



בבית המשפט העליון

מ"ח 4035/19

לפני: כבוד השופט נ' הנדל

המבקש: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשה למשפט חוזר

בשם המבקש: עו"ד איתן מעוז; עו"ד מור הרניק בלום;

עו"ד מורן כרמון

בשם המשיבה: עו"ד יעל שרף

החלטה

מונחת לפניי בקשה למשפט חוזר לפי סעיף 31 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט) בענייניו של המבקש, אשר הורשע ביום 15.9.2011, בבית המשפט המחוזי בעבירות של רצח, ניסיון רצח וקשירת קשר לפשע, ונגזרו עליו, בין היתר, עשרים וחמש שנות מאסר בפועל. ביום 30.12.2014, נדחה, פה אחד, הערעור שהוגש לבית משפט זה.

תמצית הרקע העובדתי

1. ביום 8.10.2009, בשעת צהריים, נורו יריות לעבר אוטובוס שהסיע תלמידים בתום יום לימודים. כתוצאה מהירי נהרג אחד התלמידים, אמג'ד שהוואנה ז"ל (להלן: בתום יום לימודים).

המנוח), קטין כבן 15, תושב כפר קאסם, ותלמיד נוסף מכפר קאסם, סולימאן (להלן: סולימאן) נפצע קשה. בעקבות אירוע זה, הוגשו ביום 3.11.2009, שני כתבי אישום לבית המשפט המחוזי מרכז בשבתו כבית משפט לנוער, אשר ייחסו לארבעה נאשמים (קטינים במועד ביצוע העבירות): עבירת רצח לפי סעיפים 300א(2) ו-29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); עבירה של ניסיון רצח לפי סעיפים 305(1) ו-29 לחוק העונשין ועבירה של קשירת קשר לפשע לפי סעיף 499א(1) לחוק העונשין. בכתב האישום מושא ענייננו הואשמו המבקש ועאמר (להלן: עאמר). בכתב האישום השני הואשמו בן דודו של המבקש (להלן: הודו) וחברו של המבקש (להלן: החבר). הוחלט, כאמור, לפצל את האירוע לשני כתבי אישום משיקולים ראייתיים.

בזמנים הרלוונטיים לכתבי האישום למדו המבקש, החבר והדודן בבית הספר "עמל 1" בטייבה, בו לומדים תלמידים מג'לג'וליה, טירה, כפר ברא וכפר קאסם. לרשות תלמידי בית הספר עמד אוטובוס שהסיע אותם בתום יום הלימודים למקומות מגוריהם, כשמסלול נסיעתו התחיל בג'לג'וליה והסתיים בכפר קאסם. על-פי עובדות כתב האישום מושא ענייננו, ביום 5.10.2009, בשעות הצהריים, בעת הנסיעה באוטובוס התגלע סכסוך בין המבקש, החבר, הדודן ותלמידים נוספים מג'לג'וליה, לבין קבוצת תלמידים מכפר קאסם, עליהם נמנו המנוח וסולימאן. למחרת, ביום 6.10.2009, ובעקבות אותו סכסוך, פרצה קטטה באוטובוס בין התלמידים מג'לג'וליה לבין התלמידים מכפר קאסם. צוין, כי המבקש איים במהלך הקטטה על סולימאן באומרו: "אני אגרום לאמא שלך לבכות עליך" ואילו הדודן טפח על לחיו של סולימאן באופן מאיים והוסיף: "תשמור על עצמך". עוד נטען בכתב האישום, כי לאחר הקטטה, במועדים שאינם ידועים ובהרכבים שונים, קשרו ביניהם המבקש, עאמר, החבר והדודן קשר לנקום בתלמידי כפר קאסם על ידי כך שירצחו מי מהם, ובפרט את סולימאן. ביום 8.10.2009, בשעות הצהריים יצאו הארבעה ברכב מסוג "מאזדה לנטיס" שבבעלות אמו של עאמר (להלן: הרכב), בו נהג עאמר, מג'לג'וליה לעבר שביל שהתואי שלו עובר בסמוך למסלול נסיעתו של האוטובוס (להלן: השביל), כשהם נושאים עימם רובה אוטומטי מסוג קלאצ'ניקוב, אשר הוטמן בתא המטען, ותחמושת נוספת אותה נשאו עמם ברכב. בהגיעם אל השביל, עצרו הארבעה את הרכב ויצאו ממנו. עאמר פתח את תא המטען, בו, כאמור, היה מונח הנשק, כאשר שאר השותפים עומדים בסמוך אליו. בשלב זה נטל המבקש את הנשק והתחמושת והחל לצעוד לכיוון מקום מסתור במטע זיתים סמוך לשביל על מנת להמתין לאוטובוס ולבצע את תוכניתם המשותפת – לרצוח תלמידים מכפר קאסם. המבקש המתין במקום המסתור כ-25 דקות, בעוד היתר ממתנים בקרבת מקום בסמוך לרכב. כשהגיע האוטובוס אל קרבת השביל, ירה המבקש כ-10 יריות לעבר חלקו האחורי (השמאלי העליון) של האוטובוס, שם ישבו באותה העת סולימאן והמנוח, וכן לעבר הדופן האחורית השמאלית של

האוטובוס. כתוצאה מהירי נפגע המנוח מקליע שחדר דרך כתפו השמאלית וגרם למותו. סולימאן נפגע באורח קשה מקליע שחדר לבטנו ומרסיסים באגן. לאחר הירי חזר המבקש אל הרכב, שם המתנינו לו עאמר, החבר והדודן. המבקש ועאמר נמלטו מהמקום באמצעות הרכב בו נהג עמאר, ואילו החבר והדודן נמלטו מהמקום בריצה.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

2. ביום 15.9.2011, ניתנה הכרעת הדין בעניינם של המבקש ועאמר על ידי בית המשפט המחוזי מרכז (תפ"ח 10073-11-09) מפי כב' השופטת ר' לורך, בהסכמת חבריה כב' השופטים א' טל – סג"נ ו-צ' דותן. במסגרת הכרעת הדין הוחלט להרשיע את המבקש במיוחס לו בכתב האישום, ולזכות את עאמר מחמת הספק.

בפתח דבריו התייחס בית המשפט המחוזי לרקע לביצוע מעשה הרצח ולמניע שעמד ביסוד המעשה. צוין כי שלושה ימים לפני התרחשות האירוע התגלע סכסוך בקרב התלמידים נוסעי האוטובוס. למחרת, ביום 6.10.2011, פרצה קטטה בין התלמידים נוסעי האוטובוס. מדו"ח הפעולה המשטרתי שהוגש בעניין זה, עולה כי אף המשטרה נקראה למקום בשל הקטטה, אך עד להגעתה נרגעו הרוחות. בעקבות הקטטה השעה מנהל בית הספר את המבקש, החבר והדודן עד ליום השבת, שאז היה עליהם להגיע לבית הספר כשהם מלווים בהוריהם. עוד הובהר, כי העילה לסכסוך ולקטטה הוא מבט שנעץ תלמיד מכפר קאסם בחברתו של הדודן, אשר קומם את תלמידי ג'לג'וליה והסעיר את הרוחות.

מטעם התביעה העידו: החבר, הדודן, ונזאל – חברו של הדודן (להלן: נזאל), ג'יהאד – בן דוד של המבקש (להלן: ג'יהאד), עבדאללה ג'יוסי – תושב ג'לג'וליה (להלן: ג'יוסי), סולימאן (שנפצע באירוע), איימן – תושב ג'לג'וליה (להלן: איימן), רפ"ק תומר כהן, הממונה על החקירה (להלן: רפ"ק כהן), וחוקרים נוספים ומומחים מטעם המשטרה. בהליך ההוכחות חזרו בהם עדי התביעה (שאינם אנשי משטרה) מהאמור בהודעות שמסרו במשטרה – בגדרן הפלילו את המבקש – והעלו טענות בדבר לחצים שהופעלו עליהם בחקירותיהם במשטרה, וטענות הקשורות במצבם הנפשי ונטיות אישיותיות ונפשיות שונות. בית המשפט המחוזי הכריז על עדים אלו כעדים עוינים, והעדיף את האמור בהודעותיהם במשטרה מכוח הוראת סעיף 10א לפקודת הראיות (להלן: פקודת הראיות).

בית משפט המחוזי ביסס את הרשעתו של המבקש, בין היתר, על גרעין גרסאותיהם של החבר והדודן. בהתייחס לגרסתו של החבר, צוין כי במסגרת חקירותיו

במשטרה מסר החבר גרסאות שונות להתרחשות האירוע, אולם כבר בגרסתו הראשונה במשטרה הוא קשר את המבקש לביצוע המעשים. צוין כי גרעין גרסתו המפלילה מתאים בפרטים מהותיים למכלול הראיות, וכי לגרסתו – בכל הנוגע לחלקו של המבקש – נמצאו חיזוקים בעדויות ובראיות חיצוניות. נקבע כי על אף הסתירות בין גרסאותיו השונות של החבר, הרי שיש להן מכנה משותף המבסס את הרשעתו של המבקש. בכל הנוגע לגרסתו של הדודן, אשר הפליל את המבקש רק בגרסתו המאוחרת במשטרה, קבע בית המשפט, כי הגם שיש בה שוני בפרטים מסוימים מגרסתו של החבר הרי שגרעין גרסתו – באשר לחלקו ומעורבותו של המבקש – תואם את גרסת החבר. בית המשפט המחוזי נתן דעתו לפגמים שנפלו בחקירותיהם של החבר והדודן, אולם קבע כי בהתחשב בכלל הנסיבות, הראיות וההתרשמות הבלתי אמצעית מהחבר ומהדודן והעובדה כי תוכן אמרותיהם שימש בסיס לקביעת ממצאים בהיותם עדים ולא נאשמים, הרי שאין בכוחם של אותם הפגמים, על אף הצטברותם, לאיין את משקל הגרסאות המפלילות את המבקש. מעבר לקביעה כי גרסאותיהם המפלילות של החבר והדודן מחזקות זו את זו, מצא בית המשפט חיזוקים שונים לגרסאות אלו ולמעורבותו של המבקש בביצוע המעשים: אמרותיו של ג'יהאד; אמרותיו של ג'יוסי; אמרותיו של נזאל; חוות הדעת של מומחי התביעה באשר לנשק בו נעשה שימוש ואופן הירי; התנהגותו המפלילה של המבקש בחקירות; ראשית הודייתו של המבקש והדברים שאמר למדובב. אשר לגרסת האליבי לה טען המבקש, נקבע כי יש לדחותה. זאת משום שטענת האליבי לא נתמכה אף בעדויותיהם של עדי ההגנה שהובאו מטעמו, והיא הופרכה בעדותו של ג'יוסי, שהעיד שראה את המבקש באזור זירת האירוע בסמוך לאחר התרחשותו.

בית המשפט המחוזי קבע כי הוכחה מעבר לספק סביר מעורבותו של המבקש בביצוע הרצח. בכלל זה, הוכח ברמה הנדרשת בפלילים כי בעת התרחשות האירוע החזיק המבקש ברובה אוטומטי מסוג קלצ'ניקוב ובתחמושת; הסתתר בין עצי הזית וכשהגיע אוטובוס התלמידים בסמוך לשעה 14:40, הוא ירה לעברו לפחות עשרה כדורים ומיד לאחר מכן נמלט מהמקום. בנוסף, נקבע כי הוכח המניע לביצוע העבירות, הוא הסכסוך בו היו מעורבים המבקש, החבר והדודן, במסגרתו נשמעו המבקש והדודן מאיימים על סולימאן.

מנגד, זיכה בית המשפט המחוזי, מחמת הספק, את עאמר ממעורבותו בביצוע המעשים. בית המשפט המחוזי נקט בכלל "פלגינן דיבורא", ופיצל את גרסאותיהם של החבר והדודן, באופן שהוחלט לקבל את הודעותיהם כבסיס לקביעת ממצאים מרשיעים כלפי המבקש, אך לא כלפי עאמר. לאחר בחינת הראיות שוכנע בית המשפט המחוזי כי על אף חשד הכבד למעורבותו של עאמר באירוע, שקריו וכבישת גרסתו, לא ניתן לקבוע

מעבר לספק סביר כי בכוחה של גרסתם המפלילה של החבר והדודן להרשיעו. צוין, בהקשר זה, כי גרסתם של החבר והדודן בדבר מעורבותו של עאמר ניתנה לראשונה רק בחלוף 12 ימים מתחילת החקירה; כי פרטים שהיו כלולים בגרסה זו לא התיישבו עם ראיות אובייקטיביות אחרות; וכי לא נמצאו מניע וקשר בין עאמר לבין יתר המעורבים. עוד נקבע כי בניגוד לחיזוקים הקיימים בחומר הראיות ביחס לגרסת החבר והדודן בעניינו של המבקש, הרי שחיזוקים אלו אינם נוגעים לעאמר (מאחר שהם קשורים בסוגיות ראייתיות הנוגעות למעשים שלא יוחסה לו מעורבות ישירה בהם – הנשק, הירי, הפגיעות). במסגרת הנימוקים לזיכוי של עאמר התייחס בית המשפט להודעתו של איימן במשטרה, וקבע כי גרסתו מקימה תהיות וסתירות בדבר מעורבותו של עמאר. כך גם באשר לאיכון מכשיר הטלפון הנייד של עאמר, אשר בשעה 14:44 נמצא "מכוסה" על ידי אתר ג'לג'וליה ולא על ידי זה שבכפר קאסם – נקבע כי ממצא זה מתיישב גם עם האפשרות כי עאמר היה בשעה זו בג'לג'וליה ויש בכך, בצירוף עם יתר הנימוקים, לעורר ספק סביר ביחס להימצאותו במקום הירי. כמו כן, צוין כי כבר בחקירתו הראשונה מסר עאמר גרסת אליבי, לפיה הוא שוחח באמצעות "מסנג'ר" עם חברו סאלח. נקבע כי על אף שחקירתו של אותו העד הייתה קריטית, היא לא בוצעה, וכי ההימנעות מחקירתו של סאלח על-ידי המשטרה פועלת לטובתו של עאמר.

3. ביום 11.12.2011 ניתן "גמר הדין", במסגרתו עמד בית המשפט המחוזי על הסמכות לגזור מאסר עולם אף על קטיין שהורשע ברצח. עם זאת צוין כי שימוש בסמכות זו בעניינם של קטינים נעשה במקרים בהם הקטינים היו קרובים לגיל הבגרות ונסיבות ביצוע המעשים היו קשות ואכזריות במיוחד. לחומרה, הביא בית המשפט בחשבון בעיקר את חומרתם של מעשיו של המבקש ותוצאתם הטראגית. לקולה, הובאו בחשבון גילו הצעיר של המבקש בעת ביצוע העבירות (16 שנים ו-7 חודשים), נסיבותיו המשפחתיות המורכבות ותפקודו הנורמטיבי והחיובי עובר לביצוע המעשים. בהתחשב באמור לעיל, גזר בית המשפט על המבקש 25 שנות מאסר בפועל (בניכוי תקופת המעצר); 18 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור כל עבירת אלימות כלפי גוף מסוג פשע או עבירה של קשירת קשר; שישה חודשי מאסר על תנאי של יעבור עבירת אלימות כלפי גוף מסוג עוון; פיצוי לעיזבון המנוח בסכום של 200,000 ש"ח ופיצוי לסולימאן בסכום של 20,000 ש"ח.

המבקש ערער לבית משפט זה על הכרעת הדין ועל גזר הדין. בערעור נטען, כי הרשעתו של המבקש אל מול זיכוי של עאמר הם בבחינת "דיבור בשני קולות", וכי זיכוי של עאמר מחייב את זיכוי של המבקש. לטענת המבקש, מאחר שבית המשפט המחוזי לא הסתמך על אמרותיהם המפלילות של החבר והדודן לצורך הרשעתו של עאמר, הרי שממילא לא היה מקום להסתמך עליהן לשם הרשעתו-שלו. במילים אחרות,

העובדה שבית המשפט לא האמין לגרסאות החבר והדודן בכל הנוגע למעורבותו של עאמר באירוע הרצח, משליכה באופן ישיר על המהימנות שניתן לייחס לחבר ולדודן אף בעניינו של המבקש. מעבר לכך טען המבקש כי הודעותיהם וחקירותיהם של החבר ושל הדודן במשטרה נגועות בפגמים רבים, אשר לשיטתו מובילים למסקנה כי לא ניתן לקבוע ממצאים על פיהן. בנסיבות אלו, סבור המבקש כי לא היה כל מקום לבסס את הרשעתו על הודעותיהם של החבר והדודן במשטרה.

פסק הדין בערעור

4. ביום 30.12.2014, דחה בית משפט זה (מפי השופט צ' זילברטל, בהסכמת השופט ס' ג'ורדאן והשופט ח' מלצר) את ערעורו של המבקש על הכרעת הדין, וקיבל את הערעור על גזר הדין באופן שעונש המאסר לריצוי בפועל הופחת ל-21 שנים (ע"פ 481/12).

במסגרת פסק הדין, הובהר כי "לא עסקינן, אפוא, ב'דיבור בשני קולות' אלא בבחינת ההיגיון הפנימי של הכרעת הדין". הכלל בדבר "דיבור בשני קולות" עוסק בעיקרו בהכרעות סותרות שניתנו בשני משפטים שונים באשר לאירוע פלילי אחד. לעומת זאת, בעניינו של המבקש מדובר בזיכוי של אחד לעומת הרשעתו של שותפו למעשה הפלילי, אשר נקבעו במסגרת אותה הכרעת דין. על אף זאת צוין כי: "אין להלוס מצב בו בהכרעת דין אחת יקבעו קביעות הסותרות או המוציאות האחת את השנייה...". על כן נדרש בית המשפט לבחון האם זיכוי של עאמר משמיט את הקרקע מתחת להרשעתו של המבקש, ובתוך כך האם התשתית הראייתית העומדת בבסיס ההרשעה זהה לזו המצויה ביסוד הזיכוי.

בית המשפט בחן בהרחבה את מכלול הראיות שהביאו להרשעתו של המבקש מחד גיסא, ולזיכוי של עאמר מאידך גיסא. צוין כי על אף הבעייתיות המצויה בגרסאותיו של החבר צדק בית המשפט המחוזי עת אימץ את גרעין גרסתו, וקבע בהסתמך, בין היתר, עליה, כי המבקש הוא זה שירה לעבר האוטובוס. בהתייחסו לגרסתו של הדודן, הבהיר בית משפט זה, כי אכן בהודעתו קיימת בעייתיות הנובעת מהשפעתו האפשרית של החבר על גרסתו בזמן בו שהו השניים יחד במעצר, ולא הופרדו כנדרש – על כן, אין לתת משקל משמעותי להודעותיו של הדודן ככל שהדבר נוגע לחיזוק גרסתו של החבר. עם זאת, כך נקבע, לגרסתו של הדודן נמצאו חיזוקים אובייקטיביים אשר יש בהם כשלעצמם להקים חיזוק של ממש למעורבותו של המבקש בביצוע המעשים.

בית משפט זה הגיע לכלל מסקנה לפיה זיכוי של עאמר כשלעצמו אינו משמיט את הקרקע מתחת להרשעתו של המבקש. זאת, מפני שהתשתית הראייתית העומדת בבסיס ההרשעה אינה זהה לזו המצויה ביסוד הזיכוי, וקיימים נתונים ראייתיים משמעותיים המצדיקים את ההבחנה הראייתית בין המבקש לבין עאמר. כך סיכם בית המשפט את מסקנתו זו מפי השופט צ' זילברטל:

"לאחר בחינת הראיות, סבורני כי על אף המורכבות הראייתית, ואף אם אין בכוחה של אף ראיה כשלעצמה להביא להרשעת המערער, הרי ששילובן של מכלול הראיות יוצר מארג ראיתי אשר יש בו כדי להוכיח ברמה הנדרשת בפלילים את אשמתו של המערער בביצוע המעשים, ואין בזיכוי של עאמר להקים ספק סביר ביחס לכך. גרעין גרסתו המפלילה של החבר, לצד החיזוקים המצויים בה ובגרסת הדודן, בצירוף אמירותיו של המערער למדובב, ראשית הודייתו, סתירת גרסת האליבי שהציג והמניע של המערער לביצוע המעשים, מבססים את אשמתו של המערער במיחוס לו בכתב האישום. כל זאת, על אף שדחיית חלקה של גרסת החבר, ככל שהיא נוגעת לעאמר, מותרת סימני שאלה בנוגע לדרך הגעת המערער לזירת הירי, הימלטותו מהמקום וזהותם של יתר המעורבים במעשים. סבורני, כי בנסיבות המתוארות, אין בקיומו של ספק ביחס לאותם הנתונים להביא ליצירת ספק בדבר עצם ביצוע מעשה הירי לעבר האוטובוס על ידי המערער. על כן אני סבור כי הרשעת המערער יכולה לעמוד לצד קביעת בית המשפט לעניין זיכוי מחמת הספק של עאמר, ושתי הקביעות האמורות אינן בבחינת סתירה פנימית, מאחר שהתשתית הראייתית העומדת בבסיסן אינה זהה ונוכח הנימוק שביסוד זיכוי של עאמר.

אוסף, כי קרוב אני למסקנה לפיה, אף ללא מתן משקל ראיתי לגרסת החבר, ניתן היה להרשיע את המערער נוכח הראיות שפורטו לעיל כ"חיזוק" לגרסתו, שמשקלן עולה על זו של ראית חיזוק גרידא ויש להן משקל ראיתי משלהן שלמצער מערב את המערער במיחוס לו. אין צורך להכריע לגבי אפשרות זו, אך הדבר מחזק עד מאד את המסקנה לפיה זיכוי של עאמר אינו שומט, מניה וביה, את הקרקע מתחת לאפשרות הרשעתו של המערער."

הבקשה למשפט חוזר

5. הבקשה למשפט חוזר מושתתת על עילת עיוות הדין "אשר לה שני ראשים": הראשון עניינו בביסוס הרשעתו של המבקש על ראיות שהוכרוזו בהליך אחר כבלתי

קבילות; השני נוגע לטענת "דיבור בשני קולות" של שני מותבים שדנו באותה פרשה עם מסכת ראייתית זהה. הבקשה הוגשה ביום 13.6.2019, על רקע ממצאי בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין בעניינם של החבר והדודן, שניתנה ביום 29.11.2015 (כשנה לאחר פסק הדין בערעור), בגדרה זוכו החבר והדודן מכל אשמה, כאשר הבסיס לזיכוי היה פסילה מוחלטת של הודעותיהם במשטרה (תפ"ח 10101-11-09). לעמדת המבקש, מאחר שגרסאותיהם של החבר והדודן במשטרה שימשו יסוד מרכזי להרשעתו, הרי שהקביעה בדבר אי קבילותן בהכרעת הדין של החבר והדודן יוצרת מצב של "עיוות דין קשה ביותר" העולה לכדי "דיבור בשני קולות" המחייב ניהול משפט חוזר בעניינו.

במסגרת בקשתו, מפרט המבקש חלקים נרחבים מהכרעת הדין של החבר והדודן. בכלל זה, הודגשו הפגמים, אמצעי הפסול והפעלת לחצים בקשר לנסיבות גבייתן של ההודעות שנמסרו על ידי החבר והדודן במשטרה, לרבות הפגם בדבר "תשאול מוקדם" ו-"התשאול הנעלם". נטען, בהקשר זה, כי הממצאים הקשים אשר הובילו לפסילת הודעותיהם של החבר והדודן לא הוצגו בפני בית המשפט בעניינו של המבקש, ועל כן התקבלה תמונה מוטעית של פגמים זניחים בחקירה. צוין, כי מבחני הקבילות שנערכו בהכרעות הדין הם שונים נוכח מעמדם השונה של החבר והדודן בכל אחד מההליכים (מעמדים כעדים לפי סעיף 10א לפקודת הראיות אל מול מעמדם כנאשמים לפי סעיף 12(א) לפקודת הראיות).

לטענת המבקש, מאחר שנקבע כי הודעותיהם של החבר והדודן במשטרה, לרבות הגרסאות המפלילות אינן קבילות (במנותק משאלת מהימנותן ומשקלן) הרי ש"אסור שראיות שהתבררו כבלתי קבילות" ישמשו כבסיס להרשעתו, ולכן עם פסילת הודעותיהם של החבר והדודן אין כל תשתית ראייתית מספקת להרשעתו. במילים אחרות נטען, כי הגרסאות המפלילות הן הבסיס להרשעה, ובלעדיהן לא ניתן היה להגיע לכלל מסקנה מרשיעה כנגד המבקש. אותן הודעות בלתי קבילות, חסרות ערך ראייתי ונטולות משקל שמסרו החבר והדודן – לא זו בלבד שגיבשו את עובדות כתב האישום כנגד המבקש אלא גם שימשו כראיות מרכזיות וקריטיות להוכחת אשמתו. כל יתר הראיות שימשו כחיזוק בלבד לאותן גרסאות של החבר והדודן. מדובר, כך לגישתו המבקש, במצב דברים אשר יוצר "דיסוננס חריף ביותר" בין שתי הכרעות הדין בהרכבים השונים, המהווה דיבור בשני קולות נוגדים.

צוין, כי זולת הגרסאות המפלילות, בהכרעת דינו של המבקש אכן נקבצו מספר ראיות חיזוק נוספות לחובתו. המבקש עמד בהרחבה על כל אחת מהן, תוך ניסיון להראות את העדר איכותן של ראיות נלוות אלו, ואת הזיקה שלהן לחקירה הפגומה והמזוהמת.

לשיטתו של המבקש אלמלא הגרסאות שמסרו החבר והדודן אין באמת תשתית ראייתית רצינית להוכחת ביצוע הירי הקטלני.

בהמשך בקשתו טען המבקש כי על אף שהתשתית הראייתית בשני ההליכים הייתה זהה בעיקרה, הגיעו המותבים השונים לקביעות סותרות. המבקש סבור כי קשה מאד, ואף "בלתי אפשרי" ליישב את קביעותיהם הסותרות של המותבים השונים באשר למסכת הראייתית האחת שעמדה לפניהם, ואין מנוס מלקבוע כי הן עונות על "מבחן הסתירה המהותית". על מנת להוכיח את הטענה בדבר "הדיבור בשני קולות" הצביע המבקש על שורה של קביעות מנוגדות אשר יצאו תחת ידם של שני המותבים השונים בפרשה במגוון נושאים, לרבות משקלן ומהימנותן של הגרסאות שמסרו החבר הדודן, ג'וסי וג'יהאד; מהימנותו של רפ"ק כהן ותוצרי חקירתו, והתאמתם של ממצאים אובייקטיביים לגרסאות המפלילות של החבר והדודן. לא זו אף זו, המבקש ערך טבלה בכל נושא ונושא לשם השוואה בין הקביעות הקונקרטיות בהליכים השונים.

לבסוף, נטען כי ריבוי ההכרעות הקוטביות בשני פסקי הדין כשלעצמו מעיד על ספק ניכר מאד בדבר אשמתו של המבקש והמסקנה בדבר הרשעתו. וזאת, אף ללא קשר לתוכן של ההכרעות הנוגדות ולהשלכותיהן על תוצאות המשפט. לא רק ההבדלים בין הכרעות הדין הסותרות מקימות חשש לעיוות דין אלא אף חוסר היכולת ליישב באופן ענייני בין תוצאותיהן. זאת ועוד, החשש לעיוות דין גובר בהינתן העובדה כי המבקש הואשם בין היתר בקשירת קשר לביצוע עבירה ביחד עם עמאר, החבר והדודן, כאשר המבקש בלבד הורשע ויתר הקושרים זוכו לחלוטין. כמו כן, סבור המבקש כי האיזון הראוי בין סופיות הדיון לבין זכויות היסוד של הנאשם מלמד כי עניינו מתאים לקיום משפט חוזר.

תגובת המשיבה

6. לעמדת המשיבה, אין מקום להורות על משפט חוזר בעניינו של המבקש ויש לדחות את טענת המבקש ל"דיבור בשני קולות". המשיבה סבורה, כי לא מדובר בסתירה מהותית בין שתי הכרעות הדין, הן משום שהתשתית הראייתית בעניינו של המבקש שונה ורחבה יותר מזו של החבר והדודן, והן משום שתוצאות ההליכים וקביעותיהם של בתי המשפט בשני ההליכים השונים אינן סותרות זו את זו, ויכולות להתקיים אלו לצד אלו.

המשיבה הבהירה, כי לא זו בלבד שהתשתית הראייתית שהונחה בפני המותבים השונים שונה אלא היא אף רחבה יותר באופן שישנן ראיות המפלילות רק את המבקש

עצמו ולא את שותפיו. המשיבה עמדה על ההבדלים בתשתית הראייתית בין שני ההליכים, ועל הראיות המפלילות הנוגעות אך ורק למעורבותו של המבקש באירוע, שכלל לא הובאו כמשפטם של החבר והדודן: אמרות מפלילות של המבקש בפני מדוכב; התנהגות מפלילה של המבקש; ראשית הודיה של המבקש בפני חוקריו; ואמרותיו של העד ג'יוסי. בנוסף נטען כי גם בחלק מן הראיות שכן הובאו כמשפטם של החבר והדודן, ובפרט בגרסאותיו של החבר יש הבדלים בין הפללתו של המבקש לבין הפללת יתר המעורבים. בעוד שהפללת יתר השותפים נעשתה על-ידי החבר רק עם התקדמות חקירתו (בהודעתו מיום 20.10.2009 – 12 ימים לאחר מעצרו), הרי שהפללת המבקש נעשתה כבר מהיום הראשון, בשעות הראשונות של החקירה. על כן, בשלב כה ראשוני של החקירה, כך לגישת המשיבה, טענת הפסול בדבר הפעלת לחצים מתמשכת על-ידי החוקרים שלא ניתן לעמוד מולה – מצטמצמת במידה ניכרת. כך גם החשש מפני זיהום ותיאום גרסאות אינו משמעותי.

לטענת המשיבה, תפקידן הראייתי של הודעותיו של החבר כמשפטו של המבקש שונה מתפקידן כמשפטם של החבר והדודן. צוין, כי כתב האישום בעניינו של המבקש התבסס, אמנם, על הודעתו המפלילה של החבר מיום 20.10.2009, תוך שיתר הראיות, לרבות הודעתו של הדודן, היוו חיזוק להודעה זו. עם זאת, במסגרת פסק הדין בערעור, ניתן לראות משקל באופן שונה, תוך צמצום משקל הודעתו של החבר לראיה שאפשר וניתן כלל לא להסתמך עליה, ושלילת משקל הודעתו של הדודן ככל שהדבר נוגע לחיזוק גרסתו של החבר. המשיבה הוסיפה וטענה, בהקשר זה, כי העובדה שהתשתית הראייתית אשר עמדה בפני כל אחד מן ההרכבים הייתה שונה, אפשרה את הקביעות השונות ביחס למשקל שיש לתת להודעותיו של החבר. לא זו אף זו, מאחר שישנן ראיות נוספות המפלילות רק את המבקש ואינן נוגעות ליתר הנאשמים האחרים בפרשה – הרי שמשקלן הראייתי של הודעותיו של החבר שונה בין שני ההליכים. בעוד שבעניינם של החבר הדודן ועאמר לא היו די ראיות להרשיעם ללא גרסתו של החבר הרי שבענייננו של המבקש קיימות ראיות נוספות שהביאו את בית משפט זה לצמצם את חשיבות ההפללה על-ידי החבר עד כדי שהיה קרוב להכריע שניתן להכריע גם בלעדיו.

בהמשך תגובתה, התייחסה המשיבה לחלקו השני של מבחן הסתירה המהותית, בגדרו יש לבחון האם הכרעה אחת שומטת את הקרקע תחת האחרת, שמא ההכרעות יכולות לדור בכפיפה אחת. ראשית נטען, לעניין זה, כי הדרך בה הלך המבקש, תוך עריכת השוואה בין קביעות קונקרטיות ביחס לכל ראייה בנפרד – שגויה. במילים אחרות, יש לבחון את מבחן הסתירה המהותית בראייה כללית של "סיפור האירוע" ולא בקביעה פרטנית לגבי כל ראייה בנפרד. זאת שכן, כל מותב רשאי להתרשם באופן שונה מן הראיות

המובאות בפניו, ובפרט כאשר מכלול התשתית הראייתית איזו זהה בין ההליכים. לא בכדי נקבע כי ממצאי מהימנות שנקבעו בתיק אחד אינם קבילים כראיה בתיק אחר. יתרה מכך, אף חילוקי דעות באותו תיק בין שופטי רוב לבין שופט מיעוט בנוגע למהימנותו של עד אינם מקימים בפני עצמם ספק סביר בעניין.

לשיטתה של המשיבה, זיכויים של החבר והדודן (כמו גם זיכוי של עאמר) אינם שומטים את הקרקע תחת הרשעתו של המבקש, ובהחלט ייתכן תרחיש לפיו המבקש ירחיק את המנוח, ויתר הנאשמים לא היו עמו בזירת הירי כפי שיוחס להם. הובהר, כי אכן זיכויים של החבר והדודן מותר פרטים שונים חסרים בסיפור המסגרת (זהות שותפיו של המבקש, כיצד המבקש הגיע למקום הירי, כיצד נמלט וכד'), אך אין בחוסרם משום סתירה מהותית שצריכה להביא לזיכוי של נאשם שיש נגדו די ראיות המוכיחות כי הוא ביצע את הרצח. כלומר, חסרים אלו אינם משאירים את ההרשעה בעבירה נטולת בסיס. צוין, כי בפסק הדין בערעור נקבע באופן חד משמעי כי הגם שנותרים פריטי מידע חסרים בנוגע למסגרת ביצוע העבירה, אין בכך כדי להוות סתירה פנימית, ולכן אין מדובר בדיבור בשני קולות אשר הוביל להכרעות שאינן יכולות להתיישב זו עם זו.

בשולי הדברים, ציינה המשיבה כי בית המשפט המחוזי קבע אמנם כי הזיכוי של החבר והדודן מעבירת הרצח הוא זיכוי מלא, אולם בו זמנית נקבע כי אילו היו השניים מועמדים לדין בעבירה של קשירת קשר לפגוע בתלמידי כפר קאסם, הרי שהזיכוי היה מחמת הספק. לבסוף, התייחסה המשיבה לשיהוי בהגשת הבקשה, וציינה כי מדובר בשיהוי משמעותי ובלתי סביר של ארבע שנים מעת שנודעה למבקש העילה עליה הוא מבקש להתבסס – זיכויים של החבר והדודן – מבלי לתת כל הסבר לכך.

דיון והכרעה

7. לאחר שעיינתי בבקשה למשפט חוזר על כל צרופותיה, בתגובת המשיבה, ובכתבי בית הדין הנוספים שהוגשו בהמשך על-ידי הצדדים – לרבות הכרעת הדין שניתנה בעניינם של החבר והדודן – הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה למשפט חוזר להתקבל באופן שעניינו של המבקש יוחזר לבית משפט זה לשם שמיעתו כערעור פלילי. להלן יפורטו הטעמים למסקנתי זו.

הסמכות להורות על עריכתו של משפט חוזר מעוגנת בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט. בבסיס הסמכות עומד הצורך לאזן בין שני עקרונות-על: עיקרון חשיפת האמת ומניעת הרשעות שווא, ועיקרון סופיות הדיון והרציונל שעומד בבסיסו (ראו: מ"ח

1632/16 עובדיה שלום נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (7.9.2017) (להלן: עניין עובדיה שלום). אין מדובר באיזון תיאורטי בלבד בין העקרונות אלא יש לבחון בקפידה את נסיבות המקרה הקונקרטי, ואת טיב הטענות המועלות בבקשה למשפט חוזר (ראו: מ"ח 6869/13 משה קצב נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (19.5.2014) (להלן: עניין משה קצב)). לשם יצירת אותו איזון קבע המחוקק ארבע עילות המנויות בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט, אשר רק בהתקיים אחת מהן תינתן הרשות לעריכת משפט חוזר. נקבע, כי על המבקש לקיים משפט חוזר להניח תשתית ראייתית איתנה וממשית בדבר קיומה של אחת מארבע עילות (ראו: מ"ח 390/19 אדריאן שוורץ נ' מדינת ישראל (31.12.2019)). נקודת המוצא היא כי משפט חוזר הינו הליך חריג וייחודי, אשר בקשות לקיימו מאושרות באופן מצומצם ובמשורה. המסגרת הדיונית של משפט חוזר איננה משמשת במה לטיעון חוזר וודאי לא לערעור נוסף (ראו: מ"ח 3523/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה יב (1.1.2017)).

הבקשה המונחת בפניי מתבססת על סעיף 31(א)(4) לחוק בתי משפט – עילת עיוות הדין. עסקינן ב"עילת סל" שבגדרה על בית המשפט לבחון האם נפל פגם חמור בתוצאה או בהליך, באופן שאיננו מתיישב עם דרישת הצדק (להלן: עניין עובדיה שלום, פסקה 26). תפקידה גם למנוע מצב בו – במקרים חריגים ויוצאי דופן – יהיו ידי בית המשפט כבולות מלהיעתר לבקשה למשפט חוזר, אשר איננה נופלת בגדר העילות הפרטניות האחרות הקבועות בחוק (ראו: מ"ח 7929/96 כוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 560-562 (1999); מ"ח 1609/09 ולדמן נ' מדינת ישראל (11.6.2009); עניין משה קצב, פסקה 8)). נפסק כי בקשה הנסמכת על עילת עיוות הדין תתקבל רק מקום שבהכרעה "נפלו פגמים חמורים ומהותיים, היוודים לשורש העניין, עד כי יש חשש שפגמים אלו יביאו להרשעת שווא של המבקש" (מ"ח 2165/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (24.8.2011); וראו גם: מ"ח 3689/13 חמאדה נ' מדינת ישראל (29.10.2013)). כמו כן, בית משפט זה יורה על עריכתו של משפט חוזר לפי עילה זו בהתקיים נסיבות יוצאות דופן המצדיקות זאת (מ"ח 6223/04 גולדין נ' מדינת ישראל (13.10.2004); מ"ח 10028/06 רינגורט נ' מדינת ישראל (17.9.2007)), ואוסיף כי הדגש הוא על "המצדיקות זאת".

8. במקרה דנן, ביסס בית המשפט המחוזי את הרשעתו של המבקש על גרעין גרסאותיהם של החבר והדודן במשטרה, תוך שנקבע כי הגרסאות מחזקות זו את זו, וכי קיימות ראיות נוספות המהוות חיזוק לגרעין גרסאותיהם של החבר והדודן. להבדיל מהכרעת הדין, בפסק הדין בערעור, סבר בית משפט זה כי אין לתת משקל של ממש להודעותיו של הדודן ככל שהדבר נוגע לחיזוק גרסתו של החבר, ועל כן לא מצאתי להתמקד בהודעות אלו. בהתייחס לחבר נקבע כי על אף הבעייתיות העולה מחקירתו במשטרה, בצדק אימץ בית המשפט המחוזי את גרעין הודעותיו. בסיום דבריו הוסיף

השופט צ' זילברטל, כי דעתו קרובה למסקנה לפיה "אף ללא מתן משקל ראיתי לגרסת החבר, ניתן היה להרשיע את המערער". אף נקבע כי אין צורך להכריע לגבי אפשרות זו.

הנה כי כן, הערכאות השונות היו תמימי דעים כי הודעתו של החבר היא הראיה המרכזית והמשמעותית בפרשה, וכי ניתן להסתמך עליה – בצירוף החיזוקים שנמצאו לה – כדי לקבוע שהמבקש הוא זה שירה לעבר האוטובוס. כשנה לאחר פסק הדין בערעור ניתנה הכרעת הדין בעניינם של החבר והדודן, בגדרה החליט בית המשפט המחוזי לזכותם, תוך שנקבע כי הודעותיו של החבר (כמו גם של הדודן) אינן קבילות וחסרות משקל ועל כן יש לפסולן. לטענת המבקש, מצב זה מהווה דיבור "בשני קולות" העולה לכדי עיוות דין באופן המצדיק עריכתו של דיון חוזר בעניינו.

9. טענת "דיבור בשני קולות" עולה לרוב בשלושה מצבים. מצב ראשון הוא כאשר בית המשפט נוקט כלל של "פליגין דיבורא", כפי שעשה בית המשפט המחוזי בהכרעת דינו של המבקש כאשר פיצל את הודעותיו של החבר ביחס למבקש וביחס לעאמר. על-פי כלל זה בית המשפט מפצל עדות לשני חלקים: חלקה האחד הוא עדות אמת על בסיסה ניתן לקבוע ממצאים, וחלקה האחר הוא עדות שקר אשר לא ניתן להסתמך עליה. כך, ככל שקיים צידוק משפטי להבחנה בין חלקי העדות השונים (ע"פ 7637/05 יוסף נ' מדינת ישראל, פסקה ז (6) (5.7.2007); ע"פ 846/10 בדוי נ' מדינת ישראל, פסקה 100 (14.7.2014)). מצב שני הוא כאשר בית משפט סותר את עצמו באותו פסק דין, עת הוא קובע ממצא א' ובו זמנית קובע ממצא ב', ולמעשה קיימת סתירה בין שני הממצאים בפסק דין אחד. המצב השלישי שבו עולה טענת "דיבור בשני קולות" הוא כאשר מתקבלות הכרעות סותרות בהליכים שונים בנוגע לאותה פרשה. זהו למעשה המקרה הטיפוסי שבו מתעוררת טענת "דיבור בשני קולות". הסתייגות מ"דיבור בשני קולות" בנסיבות אלו היא עיקרון שהוכר בפסיקה, לפיו על בית המשפט להימנע ממקרים של אי התאמה בהכרעות דין הנוגעות לאותה פרשה (ע"פ 4391/03 אבו ריא נ' מדינת ישראל, פ"ד ס (3) 520, 537 (2005)).

אלו שלושת המצבים בהם מתעוררת טענה בדבר "דיבור בשני קולות". הראשון מופנה לעד שהוא בעצמו "דיבור בשני קולות", כאשר בית משפט קובע כי קול אחד הוא אמין וקול שני אינו כזה. המצב השני של "דיבור בשני קולות" מופנה לבית משפט שנתן פסק דין שבתוכו יש סתירה. המצב השלישי והרלוונטי לענייננו הוא ששני בתי משפט דיברו בשני קולות שונים לגבי אותו נושא. בהקשר של משפט חוזר המצב השלישי הוא המקרה הטיפוסי של "דיבור בשני קולות" שעלול להצביע על עיוות דין.

מצב זה, הוא המצב במקרה שלפניי, אינו מבסס כשלעצמו קיומו של משפט חוזר אלא עלול, במקרים מסוימים, לעורר חשש ממשי לעיוות דין המצדיק קיומו של משפט חוזר. במילים אחרות, מצב בו ההכרעות כוללות ממצאים עובדתיים הסותרים חזיתית זה את זה, אינו מהווה לכשעצמו עילה למשפט חוזר, אלא יש לשאול האם התוצאות הסותרות מעוררות חשש ממשי לקיומו של עיוות דין. המבחן המנחה לעניין זה הוא מבחן ה"סתירה מהותית" (דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4)583 (2004)). לפי מבחן זה, יש לבחון האם שתי ההכרעות יכולות לדור יחד בכפיפה אחת, ואין ביניהן סתירה שאיננה ניתנת ליישוב באורח ענייני על-פי מושכלות חיים בסיסיות. תנאי לקיומה של סתירה מהותית הוא כי ההכרעות הסותרות ניתנו בפועל על בסיסן של אותן ראיות. עם זאת, עצם קיומו של שוני בתשתית הראייתית אינו מלמד בהכרח על היעדרה של "סתירה מהותית" (מ"ח 9054/03 לזרובסקי נ' מדינת ישראל פסקה 19 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (28.12.2005)). כלומר, כל מקרה שבו מתעורר חשש לדיבור בשני קולות צריך להיבחן לגופו ובהתאם למאפייניו.

10. לחיזוק טענתו בדבר "דיבור בשני קולות" הפנה המבקש את בית המשפט להחלטה שניתנה לאחרונה ידי המשנה לנשיאה ח' מלצר במ"ח 51/19 ליאור מירז נ' מדינת ישראל (21.6.2020) (להלן: עניין מירז). באותו עניין, הורשע מירז בעבירות של קבלת שוחד ושיבוש הליכי חקירה, על בסיס הודאה שמסר בפני מדובבים במסגרת תרגיל חקירה שנערך לו בעת מעצרו. ערעור שהוגש לבית משפט זה על-ידי מירז נדחה בדעת רוב של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן והשופט צ' זילברטל, כנגד דעתי החולקת. במקביל לכך הגישה המשיבה כתב אישום נגד שני שותפיו של מירז לאותה הפרשה, אשר ייחס להם את אותן עבירות שיוחסו למירז. גם בהליך זה, כפר מירז בהודאתו וטען שוב כי ההודאה הוצאה ממנו באיומים. בית המשפט זיכה את שני השותפים, מחמת הספק, בקובעו כי לנוכח אי-העדתם של המדובבים, לא ניתן לשלול את הטענה לפיה הודאתו של מירז אכן ניתנה כתוצאה מאיומים קשים שהופנו כלפיו על-ידי המדובבים. ערעור שהוגש על-ידי המשיבה נדחה פה אחד. בפסק הדין בערעור קבעה הנשיאה א' חיות כי "בנסיבות אלו בהחלט מתקבל על הדעת כי הודאתו המפלילה של מירז לא נמסרה באופן חופשי ומרצון אלא תחת לחץ האיומים לפגיעה פיזית שחווה...". בהינתן האמור, הגיש מירז בקשה למשפט חוזר, אשר התקבלה על-ידי המשנה לנשיאה ח' מלצר. נקבע כי הסתירה שבין ההכרעות מהווה "סתירה מהותית" אשר עולה לכדי עיוות דין, שכן השוני בין התשתית הראייתית שעמדה בפני בתי המשפט, הנעוץ בעדויות המדובבים, "לא ביטא פער בתשתית הראייתית שעליה הושתתו פסקי הדין בפועל".

על יסוד ההחלטה בעניין מירז, טוען המבקש כי יש להורות על קיומו של משפט חוזר גם בעניינו. אכן בשני המקרים ההרשעה התבססה על ראייה אשר נפסלה בהליך מאוחר יותר הקשור לאותה פרשה. ואולם, בעניין מירז, הראייה שנפסלה בהליך המאוחר היא הודאתו המפלילה של הנאשם עצמו שהביאה להרשעתו בהליך הראשון. בנוסף, לא היה שוני מהותי בתשתית הראייתית נגד שני הנאשמים, שאחד מהם הורשע על יסוד ההודאה והשני זוכה בעקבות הפגמים שנפלו בהשגתה. כך, בהסתמך על דבריו של המשנה לנשיא ח' מלצר בהחלטה במשפט חוזר. לעומת זאת בעניינו, הראייה שנפסלה בהליך המאוחר היא הודעותיו של החבר במשטרה, בהיותו נאשם – הודעות אשר בהליך הראשון הוגשו כאמרות חוץ של החבר בהיותו עד מכוח הוראת סעיף 10א לפקודת הראיות, ושמשו כבסיס להרשעת המבקש. כמו כן, בעניינו הורשע המבקש על בסיס גרעין הודעותיו של החבר שאף הוגדרו כראייה מרכזית אך זאת לצד חומר ראייתי נוסף אשר שימש כחיזוק לגרעין גרסתו של החבר. בפסק הדין בערעור שהוגש על-ידי המבקש עלתה אפשרות, לייחס לראיות הנוספות משקל ראייתי משלהן, על מנת להרשיע את המבקש, אף מבלי לתת משקל להודעותיו של החבר – אולם לא הייתה הכרעה סופית ביחס לאפשרות זו. הנה כי כן, הגם שבמקרה זה יש במידה מסוימת מן הדומה לעניין מירז, יש בו גם מן השונה. נמשיך בניתוח מקרה זה על סמך נסיבותיו הוא.

11. בעניינו, התווסף למעשה נתון נקודתי חדש בדמות מסקנה משפטית של בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין של החבר והדודן, לפיה אמרותיו של החבר במשטרה אינן קבילות – אמרות עליהן התבססה, בין היתר, הרשעתו של המבקש. יש להבהיר כי לא מדובר בראייה שיסודה בשקר ובזיוף לפי סעיף 31(א)(1) לחוק בתי משפט, ואף לא מדובר בעובדה או ראייה חדשה שעל בית המשפט להתרשם ממנה שכן היא עשויה לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש משפט חוזר לפי סעיף 31(א)(2) לחוק בתי משפט (מ"ח 4727/07 מירופולסקי ואח' נ' מדינת ישראל (6.11.2007)). הנתון החדש כאן מתייחס למסקנה משפטית שונה אליה הגיע בית המשפט המחוזי בהליך המאוחר ביחס לקבילות הודעותיו של החבר במשטרה – ראיות שהיו משמעותיות הן בעניינו של המבקש והן בעניינם של החבר והדודן. על כן, יש לבחון, לטעמי האם יש בנתון החדש כדי לשנות מהמשקל שניתן לאמרותיו של החבר במשפטו של המבקש. בלשון אחרת, יש לבחון מהו המשקל שיש לתת לפסילת הודעותיו של החבר ביחס להרשעתו של המבקש, והאם יש בה כדי לשנות את התוצאה או לאו. מבלי להביע את עמדתי, ייתכן שלא מדובר במקרה זה במצב הטיפוסי של "דיבור בשני קולות", שכן לא מדובר בתוצאות או הכרעות סותרות אלא במסקנות משפטיות שונות אליהן הגיעו בתי המשפט ביחס לראייה מסוימת, כאשר בהליך אחד התקבלה הראייה, בין היתר, כבסיס להרשעתו של המבקש בצרוף חומר ראייתי נוסף, ובהליך המאוחר אותה ראייה נפסלה. לא למותר הוא לציין, בהקשר זה, כי

בהכרעת הדין של החבר והדודן הראיות שנפסלו שמשו כאמרות נאשם, ואילו בהכרעת דינו של המבקש אותן ראיות שמשו כאמרות חוץ של עד. לא מן הנמנע כי גם לכך קיימת משמעות, וראוי לבחון את הדברים גם על רקע זה.

נראה, אפוא, כי נסיבות המקרה שלפני עשויות להעלות חשש ממשי לעיוות דין, ומן הראוי לברר מהן השלכות פסילת הודעותיו של החבר, לצד הראיות הנוספות, ביחס להרשעתו של המבקש, והאם יש בה, בין היתר, כדי להשפיע לרבות על משקל הראיות עד כדי להביא לזיכויו של המבקש. ברם, לצורך בירור הדברים, אני סבור כי החזרת התיק לבית המשפט המחוזי, ופתיחתו מחדש לשם שמיעת מכלול הראיות פעם נוספת אינה הדרך הנכונה בעיניי במקרה הקונקרטי.

מבחן הסעד הראוי

12. סעיף 31(ג) לחוק בתי המשפט קובע:

”במשפט חוזר יהיו לבית המשפט העליון או לבית משפט מחוזי כל הסמכויות הנתונות לבית משפט מחוזי במשפט פלילי והנתונות לבית המשפט העליון בערעור פלילי, פרט לסמכות להחמיר בעונש; בית המשפט רשאי לתת כל צו הנראה בעיניו כדי לפצות נידון שנשא ענשו או חלק ממנו ושהרשעתו בוטלה כתוצאה מן המשפט החוזר, או לתת כל סעד אחר; מת הנידון - רשאי בית המשפט לתת צו כאמור לטובת אדם אחר.”

כמו כן, על-פי תקנה 10 לתקנות בתי המשפט (סדרי הדין במשפט חוזר),

התשי”ז – 1957 (להלן: תקנות סדרי הדין במשפט חוזר):

”במשפט חוזר בבית המשפט העליון, רשאי בית המשפט העליון לעשות אחד מאלה:

(1) לפסוק על פי הבקשה, חוות הדעת והמסמכים האמורים בתקנות 2 ו-3, ללא שמיעת טענות בעל-פה, לבטל את פסק-הדין ולזכות את הנידון מהעבירה שהורשע בה;

(2) לדון בענין כאילו הוא יושב כבית משפט לערעורים פליליים בערעור על פסק הדין; ואם הוגשה הבקשה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, יראו את היועץ המשפטי לממשלה כאילו היה רשאי לערער על הרשעת הנידון.”

משנמצאה עילה לקיומו של משפט חוזר, הסעד המוכר הוא החזרת התיק לבית המשפט המחוזי לשם שמיעת הראיות מחדש. ואולם סעיף 31(ג) לחוק בתי המשפט, כמו גם תקנה 10(2) לתקנות סדרי הדין במשפט חוזר, מציעים סעד נוסף לפיו ניתן להחזיר

התיק לבית המשפט העליון לשם שמיעתו כערעור פלילי פעם נוספת. הנני סבור כי אפשרות זו, אשר הדין מכיר בקיומה, היא המסלול המתאים, הראוי והיעיל במקרה הקונקרטי שלפניי, וזאת משני טעמים עיקריים. ראשית, לא מדובר כאמור בראיה חדשה שעל בית משפט להתרשם ממנה מחדש, או ללבן אותה. אלא במסקנה משפטית הנוגעת לראיה קיימת שהייתה משמעותית בשני ההליכים. אין צורך לבחון את תוכן אמרותיו של החבר מלכתחילה, אלא יש לתת את הדעת לנתון החדש בדבר פסילת האמרות, ולברר האם בעקבות אותו נתון, יש מקום לשנות את התוצאה בעניינו של המבקש או לאו. במילים אחרות, יש לבחון האם יש בפסילת הודעותיו של החבר בהליך המאוחר כדי לגרוע מאותן הודעות או ממשקלן בהליך המוקדם, או כדי להשפיע על משקלן של יתר הראיות ביחס להרשעתו של המבקש. שאלה זו ראויה להתברר במסגרת ערעור. הטעם השני נעוץ בחזקה לפיה לו הכרעת הדין בעניינם של החבר והדודן הייתה ניתנת טרם שמיעת הערעור, קרוב לוודאי כי בית משפט זה היה בוחן את הנתון החדש במסגרת הערעור. כך יש לנהוג כעת.

בהינתן האמור לעיל, הפתרון הראוי, לדעתי, הוא כי בית משפט זה ידון בעניינו של המבקש במושב תלתא, במסגרת הליך ערעורי, וישקול פעם נוספת את המסכת הראייתית בעניינו של המבקש, תוך התייחסות לנתון החדש והשלכותיו על המבקש. מודע אני לכך שדרך זו היא, אמנם, איננה הדרך הנהוגה (בוודאי היא the road less traveled by כלשון המשורר האמריקאי Robert Frost בשירו "The Road Not Taken"). אכן הסעד השכיח הוא החזרת התיק לערכאה הדיונית לשם שמיעת ראיות. אולם, בנסיבות העניין, נראה כי מצד אחד קם בסיס לקיומו של משפט חוזר. ברם, וכפי שהובהר לעיל, דעתי היא כי החזרת התיק לבית המשפט העליון לשם שמיעתו כערעור פלילי עדיפה על-פני החזרת התיק לבית המשפט המחוזי לשם שמיעתו מחדש.

טוq דבר

13. נוכח כל האמור לעיל, הבקשה לקיום משפט חוזר מתקבלת, באופן שעניינו של המבקש יוחזר לבית משפט זה לשם שמיעתו כערעור פלילי פעם נוספת בפני הרכב.

ניתנה היום, כ"ב בכסלו התשפ"א (8.12.2020).

ש ו פ ט