

תפ"ח 35982/12/17 - מדינת ישראל - פמ"ד ע"י ואח'... נגד יניב זגורי (עצור) ע"י, אהרון איטל (עצור) ע"י, מיכאל מודזגברישווילי (עצור) ע"י, אלי ואח'...

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תפ"ח 35982-12-17 מדינת ישראל נ' זגורי(עציר) ואח'
תפ"ח 31894-07-18 מדינת ישראל נ' זגורי(עציר) ואח'

לפני: כב' סגן הנשיאה, השופט נתן זלוצ'ובר - אב"ד
כב' השופטת דינה כהן
כב' השופט דניאל בן-טולילה

המאשימה: מדינת ישראל - פמ"ד ע"י ב"כ עו"ד דהן, עו"ד נוימן ועו"ד אלמקייס
נגד

- הנאשמים:
1. יניב זגורי (עצור) ע"י ב"כ עו"ד פלדמן ועו"ד קסנטיני ועו"ד שרמן
 2. אהרון איטל (עצור) ע"י ב"כ עו"ד יוחאי
 3. מיכאל מודזגברישווילי (עצור) ע"י ב"כ עו"ד נוי ועו"ד שפרלינג
 4. אליושה שלום (עצור) ע"י ב"כ עו"ד נוי ועו"ד שפרלינג
 5. שמעון שרביט (עצור) ע"י ב"כ עו"ד נוי ועו"ד שפרלינג
 6. משה רובין (עצור) ע"י ב"כ ייתח ועו"ד אטיאס
 7. עמיר בן שימול (עצור) ע"י ב"כ עו"ד אוחנה

החלטה בבקשת המדינה להעיד את עדי התביעה אבי אסבן, מוטי אהרוני, השוטר ארז נבון, השוטר מורן יגר והסוכן נ.פ.

רקע:

לפנינו בקשת המדינה להעיד את עדי תביעה שבכותרת, בין היתר, ביחס לפעילות עבריינית לכאורית נטענת של נאשמים 3-5, בנוסף לזו המיוחסת להם בתיק שלפנינו (להלן ולשם הנוחות: "התיק הצפוני").

המאשימה אינה חולקת על כך שיש בעדויות הרלוונטיות ללמד על התנהגות שלילית של מי מהנאשמים (בניגוד לכלל האוסר הצגת ראיות על אופיו הרע של נאשם ובניגוד להוראת סעיף 163 לחסד"פ), ברם, לשיטתה, במקרה הנדון מתקיימים מספר חריגים המצדיקים סטייה מהכלל.

כך לטענת המאשימה, העדויות רלוונטיות להוכחת "קווי דמיון מוחשיים" בין התנהלות הנאשמים 3-5 במהלך תקופת הפעלת הסוכן אל מול גרסתו של עד המדינה. בהקשר לכך, מבקשת המדינה ללמד את מיהות הנפשות הפועלות, חלוקת התפקידים ביניהם, אופן העברת האמל"ח בין המעורבים, מקומות בהם הוטמן האמל"ח, מודעותם של המעורבים למידת הנזק שיגרם לאדם כתוצאה משימוש באמצעות לבנת חבלה וכיוצא באלה.

בנוסף, המאשימה סבורה כי יש בעדויות הללו ללמד על "מעשים דומים" של הנאשמים 3-5 ביחס לשימוש תדיר

באמצעי לחימה וזאת לצורך הוכחת "כוונת קטילה". נטען כי הדבר נועד לשלול טענה חלופית אפשרית לפיה גם אם יוכח שבוצעה אספקת מטען, אין כל וודאות כי מי מהנאשמים היה מודע למטרת אספקתו.

טעם שלישי עליו מבססת המאשימה בקשתה, עניינו "**הפרכת גרסאות וטענות עובדתיות קונקרטיים**" שהעלו הנאשמים בחקירתם במשטרה. כך, בין היתר, הפנתה המאשימה לטענת נאשם 3 בנוגע למפגש עם עד המדינה מ.א בשדה התעופה, הכחשתו של נאשם 3 ביחס למתיחות ששררה בינו לבין עד המדינה, טענת נאשמים 4 ו-5 בנוגע לחלקם הנקודתי והצר באישום העשירי, הפרכת גרסת הנאשמים כי מדובר בעלילת שווא, חוסר מודעותם לתשלום ששילם הסוכן עבור האקדח וכיוצא באלה.

ב"כ הנאשמים מנגד, סבורים כי למעט עדותם של מוטי ואסבן ובנוגע לאישום 13 בלבד, יתר העדויות אינן קבילות ואין להתירן. נטען כי אין המדובר בראיות רלוונטיות, אין המדובר בראיות הנופלות לאחד מן החריגים שהוכרו בפסיקה ובכל מקרה, ערכן הראייתי אינו גובר על הנזק שבחשיפת אופיים השלילי של הנאשמים.

עוד נטען, כי מדובר באמרות שאמיתותן לא הוכרעה בהליך אחר וממילא גם אין עתירה מצד המאשימה לקבוע כי באותם אירועים מי מהנאשמים ביצע עבירות נשק ואמל"ח. בהתאם לאמור, מקום בו המאשימה נמנעה משיקולים ראייתיים להגיש כתבי אישום נגד מי מהנאשמים בהסתמך על אותן ראיות, או אז היא "מושתקת" מלטעון כעת כי מדובר בראיות המספיקות להרשעה בפלילים בתיק שלנו.

אשר לטענת המאשימה בדבר "מעשים דומים", נטען כי לא ברור על איזה "דמיון" מדובר ולא בכדי המאשימה נמנעת מלפרט מהו אותו "מעשה דומה" (למעט העלאת טענות עמומות הנוגעות ל"התנהלות כללית"). הדברים אמורים בפרט בשים לב לכך שהנאשמים 4 ו-5 כלל לא הועמדו לדין בתיק הצפוני ונאשם 4 אף לא נחקר. משכך, אין בראיות אלה כל תועלת ראייתית מעבר להשחרת הנאשמים ויצירת דעה קדומה.

עוד וביחס להסתמכות המאשימה על "מעשים דומים", הוטעם כי הנאשמים מכחישים כל העברת מטען ובכך שונה המקרה שבפנינו מאותם מקרים בפסיקה שבהם הנאשמים לא חלקו על עצם ביצוע המעשים, אולם טענתם הייתה להעדר יסוד נפשי. בעניין זה, ולצורך הוכחת "מודעות תיאורטית" ביחס למי שמספק מטען חבלה, אין צורך בהבאת ראיות וניתן להשיב לשאלה זו בהתאם למבחני ההיגיון ושכל ישר. אפילו יש בראיות האמורות להוכיח מודעות של נאשם במקרה פלוני ליכולתו של מטען מסוים להביא לקטילת אדם, אין בכך ללמד על מודעותו במקרה אלמוני.

בנוגע להפרכת גרסה או טענה עובדתית, נטען כי אין לקבלה אפילו טוענים הנאשמים כי מדובר בעלילת שווא. בהקשר לכך, על המאשימה להראות כיצד יש בראיות לסתור טענה עובדתית קונקרטית ולא להציג ראיה כללית אודות נטייה פלילית. יתר הטענות העובדתיות הקונקרטיות הינן "שוליות ואזטריות" והן בבחינת כסות להכשיר את הראיות שבמחלוקת.

דין והכרעה:

מסגרת נורמטיבית:

הנורמה הבסיסית החולשת על שאלת זימונם של עדים למתן עדות בבית המשפט קבועה בסעיף בסעיף 1 (א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, שזוהי לשונו: "**מותר להזמין כל אדם ליתן עדות שהיא קבילה ושייכת לענין; והוא, כשאין הוראה אחרת בפקודה זו**". בהמשך לאמור ובסעיף קטן (ב) מפורט כי: "**בית המשפט רשאי, לפי שיקול דעתו, לסרב להוציא הזמנה אם אין בה צורך או אם ראה שנתבקשה למטרה שאיננה גילוי האמת**". יוצא אפוא כי המבחן לזימונו של עד או סירוב לזימונו הוא בעיקרו כפול: רלוונטיות - וקבילות.

באשר לשאלת הקבילות, כלל הוא כי אין התביעה רשאית לאזכר או להוכיח עבר פלילי של נאשם בטרם ניתנה הכרעת הדין בעניינו. בבסיס כלל זה, עומדת חזקת החפות גם לנאשמים בעלי עבר פלילי. החשש הוא שחשיפת עבר פלילי של נאשם עשויה להוביל לגיבוש דעה קדומה שלילית כלפיו. בית המשפט העליון עמד על כלל זה בשורה של פסקי דין ור', בין היתר, ע"פ 3954/08 אבו ג'ודה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.4.09) (להלן: "עניין אבו ג'ודה"); ע"פ 9613/04 בן-סימון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.9.06); ע"פ 411/04 טטרו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.1.06); ע"פ 470/83 מורי נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 1 (1985); ע"פ 409/74 שאבי נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 587 (1974).

בדומה, ר' יניב ואקי, דיני ראיות, כרך ב', עמ' 1201 (להלן: "ואקי, דיני ראיות"): **"הכלל מבוסס על העיקרון של 'judge the act not the actor' שתכליתו למנוע מהשופטים לגבש דעה קדומה על הנאשם ובכך לחרוץ את דינו מבעוד מועד. חשיפת עברו הפלילי של הנאשם בטרם יוכרע דינו מעמיד אותו בפני סיכון להרשעה בשל הדעה הקדומה השלילית שנוצרה נגדו, ולא בשל כך שהוכחה אשמתו במשפט."**

ביטוי נוסף לכלל זה מצוי גם בהוראת ס' 163 לחסד"פ הקובע: **"נאשם שבחר להעיד לא ישאל בחקירה שכנגד שאלות בעניין הנוגע להרשעותיו הקודמות, מלבד אם העיד על אופיו הטוב או הביא ראיה אחרת לכך בין בראיותיו ובין בחקירה שכנגד של עדי התביעה."**

לצד האמור, יש מקרים בהם לעברו הפלילי של נאשם עשויה להיות רלוונטיות ומשקל ראייתי להוכחת אשמתו. נגזרת מכך, נקבעו בפסיקה מספר חריגים בהם ניתן להציג ראיות הנוגעות לעברו הפלילי של נאשם עוד טרם הוכרע דינו. ההלכה המנחה בסוגיה נדונה בהרחבה בע"פ 265/64 שויביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כרך יט חלק שלישי, תשכ"ה 1965 (להלן: "עניין שויביץ").

בפסק דין זה, בית המשפט העליון סקר את האסכולות השונות ובכללן, האסכולה ה"מקלה" יותר ולפיה: **"כל עוד עדות הינה רלוונטית לשאלה מהשאלות השנויות במחלוקת, מעבר לעובדה שהיא עשויה להצביע על נטייתו הרעה או הפלילית של הנאשם, רואים אותה כעדות קבילה וזאת חרף הסכנה שעדות זו עלולה ליצור משפט קדום נגדו"** (שם, עמ' 442). הדגש לפי גישה זו, הוא מבחן הרלוונטיות. האסכולה השנייה, זו ה"מחמירה" יותר, קובעת כברירת מחדל כי עדות המצביעה על נטייתו של נאשם לעסוק בפלילים היא פסולה, למעט סוגי מקרים בהם תהיה מותרת (שם, עמ' 443). בפועל, האסכולה השנייה היא זו שהתקבלה בשיטת המשפט הישראלית:

"אם המשקל הראיתי של העדות (המוצעת) על עובדות דומות - בשים לב לשאלה שהיא נועדה להשיב עליה ושלא בגלל כן, שהעדות מצביעה אך על סגולתו של הנאשם להיות עברין או לבצע את העבירה המיוחסת לו - הוא גדול עד כדי שיהיה זה אוילי שלא להתחשב בה, כי אז מן הדין להתיר את העדות, חרף אפיה הפוגע" (שם, בעמ' 453).

וכן:

"מן הדין לנסח את הכלל בדבר עדות על עובדות דומות כך שאם עובדות אלה משמעותן היא אך ורק שהן מצביעות על נטייתו של הנאשם לעסוק בעסקאות פליליות או לבצע את העבירה שיוחסה לו במשפט, כי אז תהיה העדות פסולה. מאידך גיסא אם עדות כנ"ל היא רלוונטית ובעלת ערך פרובטיבי במידה מספקת, לגבי נשוא האשמה, שלא בגלל אפיה הנ"ל דווקא כי אז תהא העדות קבילה."

בעניין אבו ג'ודה נקבע:

"עינינו הרואות כי בגדרי מבחן זה יש לבדוק שני מאפיינים של הראיה אותה מבקשים להציג. האחד,

תרומתה של הראיה להוכחת אחת מהשאלות השנויות במחלוקת. השני, מידת החשש שהראיה מעוררת מפני יצירת דעה קדומה שלילית כלפי הנאשם. זהו ניסוח דומה לכלל שהיה נהוג במשפט האנגלי לפיו יש להתיר הגשת ראיות בדבר התנהגות שלילית קודמת של הנאשם כאשר כוחן הפרובטיבי (Probative) גובר על החשש מדעה שלילית אשר תיווצר כתוצאה מהצגת הראיה" (פס' 11).

עוד ר' בהקשר לכך, ואקי, דיני ראיות:

"המשותף לכל החריגים הללו, אשר יפורטו להלן, הוא כי במצבים מסוימים ניתן להצדיק את הצגת עברו הפלילי של נאשם בשלב ברור אשמתו. זאת, ובלבד שהצגת העבר הפלילי נעשית לתכליות מוצדקות אשר עולות על החסרונות הגלומים בחשיפתו של בית המשפט לראיה מסוג זה..."

בע"פ 4327/12 פלוני נ' מדינת ישראל (5.6.2013) (להלן: "עניין פלוני") סוכמה ההלכה הנוגעת להבאת ראיות המלמדות על התנהגות עבריינית קודמת של נאשם.

"ככלל, הבאת ראיות בדבר התנהגותו של נאשם בעבר, המלמדות על ביצוע מעשים דומים לאלו המיוחסים לו בכתב האישום או על שיטת ביצוע דומה לזו המתוארת בו, מנוגדת לכלל הקבוע בסעיף 163 לחוק סדר הדין הפלילי, לפיו אין מציגים בבית המשפט את עברו הפלילי של הנאשם. ואולם, למרות החשש שעדויות שעניינן "מעשים דומים", או עדות "שיטה" יבססו דעה קדומה לחובת הנאשם, עוד טרם שהוכרע דינו, קבעה ההלכה הפסוקה כי בניסבות מיוחדות, רשאי בית המשפט להתירן, וזאת אם סבר כי עשויה להיות להן תרומה ראייתית נכבדה להכרעת הדין, מעבר להוכחת "נטייתו של הנאשם לעסוק בפלילויות או לבצע את העבירה שיוחסה לו במשפט" (ע"פ 265/64 שויביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט (3) 421, 447 (1965)), ותרומה זו גוברת על החשש מפני הכתמת שמו של הנאשם, כבר בשלב בירור אשמתו .."

מן הכלל אל הפרט:

יישום החוק והפסיקה למקרה שלפנינו מוביל למסקנה, כי יש להיעתר לבקשתה המאשימה להעיד את העדים שבכותרת, בחלקה בלבד. ההתייחסות בחלק אופרטיבי זה של החלטתנו תהיה בהתאם לאותן "קבוצת ראיות" או בהתאם לאותן "תכליות" כפי שחילקה אותן המאשימה בסעיפים 10-11 לטיעוניה הכתובים.

ככל שהדבר נוגע לבקשת המאשימה להציג עדויות שתכליתן לנסות לסתור גרסאות וטענות עובדתיות קונקרטיות של מי מהנאשמים כפי שהועלו במהלך חקירותיהם, מצאנו לאפשר זאת, ובלבד שהדברים אותם מבקש המאשימה לסתור רלוונטיים לזירת המחלוקת ואינם בשולי הדברים. בדומה, מצאנו לאפשר הבאת ראיות או עדויות ככל שיש בהן לחזק גרסה או טענה עובדתית של מי מעדי התביעה וגם כאן ובלבד שהנתון אותו מבקשת המאשימה לחזק נוגע לזירת המחלוקת וכאשר אותה ראיה שמבקשים להביא בעלת קשר הדוק וספציפי לדבר אותו מבקשים לחזק.

כך ולשם המחשת החלטתנו, לא די שעד מסוים מהתיק הצפוני מוסר כי מי מהנאשמים משתמש בטלפון או ברכב מסוים (בדומה לדברים שמסר עד המדינה) על מנת להתיר את העדות, אפילו יש בכך לכאורה ללמד שהעד אינו מפנטז ובבחינת "חיזוק כללי". מנגד, ככל שלשאלה באיזה רכב או טלפון משתמשים מי מהנאשמים יש חשיבות לזירת המחלוקת בתיקנו, או אז נתיר זאת. נדמה כי התרת ראיות במסגרת זו מתחדדת גם נוכח זירת המחלוקת המאוד רחבה.

ככל שהדבר נוגע להבאת ראיות לצורך הפרכת טענה עובדתית ר' עניין אבו ג'ודה, שבו גם לפי הגישה המצמצמת (בה

תמכה כב' הנשיאה חיות), נקבע כי נכון לאפשר ראיות לתכלית שכזו: **"מקום שבו ראיה זו נחוצה להפרכת גרסה או טענה עובדתית קונקרטיה שהעלה הנאשם להגנתו [...]** על פי רציונל דומה, כאשר נאשם בוחר בקו הגנה מסוים מן הראוי לאפשר לתביעה להגיש ראיות שיש בהן כדי לסתור את גרסתו, גם אם הדבר כרוך בחשיפת עברו הפלילי [...]. **הצגתן של ראיות אלה לא נועדה להוכחת נטייתו הרעה של הנאשם ואף לא כהוכחה מסדר ראשון שביסודות העבירה אלא כדי לשלול טענת הגנה שהעלה"** (ר' פס' 4 לפסק הדין).

מנגד, לא מצאנו לאפשר למאשימה להביא ראיות או להשמיע עדים שיעידו על מקרים המלמדים לשיטת המאשימה על "קווי דמיון מוחשיים" או ראיות על "מעשים דומים" (ר' סעיף 10א - ו' 10ב' לטיעוני הכתובים) וזאת משורה של טעמים.

כאמור, לטענת המאשימה בכוונתה ללמד באמצעות אותם עדים על "התנהלות הנאשמים 3 - 5 במהלך תקופת הפעלת הסוכן אל מול גרסתו של עד המדינה. כך למשל הסיבה שבגינה פנו הסוכן ועד המדינה **דווקא אל הנאשם 3 וכך גם מיהות הנפשות הפועלות וחלוקת התפקידים ביניהם בהתארגנות, וכן, מטרת העיסוק והשימוש באמל"ח (פגיעה בחיי אדם), האופן בו מועבר האמל"ח בין החברים בהתארגנות, המקומות בהם הוטמן האמל"ח ..."**

הגם שהדברים לא נאמרים במפורש, התמונה אותה מבקשת המאשימה להוכיח - דה פקטו - דומה גם, אם לא זהה, לאופן שבו יש להוכיח קיומו של "ארגון פשיעה". כמצוטט מעלה, היא אף נוקטת במינוח "התארגנות". דא עקא, המאשימה לא ראתה לייחס לנאשמים 3 - 5 עבירות לפי חוק המאבק בארגון פשיעה ונגזרת מכך גם אינה יכולה לעשות שימוש בחריג המופיע בסעיף 31 לחוק שתכליתו "הוכחת תבנית מתמשכת ושיטתית".

חשוב מכך, גם אם אין זו כוונת המאשימה, ברי לכל, כי מדובר בצבר של ראיות משמעותיות, כל אחת בפני עצמה, לא כל שכן כמכלול, שלכאורה מלמדות על פעילות עבריינית קשה ונמשכת של מי מהנאשמים ביחד ולחוד. הפוטנציאל ליצירת דעה קדומה ו"השחרה" של מקבץ ראיות מעין זה, גלוי, ברור, ואין צורך להכביר מילים ביחס לכך.

פועל יוצא הוא כי על מנת שבית המשפט יאפשר הבאתן של ראיות מעין אלה עליו להשתכנע, שיש ביכולתן לתרום תרומה ראייתית נכבדה. לשון אחר, לא די למאשימה להראות כי יש בעדויות המבוקשות כדי לחזק נקודה כזו או אחרת המוצאת ביטוי בגרסת עד המדינה או לחזק את מהימנותו באופן כללי. נוכח טיבן של הראיות, המשוכה בפניה ניצבת המאשימה (באין אישום על בנוגע לקיומו של ארגון פשיעה) גבוהה עד מאד. עליה להראות כי ביכולתן לתרום תרומה ראייתית משמעותית בנקודות המצויות בליבת זירת המחלוקת. **לא השתכנענו מטיעוני המאשימה, גם לא ברמה הלכאורית, כי הערך הראייתי של אותן עדויות הוא כה משמעותי, עד כי הוא מצדיק הבאתן של ראיות שכאלה מתיקים קודמים בנושאים המבוקשים.**

זאת ועוד, ה"אשנב הנורמטיבי" שדרכו מבקשת המאשימה להכניס את אותן ראיות לתיקנו הוא באמצעות החריגים שהוכרו בפסיקה כ - "מעשים דומים" ו"עדויות שיטה". על טיבם של חריגים אלו והשוני ביניהם עמד בית המשפט העליון בע"פ 3372/11 משה קצב נ' מדינת ישראל :

"מטרתה של עדות השיטה היא להוכיח את היסוד העובדתי של העבירה, כגון הוכחת עצם ביצוע מעשה העבירה, או הוכחת זהות המבצע. מנגד, מטרתה של עדות בדבר מעשים דומים הינה הוכחת כוונה פלילית של הנאשם בביצוע המעשים, כאשר עצם ביצוע המעשים אינו שנוי במחלוקת. מטרת שונות אלו מכתבות גם רמות שונות של דמיון הנדרשות בין העדויות. עדות שיטה מחייבת דרגה גבוהה של דמיון בין המעשים, בעוד כשמדובר בעדות בדבר מעשים דומים ניתן להסתפק במספר מאפיינים דומים בין המעשים... עם זאת, גם במסגרת עדות שיטה תיבחן רמת הדמיון הנדרשת בהתחשב במכלול הנתונים והראיות. כך למשל, כאשר מדובר בראיה יחידה לקביעת זהותו של הנאשם כמבצע העבירה ודאי שתידרש מידה רבה של דמיון בין העדויות, עד כדי מעין "טביעת אצבע". לעומת זאת, אם קיימת עדות מהימנה הקובעת את זהותו של הנאשם

אך לעדות זו נדרש סיוע, הרי שרמת הדמיון שתידרש מעדות השיטה לעדות העיקרית תהיה פחותה. "ערכה הראיתי של עדות שיטה אינו צריך להיקבע על יסוד מבחנים חיצוניים נוקשים, אלא צריך להישקל על רקע הפנימי של סך כל הראיות המצויות לפני בית המשפט... " (פסקה 333 לפסק הדין).

די ללמוד מתוך האמור בדבר הקושי לאפשר הכנסת ראיות על בסיס הריג של "מעשים דומים". הדברים אמורים בשים לב לכך שבשונה מאותם מקרים שנדונו בפסיקה, במקרה שלפנינו הנאשמים אינם טוענים כי מבחינה עובדתית ביצעו את המיוחס להם (העברת מטען חבלה או חפץ הנחזה להיות כזה, לעד המדינה) אולם לא היו מודעים לכך שהם מבצעים עבירה (בין אם משום שלא ידעו שמדובר במטען ובין אם מסיבה אחרת). טענתם היא כי מעולם לא העבירו לעד המדינה מטען חבלה לצורך קטילתו של טל קורקוס.

המאשימה מודעת לכך ועל כן טוענת כי הדבר נועד "לשלול את הטענה החלופית האפשרית של הנאשמים 4 - 5 לפיה אף אם בוצעה אספקה של המטען כמתואר בכתב האישום, לא הייתה לנאשמים 4 ו- 5 מודעות העולה כדי כוונה פלילית המיוחסת להם בכתב האישום" (סעיף 10ב לטיעוני המאשימה).

בהקשר לכך, נציין כי לא הובאה לפנינו על ידי המאשימה שום דוגמא מן הפסיקה שמאפשרת הבאת ראיות הנוגעות לעברו הפלילי של נאשם בהסתמך על "מעשים דומים" כאשר עצם ביצוע המעשים מוכחש על ידי הנאשם. נדמה כי בעניין זה המאשימה פסחה, על דרישה מהותית שהוצגה בפסיקה בכל אותם מקרים שהדבר הותר.

יתר על כן ומבלי לקבוע מסמרות (שכן עניין זה יכול ויוכרע בסופם של דברים בהכרעת הדין), אפילו יוכח לפנינו כי פעם אחת בעבר ואולי אף מספר פעמים בעבר, מי מהנאשמים העביר מטען בידיעה כי הוא נועד לקטילה, לא ברור עד כמה יהיה בכך להוכיח את שמבקשת המדינה להוכיח, היינו, שבהכרח, זהו היסוד הנפשי היחיד שנלווה לכל העברת מטען עתידית על ידי מי מהם, לרבות במקרה דנן. זאת נאמר בנפרד מהספק האם התרומה הראייתית היא כה נכבדה עד כי היא מצדיקה הבאת ראיות מהסוג אותן מבקש המאשימה להביא ובניגוד לגישה המצמצמת בפסיקה ככלל ביחס להבאת עדויות על נטייה עבריינית.

באשר לראיות שילמדו על "קווי דמיון מוחשיים" הרי ששימוש בטרמינולוגיה כזו בפסיקה (או דומים לה כ"רמת דמיון"), נועד להוכיח "עדות שיטה". ברם, המאשימה אשר מוחזקת כמי שמכירה היטב את החוק והפסיקה, אינה מבקשת להוכיח "עדות שיטה", גם לא על פי המבחנים המקלים יותר (ור' עניין קצב שצוטט לעיל). לכך נוסיף כי המדינה ממילא אינה טוענת בפנינו כי האופן שבו הועבר המטען והתנהלות הנאשמים הינה כה ייחודית עד שיש לראותה כ"טביעת אצבע" של מי מהנאשמים. די בכך כדי לחסום הבאת ראיות בהתאם למסלול זה. למעלה מן הצורך, נציין כי אותם "קווי דמיון מוחשיים" על פי המפורט בטיעוני המאשימה בכתב נוגעים בעיקרם להוכחת קיומו של "תבנית מתמשכת ושיטתית - עבירות ומעשים מן העבר", היינו קיומו של ארגון פשיעה ור' התייחסותנו לכך בראש פרק זה.

זאת ועוד, נוכח ההבהרות אותן ביקשנו (כאמור בהחלטתנו מיום 13.7.23) נלמד כי למעט כתב אישום שהוגש בעניינו של נ' 3 בנוגע לניסיון להחזקת נפץ אותו קיבל מהסוכן, לא התגבשו די ראיות להגשת כתבי אישום ביחס ליתר החשדות או ליתר החשודים. יוצא אפוא כי מרבית הראיות אותן מבקשת המאשימה להביא לצורך הוכחת נטייה עבריינית ו"מעשים דומים" הן לא חלוטות או כאלה שיש לגביהן קביעה שיפוטית. ההגנה סבורה כי המאשימה מנועה מלעשות כן.

במישור העקרוני, ובניגוד לטענת הסיניגורים דרך הילוכה של המאשימה הוכרה בפסיקה כאפשרית שכן "...יש להבחין בין הדרישה להוכחת ביצוע המעשה לבין הוכחת אופיו הפלילי של המעשה. על כן, קיימת חובה להוכיח כי הנאשם אכן ביצע את המעשים האחרים (העולים כדי עדות שיטה או מעשים דומים) ואולם, אין חובה להוכיח שכל אחד מהמעשים בנפרד עולה כדי עבירה פלילית". (ואקי, דיני ראיות, עמ' 985). עוד ר' עניין קצב פסקה 335.

באופן קונקרטי בתיק שלנו, באין טענת התיישנות, ישנו קושי ממשי בקבלת סיטואציה בה מתקבלות ראיות הנוגעות

להחזקה, סחר והובלת מטענים על ידי מי הנאשמים מתיקי חקירה בהם סברה המאשימה כי אין די ראיות נגד הנאשמים רק לצורך חיזוק הראיות בתיקנו. מעבר ל"נראות", הקושי העיקרי נובע מכך שמדובר מעשים ש"צבועים" בפליליות מיסודם, כלומר ככל שיוכח ברמה הנדרשת בפלילים כי פלוני החזיק אמל"ח, מניה וביה מתגבשת עבירה (באין טענה כי הדבר נעשה ברישיון).

בעניין זה לא ברור כיצד המאשימה מחד מבקשת שנקבע כי מבחינה עובדתית המעשים אכן בוצעו ובד בבד, טוענת (באופן מלאכותי יש לומר) כי אין כל רצון שבית משפט זה ייקבע כי המעשים מגיעים לכדי עבירה פלילית. קביעה של בית המשפט כי אמל"ח הוחזק או הועבר כמוה כקביעה כי מדובר במעשה פלילי. וניתן לנסח הדברים הפוך: אם סברה המאשימה כי תוכל להוכיח עובדתית בתיק שלנו החזקה העברה או סחר באמל"ח ברמה הנדרשת בפלילים של מי מהמעורבים בתיק הצפוני, מדוע אם כן לא הגישה כתב אישום נגדם.

נסיים התייחסותנו לקבוצת הראיות הבאות ללמד על "קווי דימיון מוחשיים" ונציין (בדומה ל"מעשים דומים") כי ספק רב בעיינו האם התרומה הראייתית הנתענת היא כה נכבדה עד כי היא מצדיקה הבאת ראיות מהסוג אותן מבקש המאשימה להביא.

ביחס לעדים אבי אסבן ומוטי אהרוני, על פני הדברים, עדותם מתבקשת מאליה שכן אלו מופיעים בכתב האישום ומתוארים כמי שנטלו לכאורה חלק בהשתלשלות האירועים. לא בכדי, גם ההגנה אישרה כי עדותם "אינה בלתי רלוונטית". מן האמור יוצא אפוא כי יש להתיר את עדותם ובלבד שלא תגלוש להוכחת "מעשים דומים" ועדות שיטה".

הערה טרם סיום. מצופה מהמאשימה כי תנתב את חקירותיה בהתאם לכללים שהתוונו, כשם שמצופה מההגנה, שתמנע מהתנגדויות להשמעת ראיות מהסוג שהתרונו. בעניין אחרון זה נציין כי אפילו ימצא בסופם של כי הובאה בפנינו ראייה שערכה הפרובטיבי נמוך הרי בשיטת משפטנו אין מדובר בחבר מושבעים אלא בשופטים מקצועיים "היודעים להעריך את משקל העדויות והנוהגים לנמק את קביעותיהם העובדתיות. אין לבוא בטרניה עם השופט שהתיר עדות על עובדות דומות, גם אם זו עמדה במבחן הרלוונטיות אך מבחינה טכנית צרה, ובלבד שמפסק דינו עולה שהוא נתן לאותה עדות את המשקל שהיא הייתה ראויה לה".

סוף דבר:

- אנו מתירים למאשימה להציג ראיות מ"התיק הצפוני" ככל שתכליתן לנסות לסתור או לחזק גרסאות וטענות עובדתיות קונקרטיים של מי מהנאשמים או מי מעדי התביעה ובלבד שהנתון אותו מבקשת המאשימה לחזק או להפריך נוגע לזירת המחלוקת ואינו בשולי הדברים.

- איננו מתירים למאשימה הבאת ראיות ככל שתכליתן הוכחת "מעשים דומים", "קווי דימיון מוחשיים" ו"עדות שיטה".

- אנו מתירים את עדותם של מוטי אהרוני, אבי אסבן והסוכן ובלבד שעדותם תסוב על המעשים המתוארים בכתב האישום בתיק שלפנינו. איננו מאפשרים כי אלו יעידו ביחס ל"מעשים דומים", "קווי דימיון מוחשיים" ו"עדות שיטה".

המזכירות תעביר עותק החלטה זו לצדדים.

ניתן והודע היום כ"ט תמוז תשפ"ג, 18/07/2023 בהעדר הצדדים.

דניאל בן טולילה, שופט

דינה כהן, שופטת

נתן זלוצ'ובר, סגן נשיאה