח המעבדה. מסקנותיו של הדו"ח התקבלו על ידי ד"ר בובליל, ולא על ידי איש זולתה. המערער לא הצביע על פגם קונקרטי כלשהו בעבודתן של מי מהמערבות, ואך סביר הוא כי מחברת הדו"ח תסתייע בעבודתה בעזרתם של עובדים אחרים, הבקיאים בכללים ובנהלים ופועלים על פיהם. עובדה זו כשלעצמה אין

עמוד 6

בה כדי להפוך את הדו"ח לבלתי קביל (ראו והשוו: ע"פ 4117/06 מקייטן נ' מדינת ישראל פסקה 20 לפסק דינו של השופט א' א' לוי (22.2.2010) (להלן: פרשת מקייטן)), לא כל שכן בהתחשב בעובדה שדו"ח המעבדה הוגש לבית המשפט המחוזי בהסכמה ובלא חקירת ד"ר בובליל, ובהתחשב במועד שבו עלתה הטענה.

18. אין מנוס מלדחות גם את טענותיו של המערער בעניין טעויות שנפלו בהכנת דו"ח המעבדה ובדבר השגיאה במסקנה ההסתברותית. טענות אלה נטענו בעלמא, והן נעדרות כל עוגן ראייתי. זאת אף שלמערער ניתנה האפשרות להגיש, בשלב הערעור, חוות דעת מטעמו. חוות הדעת שהגיש המערער לאחר חודשים רבים אינה מתייחסת, ולו בקצרה, לסוגיות אלה. לא מצאתי אפוא כל סיבה, גם לאחר האפשרות שניתנה למערער להגיש חוות דעת מטעמו, להטיל ספק באופן הבדיקה עליה התבסס דו"ח המעבדה או באמינות ממצאיו.

19. המערער אף לא הצליח לעורר ספק סביר ביחס לזיהוי הדם שנמצא על בגדיו כדמו של המנוח. טענות אלה - ובעיקרן הטענה כי מקור ה-DNA באדם בעל קרבת דם למנוח - נטענו כבר בפני בית המשפט קמא, ונדחו. ביחס לאפשרות שמקור הדם בקרוב משפחתו של המנוח נקבע:

"האפשרות שמקור הדם הוא גבר שהינו קרוב משפחה של המנוח היא בגדר ספקולציה גרידא, שאין לה כל בסיס בחומר הראיות. הנאשם לא העיד, ולא הביא אפילו בדל ראייה, לא לכך שבא במגע עם מי מקרובי המנוח, ולא לאופן שבו טיפות דם שלהם עשויות היו למצוא דרכן לנעלו" (פסקה 50 לפסק הדין).

איני רואה עילה להתערבות בנקודה זו.

20. המצאות דמו של המנוח על בגדיו של המערער היא ראייה כבדת משקל המסבכת אותו ברצח (על משמעותה של ראיית DNA, ועל האפשרות להרשיע אדם אך ורק על בסיסה, ראו והשוו: ע"פ 9724/02 אבו-חמאד נ' מדינת ישראל פ"ד נח(1) 71, 81-84 (2003); ע"פ 149/12 אלמליח נ' מדינת ישראל פסקאות 33-37 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (24.9.2012); ע"פ 3132/10 שעלאן נ' מדינת ישראל (21.3.2013)). במקרה שלפנינו, ראייה זו אינה ניצבת לבדה. היא חלק ממסכת של ראיות נסיבתיות, עליה עמד בית המשפט המחוזי בהרחבה, המלמדת על מעורבותו של המערער ברצח. עם זאת, עמדה למערער האפשרות לספק הסבר תמים להמצאות הדם על בגדיו (ראו והשוו: פרשת מקייטן, פסקה 17 לפסק דינו של השופט א' א' לוי, והאסמכתאות שם).

זאת ניסה לעשות המערער באמצעות חוות הדעת מטעמו. חוות הדעת, כאמור, לא העלתה ספק ביחס לזיהוי הדם כדמו של המנוח. תחת זאת ניסתה חוות הדעת להצביע על תרחיש חלופי שבו הגיע דמו של המנוח לבגדי המערער. חוות הדעת מטעם המערער קבעה בקצרה ובלקוניות כי תצורת הדם על מכנסי המערער אינה עולה בקנה אחד עם האירוע המתואר בכתב האישום. חוות הדעת לא הצביעה כלל על תזה חלופית המקימה ספק אמיתי באשר לאופן בו הגיע הדם לבגדיו של המערער. גם בפני בית המשפט קמא עלו טענות בעניין תרחישים חלופיים לאופן בו הגיע דמו של המנוח לבגדיו של המערער קודם לאירוע הרצח או לאחריו (ומבלי שהמערער יהיה נוכח בזירת הרצח). בית המשפט דחה טענות אלה (ראו פסקאות 69-73 לפסק הדין), ואין מקום לקבלן אף עתה. כך, האפשרות שהדם הגיע לבגדי המערער עוד לפני הרצח בעקבות אירוע הקטטה היא אפשרות תיאורטית בלבד שהיתכנותה רחוקה. זאת נוכח עדויות של יידי המנוח לפיהן המנוח לא דימם לאחר הקטטה. עדויות אלה עולות בקנה אחד עם חוות הדעת הפתולוגית (ת/15ג) לפיה בגופו של המנוח לא נמצאו חבלות מדממות שנגרמו במהלך היממה שקדמה למותו מלבד פצעי

הדקירה (כפי שעולה גם מעדות הפתולוג, פרופ' היס, בבית המשפט (עמוד 422 לפרוטוקול הדיון מיום 15.9.2010)). זאת גם נוכח היעדרו של הסבר כיצד ניתז הדם על המערער בקטטה אף שלא נכח בה, אלא טיפל בבנאיים לאחריה. הוא הדין ביחס לאפשרות כי הדם הגיע לבגדיו לאחר הרצח, וזאת בשים לב לכמות הדם המועטה יחסית שנמצאה בישיבה שאין בה כדי להסביר בצורה משכנעת את כמות הדם הבלתי מבוטלת שנמצאה על בגדי המערער.

21. סיכומי של דבר: לא מצאתי להתערב במשקל שהעניק בית המשפט קמא לראיית ה-DNA. נימוקיו משכנעים הם בעיני. מסקנתי היא אפוא כי ראיית ה-DNA אכן ממקמת את המערער בזירת הרצח.

#### מחדלי החקירה

22. טענה מרכזית נוספת שמעלה המערער עניינה מחדלים שונים בחקירת הרצח, אשר לטענתו לא מאפשרים לקבוע את אשמתו מעבר לכל ספק סביר. המשיבה, לעומת זאת, טוענת כי מדובר לכל היותר בשגיאות בניהול החקירה, ולא במחדלים. אקדים ואומר: אכן, החקירה במקרה שלפנינו לא הייתה חפה מפגמים. אלא שעובדה זו כשלעצמה אינה יוצרת ספק סביר שתוצאתו זיכוי המערער. הלכה היא כי מחדלי חקירה אינם עשויים מקשה אחת. לא הרי מחדל חקירה שלא ניתן לרפא את פגיעתו בהגנת הנאשם, כהרי מחדל חקירה הניתן לריפוי. על מנת לבסס ספק סביר ולהביא לזיכוי של המערער נדרש מחדל מהותי המקפח את הגנתו והיורד לשורשו של עניין (ראו: ע"פ 173/88 אסרף נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 792, 785 (1990); ע"פ 5386/05 אלחרוטי נ' מדינת ישראל פסקה ז' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (18.5.2006); ע"פ 1645/08 פלוני נ' מדינת ישראל פסקאות 29-30 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (3.9.2009)). בית המשפט קבע כי מחדלי החקירה לא קיפחו את הגנתו של המערער, ולא מצאתי פגם בקביעתו זו. אבאר.

23. מחדל משמעותי לו טוען המערער הוא אי ביצוע מעתקי טביעות נעל לטביעות נעל מסוג אול-סטאר שנמצאו בזירת הרצח. בדו"ח הזירה (ת/19(ד)) שהוגש לבית המשפט ישנם תצלומים של טביעות נעליים אשר צולמו בזירת הרצח (תצלומים 27-28 בת/19(ד)). בין טביעות אלה לבין סוליית נעל האול-סטאר של המערער (שתצלומה מופיע בת/19(ג)) קיים דמיון לכאורי. עם זאת, לבית המשפט לא הוגשה חוות דעת של המעבדה לסימנים וחומרים באשר להתאמה בין דפוס הסוליה בנעלי המערער לבין טביעת הנעל. בית המשפט קמא דן בצורה מקיפה במשמעות הראייתית שיש לייחס לדמיון הלכאורי (פסקאות 80-83 לפסק הדין), וכך קבע:

"במקרה שלפנינו מצטרפת לעובדה שלא הובאה חוות דעת מומחה מצד המאשימה ביחס לטביעת הנעל, גם העובדה שהעניין לא הועלה בטיעוני המאשימה. לאור הצירוף שבין שני אלו מוצאים אנו לנכון להבהיר שגם בהתעלם מטביעת הנעל, הוכח לדעתנו מעבר לכל ספק סביר, באמצעות הראיות הנסיבתיות שנמנו לעיל, כי הנאשם נכח בזירת הרצח בשעת הרצח" (פסקה 83 לפסק הדין).

עולה, אם כן, כי הגנתו של המערער לא קופחה על ידי מחדל זה. ודוק: אף אם נניח לטובת המערער כי אין התאמה בין טביעת הנעל בזירה לבין סוליות נעליו של המערער, אין בכך כדי ליצור ספק סביר בדבר נוכחותו של המערער בזירה שכן מדובר בזירה פתוחה, ומכל מקום ישנן די והותר ראיות להרשיע את המערער גם ללא טביעת הנעל.



24. מחדל נוסף אליו מתייחס המערער הוא אי בדיקת מוצגים שנמצאו בזירת הרצח ובישיבה ושעליהם נמצא חומר החשוד כדם. על כך ציין בית המשפט קמא:

"תשובת ראש צוות החקירה [...] בעניין זה הייתה כי אין צורך לבדוק כל מוצג ומוצג. קשה לנו לקבל הסבר זה, בשים לב לעובדה שהמדובר בחקירת רצח, על כל המשתמע מכך. דומה כי לפחות ביחס לממצאים מזירת רצח, עליהם נמצאו כתמי דם, יש הצדקה, במקרה הרגיל, לבצע בדיקות מקיפות יותר מאלו שנעשו בענייננו. דברים דומים אמורים ביחס לטביעות נעל האול-סטאר שנמצאו בזירה, אשר, על פני הדברים, קשה להבין כיצד לא נבדקה בעין מומחה. ואולם, גם אם אין להקל ראש במחדלים אלו, הרי שלא בהגנת הנאשם פגעו, אלא דווקא באינטרס הציבורי בהרשעת אשמים" (פסקה 97 לפסק הדין) (ההדגשה הוספה - מ. נ.).

הטעם שנתן לכך בית המשפט הוא שמדובר במחדל "מזכה במובהק" הפועל כנגד התביעה ולא כנגד הנאשם. ודוק: לו היה מתברר כי הדם שנמצא בזירה אינו של המערער לא היה בממצא זה כדי להוביל לזיכוי, שכן מדובר כאמור בזירה פתוחה, אשר המצאות דם של אחר בה אינה מעלה או מורידה מההסתברות שהפשע בוצע על ידי המערער. שיקולים אלה נכונים הם, ולא מצאתי שנפל בהם פגם.

25. מחדל נוסף הוא ביצוע נתיחת גופת המנוח ללא נוכחות פתולוג מטעם ההגנה בניגוד לצו שיפוטי (כפי שניתן ללמוד מ-ת/31). על כך קבע בית המשפט המחוזי:

"זאת יש לומר, כי גם אנו מצאנו שהתנהלות המשטרה בעניין זה טעונה שיפור [...]. עם זאת איננו סבורים כי הדברים נעשו בזדון. מכל מקום, קשה לראות כיצד מחדל זה פגם בזכות הנאשם להגנה נאותה. הממצאים הפתולוגיים בדו"ח הנתיחה מצביעים על הדרך בה נגרם מות המנוח, ודומה שעל כך אין, ולא יכולה להיות, מחלוקת של ממש במקרה שלפנינו [...]. במצב דברים זה, ובשים לב להתרשמותנו כי חוות דעתו של פרופ' היס היא חוות דעת מקצועית מאוד, שנעשתה במיומנות רבה, איננו סבורים כי מחדל זה פגם בדרך כלשהי בהגנת הנאשם" (פסקה 96 לפסק הדין).

גם במקרה זה, לא ראיתי פגם בשיקולים ששקל בית המשפט.

26. המערער טוען למחדלי חקירה נוספים שפגמו בהגנתו: העובדה שלא הוצא צו איסור פרסום מידי על הפרשה (כך שהמערער ובנאיים הוצגו בתקשורת כחשודים בביצוע הרצח באופן שעדי הראייה היו עשויים להיחשף לכך); העובדה שלא נערך לו מסדר זיהוי על ידי עדי הראייה; והעובדה שלא נבדקו איכוני הטלפון הסלולרי שלו. כשלעצמי, יש לי ספק אם מדובר במחדלי חקירה. העדויות שמסרו השכנים היו כאמור כלליות ולא כללו תיאור מדויק של המערער, וזאת בשל תנאי הראות בשעת הבוקר המוקדמת בה בוצע הרצח. אין, על כן, סיבה להניח כי עדויותיהם "זוהמו" בשל כך שלא הוצא צו איסור פרסום. בשל תנאי הראות אין גם מקום להניח שהיה באפשרותם לזהות את המערער לו היה נערך מסדר זיהוי. אשר לאיכון הטלפון הסלולרי של המערער, לא ברור כי זה היה מניב תוצאה משמעותית כלשהי, וזאת בשל המרחק הקצר בין זירת הרצח לבין הישיבה. כך או אחרת, מסכימה אני עם בית המשפט המחוזי כי אף לו היה מדובר במחדל, הרי שמדובר במחדל מזכה במובהק, שכן איכון בזירת הרצח היה יכול לשמש ראייה לחובת המערער, בעוד שאיכון בישיבה לא היה בו כדי להוכיח כי גם המערער עצמו שהה בה באותה עת. אף טענתו של המערער כי המשטרה נמנעה מלחקור כיווני חקירה נוספים - דינה להידחות. לא ראיתי להתערב בקביעתו של בית המשפט לפיה אין מדובר בחקירה שהתקבעה לכיוון מסוים "ואילו הכיוונים שעליהם הצביע הסנגור היו מופרכים בעליל" (פסקה 100 לפסק

הדין).

27. סיכומו של דבר: בחינת מחדלי החקירה במקרה שלפנינו מעלה כי אין בכוחו של מי מהם - אף לא בהצטברם יחדיו - כדי לעורר ספק של ממש באשמת המערער.

כוונת קטילה

28. המערער מעלה טענה נוספת, שלפיה לא הוכח היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעתו בעבירת הרצח, היינו כי לא הוכחה כוונתו לגרום למותו של המנוח. המערער מסתמך בעיקר על עדות הפתולוג בפני בית המשפט, בה ציין, בתשובה לשאלת הסנגור, כי הפגיעות בגופו של המנוח מרוכזות באזורים שאדם סביר בדרך כלל לא היה סבור שיגרמו למוות.

המערער מוסיף וטוען כי לא היה לו מניע לרצוח את המנוח. בהקשר זה טוען המערער כי לא הוכח שידע על הסכסוך בין המנוח לבין בן הרב או שהיה לו קשר מוקדם עם בנאיים או עם המנוח. בנוסף, כך נטען, "[...] הטענה כי קיים מניע כאמור הינה תמוהה נוכח העובדה כי המערער הגן בגופו על המנוח במהלך הקטטה [...]" (עמוד 91 לעיקרי הטיעון מטעם המערער מיום 1.9.2013). כלומר, כיוון שהמערער היה בין אלו שעצרו את בנאיים ונטלו מידו את הסכין באירוע הקטטה, לא ייתכן שהיה לו מניע לגרום למותו של המנוח. כן טוען המערער כי לא נשללה האפשרות לפיה לא פעל בצוותא חדא עם בנאיים, ושימש רק מסייע לרצח או מסייע לאחר עבירה.

29. המשיבה טוענת מנגד כי יש לדחות מכל וכל את טענתו של המערער בדבר היעדר כוונת קטילה, משמדובר בטענה עובדתית חלופית לטענתו העיקרית של המערער לפיה לא נכח כלל בזירת הרצח ולא השתתף בו. גם לו הייתה מתאפשרת העלאת הטענה, טוענת המשיבה, הרי שניתן ללמוד על כוונת קטילה ממכלול נסיבות האירוע, ובפרט מהשימוש בכלי קטלני (סכין), ממשיך האירוע, ממיקומו של חלק מהדקירות באזור בית השחי השמאלי של המנוח, מריבוי הדקירות ומכך שהמערער ובנאיים המשיכו לתקוף את המנוח גם בעודו שכוב על הקרקע ומתחנן על חייו.

30. לאחר עיון בעדויות ובראיות, הגעתי למסקנה כי הוכחה כוונתו של המערער לגרום למות המנוח. למען שלמות התמונה ביחס לקביעתו של הפתולוג, אביא את הדברים במלואם:

ש: עכשיו, אנחנו נגיד כך: כאשר אין פגיעה בלב, או, אם יש פגיעה בלב, הדוקר, כאשר הוא דקר בלב, אפשר ללמוד על הכוונה שלו שהוא רצה לגרום מום או אפילו להרוג, נכון?

ת: אם אתה שואל אותי האם אפשר להסיק ממיקום ומפיזור פצעי הדקירה לגבי כוונת הדוקר, ואם יורשה לי, אני לא, אני לא חושב שאני יותר חכם מבית המשפט.

כב' הש' פינקלשטיין: זה לא התפקיד שלו גם, להגיד מה הכוונה.

ת: זה בסדר, אבל אם בית המשפט מבקש ממני, אז אני יכול רק לומר.

ש: מתוך הניסיון שלו.

כב' הש' פינקלשטיין: טוב. רק שאנחנו קובעים את זה בסוף.

ת: לכן אני סייגתי את עצמי. במקרה זה הפיזור הוא די חריג, של החבלות. כל החבלות הן בחלק האחורי של הגוף, והן דווקא מקובצות באזורים שלא הייתי אומר שאדם סביר שמכיר אנטומיה אנושית, חושב שהפגיעה בהם תגרום למוות" (עמוד 425 לפרוטוקול הדיון מיום 15.9.2010) (ההדגשות הוספו - מ. נ.).

אכן, הקביעה כי הייתה כוונה להמית נתונה בידי בית המשפט, ולא ראיתי לסטות מקביעתו כי במקרה שלפנינו הייתה כוונה כזו. על זאת ניתן ללמוד לא רק מעצם השימוש בכלי קטלני, אלא ממספרם הרב של הדקירות והחתכים בגופו של המנוח - 90 במספר.

ודוק: המערער בחר לנקוט בקו הגנה שבו טען כי כלל לא נכח בזירת הרצח. משכך, הוא לא העיד, על פי בחירתו, בדבר מצבו ההכרתי הפנימי. כשיש ראיות המצביעות על כוונת קטילה, כגון דרגת הפגיעה או כמות הפגיעות, הרי רק בנסיבות חריגות יצליח נאשם להותיר ספק סביר בדבר היעדר כוונה שכזו גם מבלי שהעיד באשר למצבו ההכרתי (לגישה דומה ביחס לטענת טעות, השוו: ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289, 311 (2000)). זה אינו המקרה שלפנינו.

31. לענין קיומו של מניע קבע בית המשפט המחוזי כי מניע כזה קיים - הקטטה, הסכסוך בין המנוח לבין בן הרב אשר הוליד אותה ויחסו הבלתי ראוי כביכול של המנוח כלפי הרב - ועמד עליו בפירוט (פסקאות 74 ו-76 לפסק הדין). כן קבע בית המשפט כי "מחומר הראיות לא עולה כל מניע חלופי לרצח המנוח מנישרוב" (פסקה 76 לפסק הדין). אף שלא הוצגו לבית המשפט ראיות הקושרות את המערער לסכסוך בין בן הרב לבין המנוח, הוצגו ראיות לקשר העמוק בינו לבין הרב עמוס מהן ניתן ללמוד על המניע. יתר על כן, ניסיונו של המערער להרחיק עצמו מכל קשר עם בנאיים ועם הסכסוך, אינו עולה בקנה אחד עם טענתו לפיה הוא זה שטיפל בבנאיים לאחר הקטטה - טענה עליה חזר, כאמור, בערעורו לפנינו.

32. אשר לתזה החלופית שהעלה המערער, לפיה הוא נכח בזירת הרצח אך לא לקח בו חלק פעיל, אלא שימש ככל היותר כמסייע - אין בידי לקבל טענה זו (להרחבה בענין האפשרות להציג קו הגנה חלופי, ראו ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל פסקאות 146-183 לפסק דיני (10.11.2011)). כזכור, לאורך ההליך בבית המשפט קמא - וכך, למעשה, גם בהליך לפנינו - המערער הכחיש את עצם נוכחותו בזירת הרצח. ממילא לא נתן גרסה ביחס להיקף מעורבותו ברצח. אולם בית המשפט לא התייחס לשקריו של המערער לענין שאלת נוכחותו בזירת הרצח כראייה מכרעת למעורבותו, אלא בחן את קיומן של ראיות פוזיטיביות הקושרות אותו לביצוע הרצח, שהרי, כידוע "נאשם אינו מורשע בגין שקריו. הוא מורשע בגין ראיות מהימנות הקיימות נגדו" (שם, פסקה 181 לפסק דיני). אכן, בפסיקתנו נקבע לא אחת כי "בחניתן של גרסאות חלופיות או קו הגנה חלופי מחייבת עיגון בחומר הראיות" (שם, פסקה 165 לפסק דיני; ההדגשה הוספה - מ.נ.).

לתזה החלופית שמעלה המערער אין כל עיגון בחומר הראיות. נהפוך הוא. המסכת הראייתית שנפרשה מצביעה

על כך שהמערער לא רק נכח בזירת הרצח, אלא גם נטל חלק פעיל ברציחתו של המנוח. יודגש: המערער הוא שבחר לנקוט כאמור בקו הגנה הגורס כי לא נכח כלל בזירת הרצח, ואינו יכול עתה, בהיעדר עיגון ראייתי, לטעון אחרת. זאת ועוד: את התזה החלופית שמעלה המערער שלל בית המשפט המחוזי ממילא במסגרת בחינת שאלת מעורבותו ברצח (פסקאות 90-91 לפסק הדין). בית המשפט קבע שהמסקנה ההגיונית היחידה העולה ממסכת הראיות הנסיבתיות שהצטברה היא כי המערער, בצוותא חדא עם אחר, רצח את המנוח (על ההבחנה בין ראיות נסיבתיות לראיות ישירות לעניין קו הגנה חלופי, ראו שם, פסקאות 149, 165-169 לפסק דיני). התזה החלופית נדחתה, אפוא, על ידי בית המשפט המחוזי. גם עתה אין בידי לקבלה.

33. המערער טוען בנוסף כי קביעת בית המשפט המחוזי הייתה שלא ניתן לאמוד את חלקו בביצוע העבירה. ולא היא. בית המשפט קבע כך:

"בהיעדר יכולת להגדיר את 'חלוקת העבודה' בין התוקפים לא ניתן לקבוע בוודאות מי מהם דקר וחתך את המנוח בפועל. ואולם, מהעדויות שבפנינו עולה כי קיימות ראיות מספיקות לכך שהנאשם חנוכה השתתף בתקיפה הפיסית של המנוח [...]. פשיטא כי די בהשתתפות זו כדי להביא להרשעת הנאשם בביצוע הרצח, וזאת גם אם נניח לטובתו כי התוקף האחר הוא זה שאחז בסכין, וביצע את כל הדקירות והחתכים" (פסקה 92 לפסק הדין).

מסכימה אני עם קביעה זו. בנסיבות המקרה שלפנינו, פעלו התוקפים בצוותא חדא ואין כל נפקות לשאלה מי מהם היה זה שנעץ את הסכין במנוח.

34. סיכומי של דבר: לא מצאתי ממש בטענתו של המערער כי לא הוכחה כוונת קטילה במקרה שלפנינו. כוונתו של המערער להמית את המנוח נלמדת ממכלול נסיבות האירוע, ובמיוחד ממספרם הרב של הדקירות והחתכים בגוף המנוח. כן אין מקום לסטות מקביעתו של בית המשפט קמא כי המערער ואחר פעלו בצוותא חדא בביצוע הרצח.

הסתירות בעדויות השכנים

35. מאמץ ניכר עשה המערער לשכנענו כי נפלה טעות בממצאים שקבע בית המשפט קמא על סמך עדויות השכנים המתגוררים בסמוך לזירת הרצח ואשר היו עדי ראייה לו, תוך שהוא מונה אחת לאחת את הסתירות בין העדויות שמסרו. כך, למשל, חלק מהעדים העידו כי הרצח התרחש בשעה 3:00 לפנות בוקר (ולא בשעה 4:30 לערך). בנוסף, היו סתירות בין העדים באשר לתיאור התוקפים ובאשר לשאלה האם המנוח החזיק במקל או שמא תוקפיו.

36. בפני בית המשפט המחוזי נשמעו תשע עדויות של שכנים המתגוררים בבניין ברחוב פרופסור שור 5 בנתניה, הסמוך לזירת הרצח (ועדות עשירית הוגשה בהסכמה). כן נשמעה עדותה של עדת ראייה נוספת המתגוררת בדרך שבין זירת הרצח לבין הישיבה. לעדים אין קשר לא למנוח ולא למערער או לבנאיים. אין הם אלא עדי ראייה אשר נקלעו בעל כורחם לזירת האירוע. אכן, אין אחידות מלאה בין עדויותיהם, ואיש מהם לא יכול היה לזהות בוודאות את התוקפים. אולם בית המשפט המחוזי הצליח, כאמור, לחלץ מעדויותיהם מספר תיאורים החוזרים על עצמם, ועל סמך תיאורים אלה קבע את קביעותיו העובדתיות.

37. לאחר שעיינתי בעדויות, לא ראיתי עילה לסטות מממצאיו של בית המשפט קמא. טענות המערער מופנות נגד ממצאי מהימנות שקבע בית המשפט המחוזי. בגדר מושכלות יסוד הוא הכלל לפיו אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים אלה, ובמיוחד בהתחשב בכך שבמקרה זה, השתית בית המשפט את ממצאיו על התרשמותו הבלתי אמצעית מן העדים שהעידו לפניו (ראו, למשל: ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 644-646 (2000); ע"פ 9331/08 עבסיון נ' מדינת ישראל פסקה 7 לפסק דיני (2.10.2014)). לא מצאתי כי במקרה שלפנינו מתקיים איזה מן החריגים המצדיקים סטייה מהכלל האמור. אדרבא - המסכת העובדתית שקבע בית המשפט המחוזי מעוגנת היטב בתשתית הראייתית.

38. סיכומי של דבר: נימוקיו של בית המשפט המחוזי מדוע ליתן אמון בעדויות בהן נתן משכנעים הם בעיני. אין מקום לסטות מהממצאים שנקבעו.

התזה החלופית והבקשה לגביית ראיות נוספות

39. בטיעוני מעלה המערער תזה חלופית, לפיה אחד מדיירי הישיבה, אורן אלדד (להלן: אלדד) הוא שהיה מעורב ברצח. על פי הטענה, אלדד שהה בתקופה הרלוונטית בישיבה כחלופת מעצר בגין עבירת אלימות שביצע, אך בשעות הרלוונטיות לא היה נתון לפיקוח. לפיכך, נטען, קיימת האפשרות שאלדד הוא התוקף הנוסף שביצע את הרצח בצוותא עם בנאיים (כביכול) ולא המערער. תזה זו היא תזה חדשה, אשר לא הועלתה במהלך המשפט.

40. את התזה החלופית העלה המערער לראשונה ביום 4.5.2011 - פחות משבועיים לאחר הכרעת הדין בעניינו - בבקשה שהגיש שכותרתה "בקשה דחופה לביטול הכרעת הדין וגביית עדויות נוספות". ביום 5.5.2011 שמע בית המשפט קמא את טיעוני הצדדים לעניין הבקשה, וביום 12.5.2011 החליט לדחות אותה. בית המשפט קבע כי אין תמיכה לתזה החלופית בחומר הראיות, וכי המידע הנוסף שהציג המערער ביחס לעברו הפסיכיאטרי של אלדד אינו מצביע על מעורבות אפשרית שלו בביצוע הרצח. זאת ועוד: בית המשפט מצא כי התזה החלופית אינה מספקת מענה לממצאים הפוזיטיביים שעליהם התבססה הכרעת הדין בעניינו של המערער, ובפרט לראיית ה-DNA. את החלטתו סיכם בית המשפט במילים אלה:

"בבקשה שלפנינו אין כל ממש, והיא בגדר ניסיון נואש ומאוחר, להציע 'אשם חלופי' במקום חנוכה, כאשר אין לכך כל בסיס עובדתי" (פסקה 14 להחלטה).

על החלטה זו של בית המשפט המחוזי הגיש המערער ערר לבית משפט זה (בש"פ 3696/11). ביום 23.5.2011 דחה השופט ח' מלצר את הערר, אשר נוסח כערר על החלטה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי). בין היתר, משום שהמערער לא הניח תשתית מספקת לבקשתו לגילוי החומר שהתבקש על ידו, המצוי מעבר לתיק החקירה. ביום 13.6.2011 נדחתה גם בקשת המערער לעיון חוזר בהחלטה זו.

41. ביום 9.1.2012 הגיש המערער, במסגרת הערעור שלפנינו, בקשה לגביית ראיות נוספות לפי סעיף 211 לחוק סדר הדין הפלילי. המערער טוען כי יש להורות על גביית ראיות נוספות באשר למעורבותו של אלדד ברצח. טענת

המערער היא כי לאחר מתן הכרעת הדין בעניינו הגיע לידיעתו מידע חדש בדבר עברו הפלילי והפסיכיאטרי של אלדד. המערער אמנם ידע עוד טרם הכרעת הדין כי אלדד נמצא בישיבה במסגרת חלופת מעצר, אך רק לאחר נודע לו כי חלופת המעצר היא בגין עבירות אלימות חמורות. כן טוען המערער כי לאחר הכרעת הדין בעניינו נודע לו כי שירות המבחן התרשם שאלדד הוא צעיר "בעל רמת תוקפנות גבוהה, הסובל משימוש לרעה באלכוהול וכאשר שותה בכמויות גדולות אינו שולט בדחפיו התוקפניים" (עמוד 6 לבקשת המערער מיום 9.1.2012). מידע זה הוא בעל חשיבות, כך הטענה, שכן בליל הרצח נערכה בישיבה סעודת "שבע ברכות" במהלכה ייתכן ואלדד שתה אלכוהול. בנוסף, באותו לילה אלדד לא היה נתון לפיקוחו של המפקח שהופקד עליו - יהודה אבי-קיסר, אשר על פי עדותו שלו ישן באותה עת בביתו הסמוך לישיבה.

42. לטענת המערער, התזה החלופית שהציע נתמכת בראיות שבתיק. כך, טוען המערער, חזותו של אלדד תואמת את התיאור הכללי של התוקף הנוסף שנתנו עדי הראייה, בהיותו נמוך מבנאיים, בעל שער בהיר ובעל זקן. בנוסף, אלדד ידע על ביצוע הרצח כבר בזמן חקירתו הראשונית על ידי השוטרים, וציין בהודעתו כי במהלך הלילה פנה אליו בנאיים, ביקש וקיבל ממנו חולצה. כן נטען כי אלדד ישן בסוכה בישיבה - בה ישן המערער - ובכך יש כדי להסביר את ראיית ה-DNA על בגדי המערער. טענה נוספת שמעלה המערער היא כי בין אלדד לבין בנאיים קיימת הכרות מוקדמת, וזאת על סמך טענה כי השניים טופלו בעברם באותו מרכז רפואי.

על כן, מבקש המערער לקבל את כל חומר החקירה הנוגע לאלדד ולהורות על גביית ראיות נוספות, ובפרט על גביית עדותו של אלדד ועל גביית עדות מחדש מכלל העדים - עדי הראייה ודיירי הישיבה.

43. המשיבה טוענת מנגד כי משמעות בקשתו של המערער היא פתיחת הדיון מחדש והחזרתו לבית המשפט המחוזי על מנת לשמוע את מרבית העדים פעם נוספת. משכך, סבורה המשיבה כי אין להיעתר לבקשה. אף לו הייתה מתקבלת הבקשה במלואה לא היה בה, כך הטענה, כדי לשנות מהכרעת הדין, שכן היא אינה מסבירה את ראיית ה-DNA על בגדי המערער. טענת המשיבה היא כי בהיעדר הסבר לראיית ה-DNA - המצביעה כזכור על נוכחות המערער בזירת הרצח בעת הרצח - נדונה לכישלון כל הצבעה על חשוד חלופי.

44. כלל הוא שאין ערכאת הערעור מקבלת ראיות. באורח יוצא מן הכלל, רשאית ערכאת הערעור להתיר הבאת ראיות נוספות לפי סעיף 211 לחוק סדר הדין הפלילי כאשר הדבר דרוש לעשיית הצדק. פסיקתנו קבעה שלושה שיקולים עיקריים עליהם יש ליתן את הדעת בטרם תורה ערכאת הערעור על גביית ראיה נוספת (ראו, למשל: ע"פ 1742/91 פופר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 289, 296 (1997) (להלן: פרשת פופר); ע"פ 3834/10 והבה נ' מדינת ישראל פסקה 74 לפסק דינו של השופט א' שהם (6.3.2013) (להלן: פרשת והבה)): ראשית, האפשרות שעמדה בפני המערער להשיג את הראייה הנוספת במהלך הדיון בבית המשפט המחוזי; שנית, האינטרס בדבר השמירה על עקרון סופיות הדיון; ושלישית, משקלה הסגולי של הראייה הנוספת - הווה אומר הסיכוי שהגשת הראייה הנוספת תביא לשינוי תוצאת המשפט (על משקלן הסגולי של ראיות חדשות המקימות עילה למשפט חוזר, ראו: מ"ח 2175/14 סויסה נ' מדינת ישראל פסקה 17 להחלטתי (21.9.2014), והאסמכתאות שם).

45. אין מקום, לדעתי, להיעתר לבקשת המערער להוספת ראיות. כך מורים אותנו שלושת השיקולים המנויים בפסיקה, ובפרט כך מורה אותנו משקלן הסגולי של הראיות הנוספות, אשר כפי שאפרט להלן אין בהן כדי להביא לשינוי הכרעת הדין. ראשית, עיקרם של הדברים אשר בגינם הוגשה הבקשה היו ידועים למערער עוד במהלך ההליך בבית

המשפט המחוזי. אף על פי כן, הודעותיו של אלדד במשטרה (ת/40 ו-ת/41) הוגשו בהסכמה ומבלי שהיא ייחקר עליהן. כך, העובדה שאלדד שוהה בישיבה כחלופת מעצר הייתה ידועה למערער, ומופיעה בהודעתו של אלדד (ת/41): "אני נמצא במעצר בית אצל הרב עמוס". בהמשך הודעתו מתאר אלדד, מיוזמתו, כיצד העיר אותו בנאיים וביקש ממנו חולצה. אף העובדה כי אלדד ידע על הרצח כבר בחקירתו הראשונית הייתה ידועה למערער מראש, שהרי הסבריו לכך מופיעים בהודעתו הראשונה (ת/40): "[...] ידעתי שהיה משהו כלומר מהשיחות בינינו לבין השוטרים ידעתי שהיה רצח". למערער ניתנה האפשרות לחקור את אלדד במסגרת הדיון בבית המשפט קמא ולעמוד על הסיבה שבגינה הוא בחלופת מעצר או לברר את נסיבות חילופי הדברים בינו לבין בנאיים, אך המערער בחר שלא לעשות כן. כאמור, הלכה פסוקה היא שאין פותחים את הראיות מחדש בערעור, אם המבקש יכול היה להביאן בפני הערכאה הדיונית (ראו והשוו: ע"פ 361/78 קבועה נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(1) 123, 126-127 (1978)).

46. שנית, בקבלת הראייה הנוספת במקרה שלפנינו יש משום פתיחת המשפט מחדש. בקשת המערער אינה מסתכמת בהגשת חומר החקירה הנוגע לאלדד. המערער מבקש להורות על גבייתן מחדש של מרבית העדויות שהוגשו לבית המשפט קמא. גם השיקול בדבר עקרון סופיות הדיון מורנו אפוא שלא להיעתר לבקשה (ראו: פרשת פופר, עמודים 296-297; פרשת והבה, פסקה 76 לפסק דינו של השופט א' שהם).

47. שלישית, והוא עיקר, לא מצאתי שהגשת הראיות הנוספות עשויה להביא לשינוי התוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי. בניגוד לטענות המערער, אין בהודעותיו של אלדד ביחס למסירת החולצה לבנאיים או ביחס לידיעתו על הרצח דבר המלמד על מעורבותו בו, וחקירתו במשטרה לא העלתה על חשד נגדו. יתר על כן, אין ממש בטענת המערער שאלדד תואם את התיאור שמסרו השכנים - עדי הראייה תיארו אדם המבוגר מהתוקף הצעיר, בעל שיער לבן. גילו הצעיר של אלדד, המצוי בשנות העשרים לחייו, אינו מתיישב עם תיאור זה. בצדק ציין בית המשפט המחוזי כי לא זו בלבד שלתזה החלופית תמיכה קלושה - אם בכלל - בחומר הראיות, אלא שאין בה כדי לספק הסבר תמים לממצאים הפוזיטיביים שעליהם התבססה הכרעת הדין.

ביסוד הכרעת הדין במקרה שלפנינו עמדה שורה של ממצאים ועדויות אשר זיהו פוזיטיבית את המערער כמעררב ברצח. המסד העיקרי להרשעת המערער היה כאמור ראיית ה-DNA - הימצאות דמו של המנוח על בגדי המערער. התזה החלופית שמעלה המערער אינה מעלה ואינה מורידה כהוא זה ביחס לכך. אף אין בה כדי להסביר את המצאות כתמי הדם על בגדי המערער, שכן על אלדד לא נמצאו כתמי דם כלל. לפיכך, גם אם אלדד אכן ישן בסוכה בסמוך למערער - בניגוד לממצא העובדתי שקבע בית המשפט קמא - הרי שאין בכך הסבר מספק לראיית ה-DNA. כן אין בידי התזה החלופית להסביר את התאמת חזותו של המערער לתיאור שמסרו עדי הראייה או את המניע לרצח.

48. סיכומי של דבר: לא ראיתי להיעתר לבקשתו של המערער לגביית ראיות נוספות. התזה החלופית אותה מבקש המערער להוכיח באמצעות גביית ראיות נוספות אינה מספקת הסבר תמים לממצאים הפוזיטיביים שעליהם הושתתה הרשעת המערער, ואין בה כדי להוביל לזיכוי. זאת ועוד: בפני המערער עמדה האפשרות להשיג את הראיות המבוקשות במהלך הדיון בבית המשפט קמא, וקבלתן עתה משמעה פתיחת המשפט מחדש.

הפיצוי למשפחת המנוח

49. לבסוף, טוען המערער כנגד רכיב הפיצוי שהושת עליו במסגרת גזר הדין. לשיטתו של המערער, על מנת ליתן פיצוי במסגרת גזר הדין לנפגע העבירה נדרשת הצהרת נפגע לפי סעיף 18 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001. לפיכך, כיוון שתצהיר כזה הוגש רק מטעם אחות המנוח "לא ברור מהיכן שאב בית המשפט קמא את סמכותו לשפות את מכלול משפחתו של המנוח" (עמוד 93 לעיקרי הטיעון מטעם המערער מיום 1.9.2013). טענה זו נטענה גם בפני בית המשפט קמא ונדחתה (עמוד 205 לפרוטוקול הדיון מיום 24.5.2011), ואין מקום לקבלה אף עתה. ראשית יובהר כי סעיף 18 לחוק זכויות נפגעי עבירה אינו נוקט בלשון חובה ("נפגע עבירה זכאי למסור הצהרה בכתב [...]"). מכל מקום, את הסמכות להשית פיצויים מקנה לבית המשפט סעיף 77 לחוק העונשין, שזו לשונו:

#### פיצוי

77. (א) הורשע אדם, רשאי בית המשפט לחייבו, בשל כל אחת מן העבירות שהורשע בהן, לשלם לאדם שניזוק על ידי העבירה סכום שלא יעלה על 258,000 שקלים חדשים לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו. (ב) קביעת הפיצויים לפי סעיף זה תהא לפי ערך הנזק או הסבל שנגרמו, ביום ביצוע העבירה או ביום מתן ההחלטה על הפיצויים, הכל לפי הגדול יותר [...].

אחר הדברים האלה

50. לאחר כתיבת חוות הדעת, ובטרם הפצתי אותה לחברי, הגיש המערער ביום 12.10.2014 "הודעה בהולה", בה הוא טוען כי "במהלך חיפוש פסיקה שיגרתי" שערך "נדהם לגלות" כי משפחתו ועזבונו של המנוח הגישו תביעה אזרחית כנגד מדינת ישראל וכנגד בנאיים (ת"א 12-05-4361). ביום 23.10.2014, בטרם התקבלה תגובת המשיבה להודעה מיום 12.10.2014, הגיש המערער הודעה נוספת לפיה גילה כי נגד בנאיים מתנהל תיק אזרחי נוסף (ת"א 11-11-30887). המערער מבקש לקבל לידיו את מכלול כתבי הטענות שהוגשו במסגרת שני ההליכים, וכן שהות לשם "העלאת בקשות ככל שיידרש" לרבות בקשת להעדתם של בנאיים ושל משפחת המנוח. טענת המערער היא כי החומר המבוקש חיוני להגנתו שכן ייתכן וקיימות בו ראיות הנוגעות למצבו הנפשי של בנאיים, אשר משליכות על יכולתו להעיד. המערער מוסיף וטוען כי העובדה שמשפחת המנוח לא תבעה גם אותו במסגרת ההליך האזרחי מלמדת על כך שהיא אינה רואה בו כאחראי למותו של המנוח, ולכן יש לבטל את רכיב הפיצוי שהושת עליו במסגרת גזר הדין.

51. הוריתי למשיבה להגיב להודעת המערער מיום 12.10.2014, ותגובתה הוגשה ביום 30.10.2014. לא ראיתי כי תגובתה נחוצה ביחס להודעתו השנייה של המערער. המשיבה טוענת כי החומר המבוקש אינו רלוונטי לערעורו של המערער ועל כן אין מקום להתיר לו לעיין בו, וכי לא ניתן ללמוד מהתביעה האזרחית דבר לעניין הפיצוי שהוטל על המערער. לטענת המשיבה "דומה כי מדובר בניסיון נוסף [מצד המערער - מ. נ.] 'לדחות את הקץ' ולעכב את מתן פסק הדין בעניינו" (פסקה 2 לתגובת המשיבה).

52. כזכור, לאחר שהתקבלה חוות דעת רפואית בה נקבע כי בנאיים אינו כשיר לעמוד לדין, הורה בית המשפט קמא על הפסקת ההליכים נגדו ועל אשפוזו בבית חולים לחולי נפש בהתאם לסעיף 15 לחוק טיפול בחולי נפש. נכון להיום, בנאיים עודנו מאושפז בבית החולים. התביעות האזרחיות עליהן משליך המערער את יהבו אינן מלמדות על תמורה



כלשהי במצבו של בנאיים. נהפוך הוא: בשתי התביעות הורה בית המשפט על מינוי אפוטרופוס לבנאיים בשל אשפוזו.

התביעה הראשונה (ת"א 4361-05-12) היא תביעה מצד עזבוננו של המנוח וקרובי משפחתו כנגד מדינת ישראל וכנגד בנאיים בטענה שזה רצח את המנוח בשל הדרדרות במצבו הנפשי שנגרמה כתוצאה מתנאי המאסר בהם הוחזק עובר לרצח (עונש שריצה בעקבות הרשעתו בתיק אחר). העובדה שהמערער אינו נתבע במסגרת תיק זה אינה מלמדת כלל ועיקר כי משפחת המנוח סבורה כי לא היה מעורב ברצח, וממילא אין בה כדי להשפיע על סוגיית הפיצוי שהושת על המערער, כאמור, בהתאם לסעיף 77 לחוק העונשין. התביעה השנייה (ת"א 30887-11-11) היא תביעה לפיצויים כנגד בנאיים, שירות בתי הסוהר ומדינת ישראל בגין נזק שנגרם לתובע כתוצאה מתקיפה שכביכול תקף אותו בנאיים בעת שהיו השניים עצורים בבית הסוהר רימונים כחמש שנים לפני פרשת הרצח בה עסקינן.

53. בשתי התביעות האזרחיות לא הוגשה חוות דעת פסיכיאטרית בעניינו של בנאיים, וככל שתוגש חוות דעת כזו הרי שעניינה יהיה מצבו הנפשי של בנאיים בעבר ולא בהווה. אין לאפשר למערער, בשלב זה של ההליך, להעלות תהיות בדבר מצבו הנפשי של בנאיים - תהיות שאינן נסמכות על תשתית ראייתית כלשהי, ואינן מעלות או מורידות לגבי אשמתו של המערער. לא מצאתי, אם כן, להיעתר לבקשתו של המערער.

54. לאחר שהודענו על שימוע פסק הדין ופסק הדין אף נחתם, התקבלה ביום 6.11.2014 בקשה נוספת מטעם המערער, אשר חוזרת על המבוקש בשתי הבקשות האחרונות, שפורטו לעיל. אין בבקשה זו כדי לחדש דבר, ואין בה כדי לעכב את מתן פסק הדין.

סוף דבר

55. הרשעה ברצח יכולה להיות מבוססת על ראיות נסיבתיות, ובלבד שמסכת הראיות מצביעה על הנאשם כמבצע העבירה מעבר לכל ספק סביר. זה המצב בענייננו. ראייה מרכזית אחת - היא ראיית ה-DNA - קושרת את המערער לרצח. ראייה זו נתמכת במגוון ראיות פורנזיות ועדויות של עדי ראייה. אין מקום, אפוא, להתערב במסקנת בית המשפט המחוזי כי אשמתו של המערער הוכחה מעבר לכל ספק סביר.

אשר על כן, הערעור נדחה.

המשנה לנשיא

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

שופט

השופטת ד' ברק-ארז:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינה של המשנה לנשיא מ' נאור.

ניתן היום, י"ט בחשון התשע"ה (12.11.2014).

שופטת

שופט

המשנה לנשיא

---