

## ע"פ 6392/13 - מדינת ישראל נגד מאיר קריאף

### בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 6392/13

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט נ' סולברג

המערערת: מדינת ישראל

נ ג ד

המשיב: מאיר קריאף

ערעור על הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי מרכז-  
לוד בתפ"ח 55952-01-11 מיום 8.8.2012 שניתנה  
על-ידי סגן הנשיא א' טל, סגן הנשיא מ' פינקלשטיין  
והשופטת ל' ברודי

תאריך הישיבה: ח' בתמוז התשע"ד (06.07.2014)

בשם המערערת: עו"ד ג'ואי אש

בשם המשיב: עו"ד ישראל קליין  
**פסק-דין**

השופט נ' סולברג:

1. בשעת לילה מאוחרת, נכנס גבר רעול פנים, לבוש שחורים, לדירה ששימשה להימורים. לעיניהם הנדהמות של

עמוד 1

הנוכחים, רצח האיש בירות אקדח את בעל הדירה, פצע את חברו, והסתלק מן המקום. זהותו של היורה נותרה עלומה. הערעור שלפנינו הוא ערעורה של המדינה על זיכוי של המשיב מחמת הספק מאשמת ביצוע אותו רצח. עניינו של הערעור במישור העובדתי, ובד בבד כורך עמו שאלה נכבדה בדבר משמעותן של ראיות נסיבתיות, ועוצמתן הנדרשת לשם הרשעה בפלילים.

עיקרי כתב האישום

2. המשיב הואשם בעבירות של רצח, לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "החוק"); חבלה חמורה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 333+335(א)(1) לחוק, ושיבוש מהלכי משפט, לפי סעיף 244 לחוק.
3. יוסי תורג'מן (להלן: המנוח) היה אחד השותפים בהפעלה ובניהול הימורים בדירה ברחוב הסחלב 100 בנתניה (להלן: "דירת הימורים"). בשעה 01:20 בלילה שבין יום חמישי ליום ששי, 12.11.2010, נכנס אדם רעול פנים, לבוש בבגדים כהים וחבוש בקסדה לדירת הימורים והחל לירות לעבר המנוח. מרק חנניב (להלן: "חנניב") עמד ליד המנוח, נאחז בו, ושתיים מן הירות פגעו בו. היורה המשיך וירה לעבר המנוח עוד מספר יריות שפגעו בגופו, וכך עשה גם לאחר שהמנוח נפל ארצה. המנוח מת במקום.
4. על-פי המתואר באישום הראשון, נהג המשיב להמר במשחקי קלפים בדירת הימורים. עובר ליום 10.11.2010 צבר המשיב חוב בסך של כמה אלפי ₪ כלפי המנוח, בעקבות הפסדים במשחקי הקלפים. ביום 10.11.2010 או בסמוך לכך, בשעה שהמשיב היה בדירת הימורים, ניגש אליו המנוח והכה בו בפניו בנוכחות אחרים ששהו באותה שעה בדירה. בעקבות זאת, גמלה בלבו של המשיב החלטה להביא למותו של המנוח. המשיב הצטייד באקדח בקליבר של 9 מ"מ ובאופנוע.
5. בליל 12.11.2010 התקשר המשיב פעמיים אל יוסי חדד (להלן: "חדד") אשר שהה בדירת הימורים, ושאלו האם המנוח נמצא בדירה. בשעה 00:13 ענה חדד כי המנוח אינו בדירה, ובשעה 01:06 השיב כי המנוח נמצא בדירה. במהלך הביורורים האמורים, בשעה 01:03, יצא המשיב מדירתה של חברתו, מלי כלפון (להלן: "מלי"), המתגוררת בשכירות בביתו של שלומי בן סימון (להלן: "שלומי"), כשהוא רכוב על אופנוע ומצויד באקדח, ונסע לדירת הימורים.
6. דקות ספורות לפני השעה 01:20 נכנס המשיב לדירה דרך המרפסת, כשהוא רעול פנים וחובש קסדה, ניגש אל המנוח והחל לירות לעברו, באופן שגרם למותו של המנוח ולפציעתו של חנניב, כמתואר לעיל.
7. על-פי האישום השני, בסמוך לאחר האירועים המתוארים באישום הראשון, פגש המשיב בשלומי, שאל אותו האם שמע על הרצח, ושלומי אישר כי אכן שמע. המשיב התוודה לפני שלומי באומרו: "הייתי מעורב בסיפור, הייתי שם" וביקש משלומי "קח אותי למקום אחר", בציינו כי הוא חייב להחליף בגדים ולהתקלח.
8. על מנת להבטיח את הימלטותו של המשיב מהדין, ובהתאם לבקשת המשיב, דאג שלומי לכך שהכונן שעליו נשמרות הקלטות ממצלמות האבטחה, המותקנות בביתו, יוסר, ויאופסן במחסן דירתו של חברו משה חזן (להלן: "חזן"), וזאת במטרה לטשטש את העובדה שהמשיב יצא מהבית עם האופנוע סמוך לפני הרצח. במהלך נסיעתם של השניים לביתו של חזן לקח המשיב מכשיר טלפון מאת נטלי אדרי (להלן: "נטלי"), אשר עובדת בקיוסק בבעלותו של שלומי.

עמוד 2

בהמשך הנסיעה, במהלך עצירה בתחנת דלק בהרצליה, רכש שלומי עבור המשיב כרטיס "סים". לאחר שהגיעו לדירתו של חזן התקלח המשיב, החליף את בגדיו ואת נעליו, ושטף את גופו באלכוהול על מנת להעלים את שרידי הירי מגופו. לאחר מכן זרק את הבגדים שלבש בליל הרצח.

יריעת המחלוקת בבית המשפט המחוזי

9. בתשובה לכתב האישום כפר המשיב בעובדותיו. המשיב לא העלה טענת אליבי. לטענתו, אדם אחר ביצע את המעשים מושא האישום הראשון. בהמשך, היתה הכפירה להודאה במקצת העובדות, כפי שיפורט, אך לא ברצח.

10. בבית המשפט המחוזי לא היו עוררין על כך שהמשיב חב למנוח אלפי שקלים, וכי זה דרש מהמשיב לפרוע את החוב באופן מיידי, כאשר המשיב מצדו עשה מאמצים כדי לפרוע את החוב. לא היו עוררין גם על כך שביום 10.11.2010 הפה המנוח את המשיב בדירת ההימורים בנוכחות אחרים, על כך שהמנוח נרצח במועד ובמקום כפי שצוינו בכתב האישום, ושבאותן נסיבות נורה גם חנניב.

11. המחלוקת בין הצדדים התמקדה בשאלה האם המשיב הוא זה שביצע את הרצח. לשיטתה של ההגנה, המשיב לא נכח כלל בדירת ההימורים בשעת הרצח ולא הוא ביצע את המעשה. לדברי ב"כ המשיב, התיאור שמסרו עדי הראייה על אודות היורה אינו מתאים לתיאורו של המשיב, אלא ככל הנראה לאדם אחר בשם מוריס בר (להלן: "מוריס"), אשר לו היה מניע ממשי לבצע את הרצח, על רקע סכסוך עם המנוח בנוגע לעסקיהם המתחרים. המנוח היה מסוכסך גם עם גורמים עברייניים נוספים. לעומת זאת, המניע של המשיב היה זניח, לטענת בא-כוחו, ומעשה הרצח עמד בניגוד לאינטרס שלו להמשיך ולהמר בדירת ההימורים. זאת ועוד, האופנוע שבו עשה היורה שימוש בליל הרצח אינו האופנוע שעליו נראה המשיב נוהג בלילה ההוא.

עיקרי הראיות

12. המדינה תמכה את יתדותיה באלה: עדויות על הרקע למעשה הרצח, ועל החוב הכספי של המשיב למנוח; עדויות הנוכחים בזירת הרצח, אשר איש מהם לא זיהה את היורה; ממצאים מזירת הרצח; חוות דעת מומחה; דו"ח פרמדיק וחוות דעת פתולוגית בקשר למותו של המנוח; אסופת מסמכים רפואיים בנוגע לפציעתו של חנניב; צילומים ממצלמות אבטחה ונתוני תקשורת, וכן עדויותיהם של האחים יניב ויוסי חדד, מהם עולה, לגישת המדינה, כי כחמש עשרה דקות עובר לרצח יצא המשיב כשהוא רכוב על אופנוע מביתו של שלומי לדירת ההימורים, כאשר במקביל ערך בירורים באשר להימצאותו של המנוח בדירה; עדויות על מעשים שעשה המשיב לאחר ביצוע הרצח, ובכללם בקשתו לנתק את מצלמות האבטחה, הסעת המשיב לבית חזן, דברים שמסר המשיב לשלומי שיש בהם כדי להפלילו, קבלת מכשיר הטלפון הנייד מנטלי, וקניית כרטיס הסיים החדש; החלפת הבגדים בבית חזן, והבאת כונן המצלמות לביתו של חזן.

13. ההגנה הסתמכה עלגרסת המשיב במשטרה, במסגרתה שתק וסרב לשתף פעולה ולהתייחס באופן ענייני לחשד שהופנה כלפיו ולראיות שהוצגו לפניו; על עדות המשיב בבית המשפט, בגדרה מסר גרסה לגוף העניין; על עדותה של עו"ד חיה מלול, סנגוריתו לשעבר של המשיב, באשר לעצה המשפטית שנתנה לו במהלך החקירה; עדויות באשר לניסיונותיו של המשיב להשיג כסף לסילוק חובו כלפי המנוח ובאשר להתנהגותו הכפייתית והאלימה של המנוח כלפי החייבים לו; עדויות בנוגע להגעתו של המנוח בליל הרצח ל'פיצוניה' והחלפת הבגדים בבית חזן; עדויות באשר לסכסוכים

בין המנוח לבין גורמים עברייניים שונים, ביניהם בעלה של דינה - מוריס, וכן בנוגע להתנהלותו של מוריס בליל הרצח; עדויות הקשורות לאי-מיצוי החקירה בנוגע לזיהוי קולו של היורה, ועדויות המטילות ספק באמינותם של עד המדינה שלומי והעדה דינה.

14. לטענת המדינה, לפני בית המשפט המחוזי הונח מארג של ראיות נסיבתיות, בו משתלבות עדויותיהם של עד המדינה שלומי והעדה דינה, המצדיק את הרשעתו של המשיב. ההגנה סברה מנגד, כי אין די בכל אחת מהראיות האמורות כדי להפיל את המשיב, וכך גם בהצטברותן. עדויותיהם של שלומי ודינה, לשיטתה של ההגנה, אינן אמינות, ולא ניתן לסמוך עליהן כלל.

עיקרי הכרעת הדין בבית המשפט המחוזי

15. בית המשפט המחוזי ניתח את שלל הראיות שהובאו לפניו בהכרעת דין מפורטת ומנומקת המשתרעת על פני 152 עמודים. בסופו של דבר, קבע בית המשפט המחוזי, כי אף ש"מכלול הראיות... מעלה חשדות כבדים, תהיות ונושאים בלתי פתורים בהתייחס להתנהלותו של הנאשם בליל הרצח" (עמוד 150 להכרעת הדין), קיימים קשיים ראייתיים המותירים ספק סביר בדבר אשמתו. בכלל קשיים אלו נמנו אי-ההתאמה בין מראהו של המשיב לזה של היורה, אי-ההתאמה בין האופנוע שעליו רכב המשיב לבין האופנוע שבאמצעותו נמלט היורה, בעיות מהימנות ביחס לעדי התביעה, והאפשרות שהיורה הוא אדם אחר, מוריס הנזכר, שהיה מסוכסך עם המנוח. על כן, מחמת הספק, זוכה המשיב פה אחד בבית המשפט המחוזי.

16. בתיק זה הובאו כאמור ראיות רבות. לבחינתן נידרש בהמשך. כדי לבור את הבר מן התבן, אפרט להלן את הסוגיות המרכזיות שעמדו במוקד ההכרעה, את הגרסאות השונות שניתנו מפי העדים, ואת קביעותיו של בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין.

א. רקע

בית שלומי

17. שלומי הוא בעליה של וילה בת מספר קומות (להלן: "בית שלומי"). בשתי הקומות הראשונות התגוררו שלומי ובת זוגו דנה נחום (להלן: "דנה"). ביחידת הדיור בקומת המרתף התגוררה מלי כלפון (להלן: "מלי"), אשר היתה בקשר עם המשיב. בקומה השלישית התגוררה דינה איטח-בר (להלן: "דינה"). במועד הרלוונטי שהתה דינה ב'מעצר בית' בעקבות עבירות שהואשמה בביצוען. בן זוגה של דינה היה מוריס. ביום 10.12.2012 נהרג מוריס בתאונת דרכים. בעת הרלוונטית היה גם מוריס משוחרר בתנאי 'מעצר בית', אך נהג לשהות בבית שלומי, במחיצת דינה, תוך הפרת תנאי 'מעצר הבית'. קובי קריאף (להלן: "קובי") הוא אחיו של המשיב, ויחד עם בת זוגו בת-אל זכות (להלן: "בת-אל") נהג לבקר בבית שלומי. שלומי מחזיק במספר עסקים, ובין היתר ב'פיצוציה' בנתניה (להלן: "הפיצוציה") אשר הופעלה על-ידי שלומי, מוריס, דינה וקובי, ואשר התקיימו בה הימורים במשחקי קלפים. על-פי עדותה של דינה, גם המשיב היה שותף ברווחים מהמקום (עמוד 189 לפרוטוקול), אם כי עובדה זו הוכחה בעדותו של שלומי (עמודים 334 ו-410 לפרוטוקול).

חובו של המשיב למנוח ואירוע הסטירה

18. מגרסתו של המשיב וכן גם מעדויותיהם של חדד וחנניב עולה כי עובר לליל הרצח, היה המשיב חייב למנוח סך של כ-7,000 ₪. חדד ביקש מהמנוח בשם המשיב ארכה לתשלום החוב, אך המנוח סרב. מהעדויות עלה כי המנוח היה אדם אלים - פיזית ומילולית - והוא נהג באופן כפייתי, מאיים ומסוכן כלפי החייבים לו, בכללם גם המשיב (עדויותיהם של חדד, מאיר קדוש (להלן: "קדוש"), ואריאל גואטה). כאמור, הצדדים לא חלקו על כך שביום 10.11.2010 הכה המנוח את המשיב בדירת ההימורים, לנגד עיניהם של מספר אנשים, על רקע חובו הכספי של המשיב כלפיו. בסופו של העימות טען המשיב כי הוא הולך להביא את הכסף (עדות חנניב, עמוד 6 לפרוטוקול).

19. המשיב ציין בעדותו כי עשה את כל המאמצים הדרושים על מנת לגייס כספים לצורך השבת החוב הכספי, ובתוך כך פנה לדינה, לדני בן סימון, אחיו של שלומי (להלן: "דני"), לקדוש ולרותם כהן (להלן: "רותם"), אך לא הצליח להשיג מהם הלוואה (עמודים 971-977 לפרוטוקול). דברים אלה אושרו בעדויותיהם של דינה, דני, קדוש ורותם.

20. לשיטתו של המשיב, מאמציו להשיב את הכסף נבעו מרצונו ולהמשיך ו'לשחק' בהימורים, ולא מחמת הלחצים שהפעיל עליו המנוח, ומסיבה זו אף ניסה להשיג הלוואה בסך של 10,000 ₪, שיעור הגבוה מסכום החוב. בית המשפט המחוזי דחה את גרסתו האמורה של המשיב וקבע כי מאמציו להשיג את הכסף נבעו בעיקר מהלחצים שהפעיל עליו המנוח. לדברי בית המשפט, "הנאשם היה נתון בלחץ רב בעיקר בשל התנהגות המנוח, ורצונו להמשיך להמר היה רק סיבה משנית" (פסקה 348 להכרעת הדין). לטענת המדינה, רקע זה הוא המניע שבגיניו החליט המשיב להביא למותו של המנוח.

ב. ליל הרצח והאירועים עובר לירי עצמו

סרטי מצלמות האבטחה ורכיבת המשיב על אופנוע

21. בליל הרצח פעלו מצלמות האבטחה בבית שלומי (דיסק ת/23) ובבית שכנו - יהושע גלאונר (להלן: "גלאונר") (דיסק ת/18). ההגנה חלקה על לוחות הזמנים העולים לכאורה מסרטי המצלמות, וטענה כי קיים חשש שמא נעשו בהם שינויים בטרם נמסרו למשטרה, בעיקר נוכח העובדה שגלאונר לא הובא לעדות. אציין כי בה בעת, הסתמכה ההגנה על אותם סרטים לתמיכה בטענה לפיה צבעו של האופנוע עליו רכב המשיב היה בהיר, וצבע נעליו היה לבן (עמוד 22 לסיכומי ההגנה בבית המשפט המחוזי). בית המשפט המחוזי קבע כי מדוח ת/19, המתאר את הקבצים שהעביר גלאונר למשטרה, "לא עולות נסיבות המצביעות על שינוי שנערך בקבצים: גלאונר נענה מיד לבקשת החוקרים, העתיק את החומר שהיה ברשותו... ומסרם למשטרה. יאמר כבר עתה כי קיימת התאמה בין מה שצולם במצלמות בית שלומי לבין מה שצולם במצלמות בית גלאונר" (פסקה 88 להכרעת הדין).

22. בחקירותיו של המשיב במשטרה הכחיש כי רכב אי-פעם על אופנוע, בכלל זאת בליל הרצח. גם לאחר שהוקרנו לפניו סרטי מצלמות האבטחה, טען המשיב כי אינו מזהה את עצמו. בעדותו בבית המשפט שינה המשיב את טעמו, והודה כי בליל הרצח יצא מדירתה של מלי (בבית שלומי) כשהוא רוכב על אופנוע שצבעו בהיר-כסוף, שאינו שייך לו. לדבריו, האופנוע שייך לחברו, שנתן לו את האופנוע מדי פעם, ואותו חבר "לא מעוניין שאני אתן את הפרטים שלו" (עמוד 906 לפרוטוקול). על אף הצהרתה של ב"כ המדינה (אותה אישר בית המשפט המחוזי) כי לא יאוונה לאותו אדם כל רע כתוצאה מכך, עמד המשיב בסירובו למסור פרטים נוספים (עמוד 1020 לפרוטוקול). לדבריו, לאחר שהשאיר את האופנוע במקום, תפס טרמפ עם בחור דתי משכונת ותיקים ל'פיצויה'. בחקירתו במשטרה סרב המשיב לומר היכן עלה על הטרמפ, ואמר כי אין לזה שום קשר לרצח (עמוד 1037 לפרוטוקול).

23. המשיב הסביר כי לא סיפר על האופנוע השאול במשטרה כיוון שאין לו רישיון לרכב על אופנוע (עמוד 908 לפרוטוקול). המשיב המשיך לשמור על זכות השתיקה בנוגע לאופנוע גם לאחר ששהה במעצר במשך חודשימים, ועדיין לדבריו חשש פן ישלל רשיונו אם יספר כי נהג על אופנוע. בהמשך גרס כי נמנע מלספר זאת כיוון שפעל על-פי עצת עורכת דינו דאז, עו"ד חיה מלול, אשר הורתה לו, לטענתו, לשמור על זכות השתיקה (שם). לאחר מכן הסביר המשיב כי שיקר במשטרה בשל חששו כי חומר החקירה יוודע לאשתו, וזו תגלה את דבר הקשר בינו לבין מלי (עמוד 953 לפרוטוקול). (מן הראוי לציין כי בחקירתו הנגדית של המשיב בבית המשפט התברר כי עוד בתחילת החקירה במשטרה, כאשר נשאל האם היה פעם בבית שלומי, נידב הוא עצמו לחוקרים את המידע על אודות הקשר בינו לבין מלי - ראו בעמוד 957 לפרוטוקול). מכל מקום, על-פי עדותו של המשיב, בסביבות השעה 16:00-17:00 קיבל מאת חברו את האופנוע, והחזיר לו אותו בשעה 01:30 בלילה, בהשאירו את המפתחות בתיבת הדואר (עמוד 906 לפרוטוקול), וזאת מכיוון שהחבר נזקק לאופנוע ביום שלמחרת.

24. במשטרה הוכנו מספר דוחות בהתבסס על צפייה בכל אחד מסרטי האבטחה והשוואה ביניהם (ת/24, ת/25 ו-ת/26). על יסוד הדוחות האמורים, צפיית בית המשפט בקלטות סרטי האבטחה, והעובדה כי גם המשיב אישר לבסוף כי היה בבית שלומי בליל הרצח ויצא משם רכוב על אופנוע, קבע בית המשפט את הממצאים הבאים:

"בשעה 23:43:17 נראה הנאשם לבוש חולצה ארוכה בגוון כהה, מכנסיים כהים ונעליים בצבע לבן, ניגש ליונדאי, פתח את דלת הנהג, ניגש לחלק האחורי של הרכב, והתרחק מהמקום.

בשעה 23:43:49 חזר הנאשם ליונדאי, נכנס לתוכו, סגר את דלת הנהג, ולאחר מכן יצא והלך לכיוון חזית היונדאי.

בשעה 23:46:01 חזר הנאשם ליונדאי ובדק את דלתות הרכב.

בשעה 23:57:12 עזב רוכב אופנוע את בית שלומי כשהוא לבוש בגדים כהים, נעליים לבנות ועל ראשו קסדה כהה, כשהוא רוכב על אופנוע בגוון בהיר.

בשעה 00:04:21 ניגשה מלי ליונדאי ובדקה אם דלת הנהג סגורה.

בשעה 00:08:57 נראה מוריס (לבוש חולצה בהירה, מכנסיים כהים ונעליים שחורות) בסמוך ליונדאי.

בשעה 00:09:59 נראו מוריס ודינה בסמוך ליונדאי.

בשעה 00:17:36 חזר רוכב האופנוע לחניון של בית שלומי כשהוא רוכב על האופנוע הבהיר, כשהפנס הקדמי של האופנוע האיר באור לבן, והפנס האחורי האיר את החלק האחורי של האופנוע באור אדום, ונכנס לחניון.

בשעה 00:53:05 הגיעו הנאשם ואחריו מלי, מכיוון חזית היונדאי לכיוון נ"צ המצלמה. בשלב זה התרחשה מריבה בין השכן גלאונר לאחרים, כשהנאשם ובת-אל נכחו במקום. בהמשך לכך נכנס הנאשם ליונדאי.

בשעה 00:57:18 יצא הנאשם מהיונדאי, מלי הצטרפה אליו, כשהיא אוחזת קופסת פלסטיק. דינה עזבה לכיוון הכניסה לבית, ובת-אל הצטרפה לכיוון הליכת מלי והנאשם.

בשעה 01:03:06 עזב הנאשם את המקום כשהוא רוכב על אופנוע בהיר-כסוף - האופנוע שנראה קודם לכן יוצא מבית

שלומי וחוזר אליו" (פסקה 370 להכרעת הדין).

אם כן, בליל הרצח בשעה 01:03 עזב המשיב את בית שלומי כשהוא רכוב על אופנוע כסוף. הרצח, כזכור, בוצע באותו לילה סמוך לשעה 01:20.

שיחות הטלפון בין המשיב לבין יוסי חדד

25. הצדדים לא חלקו על כך שבליל הרצח שוחח המשיב עם חדד פעמיים. חדד הוא חבר ילדות של המשיב, אשר נהג אף הוא לשחק ולעבוד בדירת ההימורים (עמוד 94 לפרוטוקול). השיחה הראשונה התקיימה בשעה 00:13, אז אמר המשיב כי הוא רוצה להגיע לדירת ההימורים ולהסדיר את החוב, אולם חדד אמר לו שלא יגיע, מאחר והמנוח טרם הגיע לדירת ההימורים. בעדותו הסביר חדד כי המנוח לא הרשה להם לגבות כסף מחייבים, אלא דרש לקבל אותו ישירות לידיו (עמוד 105 לפרוטוקול).

26. השיחה השנייה התקיימה בשעה 01:06, כשלוש דקות לאחר שהמשיב יצא מבית שלומי כשהוא רכוב על אופנוע, ובמהלכה בריר עם חדד האם חזר המנוח לדירה. לאחר שחדד אמר לו כי המנוח אכן חזר, אמר המשיב כי עוד מעט יקבל את הכסף ויבוא (עמודים 109-110 לפרוטוקול).

27. המשיב לא חלק על תוכן השיחות, אם כי לטענתו התכוון לכך שיגיע רק אם יצליח להשיג את הכסף, וכי התכוון שחדד יעביר למנוח את המסר לפיו הוא, המשיב, עושה הכל כדי להשיב את הכסף (עמוד 951 לפרוטוקול). חדד אישר כי הדברים נאמרו ברוח זו, כי לא מצא בהם שום דבר מוזר, וכי אף העביר את הדברים למנוח (עמודים 122-123 לפרוטוקול). עוד הבהיר כי הבין שכוונת המשיב היתה לדאוג לסלק את החוב עוד באותו לילה (עמוד 146).

28. המדינה הגישה לבית המשפט המחוזי חוות דעת מומחה כדי לתמוך בטענתה כי במהלך שיחת הטלפון האחרונה התקדם המשיב בנסיעה על האופנוע מרחוב הידידות (מקום בית שלומי) לכיוון רמת פולג (מקום דירת ההימורים). מחוות דעתו של המומחה, מר אבי קמר, יועץ בתחום התקשורת, שלא עורערה, עלה כי בתחילת השיחה אופן מכשיר הטלפון באתר C/3121 - "אתר תחנת דלק גל" החולש גם על רחוב הידידות, ובסיום השיחה אופן הטלפון באתר דרומי יותר - A/3122 (בכיוון רמת פולג). מסקנתו של המומחה הייתה כי אף שעקרונית יכול סקטור A/3122 לתת שירות בכתובת באיזור רחוב הידידות, ההסתברות שהשיחה הגיעה לסיומה ברחוב הידידות היא נמוכה (פסקה 101 להכרעת הדין).

29. על יסוד העדויות האמורות קבע בית המשפט המחוזי כי - "בליל הרצח שוחח הנאשם עם יוסי חדד, ששהה בדירת ההימורים פעמיים: שיחה ראשונה התקיימה בשעה 00:13, בה אמר הנאשם שהוא רוצה להגיע לדירת ההימורים להביא כסף ולסיים את החוב, אך חדד אמר לו לא להגיע כי המנוח לא נמצא בדירת ההימורים. שיחה שנייה התקיימה בשעה 01:06, וזאת כשהנאשם רכוב על האופנוע. הנאשם אופן בתנועה בתחילת השיחה באזור בית שלומי, ובסיומה, כשהוא בתנועה, בהסתברות גבוהה, לכיוון רמת פולג (שם מצויה דירת ההימורים). באותה שיחה, ביקש הנאשם לברר אם המנוח חזר, וחדד השיב לו כי המנוח נמצא והוא יכול לבוא. בתגובה אמר הנאשם שהוא יקבל את הכסף עוד מעט ויבוא... ניתן לקבוע כי הנאשם היה נחוש להגיע באותו לילה ולפגוש במנוח. ואולם, כידוע, לפחות באופן גלוי, לא הגיע הנאשם לדירה, ובשעה 01:20 נרצח המנוח" (פסקה 349 להכרעת הדין, ההדגשה במקור - נ' ס').

30. לאחר שהתקיימו השיחות הללו כובה מכשיר הטלפון של המשיב, והוא לא נמצא עוד מאז ועד היום. במהלך העדויות עלו מספר הסברים לכך. על-פי עדותו של שלומי, במהלך נסיעתם המשותפת לרמת גן, אשר תתואר להלן, אמר לו המשיב כי ניתק את הטלפון בגלל שאנשים מחפשים אחריו. עוד אמר כי בכל חודש הוא מחליף טלפון עקב חובותיו הכספיים הרבים. עם זאת, בעדותו בבית המשפט אמר המשיב כי הפלאפון הקודם, ממנו התקשר לחדד באותו ערב, לא נדלק בגלל שהתקלקל בלילה ההוא (עמודים 1044-1045 לפרוטוקול). המשיב סיפר כי זרק את מכשיר הטלפון, החליף בחדש, "ואני מחליף טלפון כל שני וחמישי... כי יש לי הרבה מאוד חובות, ומתקשרים אלי כל שני וחמישי ודורשים ממני כסף, לכן אני מחליף טלפונים. אני מתחמק מאנשים" (עמודים 1045 ו-1046).

31. המשיב עומת עם העובדה שגם בחקירה במשטרה אמר כי לאחר השיחה עם חדד, כאשר הבין כי לא הצליח לארגן את הכסף, ניתק את המכשיר, כדי שלא יתקשרו ללחוץ עליו, ולא אמר אז שהטלפון הפסיק לעבוד (עמוד 1052 לפרוטוקול). תשובתו לכך היתה כי הגרסה הנכונה היא שהטלפון הפסיק לעבוד, לא שהוא ניתק אותו בעצמו, וכי התכוון לכך שלא תיקן את הפלאפון בגלל שמחפשים אותו (עמוד 1057 לפרוטוקול). עם זאת, המשיב לא הסביר את הפער בין הגרסאות ומדוע אמר אחרת במשטרה (עמודים 1052-1053). מעדותו של יוסי חדד עולה כי המשיב אמר לו כי בָּתו השליכה את מכשיר הפלאפון שלו לשירותים. המשיב אמר בעדותו כי הכוונה למכשיר אחר, אולם לא ציין באיזה מכשיר מדובר ומתי ארע הדבר (עמוד 1060 לפרוטוקול).

הביקור אצל רותם כהן

32. בעדותו אמר רותם כי המשיב הגיע אליו בליל הרצח, לאחר חצות, אם כי לא זכר את השעה המדויקת. כמו כן ציין העד רותם כי זכר שהמשיב היה אצלו בליל הרצח מכיוון שאמר לעצמו שטוב שלא הביא לו את הכסף, משום שאז היה הולך לדירת ההימורים ואולי חוטף כדור (עמוד 1181 לפרוטוקול).

ג. אירוע הירי

33. אירוע הירי עצמו, אשר כתוצאה ממנו קופחו חייו של המנוח וחנניב נפצע, התרחש סמוך לשעה 01:20 אחר חצות, בין הסלון הגדול לבין המטבח, סמוך לשירותים, בדירת ההימורים. על-פי העדויות השונות, משך האירוע היה קצר (עדות חנניב, עמוד 4 לפרוטוקול, ועדות משיח, עמוד 158 לפרוטוקול). במקום שררה אווירה של פחד ופניקה, כאשר הנוכחים צועקים ונסים לכל עבר. עוד עלה מעדויותיהם של עדי-הראייה כי איש מהם לא זיהה את היורה. מאחר ומדובר בסוגיה המרכזית אשר הובילה בסופו של דבר לזיכויו של המשיב, אפרט להלן את עיקרי העדויות השונות באשר לדמותו של היורה, קולו, כלי הרכב שבו השתמש, ועוד.

לבושו של היורה

34. בעדותו של אוהד לוי (להלן: "אוהד") תואר היורה כלבוש שחורים וחובש קסדה כהה (אוהד מעיד על עצמו כי ראה את היורה "אפילו לא למאית שניה" (עמוד 64 לפרוטוקול)). העד חדד תיאר את היורה כ"בן אדם לבוש כולו שחור, נעלים שחורות. שחור כולו, אני זוכר, עם כפפות. עם קפוצ'ון וקסדה" (עמוד 96 לפרוטוקול). עם זאת, במשטרה אמר חדד כי אינו זוכר מה היה צבע הנעליים (עמוד 103). חנניב סיפר כי היורה היה לבוש בבגדים בצבע שחור, בין היתר מעיל, וכי פניו היו מכוסות לחלוטין בקסדת אופנוע ("רעול" - עמוד 4 לפרוטוקול). נתנאל מלכה, חבר ילדות של



המשיב (להלן: "מלכה") אמר בעדותו כי היורה חבש קסדה שחורה "מלאה", משקף שחור על עיניו, בגדים שחורים, בכללם קפוצ'ון. בעדותו בבית המשפט ציין כי נעליו של היורה היו לבנות, אבל אחר כך חזר בו ואמר כי לא ראה את הנעליים (עמודים 44-42 לפרוטוקול). משיח טויזר (להלן: "משיח") העיד כי הרוצח חבש קסדה ולבש מעיל שחור (עמוד 152). מעדויות אלו הסיק בית המשפט כי היורה היה לבוש בבגדים בצבע שחור, בין היתר לבש מעיל, כאשר פניו, לרבות עיניו, היו מכוסות בקסדת רוכב אופנוע. לגבי צבע נעליו נקבע כי העדויות אינן חד-משמעיות (פסקה 352 להכרעת הדין).

#### גובהו של היורה

35. סוגיית גובהו של היורה היא אחד מהאדנים המרכזיים עליהם התבסס זיכוי של המשיב, שהוא נמוך-קומה. בחקירתו של העד חנניב במשטרה לא ידע להעריך מה היה גובהו של היורה, אך בעדותו בבית המשפט מסר כי היורה היה נמוך ממנו, כאשר גובהו-שלו הוא 1.86 מטר (עמוד 10 לפרוטוקול), וכמו כן טען כי הוא היה "נמוך. לא ממש גבוה" (עמוד 12 לפרוטוקול). הבחנה זו נעשתה כאשר העד חנניב עמד במרחק של 2.5 מטר מן היורה (עמוד 11). לעומתו ציין העד מלכה בחקירתו, כי היורה "בגובה שלי, לא יותר גבוה", ובעדותו בבית המשפט אמר מלכה כי גובהו-שלו הוא 1.90 מטר, קצת יותר גבוה מחוקר המשטרה שגובהו 1.86 מטר, על אף שהיה ניסיון לטעון אחרת (עמוד 45 לפרוטוקול). עוד אמר מלכה בעדותו בבית המשפט כי גובהו של היורה היה 1.80 מטר ומשהו. מעדותו של אוהד עולה כי היורה היה "רזה וגבוה", יותר גבוה ממנו, כלומר יותר מ-1.75 מטר (עמוד 64 לפרוטוקול). העד אלון ציין כי גובהו-שלו הוא 1.83 מטר, ואמר שהיורה היה גבוה ממנו במספר סנטימטרים, ומבנה גופו רזה (עמודים 167 ו-178 לפרוטוקול).

36. העד חדד אמר בעדותו כי גובהו של היורה היה פחות או יותר כגובהו-שלו, דהיינו בסביבות 1.85-1.87 מטר (עמוד 99 לפרוטוקול). עם זאת, במשטרה מסר חדד כי גובהו של היורה היה "בגובה שלי בערך, אולי טיפה פחות ממני" (עמוד 100 לפרוטוקול), וכן כי יתכן שהיה בגובה החוקר בן חמו, דהיינו 1.72 מטר (עמוד 101 לפרוטוקול). בעניין זה ניסה בא כוח המשיב לטעון כי שינוי גרסה זה נבע מלחץ שהפעילו החוקרים. העד משיח תאר את היורה כבחור מוצק, שגובהו 1.65-1.60 מטר. עם זאת, העד סייג את דבריו בשל ישיבתו במפלס נמוך מהיורה, ומכיוון שלא הרכיב משקפיים (עמודים 154-157 לפרוטוקול).

37. לאור העדויות השונות שנשמעו, ציין בית המשפט המחוזי כי תיאור היורה לא היה אחיד, ו"מובן כי לא ניתן על יסוד העדויות לקבוע ממצא חד משמעי בדבר גובהו המדויק של היורה, ואולם על יסוד עדויותיהם של מלכה, אוהד ואלון... ייתכן בהחלט שהיורה היה אדם גבוה יחסית, שגובהו עולה על 1.80 מ', ועל כל פנים הוא לא היה אדם נמוך" (פסקה 353 להכרעת הדין).

#### מבנה גופו של היורה

38. מהעדויות עלה כי מבנה גופו של היורה היה רזה (עדות מלכה בעמוד 42 לפרוטוקול, עדות אוהד בעמוד 64, עדות חדד בעמוד 99), וזאת למעט בעדותו של משיח שתארו כבחור מוצק, עדות אשר סויגה כאמור בשל ראייתו המוגבלת של העד (עמודים 154-157). מן הראוי לציין, כי המשיב הוא בעל מבנה גוף רזה, ודווקא למוריס היה מבנה גוף רחב. עם זאת, בסוגיה זו לא קבע בית המשפט המחוזי ממצא החלטי.

39. בהודעתו של חנניב במשטרה אמר כי היורה החזיק את האקדח ביד שמאל, ואילו בבית המשפט אמר כי אינו זוכר, ויתכן שהאקדח הוחזק ביד ימין (עמודים 14 ו-15 לפרוטוקול). אין חולק כי המשיב הוא ימני (עמודים 904-905 לפרוטוקול). גם בסוגיה זו לא נקבע ממצא.

#### קול היורה

40. העד תורג'מן, אביו של המנוח, העיד כי בשבעה על בנו אמר חנניב שהיורה אמר לו שיזוז או שיירה לו בראש. ברם, חנניב עצמו לא העיד זאת בבית המשפט מיוזמתו ולא נחקר על כך. כשנשאל על-ידי בית המשפט אמר כי לא שמע את קולו של היורה (עמוד 10 לפרוטוקול). העד חדד זכר שהיורה אמר "שאף אחד לא יזוז" (עמודים 97 ו-116 לפרוטוקול), ואף העיד שהקול לא היה דומה לקולו של המשיב, אותו הוא מכיר שנים רבות (עמוד 117 לפרוטוקול). כאשר נשאל העד בבית המשפט מדוע לא הזכיר את הדבר גם בחקירותיו במשטרה (עמודים 125-129 לפרוטוקול), השיב כי לא נשאל על כך מפורשות (עמוד 137). גם בעניין זה לא נקבעו ממצאים.

41. באשר לקולו של היורה, קבע בית המשפט המחוזי, כי - "גם אם דיבר היורה, לא נשמע קולו בבירור" ו"אין מקום לקביעת ממצא פוזיטיבי, על יסוד עדות של חדד, שהקול אינו קולו של הנאשם" (פסקה 354 להכרעת הדין). ממצא זה נקבע על סמך התרשמותו של בית המשפט המחוזי לפיה חדד מסר גרסה זו כדי לסייע למשיב, חברו מילדות.

#### האופנוע

42. גם האופנוע היה אחד מנתוני הבסיס של בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין. העד מלכה שמע את היורה מתרחק מהמקום על אופנוע (עמוד 40 לפרוטוקול). בהודעתו במשטרה אמר כי המשיב נהג להתנייד לדירת ההימורים על גבי טוסטוס כסוף, ובעדותו בבית המשפט אמר כי צבעו של הטוסטוס היה כהה (עמוד 29 לפרוטוקול). העד אוהד, היחיד שראה למעשה את האופנוע, תיאר אותו כאופנוע בצבע כהה - "כחול או שחור, לבן הוא בטוח לא היה" (עמוד 59 לפרוטוקול). אוהד העיד כי ברגע ששמע את היריות התעורר משנתו וברח החוצה, ואז ראה אופנוע מואר שמנועו דולק. אוהד תאר את סביבת הדירה: "אם יוצאים מהבית יש את המדרכה, יש את הרכבים שחונים על הכביש וגם מצד שמאל וגם מצד ימין... חציתי את המדרכה, עברתי בין הרכבים, רצתי ימינה על הכביש ממש, ראיתי את האופנוע מצד ימין... כשראיתי את האופנוע, אז הסתובבתי חזרה לכיוון כזה לבית, ואז ראיתי את הבחור בעצם יוצא... ורצתי לצד השני של הכביש, לרכבים שחונים כאילו" (עמודים 60 ו-61 לפרוטוקול). העד חדד שמע את קול האופנוע. במשטרה מסר שנפח המנוע להערכתו 250 סמ"ק ואילו בבית המשפט העיד שנפחו 100-125 סמ"ק (עמודים 115 ו-118 לפרוטוקול).

43. לגבי צבעו של האופנוע, קבע בית המשפט המחוזי, "על יסוד עדותו של אוהד, שלא מצאתי סיבה לפקפק במהימנותו... צבעו של האופנוע עליו נמלט היורה היה כהה (כחול או שחור)". בעניין זה נדחתה טענתה של המדינה לפיה אין לקבוע ממצא בנוגע לצבעו של האופנוע משום שאוהד ראה את הקטנוע לפרק זמן קצר מאוד, תוך כדי ריצה, כאשר שתי מכוניות חצצו בינו לבין האופנוע, לאורה של תאורת רחוב מינימאלית, ובהיותו מבוהל ומפחד, שכן "חלק זה של סיכומי המאשימה, שלא כמצופה, הוא 'מאולץ', ומלווה בהסברים שלא רק שאין להם בסיס ראייתי, כי אם הם מהווים סברה, וכן שזור בהם גוון של 'עדות מומחה'" (פסקה 355 להכרעת הדין). בית המשפט ציין שגם בחקירה

הראשית כאשר נחקר אוהד על-ידי המדינה, לא עומת עם טענות הנוגעות לתנאי התאורה או גורמים שהפריעו לו לראות את האופנוע.

ד. האירועים לאחר הרצח

נוכחות המשיב בפיצוציה לאחר הרצח

44. כאמור, זמן מה לאחר הרצח הגיע המשיב בטרמפ לפיצוציה, ישב שם ושתה במשך כ-20-15 דקות, גם כאשר בחוץ נשמעו סירנות של כלי רכב משטרתיים. באשר להלך רוחו של המשיב באותה שעה, נשאל העד גיל חכמון בחקירתו במשטרה: "האם מאיר התנהג מוזר" בליל הרצח? והשיב: "אולי היה שתוי, לא יודע". בבית המשפט הסביר "לא התנהג מוזר, הכל בסדר. שתינו קצת וזהו, לא היה שום דבר חריג" (עמוד 1225 לפרוטוקול). עדות זו, שנתמכה בעדותו של עד המדינה שלומי, התקבלה על דעתו של בית המשפט המחוזי (פסקה 332 להכרעת הדין).

הסרת כונן המצלמות

45. על-פי עדותה של דינה, ביקש ממנה שלומי להסיר את כונן מצלמות האבטחה מהמחשב, ומוריס היה באותה שעה בבית. בסיועו של קובי הם הסירו את הכונן והכניסו אותו למכונת של מלי (עמוד 200 לפרוטוקול). כפי שיצוין להלן, עדותה של דינה לא זכתה לאמון מצדו של בית המשפט, לרבות גרסתה בנקודה זו (פסקה 315 להכרעת הדין).

46. שלומי העיד, כי הסרת הכונן נעשתה דווקא לפי בקשתו של המשיב, בעת שיחתם מחוץ למכונת כאשר עצרו במהלך נסיעתם המשותפת לרמת גן (עמודים 341 ו-356-355 לפרוטוקול). שלומי הודה כי גרסתו הראשונה, בטרם חתם על הסכם עד המדינה, היתה כי מוריס ביקש ממנו לנתק את המצלמות (עמודים 389 ו-390 לפרוטוקול). עוד ציין שלומי כי המשיב ביקש ממנו אך ורק את ניתוק הכונן, וכי ההחלטה על "העלמתו" של הכונן לבית חזן נעשתה ביוזמתו-שלו, "לטובת הכלל" ולאור ניסיונו בחקירות קודמות (עמודים 473-475 לפרוטוקול). בתשובה לשאלות שנשאל ביחס לשינוי גרסתו הסכים כי מדובר בגרסה כבושה וכי שיקר למשטרה קודם לכן באשר לזהות האדם שביקש את הסרת הכונן. עוד הבהיר עד המדינה כי החליט לשנות את תשובתו מתוך תשישות ומחמת רצונו לראות את בני משפחתו (עמוד 491), משנוכח שגרסתו לא התקבלה על-ידי החוקרים (עמודים 465-468), וכן לאור העימות שנערך עם דינה והרגשתו כי הוא מסתבך בגרסתו ומסתכן במאסר לשנים ארוכות (עמודים 485 ו-486).

47. כפי שיפורט להלן, בית המשפט המחוזי התקשה ליתן אמון בעדותו של שלומי בגלל כמה סיבות. גם באשר לסוגיה זו, קבע בית המשפט כי יש לדחות את גרסתו של שלומי בנוגע לבקשת המשיב לנתק את כונן מצלמות האבטחה. בית המשפט ציין כי עדותו של שלומי בעניין זה היא עדות כבושה, הסותרת את דבריו הקודמים לפיהם מוריס הוא שביקש לעשות זאת. גם לאחר המפנה שחל בגרסתו, דבריו של שלומי לא היו קוהרנטיים: בתחילה טען שהבקשה לעשות זאת היתה בעת העצירה בפתח תקווה, ולאחר מכן טען שהיתה בתוך המכונת. מכל מקום, אף אחת מהגרסאות לא עלתה בקנה אחד עם עדויותיהן של דנה ונטלי, אשר ישבו אף הן במכונת. בית המשפט המחוזי ציין כי החקירה בעניין זה לא מוצתה, שכן שלומי לא עומת עם גרסאותיהן של דנה ונטלי, ולא נערכה עמו הצבעה על מקום עצירת המכונת לכאורה, על אף חשיבותה של הסוגיה (פסקה 336 להכרעת הדין). מנגד נקבע על-ידי בית המשפט המחוזי כי שלומי יצר קשר טלפוני עם דינה וביקש ממנה לנתק את הכונן. לאחר מכן נותק הכונן, ודינה ביקשה ממלי להוביל את הכונן לבית חזן. בית המשפט הוסיף וקבע כי התרחיש לפיו מוריס הוא זה שביקש את ניתוק הכונן - אפשרי, וזאת כעולה מגרסתו הראשונה של שלומי, נתוני התקשורת אשר מצביעים על קשר טלפוני בין מוריס לשלומי באותו לילה, דבריה של דינה

למלי בזמן אמת כי מוריס הוא שביקש את הסרת הכוון, ותנועותיו של מוריס בליל הרצח (פסקה 337).

#### הנסיעה לרמת גן

48. על-פי עדותו של שלומי, המשיב הגיע לפיצוציה בטרמפ, ולאחר מכן ביקש להצטרף לנסיעתו של שלומי לרמת גן לכיוון משה חזן, יחד עם נטלי ודנה שהצטרפו גם הן (עמודים 339 ו-340 לפרוטוקול). בעדותו אישר שלומי כי ההצטרפות של המשיב לנסיעה לביתו של חזן נוצרה אך ורק בגלל "פספוס" הפנייה להרצליה על-ידי דנה (עמוד 452). בשלב כלשהו בנסיעה, כך טען שלומי, ביקש המשיב כי יעצרו בצד, ויצא עם שלומי אל מחוץ למכונית על מנת לשוחח. או אז שאל אותו אם שמע על הרצח של המנוח וטען כי היה שם (עמוד 341). באותה שיחה גם ביקש המשיב משלומי שיוציא אותו מהעיר, שיעזור לו להחליף בגדים, ושיתן לו פלאפון (עמוד 349). לאחר שנכנסו למכונית, במהלך הנסיעה, העבירה נטלי למשיב מכשיר טלפון סלולארי לפי בקשתו של שלומי, ומאוחר יותר הם עצרו וקנו שתיה וכרטיס "סים" (עמוד 342). עדות התביעה דנה ונטלי הכחישו את דבר העצירה ואת קיומה של השיחה בין המשיב לבין שלומי.

49. המשיב העיד כי במהלך הנסיעה, ובלי שום קשר אליו, ביקש שלומי מנטלי את מכשיר הטלפון שלה. לאחר שדנה "פספסה" את הפנייה להרצליה, צריך היה המשיב להתקשר לבחורה ולומר לה כי יאחר, ואז ביקש משלומי לבצע שיחה. בתגובה שאל שלומי מה קרה לטלפון שלו, והמשיב ענה "עזוב, מחפשים אותי, הרבה חובות" (עמוד 1041 לפרוטוקול). שלומי הציע לו לקחת את הטלפון של נטלי. כמו כן העיד המשיב בהמשך כי ה"סים" שלו לא התאים למכשיר של נטלי ולכן עצרו לקנות "סים" חדש (עמוד 1051).

50. בהתבסס על עדותו של שלומי ועל ראיות מסייעות, קיבל בית המשפט את הגרסה לפיה המשיב אמר לשלומי ודנה בפיצוציה כי ברצונו להגיע להרצליה - "אף אם מאחורי דבריו הסתתרו מניעים נסתרים" (פסקה 339 להכרעת הדין). אשר למטרת הנסיעה קבע בית המשפט, כי הגעתו של המשיב לביתו של חזן נעשתה אך ורק בשל 'פספוס' הפניה, וזאת בהתאם לעדות שלומי שנתמכה באופן חד-משמעי בעדותה של דנה (פסקה 338 להכרעת הדין). כמו כן קבע בית המשפט המחוזי כי אין לשלול את האפשרות לפיה מטרת נסיעתו של שלומי לחזן הייתה החזר החוב, ואולם ההתפתחויות באותו ערב שינו את אופי המפגש ומטרתו (פסקה 333 להכרעת הדין). עוד נקבע, בהתאם לעדותו של שלומי, כי לפי בקשתו מסרה נטלי את הטלפון הנייד שלה ללא כרטיס ה"סים", ומכשיר זה הועבר למשיב. בהמשך רכש שלומי בתחנת הדלק כרטיס "סים", שהתברר כי אינו מתאים למכשיר הטלפון של נטלי שנמסר למשיב (פסקה 338 להכרעת הדין).

51. לעומת זאת, בית המשפט המחוזי לא היה נכון לקבל את גרסתו של שלומי בנוגע לשיחה שהתקיימה בלחישות בינו לבין המשיב מחוץ למכונית בשעת עצירה ברחוב בפתח תקווה, במהלכה אמר לו לכאורה המשיב כי היה מעורב ברצח וכי הוא צריך לצאת מן העיר כדי להחליף בגדים. זאת, לאור סתירות שהתגלו באמירותיו של שלומי בנוגע למקום השיחה, ועדויותיהן של נטלי ודנה, שסיפרו כי כלל לא היתה עצירה בפתח תקווה (פסקה 335 להכרעת הדין).

#### האירועים בביתו של חזן

52. מעדותו של משה חזן עלה כי שלומי הוא מכרו משכבר הימים, אולם את המשיב לא פגש מעולם עד לליל הרצח. בליל הרצח התקשר אליו שלומי בסביבות השעה 24:00 ואמר לו כי הוא רוצה לפגוש אותו בדחיפות. בעקבות השיחה, חזר חזן לביתו וראה תחת הבית את שלומי כשהוא ממתין לו ביחד עם המשיב ועם דנה. השלושה עלו איתו

לביתו, ועמם עלו עוד כמה חברים של חזן. חזן ישב ושתה בסלון עם דנה, ועל-ידם ישבו חבריו של חזן ושתו גם הם (עמודים 73-75 לפרוטוקול). שלומי והמשיב ישבו במשך זמן קצר בפניה אחרת בבית, על יד בר המשקאות (במשטרה לא ציין חזן פרט זה, כיוון שלא מצא בו, לטענתו, חשיבות), ולאחר כמה דקות נכנסו לחדר השינה, אליו מחוברת גם מקלחת, והסתגרו בו. כשיצאו מהחדר אמר שלומי לסאלי, בנו של חזן (להלן: "סאלי"), לרדת איתו להביא משהו מהמכוננית, וכי הוא הביא לו מחשב ושם אותו במחסן הבית (עמוד 76 לפרוטוקול). חזן סיפר שהארון בביתו פתוח, ו"יכולים לקחת מה שרוצים. אין בעיה" (עמוד 81). הוא ציין ששלומי מרגיש אצלו כמו בן בית, ואינו יכול לדעת אם לקח משהו מהארון, מכיוון שיש לו בגדים רבים. בנוסף סיפר חזן כי היה לו משקה ערק בבית, אשר נמצא ככל הנראה במקום בו ישבו שלומי והמשיב, אולם לא זכר אם שתו ממנו אם לאו, וגם לא זכר שום תקרית עם הערק. בחקירתו הנגדית של חזן התברר כי שאר חבריו שהיו בביתו באותו ערב לא נקראו לחקירה (עמוד 89 לפרוטוקול).

53. לפי גרסת שלומי, מטרת הנסיעה אל חזן היתה להחזיר לו כסף שהיה חייב לו (עמוד 358 לפרוטוקול). בשלב כלשהו במהלך שהותם בביתו של חזן, או משום שנשפך על המשיב משקה, או לצורך הפגישה עם הבחורה, הוא נכנס להתקלח ולהחליף בגדים, וביקש משלומי בקבוק ערק למקלחת (עמוד 343). בעדותו לא זכר שלומי אם בקשתו המדויקת של המשיב לבקבוק הערק היתה כדי "לשתות" או כדי "לשטוף" (את הגוף) (עמוד 373 לפרוטוקול). כמו כן סיפר כי ביקשו מסאלי לזרוק את הבגדים (עמוד 368).

54. המשיב אמר בעדותו כי הערק נשפך עליו בעת שישב ומזג ערק לעצמו ולאחרים שישבו עמם, וכי הערק נשפך על כולו. שלומי הוא שהציע לו להתקלח וחזן הציע לו בגדים "הוא אמר לי: הארון פתוח, לך תיקח מה שאתה רוצה" (עמוד 1085 לפרוטוקול). שלומי הביא לו את הבגדים החדשים, לאחר שכבר נכנס למקלחת, ואז מסר לו המשיב את הבגדים המלוכלכים ואמר לו לשים אותם בשקית (עמוד 1086). בתחילה אמר כי הוא זה שביקש משלומי גם נעליים חדשות: "כשיצאתי מהמקלחת, אמרתי לשלומי: תקשיב, זה לא מתאים כל כך איך שאני לבוש, אז תביא לי גם, אז אם אני יכול לקבל גם נעליים?" (עמוד 1087), ולאחר מכן אמר ששלומי הוא שהציע לו לקחת גם נעליים מבלי שהמשיב ביקש זאת ממנו (עמוד 1088). בתשובה לשאלה מדוע לא ענה לשאלות החוקרים באשר לסיבת החלפת הבגדים אצל חזן, ענה המשיב כי "אני בתוך תוכי יודע שזה לא משהו שקשור לרצח, אז אין לזה בכלל מה להפיל" (עמוד 1095 לפרוטוקול).

55. עידן אברהם, אחד האורחים אצל חזן באותו לילה, העיד כי הוא זוכר "ששתי חבר'ה עם בחורה נתנייתים שהיו שם... שאחד מהם נשפך עליו ערק על המכנס ועל החולצה, ושהוא נעמד, אני זוכר שהחבר השני אמר לו: תקשיב, זה הבית של משה, תרגיש חופשי. אז גם משה נעמד, והוא עמד לידי והוא אמר לו: תראה, הבית שלי - הבית שלך, תרגיש חופשי. עכשיו החבר'ה נעמדו, נכנסו לחדר של משה, וזה היה נראה לי לא דבר טבעי - וזה למה אני זוכר את זה, כי אני בחיים לא הייתי עושה כזה דבר, נכנס לבית של בנאדם שאני לא כ"כ מכיר. נכנסו לאמבטיה, אחד מהם התרחץ ויצא עם בגדים של משה. ולא שמשה בחר לו אותם... וככה היה לו ביטחון לעשות את זה..." (עמוד 1160 לפרוטוקול). עוד העיד עידן אברהם, כי המשטרה לא פנתה אליו לשאול אותו על אירועי אותו לילה (עמוד 1162). בחקירתו הנגדית התברר כי לא ראה את הערק נשפך, אלא הניח שנשפך בגלל שהמשיב נעמד. הוא הניח שמדובר בערק - "כי אם הוא טרח ללכת ולהחליף, אז מן הסתם..." (עמוד 1171 לפרוטוקול). כמו כן העד לא ידע לומר כיצד ידע שהמשיב גם התרחץ, ולא זכר שהציעו לו להתרחץ, אלא רק להחליף בגדים.

56. אשר לסיבה להסתרת הכונן בביתו של חזן, על-פי דבריו של חזן במשטרה, אמר לו שלומי משהו כמו "תקרא באינטרנט", ומכל מקום, חזן לא הלך לקרוא במחשב, כיוון שלא האמין לשלומי ולא הבין מה הקשר ואיפה לקרוא.

כאשר נשאל האם שלומי אמר לו שהוא מבקש לשמור על כונן המחשב "בשביל מוריס", ענה כי "יכול להיות", ובהמשך אמר כי "היה מוזכר השם מוריס" (עמוד 90 לפרוטוקול), אך "לא זוכר אם לגבי המחשב" (עמוד 91). חזן ציין בהמשך עדותו כי הגעתו של שלומי בשעות כה מאוחרות לא היתה אירוע חריג ביחסים ביניהם, והסביר כי שלומי היה חייב לו כסף, אם כי אינו זוכר אם בסופו של דבר החזיר לו שלומי באותו לילה את החוב הכספי אם לאו, למרות שכנראה שהכסף הוחזר לבנו (עמוד 87).

57. על-סמך מכלול העדויות השונות קבע בית המשפט המחוזי ממצא עובדתי, כי בהגיע שלומי, המשיב ודנה לבית חזן, נכחו במקום אורחים נוספים. בית המשפט קבע, כי "הנאשם שתה ערק, ובשלב מסוים נשפך הערק על בגדיו. שלומי נתן לנאשם הרגשה שהוא יכול לנהוג בבית חזן בחופשיות, נכנס עימו לחדר השינה של חזן המחובר למקלחת, וכאשר נכנס הנאשם להתקלח, הוא פשט את הבגדים שלבש והתקלח. לאחר מכן לבש הנאשם את בגדיו של חזן, שניתנו לו על ידי שלומי - בגדים כהים ונעליים תואמות" (פסקה 341 להכרעת הדין). בית המשפט דחה את גרסתם של שלומי והמשיב לפיה מכנסי הג'ינס שלבש המשיב בטרם החלפתם היו בהירים, וקבע כי צבעם של בגדי המשיב, לפני שהחליפם בבית חזן היה צבע כהה.

58. עוד עלה מהעדויות השונות כי במקביל לשהותו של המשיב בבית חזן, "נפגשו מלי ובת-אל עם סאלי בסמוך לבית חזן, ומסרו לו את הכונן. סאלי עלה לבית חזן עם הכונן, ושלומי הנחה את סאלי להניח את הכונן במחסן, וכך עשה סאלי" (פסקה 343).

59. אשר לבקבוק הערק ולהחלפת הבגדים, נדחתה גרסתו של שלומי לפיה מסר בקבוק ערק למשיב על מנת לשטוף שאריות אבק שריפה מגופו, שכן עדותו "לא הייתה משכנעת" והוא "לא היה עקבי בשאלה אם הנאשם ביקש זאת כדי לשתות או כדי לשטוף" (פסקה 342 להכרעת הדין). כאשר הגיע סאלי עם הכונן שקיבל ממלי ובת-אל, "מסר לו שלומי את בגדי הנאשם ונעליו, כשהם צרורים" (עמוד 128). לאור ריבוי גרסאותיו של שלומי בנוגע לשאלה מתי בדיוק נמסרו הבגדים, האם בשעה שהמשיב היה עדיין במקלחת או לאחר שיצא, נקבע כי "לא הוכח שבגדי הנאשם נמסרו לסאלי בנוכחות הנאשם" (פסקה 344).

היציאה מבית חזן והנסיעה להרצליה

60. על-פי עדותו של שלומי, לאחר שיצאו מביתו של חזן ביקש ממנו המשיב לקחת אותו למלון זול, ולפיכך הסיעו אותו שלומי ודנה למלון "אשל" בהרצליה, ושם נפרדו ממנו כאשר המשיב נכנס ללובי של המלון (עמודים 380-381 לפרוטוקול). בית המשפט קיבל גרסה זו, אשר נתמכה בעדותה של דנה (פסקה 345 להכרעת הדין).

הפגישה לאחר הרצח

61. בעדותו טען שלומי כי זמן מה לאחר הרצח (בין שבוע וחצי לשלושה שבועות), כאשר נפגש עם המשיב לאחר הלוויה של מוריס בחברת דנה ואנשים נוספים, תוך כדי צריכת סמים, אמר לו המשיב בלחש בשלב כלשהו - "ראית איזה עבודה נקיה עשיתי". בתגובה לכך דחף שלומי את המשיב ואמר לו כי אינו יודע כלום, ולא הוסיף לחקור ולדרוש בעניין (עמוד 382 לפרוטוקול). בחקירתו הנגדית ציין שלומי כי אינו זוכר מי עוד היו נוכחים בחדר, למעט דנה (עמודים 532-533). כמו כן לא ידע שלומי להסביר מדוע אין איש אשר יכול לאשר את עדותו בדבר דחיפת המשיב כנ"ל (עמודים 535-537).

62. בית המשפט המחוזי סרב לקבל את גרסת שלומי בנוגע לאותה לחישה שלחש לו המשיב (שכונתה "הלחישה השלישית"). גרסה זו נדחתה הן לאור קשיים לגבי מהימנותו של שלומי, הן בשל סתירתה בדברי-עדוּתה של דנה. בית המשפט ציין כי החקירה בנושא זה לא מוצתה, ולא נחקרו בעניין עדים נוספים שעל-פי גרסת שלומי נכחו במקום (פסקה 346 להכרעת הדין).

ה. סוגיות נוספות

עדוּתה של עורכת הדין מלול

63. עו"ד מלול, באת-כוחו של המשיב בעת מעצרו, הוזמנה להעיד כעדת הגנה על מנת ליתן הסבר להתנהגותו של המשיב בחקירתו ולבחירתו לשמור על זכות השתיקה. בעדוּתה אמרה כי "נתתי לו את אותה עצה שלא לענות על שאלות כלליות, אלא אם כן ימקדו אותו לגבי יום ספציפי, שעה ספציפית ודברים ספציפיים שקשורים לחשדות" (עמוד 1127 לפרוטוקול). כמו כן ציינה עו"ד מלול, כי "אני זוכרת שהיה עוד איזה שהוא עניין שכל הזמן שאלו אותו על... מתי נהגת באופנוע? ואם היה לך אופנוע או לא היה לך אופנוע? ואני זוכרת שהגיע... עדוּת מאותה זירה, ואז הפנתי לחוקר מאותו זמן...: האם אותן עדוּת תואמות למעשה, התיאורים דומים לנאשם? אז אמרו לי: לא. אז גם בעניין הזה אמרתי לו: שאין טעם שימשיך לענות לגבי מתי נהגת באופנוע, כי הבנו שכל ההתמקדות בחקירה הייתה מסביב ולא הייתה בעצם לאותו אירוע ספציפי" (שם). בהמשך עדוּתה אמרה עו"ד מלול כי ככל שהחקירה התקדמה, "הייתה לי את התחושה... שלא יחקרו כיוונים אחרים... פה כבר הבנתי בתור עורכת דין, שלא משנה מה הוא יענה... הזרקור עליו וכל תשובה שהוא ייתן המטרה היא בעצם להכשיל אותו... אז בעצם החרפתי את ההנחיה" (עמודים 1130-1131 לפרוטוקול). עו"ד מלול המשיכה והסבירה כי המשיב סיפר לה על הערק שנשפך עליו בבית חזן, והיא יעצה לו לא לנדב את המידע על כך, אלא רק להגיב אם יעמתו אותו עם העובדה שהחליף בגדים (עמוד 1147).

כיווני חקירה נוספים

64. אחת מטענות ההגנה היתה כי למנוח היו סכסוכים עם גורמים עברייניים "כבדים" רבים, דבר המחזק את האפשרות שלא היה זה המשיב שביצע את הרצח, אלא אדם אחר. לחיזוק טענה זו הובאו מספר ראיות שיפורטו להלן.

65. מאז ארוע הרצח, נעלם פנקס ההלוואות של המנוח, ולא נמצא עוד (עמוד 21 לפרוטוקול). כמו כן, העד חנניב העיד כי יום לאחר הרצח נמצאו בחצר בית הוריו כתמי דם, וכך מדי יום במשך תקופה מסויימת (עמוד 21-22 לפרוטוקול).

66. בנוסף דווח על תקרית בין המנוח לבין מוריס, אשר התרחשה כשבועיים לפני הרצח. על-פי עדוּתו של מלכה, המנוח הגיע אל מוריס בליווי מלכה, ודרש ממנו לסגור את העסק שלו לשטיפת מכונות, אשר שימש גם להימורים. לאחר שמוריס סרב, אמר לו המנוח "צא לדרך" כלומר "מעכשיו אנחנו נחפש אחד את השני" (עמוד 51 לפרוטוקול, עדוּתו של מלכה). גם כאשר חזר לדירה, נשמע המנוח אומר שהוא "יראה למוריס" אם לא יסגור את המקום (עמוד 52). אציין, כי מלכה לא הזכיר את התקרית האמורה בחקירותיו במשטרה, וזאת לדבריו מכיוון ש"לא שאלו אותו" (עמוד 55). התרחשותה של תקרית זו אושרה גם בעדוּתו של חדד, כמו גם כוונתו של המנוח לפגוע במוריס (עמודים 118 ו-139 לפרוטוקול).

67. יוסי פלאח, אחד מחבריו של המנוח ששהה בדירה בליל הרצח, העיד כי המנוח נהג לבדוק את מכוניתו כל אימת שעמד להיכנס אליה (עמוד 1201 לפרוטוקול) וכי הם עמדו לעבור מדירת ההימורים לדירה אחרת, מכיוון שהיה "יותר מידי חשוף" והדירה כבר לא התאימה למנוח מבחינה בטחונית. כמו כן העיד פלאח כי המנוח אמר לו שהוא רוצה לשכור שומרי ראש. חנניב העיד אף הוא כי לעיתים היה המנוח בודק מתחת למכונית אם הוצמדו לה מטענים (עמוד 19). אלון אבאייב, ששימש כנהגו של המנוח, אישר כי בדק מתחת למכונית, כחלק משגרת הבוקר (עמוד 174).

68. חנה חיון, בעלת הדירה העידה כי רצתה שהחבורה תעזוב, והבינה מהם כי מכל מקום בכוונתם לעזוב, כי "הבית הזה שרוף מבחינתם" (עמוד 1229). חנה, שכנה של בעלת דירת ההימורים, העידה אף היא כי היא זוכרת שבעלת הבית אמרה להם שעליהם לעזוב ושאריות אמר שבכל מקרה הבית הזה "שרוף" מבחינתם (עמוד 1227). אציין עוד, כי שלומי העיד שבמהלך כל החקירה שנערכה לו לא שוחחו עמו כלל על אפשרות אחרת מזו שהמשיב הוא הרוצח (עמוד 445-446).

69. על סמך האמור לעיל, קבע בית המשפט המחוזי כי הן עדי תביעה, הן עדי הגנה, העידו על סכסוכים מרים של המנוח עם גורמים שונים, בין היתר על רקע נושא ההימורים. עוד נקבע כי המנוח נזקק לשומר ראש, ואף נהג לבדוק את מכוניתו מחשש למטעני-חבלה, וכי אין להוציא מכלל אפשרות כי "בין המנוח ובין מוריס היו חילוקי דעות וכעסים על רקע ניהול ההימורים בפיצוציה" (פסקה 366 להכרעת הדין).

ו. הערכתו של בית המשפט את הראיות השונות ודרך ניתוחן

עדויות של דינה

70. יחסו של בית המשפט המחוזי לעדויותיהם של עדי המדינה, דינה ושלומי, היה מורכב. אשר לעדותה של דינה קבע בית המשפט כי הגישה המגוננת שנקטה דינה כלפי מוריס מטילה דופי בגרסתה לפיה שלומי הוא שביקש ממנה לנתק את המצלמות. גישתה המגוננת התבטאה בניסיונה "לבסס את נוכחותו [של מוריס] בבית שלומי בליל הרצח" (פסקה 311 להכרעת הדין), תוך שהסתירה את העובדה שבאותו לילה יצא מוריס כמה פעמים מבית שלומי. בית המשפט המחוזי ציין כי לחובתה של דינה עבר פלילי, לרבות בעבירות של מרמה ושיבוש הליכי משפט. כמו כן התברר כי התקשרותה של המשטרה עם דינה לצורך הפעלתה כסוכנת הופסקה בשל בעיות באמינותה. בית המשפט המחוזי קבע כי מעדותה של דינה ניכר, כי "האמת לא הייתה נר לרגליה" (פסקה 314). נוכח זאת, לא קיבל בית המשפט את גרסתה בנוגע לשאלה מי ביקש ממנה לנתק את הכונן, ובעניין שיחתה עם שלומי יום לאחר הרצח. עם זאת, בית המשפט קיבל את גרסתה לעניין זיהוי המשיב בסרטי האבטחה וקבע כי "בליל הרצח, עד אשר עזב הנאשם את בית שלומי כשהוא רוכב על האופנוע, הוא היה לבוש מכנסיים וחולצה בצבע כהה ונעליים בצבע לבן" (פסקה 316 להכרעת הדין). הטענה שהתבססה על דבריה של דינה בעדותה, כי המשיב נעלם לאחר הרצח לפרק זמן של שבועיים נזנחה בסיכומי הצדדים, ולפיכך לא ראה בית המשפט צורך להכריע בעניין זה (שם).

עדויות שלומי

71. נקבע כי מעמדו של שלומי כעד מדינה מתייחס רק לעדותו באשר לאישום השני שעניינו בסיוע לאחר מעשה הרצח, ולא לעדותו בנוגע לעבירת הרצח עצמה, אשר לה לא היה שותף. מכאן שדרישת הסיוע חלה רק על עדותו לעניין מעשי הסיוע לאחר הרצח ולא על עדותו הנוגעת ל"תחילת הודיה" של המשיב באוזניו על הרצח עצמו (פסקה



72. לצורך שקילת מהימנותה של העדות, עמד בית המשפט על אישיותו של שלומי, נסיבות שינוי גרסתו, החתימה על הסכם עד המדינה, ובחינת גרסתו לגופה. בית המשפט המחוזי קבע כי - "התמונה הכוללת, המורכבת מהתרשמות בלתי אמצעית משלומי בבית המשפט, מעברו הפלילי, בין היתר, בעבירות מרמה, מהתנהלותו בדרך כלל ומהאופן שבו הוא שינה את גרסתו (בעיקר בנושא בקשת הסרת הכונן), מתקבלת תמונה של אדם שהאמת אינה נר לרגליו" (פסקה 330 להכרעת הדין). לאור זאת נקבע כי ההחלטה אם להאמין לחלקי גרסתו השונים מחייבת בדיקה אל מול שאר הראיות בתיק.

#### גרסת המשיב

73. גם ביחס לגרסת המשיב, עמדת בית המשפט לא הייתה חיובית. בית המשפט קבע בהכרעת הדין, כי "חקירתו של הנאשם במשטרה נערכה על פי הוראות הדין" (פסקה 357) תוך שהחוקרים אפשרו לו פעמים רבות להיוועץ בעורך דין ולמסור את גרסתו ביחס לחשד הכבד שגובש נגדו. למרות זאת, המשיב לא שיתף פעולה עם חוקריו ו"למעשה בשום שלב בחקירתו לא נשמעה מפי הנאשם זעקת חפות כלשהי. לאורך כל חקירותיו לא מסר הנאשם גרסה מסודרת ועניינית המתייחסת למעשיו בליל הרצח. כמו כן, לא התקבלה מפיו התייחסות עניינית ורצינית לשאלות נוקבות שהוצגו לו, שחלקן הסתמכו על חומר ראיות שנאסף". חקירות המשיב - "הסתכמו באי שיתוף פעולה, שתיקות וכן תירוצים מתירוצים שונים, כגון עייפות ודיסלקטיות, כדי להסביר את התחמקותו מהתייחסות עניינית לשאלות" (שם).

74. בית המשפט המחוזי דחה את הסבריו של המשיב, לפיהם פעל בעצת באת-כוחו, שהנחתה אותו להתייחס רק לאותם דברים שלגביהם הופנה לראייה ממשית. נקבע כי המשיב לא ישם את עצת באת-כוחו בתום לב, וכי "מצופה מנאשם החדור תחושת חפות, שיזעק זאת בחקירתו...זכותו של הנאשם לשתוק במשטרה, ואולם הפועל היוצא ממימוש זכות זו הוא שבסופו של דבר הגרסה שנמסרת בבית המשפט היא כבושה, מאחר שהיא ניתנת לאחר שכל ראיות המאשימה כבר ידועות, על כל המשתמע מכך" (פסקה 362 להכרעת הדין).

75. אשר לגרסתו של המשיב בבית המשפט, נדחו טענותיו כי לא רצה לחשוף את שהייתו עם מלי בליל הרצח או את פגישתו עם האשה האלמונית כדי שלא לפגוע ביחסיו עם אשתו. עוד ציין בית המשפט המחוזי, כי בניגוד לעמדתו של המשיב במענה לכתב האישום, שאז אמר כי אין בפיו טענת אליבי, בפועל טען כי היה במקום אחר באותו לילה: הגעתו לבית רותם כדי לקחת הלוואה, והגעתו לבית בעל האופנוע כדי להחזיר את האופנוע. סירובו של המשיב למסור את פרטי בעליו הנטענים של האופנוע, שיכול להיות עד הגנה חשוב, "מטילה אף היא צל כבד על אמינות גרסתו" (פסקה 363).

76. ככלל התרשם בית המשפט המחוזי כי מדובר בגרסה כבושה מצדו של המשיב, בסוגיות רבות (פסקה 363 להכרעת הדין), וכי גרסה זו "אינה מעוררת אמון, וזאת בלשון המעטה" (פסקה 365). בית המשפט התייחס במיוחד להצטברותן של הראיות, וקבע כי "אין הסבר מניח את הדעת מפי הנאשם להצטברות של כל האירועים באותו לילה: שתי השיחות עם חדד, שעל פי התרשמותי ביטא בהן הנאשם נחישות לפגוש במנוח באותו לילה, נהיגתו על האופנוע 'המסתורי', קבלת מכשיר הטלפון הנייד של נטלי, תוך מסירת גרסה מבולבלת ובלתי אמינה לגבי מכשירי טלפון שהיו ברשותו באותו לילה. הגרסה שלפיה מלכתחילה הוא קבע להיפגש עם אלמונית בהרצליה, ובהקשר זה ההסבר התמוה

שלו לרצונו להודיע לה שהוא מאחר, הגם ששלומי אמר לו שהם צפויים להתעכב בבית חזן מספר דקות. אין בגרסת הנאשם כדי לספק הסבר משכנע ל'מקרייות' בהבאת הכוון לבית חזן בדיוק בה בעת שהוא התקלח והחליף את בגדיו. לגבי החלפת הבגדים - גם אם בפועל נשפך על הנאשם דבר מה, ניתן לסבור שלא היה זה מעשה תמים, כי אם צעד שיאפשר לנאשם להחליף בגדים, פעולה שלגביה מציב הסברו של הנאשם סימני שאלה לא מעטים" (פסקה 365).

ניתוח הראיות הנסיבתיות בהכרעת הדין

77. בית המשפט המחוזי ציין כי בהתאם לפסיקה, הרשעה על סמך ראיות נסיבתיות תעשה בשלושה שלבים: "בשלב הראשון, כל ראיה נבחנת כשלעצמה כדי לקבוע אם ניתן להשתית עליה ממצא עובדתי. בשלב השני, נבחן מארג הראיות כולו לצורך קביעה האם מכלול הראיות מוביל להסקת מסקנה מפלילה שהינה תולדה של הערכה מושכלת של הראיות, בהתבסס על ניסיון החיים והשכל הישר. בשלב השלישי, עובר הנטל לכתפי הנאשם על מנת שישכנע באמיתות גרסתו ויפריך את ההנחה המפלילה העומדת נגדו. לאחר מכן יבדוק בית המשפט האם מכלול הראיות הנסיבתיות שולל מעבר לכל ספק סביר את גרסתו והסברו של הנאשם" (ההדגשה במקור - נ' ס') (פסקה 368 להכרעת הדין).

78. במסגרת ישום השלב הראשון סוכמו כלל הראיות הנסיבתיות שלחובת המשיב, בהתאם לממצאים העובדתיים שנקבעו. בין היתר צוינו דבר חובו של המשיב למנוח והעימות ביניהם, התנהלות המשיב בבית שלומי ויציאתו מן המקום רכוב על אופנוע סמוך לשעת הרצח, שיחות הטלפון בין המשיב לבין חדד, הגעת המשיב ל'פיצוציה' ונסיעתו לביתו של חזן ברמת גן, ניתוק הטלפון והשימוש בטלפון חלופי, ניתוק מצלמות האבטחה בבית שלומי, והחלפת הבגדים בבית חזן.

79. במסגרת ישום השלב השני קבע בית המשפט המחוזי כי "לאחר בחינת מכלול הראיות, באתי לכלל מסקנה כי מכלול הראיות אינו מוביל למסקנה המרשיעה מעבר לספק סביר... מכלול הראיות הנסיבתיות יוצר ומגבש ענן כבד וסמיך של חשד כלפי הנאשם, ואולם אין במכלול זה כדי להביא למסקנה המרשיעה מעבר לכל ספק סביר" (פסקה 371 להכרעת הדין). בית המשפט ציין כי גרסתו של שלומי נדחתה בשני נושאים מהותיים - הטענה כי המשיב הוא זה שביקש את הסרת הכוון, והטענה לקיומן של התלחשויות בינו לבין המשיב, אשר מהן השתמע שהמשיב הוא היורה. לשיטת בית המשפט המחוזי, אכן עולה מן הממצאים, כי המשיב היה נתון בלחץ רב עקב הסכסוך עם המנוח, ובכך יש להצביע על מניע אפשרי לביצועו של הרצח, ואולם מהראיות עולה גם דבר קיומם של סכסוכים נוספים בין המנוח לבין אנשים אחרים, ובכללם מוריס. כמו כן מנה בית המשפט את הראיות המפלילות נגד המשיב ובהן התנהלותו בליל הרצח; תנועותיו סביב המכונית ששימשה להובלת הכוון מאוחר יותר; יציאתו על אופנוע מבית שלומי; נחישותו לפגוש במנוח, ונסיעתו לבית חזן שם החליף את בגדיו. מנגד קבע בית המשפט כי שני נתונים מרכזיים וחשובים אינם מתיישבים עם מארג הראיות: העובדה כי תיאורו של היורה אינו מתאים למראהו של המשיב, כאשר היורה הוא אדם גבוה בעוד המשיב נמוך יחסית, וכן העובדה שהמשיב יצא מבית שלומי לכיוון דירת ההימורים על אופנוע שצבעו בהיר, בעוד שהיורה נמלט מהזירה כשהוא נוהג באופנוע שצבעו כהה. לדעת בית המשפט המחוזי, משקלן המצטבר של הראיות נגד המשיב אינו מספיק לצורך הסקת מסקנה מפלילה מעבר לספק סביר, וזאת מאחר והתשתית הראייתית הקיימת מבססת גם את אפשרות קיומה של תזה חלופית - "העובדה שגם לאחרים היה מניע אפשרי לפגוע במנוח, וכן העובדה שתיאורו של היורה אינו מתאים למראהו של הנאשם, כמו גם העובדה שהאופנוע עליו נמלט היורה אינו האופנוע עליו רכב הנאשם בליל הרצח, מצביעות על היתכנות תזה חלופית לתזה המרשיעה" (פסקה 371 להכרעת הדין).

80. אשר לגרסתו של המשיב ציין בית המשפט המחוזי, כי "אכן, שתיקתו של הנאשם, גרסתו הכבושה, הסבריו שחלקם הגדול אינם מתקבלים על הדעת כמו גם הימנעותו מלהביא עדי הגנה (הדברים אמורים בעיקר בבעלים של האופנוע אותו החזיר הנאשם לדבריו בליל הרצח ובחורה עמה עמד הנאשם לדבריו להיפגש בהרצליה), מעמיקים

ומעבים את החשד כנגדו. ואולם, כאמור, לא צלחה המאשימה את השלב השני של הבדיקה התלת שלבית, כך שההתרשמות השלילית ממהימנות הנאשם, אין בה כדי למלא את החסר הראייתי, ולגרום להרשעתו מעל לספק סביר" (שם, ההדגשה אינה במקור - נ' ס').

81. בנוסף קבע בית המשפט המחוזי כי במסגרת ראיות ההגנה הועלתה מסה משמעותית של ראיות המעבות את היתכנותה של תזה חלופית אפשרית. בין היתר צוינה האפשרות שמוריס הוא זה שביצע את הרצח, בעקבות הסכסוך בינו לבין המנוח על רקע עסקי הימורים, בשים לב להתנהלותו בליל הרצח, לעובדת היותו אדם גבוה המתאים לתיאורו של היורה, לעובדה כי נצפה נוהג על אופנוע כהה, ובהתחשב גם בחשד שהחזיק באקדח. בנוסף לאלה ציין בית המשפט המחוזי, כי ההגנה הביאה עדות לפיה מוריס הוא זה שהתקשר לדינה וביקש ממנה לדאוג לניתוק הכונן, וכמו כן ציין את ניסיונותיה הבלתי נלאים של דינה לגונן על מוריס ולהסתיר את דבר יציאתו מבית שלומי באותו לילה.

82. בית המשפט הצביע על כך שמכלול הראיות מעלה חשדות כבדים, תהיות ונושאים בלתי פתורים בהתייחס להתנהלותו המשיב בליל הרצח. ואולם, חרף עוצמת החשד וההתרשמות השלילית ממהימנותו, קבע בית המשפט כי הקשיים הראייתיים שהועלו מותרים ספק סביר בדבר אשמתו של המשיב, ולפיכך החליט לזכותו מחמת הספק (פסקאות 372-373 להכרעת הדין).

#### עיקרי טענות המערערת

83. מכאן הערעור, בגדרו טוענת המערערת כי נפלה שגגה לפני בית המשפט המחוזי באופן ניתוח הראיות שהובאו לפניו. המערערת סבורה כי המסקנה לפיה מכלול הראיות בתיק אינו צולח את השלב השני בבדיקה התלת-שלבית יסודה בטעות. מקורה של השגיאה, לטענת המדינה, "ברף הראייתי שהציב בית המשפט לשלב זה - רף של 'מסקנה מרשיעה מעבר לספק סביר'", בעוד שלשיטתה - "הרף שנקבע בפסיקה לשלב האמור הוא של 'מעורבות לכאורית' או 'הנחה מפלילה' לביצוע העבירות" (עמוד 2 לעיקרי הטעון מטעם המערערת).

84. לשיטת המערערת, התשתית הראייתית שהוצגה בתיק מגבשת מסקנה מפלילה ביותר למעורבותו של המשיב ברצח שיוחס לו - מעל ומעבר לרף שנקבע בפסיקה לצליחת השלב השני. המערערת מפנה למכלול העובדות המפלילות את המשיב, ובעיקר לאלו הנוגעות למעשיו בסמוך לביצוע הרצח ובתכוף לאחריו. בכלל עובדות אלו מציינת המערערת את המניע של המשיב לפגוע במנוח, יציאתו מבית שלומי כשהוא לבוש בבגדים כהים וחבוש בקסדה כ-14 דקות לפני הרצח, כשכיוון נסיעתו לרמת פולג; שיחת הטלפון השנייה שבה בירר אם המנוח נמצא בדירה, והעובדה כי היה נחוש לפגוש את המנוח באותו לילה כפי שקבע בית המשפט המחוזי; ניתוק מכשיר הטלפון הנייד שבבעלותו בסמוך לאחר שיחת הטלפון השנייה, והעובדה כי מכשיר זה נעלם, ומאז אותה שיחה לא בוצעה ממנו כל שיחה נוספת; העובדה שבחלוף כ-30-40 דקות לאחר הרצח לא החזיק עוד המשיב באופנוע, כאשר לפי גרסתו הוחזר האופנוע לבעליו בשעה 01:30, כעשר דקות לאחר הרצח, וכי האופנוע האמור לא נמצא עד היום; העברת הטלפון הנייד של נטלי לרשותו, ועצירה לשם רכישת כרטיס "סים" חדש; שיחת הטלפון שקיים שלומי תוך כדי הנסיעה לרמת גן, במהלכה ביקש מדינה לנתק את כונו מצלמות האבטחה; בקשתו של שלומי מחזן להגיע "בדחיפות לביתו" סביב השעה 03:00 בלילה, על רקע אמירתו של חזן במשטרה כי שלומי הפנה אותו "שיקרא באינטרנט"; ולבסוף העובדה כי המשיב התקלח והחליף בגדים בבית שאינו מוכר לו ובגדיו ונעליו המקוריים לא נמצאו מעולם.

85. המערערת סבורה כי הצטברותן של הראיות האמורות יוצרת תשתית ראייתית המפלילה את המשיב באופן מובהק. לטענתה, אין בכוחם של שני הנתונים שאינם מתיישבים עם תשתית זו - גובהו של היורה וצבע האופנוע, כדי לפגום במסקנה המפלילה הנדרשת לשלב זה. על אף שהמערערת הדגישה כי אין בדעתה לבקש התערבות בממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט, בכל זאת ציינה כי לצורך אומד משקלם יש להביא בחשבון את מידת השכנוע החלשה שהפינו העדים בסוגיות אלה, העובדה שהעדים השונים העריכו את גובה היורה בצורה שונה, הלחץ שבו היו נתונים העדים, והעובדה כי היורה היה חבוש קסדה, שהוסיפה לו מימד נוסף של גובה. עוד טוענת המערערת כי שגה בית המשפט המחוזי בנותנו משקל כה רב לצבע האופנוע, שכן האירוע התרחש בשעת לילה מאוחרת, רק חלק מהאופנוע הוא בצבע אפור והיתר כהה, נקודת התצפית של העד הייתה בעייתית והוא תאר בעצמו את מצבו בעת שהבחין באופנוע - כי היה במנוסה היסטורית, כשהוא נופל תוך כדי ריצה.

86. כל אלו מובילים למסקנה, לטענת המערערת, כי שגה בית המשפט הנכבד קמא כשלא ראה לבסס את ההנחה המפלילה על שורת הממצאים העובדתיים הקונקלוסיביים האמורים, אשר נקבעו על-ידו בהכרעת הדין.

87. המערערת טוענת כי הבחינה שערך בית המשפט המחוזי בדבר 'המסקנה המרשיעה מעבר לספק סביר', מקומה בשלב השלישי בתהליך הבדיקה הנ"ל, והיא אמורה להתגבש "ממכלול הראיות בתיק, ובכלל זה ראיות ההגנה וההסבר החלופי שהוצע על ידי הנאשם לתשתית הראייתית הלכאורית נגדו" (עמוד 2 לעיקרי הטיעון). בנסיבות העניין דנן, לשיטתה של המערערת, שגה בית המשפט כשלא זקף לחובת המשיב את שתיקתו בחקירה במשטרה, את גרסאותיו הכבושות, את אי-מתן ההסבר החלופי המתבקש על-ידו להתנהגותו המפלילה בליל הרצח, את ההתרשמות השלילית ממהימנותו, ואת הימנעותו מלהציג ראיות מזכות שהיו אמורות להיות בהישג ידו. עוד מציינת המערערת כי המשיב לא השמיע זעקת חפות כלשהי - "ולמעשה 'שיחק' עם חוקריו משחק 'פוקר', כשהוא חושף את 'קלפיו' רק בנסיבות שהיה בהן לדעתו כדי לשרת את ענייניו... המשיב שב והתנה את מתן תשובותיו בחקירה המשטרתית בהצגת הראיות המפלילות נגדו בנושאים הרלוונטיים, ותשובותיו ניתנו מתוך חישוב קר-רוח של תועלת-עלות העשויים לצמוח לו מהן" (עמוד 10 לעיקרי הטיעון). לכך מצטרפת הימנעותו של המשיב מלהציג ראיות ולזמן עדי הגנה חיוניים ביותר. התנהגות זו, מהווה לשיטת המערערת, הן ראיית חיזוק, הן ראיית סיוע, לתשתית הראייתית הקיימת נגד המשיב.

88. אשר לתזה החלופית שהועלתה בהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי, לפיה מוריס הוא זה שביצע את הרצח, נטען כי כוחה הראייתי של התזה החלופית שהוצעה הוא לכל היותר להצביע גם על מעורבותו של אדם נוסף - מוריס - בביצוע הרצח, ואולם אין בה כדי להסביר אף אחת מן הנסיבות המפלילות שנמנו בתיק, ואין בכוחה לשלול את מעורבותו של המשיב בביצוע הרצח. המערערת מבקשת להדגיש כי היא מתבססת אך ורק על הראיות שהתקבלו על-ידי בית המשפט, וכי ערעורה נסוב על הערכה לוגית והסתברותית של התשתית הראייתית שנקבעה בהכרעת הדין, המאפשרת מתחם התערבות רחב יותר של ערכאת הערעור. על סמך הטעמים האמורים, מבקשת המערערת כי נבטל את הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי, ונרשיע את המשיב במעשה הרצח שבו הואשם.

עיקרי טענות המשיב

89. המשיב תומך יתדותיו בהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי, על סמך נימוקיה, ומבקש לדחות את הערעור.

90. אשר לטענות המערערת נגד אופן בחינת הראיות, טוען המשיב כי המערערת אכן לא צלחה את השלב השני

בבדיקת התשתית הראייתית הנסיבתית, כפי פסיקת בית המשפט המחוזי, וזו אינה מגבשת מסקנה מפלילה במידה המצדיקה את העברת הנטל אל כתפי המשיב. זאת, בעיקר בשל חוסר ההתאמה המשווע, לטענת המשיב, בין תיאור דמותו של היורה לבין המשיב. לטענתו, הממצאים בדבר גובהו של היורה וצבע האופנוע הם חד-משמעיים ואין להתערב בהם. המשיב מטעים כי מדובר בפגמים היורדים לשורש העניין, וכי הפרכות שמציגה המערערת בערעור נדונו במפורש על-ידי בית המשפט המחוזי ונדחו. במסגרת זו מוסיף המשיב ומונה נקודות אי-התאמה נוספות שעלו במסגרת הראיות אך לא נקבע לגביהן ממצא, ובהן הטענה כי צבע החולצה של המשיב כחול ושל היורה שחור, כי הירי נעשה ביד שמאל בעוד המשיב הוא ימני, וכי קולו של היורה לא זוהה כקולו של המשיב, והעובדה שהיורה גם לא חשש לדבר למרות שנכחו במקום אנשים המכירים אותו. כל אלו מובילים, לדעת המשיב, לחוסר היתכנות של האפשרות כי הוא זה שביצע את הרצח, ולפיכך אין מקום כלל לעבור לשלב השלישי של בבדיקת הראיות הנסיבתיות.

91. המשיב מוסיף וטוען כי גם התנהגותו עובר לרצח, אף אם היא נראית תמוהה, אינה יכולה להפוך למסכת מסבכת בפני עצמה במסגרת השלב השני. לשיטתו, לכל התנהגות שתוארה ניתן הסבר חלופי. בעניין זה הוא מפנה לכך שמהראיות עלה כי הוא לא היה חלק מהשותפות של שלומי ומוריס ב'פיצוציה', וכן כי הובטח לו מפורשות על-ידי דני בן סימון כי יקבל את הכסף על מנת לשלם את חובו. לטענת המשיב, כל רצונו היה להחזיר את הכסף על מנת להמשיך ולהמר, וכי גם התנהלותו לאחר האירוע, כאשר במקום לברוח הישר להרצליה, ניגש ל'פיצוציה', שתה והתנהג כרגיל, אינה עולה בקנה אחד עם התנהגות של רוצח. המשיב מוסיף כי תחת הישיבה ב'פיצוציה' היה יכול לגשת לדירתו הנמצאת בסמוך ולהחליף את בגדיו, ולא היה צריך לנסוע לרמת גן לשם כך, ובוודאי שלא היה מחליף לבגדים הדומים לבגדים שבהם נעשה הרצח. עוד הוא מכחיש את טענת המערערת בעניין שתיקתו, ומפנה לזעקות החפות שזעק לדבריו במהלך החקירה. לפי טענתו, השתיקה המתמשכת בחקירה היא תוצאה של עצת עורכת-דינו, ותחושתו שכיוון חקירת המשטרה הוא מגמתי, על יסוד הודעותיהם של שני עדי מדינה בעלי עניין אשר בסופו של דבר נקבע בבירור כי אינם מהימנים. בכל הנוגע לאי-הבאת עדי ראיה, טוען המשיב כי אין להם כל רלבנטיות, וכי לא היה מקום להעידם, משום שהדבר היה גורם לפגיעה מיותרת בהם. אשר להצטברות הראיות השונות נטען כי אין מדובר בצירוף יחודי אלא בהעלאת ספקולציות והשערות חסרות ביסוס, אשר אינן מספיקות כדי להתגבר על כך שכלל עדי הראייה הצביעו על כך שהמשיב אינו מתאים לתיאורו של היורה.

92. בעיקרי הטיעון מטעמו, מונה המשיב את המחדלים שנפלו לטענתו במהלך חקירת הרצח, ובין היתר את העובדה כי המשטרה התעלמה מכך שלמנוח היו סכסוכי-דמים עם גורמים עברייניים רבים ורציניים הרבה יותר, מאשר אותו חוב פעוט של המשיב (חני ג'רבי, חיים חזן והאחים ישאייב). לטענת המשיב, המשטרה ביכרה להתבסס על עדויותיהם של דינה ושלומי, שהוכרו כשקריות על-ידי בית המשפט, כדי לחקור אך ורק את החשד כלפי המשיב, ואילו חשודים אחרים כלל לא זומנו לחקירה. אשר לתזה החלופית שהועלתה, מזכיר המשיב כי גם מוריס היה מסוכסך עם המנוח, גובהו מתאים לתיאורו של היורה, מוריס היה חמוש באקדח ורכב על אופנוע כהה, יצא מהבית תוך הפרת תנאי 'מעצר בית' והשאיר את הטלפון בבית, לשם ביצוע פעילות עבריינית, וכשפניו מועדות לרמת פולג, בה שכנה דירת ההימורים. על-פי הראיות, אף הוא ביקש לדאוג לניתוק הכונן, וגם האקדח והאופנוע שלו נעלמו כלא היו. גם דינה חזרה וביקשה לנסות ולגונן על מוריס בכל מחיר, באופן שלא התקבל על דעתו של בית המשפט.

93. אשר לטענת המערערת על כך שאין ראיה כלשהי המערבת את מוריס באופן אישי ברצח, טוען המשיב שכך הוא הדבר גם לגביו. המשיב מזכיר כי לא נעשה חיפוש אחרי האקדח של מוריס, וזאת למרות שמלי כיוונה את המשטרה למקום הימצאו, וכי לא נעשה ניסיון למצוא את האופנוע הכהה שמוריס עשה בו שימוש ולהראותו לעדים הרלבנטיים. אשר לטענת המערערת לפיה גם מבנה גופו הרחב של מוריס אינו מתאים לדמות היורה שתואר כרזה על-ידי עדי

הראייה, טוען המשיב כי אף אחד מהעדים לא תאר את הרוצח כאיש שמן, להבדיל מנושא הגובה שתואר על-ידם במדויק. בעניין זה טוען המשיב כי כשם שהמערערת טוענת שניתן לפרש את הראיות האמורות כמאמצים של מוריס לסייע למשיב בביצוע הרצח, ניתן באותה מידה לטעון שהראיות האחרות מלמדות על מאמצים של מוריס ושלומי דווקא לסבך את המשיב ("פספוס" הפניה, בחירת בגדים הדומים דווקא לבגדי היורה, ועוד).

## דיון והכרעה

94. למקרא חוזר ונשנה של הכרעת הדין, לאחר שקילת טיעוני ב"כ הצדדים בערעור – אלו שבכתב ואלו בעל-פה, ובחינתן לעומק של הראיות שבתיק, לאחר לבטים מורכבים, ולא בלי ספק (סביר...), סבורני כי דין הערעור להידחות, וכי אין מקום להתערבות במסקנתו הסופית של בית המשפט המחוזי; גם אם את ניתוח הראיות הנסיבתיות ניתן לעשות באופן שונה במקצת.

## הרשעה על סמך ראיות נסיבתיות

95. בדיונונו בטענות המערערת בערעור שלפנינו, נלך בתלם אשר נחרש על-ידי בית משפט זה בפסיקתו הענפה, בהיזקו לשאלה מהו מעמדן של ראיות נסיבתיות, ואיזו היא הדרך הראויה לבחינתן לשם הרשעה בפלילים.

96. הראיות הנסיבתיות, מעצם טיבן, הן ראיות אשר אינן מוכיחות במישרין את העובדות המהוות בסיס לעבירה. תחת זאת, הן מבססות עובדות אחרות, אשר מהן ניתן להסיק מסקנה בדבר התקיימות העובדות הטעונות הוכחה בדרך של היסק לוגי (ע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד מקדאד, פ"ד נו(5) 221, 227 (2002); ע"פ 6167/99 יעקב בן שלוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 577, 586-587 (2003) (להלן: "עניין בן שלוש"); ע"פ 2102/04 סלים קייס נ' מדינת ישראל (28.5.2007), פסקה 6 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקציה (להלן: "עניין קייס"); ע"פ 2661/13 בחרידין יחייב (18.2.2014), פסקה 36 (להלן: "עניין יחייב"); ע"פ 9710/10 משה הילל נ' מדינת ישראל (7.11.2012), פסקה 59 (להלן: "עניין הילל")). לפיכך, בהסתמכות על ראיות נסיבתיות טמונים קשיים אינהרנטיים, אשר תוארו באחת הפרשות באופן הבא:

"ראייה ישירה מוכיחה עובדה מסוימת במישרין, באמצעות הצגת חפץ, מסמך, או עדות אדם אשר קלט אותה בחושי. הראייה הנסיבתית נבדלת מן הראייה הישירה בכך שהיא אינה מוכיחה במישרין עובדה מן העובדות הטעונה הוכחה, אלא מוכיחה קיומה של נסיבה שממנה, על דרך היסק הגיוני, ניתן להסיק את דבר קיומה של העובדה הטעונה הוכחה. שתי צורות ההוכחה, הישירה והנסיבתית, הינן דרכים קבילות להוכחת עובדות. עליונותה של הראייה הישירה על פני הראייה הנסיבתית משתקפת בכך שנילווה לה אך יסוד אחד של קושי – החשש מפני שיקריות הראייה. קושי זה נילוה גם לראייה הנסיבתית, אולם לכך מצטרף קושי נוסף – הטעות האפשרית שבהיסק הגיוני מהראייה הנסיבתית לעובדה שמבקשים להוכיח" (עניין בן שלוש, 586).

97. על אף הקושי המתואר, קבע בית משפט זה פעמים רבות, כי כוחן הראייתי של ראיות נסיבתיות אינו נופל מכוחן הראייתי של ראיות ישירות, ועל אלה כאלה ניתן להשתית הרשעה בפלילים. עם זאת נקבע כי לאור מהותן של ראיות אלו, הליך הסקת המסקנה המפלילה מראיות נסיבתיות מורכב יותר מזה של ראיות ישירות (בג"ץ 2534/97 ח"כ יונה יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 15, 15 (1997) (להלן: "עניין יהב"). בכדי להתמודד עם הקושי הנוסף הקיים

בבחינתן של ראיות נסיבתיות, השתרשה בפסיקה מתודה לבחינה זו, המכונה בדיקה תלת-שלבית:

"הליך הסקת המסקנה המפלילה מהראיות הנסיבתיות הוא תלת-שלבי: **בשלב הראשון** נבחנת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה כדי לקבוע אם ניתן להשתית עליה מימצא עובדתי; **בשלב השני** נבחנת מסכת הראיות כולה לצורך קביעה אם היא מערבת לכאורה את הנאשם בביצוע העבירה, כאשר הסקת המסקנה המפלילה היא תולדה של הערכה מושכלת של הראיות בהתבסס על ניסיון החיים ועל השכל הישר. המסקנה המפלילה עשויה להתקבל גם מצירופן של כמה ראיות נסיבתיות אשר כל אחת בנפרד אמנם אינה מספיקה לצורך הפללה, אך משקלן המצטבר מספיק לצורך כך; **בשלב השלישי** מועבר הנטל אל הנאשם להציע הסבר העשוי לשלול את ההנחה המפלילה העומדת נגדו. הסבר חלופי למערכת הראיות הנסיבתית, העשוי להותיר ספק סביר באשר להנחה המפלילה את הנאשם, די בו כדי לזכותו. בית-המשפט מניח את התזה המפלילה של התביעה מול האנטי-תזה של ההגנה ובוחן אם מכלול הראיות הנסיבתיות שולל מעבר לכל ספק סביר את גירסתו והסברו של הנאשם (ע"פ 497/92 נחום (קנדי) נ' מדינת ישראל, בפסקה 5) (ע"פ 9372/03 עמוס פון וייזל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 745, 753-754 (2004); כן ראו עניין קייס, פסקה 7; עניין הילל, פסקה 58; עניין ירב, 15; עניין יחיב, פסקה 37).

השלב הראשון אינו שונה למעשה מן הבחינה הנעשית ביחס לראיות ישירות, והוא מטפל ביסוד הקושי המשותף לשני הסוגים - החשש כי הראייה אינה אמת. בשלב הראשון נבחנות עוצמתן, מהימנותן ודיותן של הראיות שהובאו בכדי לבסס ממצא עובדתי מסוים.

98. השלב השני והשלישי הם השלבים המיוחדים לבחינתן של הראיות הנסיבתיות, והם אלו שנועדו לטפל בקושי הנוסף המיוחד להן - זה המתייחס למסקנה הלוגית הנובעת מהממצאים העובדתיים שנקבעו. לעניין זה ראוי לזכור ולהזכיר כי אין הכרח להראות שכל אחת מהראיות הנסיבתיות מספיקה כשהיא לעצמה להרשעת הנאשם. המסקנה המרשיעה יכולה להיות תולדה של צירוף כמה ראיות נסיבתיות, אשר כל אחת בנפרד תהיה "מחשידה" בלבד (עניין יחיב, פסקה 38). יתכן מצב שבו לכל ראיה כשלעצמה ינתן הסבר תמים ופשוט, שיש בכוחו לנקות מחשד במה שנוגע לאותה ראיה. ואולם, ככל שתהיינה הראיות מגוונות יותר, חזקות יותר ומשתלבות האחת עם רעותה, יחברו יחדיו חלקיו של התצרף ("פאזל") עד לקבלת התמונה הכוללת, אשר אף אם אינה שלמה ואין בה מענה לכל שאלה ושאלה, עדיין היא מאפשרת הסקת מסקנה הגיונית ברמה שמעבר לספק סביר בהתבסס על הגיון החיים והשכל הישר, כאשר הצטברותן של כל הראיות הללו באופן שאינו אלא צירוף מקרים איננה מתקבלת על הדעת (ע"פ 6073/11 משה סגל נ' מדינת ישראל (11.6.2012), פסקה 21 (להלן: "עניין סגל"); ע"פ 351/80 שלמה כהן ברוך חולי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 477, 484 (1981); ע"פ 6864/03 מיכה ("פפה") רוקנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 657, 668-667 (2004)). ביחס לכך נאמר באחת הפרשות:

"אמנם ישנם 'חללים' מסוימים בסיפור המעשה כפי שאירע. ואולם, בהכרעת הדין אין חובה לספק הסבר לכל מה שהיה או לא היה ואין חובה לפתור את כל 'החידות' העולות. מלאכת הרכבת התמונה הכוללת המצטיירת מן הראיות, איננה מחייבת שכל אבני תמונת ההרכבה 'יימצאו' ויונחו במקומן. די בכך שהמעין בתמונה המורכבת מאבני תמונת ההרכבה הקיימות, אף שאינן מלאות, יוכל לקבוע בוודאות: אני רואה בית, אני רואה עץ, אני רואה שמיים. די בכך שבית המשפט הקובע את העובדות, אף שלא כל רכיביה של תמונת ההרכבה מצויים לנגד עיניו, יהיה מסוגל להרכיב את

חלקיה המהותיים של התמונה, אף שלא את התמונה המלאה לפרטי פרטיה. אכן, התמונה אינה מלאה, אך היא תמונה מספקת" (ע"פ 4354/08 מדינת ישראל נ' יעקב רבינוביץ' (22.4.2010), פסקה 50 (להלן: "עניין רבינוביץ'").

על-פי התפיסה שהשתרשה בפסיקה, במסגרת השלב השני די בכך שכלל הראיות יסבכו את הנאשם, באופן המקיים מסקנה לכאורית לפיה הוא אכן ביצע את העבירות שיוחסו לו, כמסקנה סבירה ממשטם של דברים (עניין יב, 15). בשלב זה יועבר הנטל הטקטי לכתפיו של הנאשם, על מנת שיוכל להעלות ספק סביר בדבר אשמתו. מהו מהותו של ספק סביר זה?

על הספק הסביר ביחס לראיות נסיבתיות

99. קיומו של ספק סביר, ככל שהוא נוגע לראיות נסיבתיות מפלילות, משמעו כי ניתן להסיק מן הראיות הנסיבתיות הסבר אפשרי אחר השולל אחריות פלילית. "כדי לקבוע ממצא מרשיע על בסיס ראיות נסיבתיות, נדרש כי שילובן יוביל למסקנה מפלילה **כמסקנה סבירה אפשרית יחידה**. בהתקיים מסקנה סבירה אפשרית אחרת, שהיא ממשית ואינה דמיונית, שאין בה כדי הפללת הנאשם, דינו לצאת זכאי" (עניין קייס, פסקה 6 וההפניות שם (ההדגשות שלי - נ' ס'); ראו גם ע"פ 2406/09 שלמה אלבו נ' מדינת ישראל (15.9.2010) פסקה 13 לפסק דינה של כב' הנשיאה (בדימוס) ד'ביניש וההפניות שם (להלן: "עניין אלבו"); עניין בן שלוש, עמוד 587; ע"פ 10479/08 פלוני נ' מדינת ישראל (11.6.2009), פסקה 22 לפסק דינו של כב' השופט י' דנציגר (להלן: "עניין פלוני"). אמת מידה מחמירה זו היא פועל יוצא של הרף הגבוה הנדרש לשם הרשעה בפלילים בכלל, מחמת חומרתה של הרשעה ותוצאותיה הקשות, ולאור הכרת הפסיקה בקושי הקיים בהרשעה על סמך ראיות נסיבתיות בלבד בפרט.

100. עם זאת, בתי המשפט חזרו והדגישו כי על ההסבר המועלה על-ידי הנאשם להיות מתקבל על הדעת, ולא הסבר מאולץ או תאורטי (ע"פ 16/82 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 309, 316-317 (1982); עניין אלבו, פסקה 14). על ההסתברות להתקיימותה של האפשרות האחרת, להיות מהותית ולא זניחה, צריך שתהיה לה אחיזה סבירה בחומר הראיות, ועליה לעמוד במבחני השכל הישר וניסיון החיים (ע"פ 3914/05 איתן אחרר נ' מדינת ישראל (10.11.2008), פסקה 14 וההפניות שם (להלן: "עניין אחרר"). יתר על כן, הסבר תמים לכל ראייה נסיבתית בפני עצמה אינו מספק, משום שהמסקנה המרשיעה מושתתת על בחינת הראיות כמכלול. לפיכך, על הנאשם להציע גרסה שלמה, המתייחסת למכלול הראיות נגדו. גם אם הנאשם אינו מציע הסבר מזכה, על בית המשפט לבחון מיוזמתו-שלו הסברים אפשריים כאלה. בית המשפט נדרש לבחון גם גרסאות שאינן מתיישבות עם טענות ההגנה (עניין יחיב, פסקה 39). את הבדיקה האמורה במסגרת השלב השלישי תאר כבוד הנשיא א' גרוניס בלשון זו:

"כדי לבסס מסקנה מרשיעה על ראיות נסיבתיות, נדרש כי התרחיש העובדתי המפליל יהא התרחיש היחיד המתיישב עם הראיות. לשם כך, כפי שצינו חבריי, יש להעמיד את התרחיש המרשיע אל מול התרחישים האלטרנטיביים ולבחון את ייתכנותו של כל אחד מהם על פי המארג הראייתי הנסיבתי. רק אם מגיע בית המשפט למסקנה חד משמעית, כי התרחיש המרשיע הוא התרחיש היחיד המתיישב עם חומר הראיות הנסיבתי, פתוחה הדרך להרשעה. יודגש, עם זאת, כי על מנת ליצור ספק סביר אין די בהעלאת תזה עובדתית מזכה קלושה ודמיונית. נדרש, כי התזה העובדתית החלופית תהא סבירה ותהיה לה אחיזה בחומר הראיות (ראו, ע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נו(5) 221, 228, מול האות ג (2002); ע"פ 409/89 מדינת ישראל נ' רוימי, פ"ד מד(3) 465, 471, מול האות ז (1990)). נקודה נוספת שיש להדגישה היא, כי בחינת השאלה האם התרחיש המרשיע



מתחייב מעבר לכל ספק סביר מן הראיות הנסיבתיות צריכה להיעשות ביחס לכלל הראיות הנסיבתיות. ייתכן מצב בו לגבי כל אחת מן הראיות הנסיבתיות יהיה בפי הנאשם הסבר בלתי מפליל סביר, אולם הצטברותן של הראיות הנסיבתיות יחדיו תביא למסקנה כי התרחיש המרשיע הוא האפשרות הסבירה היחידה הבאה בחשבון" (עניין רבינוביץ', פסקה 2 לפסק דינו).

101. למותר להזכיר, כי לנאשם עומדת גם האפשרות לעורר ספק סביר בראיות הנסיבתיות במסגרת הבחינה בשלב הראשון, בדומה לראיות הישירות, דהיינו להצביע על הקשיים הקיימים במהימנותן או ביכולת ההתבססות עליהן לשם קביעת הממצא העובדתי. הספק הסביר שתואר לעיל מקומו במסגרת השלב השני והשלב השלישי, שכן הוא מבקש לערער את אלמנט ההיסק הלוגי מן הראיות הנסיבתיות אל המסקנה המפלילה.

102. מן הראוי לציין עוד, כי המתודה התלת-שלבית המתוארת לעיל היא ביטוי לשיטה המכונה "שיטת ההסתברות האינדוקטיבית". שיטה זו מבקשת לבדוק אלו ראיות חסרות להוכחת הקשר בין העובדות המוכחות לבין העובדה הטעונה הוכחה, ומהו משקלן של הראיות החסרות בהתייחס לראיות הקיימות. בית המשפט מנסה לענות על שאלה זו באמצעות ניסיון החיים והשכל הישר, בדרך של אלימינציה של הפירושים האפשריים המתיישבים עם חפותו של הנאשם, בהתחשב בכלל מארג הראיות המונח לפני בית המשפט (יניב ואקי, "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש", הפרקליט מט (תשס"ה) 463, 494-492).

103. שיטה זו הועדפה בפסיקה על פני שיטה הסתברותית מתמטית, שבה נמדדת שכיחותם של המקרים בהם הופיעו העובדות המוכחות (הראיות הנסיבתיות) במשותף עם העובדות הטעונות הוכחה (העובדות המפלילות), ומתקבלת תשובה מתמטית באשר לשיעור אי-הוודאות, ולסבירותו האפשרית של תרחיש שכזה שיתקבל באופן של צירוף מקרים (ע"פ 3974/92 מוריס אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 565, 570-569 (1993)). השימוש ההסתברותי-מתמטי מקובל כיום ביחס לראיות חפציות טכניות הקשורות לזיהוי של אדם, כגון טביעת אצבע או חומר גנטי (לביקורת על כך ראו מרדכי הלפרט ומשה פרדס, "האמנם ניתן להרשיע על סמך ראיה מדעית יחידה? המקרה של טביעת האצבע וראיית ה-DNA", עיוני משפט ל (2007) 399). מנגד, יש הסבורים כי ניתן להרחיב שיטה זו גם באופן כללי לבדיקת ההסתברות לאשמתו של אדם בהינתן צירוף עובדות מסוים (ראו רון שפירא, "שימוש בטכניקות הסתברותיות לזיהוי אנשים על סמך ראיות נסיבתיות", פלילים ב (1991) 113; דורון מנשה, "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותזה בדבר מקצועיות השפיטה", הפרקליט מג (תשנ"ז) 83, 87-86 ה"ש 11 ו-15 (להלן: "מנשה")).

104. לעיתים נתפסת הראיה הנסיבתית כלא יותר מאשר כלי הוכחה משני, בבחינת הכרח בל יגונה. היו שטענו כי הרשעה על סמך ראיות נסיבתיות נתפסת בעיני הציבור כסוג של "הימור", גם כאשר קיימות ראיות למכביר, וזאת מטבע אופיה האינדוקטיבי של ההרשעה (מנשה, 121). דומה כי יש מקום לפקפק בעמדה זו, בין היתר לאור העובדה כי אפילו ההבחנה בין ראיות נסיבתיות לבין ראיות ישירות אינה חדה ובהירה עוד כיום כבעבר (דורון מנשה ורביע עאסי, "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה", משפטים לה (תשס"ה) 205, 209; עוד ראו בנושא זה רון שפירא, "המודל ההסתברותי של דיני הראיות - חלק א: ביקורות מסורתיות", עיוני משפט יט (1994) 205). מכל מקום, עמדת ההלכה הפסוקה בעניין זה היא ברורה, ולפיה ניתן להתבסס על ראיות נסיבתיות לשם הרשעה בפלילים, תוך היזקקות לבדיקה התלת-שלבית הנ"ל.

מבט למורשת

105. גם מעיניהם של חכמי המשפט העברי לדורותיהם לא נעלם הקושי הטמון בהתבססות על ראיות נסיבתיות. ראיתם של דברים בצוויה של התורה עצמה, בה נקבע כי אדם יורשע דווקא באמצעות עדות ישירה: "על פי שנים עדים או שלשה עדים יומת המת" (דברים יז, ו). מכאן פסקה ההלכה מפורשות כי אין הולכים אחר אומדנא בדיני עונשין:

"כיצד מאיימין את העדים? על עדי נפשות היו מכניסין אותן ומאיימין עליהן שמא תאמרו מאומד, ומשמועה, עד מפי עד ומפי אדם נאמן..." (משנה, סנהדרין ד, ה).

וכפי הסברו של התלמוד הבבלי:

"תנו רבנן: כיצד מאומד? אומר להן שמא כך ראיתם שרץ אחר חבירו לחורבה ורצתם אחריו ומצאתם סייף בידו ודמו מטפטף והרוג מפרפר, אם כך ראיתם לא ראיתם כלום" (בבלי, סנהדרין לז, ב)

106. בהמשך הדברים מובא גם סיפורו של ר' שמעון בן שטח, על אודות הכרעה בעניין של רציחה, שהתבססה על ראיות נסיבתיות בלבד:

"תניא: אמר רבי שמעון בן שטח: אראה בנחמה (לשון שבועה - נ' ס'), אם לא ראיתי אחד שרץ אחר חבירו לחורבה, ורצתי אחריו, וראיתי סייף בידו, ודמו מטפטף, והרוג מפרפר, ואמרתי לו: רשע, מי הרגו לזה, או אני או אתה? אבל מה אעשה, שאין דמך מסור בידי, שהרי אמרה תורה: 'על פי שנים עדים או שלשה עדים יומת המת'. היודע מחשבות יפרע מאותו האיש שהרג את חבירו. אמרו: לא זזו משם, עד שבא נחש והכישו, ומת" (שם).

אף-על-פי שהראיות הנסיבתיות שהובאו לפני ר' שמעון בן שטח היו מוכחות וחד-משמעיות, עדיין על-פי דין תורה לא ניתן היה להכשירן כראיות קבילות וודאיות כפי הנצרך לצורך הרשעה. דברים אלו נפסקו להלכה על-ידי הרמב"ם:

"אין בית דין עונשין באומד הדעת, אלא על-פי עדים בראייה ברורה. אפילו ראוהו העדים... ועל זה וכיוצא בו נאמר: "ונקי וצדיק על תהרג" (שמות כג, ז)" (רמב"ם, משנה תורה, הלכות סנהדרין כ, א).

107. במקום אחר הסביר הרמב"ם הלכה זו, בהתייחסו באופן מפורש לקושי שבהסקת מסקנה מרשיעה אך ורק מראיות נסיבתיות התלויות בשכלו הישר ובאומד דעתו של הדיין:

"האזהרה שהוזהרנו מלהוציא לפועל את העונשים 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 ומפרפר, ושונאו הרודפו עומד עליו כשהסכין בידו ושניהם מגואלים בדם הרי אין הסנהדרין הורגים רודף זה על דרך קיום העונש כיון שאין שם בירור בעדים שראו את הרציחה... ואל יקשה בעיניך דבר זה ואל תחשוב שזה דין עוול - לפי שהדברים האפשריים יש מהם שאפשרותם

קרובה מאד, ומהם שאפשרותם רחוקה מאוד, ומהם בינוניים בין אלו, וה'אפשר' רחב מאד. **ואילו הרשתה תורה לקיים עונשים באפשר הקרוב מאד, אשר כמעט קרוב למחויב המציאות כדוגמת מה-שהזכרנו, כי אז היו מקיימים את העונשים במה שהוא יותר רחוק מזה ובמה שהוא עוד יותר רחוק, עד שיקיימו את העונשים וימיתו בני אדם בעוול באומדן קל לפי דמיון השופט. לפיכך סתם יתעלה את הפתח הזה וציוה שלא יקיים שום עונש אלא עד שיהיו שם עדים המעידים שברור להם אותו המעשה, ברור שאין בו שום ספק, ואי אפשר להסבירו אחרת בשום אופן. ואם לא נקיים את העונשים באומדן החזק מאד - הרי לא יוכל לקרות יותר משנפטר את החוטא; אבל אם נקיים את העונשים באומדן ובדימוי אפשר שביום מן הימים נהרוג נקי - יותר טוב ויותר רצוי לפטר אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים" (רמב"ם, ספר המצוות, מצות לא תעשה, רצ; ראו גם ספר החינוך, מצווה פב) (ההדגשות שלי - נ' ס').**

עינינו הרואות, כי כעמדה עקרונית (ומעשית) פוסל המשפט העברי הפלילי "הקלאסי" את ההיזקקות לראיות נסיבתיות, וזאת, על-פי הרמב"ם מתוך חשש ל"מדרון חלקלק" אשר יאפשר הקלות בהיקשים הלוגיים, מהם קצרה הדרך להרשעת שווא של חפים מפשע (Irene M. Rosenberg & Yale L. Rosenberg, 'Perhaps What Ye Say is Based Only on Conjecture - Circumstantial Evidence, Then and Now', 31 *Houston L.R* 1371 (1995)). מן הראוי לציין, כי להבדיל מהדין הפלילי, לרוב הדעות השימוש ב"אומדנא" באופנים מסוימים תקף ומקובל בדיני ממונות, או בדיני מעמד אישי (על ההבדל בין דיני ממונות לדיני נפשות ראו ביד רמ"ה, סנהדרין ד', 78); חיים ש' חפץ, "מקומן של ראיות נסיבתיות במשפט העברי" משפטים א (תשכ"ח) 67; יהושע בן-מאיר, "ראיה נסיבתית במשפט העברי", דיני ישראל יח (תשכ"ה) 87; גבריאל הלוי, תורת דיני הראיות א' (2013) 126-127; יעקב שפירא, "ועד אין בה - על ראיות נסיבתיות", גיליונות פרשת השבוע (משרד המשפטים) (פרשת נשא, תשע"ד)). לעניין זה יש הסבורים כי גם לפי דין תורה יש להבחין בין עבירה פלילית שעונשה מוות (כגון רצח), לבין עבירות פליליות אחרות, וזאת עקב הציווי המפורש של "ונקי וצדיק אל תהרג". כזאת היתה פרשנותו של הרב אשר וייס, אשר הוזכרה בפסיקת בית משפט זה בעבר על-ידי חברי, השופט א' רובינשטיין (ראו ע"פ 7367/05 שלמה יוסף נ' מדינת ישראל (5.7.2007) פסקה ז(13); ע"פ 1707/08 אלי אריש נ' מדינת ישראל (25.11.2008), פסקה יח); הדברים קיבלו ביטוי גם בדברי חברי השופט נ' הנדל בע"פ 2884/12 אופיר חביבה נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (18.6.2014). עמדה זו משיקה לדין המודרני על מקומו של עונש מוות במשפט הפלילי, על חומרתו ואי-הפיכותו (אהרן קירשנבאום, בית דין מכין ועונשין (תשע"ג) 140-142 (להלן: "קירשנבאום")). מכל מקום, על-פי פרשנות זו, כאשר העונש על עבירה מסוימת הוא עונש מאסר, אפילו מאסר עולם, ניתן להרשיע על-פי ראיות נסיבתיות גם בהתאם לדין העברי (משה דרורי, "לא תרצח - הוכחת רצח על-פי ראיות נסיבתיות, משרד המשפטים, גיליונות פרשת השבוע (משרד המשפטים) (פרשת ואתחנן, תשע"ג) (להלן: "דרורי").

108. העמדה דלעיל משקפת כאמור את העמדה העקרונית על-פי דין תורה. עם זאת, עוד בשלהי ימי הבית השני בטלה סמכותן השיפוטית של הערכאות הפליליות היהודיות שפעלו על-פי דין זה. יש אומרים שהדבר היה פרי החלטתם של חכמי הסנהדרין אשר התקשו להתמודד עם הפשיעה הגואה, ויש הסבורים שסמכות זו הופקעה מהיהודים על-ידי השלטון הרומאי. בין כך ובין כך, בד בבד עם ביטולה של סמכות זו צמחה מערכת פלילית ישומית חדשה אותה קבעו חכמים, ואשר לפיה נהגו במשך הדורות (על ההבדל והיחסים בין המשפט העברי הקלאסי-הרמנויטי לבין המשפט העברי היישומי ראו קירשנבאום, 54-82, וכן אהרן אנקר, עיקרים במשפט הפלילי העברי (תשס"ז) 51). מערכת זו נבדלה באופן משמעותי מדין תורה, ועשתה במשפט הפלילי העברי מהפכה של ממש. במילותיו של כב' השופט מ' אלון בע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 113, 166 (1980) (להלן: "עניין נגר"):

סמוך לסיום תקופת התנאים אנו שומעים על קביעת עיקרון - שעל-פיו נהגו עוד שנים רבות לפני כן (ראה, דרך משל, המעשה המובא בשם שמעון בן שטח, ספרי (פינקלשטיין), דברים, כי תצא, פיסקא רכא - שהכניס שינוי מהותי במשפט הפלילי העברי, הן מבחינת דיני העונשין והן לענין סדרי הדיון והראיות שבדיון הפלילי.

'תניא: ר' אליעזר בן יעקב אומר: שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה' (יבמות צ, ב, סנהדרין, מו, א, וירושלמי, חגיגה, פרק ב, הלכה ב, הנוסח הוא: "שמעתי שעונשין שלא כהלכה ועונשין שלא כתורה").

על פי עיקרון זה מותר לו לבית הדין לדון שלא על-פי הדין שבתורה בכל התחום הנרחב של דיני עונשין וסדרי הדיון הפלילי, אם צורכי השעה מחייבים זאת, והדבר הוא 'למיגדר מילתא' (יבמות, שם), היינו, כדי לגדור בפני עושי עוולה ועבריינים. לשם כך הפעילו בתי הדין, וכן ראשי הציבור על-פי סמכותם להתקין תקנות הקהל, חקיקה מסועפת בדרך של תקנות שהותקנו בכל הדורות ובכל התקופות על רקע של נסיבות דתיות, חברתיות, כלכליות ומוסריות שונות. תקנות אלה, שמבחינה פורמלית, נאמר עליהן שהותקנו כ'הוראת שעה', משום 'שהשעה היתה צריכה לך' וכיוצא מביטויים אלה, היו למעשה לחלק מהותי של כלל ההלכה העברית, ומובאים ונידונים הם בספרי הלכותיה, ובמיוחד בקובצי תשובותיה... חקיקה זו העניקה סמכות נרחבת בקביעת עונשים פליליים ובהסדרת דרכי דיון התואמים את צורכי השעה והחברה, אגב אזהרה כפולה ומכופלת, שלא לקפח על ידם יותר מן ההכרחי, את צלם האדם וכבודו. וכך מסכם הרמב"ם, לאחר שהוא קובע תחילה סמכות נרחבת זו שבידי חכמי ההלכה בתחום המשפט הפלילי, את חובתם בהפעלת סמכות זו: 'כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה; ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו'.

109. עקרון זה פתח לפני חכמי המשפט העברי לאורך הדורות גם את האפשרות להרשעה על-פי ראיות נסיבתיות, הלכה למעשה (קירשנבאום, 493). הריב"ש, ר' יצחק ב"ר ששת ברפת (אלג'יר, המאה ה-14) פסק כי ניתן להרשע נאשמים ברצח ובלבד שיהיו "ראיות חזקות ואמתלאות אמיתיות":

"עתה אין הרשות נתונה בידי בית דין לדון בדיני נפשות רק בהורמנא דמלכא (=ברשות הניתנת מטעם המלך, השלטון הכללי) וצריך לאמת הדין אף בעיני שופטי הארץ שלא מבריתנו, למען לא יחדונו בדנים לא בצדק ולא במשפט. גם כי עתה בזמנינו זה מה שדנין בדיני נפשות הוא לפי צורך השעה, שהרי בטלו דיני נפשות, אלא שבית דין מכין ועונשין שלא מן הדין לפי צורך השעה ואף שלא בעדות גמורה, כל שידעו באמתלאות ברורות שעבר העבירה. לזה נהגו לקבל הודאת פי העובר אף בדיני נפשות למען יתברר הדבר גם מתוך דבריו, עם קצת אמתלאות אם אין עדות ברורה" (שו"ת הריב"ש, רנ"א - צוטט בעניין נגר, 168, דרורי).

110. הרב משה בן יוסף שיק, הידוע כמהר"ם שיק (הונגריה, 1807-1879), עסק גם הוא בדבר חובתה של הקהילה לתמוך באישה שהורשעה ברצח על-ידי השלטון ההונגרי בהתבסס על ראיות נסיבתיות. בתשובתו הארוכה הוא מדגיש את חשיבותו של המשפט הפלילי וחיוניותו של ביעור הרע. על אף שהוא מזכיר כי לפי דין תורה אין להרשיע אדם בראיות נסיבתיות, יחד עם זאת אין הדבר כך כאשר דנים על-פי הורמנא דמלכא, דהיינו על פי הסמכות שהוענקה מידי השלטון לשם תיקון העולם. סמכות זו רלבנטית הן כאשר מדובר במלכי אומות העולם, הן בשלטון הישראלי (שו"ת מהר"ם שיק, חלק ב' חושן משפט, נ', וראו קירשנבאום, 580). גם הרשב"א (ר' שלמה בן אדרת, ספרד, המאה ה-13) דן בשאלה בדבר הרשעה בהתבסס על עדים פסולים לעדות, וכן על סמך הפללה עצמית של נאשם. בתשובתו ציין הרשב"א כך:

"דברים אלו נראין פשוטים בעיני, שאתם רשאים לעשות כפי מה שנראה בעיניכם. שלא נאמרו אותן הדברים שאמרתם [שאינן להרשיע על סמך ראיות כאלה] אלא בבית דין שדין על פי דיני תורה כסנהדרין או כיוצא בהם. אבל מי שעומד על תיקוני מדינה אינו דן על הדינים הכתובים בתורה ממש, אלא לפי מה שהוא צריך לעשות כפי השעה ברשיון הממשלה, שאם לא כן, אף הם לא יקנסו בגוף ולא בממונ... " (שו"ת הרשב"א, חלק ד' סימן שי"א).

דברים דומים נכתבו על-ידי פוסקים נוספים, כגון ר' יהודה בן הרא"ש (ספרד, המאה ה-14-13, שו"ת זכרון יהודה, יח), המהר"ם מלובלין (פולין, המאה ה-16, שו"ת המהר"ם מלובלין, קלח) ועוד (ראו דרורי, עניין נגר, 168-171). ברוח זו נפסקה גם הלכה לדורות:

"אף על-פי שאין דנין בחוצה לארץ דיני נפשות ודיני מכות ולא קנסות, אם ראו בית דין שצורך שעה הוא שהם פרוצים בעבירות - דנין בין מיתה בין ממון בין כל מיני עונש... ונראה שאפילו אין בדבר עדות גמורה שהיה מתחייב על פיהם בדין, בשעה שהיו דנין דיני נפשות, אלא שיש רגלים לדבר וקלא דלא פסיק - אם נראה לדיין שיש צורך השעה לדונו בכך, הרשות בידו" (ר' יעקב בר אשר, ארבעה טורים, חושן משפט, ב; דברים דומים נכתבו בקיצור גם בשולחן ערוך, חושן משפט, ב).

111. פסיקה יסודית זו משקפת הבנה כי לשם השגת התכלית היסודית של המשפט הפלילי - שמירת הביטחון האישי והסדר הציבורי, לא ניתן עוד לעמוד בדרישות הראייתיות החמורות של עדות ראייה ישירה וברורה. משום צרכי השעה לעיתים יש להיזקק לראיות נסיבתיות, בדרך של אומדנא. עם זאת, כפי שהטעים כב' השופט מ' אלון:

"כדי למנוע את החשש שירשיעו על-פי 'אמדן קל לפי דמיון השופט', נשנתה, וחזרה ונשנתה הדרישה, שהעדות, גם אם אינה ישירה וברורה, צריך שתהא כזאת שהדיינים 'נראה להם שהענין אמת' (שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן, רעט) ודנים כאשר דנים רק 'כאשר יתאמת' 'ושתהיה כוונתם לרדוף הצדק והאמת בלבד, בלא שתוף כוונה אחרת' (שו"ת זכרון יהודה, עט). מתוך כך הותרה במשפט העברי קבלת עדותם של עדים קרובים ופסולים על-פי דין, של הפללה עצמית אם יש עמה 'קצת אמתלאות' התומכות בה, ושל עדותנסיבתית בקשר להרשעת אדם ברצח, כאשר אין ספק בקשר למותו של הקרבן (עניין נגר, 171).

גישתו-זו של המשפט העברי, המכירה בצורך המעשי בשימוש בראיות נסיבתיות מחד גיסא, ומבקשת להיזהר בהן עד מאד ולהכיר את מגבלותיהן מאידך גיסא, ראויה היא לשמש לנו כמקור השראה גם ביישמו את ההלכות הנוהגות בעניין זה בדין הפלילי הישראלי.

מבט מעבר לים

112. הזהירות בראיות נסיבתיות מושרשת היטב גם במסורת המשפטית האמריקאית. הטענה המרכזית של המבקרים היא כי כוחן הראייתי של ראיות אלו חלש באופן אינהרנטי, משום שאנשים נוטים לתת להן משקל רב מדי, בעיקר בעבירות אלימות, ומכיוון שהשימוש בהן הוביל בעבר לעשיית עוול במשפט (ראו J. Bentham, *Rationale of Judicial Evidence V*, ch. XV, § IV, at 249 (Hunt & Clarke ed. 1827); *Cockle's Cases and Statutes on*

*Evidence* 63 (8th ed. L. Sturge 1952); *Phipson on Evidence* § 4 (12th ed. 1976); W. Wills, *an Essay on the Principles of Circumstantial Evidence* 16 (1st ed. 1838); S. Phillips, *Famous Cases of Circumstantial Evidence* [4th ed. 1904].

בשנת 1850 דן בית המשפט העליון בארצות הברית בערן של ראיות נסיבתיות בעניין *Commonwealth v. Webster* (59 Mass. 295 [1850]). נשיא בית המשפט, השופט Shaw, עמד על היתרונות ועל החסרונות הגלומים בהיזקקות לראיות נסיבתיות. הוא הסביר כי כאשר עומד חבר מושבעים מול ראיות נסיבתיות, הבנתן עלולה להיות נגועה ב"דעות קדומות או נטולות דיון ושיקול דעת נדרש", ובסופו של דבר להביא למסקנות פזיזות ושגויות (Id., 312). כתוצאה מכך קבע בית המשפט העליון כי על מנת לבסס הרשעה, אין די בכך שהראיות הנסיבתיות יבססו אפשרות חזקה של אשמה, אלא על כלל הראיות לשלול, באופן מוחלט, כל מסקנה אחרת למעט זו המפלילה (Id. 319). כך הונחו השופטים להורות למושבעים לשקול את הראיות הנסיבתיות באופן מחמיר זה.

113. הכלל שנקבע בעניין *Webster* שלט ברמה במשך יותר ממאה שנים, עד שנת 1954, כאשר דן בית המשפט העליון האמריקאי בפרשת *Holland v. United States* (348 U.S. 121 [1954]). בעניין זה הורשעו בני-זוג בניסיון להעלמת מס הכנסה. מאחר והראיות נגדם היו ברובן ראיות נסיבתיות, טענו הנאשמים כי הם זכאים לכך שבית המשפט ינחה את המושבעים ברוח הכלל שנקבע בפרשת *Webster* (Id., 139). בניגוד לעבר, סבר בית המשפט העליון כי הנחיה זו אינה רק מיותרת, אלא אף מבלבלת ובלתי נכונה, וזאת לאור העובדה שהמושבעים מונחים ממילא לקבוע הרשעה רק במקרה שבו הוכחה אשמה מעבר לספק סביר (Id. 140). עוד נקבע כי ראיות נסיבתיות אינן שונות באופן מהותי מראיות המבוססות על שמיעת עדים, ואילו כאלו עלולות להביל לתוצאות שגויות. בעניין אחר הוסיף בית המשפט העליון כי במקרים מסוימים עלולות ראיות נסיבתיות להיות מדויקות יותר ומשכנעות יותר מאשר ראיות ישירות (*Rogers v. Missouri Pac. R. Co.*, 352 U.S. 500, 508 [1957]).

114. על אף עמדתו הברורה של בית המשפט העליון בעניין *Holland* ובעניין *Rogers*, במערכות משפט של מדינות רבות נותרה ספקנות מסוימת בהתייחסות לערן של ראיות נסיבתיות, ובמקרים רבים נמסרות לחבר מושבים הנחיות ספציפיות לדרך הראייה בניתוחן של אלו (*Donald L. Gaffney, 'Note, The Circumstantial Evidence Charge' in Texas Criminal Cases: A Retrograde Doctrine*, 55 *Tex. L. Rev.* 1255, 1278-79 [1977]; *Richard K. Greenstein, 'Determining Facts: The Myth of Direct Evidence'*, 45 *Hous. L. Rev.* 1801 [2009] (להלן: "גרינשטיין"). קולות אחרים טוענים בזכות גישתו של בית המשפט העליון בעניין *Holland*. לדעתם ניתן לומר כי כל ראייה, בין ישירה, בין נסיבתית, מתבססת הלכה למעשה על "תיווך" של שיפוט לוגי והסקת מסקנות, באופן שלא ניתן לנתקו מן העובדות. זאת, מאחר שאין כל ראייה אשר תביא את העדים למגע ישיר עם העובדות הדרושות. לפי גישה זו, כל קביעה עובדתית שהיא, בין אם היא מתבססת על ראייה ישירה או ראייה נסיבתית, מערבת בתוכה מימד של פרשנות (גרינשטיין, 1802).

115. מכל מקום, כיום, בדומה למשפט הנוהג בישראל, גם בארצות הברית נקבע כי הרשעה יכולה להתבסס באופן בלעדי על ראיות נסיבתיות, כאשר מכלול הראיות מבסס את אשמת הנאשם מעבר לספק סביר (*State v. Russel*, 294 American Jurisprudence, Second Edition §1390 (1993); 294 American Jurisprudence, Second Edition §1390 (1993); 294 American Jurisprudence, Second Edition §1390 (1993); 294 American Jurisprudence, Second Edition §1390 (1993)). כוחה של הראייה הנסיבתית, כך נפסק, אינו נופל מזה של הראייה הישירה, כאשר הדגש אינו על כל ראייה בפני עצמה, אלא על כלל הראיות (2009) *State v. Beavers*, 290 Conn. 386, 963 A.2d 956 (2009). לפיכך, על הראיות הנסיבתיות מכלול ליצור שרשרת שלמה אשר תוליך באופן ברור להרשעת הנאשם (*State v. Reed*, 737 N.W.2d 572 (Minn.)).

(2007).

116. בפסיקת בתי המשפט גובשו אמות-מידה אפשריות לבחינת הראיות הנסיבתיות, אשר אחדות מהן דומות למבחן התלת-שלבי שנפסק להלכה בישראל. כך נקבע, כי ראשית לכל על בית המשפט לקבל את הראיות שהובאו על מנת להוכיח את הנסיבות עצמן, אשר מהן מתבקשת המסקנה המפלילה (State v. Fairbanks, 842 N.W 2d 297 (Minn. 2014)). אחד המבחנים שהוצעו הוא כי על מכלול הראיות הנסיבתיות לשלול כל גרסה חלופית סבירה לגרסה המפלילה שגובשה (State v. Durand, 963 So. 2d 1028 (La. Ct. App. 5<sup>th</sup> Cir. 2007); Beckford v. State, 964 So 2d 793 (Fla. Dist. Ct. App. 4<sup>th</sup> Dist. 2007)). עם זאת, הודגש כי אין צורך לשלול כל חלופה תיאורטית אפשרית, אלא אך ורק חלופות רציונליות המתיישבות עם כל הראיות שהוצגו (State v. Tabaldi, 77 A3d 1124 (N.H. 2013)). מנגד יצוין, כי היו בתי משפט שדחו את המבחן האמור וסברו כי אין צורך בשלילת חלופות אחרות. לשיטתם של בתי משפט אלה, ראיות נסיבתיות מהותיות וחזקות יכולות לבסס הרשעה כשהן לעצמן, במידה והן משכנעות מעבר לספק סביר (U.S. v. Rayborn, 495 F. 3d 328, 74 Fed. R. Evid. Serv. 44 (6<sup>th</sup> Cir. 2007); State v. Turrubiates, 25 Ariz. Appz 234, 542 P/2d 427 (Div. 2 1975); State v. Sivo, 925 A.2d 901 (R.I. 2007)).

117. בדומה למשפט האמריקאי, גם המשפט האנגלי הכיר בכך שלעיתים הראיות הנסיבתיות הן ראיות טובות ביותר בנסיבות העניין, וכי אין בכך שמדובר בראיות נסיבתיות כדי להחליש את כוחן הראייתי (R. v. Taylor, Weaver and Donovan, 21 Cr.App.R. 20, CCA). יחד עם זאת נקבע, כי יש להתייחס אליהן בזהירות הראויה, מחמת הסיכון להרשעת חפים מפשע. כך פסק הלורד Normand בפרשת Teper v. R. [1952] A.C. 480 at 489, PC.

“circumstantial evidence] must always be narrowly examined, if only because]”  
evidence of this kind may be fabricated to cast suspicion on another...It is also  
necessary before drawing the inference of the accused’s guilt from circumstantial  
evidence to be sure that there are no other co-existing circumstances which  
”would weaken or destroy the inference

בהתאם לגישה זו נפסק כי לשם הרשעה על בסיס ראיות נסיבתיות לא נדרשת השתלבות גרידא עם ראיות אחרות, אלא העלאת מסקנה ברורה מתוך כלל הראיות שהובאו לפיה אכן יש להרשיע את הנאשם (HM Advocate v) (L, 2008 S.C.C.R. 51, at [18]; Smith v HM Advocate, 2008 S.C.C.R. 235).

118. מהמבט אל המשפט המשווה עולה תמונה המכירה בכך שאין מנוס מלהיזקק לראיות נסיבתיות. יחד עם זאת, תשומת לב מיוחדת נדרשת על מנת להכיר במגבלותיהן ובהיותן נסיבתיות בלבד, וכפועל יוצא מכך גם לבחון תחת "זכוכית מגדלת" את המסקנות הלוגיות המוסקות מהן, את חוזקן ומהימנותן, לבל יצא דבר פגום תחת ידינו.

גדר התערבות ערכאת הערעור

119. בטרם נשוב להתמקד בטענות ב"כ הצדדים בערעור שלפנינו, נבהיר את גדר ההתערבות של ערכאת הערעור בתיק המבוסס על ראיות נסיבתיות. גם בפרספקטיבה זו יש להבחין בין שלבי הניתוח השונים. השלב הראשון עוסק בניית חוזקה ומהימנותה של כל ראיה בפני עצמה. בשלב זה עומד על כנו הכלל הרגיל שבו נטייתה של ערכאת

הערעור תהא להימנע מלהתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית. שונים הם פני הדברים כאשר מדובר בשלב השני והשלישי, שעניינם בביצוע ההיסק הלוגי מן התשתית העובדתית שנקבעה. בשלבים אלו פוחתת הסתייגותה של ערכאת הערעור מהתערבות בקביעותיה של הערכאה הדיונית. זאת לאור העובדה שלשם הסקת המסקנות מהמצאים העובדתיים אין כוחה של ערכאת הערעור נופל מזה של הערכאה המבררת (עניין רבינוביץ', פסקה 6; עניין יחיב, פסקה 40; עניין פלוני, פסקה 21; עניין סגל, פסקה 22, ע"פ 4510/07 אדוארד סראבוניאן נ' מדינת ישראל (17.1.2008), פסקה 8).

בין השלב השני לשלב השלישי

120. כזכור, עיקר הערעור עומד על הטענה לפיה שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו כי הרף הראייתי הנדרש לשם מעבר השלב השני במסגרת הבדיקה התלת-שלבית הוא רף של מסקנה מרשיעה מעבר לספק סביר. לשיטת המערערת, די בהצבת רף ראייתי של "מעורבות לכאורית" או "הנחה מפלילה" המסבכת את הנאשם לשם העברת הנטל אליו במסגרת השלב השלישי. נוסף על כך טוענת המערערת על כך שבית המשפט המחוזי לא התחשב במסגרת השלב השני בכלל הראיות שהובאו לפניו, ובין היתר בשתיקתו של המשיב בחקירה במשטרה, גרסאותיו הכבושות, אי-מתן ההסבר החלופי המתבקש להתנהגותו המפלילה בליל הרצח, ההתרשמות השלילית ממהימנותו, והימנעותו מלהציג ראיות מזכות שהיו בהישג ידו. לטענתה, אילו היה בית המשפט משקיף על מכלול הראיות במלואן, לא היה נותר כל ספק בדבר אשמתו של המשיב.

121. כפי שצינתי בפתח פרק הדיון וההכרעה, במישור העקרוני סבורני כי הצדק עם המערערת. כהנחת יסוד, יש להכיר בכך שבניגוד לשלב הראשון במסגרת הבחינה התלת-שלבית, מטפלים השלב השני והשלישי יחדיו באותו קושי. שלבים אלו קשורים בטבורם ומהווים חלק מ"תכנית עבודה" כוללת, במסגרת שיטת ההיסק האינדוקטיבי. אכן, ההבדל בין שני השלבים מתבטא בהעברת הנטל "הטקטי" של העלאת תזה לוגית המקשרת בין שלל הראיות מצד אחד למשנהו. ברם, בסופו של דבר שני השלבים מיועדים לוודא כי המסקנה הלוגית המפלילה העולה מכלל הראיות, אכן מצדיקה הרשעה "מעבר לספק סביר".

122. על יסוד האמור, דומני כי אכן אין מקום להציב את הרף הראייתי המקסימלי כדרישה מקדמית כבר במסגרת המעבר מן השלב השני אל השלב השלישי. ככל שאכן מעלה התביעה גרסה המתחשבת בכלל הראיות, והמסבכת את הנאשם במסקנה פלילית מסתברת בהתבסס על מבחני הגיון ושכל ישר (עניין הילל, פסקה 77), מצדיק הדבר העברת הנטל אל כתפי הנאשם, בכדי לשמוע את דבריו ולבחון את גרסתו במסגרת השלב השלישי. דברים דומים אמר בית המשפט גם בע"פ 493/82 מחלוף חמו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 645, 651 (1986) (להלן: "עניין חמו"):

"...כפי שאמרתי למעלה, יוצרת מסכת זאת של עובדות ראייה לכאורה, כי המערער הוא שעשה את המעשה, כמסקנה סבירה לפי פשוטם של דברים. ראייה לכאורה זאת מטילה על כתפיו את החובה להביא ראיה או להמציא הסבר מתקבל על הדעת, שיש בהם כדי לבטל את כוחה המרשיע או שיש בהם, למצער, כדי להתיש את כוחה על-ידי הטלת ספק סביר. וכידוע, בהעדר אמון בהסברו של הנאשם או בהעדר הגיון בתיזה התיאורטית שהוא מעלה, נשמת הבסיס הדרוש ליצירתו של ספק כזה" (ראו גם עניין אחר, פסקה 16 לפיו נדרשת ראיה "לכאורה").



123. כמו כן, על מנת לוודא שגרסת התביעה וגרסת הנאשם תתחרנה על אותו מישור ראייתי, קיימת הצדקה לכך שבית המשפט יתחשב בכלל הראיות המובאות לפניו כבר במסגרת השלב השני, ובין היתר בהתנהגותו של נאשם, בשתיקתו בחקירה או בבית המשפט וכדומה. אציין, כי בעניין חמו שצוטט לעיל התחשב בית המשפט במסגרת השלב השני, בין היתר, גם במודעותו של המערער למשמעויות המפלילות של הראיות ובהתייחסותו אליהן במהלך חקירתו. על מהותו של נטל זה נאמר, כי "אם לא מצליח הנאשם להרים את הנטל הטקטי ולהטיל ספק סביר בראיות נגדו, אזי 'מה שהחל כהנחה לכאורית הופך להנחה מוחלטת, דהיינו למציאות - התנהגותית או מחשבתית'" (עניין אלחרר, פסקה 16).

124. ברם, שטר זה - שוברו בצדו. אמנם, שני השלבים בלתי ניתנים לניתוק מלאכותי, ולפיכך אין צורך כי המסקנה המפלילה שתועלה תהיה מעבר לספק סביר בכדי לצלוח את השלב השני. עם זאת, יש לזכור כי נטל זה הוא נטל טקטי בלבד המוטל על הנאשם, להציג תרחיש חלופי סביר המתיישב עם חומר הראיות ועומד במבחני השכל הישר. נטל טקטי זה אינו משנה את נטלי ההוכחה המקובלים בהליך הפלילי. בסופו של דבר נותר הנטל על התביעה מהחל ועד כלה להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לספק סביר (עניין אלחרר, פסקה 16). כתוצאה מכך, גם עוצמתו של הנטל המועבר אל כתפי הנאשם במסגרת השלב השלישי תושפע מחוזקה של המסקנה המפלילה שהציעה התביעה במסגרת השלב השני: ככל שהמסקנה המפלילה היא חזקה יותר, מגוונת יותר מבחינת הראיות שעליה היא מושתתת ואיננה לוקה בפערים או בשאלות בלתי פתורות, הנטל על הנאשם יהיה כבד יותר, מאחר ויצטרך ליתן הסבר סביר וחזק יותר לכל אחד מחלקי הפאזל. כך למשל קבע בית המשפט בעניין חמו - "ברור, כי במצב זה של עובדות, הכורכות את המערער ברשת שחוריה כה קטנים, היה עליו להביא לפני בית המשפט ראיות של ממש, התומכות בגירסתו זאת" (שם, 652). מנגד, כאשר קיימים פערים משמעותיים בתוך הגרסה המפלילה, על אחת כמה וכמה כאשר קיימים נתונים שאינם מתיישבים עמה, ישפיע הדבר על נכונותו של בית המשפט לקבל גרסאות דחוקות יותר שמעלה הנאשם, כל עוד גרסאות אלו אינן תיאורטיות לחלוטין, והן מתיישבות עם מכלול הראיות, עם ההיגיון ועם השכל הישר. כך נקבע בעניין רבינוביץ': "במסגרת השלב השלישי של בחינת הראיות הנסיבתיות, יש לבחון את ההסבר שמציע הנאשם לנסיבות המפלילות בראי מבחן הספק הסביר. הסברו של הנאשם יוכל להוביל לזיכויו מחמת הספק, אם בהסבר החלופי המוצע על ידו יש כדי להטיל ספק בעוצמת הראיות המפלילות שהציגה המאשימה" (שם, פסקה 69).

125. ברי כי גם לאחר השלב השלישי והצבת שתי הגרסאות זו אל מול זו, נותר השופט עם מצפונו ונדרש להכריע האם כמסקנה כוללת צלחה התביעה את הרף הנדרש בכדי לקבוע כי אדם אשם במעשים שיוחסו לו. מסקנה זו חייבת להיות המסקנה ההגיונית היחידה, ברורה מעבר לספק סביר, וגוברת על כל אפשרות רציונלית אחרת:

"עלינו לזכור כי בדיני נפשות עסקינן, ובכגון דא השופט היושב לדין אינו יכול להסתפק בראיות נסיבתיות שמעלות אך חששות, תמיהות או שאלות באשר להתנהלותו של הנאשם אלא עליו להיות משוכנע מעל לכל ספק סביר כי הנאשם ביצע את המיוחס לו".

...

"נמנה אני עם אלו הסבורים כי על השופט להאזין לקול מצפונו ולזכות את הנאשם שעה שלאחר בחינת כללם של דברים אין הוא משוכנע כי המסקנה היחידה העולה הינה בדבר אשמתו של הנאשם אלא נותר הוא עם ספקותיו אשר מונעים בעדו להורות על הרשעתו של הנאשם" (עניין פלוני, פסקאות 25, 35).

מן הכלל אל הפרט

126. כאמור, על-אף שראיתי לנכון לקבל את עמדתה העקרונית של המערער, ולתקן קמעא את הכרעת הדין של

בית המשפט המחוזי בהתוויית הדרך הראויה לבחינת ראיות נסיבתיות, דומני שבנסיבות העניין שלפנינו אין בכך כדי לשנות את המסקנה הסופית, לפיה נכון היה לזכות את המשיב מחמת הספק.

127. כפי שציין בית המשפט המחוזי בצדק - "... מכלול הראיות הנסיבתיות יוצר ומגבש ענן כבד וסמיך של חשד כלפי הנאשם..." (פסקה 371 להכרעת הדין). על-פי הממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט המחוזי, ובהם אין מקום להתערב, הוכח כי המשיב היה נחוש לפגוש במנוח באותו הלילה, וכי עובר לרצח הוא נע לעבר דירת ההימורים רכוב על אופנוע, תוך שהוא מברר אם המנוח נמצא בדירה. מחשידה מאד היא העובדה כי המשיב "נפטר", בדרך זו או אחרת, ממספר פריטים חשובים: הטלפון, האופנוע והבגדים. למרות ההסבר שניתן לכל אחד מאלה בפני עצמו, הרי שההצטברות היא רבה והעוצמה חזקה.

128. לאלה יש להוסיף את התנהלותו של המשיב במהלך החקירה והמשפט. קשה עד מאד לקבל את הסבריו של המשיב לכל פעולותיו באותו לילה הרה גורל. המשיב לא שיתף פעולה עם חוקרי המשטרה, ועל-פי ממצאי בית המשפט המחוזי, אף חרג מההוראות שניתנו לו על-ידי עורכת דינו. גרסתו, כפי שהועלתה בסופו של דבר בבית המשפט, היא גרסה מאוחרת, כבושה, שלא נתמכה על-ידי עדים חיוניים שאותם היה יכול להביא על נקלה. ומכל מקום, גם בגרסה זו עדיין רב הסתום על הגלוי, על אחת כמה וכמה כאשר נצפות כל הראיות כמכלול, ולא כל אחת בפני עצמה. בכל אלו יש כדי לעבות את החשד שנוצר נגד המשיב, ואת המסקנה המפלילה לכאורה העולה מהראיות הנסיבתיות.

129. ברם, אל מול כל אלו, עומדים מנגד מספר נתונים שאינם מתיישבים עם הגרסה המפלילה של המערערת. אלו הם ממצאיו הברורים של בית המשפט המחוזי בדבר גובהו של היורה וצבעו של האופנוע עליו רכב - נתונים שאינם תואמים את דמותו של המשיב. על אף שהמדינה טענה כי יש להמעיט ממשקלן של ראיות אלו מסיבות אלו ואחרות, כגון מיקומם של העדים, זוויות ראייה, או הטענה כי הקסדה שחבש היורה הוסיפה לו מימד נוסף של גובה - מדובר למעשה בטענות המופנות במסגרת השלב הראשון בבחינה התלת-שלבית, שבו גדר התערבות ערכאת הערעור הוא מצומצם. בנסיבות העניין אינני סבור כי יש הצדקה להתערב בממצאים שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית, בוודאי לאור העובדה שהטענות נדונו על-ידיה ונדחו באופן מפורש. לכך יש להוסיף גם נתונים נוספים שהעלה בא-כוח המשיב, לגביהם דווקא לא נקבע ממצא מפורש (להבדיל מאשר לעניין הגובה והאופנוע), כגון קולו של היורה, הירי שבוצע ביד שמאל, ועוד. דומני שלקולו של היורה יש משמעות רבה בנסיבות העניין. הלה לא חשש לכאורה לדבר באוזני הנוכחים במקום, בדירת ההימורים, באופן שיכל לחשוף את זהותו (ראו על "טביעת עינא דקלא" (= טביעת עין של הקול) במשפט העברי ובמעבדה לזיהוי פלילי של המשטרה: אודי וולף "הידיים ידי עשו - והקול? זיהוי על פי קול" פרשת השבועבראשית 165 (אביעד הכהן ומיכאל ויגודה, עורכים) (תשע"א-2011)).

130. אם נמשיך את דימוי ה"פאזל" המורכב מהראיות הנסיבתיות (עניין רבינוביץ', פסקה 50) הרי שמעבר לחללים בשולי הפאזל, נמצאת תבניתו העיקרית והמרכזית - קישורו של המשיב לאירוע הירי עצמו - חסרה, ואף נתקלת בראיות המטילות ספק באשר לדמות-דיוקנו של המשיב כרוצח, ספק שאין ניתן לבטלו. במצב עניינים זה, על יתר הראיות המפלילות להיות חזקות במיוחד. שלא כבית המשפט המחוזי, מוכן אני להניח כי בנסיבות העניין ובהתחשב בראיות שהובאו, היה מקום לעבור מהשלב השני אל השלב השלישי, ולבחון את הגרסה החלופית אשר אותה הציע המשיב. עם זאת, בקשיים הרבים שצוינו לעיל יש בכדי להשליך על העוצמה ועל תוצאת הבחינה של גרסה זו.

131. אשר לגרסה החלופית העיקרית שעליה הצביע המשיב, לפיה נרצח המנוח על-ידי מוריס, הרי שגם זו אינה נקיה

מקשיים. יחד עם זאת, בית המשפט המחוזי מצא כי המנוח ומוריס היו נתונים בסכסוך על רקע עסקי הימורים (עדותו של מלכה, עמוד 51 לפרוטוקול), סכסוך שקרוב לוודאי כי שוויו הכספי גבוה בשיעור ניכר מהסכום הלא-גבוה (7,000 ₪) אותו היה חייב המשיב למנוח, ושלגביו הובאו ראיות כי כבר היה למשיב ממי להשיגו. בדומה למשיב, גם מוריס התנהל בליל הרצח באופן מחשיד ביותר, כאשר נכנס ויצא מבית שלומי, תוך הפרת תנאי 'מעצר הבית' בהם היה נתון. בכל אותו הלילה לא לקח איתו מוריס את הטלפון הנייד שלו, בעוד הוא חוזר ויוצא לשם ביצוע פעילות עבריינית (עמוד 1287 לפרוטוקול). כמו כן נצפה מוריס על-ידי עדים בלתי תלויים נוסע לאזור רמת פולג כשהוא רכוב על אופנוע כהה (סעיף 371 להכרעת הדין). בהתאם לעדותה של מלי, אף קיים חשד ממשי להחזקת אקדח ברשותו של מוריס בליל הרצח, כאשר העדה גם ידעה להצביע על המקום שבו הוחבא, ואולם הדבר לא נבדק על-ידי המשטרה (עמוד 774 לפרוטוקול). בנוסף לכך ציין בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין כי ההגנה הביאה עדות לפיה מוריס הוא זה שהתקשר לדינה וביקש ממנה לדאוג לניתוק הכונן, ואת ניסיונותיה הבלתי נלאים של דינה לגונן על מוריס ולהסתיר את עובדת יציאתו מבית שלומי באותו הלילה. לכל זאת יש להוסיף כי תיאור גובהו של היורה תואם את גובהו של מוריס - 1.86 מ', ולא את גובהו של המשיב.

132. המערערת טוענת כי בכל הראיות האמורות אין כדי להצביע ישירות על מעורבותו של מוריס ברצח עצמו, אלא לכל היותר הן מהוות אינדיקציה למעורבותו העקיפה בתכנון הרצח או בסיוע לאחר מכן. דומני שיש טעם בעמדת בא-כוח המשיב, לפיה כוחה של סברה זו יפה גם לכיוון ההפוך, וכי לא ניתן לשלול אפשרויות אחרות, כגון האפשרות שדווקא המשיב הוא זה אשר סייע למוריס בביצוע המעשה.

133. עוד בעניין הגרסאות החלופיות האפשריות, ראוי לציין, כי לפני בית המשפט המחוזי הובאו ראיות שעליהן התבססה המסקנה כי המנוח היה מסוכסך עם מספר גורמים עברייניים משמעותיים על רקע עסקי הימורים. הוא היה מודע לכך שהדירה במקומה הנוכחי כבר "שרופה" ואף נהג לנקוט אמצעי זהירות מרחיקי-לכת, כגון בדיקה שעשה דרך שגרה מתחת למכוניתו לשם גילוי מטעני נפץ. התנגשויות אלימות בין המנוח לבין אותם גורמים כבר התרחשו בעבר. על-אף קיומם של כיוונים ספציפיים אפשריים אלו, דומה שהחקירה בעניינם לא מוצתה. קשה להשתחרר מן התחושה כי עיקר ביסוס החשד נגד המשיב נבע מעדויותיהם של עדי המדינה, שלומי ודינה, אשר לפי דבריהם הודה המשיב בביצוע הרצח באופן מפורש. ברם, בית המשפט המחוזי קבע כי עדים אלו הם בעלי עניין בעדויותיהם וכי האמת לא היתה נר לרגליהם. עדויותיהם בדבר "לחישותיו" המפלילות של המשיב נדחו במפורש. יתכן אפוא כי היה מקום למצות גם כיווני חקירה אחרים, אם כדי לשלול, אם כדי לאשר.

134. אכן, פעולותיו של המשיב ואורח התנהגותו הם מחשידים ביותר. חוסר שיתוף הפעולה מצדו ושתיקתו בחקירה מוסיפים נדבך מפליל נוסף. דא עקא, אחרי ככלות הכל ובהתחשב בקשיים הקיימים אני סבור כי במסגרת השלב השלישי הצליחה גרסת המשיב להתיש את כוחה של הגרסה המפלילה. הגרסאות החלופיות שהוצעו הן מסקנות אפשריות, גם אם דחוקות ורחוקות. גרסאות אלו אינן דמיוניות או בלתי-רציונליות. הן מקימות בסופו של דבר ספק סביר, והגרסה המפלילה, גם אם היא מסתברת ומשכנעת, הרי שהיא אינה הגרסה היחידה האפשרית. לאור זאת, סבורני כי יש לזכות את המשיב מחמת הספק.

סוף דבר

135. בית המשפט המחוזי טעה קמעא בקביעתו כי יש צורך במסקנה מרשיעה, שמעבר לספק סביר, כבר בשלב השני של הבדיקה התלת-שלבית הנקוטה בידינו בבחינתן של ראיות נסיבתיות. בשלב השני דינו בהעלאת מסקנה

מסתברת, המסבכת לכאורה את הנאשם, ואיך זיל גמור בשלב השלישי - לאחר העברת הנטל הטקטי אל הנאשם להציג תרחיש חלופי סביר - לשקול ולהחליט אם המסקנה המפלילה, הנובעת ממכלול הראיות הנסיבתיות היא אכן זו של הרשעה ברמה שמעבר לספק סביר.

ברם, התוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי - זיכוי מחמת הספק - מוצדקת.

136. בית המשפט המחוזי האריך בהכרעת דינו, גם אנחנו לא קיצרנו, ולא בכדי. לא היינו רחוקים מהטבעת אות קין של רוצח, על מצחו של המשיב. אילו אמת המידה בפלילים היתה זו הנקוטה במשפט האזרחי - מאזן ההסתברויות - כי אז דינו של המשיב היה להרשעה ולמאסר עולם. כפות המאזניים נוטות לצד החובה, לא לצד הזכות. ברם, עצם העובדה שגרסת התביעה היא סבירה, לבטח יותר מזו של המשיב, אין די בה. אשמתו של המשיב לא הוכחה מעבר לספק סביר. המארג הראייתי הכולל, מאפשר גם גרסה אחרת, שלפיה לא היה זה המשיב שרצח את המנוח. גם אם מקנן חשש בלב, שמא רוצח יתהלך חופשי ברחובותינו, הרי שכבד ממנו החשש שמא חף מפשע יכלא לחינם במאסר עולם. כזכור, כדברים הללו אמר "הנשר הגדול" על דין מיתה על סמך אומד דעתו של הדיין, מבלעדי "עדים המעידים שברור להם אותו המעשה, ברור שאין בו שום ספק, ואי אפשר להסבירו אחרת בשום אופן: ... יותר טוב ויותר רצוי לפטר אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים" (רמב"ם, ספר המצוות, מצוות לא תעשה ר"צ).

137. אציע אפוא לחבכי לדחות את הערעור, לקיים את הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי, ולהורות על זיכוי של המשיב - מחמת הספק - מאשמת רציחתו של המנוח.

## שׁוֹפֵט

### השופט א' רובינשטיין:

א. מתוך "ספק ספיקא", ובמשמע כאן - ספק שבספק ועדיין מקצת ספק, מצטרף אני לחוות דעתו המקיפה של חברי השופט סולברג; יתכן מאוד שזהו המקרה שבו אנו "מפטרים" - פוטרים - חוטא, כדברי הרמב"ם שבסיפת חוות דעתו של חברי; אין לבוא כל עיקר בטרוניה עם התביעה כמייצגת הציבור, על הגשת הערעור. שותף אני אף לדעת חברי, כי במאזן הסתברויות אזרחי היה דינו של המשיב לחובה, אך עסקינן בפלילים, ונותר אותו ספק המטה את הכף.

ב. חברי נתן דעתו במישור הנורמטיבי לטיב הטיפול בראיות נסיבתיות. קולמוסים רבים נשתברו בעניין זה; בעבר נדמן לי לומר (ע"פ 6972/09 אבוטבול נ' מדינת ישראל (2012), פסקה ע"ב) כי "הרשעה על סמך ראיות נסיבתיות ... טבעה שתעלה לבטים בליבו של השופט המבקש להכריע או בליבו של המתבונן מן הצד". ראיות נסיבתיות, כל טיבן הוא אי היותן נובעות ממראה עיניים ישיר, עיניהם של עדים, לגבי ביצוע העבירה על-ידי הנאשם בתיק, ועל כן הסקת מסקנות על פי עובדות והתרחשויות שמסביב. הן איפוא בחינת אותו הלך נפש שהמקרא מעדיף עליו מראה עיניים - "טוב מראה עיניים מהלך נפש" (קהלת ו', ט'). ברי, בלשון פשוטה, כי בשל "ריחוקן" הראייתי של הראיות הללו מחייבות הן שכנוע ברמה גבוהה יותר, אך עצם קבילותן הוא בחינת הכר אשר לא יגונה.

ג. על כן בדברנו בראיות נסיבתיות עולה ביתר משקלו של הספק. בהקדמה לספרו של ד"ר יניב ואקי מעבר

לספק סביר - גמישות ההוכחה בדין הישראלי (תשע"ג-2013), שהכתרתה "ספק ספיקא והיד הרועדת" (עמ' 15), נדרשתי (עמ' 16) לספק:

"שאלת הספק הסביר בפסיקה לעולם לא תמה, כמובן כל עוד לא באו ימות המשיח ובאים תיקים פליליים בפני בתי המשפט; אכן, המחוקק קבע (בתיקון 39 מתשנ"ד לחוק העונשין, תשל"ז-1977) את כלל ההכרעה הותיק של 'מעבר לספק סביר' בסעיף 34 לחוק, שלפיו, תחת הכותרת 'נפקותו של ספק', '(א) לא ישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר'. בכך לא נשתנה הלילה הזה מכל הלילות שקדמו, וזו נקודת המוצא (והדעת נותנת כי דרכים חדשות שיועלו יחייבו גם הבאתן לפתחו של המחוקק). ואולם, קולמוסים שיפוטיים ואקדמיים רבים נשתברו ומשתברים בשאלת הגדרתו ואפיונו של הספק הסביר, ואם לא נמצאה עד הנה נוסחת הקסם, כנראה גם לא תימצא; ימשיכו איפוא בתי המשפט בהתחבטות התמיד, תוך בדיקת כל מקרה לגופו בגדרו השכל הישר - אף שדווקא כמי שמרבה להידרש לציווי השכל הישר, אודה כי לא תמיד די בו, בודאי בגדרי המשפט הפלילי.

ועוד:

כשלעצמי סברתי, כי 'הספק עשוי לנבוע מהצטברותם של גורמים, שתוצאתם היא כי ידו של השופט רועדת בבואו לחתום על הרשעה' (ע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראל (2006), פסקה ד(2) לחוות דעתי). רעת היד היא שידורו של הקול הפנימי, אותו 'אישון'- 'איש קטן' שעליו דיבר השופט מישראל חשין בדנ"פ 3391/05 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377,477. סוף דבר, וכנהוג לומר, 'כאשר יש ספק - אין ספק' (ע"פ 7653/11 פלוני נ' מדינת ישראל (2013) (פסקה ט"ו)).

וכן גם:

בדיקת הספק היא מאמץ רצוי וראוי. יש בה משום ענוה, ההכרה כי אין אדם, ושופט בכלל כמובן, חסין מטעות...

ההתלבטות המלווה שופט בהכרעתו היא דבר חיובי. היא מחייבת אותו להעמיק חשוב, לשוב ולשקול, לשוב ולהרהר, ויעיד כל אחד מאתנו, כי מתקיימים בו לא אחת דברי הפסוק "ולילות עמל מינו לי" (איוב ז', ג').

ענייננו בא בגדרים אלה, והתחבטו בו כבר שלושת שופטי בית המשפט קמא, והתוצאה אליה הגיעו מקובלת עלי, גם אם מסכים אני עם חברי באשר להשקעה ולעירוב ההכרחי לעתים בין השלב השני של בדיקת הראיות הנסיבתיות לשלב השלישי. במישור הקונקרטי בנידון דידן, משנלקח לבית עולמו מוריס המנוח והתיזה החלופית הכרוכה בו אינה ניתנת לבדיקה של ממש, ונוכח הקשיים הראייתיים שעליהם הצביעו בית המשפט קמא וחברי, נותר הספק שנזרק לחללו של עולם.

ד. חברי ציין, כי גם המשפט העברי - כשיטת משפט אחרות - עבר משלילתן של ראיות נסיבתיות, בודאי בפלילים, אל קבילותן, כדי שלא יהא עולם הפקר ולא יהא הזולת למרמס ודמו יישפך, שאילולא כן "איש את רעהו חיים בלעו", כדברי רבי חנינא סגן הכהנים (משנה אבות ג', ב'); לראיות נסיבתיות במשפט העברי ראו הרב א"ד כ"ץ "האומדן בדיני הראיות", משפטי ארץ ב' (טענות וראיות) תשס"ה, 107 וסיכומו בעמ' 163-169, כלהלן: "חכמינו בכל הדורות ירדו לסוף דעתה של תורה, שמטרתה היא תיקון האדם והחברה, ומכוח הסמכויות שהעניקה להם התורה, וזאת בדיוק

היתה כוונתו של הקב"ה בכך, איפשרו את יכולת התמרון של הדיין בכך שהרחיבו לו לשעת הצורך את תחום השיפוט, בהתאם לצו ליבו, המובנה על תשתית משפטית התורה ונתון תחת מרותה של יראת שמים" (הדגשה במקור). המחבר המלומד מבקש כי לא יישכח המקור הדתי של שיקול הדעת השיפוטי, וכבודו במקומו, אך מי בא בסוד שמים; ואולם תוצאת הדברים בעולם הנגלה היא אותן "יכולת תמרון" ו"הרחבת תחום השיפוט", שבלעדיה תימנע אכיפה כנגד חוטאים במקרים רבים. ראו גם שולחן ערוך חושן משפט, דיינים סימן ט"ז ודברי הרב אלעד עלי בספר עבודת החושן על שולחן ערוך הלכות דיינים (תשע"ד), קנ"ו, הערה י"ב באשר לאומדנות כחלק מן הפסיקה בזמן הזה, אף כי שם בדיני ממונות; אלא שנזכר כי דיני נפשות בימינו, כפי שמכנים אנו את המשפט הפלילי, אינם דיני נפשות של המשפט העברי שעניינם עונש מוות, אלא כינוי בן זמננו למשפט הפלילי בכלל. ראו גם מדברי הרב י"ש אלישיב, על פי הערות במסכת שבעות לעניין אומדנא בדיני נפשות, מסביב לשולחן - דיני נפשות, 461 הכותב, כי עדות אומדנא מועילה גם בדיני נפשות (דיני הנפשות התלמודיים) חרף עמדת הרמב"ם (ספר המצוות, לא תעשה ר"צ) שאין סומכין על אומדנא בדיני נפשות (שהביא חברי); כך, שכן עמדת הרמב"ם עוסקת בדין מיוחד שלפיו כונסים לכיפה (למאסר) את החשוד ברצח שהראיות כלפיו נסיבתיות, תחת להרגו; עוד ראו הרב מ' בריס "מבוא להלכות עדות: כללים נוקשים ושכנוע הלב - עיון בשיטת הרמב"ם", משפטי ארץ ב' 43, המעמיד (עמ' 54-55) על החיתוך הדיכוטומי בשיטת הרמב"ם בין דיני נפשות בהם נשלל שיקול הדעת בהקשר הנסיבתי לבין דיני ממונות. אך נשוב ונזכור, כי דיני נפשות כפשוטם משמעם אפשרות לעונש מוות, ועל כן מקפיד הרמב"ם כל דקדוקי ההלכה, ואילו כיום - ואולי מסתברים הדברים על פי גישת הרב אלישיב כאמור - קרוב במידה מסוימת היחס אל המשפט הפלילי בהקשר של עדויות נסיבתיות, לשיקול הדעת הנתון בדיני ממונות. מסכם פרופ' יובל סיני (השופט וההליך השיפוטי במשפט העברי (תש"ע-2010) עמ' 464 הע' 14): "במחקרו של ד"ר ח' חפץ (ראיות נסיבתיות במשפט העברי) הוכח, כי בניגוד לתפיסה המקובלת שאין המשפט העברי מכיר פורמלית בקבילותן של ראיות נסיבתיות, הרי שבאופן מעשי מתחשב המשפט העברי בראיות הנסיבתיות במסגרת דיני האומדנא שעניינם שיקול דעתו והתרשמותו של השופט"; ראו גם חוות דעתי בע"א 153/04 רובינוביץ נ' בירנבוים (2006), אמנם שם במשפט אזרחי, וראו האסמכתאות בפסקה ז(10) לחוות דעתי. לולא דמסתפינא הייתי אומר איפוא, כי ניטשטש במידת מה ההבדל בהתייחסות ההלכתית לראיות נסיבתיות בין משפט אזרחי לפלילי.

ה. בנידון דידן, גם בגדרי העדויות הנסיבתיות, הכריע הספק - ספק ספיקא - מן הטעמים שהביא חברי, ועל כן ידי תיכון עמו.

## ש ו פ ט

### השופט נ' הנדל:

א. ראיות נסיבתיות בפלילים - הקדמה

1. קראתי את חוות דעתו המקיפה והבהירה של חברי השופט נ' סולברג, ומסכים אני לתוצאה אליה הגיע. עם זאת, בשל היבטים עקרוניים ומרכזיים בדין הפלילי - הספק הסביר, וראיות נסיבתיות - מצאתי לנכון להעיר מספר הערות. אתייחס בדברי לדין הישראלי ולדין ההשוואתי - ובעיקר העברי.

בהינתן ראיות נסיבתיות בלבד, המבחן לקיומו של ספק סביר בדין הישראלי הוא מבחן המסקנה הסבירה היחידה

(ראו, למשל, האסמכתאות שהוזכרו בפסקה 99 לחוות דעת חברי). מכיוון שמבחן זה מופשט ורחב, התפתחה בפסיקה עם השנים גישה המיישמת מבחן שניתן לכנותו "המבחן התלת-שלבי" לבחינת ראיות נסיבתיות בפלילים. (ראו בג"ץ 2534/97 ח"כ יונה יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3)1, 15 (1997), השופט א' גולדברג; ע"פ 6167/99 יעקב בן שלוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 577, 587-588 (2003); ע"פ 9372/03 עמוס פון ויזל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 745, 753-754 (2004), השופטת א' פרוקצ'יה). המבחן נועד, בעיקרו, להבנות את אופן בחינת הראיות, באמצעות שרטוט קווים מסודרים להערכתן. ביטויים כגון "העברת הנטל" משמשים בהקשר זה בהשאלה. מאחורי הטרימינולוגיה של העברת הנטל מסתתרת אמירה לפיה על השופט לעבור שלב בבחינת הראיות. חשיבותו של מבחן מובנה היא רבה, ונובעת מן הפן הצורני והמהותי. בפן הראשון, המבחן האנליטי אמור להבטיח בחינה ראויה ומקיפה של מכלול הראיות, אשר יכולה לעמוד למבחן הביקורת. בפן השני, סוג הנתונים הנבחנים בכל שלב מבטא את המשקל והמשמעות שיש לנתונים אלה בתמונת הראיות הכוללת.

ואולם, לצד יתרונותיו של מבחן זה ישנם גם חסרונות. אודה כי אינני נוהג להישען עליו. כך גם נהגו ונוהגים שופטים אחרים בפסקי דין רבים, הן בבית משפט זה והן בבית המשפט המחוזי (ראו לדוגמה ע"פ 493/82 מחלוף חמו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 645, 651-652 (1986); ע"פ 497/92 עמוס (מייקל) נחום (קנדי) נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (24.10.1995); ע"פ 9439/06 אברהם איפרגן נ' מדינת ישראל, פסקאות 13-14 (10.04.2008) (להלן: עניין איפרגן); ע"פ 2884/12 אופיר חביבה נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (18.06.2014) (להלן: עניין חביבה). לטעמי, וכפי שיוסבר, ניתן להסתמך על מבחן דו-שלבי. בכל מקרה, הואיל ובית המשפט המחוזי הסתמך בתיק זה על המבחן התלת-שלבי והמדינה תוקפת את יישומו - ויודגש כי גם לטעמי אין פסול בהישענות על מבחן זה - אתייחס בהמשך הדברים לדרך בה ראוי, לשיטתי, ליישם את המבחן המשולש.

החשש המנקר בליבי הוא שהחסרון שבמבחן התלת-שלבי, דהיינו ההבחנה בין "נטל ראשוני" לבין "נטל טקטי" המוטל על הנאשם - עלול להתבטא בסטייה לא מכוונת מן הכלל של הספק הסביר. קרי, ריכוך מושכלת היסוד של נטל ההוכחה בפלילים, הרובץ על התביעה מתחילת התחילות של ההליך ועד לסוף כל הסופות. באשר לראיות נסיבתיות, עניין זה כולל את חובת התביעה להוכיח כי הפסיפס מוביל לתוצאה סבירה אחת ויחידה, שבכוחה להרשיע את הנאשם. היישום של המבחן התלת-שלבי בנוי על הבחנה בין שני השלבים הראשונים לשלב השלישי. בראשונים נטל ההוכחה מוטל על התביעה, ואילו באחרון מוטל על הנאשם מעין "נטל טקטי". מיקוד זה מושך את הדיון ל"מבחני נטל". כך, גם אם מגדירים את ההבדל במונחים של "נטל שכנוע" לעומת "נטל הבאת ראיות". מונחים אלה - נטל טקטי או נטל הבאת הראיות - מהווים, בעיניי, סוג של מקלט מושגי. אף השימוש במילה "נטל" אינה נקייה מקשיים. מעבר לחשש המעשי של יישום שגוי של שלבי המבחן, אין בו להבהיר כנדרש את מהות העניין. מהות זו היא הרשעה על סמך ראיות נסיבתיות. סבורני כי טוב יהיה להתייחס לכך, מפני שהדבר יסלול את הדרך להבנה מדויקת יותר של אופן ניתוח אשמת הנאשם בתיק הנסיבתי הקונקרטי. התכלית היא, כמובן, מניעת הרשעת אדם חף מפשע, שאשמתו לא הוכחה מעל לכל ספק סביר.

כדי ללבן ולבאר את הדברים, עקרונות המשפט העברי עשויים לסייע. בהמשך אתייחס בהרחבה רבה יותר למשפט העברי, על רקע הדברים שנכתבו על ידי חברי, השופט א' רובינשטיין. בשלב זה מטרתי היא אך להשתמש בו על מנת להצביע על הייחוד שבהרשעה על סמך ראיות נסיבתיות.

ב. ראיות נסיבתיות בפלילים - ייחוד

2. התלמוד הבבלי מביא את הקטע הבא, שבכוחו ללמד על הייחוד שבראיות נסיבתיות:

"כיצד מאומד אומר להן שמא כך ראיתם שרץ אחר חבירו לחורבה ורצתם אחריו ומצאתם סייף בידו ודמו מטפטף והרוג מפרפר אם כך ראיתם לא ראיתם כלום" (בבלי, סנהדרין לז, ע"ב).

דהיינו, המשפט העברי קובע כי ראיות נסיבתיות בעניין שמוגדר כאומדנא אינן מספיקות. ליתר דיוק, לא כתוב "לא ראיתם מספיק" או "לא ראיתם דיו" - אלא "לא ראיתם כלום". גישה זו מפתיעה. על פי הסיפור, ראובן ראה את שמעון רץ אחרי לוי לתוך מערה. מיד לאחר מכן ראובן ראה את שמעון מחזיק בידו חרב טבולה בדם, בעוד לוי מוטל מת כתוצאה מדקירת חרב. מנקודת מבטן של שיטות משפט מודרניות נדמה כי התמונה הנסיבתית המתוארת מפלילה ביותר. מה עומד בבסיס גישת המשפט העברי? סבורני כי המיקוד הוא בראיות התביעה, ובאופן מפורט יותר - בעד הראייה מטעמה, ראובן. הוא לא ראה את ביצוע מעשה העבירה. התמונה העובדתית שהוא קלט באמצעות חושיו לוקה בחסר. לכן, ישנן אפשרויות שונות. כך, למשל, מונה פרופ' שלום אלבק מספר תרחישים בהם האדם בדוגמא שלעיל חף מפשע. יתכן שההריגה בוצעה לצורך הגנה עצמית; יתכן שהנרדף התאבד ואילו הרודף רק הוציא את החרב מגופו; או שהוא נרצח על ידי אדם אחר שהיה מצוי בחורבה קודם לכן (ראו שלום אלבק הראיות בדיני התלמוד 300-301 (התשמ"ז); וכן ראו ת"פ (ב"ש) 76/93 מדינת ישראל נגד סלימאן אל עביד, דינים מחוזי 1996 (2), 1111, פסקה 22 לפסק דיני (1996) (להלן: עניין אל עביד)). בכל זאת, התלמוד אינו מבסס את הזיכוי על בחינת האפשרויות הללו, אלא קובע באופן קטגורי כי לא ניתן להרשיע בלית עדות ישירה. הראיות הנסיבתיות אינן קבילות כלל, ולו כדי לקבוע עובדות לכאוריות. בהיבט העקרוני, בניגוד לגישה המודרנית אין דיון בסבירות של אפשרויות אלה, או בשאלה האם הנאשם ביסס אותן. הנקודה המרכזית היא כי העד לא ראה את מעשה העבירה ולכן הוא לא הוכח. אכן, כפי שיוסבר להלן, המשפט העברי הגמיש במהלך השנים את סטנדרט ההוכחה בשל שיקולים מעשיים. ברם, בעיני ההיבט העקרוני עומד על כנו. עד הראייה אינו מספק את הסחורה, לא מפני שלא מאמינים לו, אלא מפני שחסרה חוליה בשרשרת הראייתית.

רקע זה מאיר באופן אחר את החידוש שבהרשעה בפלילים על סמך ראיות נסיבתיות. במקרה כזה, ישנה פעולה של השלמת החסר על ידי היסק שבסברה. בשל ההכרה בכוחה של הסברה כמספקת, כאשר מדובר בהיסק חזק דיו, נאשם אינו רשאי ליהנות מחמת הספק. תוצאה זו היא מוצדקת בראי המשפט המודרני ולא באתי לערער עליה. טול מקרה בו פלוני רואה אדם יוצא מדירת שכנו בחצות ליל, כאשר ידיו מלאות בדם. הוא נכנס לדירה ורואה כי השכן מתבוסס בדמו, ואין אף אחד אחר בדירה. נוסף לדוגמא פרט נוסף - שכנים אחרים שמעו צעקות הבוקעות מהדירה עובר ליציאתו של האדם ממנה. האדם בוחר שלא להעיד, או להכחיש את שהייתו בדירה. ניתן לצפות כי אדם זה יורשע, ונראה שתוצאה זו מוצדקת. הדוגמא מן הדין העברי לא הובאה אלא כדי לחדד את ההבדל שבין ראיות ישירות לבין ראיות נסיבתיות, ולהבליט את ייחודיותן של אלה האחרונות. כפי שנראה להלן, אף שייחוד זה אינו בא לידי ביטוי בדין הישראלי בצורה של הימנעות מהרשעה על בסיסן, יש בו כדי לסייע בקביעת גדרי השימוש בהן.

כמובן, ההכרעה בדוגמא דלעיל תלויה נסיבות. בית המשפט מודע לכך שיתכן שאדם נוסף היה בדירה אך קפץ מן החלון. אפשרות אחרת היא שהנאשם הגן על עצמו מפני תקיפת המנוח. אך בהעדר עיגון לתרחישים אלה, כנראה שהנאשם יורשע, ובדין יורשע. ועדיין, אין לשכוח שעסקינן בראיות שאינן ישירות, אף אם איתנות הן.

מבחינה עיונית נכון יהיה לומר כי הגישה היום אינה "לא ראיתם כלום", אלא "אף אם לא ראיתם הכל - ראיתם הרבה, ויתכן שדי בכך". לצורך בחינת תרחישים נסיבתיים שונים בפלילים, חשוב להבין מה משותף להם; מה כוחם; ומה חולשתם. על הבניית הדרך הראויה לבחינת ראיות נסיבתיות, במקרים הטיפוסיים השונים על מורכבויותיהם - נעמוד



ג. המבחן התלת-שלבי ומשמעותו

3. כשלעצמי, מסופקני אם התועלת הגלומה במבחן התלת-שלבי עולה על חסרונו. כאמור, חסרון זה נובע מכך שכתוצאה מן השימוש בו עלול להיות מוטל על כתפי הנאשם נטל מהותי. נטל זה יתבטא בכך שאם לא יוכיח באופן פוזיטיבי את סבירותם של תרחישים מזכים, ישמש הדבר לשם חיזוק גרסת התביעה, גם כאשר גרסה זו כשלעצמה אינה מספיקה לשם הרשעה. לשיטתי, כאשר עומדות בפני בית המשפט ראיות נסיבתיות בלבד, עליו לפעול בשני שלבים.

השלב הראשון הוא קביעת ממצאים עובדתיים על סמך ראיות ישירות. בשלב השני על בית המשפט לבחון האם בכוחו של מצרף הראיות הישירות, שנבחנו בשלב הראשון, להוכיח עובדות נוספות שלגביהן אין ראיות ישירות. דהיינו, האם ישנן ראיות נסיבתיות מספיקות. השאלה שעל בית המשפט לשאול את עצמו היא, כאמור, האם מסקנת התביעה בדבר קיומן של עובדות נוספות היא המסקנה הסבירה היחידה. בניגוד למבחן התלת-שלבי, שבגדרו יש לבחון האם כל אחד מן הצדדים עמד בנטל המוטל עליו – מהותי או טקטי, במסגרת המבחן הדו-שלבי נבחנות כל האפשרויות העולות מחומר הראיות. הבחינה היא על סמך כל הממצאים העומדים בפני בית המשפט, ובכללן אף התנהלותו של הנאשם במהלך ההליכים. בכך יתרונו של מודל זה, הבוחן את האפשרויות לגופן, ולא לפי זהות הצדדים. הראייה היא הוליסטית, של המכלול כולו, ולא בחינה מנותקת של גרסת התביעה מן הצד האחד, ולאחר מכן של אפשרויות אחרות מן הצד האחר. המבחן הדו-שלבי שואל אפוא תחילה מה ראו עדי התביעה ומה ניתן להוכיח כתוצאה מכך, אף אם אין עדות ישירה. לדידי, עדיף להתמקד בגופן של ראיות נסיבתיות: מה טבען, מידת עוצמתן והאם ניתן להשלים את התמונה על בסיסן?

לשם ההבהרה, ניקח כדוגמא מקרה שבו נרצח אדם בדירתו. ישנה עדות שפלוגי רב איתו יום קודם לכן, וצעק עליו במסעדה כי יהרוג אותו. בסמוך לשעת הרצח הוא נמצא במרחק של שני רחובות מהבית שבו בוצע הרצח. במקרה זה נראה, מבלי לפסוק, כי פלוגי יזוכה גם אם שתק בחקירתו או מסר טענת אליבי שנסתרה. מקרה זה, כפי שהוצג, קל יחסית להכרעה. בקצה השני של הסקאלה, פלוגי נצפה יוצא מן הדירה כשדם על ידיו. שָׁךְ נכנס לדירה ומגלה את הגופה. פלוגי שומר על שתיקה בחקירתו או מכחיש כי היה בדירה. על פני הדברים, פלוגי יורשע. עד כאן באשר לקצוות הסקאלה. ניתן, כמובן, להוסיף או להפחית ראיות נסיבתיות ולשנות את עצמת התמונה הנסיבתית.

המבחן הדו-שלבי עשוי לתרום למקרי הגבול. למשל, שונה המצב, בדוגמא הראשונה, אם פלוגי נמצא שני רחובות ממקום הרצח בשעה 02:00 בבוקר ללא הסבר, כאשר הוא מחזיק אקדח שעל פי הבדיקה הבליסטית יכול היה לשמש ככלי הרצח. המטרה היא להדגיש כי לא כל המקרים מצויים בקצוות. המציאות מקשה גם על הכרעות מעין אלה. ישנו מנעד של מקרים גבוליים פחות או גבוליים יותר בנוף של ראיות נסיבתיות. אלה, מטיבם, קשים יותר להכרעה. נדמה כי הדרך להכריע בהם אינה רק על פי השאלה האם הנאשם שיקר או נמנע מעדות. בית המשפט חייב לגבש עמדה על סמך התמונה הכוללת.

הנקודה היא שלא פעם ראיות נסיבתיות, והיכולת להסיק מהן מסקנה עובדתית נוספת, מציגות שאלה שהתשובה לה אינה מובנת מאליה. לגישתי, דווקא אז מוטב להתרכז בשאלה המרכזית – מהן הראיות הישירות שנמצאו באמתחתה של התביעה. מן העבר האחר, יתכנו מקרים שנראה כי הרשעה בהם מתבקשת, אך מתעורר קושי. למשל,

הנאשם נמצא בסמוך למקום, מצד אחד של הבניין. גרסתו שלא היה כלל במקום נדחתה. אך יש עד ראייה נוסף, שראה מרחוק אדם בעל מבנה גופני שונה מזה של הנאשם, היוצא מחלון הדירה בשעה הרלבנטית. האם די בכך? כאן יש להדגיש כי העובדה שגרסת הנאשם נקבעה כשקרית אינה בגדר סוף פסוק. המבחן הדו-שלבי בוחן את ה"יש" ואת ה"אין" שבראיות הישירות, ואת האפשרות של השלמת החסר.

כפי שציינתי בעניין אחר:

"עיקרון יסוד הוא שהמשפט הפלילי איננו מתנהל סביב קו ההגנה של הנאשם. ניטול לדוגמא מצב בו הנאשם שותק, ואיננו מוסר קו הגנה כלשהו. זוהי כמובן זכותו. זכות זו – חובה בצידה: חובתה של התביעה להוכיח ברמה הנדרשת כי התקיימו כל יסודות העבירה הנטענת. שתיקתו של הנאשם איננה מייתרת את חובתה של התביעה לעמוד בנטל ההוכחה. גרסתו של הנאשם וקווי ההגנה שהוא מציג בבית המשפט אינן חזות הכול. השאלה המרכזית שעומדת למבחן היא האם עמדה התביעה בנטל ההוכחה מעבר לכל ספק סביר. זוהי תכליתו של המשפט הפלילי" (ראו ע"פ 8704/09 יחזקאל באשה נ' מדינת ישראל, פסקה 33 (11.11.2012)).

קביעות דומות נקבעו בבית משפט זה כבר מראשית ימיו. כך, נקבע בעבר:

"[כאשר] הוכחו עובדות המסבכות את הנאשם במעשה העבירה, ויוצרות לכאורה ראייה לחובתו, והנאשם אינו מנסה כלל להמציא הסבר מצידו לעובדות שהוכחו, או שהוא בודה מליבו דברים שאין להם שחר, רשאי בית המשפט, בתנאים מסוימים, לקבוע על סמך כל זה את אשמת הנאשם" (ע"פ 38/49 מחמד אחמד קנדיל, ואח' נ' היועץ המשפטי, פ"ד ב (1) 813, 835 (1949), השופט מ' זילברג. ההדגשה אינן במקור).

לאחר מכן אף מדגיש בית המשפט במפורש:

"אך יש להדגיש: לא כל דבר-שקר היוצא מפיו של הנאשם, נהפך לו לרועץ בעת מתן פסק-הדין – רק הכחשות כוזבות ושקרים פוזיטיביים כאלה, אשר במסיבות העניין, ומטבע הדברים, עשויים להגביר עוד יותר את החשדות הכבדים, שהיו מוטלים בלאו הכי על שכמו... אין לקבוע מסמרות בדבר לגבי נקודה זו – הכל תלוי במסיבות העניין, ובמשקל ההגיוני המצטבר, אשר יש לייחס לעובדות שהוכחו ולשקרי הנאשם (או שתיקתו) גם יחד" (שם).

בפסקי דין מאוחרים יותר נקבעו דברים דומים. נפסק, בהקשר זה הרשעה על סמך ראיות נסיבתיות, כי "אף אם הנאשם איננו מציע הסבר המתיישב עם חפותו, על בית-המשפט לבחון מיוזמתו שלו הסברים אפשריים כאלה. יתרה מזו, על בית-המשפט לבחון אפשרויות סבירות שונות, אפילו אין הן מתיישבות עם טענות ההגנה" (ראו, ע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נו(5) 221, 228 (2002), השופט (כתוארו אז) א' גרוניס; ע"פ 2661/13 יחייב נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (18.2.2014)); ע"פ 5706/11 רוני רון נ' מדינת ישראל, פסקה 120 (11.12.2014)). ליישום הדברים ראו בע"פ 273/14 מדינת ישראל נ' טאהא פארס, פסקה 6 לחוות דעתי (23.12.2014):

"אינני מתעלם מכך שהמשיבים לא העידו ישירות בערכאה הדיונית כי נכחו במקום, השתתפו בתקיפה, אך לא ידעו על

קיומו של הגרזן. טענתם הייתה שכלל לא היו מעורבים במעשים בהם הורשעו. אולם במקרה הנוכחי, הספק הסביר - ואף הממשי - עולה מחומר הראיות עצמו. כפי שנקבע בפסיקה, במסגרת בחינת המסקנה שניתן להסיק מראיות נסיבתיות [...]

בעניינינו, אין עדות ישירה על כך שלמשיבים כולם נודע על הגרזן תוך כדי התקיפה, ועל כך שהם המשיכו בביצועה לאחר מכן. הדבר מוסק מן הנסיבות [...] צא ולמד שמאותן נסיבות עולה גם האפשרות שהמשיבים לא ידעו על התקיפה באמצעות הגרזן. ממילא לא הוכחה החוליה הבאה בשרשרת ההיסקים - קיומה של כוונה מחמירה, המוסקת מן הידיעה. מכאן שטענות המדינה המבוססות על נקודה זו לא הוכחו מעל לספק הסביר".

הבחינה היא אפוא עקרונית, אך גם קונקרטית. יש לבדוק כיצד ובאיזו מידה משפיעים שקריו או שתיקותיו של הנאשם על מסכת הראיות שנפרשה בפני בית המשפט. ויודגש שוב, הדוגמאות המחשבתיות שהובאו לעיל הן אך ארכיטיפיים. לא באתי לפסוק בהן לצד ההרשעה או לצד הזיכוי, שכן ממילא הסוגיה תלויה במכלול הראיות הספציפיות שהוכחו בהליך. אין באמור כדי לקבוע כללי הכרעה ביחס למקרים השונים, אלא רק להדגים את טיב הבחינה של בית המשפט לבצע במסגרת השלב השני במבחן הדו-שלבי.

4. ומכאן - למבחן התלת-שלבי. כפי שהבהרתי, אינני סבור כי יש פסול בעצם השימוש בו. החשש הוא בעיקר מפני יישומו השגוי. עם זאת, ברצוני לחדד את הנקודה עליה הלינה המדינה, ושאליה התייחסו חבריי - התפר שבין השלב השני והשלב השלישי בבחינה. למעשה, מבחינה אנליטית הניתוק בין שני השלבים האחרונים של המבחן התלת-שלבי הוא מלאכותי, שכן ה"חורים" ברשת הראייתית שפורסת התביעה בשלב השני הם למעשה מסקנות סבירות אחרות. לא בכדי קבעו חבריי כי שלבים אלה מטפלים באותו הקושי, וכי ההבדל ביניהם מתבטא בשאלת הנטלים ולא במהות (ראו פסקה 121 לפסק דינו של השופט נ' סולברג). חברי אף שב והדגיש - ובצדק הדגיש - כי הנטל הוא טקטי גרידא וכי אין להפכו לנטל מהותי (פסקה 124). אך להשקפתי דווקא מהצורך להדגיש זאת חזור והדגש נלמד על החשש הקיים. לפתחו של המבחן התלת-שלבי רובצת הסכנה של ההתמקדות בנטלים, שתוצאתה הטלת נטל מהותי על הנאשם. השכר שבעריכת מבחן מובנה ואנליטי יותר עלול לצאת בהפסדו של נאשם, שיורשע כתוצאה מיישום שגוי של המבחן.

לב הקושי טמון במקרי הגבול. במקרים אלה עלולה להיות "זליגה" של השלב השלישי לצורך מעבר השלב השני. זליגה כזו תתבטא בהשלמת חסר בראיות התביעה באמצעות השתת נטל פוזיטיבי על הנאשם, למשל להוכיח טענת אליבי נכונה. לשון אחרת, החשש הוא שבית המשפט יחליט להמשיך בבחינה - ואולי אף להרשיע את הנאשם - על סמך שקריו, על אף שהחורים בפסיפס הראייתי יוצרים ספק סביר באשר לאשמה. בל נשכח כי השלב השלישי על פי המבחן התלת-שלבי מתמקד בהעברת הנטל הטקטי אל הנאשם. מיקומו הנועל של שלב זה עלול להעצים את חשיבותו, ובמיוחד במקרה הגבולי. כדי להתגבר על האפשרות לטעות, על בית המשפט המיישם את המבחן התלת-שלבי לדקדק היטב ולבחון האם נחצה ספו של השלב השלישי אם לאו. אם התשובה היא שלילית, אל לו לפנות בכל זאת להשלמת החסר הראייתי באמצעות אי-הפרכת גרסת התביעה על ידי הנאשם. להשקפתי, בעיה דומה אינה מתעוררת עם המבחן הדו-שלבי. הטעם לדבר, שבמבחן זה הנטל מוטל על התביעה בשני השלבים, אף אם בודקים במסגרת השלב השני, בין היתר, את גרסת הנאשם.

במקרה הנוכחי, אני מסכים עם קביעת בית המשפט המחוזי, לפיה התביעה לא עברה כלל את הרף הדרוש בשלב השני ואין בהתרשמות השלילית ממחימת המשיב כדי למלא את המחסור בראיות. חומר הראיות יוצר קשיים

משמעותיים עבור המדינה. ממצאי המהימנות וממצאי העובדה שנקבעו בעקבותיהם, בדבר גובהו של הרוצח וצבע האופנוע שלו, אינם עולים בקנה אחד עם התזה שהמשיב הוא הרוצח. זאת לצד המוטיבציה של גורמים פליליים נוספים, אשר היו מסוכסכים עם המנוח, לפגוע בו. יתכן שבהעדר הנתונים המזכים, התשתית הנסיבתית הקונקרטית הייתה מתחזקת. או אז היה על בית המשפט לעבור לשלב השלישי, ולבדוק את סבירות האפשרות שגורם אחר רצח את המנוח. בגדרי בדיקה כזו היה צורך לתת משקל לשתיקתו של המשיב. אך כאשר חומר הראיות עצמו תומך בזיכוי, השתיקה או השקרים - הווי אומר, הכשלון בהרמת הנטל הטקטי - אינם משנים את התמונה.

המדינה טוענת בעיקרי טיעוניה כי מן התשתית הראייתית עולה "מסקנה מפלילה מאוד... מעל ומעבר לרף שנקבע בפסיקה לצליחת השלב השני". היא מוסיפה שלו היו נלקחים בחשבון התנהלות המשיב ושתיקותו הייתה ההכרעה שונה. אלא שכאמור - המקרה שלפנינו אינו "גבולי" או מקרה של "ספק ספיקא". התשתית העובדתית עצמה לוקה בחסר. ליתר דיוק, אין המדובר בחסר אלא בראיות פוזיטיביות המצביעות על כך שהמשיב אינו הרוצח. עמדת התביעה, שאמנם הוצגה בצורה הוגנת כשלעצמה, מחדדת את הסיכון שבטשטוש בין השלבים, והשענות יתר על המבחן התלת-שלבי. כך למשל נטען כי יש לזקוף כנגד המשיב לא רק את שתיקותו. גם "התנהלות המשיב בחקירה, כמי ששיחק 'פוקר' עם חוקריו ומדד את מילותיו במשורה, תוך הערכה חוזרת ונשנית של המצב הראייתי נגדו, היא בגדר ראיית 'סיוע' העומדת בפני עצמה". המדינה מבקשת להתמודד עם קשייה הראייתיים באמצעות התנהגותו של המשיב במהלך החקירה במשטרה ובבית המשפט. למעשה, בנסיבות תיק זה מדובר בהטלת הנטל על שכמו - לא באופן טקטי אלא באופן מהותי. גישה כזו אין לקבל.

נקודה זו עשויה להיות חשובה ביותר כאשר - למשל, אך לא בהכרח - התמונה הנסיבתית נועדה לקבוע כי האדם המעורב במעשה הוא הנאשם. דהיינו, סוגיית הזיהוי עומדת במוקד. במקום בו הראיות הנסיבתיות אינן מספיקות לשם הוכחת מעורבות הנאשם בעבירה, שתיקתו או שקריו אינם יכולים, ככלל, להשלים את החסר. יתכן שהמצב ישתנה אם יוכח שהנאשם שהה במקום בעת ביצוע העבירה או בסמוך לכך, באופן שהראיות הישירות מובילות למסקנה שהוא ביצע את המעשה מבחינה עובדתית, גם אם יש חסר מסוים בראיות ישירות. או אז העדר גרסה או ראיות התומכות בחפותו משתלבות, ולמעשה מחזקות את המסקנה הסיבתית המפלילה. כפי שציינתי לעיל, יש חשיבות לעוצמת התמונה הנסיבתית מבחינת הוכחת ביצוע מעשה העבירה. לא באתי לקבוע כללים גורפים, לנוכח הרחב המרשים של הווריאציות העובדתיות השונות. מטרתי היא לחדד את העובדה שבבחינה ממוקדת של ראיות נסיבתיות יש לשאול - כאמור - מהו טיבן, מהי מידת עוצמתן והאם ניתן להשלים את התמונה על בסיסן. על השופט להתעמק בשאלות שצוינו - מה משותף להן, מה כוחן ומה חולשתן.

ד. בחינה השוואתית - הרשעה על סמך ראיות נסיבתיות

5. חברי, השופט נ' סולברג, פרס בפסק דינו המפורט יריעה רחבה באשר למשפט ההשוואתי הזר, ולא ארחיב בקשר לכך (השוו לעניין אל עביד, פסקה 22 לפסק דיני; ע"פ 9809/08 ארנלדו לזרובסקי נ' מדינת ישראל, פסקאות 2-3 לפסק דיני (25.11.2010)). כפי שצוין, ניתן למצוא בדין האמריקאי אמירות הגורסות כי ראיות נסיבתיות אינן נופלות מראיות ישירות. באנגליה פסקי הדין אף הגדילו וקבעו שהראיות הנסיבתיות חזקות יותר. גם בדין הישראלי ניתן לשמוע קולות דומים (ראו עניין איפרגן, פסקה 13; ע"פ 1620/10 ניקולאי מצגורה נ' מדינת ישראל, פסק דינו של השופט י' דנציגר (3.12.2013)). גישה זו קשה לי. עיקרו של קושי, העובדה שאין ראיה ישירה לכך שהנאשם ביצע את כל רכיבי העבירה המיוחסים לו. טיבה של הרשעה על סמך ראיה נסיבתית "קלאסית" הוא שהיא מבוססת על שרשרת היסקים שמבצע השופט. מקרה בו ישנם חמישה עדי ראיה שהנאשם יצא מבית הנרצח כשידיו מגואלות בדם, ושני עדים

נוספים ששמעו על איום ברצח מפי הנאשם יום קודם לכן - אינם מהווים ראיה טובה יותר מעד ראיה אחד למעשה עצמו. יתכן שבמצב הראשון הראיות הישירות - מצבו של הנאשם כשיצא מן הדירה והאיומים - מעוגנים טוב יותר בחומר הראיות. ובכל זאת, בהעדר עדות ישירה, השלב האחרון בשרשרת הראייתית לעולם יבוסס על סברה מבוססת יותר או מבוססת פחות, גם אם היא נתמכת ב"נסיון החיים". הדים - רועמים - לקושי זה ניתן למצוא במשפט העברי. על "השלמה שיפוטית" זו כתב הרמב"ם:

"ואל יקשה בעיניך דבר זה ואל תחשוב דין זה עול, לפי שהדברים האפשריים יש מהם שאפשרותם קרוב מאד, ומהם שאפשרותם רחוקה מאד, ומהם בינוניים ובין אלו ויש לאפשרי רוחב גדול מאד, ואלו הרשתה תורה לבצע את העונשין באפשר הקרוב ביותר, אשר כמעט קרוב למחויב המציאות כעין זה אשר הדגמנו, כי אז היו מבצעים את העונשין במה שהוא יותר רחוק מזה, ובמה שהוא עוד יותר רחוק, עד כדי כך שיתבצעו העונשין ויושמדו בני אדם תמיד באומדן קל לפי דמיון השופט. לפיכך סתם יתעלה את הפתח הזה וצוה שלא יבצע עונש אלא אם כן היו שם עדים המעידים שברור להם" (ספר המצוות, מצוות לא תעשה ר"צ. ההדגשות אינן במקור).

ודוק, הרמב"ם מכיר בכך שהדוגמא התלמודית של החורבה - "לא ראיתם כלום" - מקימה בפועל תשתית נסיבתית חזקה ביותר. חששו של הנשר הגדול הוא ממדרון חלקלק - אומדן קל, לפי דמיון השופט. ניתן להרחיב, אך חברי, השופט נ' סולברג, יגע ומצא באוצרות המשפט העברי בצורה מרשימה. לא הייתי מוסיף על דבריו אלמלא התוספת המעניינת ומעוררת המחשבה של חברי, השופט א' רובינשטיין. לנוכח חשיבות הדברים, להשקפתי, ומכיוון שפנים רבות לתורה, אביע אף אני את עמדותי בנושא. חברי הדגיש כי "ניטשטש במידת מה ההבדל בין ההתייחסות ההלכתית לראיות נסיבתיות בין משפט אזרחי לפלילי". לשיטתו, ההגמשה בכלל אי-הקבילות של ראיות נסיבתיות בהקשר הפלילי אינה נובעת אך ורק משיקולים פרקטיים ועקרונות כלליים, אלא גם מההבדל שבין עונש המוות לסנקציות הקבועות בחוק העונשין. הסתייגות זו אינה מציגה, להבנתי, את מלוא הבעייתיות שרואה הדין העברי בהסתמכות על ראיות נסיבתיות בהליך הפלילי. אסביר.

אכן, בשל צרכי השעה וכדי למגר את הפשע, נכון היה הדין העברי להכיר בקבילותן של ראיות נסיבתיות גם בדיני העונשין. הרמב"ם מכנה את ההכרעה בפלילים שלא על פי עדות ברורה "הוראת שעה" (משנה תורה, סנהדרין, פרק כד, הלכה ד). ללמדך, כי אין זה עיקרו של דין. למרבה הצער, שעה זו ארוכה היא ונמשכת מיני אז ועד לימינו אנו. לעיל הובאו גם דבריו של ר' יעקב בר אשר, אשר נפסקו באופן דומה בשולחן ערוך, לפיהם "ונראה שאפילו אין בדבר עדות גמורה שהיה מתחייב על פיהם בדין, בשעה שהיו דניו דיני נפשות, אלא שיש רגלים לדבר... אם נראה לדין שיש צורך השעה לדונו בכך, הרשות בידו" (ארבעה טורים, חושן משפט, סימן ב. ההדגשה אינה במקור). שוב רואים אנו את הדגש על כך שאין מדובר בהסדר מעיקרו של דין, אלא בהכרח - בל יגונה - אשר נועד לאפשר את קיומם של חיים תקינים (ראו את המקורות שהובאו בעניין חביבה פסקה 6). השיקולים המעשיים נשענים על החובה למלא אחר מצוות הכתוב "וביערת הרע מקרבך" (דברים כב 21). אפס, הכרח זה אין בו כדי לטשטש את ההבחנה בין המישור הפלילי והאזרחי. הדין העברי מודע היטב להבחנה זו.

6. אתייחס באופן ספציפי לשתי נקודות העולות מדבריו של חברי, השופט א' רובינשטיין. הנקודה הראשונה נוגעת למעמדן של ראיות נסיבתיות, כאשר עסקינן בסנקציות פליליות שאינן עונש מוות. הנקודה השנייה עניינה ההבדל שבין הכרעה על סמך ראיות נסיבתיות ובין הכרעה על סמך "אומדנא" מסוג שונה. לפי גישה זו, מצד אחד המשפט העברי מחמיר בדרישת הראיות הנסיבתיות בשל קיומו של עונש מוות. מן הצד האחר, מוכן הוא להכיר ב"אומדנא" גם בדין הפלילי. תשובתי הראשונה לכך כבר הובאה ביחס לדוגמת החורבה. כזכור, חכמים נוקטים בלשון "לא ראיתם כלום".

זוהי עמדה עקרונית בדבר מידת ההוכחה הדרושה, ללא כל קשר לעונש. גישה זו יוצאת חוצץ כנגד ראיות נסיבתיות. בעיני זוהי תובנה חשובה ביותר של הדין העברי בפלילים, העשויה לסייע גם בשיטתנו היום. התשובה השנייה תעמוד על ההגדרה המדויקת של המונח "אומדנא".

באשר לנקודה הראשונה. צודק חברי בכך שהדין העברי רגיש רגישות יתרה כלפי עונש המוות. לגישתם של חלק מרבתינו, בגלל חשש זה ניתן לאיין לחלוטין את עונש המוות (ראו בבלי, מכות ז, ע"א). גם הרמב"ם מבסס את דבריו בעיקר על הציווי "צדיק ונקי אל תהרוג" (שמות כג 7). כפי שצוין על ידי חבריי, עמדו על כך גם חכמים נוספים.

אך הדברים אינם מוגבלים לעונש המוות בלבד. הדין הפלילי מובחן מזה האזרחי בכך שהוא אינו עוסק בדיני ממונות גרידא. קנס, ובוודאי עונש מאסר – לרבות מאסר עולם – הם בגדר דיני העונשין באופן מובהק, גם במובנו בדין העברי. המיוחד הוא הסמכות של בית הדין להעניש. בראיה זו, הזהירות אינה מוגבלת לעונש החמור ביותר – גזר דין מוות. לא בכדי קבע הרמב"ם כי בצוק העיתים מוענק שיקול דעת לבית הדין להעניש: "יש לבית דין להלקות מי שאינו חייב מלקות...". עולה מן המשנה גם כי השימוש בעונש מוות היה נדיר למדי – "סנהדרין ההורגת אחד בשבוע [בשבע שנים], נקראת חבלנית; רבי אלעזר בן עזריה אומר, אחד לשבעים שנה" (משנה, מכות א, יא). ובכל זאת, וליתר דיוק בשל זאת, חכמינו פיתחו מנגנוני ענישה חלופיים, כגון מאסר – כינוס לכיפה – או קנס (ראו באופן כללי הרב שמחה אסף העונשין אחרי חתימת התלמוד – חמר לתולדות המשפט העברי (התרפ"ב)). הסיבה לשימוש זה היא ריבוי הפושעים והפשעים. עקב כך, יש הגמשה בדרישה הראייתית, בדמות נכונות להכיר בכלי של ראיות נסיבתיות, לאו דווקא בשל עונש כזה או אחר.

בדומה לדין ההלכתי בהודאת נאשם, גם בנושא הראיות הנסיבתיות יש משמעות רבה לדין ה"אידיאלי" (ראו נחום רקובר "עד מדינה", סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי ס, 1 (התשמ"ח)). כמוהו ככוכב זוהר אשר מנחה את הפוסק השט בים המשפט, בעת שהוא נאלץ לסטות מן המסלול שנקבע מראש. אל לנו להניח דין זה על מדפי ההיסטוריה, או לנסות לקרב אותו לדין הנוהג כדי לצמצם את הפער שבין השניים. דווקא הפער יוצר מתח מכונן, המשקף את נקודת האיזון הראויה. תשובתו של המשפט העברי בדבר הקשיים בקביעת אשמה על סמך ראיות נסיבתיות נאמרה בקול צלול וברור, ולכך יש משמעות. האידיאל הוא "לא ראיתם כלום", אך כדי "לבער את הרע מקרבנו" נוצר ריכוך ביישומו. תשובה מורכבת זו של המשפט העברי לא נמסרה בין כותלי הישיבה כעניין תיאורטי, אלא יושמה הלכה למעשה בחיי העם, בתקופות שבהן רבתה הפשיעה. כפי שצוטט לעיל משו"ת הריב"ש: "עתה בזמנינו זה מה שדנין בדיני נפשות הוא לפי צורך השעה, שהרי בטלו דיני נפשות, אלא שבית דין מכין ועונשין שלא מן הדין לפי צורך השעה ואף שלא בעדות גמורה, כל שידעו באמתלאות ברורות שעבר העבירה. לזה נהגו לקבל הודאת פי העובר אף בדיני נפשות למען יתברר הדבר גם מתוך דבריו, עם קצת אמתלאות אם אין עדות ברורה" (שו"ת הריב"ש, סימן רנ"א). כידוע, מנגנון האכיפה הפלילית הוענק במדינת ישראל לבתי המשפט. אין תימה כי פוסקי הלכה רבים הכירו בכוחו, ולו כדי למנוע מצב ש"איש הישר בעיניו יעשה" (שופטים, כא 25). ההפריה היא דו-כיוונית. האידיאל במשפט העברי של "לא ראיתם כלום" בראיות נסיבתיות, אף אם אין לקבלו היום, אמור בכל זאת לשמש ציון דרך לזהירות המתבקשת בעת הרשעה וענישה על סמך קונסטרוקציה נסיבתית. כך גם ביחס לדרכי הענישה הקבועות בחוק העונשין.

7. הנקודה השנייה נוגעת למצבים שבהם, לפי חלק מן השיטות, ניתן להרשיע בדיני נפשות על סמך "אומדנא". חברי, השופט א' רובינשטיין, הביא את הדברים כדי לצמצם את השוני בין הדין הפלילי והדין האזרחי במשפט העברי. כשלעצמי, הייתי שם את הדגש במקום אחר – שימוש שונה של המונח "אומדנא". הכלל הבסיסי, כפי שפוסק הרמב"ם, הוא "אין בית דין עונשין באומדן הדעת, אלא על פי עדים, בראיה ברורה" (משנה תורה, סנהדרין, פרק כ, הלכה א; על

פי המשנה, סנהדרין ד, ה). כך לגבי עדות באשר למעשה ביצוע העבירה. לצד זאת, יש נושאים אחרים בהם בית הדין היה מוכן לסמוך על אומדנא, במובן של פסיקה על פי רוב המקרים - מעין "פסיקה סטטיסטית" או קביעת חזקה.

דוגמא לכך, המציגה את המתח שבין רבני התלמוד, בגזירת דין מוות הלכה למעשה. גישה אחת מוצגת על ידי רבי טרפון ורבי עקיבא: "אילו היינו בסנהדרין לא נהרג אדם מעולם" (בבלי, מכות ז, ע"א). בהמשך מסביר התלמוד כי גם כאשר ישנם עדים, לעולם לא ניתן לשלול לחלוטין העדרו של קשר סיבתי בין מעשה העבירה לתוצאה הקטלנית. כך, למשל, אין העדים יכולים להעיד בצורה מוחלטת שהקורבן לא סבל ממחלה קטלנית, שהיא זו שהביאה למותו. לעומת זאת, רבן שמעון בן גמליאל יצא כנגד הגישה החוששת מפסיקת עונש המוות עד כדי איונו: "אף הם מרבים שופכי דמים בישראל" (שם). על פי גישה אחרונה זו, לא ניתן לזכות בשל האפשרות הלא מבוססת שהקורבן מת בשל גורם פתאומי שאינו קשור למעשה. זאת כדי למנוע את שיתוק השיטה.

דברים דומים ניתן למצוא גם בדין הישראלי, בע"פ 79/29 יחזקאל עזרא בן סלמן סלמאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2), 118 (1979). בעניין זה טען הסנגור שלא ניתן לשלול את האפשרות שהמנוח מת עקב התקף לב, ולא עקב היריות שפגעו בו. בית המשפט קבע:

"אין התביעה הכללית חייבת להוכיח את אשמתו של הנאשם עד כדי ביטחון מוחלט ולשלול כל ספק, אפילו הוא תיאורטי גרידא. חובתה לשכנע את בית-המשפט מעבר לספק סביר, ולא מעבר לכל ספק, ומערכת משפט תקינה לא תוכל להתחשב בספקות שאין מאחוריהם אלא פלפול ריק" (שם, עמודים 122-123, השופט ש' אשר).

כאמור, טענות מעין זו של הסנגור עתיקות הן, ונדחו גם בדין העברי (השוו בבלי, חולין יא, ע"ב). עינינו הרואות כי יש להבחין בין הדרישה הראייתית להוכחת מעשה העבירה, לבין, למשל, הוכחת הקשר הסיבתי בין המעשה לבין התוצאה. זאת בשל שיקולים מעשיים - כדי למנוע אפשרות שלא ניתן יהיה להרשיע כלל. עניינים כגון אלה ניתן היה לפסוק על פי חזקה או רוב, מבלי לוותר על הדרישה הקפדנית לבחינת התנהגות החשוד בביצוע המעשה.

דוגמא להבחנה זו מצויה בדבריהם של בעלי התוספות. בהתאם לדוגמאות שהובאו בתלמוד הבבלי, קבעו הם שבדיני נפשות ניתן להיעזר, במקרה המתאים, בכלל לפיו לא כל האנשים מדייקים במספר ימי החודש בעת מסירת עדות. לכן, סתירה בין שני עדי ראיה לגבי התאריך המדויק בחודש אינה פוסלת את עדות שניהם, כל עוד ישנה התאמה בכל יתר פרטי העדות וכאשר ההבדל הוא של יום אחד (ראו תוספות, סנהדרין ג, ע"ב).

עיון מדוקדק בדברי התלמוד הבבלי ומפרשיו מעלה את התמונה הבאה. אין מדובר בהרשעה על סמך "ראיות נסיבתיות", במובן שבו עסקנו עד כה. ניתן לראות שבדוגמאות המובאות בתלמוד ישנה עדות ישירה המחייבת מיתה, אלא שישנו פתח כלשהו לזיכוי. קביעות התלמוד, למעשה, שכאשר פתח זה בנוי על אפשרות סטטיסטית קלושה יחסית, אזי ניתן להרשיע בכל זאת. ברוח זו מסביר הרב אריה לייב הלר (בעל "קצות החושן", מחשובי הפוסקים והלמדנים במחצית השניה של המאה ה-18) את דברי התוספות דלעיל. על פי גישתו, "על פי שנים עדים יקום דבר ולא רוב ולא חזקה". יש צורך בשני עדים המעידים באופן ישיר על ביצוע מעשה העבירה עצמו. אך שונים פני הדברים לגבי עובדות רקע שונות, שאינן קשורות לשאלת ביצוע המעשה עצמו. בקביעת האחרונות ניתן להתבסס על ראיה סטטיסטית (על פי "רוב" או הנחה פסיכולוגית (שב שמעתא ד, ח)).

הסבר אחר לחלק מן הדוגמאות המופיעות בתלמוד מביא הרב אשר וייס. לשיטתו, הספק העולה בחלק מהדוגמאות המובאות בתלמוד מבוסס על אפשרויות שהן תיאורטיות ומנוגדות למהלכם הרגיל של הדברים. מצבים אלה, לדידו, אינם מכונים כלל "ספק". ממילא ההרשעה בתלמוד אינה מבוססת כלל על "אומדנא" (מנחת אשר שמות, נב). המשותף לשני התירוצים, הקביעה שספק בנוגע לעצם עשיית המעשה אינו יכול לקבל מענה בדמות ראיות נסיבתיות.

סיכומם של דברים, באידיאל דרש המשפט העברי ראיות ישירות ולא ראיות נסיבתיות למעשה העבירה. אך נכון היה להכיר, הכרה מסוימת, בחזקות שונות באשר לנתונים המצויים מסביב למעשה עצמו. כאמור, בתמורות העיתים גם המשפט העברי הכיר בריכוך הכלל של שלילת כל ראיה נסיבתית לביצוע המעשה עצמו. אך הכרה באידיאל תסייע, לדעתי, ביישום המבחן הישראלי של "אפשרות סבירה יחידה" במקרה הקונקרטי. בעיני הדברים יפים, ובכוחם להעשיר את הדין הפוזיטיבי בנסיגונו ובתבונתו של הדין העברי.

8. ובכל זאת, מעיון בפסקי דין מזכים עולה לעיתים, מבין השיטין, נימת התנצלות או תחושה של חוסר נוחות. תחושה זו עולה מן התוצאה של זיכוי מחמת הספק. כביכול, לא עלה בידו של בית המשפט לברר את המציאות ולא נשלמה מלאכתו. תחושה זו מובנת. בית המשפט מעדיף להגיע לחקר האמת. אך לדעתי גם כאן גישת המשפט העברי עשויה להבהיר את העניין בצורה רחבה יותר. בדין העברי, כאשר בית המשפט מגיע למסקנה כי קיים ספק אין הוא צריך "להתנצל" על כך. הספק הוא חלק מן המשפט. אף הספק עשוי להיות התחנה שאליה הגיע המשפט לאחר בירור מקיף של העובדות. הרף של הרשעה למעלה מספק סביר אינו צודק פחות מרף נמוך יותר, אלא להפך. הספק אינו מושג אינסטרומנטלי, אשר נועד לסייע בהפנמת מוגבלות ידיעתו של האדם. בדין העברי הספק הוא מצב עצמאי, לא פחות ממצב של "אשם" או "זכאי" באופן מוחלט.

לצורך המחשת משמעותו של "הספק בידע", המאפיין את הזיכוי במשפט, הבה נביט על הספק הטבוע במציאות עצמה - "הספק בטבע". דוגמא לספק כזה במשפט העברי היא הזמן שהוא לא יום ולא לילה - בין השמשות. שעת בין-ערביים זו אינה בגדר יום אך גם אינה בגדר לילה. לכן, ההלכה מתירה, בנסיבות מסוימות, להתפלל בפרק זמן זה הן תפילת מנחה - השייכת ליום, והן תפילת ערבית - השייכת ללילה. דוגמא נוספת היא עובר. זהותו קשה לסיווג, לא מפני חוסר ידע לגביו אלא דווקא לאור סממני החיים שבו מצד אחד, והשוני בינו לבין אדם שיצא לאוויר העולם מצד שני. ספקות אלה, שאנו פוגשים בהם בכל יום ונכונים ביחס לכל אדם, אינם נובעים מחוסר ידיעה, אלא היפוכו של דבר. היום אנו בקיאים היטב במתרחש בשמים, באשר לזריחה ולשקיעה, ובהתפתחות העובר. הספק נובע מן המציאות עצמה (הרב יוסף דב הלוי סולובייצ'יק שיעורים לזכר אבי מורי ז"ל מרן רב משה הלוי סולובייצ'יק צא-קייב (התשמ"ג)). אכן, הספק המשפטי הוא שונה. מקורו הוא חוסר ידיעה. אך חוסר ידיעה זה טבוע באופיו של המשפט ובטבע האנושי. מעמדו של הספק בטבע דומה למעמד הספק בידע בעולם המשפט. יש להתמודד איתו בעזרת יצירת כלי ניתוח חדשים המותאמים לאופיו המיוחד. בכך אין כל פסול, אלא להפך - זוהי הדרך הראויה והצודקת.

9. בחזרה לענייננו. נימוקיהם המעשיים של חברי מקובלים עלי. הספק בתיק זה ברור. החוליה המקשרת בין המשיב לבין הרוצח חסרה מן הסיפור. לא בכדי שישה שופטים שונים מצאו בספק שהועלה סבירות מספקת לשם זיכוי המשיב. אכן, עדיין רב הנסתר על הנגלה. אולם שיטת המשפט הישראלית - כמו גם שיטות משפט נוספות - אינה זוקפת זאת בהכרח לחובת הנאשם.

בטרם סיום אעיר הערה אחרונה. ציינתי בעבר כי אין לזכות נאשם למחצה, לשליש או לרביע (ראו ע"פ



7653/11 ראובן ידען נ' מדינת ישראל, פסקה 3 לפסק דיני (26.07.2012)). חברי כתבו, כל אחד על פי דרכו, כי "במאזן הסתברויות אזרחי היה דינו של המשיב לחובה". לתפיסתי, קביעת מסמרות בסוגיה זו אינה רצויה. כוונתי לשני קשיים העולים ממנה - מעשי ועיוני. במישור המעשי, לקביעה כזו נפקות רבה ביחס להליך אזרחי, אם יתקיים. אינני סבור כי כוונת חברי הייתה לחייב את המשיב בדיני הנזיקין, אך אמירה כזו עלולה להוביל לתוצאה דומה או לתפוס חשיבות מרובה, היה ותוגש תביעה אזרחית. זאת, למרות שהסנגור לא ניהל הליך אזרחי. כידוע, אין חקר לתבונת סנגור. ייתכן שהשליך את יהבו על נקודה מסוימת, כדי לעורר את הספק. לעומת זאת, בהליך אזרחי ייתכן שהיה נוקט בקו אחר כדי להתמודד עם הנטל של מאזן ההסתברות החל על התובע. במישור העיוני, הדין הפלילי מכיל את קשייו שלו. תפקידו של בית המשפט, בגדרו, הוא להכריע האם הנאשם ביצע את העבירה. בית המשפט יכול להתייחס, בהנמקתו, לדרגת חשד כזו או אחרת הקיימת כנגד נאשם. ברם, אין מקום, לדעתי, לטעת מסמרות בשאלת מאזן ההסתברויות שאינה עומדת כלל על הפרק. לטעמי ניתן ורצוי להציג את הדברים בצורה שאינה פסקנית. כך יישמר ייחודו של המשפט הפלילי. אכן, לפי סעיף 42א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 "הממצאים והמסקנות של פסק דין חלוט במשפט פלילי, המרשיע את הנאשם, יהיו קבילים במשפט אזרחי כראיה לכאורה לאמור בהם...". אך זיכוי אינו אמור, בסופו של דבר, להכריע בתביעה אזרחית, ולו בצורה אגבית.

10. סוף דבר, אני מצטרף לחבריי כי יש לדחות את הערעור ולהותיר את זיכוי הנאשם על כנו.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' סולברג.

ניתן היום, א' בשבט התשע"ה (21.1.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט