|  |
| --- |
| בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים |

|  |
| --- |
| ע"פ 9201/18 |

|  |  |
| --- | --- |
| לפני: | כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל |
|  | כבוד השופט (בדימ') ג' קרא |
|  | כבוד השופט ש' שוחט |

|  |  |
| --- | --- |
| המערער: | ראג'י גורבאן |

|  |  |
| --- | --- |
|  | נ ג ד |

|  |  |
| --- | --- |
| המשיבים: | 1. מדינת ישראל |
|  | 2. משפחת המנוח ראמי אסקנדר |
|  | 3. עמאש זהייה |

|  |
| --- |
| ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 2.12.2018 ב[תפ"ח 24510-09-15](http://www.nevo.co.il/case/20571599) [פורסם בנבו] שניתנה על ידי כבוד סגן הנשיא ר' סוקול והשופטים ת' שרון-נתנאל, רונית בש |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| תאריך הישיבה: | י"ח בטבת התשפ"ב | (22.12.22) |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המערער: | עו"ד שלומי בלומנפלד; עו"ד משה שרמן |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המשיבים: | עו"ד יאיר חמודות |
|  |  |
| מתורגמנית: | גב' סוזאנה שושנה כהן |

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [5](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.a)(א), [25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25), [25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25.b)(ב), [29](http://www.nevo.co.il/law/70301/29), [144](http://www.nevo.co.il/law/70301/144.a)(א), [(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/144.b), [244](http://www.nevo.co.il/law/70301/244), [300](http://www.nevo.co.il/law/70301/300), [300](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a)(א), [300](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a.2)(א)(2), [300](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a.9)(א)(9), [300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a.a)(א), [300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a.a.1)(א)(1), [300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a.a.9)(א)(9), [301א'.](http://www.nevo.co.il/law/70301/301a), [301א](http://www.nevo.co.il/law/70301/301a.b)(ב), [311א](http://www.nevo.co.il/law/70301/311a.a)(א), [334](http://www.nevo.co.il/law/70301/334), [335](http://www.nevo.co.il/law/70301/335.a.1)(א)(1)

[חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982](http://www.nevo.co.il/law/74903): סע' [85](http://www.nevo.co.il/law/74903/85.4)(4), [106](http://www.nevo.co.il/law/74903/106), [108](http://www.nevo.co.il/law/74903/108), [184](http://www.nevo.co.il/law/74903/184)

מיני-רציו:

\* בימ"ש דחה ערעור על הרשעת המערער בעבירות של רצח בכוונה תחילה, פציעה בנסיבות מחמירות, עבירות בנשק ושיבוש מהלכי משפט. נפסק כי ממארג הראיות הנסיבתיות עולה כי המערער הוא שירה במנוח והביא למותו, פצע אישה שנקלעה לזירת האירוע, נמלט ופעל להשמדת הראיות. זאת, בהעדר עילה להתערב בממצאים העובדתיים שקבעה הערכאה הדיונית, ומאחר שלא עלה בידי המערער להציע הסבר חלופי שיעורר ספק סביר בדבר אשמו; כן נדחה הערעור כנגד גזר הדין, כאשר דין המערער הוא מאסר עולם חובה.

\* דיון פלילי – הרשעה – על יסוד ראיות נסיבתיות

\* דיון פלילי – הרשעה – ספק סביר

\* דיון פלילי – הרשעה – על פי עובדות שלא נטענו

\* דיון פלילי – מחדלי חקירה – הפ

\* דיון פלילי – ערעור – אי-התערבות בממצאים עובדתיים

\* עונשין – עבירות – רצח בכוונה תחילה

\* עונשין – ענישה – דרכי ענישה: עונשים מצטברים

\* עונשין – ענישה – תיקון 113

.

המערער הורשע בבימ"ש המחוזי בעבירות של רצח בכוונה תחילה, לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין; פציעה בנסיבות מחמירות; עבירות בנשק ושיבוש מהלכי משפט, של המנוח ראמי אסקנדר עמאש, שישב בשעת ערב בבית קפה עם חברו בכפר ג'סר א-זרקא. גב' זהייה עמאש, עוברת אורח, נפגעה מהירי. על המערער נגזר עונש של מאסר עולם בגין עבירת הרצח; מאסר בפועל של 30 חודשים שירוצו במצטבר בגין עבירת הפציעה בנסיבות מחמירות. בנוסף נגזרו על המערער עונש של מאסר בפועל של 20 חודשים בגין העבירות בנשק ועונש של מאסר בפועל של 18 חודשים בגין העבירה של שיבוש מהלכי משפט, כשעונשים אלו ירוצו בחופף, וכן עונש מאסר מותנה של 6 חודשי מאסר. כך גם הופעל עונש מאסר מותנה של 6 חודשים שהושת על המערער בתיק אחר ונקבע כי עונש זה ירוצה במצטבר לעונש מאסר העולם. כן חויב המערער בפיצויים למשפחת המנוח ולגב' עמאש. הערעור מופנה כלפי הכרעת הדין וגזר הדין.

.

בית המשפט העליון (מפי השופט שוחט ובהסכמת המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל והשופט (בדימ') קרא) דחה את הערעור ופסק כי:

טענת המערער שמכוונות לסתירות לכאורה בחוות דעת השופטים, באופן שאינו מאפשר את הרשעתו, נדחתה, שכל אין כל סתירה בין חוות דעת שופטי ההרכב, שכולם הסכימו כי הוכח מעבר לספק סביר כי המערער ביצע את העבירות; כן נדחתה טענת המערער כי הורשע בעבירה על בסיס עובדות שלא נטענו בכתב האישום ומבלי שניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן.

בימ"ש ציין כי הרשעת המערער מבוססת על מארג של ראיות נסיבתיות, תוך עמידה על ההלכות המאפשרות להרשיע נאשם בהסתמך על ראיות נסיבתיות בלבד, וזאת כאשר המסקנה המפלילה תהיה המסקנה ההגיונית היחידה שעולה מכלל הראיות הנסיבתיות. ככל שקיימת גרסה עובדתית חלופית, שמועלית על ידי הנאשם או שמתגלה מהעובדות שהוכחו, ממנה עולה מסקנה אפשרית אחרת מלבד המסקנה המרשיעה, יהיה די בכך לשם זיכויו. ודוק, נדרשת מסקנה חלופית סבירה שיש לה אחיזה בחומר הראיות.

במקרה זה אין ראייה פורנזית שקושרת את המערער לביצוע הירי ואין ראיה או עדות שמזהה אותו בזירת הרצח. עם זאת, יש מארג של עדויות וראיות והגם שאין בכל עדות או ראיה לכשעצמה כדי להביא להרשעת המערער, בהצטברותן יש כדי להוביל למסקנה חד משמעית כי המערער הוא זה שביצע את המעשים. מארג העדויות והראיות הטיל על המערער נטל לעורר ספק סביר לגבי אשמתו על ידי הבאת ראיות שמצביעות על חפותו האפשרית או על ידי מציאת פרכה או סתירה מהותית במארג הנסיבתי עליו נסמכה המשיבה. בנטל זה המערער לא עמד ולכן אשמתו הוכחה מעבר לכל ספק סביר. המערער לא ביסס כדבעי את התרחיש החלופי שהעלה לפיו אדם אחר הוא שירה במנוח.

אשר למחדלי חקירה, נפקותם היא במישור הראייתי. עובדת קיומו של מחדל חקירה אין בה, כשלעצמה, להביא לזיכוי נאשם. הבחינה היא האם מחדלי החקירה מקימים חשש כי הגנתו של הנאשם קופחה, מכיוון שנוצר לו קושי להתמודד עם חומר הראיות נגדו או להוכיח את גרסתו שלו. המשקל הראוי שיש לתת למחדלי רשויות החקירה נגזר מנסיבות כל מקרה ויש לבחון האם בהתחשב בתשתית הראייתית שקיימת בתיק ובספקות הספציפיים שמבקש הנאשם לעורר, מגיע משקלם של המחדלים לכדי יצירת ספק סביר. במקרה זה מחדלי החקירה הנטענים בניסיון "לכרסם" במשקלן של הראיות הנסיבתיות שהביאו להרשעתו היו, ברובן, ללא אחיזה במציאות. מחדלי חקירה מהם זכאי הנאשם להיבנות הם בגדר רשימה מצומצמת של מחדלים חמורים, שעיקרם אי-נקיטת פעולה חקירתית מתבקשת באופן אשר מטיל ספק רציני בראיות שבאות להפליל את הנאשם. אלו לא התקיימו בענייננו. ודוק, יש צורך לצמצם היזקקות לטענות בדבר מחדלי חקירה למקרים חמורים בהם עולה חשש קונקרטי להרשעת חף מפשע.

משלא נמצא כל הסבר חלופי מתקבל על הדעת, והמסקנה שהמערער ירה במנוח נותרת המסקנה ההגיונית והיחידה, נסללה הדרך להרשעתו בהסתמך על הראיות הנסיבתיות.

אשר לגזר הדין, לתיקון 137 לחוק העונשין אין השפעה על עונשו של המערער, לאור התקיימות נסיבות מחמירות עליהן הצביעה המשיבה ולמצער אחת מהן: "לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית"; הרצח בוצע "תוך יצירת סכנה ממשית לחייו של אדם אחר נוסף על הקורבן". משכך, דין המערער למאסר עולם חובה הן לפי החוק, טרם התיקון הן לאחריו; בנוסף, לאור העובדה כי מהירי שכוון לעבר המנוח נפגעה אישה, הרי שהתקיימה נסיבה מחמירה, והיא חלה גם במקרה שלא נגרמה בפועל פגיעה באדם נוסף ודי בכך שנוצרה סכנה ממשית לאותו אדם נוסף.

אשר להשתת העונש בגין עבירת הפציעה של האישה שנפגעה מירי תועה, כמו גם הפעלת עונש המאסר המותנה שהושת על המערער בתיק אחר, כך שאלו יחולו, כולם או חלקם, במצטבר לעונש מאסר העולם, ככלל, בעבירת רצח אליה נוספו עבירות נלוות, חומרת העבירה מצדיקה הטלת עונשי מאסר במצטבר. במקרה זה, לנוכח חומרת העבירות ומשיקולי גמול והרתעה אין להתערב בקביעת בימ"ש קמא כי העונשים יוטלו במצטבר; אשר להפעלת עונש המאסר על-תנאי במצטבר. כאשר מופעל עונש מאסר על-תנאי בעקבות ביצוע עבירה נוספת, ככלל ירוצו תקופות המאסר "בזו אחר זו"; סטייה מנקודת המוצא תֵעשה רק מ"טעמים שיירשמו". המערער לא הצביע על טעמים חזקים דיים לסטייה מהכלל. ביצוע עבירה כה חמורה בתוך תקופת התנאי על ידי המערער שעברו הפלילי מכביד, אינו מצדיק סטייה מהכלל ולכן לא נפלה שגגה בקביעת בימ"ש קמא, שגם עונש זה ירוצה במצטבר.

|  |
| --- |
| פסק-דין |

השופט ש' שוחט:

**מבוא**

1. ביום 31.7.2015 , בסביבות השעה 19:00, הגיע אדם לבוש שחורים ורעול פנים לבית קפה הנמצא במרכז הכפר ג'סר א-זרקא ופתח באש מאקדחו לעבר מר ראמי אסקנדר עמאש ז"ל (להלן: **המנוח**), שישב במקום עם חברו. משהמנוח וחברו החלו להימלט, רדף רעול הפנים אחרי המנוח והמשיך לירות לעברו. לאחר שהמנוח נורה ונפגע, נמלט רעול הפנים מהמקום והתרחק עד שנעלם. המנוח פונה לבית חולים וכעבור מספר ימים הלך לעולמו. גם עוברת אורח שהלכה ברחוב סמוך לבית הקפה, הגב' זהייה עמאש, נפגעה מהירי. בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' סגן הנשיא **ר' סוקול**, והשופטים **שרון-נתנאל** **ורונית בש**) קבעו, כי אותו רעול פנים היה המערער. המערער הורשע בעבירות של רצח בכוונה תחילה, לפי [סעיף 300(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a.2) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז 1977(להלן: **החוק**); פציעה בנסיבות מחמירות, עבירה לפי [סעיף 334](http://www.nevo.co.il/law/70301/334) ביחד עם [סעיף 335(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/335.a.1) לחוק; עבירות בנשק לפי [סעיף 144(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/144.a) ו-[(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/144.b) ביחד עם [סעיף 29](http://www.nevo.co.il/law/70301/29) לחוק ושיבוש מהלכי משפט, עבירה לפי [סעיף 244](http://www.nevo.co.il/law/70301/244) לחוק. על המערער נגזר עונש של מאסר עולם בגין עבירת הרצח; מאסר בפועל של 30 חודשים שירוצו במצטבר בגין עבירת הפציעה בנסיבות מחמירות. בנוסף נגזרו על המערער עונש של מאסר בפועל של 20 חודשים בגין העבירות בנשק ועונש של מאסר בפועל של 18 חודשים בגין העבירה של שיבוש מהלכי משפט, כשעונשים אלו ירוצו בחופף וכן עונש מאסר מותנה של 6 חודשי מאסר אם יעבור, בתוך שנתיים משחרורו, עבירה של פציעה בנסיבות מחמירות, עבירות בנשק או עבירה של שיבוש מהלכי משפט. כך גם הופעל עונש מאסר מותנה של 6 חודשים שהושת על המערער בתיק אחר ונקבע כי עונש זה ירוצה במצטבר לעונש מאסר העולם. כן חויב המערער בפיצויים למשפחת הקורבן ולגב' זהייה עמאש. הערעור שלפנינו מופנה הן כלפי הכרעת הדין הן כלפי גזר הדין.

**רקע עובדתי בהתאם לכתב האישום**

1. ברקע לאירוע עומד סכסוך בין המנוח למערער. בשל אותו סכסוך גמלה בלבו של המערער החלטה להמית את המנוח. לשם מימוש החלטתו זו, ביום 31.7.15 ביקש המערער מעמאר ג'ורבאן (להלן: **עמאר**) להסיע אותו, במכוניתו, עד לסמטה הסמוכה לבית הקפה בו שהה באותה עת המנוח עם חברו דיאב זאיט (להלן: **דיאב**). בהגיעם לסמטה, ירד המערער מהרכב והחל להתקדם לעבר בית הקפה כשהוא רעול פנים, על ידיו כפפות וכשהוא מצויד באקדח. המערער התקרב לעבר המנוח ודיאב והחל לירות לעברם. משהחלו בורחים המערער רדף אחר המנוח והמשיך לירות לעברו, לפחות 19 קליעים. 4 קליעים פגעו במנוח. כתוצאה מאותו ירי נפגעה, מפצע ירי שטחי, גם עוברת האורח זהייה עמאש (להלן: **זהייה**). לאחר הירי ברח המערער רגלית ונכנס לחצר ביתו של מוחמד זאיט (להלן: **זאיט**). אחריו נכנס לחצר מוחמד עמאש , המכונה חמאדה (להלן: **חמאדה**). המערער מסר את אקדחו לחמאדה והורה לו למסור אותו לבן דודו מחמד ג'ורבאן, המכונה חמודי (להלן: **חמודי**). המערער הוריד את חולצתו, מסר אותה לזאיט, והורה לו לשרוף אותה בכדי להעלים ראיות ולהכשיל הליך שיפוטי. בנוסף הורה המערער לזאיט ליצור קשר עם דיב ג'ורבאן (להלן: **דיב**) בכדי שיגיע למלט אותו מהמקום. זאיט התקשר לדיב אשר הגיע עם רכבו ואסף את המערער. בהמשך אותו היום, יצר המערער קשר עם זאיט והורה לו להשמיד את מכשיר ההקלטה שמחובר למצלמות האבטחה בביתו, בכדי להעלים ראיות ולהכשיל הליך שיפוטי.
2. המערער, בתשובתו לכתב האישום, כפר בכל המיוחס לו וטען כי במועד האירוע היה במקום אחר – בביתו של חמודי.

**פסק דינו של בית המשפט קמא**

1. בהיעדר כל עדות ישירה של יושבי בית הקפה ועוברי האורח ברחוב בדבר זיהויו של היורה (שהיה כאמור, רעול פנים), ביקשה המאשימה לשכנע את בית המשפט קמא כי המערער הוא שביצע את הירי בהתבסס על מארג של ראיות נסיבתיות שמצביעות על כך. הש' סוקול, שכתב את חוות הדעת העיקרית בפסק-הדין, סקר בהרחבה את העדויות והראיות שהונחו בפניו ואימץ את המסכת העובדתית שנטענה בכתב האישום, וזאת על אף קשיים ראייתיים שהעלתה ההגנה בפני בית המשפט. השופט **סוקול** מצא כי למרות קשיים אלו, יש די ראיות המספיקות כדי להרשיע את המערער בעבירות המיוחסות לו, מעבר לספק סביר, ופירט ראיות אלו והשתלבותן על ציר הזמן, החל מעת הגעתו של המערער למקום ביצוע הירי בסמוך לפני הירי.
2. בכל הנוגע להגעת המערער למקום ביצוע הירי בסמוך לפני הירי – רכב מסוג פורד בבעלותו של עמאר (ומדובר ברכב שלו סימנים מיוחדים שעמאר אישר כי מדובר ברכבו) תועד במצלמות אבטחה נכנס לסמטה הסמוכה לבית הקפה בשעה 19:01 לערך ומיד לאחר מכן נראה במצלמות האבטחה אדם, לבוש שחורים ורעול פנים, יוצא מאותה סמטה. עמאר מסר מספר גרסאות שונות בחקירותיו ובעדותו בבית המשפט. בחלקן אישר כי הסיע את המערער ברכבו ובחלקן הכחיש זאת. השופט **סוקול** מצא כי הגרסה אותה מסר עמאר לאחר חידוש חקירתו ביום 23.8.2015 בשעה 17:30 ולפיה אסף את המערער ברכבו והסיע אותו עד לסמטה שליד בית הקפה וכי המערער היה לבוש מכנס טרנינג שחור וחולצה עם שרוולים ארוכים (להלן: **גרסת ההסעה**) היא הגרסה הנכונה. לקביעה זו הגיע השופט **סוקול** ממספר סיבות וביניהן: שחזור שבוצע והוסרט; תמלילי שיחותיו של עמאר עם מדובב לרבות התייחסותו של עמאר לאחר מכן לאותן השיחות ועדותו של עמאר בבית המשפט.
3. בכל הנוגע לאירוע הירי עצמו – השופט **סוקול** מצא, כי אין עדות מפורשת בדבר זהות היורה. אין גם ראיות אחרות שמזהות את המערער כמי שירה. נמצאו ראיות, כי היורה יצא מהסמטה שבה ירד המערער מרכבו של עמאר וכן נמצא שמבנה גופו של היורה (שתואר כ"בריון" ו"מלא גוף") דומה למבנה גופו של המערער. נקבע, כי אין ביכולתן של ראיות אלו לבסס את זיהויו של המערער כיורה, אולם הן יכולות לשמש חיזוק לראיות זיהוי אחרות.
4. בכל הנוגע למסלול הבריחה - העדות המרכזית על מסלול הבריחה של היורה, שמיד לאחר הירי החל להימלט ברגל בין הבתים, היא עדותו של חמאדה. חמאדה הציג גרסאות שונות. בחקירתו במשטרה ובדבריו בפגישה עם טיטו, אחיו של המנוח, שיחה שהוקלטה ע"י החוקרים – הציג גרסה שמפלילה את המערער ומזהה אותו כאותו רעול פנים שברח מזירת הירי והגיע לביתו של זאיט . בבית המשפט הציג גרסה שונה ולפיה רעול הפנים שהגיע מכיוון זירת הירי לביתו של זאיט היה זאיט עצמו. במהלך מעצרו בחשד למעורבות ברצח של אחר, מסר חמאדה למדובב גרסה שלישית, ולפיה הוא עצמו ירה במנוח. הש' סוקול מצא כי בין גרסאותיו הסותרות של חמאדה יש להעדיף את הגרסה המפלילה, זאת שנמסרה מחוץ לכתלי בית המשפט, ולפיה זיהה את המערער כרעול הפנים שברח מזירת הירי לכיוון ביתו של זאיט.
5. בכל הנוגע להגעה לביתו של זאיט – מעדותו של חמאדה נלמד, כי היורה הגיע עד לחצר ביתו של זאיט, שם הוריד את כיסוי הפנים. על שאירע בחצר ביתו של זאיט, העידו זאיט עצמו וכן בני משפחתו, שישה עדים בסה"כ, ביניהם גם בנו הקטין (בן 9 שנים) של זאיט, מוסטפא זאיט (להלן: **מוסטפא**) שמסר את גרסתו לחוקר ילדים ולא התייצב בבית המשפט. בין העדויות השונות נמצאו סתירות וכל אחד מהעדים סיפר סיפור שונה במעט מסיפורו של חברו. השופט **סוקול**, בחן את הסתירות הנטענות ומצא כי אין בטענות ההגנה כדי לפגוע בגרסתו של זאיט. מספר עדים, ביניהם זאיט, אמו פאוזייה, אחותו מאג'דה ובנו מוסטפא זיהו בוודאות את רעול הפנים, לאחר שהסיר את הכיסוי מפניו, והעידו כי זה היה המערער. גרעין עדותם של בני משפחת זאיט נמצא אחיד. המערער זוהה על ידם על פי היכרותם המוקדמת עמו. העדות לפיה המערער הוא שהגיע לחצר ביתם נמצאה מתיישבת ומשלימה את עדותו של חמאדה בעניין. השופט **סוקול** סבר, כי הסתירות שנמצאו בעדויות לא פוגעות במהימנות "גרעין האמת" והעדויות השונות אף מחזקות זו את זו. לעדויות אלו נמצאו חיזוקים שונים במחקרי התקשורת ובעדויות בדבר הסרת מצלמת האבטחה אצל השכן עבד עמאש (להלן: **עבד**) על פי דרישתם של אמג'ד ודיב, קרוביו של המערער. בהתאם לעדויות אלו קבע השופט **סוקול**, כי הוכח בפניו שהמערער הגיע לבית משפחת זאיט בריצה מכיוון מרכז הכפר כשפניו מכוסות ובידו אקדח. לאחריו הגיע בריצה גם חמאדה. המערער הסיר את הכיסוי שמעל פניו, מסר את האקדח ואת הכיסוי לחמאדה ומסר את החולצה העליונה לזאיט, שמסר אותה לבנו מוסטפא על מנת שיזרוק אותה (שאכן עשה זאת) והתקשר לדיב . לאחר מספר דקות, הגיע דיב למקום ואסף את המערער. בהתאם, מצא השופט **סוקול** לקבל גם את גרסת זאיט לפיה לאחר שהמערער נאסף במכוניתו של דיב, דרש ממנו המערער להסיר את מצלמת האבטחה ואת מכשיר ההקלטה מביתו. כן מצא השופט **סוקול** לקבל את גרסת זאיט לפיה לאחר האירוע, דרשו ממנו חמודי ודיב לסייע להם לסלק גם את מכשיר ההקלטה מביתו של עבד, שכן של משפחת זאיט. זאיט, ביחד עם אמג'ד הוא אחיו של המערער (להלן: **אמג'ד**) ודיב (גיסו של המערער) הגיעו לביתו של עבד ובצעו את האמור.
6. בכל הנוגע לגרסת המערער – המערער הכחיש כל קשר לאירוע הירי וטען, במענה לכתב האישום ובבית המשפט, טענת אליבי ולפיה בכל הזמנים הרלוונטיים לירי היה בביתו של חמודי, ישב על המרפסת וצפה בסרטים. השופט **סוקול** מצא, כי גרסה זו נולדה בדיעבד ואינה אמינה ממספר טעמים. בין השאר: המערער מסר יותר מגרסת אליבי אחת; נמצאו סתירות מהותיות בין גרסאות עדי ההגנה שהביא לתמיכה בטענת האליבי שהעלה; עדי ההגנה כבשו את גרסת האליבי ולא סיפרו אותה מיד עם מעצרו של הנאשם.
7. אשר למניע - למרות שהוכחת המניע אינה חיונית להוכחת יסודות העבירה, מצא השופט **סוקול** תימוכין לעמדת המאשימה לפיה המניע לירי היה סכסוך קודם בין המערער למנוח ולבני משפחתו. עוד מצא, כי המנוח ובני משפחתו חשו מאוימים על ידי המערער. בנסיבות אלו ציין כי ניתן להתייחס אף למניע כראיה נסיבתית משקיומו של סכסוך הכולל איומים, לרבות איומים במעשי אלימות, מהווה ראיה נסיבתית שיכולה לחזק את שאר הראיות הקושרות את המערער לביצוע הירי.
8. השופט **סוקול** מסכם את חוות דעתו המרשיעה באופן הבא:

"190. בשים לב למכלול הראיות שהוצגו, שוכנעתי כי הוכח מעבר לכל ספק סביר כי הנאשם הוא שירה במנוח ראמי אסקנדר. כפי שצוין לעיל, הירי בוצע על ידי אדם רעול פנים ואין ראיה או עדות המזהה את הנאשם בזירת הרצח. עם זאת, ראינו כי קיימות ראיות המצביעות על כך שהיורה נמלט מזירת הירי, רץ בסמטה עד שהגיע לביתו של מוחמד זאיט. ראינו כי היורה נצפה על ידי עדים בזירת הירי (כמו דיאב זאיט ואניס אבו שאב), נצפה על ידי חמאדה ושאר יושבי הבית, נצפה במצלמות האבטחה ונצפה על ידי בני משפחת זאיט כשהוא בחצר ביתם. מכאן שרעול הפנים שהגיע לבית משפחת זאיט הוא מי שירה בראמי.

שוכנעתי גם כי יש לקבל את גרסתו המפלילה של עמאר ולפיה הוא הסיע את הנאשם לזירת האירוע דקות ספורות לפני הירי.

עוד ראינו מהראיות כי רעול הפנים הסיר את הכיסוי מפניו, ועדים רבים זיהו אותו והעידו כי היה זה הנאשם. שוכנעתי כי יש לתת אמון בעדותם של מוחמד זאיט ובני משפחתו שהעידו כי הנאשם הוא שהגיע לביתם. שוכנעתי גם כי יש להעדיף את הגרסה המפלילה של חמאדה, אותה מסר בחקירת המשטרה ובמהלך השחזור ואישר אף הוא כי זיהה את הנאשם.

191. הוכח גם כי הנאשם מסר לחמאדה את האקדח והכובע כדי שימסרם לחמודי, והוכח כי מסר את החולצה השחורה למוסטפא כדי שישליכה. ניתן להצביע גם על מספר ראיות לחיזוק; מבנה גופו של היורה וצורת הליכתו תואמים את אלו של הנאשם; מחקרי התקשורת מצביעים על קשר בין המעורבים השונים הקשורים להסעת הנאשם ואיסופו; עוד מצאנו כי גרסת האליבי שהציגה ההגנה אינה מהימנה; וכידוע, גם מסירת גרסה שקרית על ידי נאשם עשויה לשמש חיזוק לראיות המאשימה נגדו (ראו [ע"פ 7637/05](http://www.nevo.co.il/case/6002494) יוסף נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (05/07/2007), [ע"פ 10477/09](http://www.nevo.co.il/case/5718544) מובארק נ' מדינת ישראל [פורסם] (10/04/2013), [ע"פ 2132/04](http://www.nevo.co.il/case/5768551) קייס נ' מדינת ישראל [פורסם] (28/05/2007),[ע"פ 9141/10](http://www.nevo.co.il/case/6145930) הנ"ל). גם קיומו של סכסוך בין הנאשם למשפחת המנוח, יכול להצביע על מניע ולשמש חיזוק לראיות המפלילות.

192. על כן, אציע לחברותיי לקבוע כי הוכח מעבר לכל ספק סביר כי הנאשם, ראג'י ג'ורבאן, הוא שירה לעברו של המנוח ראמי אסקנדר, פגע בו גרם למותו, ופצע את הגב' זהייה עמאש."

1. יתר חברי ההרכב הסכימו אף הם לחוות דעתו של השופט **סוקול**. השופטת צ' **שרון נתנאל**, בחוות דעתה, התייחסה לאפשרות לכאורה של מעורבות זאיט באירוע, לא רק לאחר המעשה אלא גם לפניו. עם זאת, ציינה היא כי ברור מכלל הראיות כי לא זאיט היה זה שירה במנוח אלא המערער וכי אין באותה מעורבות אחרת לכאורה של זאיט, שלא פורטה בכתב האישום, כדי לבסס את טענת הסנגור בסיכומיו לפיה לא ניתן להרשיע את המערער באמור בכתב האישום לאור הוראת [סעיף 184](http://www.nevo.co.il/law/74903/184) ל[חוק סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law/74903) [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: **חוק סדר הדין הפלילי**). השופטת **בש**, שהסכימה לחוות דעתו של השופט **סוקול**, הצטרפה גם להערותיה של השופטת  **שרון נתנאל**.

**נימוקי הערעור**

1. בא-כוח המערער טוען, כי לא הוכח מעל לכל ספק סביר כי המערער ביצע את המעשים שמיוחסים לו. השופט **סוקול** בהכרעת הדין פירט מארג של ראיות נסיבתיות שעל פיהן אשמתו של המערער הוכחה. אחת מאותן ראיות נסיבתיות שאין בלתה – עדות זאיט ובני משפחתו. לגישתו, משהשופטת נתנאל:

"קובעת כי הוכח כי זאיט לקח חלק בביצוע המעשה – לפניו ולאחריו, הרי בפנינו שתי דעות שאינן יכולות להתקיים יחדיו. במידה והאמור בהכרעת דינה של כב' השופטת נתנאל שרון הינו נכון, הרי כל חוות דעתו של כב' השופט סוקול הקורמת עור וגידים גם על סמך היות זאיט ובני משפחתו 'עוברי אורח תמימים' אשר זיהו את המערער בהגיעו לביתם, קורסת. הדברים מקבלים משנה תוקף בהכרעת דינה של כב' השופטת בש המצטרפת הן לחוות דעתו המפורטת של כב' האב"ד והן להכרעת דינה של כב' השופטת נתנאל שרון".

עוד באותו ההקשר, טוען ב"כ המערער. כי:

"לא ניתן מחד להרשיע את הנאשם בעובדות כתב האישום על פיהן רק הוא ביצע את הרצח שעה שזאיט הינו עובר אורח תמים ומאידך להרשיע את הנאשם בעובדות שלא מוזכרות בכתב האישום (על פיהן אירוע הרצח בוצע במעורבות של זאיט לפני ואחרי מעשה)"

ולכן שגתה השופטת **נתנאל שרון** עת קבעה, כי [לסעיף 184](http://www.nevo.co.il/law/74903/184) ל[חוק סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law/74903) אין נפקות במקרה הזה.

1. טענה נוספת בפי בא-כוח המערער נוגעת לעדותו של חמאדה. בבית המשפט נתן חמאדה הסבר לגרסתו המפלילה נגד המערער והעיד, לראשונה, כי רעול הפנים היה למעשה זאיט ולא הנאשם. לטענת ב"כ המערער, בעקבות גרסה מפתיעה זו, היה על המאשימה לזמן את זאיט (שהעיד לפני חמאדה) למתן עדות נוספת בבית המשפט. המאשימה לא עשתה כן למרות שההגנה לא התנגדה לכך, זאיט נרצח זמן קצר לאחר מתן עדותו (בנסיבות שטרם התבררו), ומחדל זה (של אי העדתו בשנית) צריך להיזקף לחובתה.
2. באשר לעדות עמאר – עד זה מסר את גרסת ההסעה, שמפלילה את המערער, רק לאחר שארעה הפסקת חשמל נטענת שלעצם קיומה לא הובאה כל ראיה. לטענת עמאר, הוא שינה את גרסתו המקורית ומסר גרסה מפלילה נגד המערער רק לאחר שאוים על ידי שוטרים ולאחר שהובטח לו על ידי השוטרים כי יוכל לראות את בנו החולה אם יפליל את המערער. השחזור שביצע בא כמובן לאחר ששינה את גרסתו המקורית ומסר גרסה מפלילה נגד המערער. אשר לשיחותיו של עמאר עם המדובב, בהן חזר על הגרסה המפלילה - בית המשפט קמא לא נתן מענה לטענות ההגנה שהועלו בנוגע לגרסת המדובב, הן בנוגע למועד כניסתו לתא הן בכלל.
3. המערער טוען גם למחדל חקירה בכל הנוגע לטיפול הפורנזי בחולצת היורה שאותרה, לאחר שמוסטפא, שקיבלה מאביו זאיט, הוביל את השוטרים למקום בו זרק אותה. משנמצאו על אותה חולצה שרידי ירי אין חולק כי היא זו ששימשה את היורה. בית המשפט קמא קבע, כי הבדיקה הפורנזית שהעלתה היעדר פרופיל DNA של המערער על גבי החולצה אינה מספקת לשלול את האפשרות כי החולצה שימשה את המערער. אלא שעל החולצה נמצא פרופיל DNA של אחר, והעדה המומחית מטעם המאשימה, שהייתה אמונה על בדיקתה (הגב' גסט) העידה כי היא לא יודעת אם נעשתה השוואה בין הפרופיל שנמצא על החולצה לבין אוסף האירועים הפתוחים שקיים במשטרת ישראל, ואף העידה כי אינה יכולה לקבוע בוודאות אם הפרופיל שנמצא שייך לזאיט. בית המשפט קמא שגה כשלא לקח בחשבון כי אותו פרופיל DNA שנמצא על גבי החולצה אך לא זוהה – לא זוהה עקב מחדל חקירה של המאשימה.
4. מחדל חקירה נוסף שמוצא ב"כ המערער בהתנהלות המאשימה נוגע לאי בחינה מספקת של האפשרות לשיבוש או תיאום עדויות בין זאיט לבני משפחתו. בתחילה מסרו זאיט ובני משפחתו גרסה שניקתה את זאיט מכל חשד אך גם לא הפלילה את המערער. בנקודת זמן אחת שינו זאיט ובני משפחתו את גרסתם – ומסרו גרסה שמפלילה את המערער. הוכח כי השינוי המדובר חל רק לאחר שנוצר קשר בין אשתו של זאיט, זכייה, לבין אסיר עבודה ששהה עם זאיט במעצר ולאחר שנפגשה עמו קודם לכן בתחנת המשטרה. בחקירתה במשטרה ציינה זכייה מפורשות את שמו של האסיר שבאמצעותו נוצר הקשר בינה לבין זאיט בעודו במעצר. לגישת ב"כ המערער, על המאשימה היה לנסות ולאתר את אותו אסיר עבודה ולשאול אותו איזה מידע ביקש זאיט להעביר לאשתו ו/או לבני משפחתו האחרים, שבעקבותיו שינו את גרסתם. בית המשפט קמא שגה משלא קיבל את טענת ההגנה בדבר מחדל חקירה בעניין הזה.
5. בא-כוח המערער מצביע גם על מחדל בגביית עדותו של מוסטפא על-ידי חוקר הילדים. בית המשפט נתן משקל רב לעדותו של הקטין, אשר הובאה באמצעות חוקר הילדים, מר אשרף חדד. לטענת ב"כ המערער בעוד שחוקר הילדים, בהגינותו הרבה, הודה בחקירתו, כי אין כל ערך להערכת המהימנות שמופיעה בחוות דעתו, במיוחד ככל שהדברים נוגעים לאפשרות של הפללת המערער, לאור העובדה שגרסת המערער לא נלקחה כלל בחשבון לצורך הערכת המהימנות – בית המשפט קמא התעלם או לכל הפחות נתן משקל אפסי לעדותו של חוקר הילדים בעניין זה "והכל באופן הנזקף באופן מוחלט לחובת המערער בהכרעת הדין".
6. מחדל חקירה נוסף עליו מצביע ב"כ המערער, שאם היה נמנע היה יכול להשליך על מהימנות גרסתו של זאיט, נוגע לעדותו של זאיט לפגישה עם שוטר בשם יוני לאחר אירוע הירי. זאיט, בעדותו שמפלילה את המערער, העיד כי לאחר שהמערער הגיע לביתו ועזב את המקום, הלך לבית הקפה במרכז העיר, פגש בדרך בשוטר בשם יוני עמו יש לו היכרות מוקדמת, שוחח אתו ולחץ את ידו. מזכר מאת השוטר יוני אמסלם מגלה כי יש לו היכרות מוקדמת עם זאיט אך ביום האירוע כלל לא עבד ולא פגש את זאיט. בבית המשפט זאיט טען, כי ייתכן וטעה בשמו של השוטר. ביתה משפט קמא קיבל גרסה זו ובכך טעה, שכן לא נעשה כל ניסיון במהלך החקירה לנסות ולבדוק אם השוטר יוני אמסלם הוא אכן אותו "יוני" עליו דיבר זאיט ( באמצעות הצגת תמונתו לזאיט) שהרי אם זאיט היה משיב בחיוב לשאלה היה בכך כדי להצביע על שקר מצדו ולפגוע במהימנות גרסתו.
7. עוד טוען בא-כוח המערער למחדל של המאשימה שבא לידי ביטוי באי הגשת חוות דעת או הסבר אחר למחקרי התקשורת שהוגשו כראיות. ביום האירוע הטלפון של זאיט אוכן במעגן מיכאל ובבנימינה. בית המשפט קמא קבע כי איכונים אלו אינם מלמדים על מקום הימצאו של זאיט אלא רק באיזו אנטנה נקלט המכשיר שברשותו וכי בהיעדר חוות דעת או הסבר אחר למחקרי התקשורת לא ניתן לקבוע את מיקומו המדויק של זאיט במועדים השונים. על המאשימה היה להגיש את אותה חוות דעת או הסבר אחר לו כיוון בית המשפט קמא, ומשנמנעה לעשות כן, יש להניח לטובת המערער כי תוצרי מחקרי התקשורת היו פועלים לטובתו.
8. בנוסף לכל אלו טוען בא-כוח המערער, כי בית משפט קמא נקט בגישה "סלחנית" כלפי סתירות שהתגלו בעדויות עדי התביעה, למרות שמדובר בסתירות מהותיות, והחמיר בגישתו כלפי הסתירות שהתגלו בגרסאות עדי ההגנה. כן טוען בא-כוח המערער, כי למרות שלא הובאה ולו ראייה אחת לסכסוך כלשהו בין המערער לבין המנוח, ראה בית המשפט קמא במניע במקרה זה כראיה נסיבתית שיש בה כדי לחזק את שאר הראיות נגד המערער, וגם בכך שגה.
9. השגותיו של ב"כ המערער כלפי גזר הדין שניתן ביום 2.12.2018 הן שתיים:

ראשית, טוען בא-כוח המערער כי במסגרת גזר הדין הושת על המערער עונש של מאסר עולם, כעונש חובה לפי [סעיף 300(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a.2) במתכונתו באותה העת. ביום 10.1.2019 תוקן [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) (תיקון מס' 137) בכל הנוגע לעבירות ההמתה [וסעיף 300(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a) במתכונתו המתוקנת אינו קובע עוד עונש של מאסר עולם חובה בגין אותה העבירה. ב"כ המערער סבור כי לאור הוראת [סעיף 5(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.a) לחוק, הקובעת כי כל עוד טרם ניתן פסק-דין חלוט לגבי העבירה, יחול על העניין החיקוק המקל עם העושה, יש להורות על ביטול ההוראה בגזר הדין של עונש מאסר העולם ולאפשר למערער להעלות טענות ולהביא ראיות לעניין עונש המאסר שיושת עליו.

שנית, בית המשפט קמא שגה בהשתת העונש בגין עבירת הפציעה של זהייה עמאש שנפגעה מירי תועה, כמו גם בהפעלת עונש המאסר המותנה שהושת על המערער בתיק אחר כך שאלו יחולו במצטבר לעונש מאסר העולם, ולחילופין טעה משלא שקל להפעיל את חלקם במצטבר וחלקם בחופף - וזאת משיקולים הנוגעים להיבט האנושי ההומני ומשמדובר במעשים שזיקתם הדוקה וכרוכים זה בזה.

**עמדת המשיבה**

1. המשיבה סומכת ידיה על פסק דינו של בית המשפט קמא. לטענתה, עיקר הערעור מופנה כלפי קביעות בדבר מהימנות עדים וממצאים שבעובדה. בתוך כך, מפנה המדינה למארג הראיות, אותן קיבל בית המשפט קמא כמהימנות, שבשילובן מוכחת אשמתו של המערער, ובהן: הגעת המערער בסמוך מאוד לזירת הרצח ובמועד ביצוע הרצח; העדות בדבר הימלטותו מהזירה וזיהוי פניו בחצר ביתו של זאיט; הסרת מצלמות האבטחה מביתו של עבד, השכן של זאיט, על-ידי קרובי המערער; המניע והפרכת האליבי שנטען על-ידי המערער.
2. המשיבה מבטלת את טענות המערער בנוגע לסתירות, כביכול, בין חוות דעת השופטים וטוענת כי מדובר בשוני שמתייחס לדגשים והתנסחות בלבד. כל שלושת השופטים מעלים את האפשרות, כי זאיט היה מעורב ברצח בשלב התכנון – אך אינם קובעים זאת באופן מפורש ובצד האמור מבהירים, כי אין בכך כדי לשנות מן המסקנה לפיה המערער הוא היורה שביצע את הרצח. עוד מסבירה המדינה כי לעמדתה זאיט לא היה מעורב בתכנון הרצח וכי גם אם הייתה סוברת אחרת, אין די ראיות להוכיח זאת ולכן כתב האישום היה נותר כפי שהיה. לטענת המדינה, לא נפל כל פגם בניסוח כתב האישום והמערער לא נימק כיצד ניסוח כתב האישום בעניינו מנע ממנו מלהתגונן מחלקו בביצוע העבירה.
3. לטענת המשיבה, לא חל כל מחדל באי הזמנת זאיט לעדות נוספת לאחר שנשמעה עדותו של חמאדה בבית המשפט. אילו סבר המערער, כי היה זה חיוני להביא את זאיט לעדות חוזרת באותו שלב, היה יכול וצריך לבקש זאת, כפי שעשה ביחס לעדים אחרים. יש להבחין בין שלב החקירה לבין ההליך האדברסרי בבית המשפט, במסגרתו הצדדים עומדים כשווים בפני בית המשפט וכל צד יכול לבקש מבית המשפט לצוות על התייצבותו של אדם לעדות או להמציא מסמכים. נאשם שבוחר שלא לבקש הזמנה חוזרת של עד שנחקר בבית המשפט, אל לו לטעון למחדל של התביעה.
4. המשיבה מפנה לנימוקי בית המשפט קמא באשר לבחירתו לתת אמון בגרסה המפלילה שמסר עמאר ולגישתה אין עילה להתערב בה.
5. באשר לטענות המערער למחדל חקירה בנוגע לטיפול בחולצה ואי הימצאותו של פרופיל DNA של המערער עליה – עמדת המשיבה היא כי לא נפל כל מחדל בעניין זה, משהיעדר ראיות פורנזיות על גבי החולצה אינו מוכיח שלא נלבשה על-ידי המערער, זאת גם בשים לב לעובדה שמדובר בחולצה שנמצאה לאחר שבועיים ימים בהם עמדה בחוץ והעדה מטעמה העידה, כי אין לדעת כיצד הדבר השפיע על פרופיל הDNA שנמצא עליה. עוד טוענת המשיבה בהקשר זה כי בניגוד לטענת המערער בדיקת החולצה העלתה כי זאיט נשלל במפורש ובאופן פוזיטיבי כבעל פרופיל הDNA שנמצא עליה, וכי העדה העידה על שגרת העבודה ולפיה הממצאים נשלחו להכללה ולבדיקה גם מול המאגר הכללי של ה-DNA.
6. המשיבה טוענת, כי לא התקיים כל מחדל חקירה גם בנוגע לבחינת אפשרות השיבוש בין זאיט לבני משפחתו באי חקירת אסיר העבודה באמצעותו התבצע הקשר. זכייה, אשתו של זאיט, מסרה בחקירתה במשטרה כי דיברה עם זאיט כשהיה במעצר באמצעות טלפון של עצור אחר בשם איברהים. בא-כוח המערער בחקירתו הנגדית את זאיט וזכייה לא ביקש פרטים נוספים אודות אותו איברהים ואף לא שאל אם אותו איברהים היה עד לשיחה האמורה ושמע את תוכנה.
7. באשר לעדות הילד מוסטפא– בית המשפט קמא התרשם מעדות שלמה ומלאה שהוסרטה, תורגמה ותומללה, והעריך גם בעצמו את מהימנות עדותו של מוסטפא. המשיבה סבורה כי בנסיבות אלו, חוות דעתו הכתובה של חוקר הילדים שהסתמכה על מה שיש בעדות, הינה בעלת משקל רב, חרף הטעות באי עימות הקטין עם גרסתו של המערער אף שהייתה כבר בפני החוקרים. לכן, בסופו של יום, צדק בית המשפט קמא שמצא לתת אמון באותה עדות.
8. בכל הנוגע לסתירה לכאורה שנמצאה בעדותו של זאיט בנוגע לפגישה עם השוטר יוני – הרי שגם אם מדובר בסתירה מדובר בפרט שולי בעדות, שאינו משליך על יסודות העבירה וליבת האירועים שבכתב האישום. המשיבה מצדדת אף בעמדת בית המשפט קמא שלא ראה בסתירה הלכאורית בין האיכונים לבין עדותו של זאיט נקודה מכרעת והנמקתו בעניין. אף על המניע עמד בית המשפט קמא והפנה לעדותם של מספר עדים ולכן אין אמת בטענת המערער כי לא הובאה ראיה לסכסוך כלשהוא בינו לבין המנוח.
9. אשר לגזר הדין – לעמדת המשיבה, בעניינו של המערער התקיימו שתי נסיבות מחמירות שלפיהן ניתן לקבוע, גם לאחר תיקון 137 לחוק כי המעשה שבוצע במקרה הנוכחי עולה כדי 'רצח בנסיבות מחמירות'. האחת – לפי [סעיף 300א(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a.a) שקובע כנסיבה מחמירה מצב שבו 'המעשה נעשה לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית'. בענייננו, הוכח כי המערער הגיע לזירה רעול פנים, מצויד באקדח, לבוש בכפפות וירה לפחות 19 כדורים לעבר המנוח כשהוא רודף אחריו. לשיטתה של המשיבה, אין ספק שנסיבות אלה עולות כדי רצח מתוכנן, וכי הכוונה להמית נשקלה באופן ממשי מראש. הנסיבה המחמירה השנייה – יסודה [בסעיף 300(א)(9)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a.9) שקובע כנסיבה מחמירה מצב שבו 'המעשה בוצע תוך יצירת סכנה ממשית לחייו של אדם אחר נוסף על הקורבן'. המערער סיכן באופן ממשי עוברי אורח אחרים ששהו במקום במהלך הירי והראיה שנפגעה מהירי עוברת אורח תמימה. מעבר לכך מפנה המשיבה [לסעיף 311א(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/311a.a) לחוק שקובע, כי גם במקרה בו לא התקיימה אחת מהנסיבות המפורטות 'בעבירה לפי סימן זה שדינה מאסר עולם ולא נקבע שהוא עונש חובה, רשאי בית המשפט להטיל מאסר עולם לתקופה בלתי קצובה או מאסר לתקופה שלא תעלה על שלושים שנים'. אשר לטענותיו של המערער בנוגע להשתת עונשי המאסר במצטבר – המשיבה מצדדת בקביעותיו של בית המשפט קמא והנמקותיו.

**דיון והכרעה**

1. אקדים את המאוחר - לאחר שעיינתי בנימוקי הערעור ובעיקרי הטיעון מטעם המשיבה, לאחר שמיעת טענות הצדדים בפנינו ולאחר שבחנתי את פסק הדין קמא ואת מסכת הראיות שבבסיסו ושקלתי את טענות הצדדים, הגעתי למסקנה כי דין הערעור להידחות. אפרט את נימוקיי להלן.
2. הדיון בערעור יתקיים לפי המתווה כדלקמן:
3. אפתח תחילה בבחינת טענותיו ה'מקדמיות' של המערער שמכוונות לסתירות לכאורה בחוות דעת השופטים, באופן שלגישתו אינו מאפשר את הרשעתו, כמו גם את טענתו כי הורשע בעבירה על בסיס עובדות שלא נטענו בכתב האישום ומבלי שניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן.
4. אמשיך ואבחן את טענותיו של המערער ביחס לראיות הנסיבתיות שהוצגו בפני בית המשפט קמא. בפרק זה אדון בטענות המערער למחדלי החקירה השונים כמו גם לאי הבאת ראיות ועדויות מטעם המאשימה, התנהלות שלגישתו צריכה הייתה להיזקף לחובת המאשימה, ושלטענתו בית המשפט קמא לא נתן לה את המשקל המתאים. לשם הנוחות, הדיון בפרק זה יחולק למספר חטיבות עובדתיות, בדומה לאופן בו ערך בית המשפט קמא את פסק-דינו, ואדון במקבץ הטענות הרלוונטיות של המערער לכל חטיבה.
5. אבחן את גרסת החפות שהעלה המערער בעדותו ובחקירותיו במשטרה ואתייחס לשאלה האם עלה בידיו לסדוק את חומת הראיות המפלילות באמצעות ראיות משל עצמו או על ידי מתן הסבר שבכוחו לעורר ספק סביר לגבי אשמתו.
6. אסיים בבחינת השגותיו של המערער כלפי העונשים שהוטלו עליו בגזר הדין.

ראשון ראשון ואחרון אחרון.

**פרק ראשון - הטענות ה'מקדמיות'**

1. בחינת הכרעת הדין מגלה, כי אין כל סתירה בין חוות דעת שופטי ההרכב. כולם, כאחד, הסכימו לחוות הדעת של השופט **סוקול** לפיה הוכח ע"י המאשימה, מעבר לכל ספק סביר, כי המערער ביצע את העבירות שיוחסו לו בכתב האישום. השופט **שרון נתנאל** הקדישה בחוות דעתה התייחסות לראיות שמצביעות **לכאורה על האפשרות** (כך כלשונה בסעיף 3 לחוות הדעת) של מעורבות זאיט באירוע, לא רק לאחר מעשה אלא גם לפניו, תוך שהיא במפורש נמנעת מלקבוע עובדתית כי אותה מעורבות התקיימה (וראו גם בהמשך אותו סעיף, בעמ' 50 לפסק הדין שם היא מציינת, כי "**מעורבות של זאיט באירוע (אם הייתה) ....".** אפשרות מעורבותו של זאיט בתכנון הרצח גם לא נעלמה מעיני השופט סוקול שהתייחס לאפשרות זו בפסקה 141 לפסק הדין. השופטת **בש**, לא ראתה קושי להצטרף לחוות דעת השופט **סוקול** כמו גם להערות השופטת **שרון נתנאל**, וברי שגם היא סברה כי לא מתעוררת מחלוקת ביניהם. ואכן – אין כל מחלוקת ואין כל סתירה. מציאת המערער כמי שאשם בדין בירי במנוח וגרימה למותו אינה עומדת בסתירה לאפשרות (לה **לא** שותפה המאשימה ושממילא לא הוכחה) לפיה זאיט, שסייע למערער לאחר שהגיע לחצרו (כמפורט בכתב האישום נגד המערער) היה מעורב עוד בשלב תכנון הרצח, והגעת המערער לחצרו לא הייתה בהפתעה.
2. עמדת המשיבה היא, כאמור, כי זאיט לא היה מעורב בתכנון הרצח. המשיבה אף ציינה כי גם אם סברה אחרת, אין די בראיות להוכיח זאת וכתב האישום שהוגש נגד המערער היה נותר כפי שהיה ולפיכך לא היה בכך כדי למנוע את משפטו של המערער ואת הרשעתו ברצח על פי העובדות שיוחסו לו בכתב האישום. [סעיף 85(4)](http://www.nevo.co.il/law/74903/85.4) ל[חוק סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law/74903) קובע כי יש לכלול בכתב האישום "**תיאור העובדות המהוות את העבירה בציון המקום והזמן במידה שאפשר לבררם"**. על כתב האישום להבהיר לנאשם את המעשים והעבירות המיוחסים לו. למרות הכלל שלפיו המשפט מתנהל במסגרת שמתווה כתב האישום, הרי נוכח "**משימת בירור האמת העומדת ביסוד תכליתו של ההליך הפלילי קבע המחוקק חריגים לכלל האמור**" (דברי השופטת [כתוארה אז] **ביניש** ב[דנ"פ 4603/97](http://www.nevo.co.il/case/5966542) **משולם נ' מדינת ישראל**, פסקה 3 [פורסם בנבו] (29.6.1998)). החריג שהמערער סבור שהוא רלוונטי לענייננו, קבוע בסעיף 184 ל[חוק סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law/74903):

"בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן; אולם לא יוטל עליו בשל כך עונש חמור מזה שאפשר היה להטיל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנטענו בכתב האישום."

1. העיקרון, שלפיו אין להרשיע נאשם אם לא ניתנת לו "**הזדמנות סבירה להתגונן**" יחול לא רק על הרשעה בעבירה אשר הנאשם לא הואשם בה מלכתחילה בכתב האישום, אלא גם על "**כל עניין המתעורר בהליך הפלילי וסופו להוביל למסקנה לחובת הנאשם**", לרבות קביעת ממצא עובדתי לחובתו בנושא שלא פורט כדבעי בכתב האישום (שם, בפסקה 4). בענייננו, כתב האישום מפרט את מעורבותו של זאיט באירוע כפי שהייתה ידועה למשיבה, מעורבות שבאה לאחר אירוע הירי והכניסה לחצר ביתו (סעיפים 9-10 לכתב האישום). המערער לא הואשם בקשירת קשר עם זאיט לרצוח את המנוח וגם לא ברצח בהתאם לכללי השותפות. המערער הואשם והורשע בכך שהוא עצמו ירה במנוח ורצח אותו בדיוק כפי המתואר בכתב האישום. בנסיבות אלו סבורני, כי לא נפל כל פגם בכתב האישום בכך שלא כלל התייחסות מפורטת יותר למעורבותו של זאיט באירוע וצדקה השופטת **שרון-נתנאל** בחוות דעתה (בפסקה 4) כשציינה, כי אין עסקינן במצב שדורש הפעלת החריג הקבוע [בסעיף 184](http://www.nevo.co.il/law/74903/184) ל[חוק סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law/74903). למעלה מן הצורך יצוין, כי המערער, בעיקרי הטיעון כמו גם בדבריו שנשמעו בפנינו בישיבת הדיון בערעור, לא טרח לנמק כיצד ניסוח כתב האישום בעניינו מנע ממנו מלהתגונן בפני חלקו בביצוע העבירה ולא הצביע באופן קונקרטי על נזק שנגרם לו כתוצאה מניסוח כתב האישום כפי שנוסח. לפיכך, מצאתי לדחות טענות אלו של המערער.

**פרק שני - טענותיו של המערער ביחס לראיות הנסיבתיות שהביאו להרשעתו**

**כללי**

1. פרק זה יוקדש לבחינת טענותיו של המערער ביחס לראיות הנסיבתיות שהוצגו בפני בית המשפט קמא ושהביאו להרשעתו כמו גם לטענות המערער למחדלי חקירה שונים והתנהלות של המאשימה שלגישתו צריכה הייתה להיזקף לחובתה, ובסופו של דבר להביא לזיכויו.

הדיון בפרק זה יתקיים לאורן של מספר הלכות.

1. בראש ובראשונה, ההלכה המושרשת לפיה ערכאת הערעור לא תתערב בקביעות עובדתיות ובממצאי מהימנות אשר נקבעו על ידי הערכאה הדיונית בהתבסס על התרשמותה מן העדים שהופיעו בפניה ומאותות האמת אשר נגלו במהלך מתן עדותם (ראו: [ע"פ 9352/99](http://www.nevo.co.il/case/6151033) **יומטוביאן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(4) 632, 645-643 (2000); [ע"פ 2977/06](http://www.nevo.co.il/case/5971479) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 4 לפסק דינו של השופט **א' א' לוי** והאסמכתאות שם [פורסם בנבו] (17.3.2008); [ע"פ 2202/08](http://www.nevo.co.il/case/5580529) **פסקו נ' מדינת ישראל**, פסקה 37 [פורסם בנבו] (7.3.2012); [ע"פ 5706/11](http://www.nevo.co.il/case/5594073) ‏**רון נ' מדינת ישראל**, פסקה 118 [פורסם בנבו] (11.12.2014); [ע"פ 7679/14](http://www.nevo.co.il/case/18653957) **זהאדה נ' מדינת ישראל**, פסקה 43 והאסמכתאות שם [פורסם בנבו] (15.8.2016); וכן [ע"פ 2854/18](http://www.nevo.co.il/case/23855492)  **משה נ' מדינת ישראל**, פסקה 47 [פורסם בנבו] (27.8.2019) ). על המקרים החריגים המצדיקים את התערבותה של ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים, ניתן למנות מקרים שבהם למשל מבוססים ממצאי הערכאה הדיונית על ראיות שבכתב. במקרים אלו לא נהנית הערכאה הדיונית מיתרון כלשהו בהתרשמותה מן הראיות על-פני ערכאת הערעור. מקרים חריגים נוספים בהם תתערב ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים הם: כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על שיקולים שבהיגיון; או כאשר נפלו טעויות מהותיות בהערכת המהימנות של העדויות על ידי הערכאה הדיונית; או כאשר מוצגות לערכאת הערעור עובדות ממשיות לפיהן לא היה באפשרותה של הערכאה הדיונית לקבוע את הממצאים שאותם קבעה (ראו: [ע"פ 193/14](http://www.nevo.co.il/case/11204104) **נסראללה נ' מדינת ישראל**, פסקה 20 [פורסם בנבו] (26.10.2014); [ע"פ 7590/11](http://www.nevo.co.il/case/5601782) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 20 [פורסם בנבו] (27.11.2013); [ע"פ 8279/11](http://www.nevo.co.il/case/5606389) **מור נ' מדינת ישראל**, פסקה 70 [פורסם בנבו] (1.7.2013); [ע"פ 4029/08](http://www.nevo.co.il/case/5778001) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 54 [פורסם בנבו] (10.7.2012); [ע"פ 6809/09](http://www.nevo.co.il/case/6084966) **מלינובסקי נ' מדינת ישראל**, פסקה 28 [פורסם בנבו] (31.3.2011)).

1. מהעובדה כי אין כל ראיה ישירה שקושרת את המערער לעבירות בהן הורשע, והרשעתו במסגרת הכרעת דינו של בית המשפט קמא מבוססת על מארג של ראיות נסיבתיות, קיימת הלכה נוספת שרלוונטית לדיון בפרק זה. ההלכה היא כי ניתן להרשיע נאשם בהסתמך על ראיות נסיבתיות בלבד. לצורך הרשעה, יש הכרח, כי המסקנה המפלילה תהיה המסקנה ההגיונית היחידה שעולה ממכלול הראיות הנסיבתיות. זאת, לאחר שבית המשפט בחן את מכלול הראיות ואת הסבריו של הנאשם וגרסתו העובדתית החלופית באספקלריה של ההיגיון, השכל הישר וניסיון החיים. ככל שקיימת גרסה עובדתית חלופית, שמועלית על ידי הנאשם או שמתגלה מהעובדות אשר הוכחו בפני בית המשפט, ממנה עולה מסקנה אפשרית אחרת מלבד המסקנה המרשיעה, יהיה די בכך לשם זיכויו מהאשמה המיוחסת לו. עם זאת, אין די בכך שתתקיים מסקנה חלופית דחוקה, תיאורטית או מופרכת, שיכולה לעלות מחומר הראיות, כדי להקים ספק סביר באשמתו של הנאשם – אלא נדרשת מסקנה חלופית סבירה שיש לה אחיזה בחומר הראיות (ראו: [ע"פ 2460/15](http://www.nevo.co.il/case/21008663) **ג'בארין נ' מדינת ישראל**, פסקה 51 [פורסם בנבו] (4.5.2016) ; [ע"פ 8823/12](http://www.nevo.co.il/case/5610097) **שבתאי נ' מדינת ישראל**, פסקה 19 [פורסם בנבו] (1.7.2014) ; [ע"פ 543/79](http://www.nevo.co.il/case/17937212) **מדינת ישראל נ' נגר**, פ"ד לה(1) 113, פסקה 17 (1980)).

בשיטת משפטנו, הדרך המקובלת ליישום העקרונות שמתוארים לעיל, בעת בחינתם של תיקים פליליים שמבוססים על ראיות נסיבתיות בלבד, היא באמצעות "המבחן התלת-שלבי". בשלב **הראשון** יש לבחון את מהימנות הראיה הנסיבתית כדי לקבוע אם ניתן להשתית עליה ממצא עובדתי. בשלב **השני** יש לבחון האם די בתמונה הכוללת שעולה מצבר הראיות הנסיבתיות כדי להסיק את המסקנה המרשיעה. בשלב **השלישי** והאחרון, מועבר הנטל אל הנאשם להציע הסבר סביר חלופי לצבר הראיות הנסיבתיות ([ע"פ 6392/13](http://www.nevo.co.il/case/8245382) **מדינת ישראל נ' קריאף**, [פורסם בנבו] (21.1.15)).

1. משהמערער מייחד בערעור זה כר נרחב להתנהלות המשיבה 1 ולמחדלי חקירה יש להזכיר גם את ההלכה שנוגעת למשמעות של העלאת טענות מסוג זה. נפקותם של מחדלי החקירה היא במישור הראייתי. עובדת קיומו של מחדל חקירה אין בה, כשלעצמה, להביא לזיכויו של נאשם. הבחינה היא האם מחדלי החקירה מקימים חשש כי הגנתו של הנאשם קופחה, מכיוון שנוצר לו קושי להתמודד עם חומר הראיות נגדו או להוכיח את גרסתו שלו (ראו: [ע"ם 173/88](http://www.nevo.co.il/case/17942914) **אסרף נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(1) 785, 792; [ע"פ 4226/11](http://www.nevo.co.il/case/5944971) **אבו חדיר נ' מדינת ישראל**, פסקה נב [פורסם בנבו] (15.2.2016); [ע"פ 5373/12](http://www.nevo.co.il/case/5571029) **אבורמד נ' מדינת ישראל**, פסקה 48 [פורסם בנבו] (15.4.2015)). המשקל הראוי שיש לתת למחדלי רשויות החקירה, נגזר מן הנסיבות הפרטניות של כל מקרה ומקרה, ויש לבחון האם בהתחשב בתשתית הראייתית שקיימת בתיק ובספקות הספציפיים אותם מבקש הנאשם לעורר, מגיע משקלם של המחדלים לכדי יצירת ספק סביר ([ע"פ 7066/13](http://www.nevo.co.il/case/8429477) **אלמליח נ' מדינת ישראל**, פסקה 81 [פורסם בנבו] (22.12.2015) ; [ע"פ 5386/05](http://www.nevo.co.il/case/6009110) **אלחורטי נ' מדינת ישראל**, פסקה ז(2) [פורסם בנבו] (18.5.2006)).
2. כאמור, הדיון בפרק זה יחולק למספר חטיבות עובדתיות, במסגרתן אדון במקבץ הטענות הרלוונטיות של המערער לכל חטיבה, לרבות טענותיו למחדלי החקירה שנפלו אל מול התשתית הראייתית המבססת את הממצא העובדתי הרלבנטי, אשר ביחס אליו טוען המערער כי נפגעה הגנתו.

**הגעת המערער למקום ביצוע הירי בסמוך לפני הירי**

1. המערער מלין על כך שבית המשפט קמא מצא לנכון לאמץ את גרסת ההסעה, היא הגרסה שמפלילה אותו, אותה מסר עמאר, על פני הגרסה הקודמת שמסר. לגישת המערער העובדה, כי עד זה מסר מספר גרסאות; נסיבות מסירת הגרסה המפלילה "**לאחר שאירעה הפסקת חשמל נטענת, אשר לגביה – לגבי עצם קיומה, לא הובאה ולו בדל ראיה**"; העובדה שהשחזור בוצע רק לאחר שעמאר שינה את גרסתו; היעדר מתן מענה לטענות ההגנה שהועלו בנוגע לגרסת המדובב; והעובדה כי עדותו של עמאר בבית המשפט "**לא תרמה דבר וחצי דבר תוכני, שהיה בו כדי לתרום לשאלה – לאיזו עדות להאמין**" הייתה צריכה להביא את בית המשפט קמא למסקנה כי גרסת ההסעה אינה מהימנה.
2. עיון בפסק-דינו של בית המשפט קמא מגלה, כי השגות אלו, שהעלה המערער, זכו למענה. בית המשפט קמא נימק כדבעי מדוע העדיף את גרסת ההסעה אותה מסר עמאר על פני גרסאות אחרות, ועמד על החיזוקים השונים לעדות זו: הליך השחזור וההובלה שביצע (פסקאות 34,36 לפסק הדין) והדברים שמסר למדובב שישב בתאו (פסקאות 27-30 ו- 35 לפסק הדין). ההסבר שמסר עמאר בהמשך חקירותיו במשטרה, לאחר שמסר את גרסת ההסעה, ולפיו מסר את הגרסה שמפלילה את המערער משום שאחד מהחוקרים ניצל את ההפסקה בחקירה שהתרחשה ביום 23.8.15 ואמר לו כי בנו חולה וכי אם יקשור את המערער לאירוע יוכל להשתחרר ולראות את בנו - היה מלכתחילה הסבר דחוק. בתחילה אמר עמאר, כי אחד מהחוקרים הוא זה שאמר לו להפליל את המערער (החקירה מיום 30.8.15 - ת/207) בהמשך, טען כי מדובר היה בחוקר או שוטר (בחקירה מיום 2.9.2015 – ת/208) . הגם שניתנה לעמאר הזדמנות להסביר את הסתירות בין הגרסאות שהעלה בעדותו בבית משפט קמא, עדותו רק חיזקה את המסקנה לפיה הגרסה המפלילה, במסגרתה הודה כי הסיע את המערער היא הגרסה הנכונה. עמאר לא הגיע לישיבה הראשונה אליה זומן (ביום 14.2.2017) והתייצב רק למחרת (15.2.2017). בתחילה טען שלא זוכר והכל רשום בחקירות, וכי כל מה שאמר אמת (הגם שכאמור מדובר בשתי גרסאות שמנוגדות זו לזו). לאחר שהוכרז כעד עוין, שב לגרסה לפיה לא הסיע את המערער, טען כי שוטר שאינו מכיר אמר לו לומר את הדברים לאחר שסיפר לו שהבן שלו חולה, והוסיף חידוש נוסף – שאותו שוטר גם מסר לו שאביו במצב קשה (ראו בעמ' 769 לפרוט'). בעוד שאותו חידוש נוסף, שאותו טען לראשונה לפני בית המשפט קמא, עלה יש מאין בזיכרונו של עמאר, לגבי כל היתר לקה בשכחה – העיד כי אינו זוכר שסיפר דבר למדובב (או בכלל שהיה מישהו נוסף אתו בתא המעצר), אינו זוכר שיצא לשחזור עם השוטרים, ואינו זוכר שהצביע בפניהם היכן ירד המערער מהרכב (עמ' 770 לפרוטוקול). זאת ועוד, את הגרסה המפלילה, מסר עמאר בפני המדובב המכונה אלסייד שישב בתאו מיום 20.8.2015 ועד ליום 23.8.2015 (ההסכם עם המדובב מיום 20.8.2015 צורף כמוצג ת/303. לעדות המדובב בקשר לימים בהם ישב בתאו של העד ראו עמ' 1158,1162 ו-1178 לפרוט'). בשיחה, שתמלולה צורף כמוצג ת/209ג2 עולה כי עמאר שיתף את המדובב בכך שהשוטרים חושדים בו כי הסיע את היורה למקום האירוע ובין היתר אומר כי מי שביצע את הירי זה "**קרוב משפחה של אבא שלי**" (שם, עמוד 12 שורה 4). בהמשך שיחתם, בתמלול שצורף כמוצג ת/209ג3, עולה כי עמאר שיתף את המדובב בגרסה שמפלילה את המערער ולא חסך בפרטים על הנסיבות בהן נתן למערער טרמפ באותו היום, היכן ישב המערער ברכבו ואף על מורת רוחו מהתנהלות המערער:

"אם הוא גבר היה אומר למשטרה אני רק ביקשתי ממנו טרמפ, והוא לא ידע כלום, אבל לא תדע הוא גבר או מה, אני לא יודע מה התרחש שם".

1. בית המשפט קמא, בפסק-דינו, יצא מנקודת הנחה כי השיחה של המדובב עם עמאר, שתמלולה צורף כמוצג ת/209ג2, כמו גם זאת שאחריה, ת/209ג3 (להלן: **שיחות ההפללה**) התקיימו ביום 23.8.202015 (ראו בפסקאות 27-28 לפסק הדין), כנראה משום שבחלק העליון של תמליל השיחות נרשם 23.8.2015. אלא שתאריך זה (23.8.2015) מופיע על גבי **כל** תמלולי השיחות שהוגשו (ת/209ג1' – ת/209ג'5) וזאת הגם שברור מתוכנן שהשיחות נערכו בימים שונים. מכאן, התאריך שמצוין עליהם לא יכול לייצג נכונה את המועד בו התקיימה כל שיחה. בהקשר זה העיד המדובב, כי שיחת ההפללה הראשונה שבה עמאר שיתף אותו בכך שהסיע את המערער (השיחה שתמלולה צורף כמוצג ת/209ג2), נערכה ביום 21.8.2015 בערב אחרי שעמאר נחקר (ראו בעמ' 1166 לפרוט'). עדות המדובב בעניין זה עולה בקנה אחד עם תכני השיחות שכן מהשיחה שתמלולה צורף כת/209ג4 עולה כי היא מאוחרת לשיחות ההפללה שתמלולן צורף כת/209ג2 ו-ת/209ג3 (ראו לדוגמא בעמ' 2 לתמליל 209ג4 ממנו עולה, כי המדובב נחשף קודם לכן לגרסת עמאר כי הסיע את המערער) וכי היא התקיימה ביום שבת בבוקר (כך מעמ' 1 לתמלול). יום שבת היה ה-22.8.2015. מכאן ברור כי עמאר בשיחותיו עם המדובב הפליל את המערער, כמי שאותו הסיע לזירת האירוע סמוך לפני הירי, עוד לפני אותה חקירה שהתקיימה ביום 23.8.2015 ושנקטעה בעקבות אותה הפסקת חשמל. זאת ועוד, גם אם היינו קובעים כי כל אותן שיחות שהתקיימו בין עמאר למדובב שצורפו כמוצגים ת/209ג2-ת/209ג5 התקיימו דווקא ביום 23.8.2015, היום האחרון לישיבת המדובב עם עמאר בתא, ואחרי אותה חקירה (הגם שכאמור הדבר לא עולה בקנה אחד עם תכני התמלולים, עם עדות המדובב ואף לא עם השכל הישר) - נשאלת השאלה אם רצה עמאר לרצות את אותו שוטר עלום שכביכול הבטיח לו כי ישוחרר תמורת הפללת המערער על מה ולמה שישטח את אותה גרסה, שקרית כביכול, גם בפני חברו לתא? איזו טובת הנאה יפיק מכך? עמאר כאמור לא ניסה ליישב את הדברים בחקירתו בבית המשפט אלא טען שאינו זוכר כלל שהיה מישהו נוסף עמו בתא (עמ' 769 לפרוטוקול), בדומה לגרסה שמסר בחקירתו לאחר שחזר בו מגרסת ההסעה (אז מסר שכלל לא פגש במדובב – הודעה מיום 7.9.2015 מוצג ת/209). העובדה כי המדובב, שהעיד בבית המשפט קמא, נכח בתאו של עמאר וכי עמאר מסר לו את הדברים הוכחה לפני בית המשפט קמא באמצעות ההסכם בין המדובב לבין המאשימה (ת/303), עדות המדובב בבית המשפט קמא וכמובן תמלילי השיחות בין השניים (ת/209ג'-ת'209ג5). בא-כוח המערער, הן בהודעת הערעור, הן בנימוקי הטיעון מטעמו, הן בדבריו בדיון שלפנינו לא פירט מהן אותן טענות שהעלה המערער בנוגע לגרסת המדובב "**בנוגע למועד כניסת המדובב לתא והן בכלל**" שלא קיבלו מענה במסגרת פסק-הדין. העובדה שהחקירה מיום 23.8.2015 הופסקה בגלל הפסקת חשמל באה לידי ביטוי בהודעה שנגבתה (בעמוד 2 שורה 10-12 לת/205) וממילא לא ברור איזו הוכחה נוספת לכך דורש המערער ולשם מה (שהרי אין חולק כי עמאר היה עצור תקופה ממושכת ונחקר במספר הזדמנויות שונות, כך שהימצאותו גם מחוץ לחדר החקירות אינה שנויה במחלוקת). בנסיבות אלו, אין לתמוה על כך שבית המשפט קמא נמנע מלתת אמון בגרסת עמאר בבית המשפט ומצא כמהימנה את גרסת ההסעה, גרסה אותה מסר גם בשיחותיו עם המדובב (שהוקלטו ותומללו) ובמסגרתה קשר את המערער למעשים שמיוחסים לו כמו גם לזירת האירוע ואף מיקם אותו במקום אחר עליו העיד. מדובר בממצאי מהימנות ועובדה מובהקים, שנקבעו על סמך התרשמות בית המשפט קמא מהעדים שלפניו (ביניהם עמאר והמדובב). בכגון דא, כללי ההתערבות בממצאי הערכאה הדיונית חריגים ביותר (ראו למשל [ע"פ 7595/03](http://www.nevo.co.il/case/6237781) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט (1) 1, 12 (2004)), ולא מצאתי כי אלו מתקיימים לפנינו.

**מסלול הבריחה של המערער ממקום הירי ועד לבית משפחת זאיט**

1. כאמור, העדות המרכזית על מסלול הבריחה של המערער ממקום הירי ועד לבית משפחת זאיט, היא עדותו של חמאדה. חמאדה הציג לא פחות מ-3 גרסאות שונות, בפרקי זמן שונים. בתחילה, בחקירותיו במשטרה ובדבריו בפגישה עם אחיו של המנוח, אניס עמאש, המכונה טיטו (להלן: **טיטו**), פגישה אותה יזמו החוקרים כחלק מתרגיל חקירה שנועד לצורך בחינת אמינות גרסתו של חמאדה ושהדברים שנאמרו בה הוקלטו ע"י החוקרים (מוצגים ת/86 ות-251) - הציג גרסה שמפלילה את המערער ומזהה אותו כאותו רעול פנים שברח מזירת הירי והגיע לביתו של זאיט (להלן: **הגרסה המפלילה**). בהמשך, בבית המשפט, הציג גרסה שונה ולפיה רעול הפנים שהגיע מכיוון זירת הירי לביתו של זאיט היה זאיט עצמו. במעצרו בחשד למעורבות ברצח של אחר, מסר חמאדה למדובב גרסה שלישית, ממנה ניתן להבין כי הוא עצמו ירה במנוח. בית המשפט קמא דן בהרחבה בגרסאותיו השונות של חמאדה ונימק כדבעי מדוע בחר להעדיף את הגרסה הראשונה, זו שנמסרה במשטרה ומחוץ לכותלי בית המשפט על פני הגרסאות המאוחרות. נימוקים אלו נשענו על התרשמות ישירה מהעד בבית המשפט ואופן מסירת עדותו: כך לדוגמא, בעוד שחמאדה העיד בבית המשפט קמא כי מיד לאחר שראה את רעול הפנים מוריד את כיסוי הפנים והתגלה לו כי מדובר בזאיט, זאיט איים עליו להגיד שראה את המערער ולא אותו, שאחרת **"אני אהרוג אותך ואהרוג את המשפחה שלך**" (עמ' 800 לפרוטוקול) – חמאדה סירב להעיד בנוכחות קהל וסירב להעיד גם בנוכחות המערער. בית המשפט קמא מצא כי אילו גרסת האמת הייתה כי רעול הפנים היה זאיט, לא היה העד חושש מלמסור את העדות בפניו של המערער אלא להיפך (ראו בסעיף 70-71 לפסק הדין). נימוקים אלו נשענו גם על העובדה שהמניע אותו העלה חמאדה למסירת עדות מפלילה נגד המערער (כביכול לאור איומי זאיט) לא התיישב עם התנהלותו של חמאדה בעת מסירת גרסתו הראשונה שמפלילה את המערער . כך לדוגמא, בית המשפט קמא עמד על כך שחמאדה לא שש לספק את הגרסה המפלילה נגד המערער בחקירותיו (וזוהי אינה התנהגות התואמת את הגרסה לפיה ביקש להפליל את המערער לבקשתו של זאיט) ומנגד קשר באותן חקירות (בהן מסר את הגרסה שמפלילה את המערער) את זאיט לאירוע וזאת ללא כל היסוס. חמאדה באותן חקירות הצביע על זאיט כמי שסייע למערער לאחר מעשה (בין השאר סיפר כי המערער נכנס לביתו של זאיט כדי להתרחץ ולהתגלח; סיפר כי זאיט סייע למערער ליצור קשר עם האדם שאסף אותו; כי זאיט מסר את חולצתו של המערער לבנו מוסטאפה על מנת שיסתיר אותה. באחת מההודעות, ואף בדבריו לטיטו, מסר חמאדה כי היה זה זאיט שהסיע את המערער למקום האירוע). בנוסף, באחת מהודעותיו במשטרה (הודעה מיום 13.8.15 - ת/252א') מסר כי בתחילה חשש לספר את האמת כיוון שפחד גם מהנאשם וגם מזאיט. אז סיפר כי זאיט אינו מוכר כעבריין אולם **"יש לו גב".** אם היה חמאדה מאוים באותו העת ע"י זאיט (כפי שטען בבית המשפט) לא היה מספר בחקירתו במשטרה כי הוא מפחד ממנו. בעדותו בבית המשפט חמאדה הכחיש את המפגש בינו לבין טיטו (עמ' 802 לפרוט'), גם לאחר שהושמעה לו הקלטת השיחה טען שכלל לא שוחח עמו (עמ' 824-825 לפרוט') וזאת חרף העובדה שגם ב"כ המערער אינו חולק על כך שאותה שיחה התקיימה וחמאדה אחד מהדוברים בהקלטה שהושמעה (עמ' 826-827 לפרוט'). מטעמים אלו, דחה בית המשפט קמא את ההסבר שהעלה חמאדה לפיו הגרסה המפלילה נולדה בשל איומים מצדו של זאיט, וקיבל את הגרסה המפלילה כגרסה המהימנה מבין גרסאותיו של עד זה.
2. בערעור שלפנינו המערער אינו טוען כלפי השיקולים שהנחו את בית המשפט קמא למסקנה זו. הוא אינו מלין על ה'יש' שבהנמקת בית המשפט קמא בעניין זה אלא על ה'אין'. טענתו היא כי בעקבות עדותו המפתיעה של חמאדה בבית המשפט היה מוטל על המשיבה, המאשימה, לזמן לעדות נוספת את זאיט על מנת שיתייחס לגרסה זו (לפיה הוא היה רעול הפנים והוא איים על חמאדה ודרש ממנו להפליל את המערער), משלא עשתה כן הדבר "**חייב לפעול לטובתו של המערער"** ובית המשפט קמא לא שיקלל מחדל זה של המאשימה במסגרת שיקוליו.
3. המשיבה מצידה גורסת כי לא נפל כל מחדל באי הזמנת זאיט לעדות נוספת לאחר שנשמעה עדותו של חמאדה בבית המשפט וכי אילו סבר המערער כי היה זה חיוני להביא את זאיט לעדות חוזרת באותו שלב, היה יכול וצריך לבקש זאת, כפי שעשה ביחס לעדים אחרים.
4. בדיון לפנינו, בניסיון להבין מבא-כוח המערער מדוע לא ביקש לזמן את זאיט לעדות נוספת לאחר שחמאדה מסר את גרסתו החדשה בבית המשפט (בפרט כשבמקרים של עדים אחרים ידע באופן אקטיבי לזמן אותם מחדש לאחר שכבר העידו ואף לאחר שחמאדה מסר את עדותו ציין כי אם המשיבה תבקש לחזור ולהעיד את זאיט הוא מסכים לכך) הסביר, כי:

"אין זה מתפקידו של סניגור לעשות זאת" ו'יצאתי מנקודת הנחה שאם בית המשפט והפרקליטות לא ימלאו תפקידם בנקודה זו הדבר יבוא לטובתי'..."

(עמ' 5 לפרוטוקול).

1. עם כל הכבוד, לא אוכל לקבל הסבר זה. בא-כוח המערער לא הצביע על מקור נורמטיבי ממנו נלמד כי במהלך ניהול ההליך הפלילי מוטל על המאשימה הנטל להביא לעדות נוספת עדים שכבר נשמעו, כעדי הזמה, כל פעם שעד שמעיד מטעם המאשימה מחליט לחזור בו מגרסתו במשטרה ולמסור עדות חדשה שקושרת את אותם עדים למעשים שמיוחסים לנאשם. יש להבחין בין שלב החקירה לבין השלב בו כבר הוגש כתב אישום וההליך מתנהל בבית המשפט. בעוד שבשלב החקירה רשויות אכיפת החוק שולטות באופן חד צדדי בהליך, ועל כן חלה עליהן חובה לדאוג לכל מהלכי החקירה (כך שאי הזמנת עדים חיוניים רובצת לפתחה של המאשימה), בשלב ניהול המשפט מלוא חומר החקירה פרוס בפני הנאשם וכל צד יכול לבקש מבית המשפט לצוות על התייצבותו של אדם לעדות או להמצאת מסמכים (מכוח הוראות [סעיף 106](http://www.nevo.co.il/law/74903/106) ו-[108](http://www.nevo.co.il/law/74903/108) ל[חוק סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law/74903) בהתאמה). לפיכך, לגישתי, לא מדובר במחדל של המשיבה. מדובר ב'הימור' של בא-כוח המערער. לא מן הנמנע שסבר, כי די בעדותו של חמאדה בבית המשפט קמא כדי לעורר אמון של הערכאה הדיונית באותה גרסה חדשה שלו באופן שלא יאפשר את העדפת גרסתו הראשונה והמפלילה על פניה, מה שיביא את בית המשפט קמא לזקוף לחובת המשיבה את אי עימותו של זאיט עם אותה גרסה חדשה שלא הופרכה, מה גם שאין לדעת מה יאמר זאיט בעדותו הנוספת שמא יחזור על גרסתו ויחזק בכך את האימון בה. אלא שה'הימור' נכשל. בית המשפט קמא לא נתן אמון בגרסה החדשה שהשמיע לפניו חמאדה ונימק זאת כדבעי. במאמר מוסגר אציין, כי גם אם היה ניתן לראות באי הזמנת זאיט לעדות נוספת כ'מחדל חקירה' (וכאמור איני סבור כי מדובר כלל ב'מחדל' וממילא גם אם היה זה מחדל הוא לא התקיים בשלב ה'חקירה') הרי שגם במקרים בהם נמצא, כי מתקיים מחדל חקירה באי גביית הודעה של עד כזה או אחר, מקום בו יש לנאשם אפשרות לבקש לזמן את אותו העד כעד הגנה מטעמו והוא בוחר שלא לעשות כן ללא סיבה מוצדקת – נפסק בעבר כי יש בכך במידה רבה כדי להקהות מעוצמתו של אותו מחדל חקירה (ראו למשל [ע"פ 7606/11](http://www.nevo.co.il/case/6247913) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 34 [פורסם בנבו] ( 25.2.2013)).
2. מטעמים אלו סבורני כי אין מקום להתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי בית המשפט קמא על בסיס הגרסה המפלילה את המערער אותה מסר חמאדה ושנמצאה על ידי בית המשפט קמא מהימנה, על פני גרסאותיו האחרות.

**הגעת המערער לביתו של זאיט**

1. בית-משפט קמא הקדיש פרק נרחב בפסק-דינו (כעשרים עמודים) לניתוח הראיות והעדויות שנוגעות להגעתו של המערער לבית משפחת זאיט ומעשיו שם. מדובר בניתוח עדויות של לא פחות משישה עדים שנכחו בחצר הבית ( זאיט עצמו, אשתו זכייה, אמו פאוזייה, גיסתו סובחיה, אחותו מאגדה ובנו מוסטפא). בית-משפט קמא היה ער לתהיות שונות שעלו מגרסאות העדים, לסתירות שעלו ביניהן, כמו גם לעובדה כי בני המשפחה נמנעו בתחילה מלספר על האירוע בחצר הבית ובעיתוי זהה שינו כולם את עדותם וסיפרו את הגרסה שמפלילה את המערער. בסופו של דבר מצא בית-משפט קמא כי לא פחות מארבעה מבני המשפחה (זאיט, אמו, אחותו ובנו) זיהו בוודאות את רעול הפנים, לאחר שהסיר את כיסוי הפנים, והעידו כי היה זה המערער, שלהם היכרות מוקדמת עמו. בית-משפט קמא מצא, כי גרעין עדותם של בני המשפחה היה אחיד, כי הסתירות שנמצאו בעדויות לא פוגעות במהימנות "גרעין האמת" וכי העדויות השונות מחזקות זו את זו, וזאת בנוסף לחיזוקים שונים נוספים שנמצאו להם (במחקרי תקשורת ובעדויות בדבר הסרת מצלמות האבטחה, עליהם אעמוד בהמשך). בית-משפט קמא מצא, כי מרבית הסתירות אינן מלמדות מאום על מהימנות הגרסאות ( פסקה 117 לפסק הדין) ומקום שמצא, כי מדובר בסתירה שמחייבת מתן הסבר, עמד ופירט את ההסבר לאותה סתירה (כך בקשר לנוכחותה של זכייה, אשתו של זאיט – ראו בפסקאות 119-120 לפסק הדין) כמו גם על המניע שהביא את בני המשפחה לשנות את גרסתם הראשונה ולמסור את הגרסה המפלילה (פסקאות 134-135 לפסק הדין), גרסה אותה מצא כגרסה שלא תואמה בין הצדדים (פסקה 136 לפסק הדין).
2. במסגרת הליך זה אין מקום לדון ולנתח מחדש את כל העדויות ולבחון כל אי התאמה שעולה מתוכן. גם בא-כוח המערער לא סבור אחרת וטענתו בהקשר זה היא טענה כללית ולפיה בית המשפט קמא שגה באופן בו התייחס לסתירות שהתגלו בין עדי התביעה אל מול הסתירות שהתגלו בין עדי ההגנה (ראו עמוד 5 לעיקרי הטיעון). כידוע:

"לא כל עד שמשקר או טועה בחלקים מעדותו, יש לקבוע כי אינו דובר אמת בגרסתו המרכזית, ומכאן מלאכתה של הערכאה הדיונית, לבור את התבן מן הבר, ולעיתים, כשיש צורך, אף להשתמש בכלל של "פלגינן דיבורא" ([ע"פ 511/11](http://www.nevo.co.il/case/5706940) **מריסאת נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] (14.3.12)).

1. בענייננו, בית המשפט קמא היה מודע לכך שזאיט ובני משפחתו, שמסרו תחילה את גרסתם במשטרה, מסרו גרסה שאינה קושרת את המערער למעשים (ובכלל הכחישו את הגעת המערער לחצר הבית) ושינו גרסתם רק בהמשך, ביום 13.8.2015, ולאחר שהמנוח מת מפצעיו, ובחן גרסאותיהם בזהירות. הדיון יתמקד בטענות המערער למחדלי חקירה שלגישתו התקיימו במקרה דנן והביאו את בית משפט קמא לתת אמון לא מוצדק בגרסאות בני משפחת זאיט. ראשית אדון במחדל חקירה המכוון לאפשרות של תיאום גרסאות בין בני המשפחה; בהמשך אדון במחדל חקירה בנוגע לקביעת מהימנות הקטין מוסטפא ע"י חוקר הילדים; ולבסוף אדון במחדלי חקירה שנוגעים למקום הימצאותו של זאיט.
2. המערער סבור, כי התקיים בעניינו מחדל חקירה שבא לידי ביטוי בהיעדר בחינה מספקת של האפשרות לשיבוש או תיאום עדויות בין זאיט לבני משפחתו – כאמור, אין חולק כי גרסאות בני משפחת זאיט (לרבות זאיט עצמו) השתנו באחת, ביום 13.8.2015, שאז החלו למסור את גרסאותיהם שמפלילות את המערער (כשלפני כן מסרו גרסאות שמנקות את המערער כמו גם את זאיט מכל חשד). אין גם מחלוקת שהשינוי בגרסת בני משפחת זאיט חל רק לאחר שזכייה, אשתו של זאיט, קיבלה "אור ירוק" לכך מאת זאיט, ובעת שהאחרון היה במעצר (ראו בעמ' 222 לפרוט'). זכייה, אשתו של זאיט, העידה במשטרה כי שוחחה עם זאיט באותו המועד באמצעות אסיר עבודה ששהה עם זאיט במעצר וכי נפגשה עם זאיט בתחנת המשטרה. באותה הודעה במשטרה מסרה זכייה כי שוחחה עם אסיר עבודה בשם איברהים, שהעביר את השיחה לבעלה זאיט וזה אמר לה לשלם למשפחתו של אותו איברהים. לטענתה לא תיאמו גרסאות ורק שוחחה עמו על המשפחה והילדים ואמרה לו "**שיפתח על הכול ויגיד את האמת"** (ת/234). לדבריה, בפגישה עם זאיט בתחנת המשטרה רק ראתה אותו והשוטרים אישרו להם להתחבק אך לא שוחחה עמו (עמ' 519 לפרוטוקול). בית המשפט קמא ציין בפסק-דינו כי אין עדויות נוספות אודות השיחות שבין זאיט לאשתו זכייה והאם כללו ניסיון כלשהו לתיאום גרסאות ושלל את האפשרות כי מדובר בגרסאות שתואמו משנמצאו בהם פרטי לוואי רבים; הגרסה שמפלילה מורכבת ממספר רב של פרטים ולכן לא ייתכן שלחישה במהלך חיבוק או שיחה בבית מעצר באמצעות אסיר עבודה תכלול את כל פרטי הגרסה הנטענת, וכן עמד על המניע לשינוי הגרסאות באותו המועד (לאחר שהתברר כי המנוח מת מפצעיו ו"**מרגע זה השתנו החשדות, שונו העבירות המיוחסות למעורבים, והיה ברור לכל מהי המשמעות של הסתרת האמת**" – פסקה 134 לפסק הדין). לטענת המערער, בנסיבות אלו, על המשטרה הייתה מוטלת החובה לנסות ולאתר את אותו אסיר עבודה אברהים ולשאול אותו איזה מידע ביקש זאיט להעביר לאשתו או לבני משפחתו.
3. נכון הייתי לקבל את טענת המערער כי מדובר במחדל חקירה בעל משקל לו היו המעורבים (זאיט ואשתו) מעידים, כי העבירו מסרים באמצעות אותו אברהים שתיווך בין השניים. אלא שזה לא המצב. כעולה מהודעת זכייה במשטרה, במענה לשאלה פתוחה שנשאלה העידה ששוחחה עם זאיט כשהיה במעצר באמצעות **טלפון** שהיה ברשותו של אותו אסיר או עצור אחר בשם איברהים ( ת/234א בעמוד 15-16). זכייה חזרה על כך גם בעדותה בבית המשפט (בעמודים 512-513 לפרוטוקול) כך העיד גם זאיט שמדובר היה בשיחה **טלפונית** (בעמוד 222 לפרוטוקול). בנסיבות אלו, אף בא-כוח המערער, בחקירתו הנגדית את זאיט ואת זכייה, לא טרח לברר עמם פרטים נוספים אודות אותו איברהים בעל הטלפון ואף לא שאל את השניים האם איברהים היה עד לשיחה האמורה ושמע את תוכנה (ראו בעמ' 115-220 לפרוט' בכל הנוגע לחקירת זאיט בנושא ובעמודים 512-513 לפרוטוקול בכל הנוגע לחקירת זכייה). הגם שהמשיבה 1 יכולה הייתה לבצע פעולות חקירה אפשריות בנושא זה (להתחקות אחר זהותו של אותו איברהים ולברר עמו אם שמע במקרה את תוכנה של השיחה, או לחילופין לנסות ולברר זאת עם עצורים אחרים באותו התא) אי ביצוע פעולה זו לגישתי אינו בגדר מחדל חקירה. חקירה פלילית איננה "תכנית כבקשתך" ולנאשם אין זכות קנויה באשר לאופן בו המשטרה מכלכלת את צעדיה ומקצה את משאביה החקירתיים (ראו [ע"פ 9306/20](http://www.nevo.co.il/case/27292055) **מארון ברגות נ' מדינת ישראל**, פסקה 16 [פורסם בנבו] (29.4.21)). יפים לעניין זה דברי השופט **י' עמית** ב[ע"פ 2796/15](http://www.nevo.co.il/case/20244333) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 20 [פורסם בנבו] (8.2.2018) :

"בכל תיק קיימות אינסוף פעולות שניתן לבצע בכיווני חקירה שונים, כך שהמלאכה מרובה, והפועלים אינם עצלים אך המשאבים מוגבלים. שיקול הדעת מסור לגורמים שמנהלים את החקירה, אך האחריות הכבדה המוטלת עליהם מחייבת אותם לעשות מאמץ ניכר כדי לרדת לחקר האמת ולהימנע מקיבעון מחשבתי".

1. בשים לב לעדויות כי בשיחה טלפונית עסקינן, כשאף ב"כ המערער המלומד לא העלה בדעתו, במסגרת חקירתו הנגדית את המעורבים, לנסות ולברר זהותו של בעל הטלפון (אותו איברהים) וחשוב מכך – האם היה עד לשיחה ושמע באופן כזה או אחר את תוכנה, לא מצאתי כי במחדל חקירה עסקינן ממנו זכאי המערער להיבנות.
2. המערער סבור כי התקיים בעניינו מחדל חקירה שבא לידי ביטוי בגביית עדותו של מוסטפא – מוסטפא, בנו בן ה-9 של זאיט, שנכח במועד הגעת המערער לבית משפחת זאיט , מסר גרסה מפורטת בפני חוקר הילדים, מר אשרף חדד, במסגרתה אף פירט את חלקו שלו בפרשה (כמי שלבקשת אביו זאיט נטל את חולצת המערער ונפטר ממנה. בהמשך, אף ביצע הובלה של השוטרים למקום השלכת החולצה שאכן נמצאה ואין חולק כי שימשה את היורה). בית המשפט קמא מצא, על סמך עדותו של חוקר הילדים והתרשמותו ממוסטפא, כמו גם שאר העדויות, כי עדותו של מוסטפא היא עדות מהימנה. לגישת המערער, מסקנה זו אינה מוצדקת, לאור מחדל חקירה שבא לידי ביטוי בכך שחוקר הילדים ערך את הערכת המהימנות (ת/160) מבלי שגרסת המערער הייתה לפניו ולכן לא יכול היה לעמת את מוסטפא עמה. לטענת המערער, חוקר הילדים, בעדותו בבית המשפט קמא, העיד כי לאור מחדל זה אין כל ערך להערכת המהימנות המופיעה בחוות דעתו – ובית המשפט קמא התעלם מכך, או לכל הפחות נתן משקל אפסי לעדות חוקר הילדים בהקשר זה, ובכך שגה.
3. עיון בעדות חוקר הילדים כפי שבאה לידי ביטוי בפרוטוקול הדיון בבית המשפט קמא מעלה כי הוא לא העיד כי לאור החסר האמור **"אין כל ערך להערכת המהימנות המופיעה בחוות דעתו**", כגרסת בא-כוח המערער – אך הוא בהחלט לא הקל ראש במחדל האמור ובהשלכותיו. חוקר הילדים העיד כי בהינתן שהחשוד מסר גרסה קיימת חובה על חוקר הילדים להציב בפני הקטין הנחקר את אותה גרסה ולעמת אותו עמה וזאת כדי להגיע לממצאי מהימנות של עדותו (ראו בעמודים 258-259 לפרוטוקול). במקרה דנן, הסביר חוקר הילדים, גרסת המערער לא הועברה לו על ידי גורמי החקירה ולכן לא שאל את הקטין בנוגע אליה (עמוד 259 לפרוטוקול). הערכת המהימנות שערך מתייחסת לדברי הילד שנמסרו בחקירתו, ללא התייחסות לגרסת המערער (לגביה לא נשאל) ולא מן הנמנע כי אם הילד היה נותן תשובות לא מספקות לאותה גרסה היה בכך כדי לשנות את הערכת המהימנות שערך (עמוד 260 לפרוטוקול). מקריאת עדות חוקר הילדים נראה שאין דרך לייפות את המציאות – מדובר במחדל חקירה.
4. בית המשפט קמא היה ער למחדל זה ולא התעלם ממנו (ראו בפסקאות 103 ו-107 לפסק הדין). עם זאת, בית המשפט קמא התמקד ב"יש" - בהערכת המהימנות, שנערכה בהתאם לדברים שמסר מוסטפא ( ללא התייחסות לגרסת החשוד) ושבמסגרתה עמד חוקר הילדים על כך שלא התרשם ממגמת הפללה, ובנימוקיו (סעיף 103 לפסק הדין עמוד 260 לפרוטוקול); בעובדה שמוסטפא עומת עם אחת מגרסאותיו של אביו ולפיה זכייה, אמו, לא הייתה נוכחת במכולת ולמרות שנאמר למוסטפא כי זו גרסת אביו עמד על שלו והדגיש כי אמו ישבה ליד המכולת – ובכך יש לחזק את ההנחה כי מוסטפא לא דקלם דברים שאמר לו אביו, אלא סיפר את שאירע מזיכרונו (פסקה 104 לפסק הדין); ובהלכות לפיהן הערכת המהימנות של חוקר הילדים אינה באה במקום הכרעת בית המשפט ואינה כובלת את בית המשפט, שלו הסמכות היחידה לקבוע את ממצאי המהימנות (פסקה 105 לפסק הדין).
5. המשיבה, מצדדת בקביעות בית המשפט קמא ונימוקיו ואף מפנה להלכה לפיה אין מניעה שבית המשפט יקבע את ממצאי המהימנות גם כאשר חוקר הילדים מתקשה בכך (לדוגמא [ע"פ 4818/16](http://www.nevo.co.il/case/21475923) **פלוני נ' מדינת ישראל,** [פורסם בנבו], 9.1.18).
6. כפי שבית המשפט קמא ציין בהכרעת דינו, חוות דעתו של חוקר הילדים בדבר מהימנותו של הנחקר הינה כלי חשוב, שמסייע לבית המשפט בהערכת מהימנותו של קטין, אשר לא העיד בפניו, אך בסופו של יום, ההחלטה בשאלת המהימנות ומשקלה של עדות הילד לפני חוקר הילדים, מסורה לבית המשפט. קיימים אף מקרים, חריגים יחסית, בהם חוקר הילדים מוצא קושי להעריך את מהימנות דבריו של הקטין – ובית המשפט מתמודד עם אותו קושי ובסופו של דבר מוצא לנכון כי עדותו של הקטין לפני חוקר הילדים הייתה מהימנה ויש לתת לה משקל מלא. דומני שלא צריכה להיות מחלוקת, כי קביעת בית משפט באשר למהימנות ומידת האותנטיות של גרסת קטין לפני חוקר הילדים, באופן ששונה מהתרשמות חוקר הילדים, לא יכולה לבוא אלא אם בית המשפט עצמו **צפה בעצמו בתיעוד החזותי של חקירת הקטין**, והסיק ממנה את מסקנותיו. יצוין, כי במקרה לו הפנתה המשיבה ([ע"פ 4818/16](http://www.nevo.co.il/case/21475923), שם) הודגש כי הן הערכאה הדיונית הן ערכאת הערעור (בית משפט זה), צפו בתיעוד החזותי של חקירת הקטין (המתלונן באותו המקרה. ראו בסעיפים 17 ו-35 לפסק הדין). במקרה דנן, אין בפרק שמנתח את עדות הקטין מוסטפא ואת ממצאי המהימנות של עדותו כל אינדיקציה לכך שבית המשפט קמא צפה בעדות שלו לפני חוקר הילדים. בית המשפט קמא סמך את מסקנותיו בקשר למהימנות גרסת מוסטפא על הכתוב בלבד (הערכת המהימנות ותמליל החקירה – מוצגים ת/160 ות/161א') ואין, כאמור, כל אינדיקציה לכך שצפה בתיעוד החקירה (התקליטור שצורף כמוצג ת/161ב'). לא מדובר בהתרשלות של הערכאה הדיונית בביצוע מלאכתה. מדובר בחקירה שנעשתה, בשפה הערבית ובהעדר תרגום סימולטני בצדה, אף בניסיוני לצפות בחקירה, הבנתי עד מהרה שאתקשה לדלות ממצאי מהימנות שונים , נוספים, מעבר לאלו שאותן מצא חוקר הילדים, שדובר את שפתו של הנחקר.
7. כך או כך - בהינתן שהקטין לא עומת עם גרסת המערער לאירוע (לפיה לא נכח כלל במקום); בהינתן שמדובר בפרט "**קריטי, מהותי וקרדינלי**" להערכת המהימנות שנערכה ע"י חוקר הילדים, שנמצא חסר במקרה דנן (כך אישר חוקר הילדים לבא-כוח המערער בחקירתו, ראו בעמוד 259 לפרוטוקול); בהינתן, שמדובר בפרט שיכול היה להשליך על כל ממצאי המהימנות שמצא חוקר הילדים בקשר לאותה עדות לרבות מציאת החולצה (ראו בעמוד 260 לפרוטוקול) – הרי שמדובר במחדל חקירה. משממצאי המהימנות בפסק דינו של בית המשפט קמא בכל הנוגע לעדות מוסטפא נשענו בעיקר על עדות חוקר הילדים והתרשמותו שלו ממוסטפא, ולא מצפייה בעדות שתועדה – אני מוכן להניח כי במחדל חקירה זה יש כדי להוות משקל נגד לזכות המערער שטוען כלפי קביעת בית המשפט קמא לפיה עדות מוסטפא היא עדות מהימנה (בסעיף 107 לפסק הדין). עם זאת, כפי שיובהר להלן, חרף הנחה זו לטובת המערער, קיימות די והותר עדויות וראיות אחרות שמבססות את קביעת בית המשפט קמא באשר להימצאותו של המערער בבית משפחת זאיט לאחר הימלטותו ממקום ביצוע הירי ועל כן שוכנעתי כי מחדל זה לא קיפח את הגנתו של המערער.
8. המערער סבור, כי התקיים בעניינו מחדל חקירה שבא לידי ביטוי באי הצגת חוות דעת מומחה בנוגע לאיכון הטלפון של זאיט – אין מחלוקת כי לפני בית משפט קמא הוגשו רק מחקרי תקשורת (פירוט שיחות ומיקומים) של מספרי טלפון של חשודים ומעורבים שונים, ביניהם של זאיט (ת/286). לפי אותם רישומים גולמיים זאיט אוכן בשעה 19:05 -19:16 ביום האירוע (לפי שיחות נכנסות ויוצאות) במעגן מיכאל ואלו בשעה 20:01 באיזור בנימינה מערב. לטענת המערער, בית המשפט קמא צדק בקביעתו בס' 113 להכרעת הדין לפיה "**בהיעדר חוות דעת או הסבר אחר למחקרי התקשורת, ברור שלא ניתן לקבוע את מיקומו המדויק של זאיט במועדים השונים"** – ולגישתו בכך בדיוק טמון המחדל של המשיבה שנמנעה מלהגיש חוות דעת או הסבר אחר למחקרי התקשרות, ומשלא עשתה כן "**יש להניח לטובת המערער כי תוצרי מחקרי התקשורת יפעלו לטובתו".** איני סבור כי מדובר במחדל חקירה, ומכל מקום אין מדובר במחדל שקיפח את הגנתו של המערער. בית המשפט קמא עמד על כך שבאופן כללי מחקרי תקשורת אינם יכולים לשמש ראיה למקום הימצאו של בעל מכשיר הטלפון הסלולרי משום שהרישום מלמד רק באיזו אנטנה נקלט המכשיר ולא היכן היה בעליו וכי ספציפית במקרה דנן, ממחקרי התקשורת של זאיט כמו גם של מעורבים נוספים מתושבי הכפר לגביהם הוצאו מחקרי תקשורת – אין כל רישום של הישוב ג'סר א-זרקא, הגם שברור שהיו בכפר (ראו ההתייחסות בפסקה 113 לפסה"ד). עוד עמד בית המשפט קמא על כך שאפשרות הימצאותו של זאיט בבנימינה בשעה 20:00 ביום האירוע, אפשרות שגם עלתה מהודעתו במשטרה (ת/198), לא פוגמת בגרסתו שהרי הירי בוצע שעה קודם לכן. לו היו מחקרי התקשורת מגלים, כי המכשיר הסלולרי של זאיט נקלט במועד האירוע במיקום מרוחק מהישוב ג'סר א-זרקא (כדוגמת העיר תל-אביב), מיקום שאינו אופייני לקליטת מכשיר סלולרי שמוציא או מקבל שיחה בתחומי הכפר (להבדיל מענייננו וכעולה מהניתוח של מחקרי התקשורת הנוספים שציין בית המשפט קמא בס' 113 לפסק הדין), אזי היה מדובר במחדל חקירתי לו המשיבה לא הייתה מוצאת לנכון להגיש חוות דעת או הסבר לאותו מחקר תקשורת ועדיין לסמוך ידה על גרסת זאיט. זה לא המקרה בענייננו. מסקירת מחקרי תקשורת נוספים שהוגשו ושמתייחסים למכשירי טלפון אחרים של תושבי הכפר, אף מעבר לאלו שנבחנו על ידי בית המשפט קמא (כדוגמת ת/291 ות/286) לא נמצא כל רישום של הישוב ג'סר א-זרקא. ודוקו! אף ממחקר התקשורת שהוצא בקשר למערער עצמו (ת/284) שמקיף מספר ימים (מיום 31.7.2015 ועד ליום 3.8.2015) אין כל זכר לישוב ג'סר א-זרקא ואם נצטרך להסיק את מיקומו של המערער רק על סמך האתרים שמפורטים באותו מחקר תקשורת אז המסקנה היא שהוא, ביום האירוע ואף בימים שאחריו, נע ונד בין קיבוץ מעגן מיכאל לקיסריה ולא שהה כלל בכפר (וזאת חרף העובדה כי אין מחלוקת כי ביום האירוע שהה המערער בכפר. גם גרסאות האליבי של המערער כיוונו לשהותו בכפר במקומות שונים – אם זה בית אחיו לואי ואם זה בית בן דודו חמודי).
9. לאור האמור לעיל, איני מוכן לקבוע שהמשיבה חדלה בכך שלא סיפקה הסבר או חוות דעת למחקרי התקשורת הקיימים וכי לאור מחדל זה גרסתו של זאיט לזיהויו של המערער כמי שנכנס לחצר ביתו אינה מהימנה. הדברים מקבלים משנה תוקף במקרה דנן בו קיימות עדויות נוספות לכך שזאיט נכח בחצר ביתו סמוך לאחר האירוע (כאמור לא רק של בני משפחתו אלא גם לפי גרסת חמאדה שבה נתן בית המשפט קמא אמון) ובשעה שהמערער מכוון למעשה למחדל חקירה לכאורה שהוא בגדר בחינה של גרסה חלופית וסותרת שהעלה (שהרי מחד המערער טוען כי לאור מחדל החקירה המדובר יש לקבוע כי זאיט לא היה כלל בכפר במועד האירוע וממילא לא יכול היה לזהותו, מאידך בדיון לפנינו טען ב"כ המערער כי "קו ההגנה מתחילת הדרך" היה שרעול הפנים שירה במנוח היה זיאט – עמוד 7 לפרוטוקול).
10. המערער סבור כי התקיים בענייננו מחדל חקירה שבא לידי ביטוי בכך שלא נבדקה לעומק גרסת זאיט באשר לזהות השוטר שפגש בכפר לאחר האירוע ולחץ את ידו - זאיט סיפר בהודעותיו במשטרה ובחקירתו בבית המשפט, כי לאחר הירי ולאחר שהמערער הגיע לביתו, הלך למרכז הכפר, ישב בבית קפה ובדרכו פגש בשוטר בשם יוני שאותו הוא מכיר ולחץ את ידו. המשטרה עשתה ניסיון לאמת נקודה זו ומצאה כי השוטר היחיד בשם יוני ששירת בתחנת זיכרון, הוא השוטר יוני אמסלם, לו יש היכרות עם המערער, לא נפגש עם זאיט באותו היום כי כלל לא עבד בו (מזכר נ/10). בבית המשפט, כשזאיט עומת עם עובדה זו השיב, כי ייתכן שטעה בשמו של השוטר שפגש וכי שמו לא היה יוני (עמוד 50 לפרוטוקול). בית המשפט קמא קיבל את דברי זאיט (סעיף 115 לפסק הדין). המערער מלין כל כך שהמשיבה 1 לא ביצעה חקירה מעמיקה יותר בעניין זה, כמו באמצעות הצגת תמונת השוטר יוני אמסלם לזאיט ובירור עמו אם זה השוטר שפגש לאחר האירוע. לטענת המערער, בירור מעמיק יותר בנושא זה היה יכול לגלות כי זאיט שיקר באותה נקודה. בית-המשפט קמא, בפסק דינו, עמד על כך שעדותו של זאיט בנושא זה אינה משמשת חיזוק לגרסתו אך גם אינה יכולה לפגוע במהימנות גרסתו (סעיף 115 לפסק הדין). לו עדותו של זאיט בנושא הפגישה עם אותו שוטר בשם יוני הייתה נוגעת באופן כלשהו ליסודות העבירה או לליבת האירועים הייתי מוכן לקבל את עמדת המערער כי מדובר במחדל חקירתי בכך שהמשיבה לא ביררה את הנושא עד תום. אלא שבעניינו אין טענה כי זאיט סיפר לשוטר על המפגש עם המערער או פרטים אחרים או בכלל ניהל אתו שיחה - אלא רק שלחץ את ידו, במפגש אקראי לאחר האירוע, ותו לא. למעשה, ניכר מהודעתו הראשונה של זאיט במשטרה, אז סיפר לראשונה על אותו מפגש, כי זאיט כלל לא היה בטוח ששמו של השוטר אותו פגש היה יוני **("יוני יוני חוקר נוער מזמן אני מכיר אותו. מזמן לא ראיתי אותו. הוא קירח ככה. אני חושב ששמו יוני, אני מכיר אותו בפנים, יוני יוני אני חושב שמו יוני**" – ראו בתמליל החקירה מיום 3.8.2015 מוצג ת/187ב בעמ'8). מלכתחילה לא ברור מה האינטרס שהיה לזאיט לשקר בנושא זה (זאיט בהודעותיו במשטרה לא פירט בקשר לאותו מפגש כמענה לשאלה שנגעה להוכחת מיקומו לאחר האירוע ולא התבקש לפרט גורמים שיכולים להעיד היכן היה באותה העת) וישנן ראיות אחרות לפיהן זמן קצר לאחר האירוע נמצא זאיט בכפר (ראו מוצג ת/127 וזכרון דברים מאת רס"ב עבד אחמד, שהתבקש בשעה 20:30 להגיע לכפר לאחר אירוע הירי ולסייע לכוח המשטרתי שנכח במקום בו ציין כי פגש בזאיט סמוך לביתו). בנסיבות אלו, גם בעניין זה אני סבור כי אין מדובר במחדל חקירה, ומכל מקום אין מדובר במחדל שקיפח את הגנתו של המערער.
11. סיכום פרק זה שנוגע להגעת המערער לביתו של זאיט, לא יהיה שלם ללא חיזוק משמעותי לגרסת זאיט ובני משפחתו. חיזוק זה נמצא בהתנהלות סביב השמדת מכשירי ההקלטה ומצלמות האבטחה בביתו של זאיט ובבית שכנו עבד. אין חולק, כי בביתו של זאיט מותקנות מצלמות אבטחה שמצלמות את החצר ואין חולק כי מכשיר ההקלטה, שכלל צילומים מיום האירוע, נלקח והושמד על-ידי אחיו של זאיט (אחמד ועומאר) עוד ביום האירוע, ולבקשת זאיט. בעוד שלגרסת זאיט, הוא פעל לבקשת המערער - לגרסת ההגנה אותה השמדת ראיות מלמדת כי בני משפחת זאיט ביקשו להסתיר את חלקו את זאיט ואת מעורבותו ברצח. בית המשפט קמא התייחס לנושא זה בהרחבה (בפסקאות 137-141 לפסה"ד) אף לא שלל מכלל אפשרות כי היה לזאיט גם אינטרס אישי בסילוק המצלמות ומכשיר ההקלטה וזאת כדי **"לסלק כל ראייה על מעורבותו"** (פסקה 141 לפסק הדין). לא ארחיב בכך כי זה לא העיקר. לא רק מצלמות האבטחה מביתו של זאיט הוסרו אלא גם המצלמות מבית שכנו של זאיט, עבד. על פי גרסתו של זאיט, יומיים לאחר הרצח, הוא נאסף על ידי שניים מקרוביו של המערער, דיב (גיסו של המערער) ואמג'ד (אחיו של המערער), למתחם ביתו של חמודי (בן דודו של המערער) שם פגש במערער וזה דרש ממנו לסלק גם את מצלמות האבטחה ומכשיר ההקלטה מבית שכנו עבד. זאיט סיפר, כי נסע עם אמג'ד ודיב לשכן עבד. השכן עבד אישר את הדברים: הוא מסר בהודעתו במשטרה כי ביום ראשון אחרי הרצח (שהיה ביום שישי) הגיע אליו זאיט, שכנו, וקרא לו. זאיט אמר לו שאמג'ד (אחיו של המערער) ודיב (גיסו של המערער) רוצים לדבר אתו. באותו שלב עזב זאיט והוא נותר עם דיב ואמג'ד. לגרסת עבד, השניים ביקשו ממנו את המצלמות כשדיב אמר לו שיש מצלמה שתופסת את הרחוב שצמוד לבית של זאיט. עבד דרש מהם כי יבואו עם טכנאי מחשבים שימחק את ההקלטות. השניים נסעו והביאו עמם טכנאי מחשבים ששמו עבד. הטכנאי פירק את מכשיר ההקלטה, החליף את הדיסק והרכיב דיסק חדש (ת/240). אותו טכנאי מחשבים שאותר על-ידי המשטרה, מר עבד עמאש, אישר בחקירתו כי החליף דיסק במכשיר ההקלטה לשכן עבד, אלא שלטענתו האחרון הוא שביקש ממנו להחליף (ת/241). ואולם, ממחקרי התקשורת עולה כי באותו היום בו הוחלף הדיסק מתקיימות מספר שיחות בין דיב לבין עבד הטכנאי, עובדה שמשתלבת עם גרסתו של עבד השכן (ראו במוצג ת/243). אם לא די בכך, לעובדה כי אמג'ד דיב וזאיט הגיעו לביתו של עבד נמצא חיזוק בצילומי מכשיר ההקלטה (החדש) מביתו של זאיט. בית המשפט קמא עמד על כך שמאותם הצילומים (ת/108 תקליטור ות/60 דו"ח צפייה) עולה כי אמג'ד, דיב וזאיט הגיעו לביתו של עבד השכן וכי לאחר שאמג'ד ודיב עוזבים מגיע אדם נוסף, הוא כנראה עבד הטכנאי (בפסקה 144 לפסה"ד). העובדה כי על 'חוליית השמדת הראיות' נמנו קרוביו של המערער (גיסו ואחיו) והם אלו שדרשו מעבד למסור את מכשיר ההקלטה (שאחרת "**יכאב לך הראש**" – ר' הודעת עבד בת/240 בעמוד 3 בשורה 57) מחזקת את הגרסה המפלילה של זאיט, לפיה מטרת פעולתם הייתה למנוע זיהויו **של המערער** שנקלט באותן מצלמות, ואף מחזקת את גרסת זאיט כי הוא היה רק "איש הקשר" ופעל לפי מצוות המערער. עובדה זו אינה מתיישבת עם הטענה כי זאיט ומשפחתו הם שביקשו להשמיד את הראיות כדי להסתיר את מעורבותו של זאיט. המסקנות הללו, להן הגיע בית המשפט קמא (בפסקה 145 לפסק הדין) ולהן לא ניתן מענה בהודעת הערעור – מקובלות עליי במלואן.
12. מחדל החקירה האחרון, שעל פני הדברים נראה כחמור ביותר, עליו מצביע המערער נוגע לטיפול לטיפול הפורנזי בחולצת היורה שאותרה. מדובר בחולצה שמוסטפא קיבל מאביו זאיט. מוסטפא הוביל את השוטרים למקום בו זרק אותה. משנמצאו על אותה חולצה שרידי ירי אין חולק כי היא זו ששימשה את היורה. בית-המשפט קמא קבע, כי הבדיקה הפורנזית, שהעלתה היעדר פרופיל DNA של המערער על גבי החולצה, אינה מספקת לשלול את האפשרות כי החולצה שימשה את המערער. אלא שעל החולצה נמצא פרופיל DNA של אחר, ולטענת המערער, העדה המומחית מטעם המאשימה שהייתה אמונה על בדיקתה (הגב' גסט) העידה כי היא לא יודעת אם נעשתה השוואה בין הפרופיל שנמצא על החולצה לבין אוסף האירועים הפתוחים שקיים במשטרת ישראל, ואף העידה כי אינה יכולה לקבוע בוודאות אם הפרופיל שנמצא שייך לזאיט. לגישת המערער, בית המשפט קמא שגה כשלא לקח בחשבון כי אותו פרופיל DNA שנמצא על גבי החולצה אך לא זוהה – לא זוהה עקב מחדל חקירה של המאשימה.
13. לא ברור אם טענות אלו למחדל חקירה נטענו לפני בית המשפט קמא, ומכל מקום אין להן התייחסות במסגרת פסק הדין. כך או כך, אני מוצא לנכון לדחות את הטענות משבחינת העדויות והראיות שהיו לפני בית המשפט קמא מגלות תמונה שונה לחלוטין מזו שמתאר המערער.
14. חוות דעת מז"פ של המומחית ענת גסט, שהוגשה על ידי המשיבה 1 (ת/175) שללה מפורשות את זאיט כמקור ל-DNA שנמצא על החולצה (סווטשירט). כך גם העידה המומחית בחקירתה (בעמוד 1025). בהמשך עדותה נחקרה על ידי בא-כוח המערער אף בנושא של השוואת בדיקת דגימת ה-DNA שנמצאה על החולצה אל מול מאגר ה-DNA במטה הארצי (על המאגר פירטה העדה בעמוד 1027 לפרוטוקול). העדה העידה, כי:

"המרכיב העיקרי בפרופיל שנמצא וצוין בת/175 הועבר למאגר הדנ"א, וזה אומר שבמקרה ויהיה חשוד או זירה מתאימים, אמור לעלות גילוי" (עמ' 1026 לפרוטוקול).

כששאל בא-כוח המערער את העדה מי העביר את הדגימה השיבה שהיא בעצמה ואף ציינה, כי:

"אם אני סימנתי מ' בחוות הדעת, זה אומר שזה מוצג שאמור להיכנס למאגר הדנ"א" וכי זו שגרת עבודתה (שם, בעמ' 1026 לפרוטוקול).

1. יצוין, ממוצג ת/175 עולה כי הדגימה שסומנה a31, היא הדגימה ממנה הופק פרופיל גנטי שניתן להפרדה, סומנה על ידי המומחית באות מ' שמסמלת, לפי אותו המסמך **'מוצג'** וזאת להבדיל מדגימה 31c שנלקחה מאותה החולצה, ממנה התקבל פרופיל חלקי ביותר, וסומנה באות ל' שמשמעותה **'לא למאגר'**). בא-כוח המערער הקשה על המומחית ושאל אותה אם היא יודעת מידיעה אישית שלה שאכן **אחרי** שהעבירה את הבדיקה למאגר, בוצעה בדיקת התאמה והמומחית השיבה בהגינותה כי זו אמנם עבודה שמבוצעת על-ידי מחשב אבל היא אינה יודעת אם המעבדה במטה הארצי ביצעה אותה אם לאו ( בעמוד 1028 לפרוטוקול). בהמשך ביקשה העדה להוסיף דבר מה על בסיס דף, שאיתרה בתיק עבודתה, עמו הגיעה לעדות ושאותו הציגה לב"כ המערער (עמוד 1029 לפרוטוקול). המומחית הסבירה על בסיס אותו דף מתיק עבודתה, כי עולה ממנו שבמקרה זה פנתה באופן יזום ועוד טרם סיום עריכת חוות דעתה ושליחת הדגימה למאגר וביצעה:

"תהליך ראשוני שבודקים באופן לא מחייב, זה לא נכנס למאגר מה שאני אומרת, אלא זה מה שנקרא חיפוש חד פעמי. ואומר האם יש לנו בהיסטוריה, אנחנו רואים משהו כזה או דומה ועברתי על, כמו שהבנתי את הפרופילים העיקריים מתוך המוצגים ולא נמצאה התאמה....במקרה כתבתי לי תאריך למעלה, כתבתי, יש פה צבעים פשוט, עבדתי עם צבעים, עשיתי, הדגשתי לי איזה פרופיל זה הפרופיל שחיפשתי וכתבתי ורוד לא במאגר, צהוב לא במאגר, ירוק לא במאגר, כתום לא במאגר..." (עמודים 1029-1030 לפרוטוקול).

במענה לשאלת בא-כוח המערער אם **"כל הדברים שאמרת עכשיו, ירוק, כתום, צהוב וורוד לא במאגר, זה אינפורמציה שקיבלת ממישהו במטה הארצי"** השיבה המומחית בחיוב (עמוד 1030 שורה 6 לפרוטוקול).

1. מן המקובץ עולה כי לכל היותר אין בנמצא תיעוד לכך שבמעבדת המטה הארצי בוצעה השוואה של ה-DNA שהופק מהחולצה אל מול הדגימות שמצויות במאגר המטה – אבל **לא הוכח** כל מחדל חקירה. המומחית העידה מפורשות הן על שגרת עבודה באופן כללי הן באופן פרטני בנוגע למקרה זה על השוואת הדגימה שנמצאה אל מול הדגימה של זאיט ואל מול המאגר הכללי (משידעה לומר כי לאחר שסיימה עבודתה על הדגימה העבירה את הדגימה למטה הארצי לטובת המאגר ולכן סימנה מ' בחוות הדעת ואף ידעה לומר כי במקרה ספציפי זה עשתה בדיקה ראשונית אל מול המאגר בתחילת עבודתה לחיפוש פרופילים מתאימים וקיבלה תשובה שלילית להימצאותם ממעבדת המטה). העדה נחקרה שתי וערב ע"י ב"כ המערער בדיוק על נושא זה ועדותה הייתה מפורטת ביותר. ככל שהמערער סבר כי תשובות העדה לא היו מספקות והיה בליבו עדיין ספק כלשהו בשאלה אם דגימת הDNA- שנמצאה על החולצה נבחנה אל מול אלו שמצויות במאגר, לא הייתה כל מניעה שיבקש אישור מתאים לכך שאותה דגימה הוכנסה למאגר הכללי ולא עלו התאמות. המערער לא ביקש זאת כמו שגם לא ביקש לערוך כל בדיקה נוספת על החולצה או לבצע כל פעולה נוספת ביחס לפרופיל ה-DNA שנמצא עליה. לאור האמור לעיל, שוכנעתי כי גם בעניין זה כשל המערער מלהוכיח התקיימות מחדל חקירה כלשהו שקיפח את הגנתו.
2. אשר למניע – המערער טוען כי בהכרעת הדין **"לא הובאה ולו ראייה אחת לסכסוך כלשהו בין המערער לבין המנוח**", ולכן שגה בית המשפט קמא שהתייחס למניע כראייה נסיבתית. טענת המערער אינה נכונה. בית המשפט קמא, במסגרת הכרעת הדין, עמד בהרחבה על עדותם של מספר עדים שהעידו על הסכסוך בין המנוח למערער: טיטו אחיו של המנוח פירט בהרחבה את טיבו של הסכסוך בין השניים (סעיף 187 לפסק הדין); אניסה אמו של המנוח (סעיף 185 לפסק הדין) ואף חברו של המנוח, דיאב זאיט, שהיה עם המנוח בדקות האחרונות לחייו, העיד, לכל הפחות בהודעתו במשטרה, כי המנוח סיפר לו שקיבל הודעות מאיימות מהמערער (סעיף 183 לפסק הדין). על בסיס כל אלו קבע בית המשפט קמא כי בין המנוח ומשפחתו לבין המערער היה סכסוך וכי בין אם הרקע לסכסוך היה זה אותו תיאר אח המנוח טיטו (יש לומר בפרוטרוט) ובין אם היה שונה , ניתן לומר בוודאות כי המנוח ובני משפחתו חשו מאוימים על-ידי המערער (סעיף 189 לפסק הדין).
3. **לסיכומו של פרק זה –** מחדלי החקירה עליהם הצביע המערער בניסיון "לכרסם" במשקלן של הראיות הנסיבתיות שהביאו להרשעתו היו, ברובן, ללא כל אחיזה במציאות. טענות אלו, ברובן, נזרקו לחלל האוויר ללא תימוכין של ממש ומתוך תקווה ליצור באמצעותן "ספק סביר". מחדלי חקירה מהם זכאי הנאשם להיבנות הם בגדר רשימה מוגבלת ומצומצמת של מחדלים חמורים, שעיקרם אי-נקיטת פעולה חקירתית מתבקשת באופן אשר מטיל ספק רציני בראיות שבאות להפליל את הנאשם (ראו למשל: [ע"פ 7758/04](http://www.nevo.co.il/case/5709779) **אלקאדר נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (19.7.2007)) והאסמכתאות שמובאות שם). מהניתוח לעיל עולה, כי אלו לא התקיימו בענייננו. חברי, השופט א' שטיין, עמד לאחרונה על הצורך לצמצם היזקקות לטענות בדבר מחדלי חקירה למקרים חמורים בהם עולה חשש קונקרטי להרשעת חף מפשע (ראו: [ע"פ 5864/19](http://www.nevo.co.il/case/26019036) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 115 [פורסם בנבו] (22.8.21)) והדברים מקובלים אף עליי.

**פרק שלישי – בחינת גרסת החפות שהעלה המערער**

1. כמפורט בהרחבה במסגרת הכרעת הדין – המערער העלה שתי גרסאות אליבי שונות. גרסת האליבי הראשונה שמסר, במסגרת דיון בבקשה להארכת מעצר ראשונה (ביום 4.8.15), באמצעות ב"כ דאז (עוה"ד בויראת) הייתה כי בעת האירוע היה אצל אחיו לואי. עוה"ד בויראת העיד בבית המשפט קמא כי גרסה זו שמע ישירות מהמערער (בעמוד 1355 לפרוטוקול). בהמשך, בחקירותיו במשטרה כמו גם בעדותו בבית המשפט קמא, דבק המערער בגרסת אליבי אחרת, שנייה, ולפיה שהה בביתו של חמודי. בית המשפט קמא מצא, כי ההבדל בין הגרסאות מחייב את המסקנה כי אין בהן אמת (פסקה 172 לפסק הדין). בית משפט קמא הגיע למסקנה זו לאחר שמצא כי לא ניתן לתת אמון בהסבר לשוני בין הגרסאות. המערער הסביר, כי אחיו לואי אסף אותו מביתו של חמודי בשעה 22:00 וכי בעת מעצרו לא ידע באיזו שעה בוצע הירי במנוח. בית המשפט קמא לא קיבל גרסה זו לאור עדויות שנשמעו (דווקא מעדי ההגנה – חמודי ובנו עוואד) לפיהן בסמוך לירי הגיעו שמועות לביתו של חמודי ואף נשלחה תמונה באמצעות הוואטסאפ לעווד שהעבירה למערער. מכאן הסיק בית המשפט קמא כי כבר ביום הירי ידע המערער מתי בוצע הירי ובוודאי שידע בעת מעצרו, ביום 3.8.2015, את שעת הירי (פסקה 172 לפסק הדין). על קביעותיו אלו של בית המשפט קמא, שמפריכות את ההסבר שהביא המערער להחלפת גרסאות האליבי שהעלה, אוסיף דבר נוסף – המערער בעצמו העיד בחקירתו במשטרה ביום 12.8.2015, במענה לשאלה "**בזמן הרצח של רמי אסקנדר, איך שמעת על הרצח**", כי ידע על הרצח בזמן אמת לאור "**מיליון תמונות**" שהתקבלו בפייסבוק ובוואטסאפ, לרבות למכשיר הטלפון שלו וכי "**באו מכוניות**" ו"**שמענו צעקות**" (ת/3א בעמודים 20-21)ומכאן שידע על האירוע סמוך לאחר התרחשותו.

1. בית המשפט קמא נימק גם מדוע לא נתן אמון בגרסת עדי ההגנה שהביא המערער לתמיכה בטענת האליבי שהעלה – חמודי (בן דודו) ועוואד (בנו של חמודי), עדים שהעידו כי המערער שהה עמם (בביתו של חמודי ויחד עם מופיד, בן נוסף של חמודי שלא העיד) והם צפו יחדיו בסדרת טלוויזיה. לא אחזור על נימוקי בית המשפט קמא בנושא זה (אלו פורטו בפסקאות 169-179 לפסק הדין) ולו לאור העובדה שגם בא-כוח המערער לא נימק מדוע על בית המשפט קמא היה לתת אמון לגרסת העדים הללו חרף הסתירות שעלו מעדויותיהם ויתר הראיות. די אם אציין כי בעוד שלפי גרסת חמודי, עד האליבי העיקרי, דובר היה בערב שליו בו צפו הם במרפסת הבית בסדרת טלוויזיה אהובה (ואין לדעת אם הצפייה בוצעה במסך טלוויזיה, במחשב נייד\טאבלט או במכשיר טלפון סלולרי – לאור ריבוי הגרסאות הסותרות בנושא כפי שפורט בפסקה 173 לפסק הדין) הרי שבפועל, עיון בפלטי שיחות הטלפון ממכשיר הסלולר של חמודי ( מוצג ת/294) מעלה תמונה שמתאימה יותר למרכזייה של חמ"ל. כך, בטווח זמן של כרבע שעה בלבד מוצאים אנו שיחות בין חמודי לכל המעורבים בפרשה: ב18:50 שיחה מחמודי לעמאר (שהביא את המערער לאזור ביצוע הירי); 18:59 שיחה בין חמודי לדיב (גיסו של המערער; מי שאסף את המערער מביתו של זאיט לאחר האירוע; וחבר ב'חוליית השמדת הראיות'); ב-19:03 שוב שיחה בין חמודי לדיב; ב-19:05 ניסיון חיוג מזאיט לחמודי (מדובר בשלב בו המערער כבר נכנס לחצר הבית של זאיט); ב-19:06 וב-19:08 שוב שיחות בין חמודי לדיב. למותר לציין שבעדותו בבית המשפט חמודי לא סיפק הסברים לשיחות הללו (ראו בעמודים 1408-1411 לפרוטוקול).
2. **סיכומם של דברים** –על כף הזכות, אין ראייה פורנזית שקושרת את המערער לביצוע הירי ואין ראיה או עדות שמזהה אותו בזירת הרצח. על כף החובה, לכיוון הרשעתו של המערער, נמצאים כל היתר: הוכח קיומו של מניע; גרסתו של עמאר ולפיה הוא הסיע את המערער לזירת האירוע דקות ספורות לפני הירי; העובדה כי מיד לאחר מכן יצא מאותה סמטה רעול פנים, בעל מבנה גוף דומה לזה של המערער, ביצע את הירי והחל במסלול הימלטות שתועד בחלקו במצלמות אבטחה ועליו העיד חמאדה; העובדה כי היורה כשהוא רעול פנים הגיע לחצר ביתו של זאיט; מספר עדויות, הן של זאיט ובני משפחתו הן של חמאדה, לפיהן משהסיר רעול הפנים את הכיסוי מפניו זיהו כי מדובר במערער; עדויות ברורות שמעידות על מעורבות מסיבית של בני משפחת המערער במתן סיוע לטשטש את עקבותיו ומעשיו מיד לאחר אירוע הירי (כך לדוגמא: חמאדה העיד כי התבקש על ידי המערער, בחצר ביתו של זאיט, למסור את האקדח לחמודי וכי הלך לביתו של חמודי ומסר את האקדח לעמאר שהמתין שם; עדויות כי דיב אסף את המערער מחצר ביתו של זאיט; והעדויות – כמו גם הראיות – לעניין 'חוליית השמדת הראיות' עליה נמנו דיב ואמג'ד ופעולותיה בביתו של השכן עבד); מחקרי תקשורת שמצביעים על קשר בין המעורבים השונים שקשורים להסעת המערער ואיסופו; גרסת האליבי שהציג המערער ועליה העיד, הוא כמו גם עדי ההגנה מטעמו (ביניהם חמודי), לא נמצאה מהימנה.
3. הרשעת המערער התבססה, אפוא, על מארג של עדויות וראיות שאת העיקריות בהן סקרתי לעיל. הגם שאין בכל עדות או ראיה לכשעצמה כדי להביא להרשעתו של המערער, הרי שבהצטברותן, יש כדי להוביל למסקנה חד משמעית כי המערער הוא זה שביצע את המעשים שמיוחסים לו. סבורני, כי הרשעת המערער תעמוד איתן גם בלא חלק מאותן עדויות וראיות שהביאה המאשימה ושעליהן נסמך בית המשפט קמא בהכרעת דינו. כך לדוגמא, גם ללא עדותו של מוסטפא (לגביה הייתי מוכן להניח כי בגבייתה התקיים מחדל חקירה שיש כדי להוות משקל נגד לזכות המערער שטוען כלפי קביעת בית-המשפט קמא לפיה מדובר בעדות מהימנה) קיימות די והותר עדויות וראיות אחרות שמבססות את קביעת בי המשפט קמא באשר להימצאותו של המערער בבית משפחת זאיט לאחר הימלטותו ממקום ביצוע הירי. לדידי, בשים לב לסמיכות הזמנים ולעובדה, כי גרסאות זאיט ובני משפחתו באשר להגעתו של רעול הפנים לחצרם דקות לאחר הירי וזיהויו על-ידם כמערער נמצאו מהימנות, הרשעת המערער תוכל לעמוד גם ללא הגרסה המפלילה שמסר חמאדה, לה נתן בית המשפט קמא משקל בהכרעת דינו.
4. מארג העדויות והראיות האמור הטיל על המערער נטל טקטי: הנטל לעורר ספק סביר לגבי אשמתו על ידי הבאת ראיות אשר מצביעות על חפותו האפשרית או על ידי מציאת פרכה או סתירה מהותית במארג הנסיבתי עליו נסמכה המשיבה (ראו ב[ע"פ 5864/19](http://www.nevo.co.il/case/26019036) **פלוני נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (22.8.2021) בפסקה 60 לפסק הדין והאסמכתאות שמובאות שם). בנטל זה המערער לא עמד ועל כן, לדידי, אשמתו במיוחס לו הוכחה מעבר לכל ספק סביר. ניתן לומר, כי המערער מיקד את עיקר מאמציו בהחלשת הראיות הנסיבתיות נגדו, כל אחת בפני עצמה, בעיקר על סמך טענות ל"מחדלי חקירה", אך לא השכיל לבסס כדבעי את התרחיש החלופי שהעלה לפיו זאיט הוא שירה במנוח. למעשה, כפי שציינתי לעיל, לפחות בטענה אחת למחדל חקירה אותה העלה המערער הוא כיוון למחדל חקירה שפגע ביכולתו להוכיח גרסה שעומדת **בסתירה** לתרחיש החלופי שהעלה (הטענה למחדל החקירה באי הצגת חוות דעת מומחה בנוגע לאיכון הטלפון של זאיט נועדה לבסס את גרסת המערער לפיה זאיט היה במועד האירוע מחוץ לכפר וכפי שעולה ממחקר התקשורת – במעגן מיכאל - וגרסה זו מן הסתם עומדת בסתירה לתרחיש החלופי שהעלה ולפיו זאיט הוא היורה שירה במנוח באותו זמן ממש בכפר). התרחיש החלופי אותו העלה המערער, לטענת בא-כוחו, עוד "**מתחילת הדרך**", ולפיו רעול הפנים והיורה במנוח היה זאיט (ראו בעמ' 7 לפרוט' הדיון בערעור) אינו מתקבל על הדעת משורה ארוכה של טעמים. על מנת שזאיט יהיה היורה ואלו המערער יהיה מי שיופלל במקומו, על זאיט היה לתכנן זאת מראש (הן את ההתנקשות במנוח הן את הפללת המערער כמי שירה). לא יכול להיות שמדובר בתרחיש שיתקיים באופן ספונטני (קרי, זאיט יתנקש במנוח ורק בשלב מאוחר יותר יבחר במערער כמי שעליו יוכל לטפול אשמת שווא). לפי תרחיש זה, גרסת חמאדה בבית המשפט (גרסה אותה מצא בית המשפט קמא כלא מהימנה) היא גרסת האמת. לפי גרסה זו כבר בזמן אמת ומיד עם הגיע זאיט לביתו לאחר שנמלט ממקום האירוע כשחמאדה רץ אחריו, איים זאיט על חמאדה שיאמר שראה את המערער ולא אותו (ראו בעמ' 800 לפרוט'). על מנת שתרחיש זה יתקיים נדרש היה זאיט לשיתוף פעולה הדוק עם קרוביו של המערער שגם הם ישתפו פעולה עם רצונו של זאיט בהפללתו. כך נדרש הוא לשיתוף פעולה מצד עמאר על מנת שיסיע את המערער ויביאו בדיוק דקה לפני תחילת הירי לאותה סמטה הסמוכה לבית הקפה ממנה יצא היורה וביצע את ההתנקשות. כן נדרש הוא לשיתוף פעולה מצד קרובי משפחתו של המערער, שנמנים על 'חולית השמדת הראיות', על מנת שהם דווקא יהיו אלו שיפעלו להשמדת הראיות שעלולות להפליל אותו. מובן מאליו שתרחיש זה גם לא יכול להסביר את מחקרי התקשורת שהצביעו על קשר בין המעורבים השונים, בעיקר קרובי משפחת המערער, שקשורים בדיוק בסמיכות למועד האירוע ותרחיש זה גם לא יכול היה להסביר מדוע המערער בחר לתת שתי גרסאות אליבי שונות ומדוע כשלו עדי ההגנה מטעמו, גם הם קרובי משפחתו, בתמיכתם בגרסת האליבי האחרונה שאימץ (אלא אם גם אותם עדי הגנה, ביניהם חמודי, עשו יד אחת עם זאיט להפללת המערער). למותר לציין שהמערער מעולם לא טען כי קרובי משפחתו (ביניהם עמאר, דיב, אמג'ד, וחמודי) עשו יד אחת עם זאיט להפללתו (באחת מהודעותיו במשטרה המערער מספר כי לא ידוע לו שאחיו אמג'ד או גיסו דיב חברים של זיאט ואפילו מציין כי דיב שונא את זאיט "שנאת מוות"- ראו בת/5 בעמודים 6-7). לא למותר לציין שהמערער אף לא טען לכל סכסוך עם זאיט ולא היה לו כל הסבר מדוע זאיט בחר דווקא בו כקורבן להפללה ברצח שביצע בעצמו (ראו בעמודים 1282-1283 לפרוטוקול).
5. כאמור, בשלב השלישי והאחרון לביסוס הרשעה על סמך ראיות נסיבתיות יש לבחון אם ההסבר החלופי שהעלה המערער מתקבל על הדעת ומבוסס במידה כלשהיא על המסכת הראייתית הקיימת. אין די בהסבר מאולץ, תיאורטי, או כזה שאינו מתיישב עם השכל הישר וניסיון החיים (ראו [ע"פ 4516/14](http://www.nevo.co.il/case/17015235) **קלנר נ' מדינת ישראל**, (29.12.2015), פורסם בנבו; [ע"פ 4656/03](http://www.nevo.co.il/case/5574106) **מירופולסקי נ' מדינת ישראל**, פסקה 7 [פורסם בנבו] (1.12.2004) , פורסם). במקרה דנן, משלא מצאתי כל הסבר חלופי, מתקבל על הדעת, והמסקנה לפיה המערער הוא היה אותו רעול פנים שירה במנוח נותרת בגדר המסקנה ההגיונית והיחידה - נסללה הדרך להרשעת המערער בהסתמך על הראיות הנסיבתיות עליהם עמד בית המשפט קמא בפסק דינו.

**פרק רביעי - השגותיו של המערער על גזר הדין.**

1. למערער שתי השגות כלפי העונשים שהוטלו עליו במסגרת גזר הדין.
2. הראשונה נוגעת לכך שהושת עליו עונש של מאסר עולם, כעונש חובה לפי [סעיף 300(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a.2) במתכונתו באותה העת. הערעור שלפנינו הוגש ביום 30.12.2018 וימים ספורים אחר כך, ביום 10.1.2019 תוקן [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) (תיקון מס' 137) בכל הנוגע לעבירות ההמתה כך [שסעיף 300(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a) במתכונתו המתוקנת אינו קובע עוד עונש של מאסר עולם חובה בגין אותה העבירה. ב"כ המערער סבור כי לאור הוראת [סעיף 5(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.a) לחוק, שקובעת כי כל עוד טרם ניתן פסק-דין חלוט לגבי העבירה, יחול על העניין החיקוק המקל עם העושה, יש להורות על ביטול ההוראה בגזר הדין של עונש מאסר העולם ולאפשר למערער להעלות טענות ולהביא ראיות לעניין עונש המאסר שיושת עליו.
3. תיקון 137 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) הביא למהפכה בעבירות ההמתה. בעקבות התיקון נקבעו שתי דרגות של עבירת הרצח; [סעיף 300](http://www.nevo.co.il/law/70301/300) לחוק המתוקן קובע עבירת רצח רגילה ולפיה יורשע ברצח "**הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם**". העונש המרבי הקבוע בצידה של עבירת הרצח הוא מאסר עולם אולם אין מדובר יותר בעונש חובה ועל-כן על בית המשפט שירשיע נאשם בעבירה זו, יהיה לשקול את העונש ההולם בהתאם לכללים ולאמות המידה כפי שנקבע בתיקון 113 לחוק העונשין.

1. החוק המתוקן כולל גם עבירה של "**רצח בנסיבות מיוחדות**" שנקבעה [בסעיף 301א'.](http://www.nevo.co.il/law/70301/301a) הסעיף מורה, כי **"הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם באחת מהנסיבות המפורטות להלן, דינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד"**. בהמשך מפורטות 11 נסיבות מיוחדות שהוגדרו כנסיבות מחמירות והמשמעות היא כי אם יקבע בית המשפט כי נאשם המית אדם באדישות או בכוונה, באחת מהנסיבות המיוחדות שפורטו, יוטל עליו עונש מאסר עולם כעונש חובה.

1. בצידה של הוראה זו נקבעה גם אפשרות סטייה מעונש החובה שכן [בסעיף 301א(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/301a.b) לחוק המתוקן ניתן לבית משפט שיקול דעת לסטות מעונש החובה **"אם יימצא בית המשפט נימוקים מיוחדים שיירשמו, כי מתקיימות נסיבות מיוחדות שבשלהן המעשה אינו מבטא דרגת אשמה חמורה במיוחד"**. במקרים שכאלו רשאי בית המשפט להסתפק בהרשעה על פי [סעיף 300](http://www.nevo.co.il/law/70301/300) לחוק, כלומר בהרשעה ברצח רגיל שאינה מחייבת הטלת עונש של מאסר עולם.

1. [סעיף 25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25) לחוק המתקן קובע את הוראת התחולה. ככלל, נקבע כי תחילתו של החוק המתוקן 6 חודשים מיום פרסומו כלומר ביום 10/7/2019.

עם זאת קובע [סעיף 25(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/25.b) לחוק המתקן גם הוראת מעבר:

על עבירה שבוצעה לפני יום התחילה וטרם ניתן פסק דין חלוט בעניינה יחולו הוראות סעיף 5(א) לחוק העיקרי; לעניין זה, בבואו לקבוע מהו הדין המקל על העושה, יבחן בית המשפט את מלוא ההסדר הקבוע בחוק העיקרי כנוסחו בחוק זה לעומת ההסדר שהיה קבוע בחוק העיקרי לעניין גרימת מוות ערב יום התחילה (להלן – הדין הישן).

1. [סעיף 5(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.a) לחוק, אליו מפנה הוראת [סעיף 25(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/25.b) הנ"ל, עוסק בשינוי חיקוק לאחר שנעברה עבירה ומורה כי חיקוק מקל, הן לעניין יסודות העבירה, הן לעניין העונש, יחול גם אם העבירה נעברה לפני תחילת תוקפו של החיקוק המתקן:

נעברה עבירה ובטרם ניתן פסק-דין חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או בנוגע לעונש שנקבע לה, יחול על העניין החיקוק המקל עם העושה; "אחריות לה" – לרבות תחולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה.

1. מן המקובץ עולה, כי במקרה בו ביצע נאשם עבירה בטרם נכנס תיקון 137 לחוק העונשין לתוקף, אולם בטרם ניתן פסק דין חלוט בעניינו נכנס התיקון לחוק לתוקפו – יחול על הנאשם שהורשע בביצוע עבירת רצח הדין המקל עמו. על כן, ככל שתיקון 137 לחוק העונשין מקל עם המערער, יש להחילו במסגרת הדיון בערעורו על גזר הדין. המשיבה אינה חולקת על כך שתיקון 137 לחוק העונשין חל בעניינו של המערער משטרם ניתן פסק דין חלוט בעניינו, אולם , לגישתה, בנסיבות המקרה דנן מתקיימות לא פחות משתי נסיבות מחמירות שונות: זו המנויה [בסעיף 300א(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a.a.1) לחוק לפיה הרצח בוצע **"לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית"** וזו המנויה [בסעיף 300א(א)(9)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a.a.9) לחוק לפיה הרצח בוצע "**תוך יצירת סכנה ממשית לחייו של אדם אחר נוסף על הקורבן".** משכך, לגישת המשיבה, דינו של המערער הוא למאסר עולם חובה הן לפי החוק טרם התיקון הן לאחריו.
2. כפי שיוסבר להלן, אני מסכים עם המשיבה בעניין זה. סבורני, כי במקרה דנן לתיקון 137 אין השפעה על עונשו של המערער, לאור הקביעות הברורות שעולות מהכרעת הדין שמעידות על התקיימות הנסיבות המחמירות עליהן הצביעה המשיבה ולמצער אחת מהן.
3. בבקשה מטעם המערער שהוגשה לבית המשפט קמא לאחר גזר הדין (בקשה מספר 118) עתר הוא לפני בית המשפט קמא לאפשר לו להשמיע את טענותיו על מנת שבית המשפט ישקול את ביטול הרשעתו בעבירת הרצח בכוונה תחילה לפי [סעיף 300(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a.2) לחוק ואת עונש מאסר העולם שהושת עליו, ויחיל על עניינו את הוראות החוק המתוקן. בדעת רוב השופטים השופט **סוקול** והשופטת **בש** כנגד דעתה החולקת של השופטת **שרון-נתנאל**) נקבע, כי מקומה של הבקשה להתברר לפני ערכאת הערעור. בנימוקי הערעור, בפרק הרלוונטי להשגה האמורה, עתר המערער לאפשר לו להעלות את טיעוניו בדבר עונש המאסר. כך גם בעיקרי הטיעון מטעמו:

"להורות על ביטול ההוראה בגזר הדין בגין עונש מאסר עולם ולאפשר למערער להעלות טענות / ראיות לעניין עונש המאסר".

1. בדיון לפנינו נדרש ב"כ המערער לנסיבה החמורה שמנויה בסעיף 300א(א)(9) לחוק והסביר, כי סעיף זה:

"עובד לטובת המערער בתיק זה ולמה? הפגיעה שאותו אדם אחר, אותה גברת אחרת נפגעה, מלמדת שלא הייתה כוונה לפגוע בה ואף אחד לא התכוון להעמיד אותה בסכנה. היא נפגעה פגיעה קלה ברסיסים". (עמוד 14 שורות 20-22 לפרוטוקול).

בית משפט זה נדרש לא מכבר למקרה דומה בנסיבותיו למקרה בענייננו ([ע"פ 8965/18](http://www.nevo.co.il/case/25246134) **מחאג'נה נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (3.11.2019)). שם דובר היה במערער שהורשע בעבירה של רצח בכוונה תחילה לפי [סעיף 300(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a.2) לחוק עובר לתיקון 137 לחוק, וגם שם ביקש המערער ליהנות מהוראות התיקון בשלב בו נדון ערעורו. לאור העובדה כי מהירי שכוון לעבר המנוח שם נפגעו שני אנשים נוספים לא מעורבים (לשניהם נגרמו פצעי ירי והם אושפזו למשך יומיים) טענה המאשימה שם להתקיימות הנסיבה המחמירה שקבועה [בסעיף 300א(א)(9)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a.a.9) לחוק. בית המשפט (השופט **אלרון**, אליו הצטרפו יתר חברי ההרכב, השופט **הנדל** והשופטת  **ברון**) דחו את בקשת המערער שם להחזרת הדיון לבית המשפט המחוזי על מנת שיכריע בשאלת התקיימות הנסיבה המחמירה משמצא, כי עובדותיה עולות מהכרעת הדין (ראו פסקאות 48-49 לפסק הדין).

בקשר להתקיימות הנסיבה המחמירה האמורה ציין השופט **אלרון** שם את הדברים הבאים:

"... נסיבה מחמירה זו חלה אך ורק במקרים שבהם לא זו בלבד שהנאשם גדע בכוונה או באדישות את חייו של הקרבן, אלא הוסיף ויצר במעשיו סכנה ממשית לחייהם של אחרים.

45. נמצאנו למדים כי ההחמרה בעונשו של נאשם אשר גרם למותו של אדם אחר בכוונה או באדישות, ואגב זאת יצר סכנה ממשית אף לחיים של אדם אחר, מוצדקת בשל הזלזול העמוק שמבטא מעשה זה בערך המקודש של חיי אדם.

מטעם זה קבע המחוקק כי העונש הראוי לביצוע עבירה בנסיבות אלו הוא עונש של מאסר עולם חובה. עונש זה מביא לידי ביטוי את מידת האשם הגבוהה של מבצע העבירה; מגלם את ההוקעה הרצויה מפני ביצוע מעשים אלו; ומייצר הרתעה מפני הישנותם בעתיד.

46. ויושם אל לב – לשון החוק מורה באופן מפורש וברור כי נסיבה מחמירה זו מתקיימת גם במקרים שבהם יצר נאשם סכנה ממשית, ולאו דווקא נזק בפועל, לחייו של אדם אחד נוסף בלבד נוסף על הקרבן.

אכן, לא בכדי קבע המחוקק כי יצירת סכנה ממשית לחייו של אדם אחד נוסף מהווה נסיבה מחמירה לעבירת הרצח. כל אדם הוא עולם ומלואו, וסיכון חייו אפילו של אחד אחר פוגע עמוקות בערך של חיי אדם (וראו גם: הצוות לבחינת יסודות ההמתה דין וחשבון, בעמ' 14-15 (2011)).

47. בנסיבות המקרה דנן, המערער הגיע לאירוע כשהוא חמוש באקדח טעון במחסנית עם כדורים והסתיר אותו מתחת לבגדיו במהלך האירוע, על רקע סכסוך שהתרחש בינו לבין המנוח כשבוע לפני אירוע הירי.

כפי שניתן לראות בסרטונים המתעדים את ביצוע הירי, המנוח רקד ברחבת ריקודים הומה אדם כשמימינו ומשמאלו עומדים חוגגים נוספים והוא מחבק אדם נוסף – הלא הוא שאדי אשר נפצע בסופו של יום. בשלב זה, ניגש אליו המערער באקדח שלוף וירה בו מספר רב של יריות (ת/28, סרטון "0009"). כתוצאה מהירי, כאמור, נפצעו שניים נוספים ונזקקו לאשפוז בבית החולים.

לטעמי, די באמור כדי לקבוע כי המערער יצר במעשיו סכנה ממשית לחייהם של אחרים, ועל כן מתקיימת במקרה שלפנינו הנסיבה המחמירה המנויה בסעיף 300א(א)(9) לחוק העונשין. "

1. דברים אלו יפים לענייננו ואף ביתר שאת. המערער ירה מספר רב של קליעים, לא פחות מ-19 (!) כלפי המנוח שישב עם אחרים בבית קפה בטבורה של עיר בשעות הערב. העובדה שבמקרה דנן מלבד המנוח שנפגע מ-4 מהקליעים, יתר הקליעים התעופפו לכל עבר ועוברת אורח תמימה נפגעה מאותו ירי (שאף היה בחלק מהזמן כלפי מטרה נעה – שהרי המערער המשיך לירות באמצעות אקדחו גם לאחר שהמנוח ברח מבית הקפה) היא ההוכחה החד-משמעית שהנסיבה הזאת התקיימה. טענת ב"כ המערער לפיה הפגיעה בעוברת האורח מלמדת כי נסיבה זו לא התקיימה משהיא **"נפגעה פגיעה קלה ברסיסים"** מוטב היה שלא תיטען. מלבד העובדה שנסיבה מחמירה זו חלה גם במקרה שלא נגרמה בפועל פגיעה באדם נוסף ודי בכך שנוצרה סכנה ממשית לאותו אדם נוסף, הטענה גם לא מדויקת עובדתית. כעולה מהכרעת הדין (סעיף 201 לפסק הדין וכן מוצג ת/182) זהייה נפגעה מקליע שנכנס ויצא ממותנה. מדובר אך בנס שאותו קליע לא ניקב אזור אחר בפלג גופה העליון, שאז הפגיעה הייתה עלולה להיות חמורה הרבה יותר ואפילו קטלנית.
2. לדידי, העובדות שפורטו בהכרעת הדין מעידות ללא כל צל של ספק, כי הנסיבה המחמירה המנויה [בסעיף 300א(א)(9)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a.a.9) לחוק מתקיימת. משכך, מתייתר הצורך לבחון את התקיימות הנסיבה המחמירה הנוספת לה כיוונה המשיבה. זו שקבועה בהוראת [סעיף 300א(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a.a.1) לחוק. אומר רק שבמקרה דנן, על סמך העובדות שעולות מהכרעת הדין, קשה יהיה לקבוע שנסיבה זו לא התקיימה. המנוח לא נורה באופן ספונטני ובלהט הרגע על-ידי המערער. הגם שלא ברור כמה זמן מראש תכנן המערער את ההתנקשות במנוח – תכנון מסוים היה, שהרי המערער הגיע לזירה כשהוא רעול פנים, מצויד באקדח, לבוש כפפות והחל לירות במנוח מבלי להחליף אתו כל מילה, ואף כשהמנוח ניסה להימלט המשיך לרדוף אחריו עד שירה את הכדור הקטלני שפגע בראשו והכריעו.

1. ההשגה השנייה נוגעת כלפי השתת העונש בגין עבירת הפציעה של זהייה שנפגעה מירי תועה, כמו גם בהפעלת עונש המאסר המותנה שהושת על המערער בתיק אחר - כך שאלו יחולו, כולם או חלקם, במצטבר לעונש מאסר העולם, וזאת משיקולים שנוגעים להיבט האנושי ההומני ומהטעם שמדובר במעשים שזיקתם הדוקה וכרוכים זה בזה. המערער לא חולק על כך שמעשה ההמתה ומעשה הפציעה מהווים מעשים נפרדים המחייבים הטלת עונשים נפרדים והמחלוקת היא רק בשאלת הצטברות העונשים (ראו גם בפסקה 19 לגזר הדין).
2. המערער סבור, כי בעוד שבית המשפט קמא הפנה להלכות הרלוונטיות בדבר השיקולים בהכרעה מתי לגזור עונש מצטבר ומתי להעדיף חפיפת עונשים, כדוגמת [ע"פ 9059/03](http://www.nevo.co.il/case/6133254) **יוסבשווילי נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (21.3.2007) (להלן: **פרשת יובסשווילי**), מצא בית המשפט לאמץ רק את השיקולים המצדיקים את צבירת העונשים והתעלם משאר השיקולים. לגישת המערער, השיקולים בדבר ההיבט האנושי ההומני וכן העובדה כי במקרה דנן המדובר במעשים שזיקתם הדוקים וכרוכים זה בזה, שיקולים עליהם עמד בית משפט זה בפרשת **יובסשווילי**, מצדיקים הטלת עונשי המאסר באופן חופף או לחילופין ולמצער באופן חופף חלקי.
3. בית המשפט קמא עמד במסגרת גזר הדין על ההלכות לפיהן, על דרך הכלל, בעבירת רצח אליה נוספו עבירות נלוות, חומרת העבירה מצדיקה הטלת עונשי מאסר במצטבר (ראו סעיף 21 לגזר הדין והאסמכתאות המובאות שם) ועל הטעמים לכך, ביניהם המוסר, ושיקולי ההרתעה והגמול. כפי שציין בית המשפט קמא, חפיפת עונשים במקרה כזה גם אינה מתיישבת עם עקרון ההלימה שהוא העיקרון המנחה בענישה, משהעונש ההולם מעשים שהביאו לנטילת חיים של קורבן אחד ולסיכון חיי קורבן נוסף ואף לפגיעה פיזית בו, אינו יכול להיות אותו עונש שהולם נטילת חייו של אדם אחד בלבד. טעמים אלו מקובלים עליי וגם אני סבור כי לנוכח חומרת העבירות בהן הורשע המערער ומשיקולי גמול והרתעה – אין להתערב בקביעת בית המשפט קמא כי העונשים יוטלו במצטבר. כל אדם הוא עולם במלואו. בגין פציעתה של זהייה במהלך האירוע מהירי התועה נגזר על המערער עונש מאסר של 2.5 שנות מאסר בלבד. בהוספת עונש זה על מאסר העולם שנגזר על המערער אין כדי לפגוע יתר על המידה באותו "**פתח של תקווה לחופש ולחיים חדשים כחלק מההכרה בערכו האנושי של כל אדם באשר הוא אדם",** אותו היבט אנושי-הומני שעומד בבסיס הטעם לחפיפת עונשים, כלשון הנשיאה בייניש בפרשת יובסשווילי לה הפנה ב"כ המערער (שם, בפסקה 8 לפסה"ד). למען שלמות התמונה יצוין כי המקרה שנדון בפרשת יובסשווילי נגע למערער שהורשע בשלושה מעשי רצח (של אביו, אימו ואחיו) ועליו נגזרו שלושה מאסרי עולם (שניים במצטבר ואחד בחופף), עונש שנותר על כנו לאחר שערעורו לבית-משפט זה נדחה.

אשר להפעלת עונש המאסר על-תנאי במצטבר. כאשר מופעל עונש מאסר על-תנאי בעקבות ביצוע עבירה נוספת, ככלל, ירוצו תקופות המאסר "**בזו אחר זו**"; סטייה מנקודת המוצא תֵעשה רק מ"**טעמים שיירשמו"** (סעיף 58 לחוק; [ע"פ 10173/16](http://www.nevo.co.il/case/21914030) **מדינת ישראל נ' טאהא**, פסקה 12 [פורסם בנבו] (14.2.2017); [ע"פ 1944/20](http://www.nevo.co.il/case/26538254) **מדינת ישראל נ' אמארה**, פסקה 11 [פורסם בנבו] (2.9.2020)). בענייננו, המערער לא הצביע על טעמים חזקים דיים לסטייה מהכלל. ביצוע עבירה כה חמורה בתוך תקופת התנאי על ידי המערער שעברו הפלילי מכביד, אינו מצדיק סטייה מהכלל ולכן סבורני, כי לא נפלה אפוא שגגה בקביעת בית המשפט קמא, שגם עונש זה ירוצה במצטבר.

1. אשר על כן, אציע לחבריי כי נדחה את הערעור על שני חלקיו.

ש ו פ ט

**השופט** (בדימ') **ג' קרא:**

אני מסכים.

ש ו פ ט (בדימ')

המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל:

אני מסכים לחוות דעתו המפורטת של חברי, השופט **ש' שוחט**. ממארג הראיות הנסיבתיות, ביניהן עדויות עדי הראיה, אשר ממקמות את המערער ברחוב הסמוך לזירת הירי ומזהות אותו כאותו יורה רעול הפנים אשר נס מהמקום, מצטיירת תמונה ברורה. המערער ירה במנוח והביא למותו, פצע אישה נוספת שנקלעה לזירת האירוע ולאחר מכן נמלט ופעל להשמדת הראיות.

אי ההתערבות בערכאה זו בהרשעת המערער מבוססת על שני אדנים. האחד, לא נמצאה עילה משפטית להתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית. השני, המסקנה המשפטית הנובעת מהצטברותם של אותם ממצאים. דהיינו, לא עלה בידי המערער להציע הסבר חלופי, אשר יצבע בגוונים אחרים את התמונה העולה ממארג הראיות, ויעורר ספק סביר בדבר אשמו. כך, מצטרף אני גם לנימוקיו של חברי בדבר דחיית הערעור כנגד גזר הדין.

המשנה לנשיאה (בדימ')

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ש' שוחט.

ניתן היום, ‏ט' בסיון התשפ"ב (‏8.6.2022).

5129371

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 54678313המשנה לנשיאה (בדימ') | ש ו פ ט (בדימ') | ש ו פ ט |

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

18092010\_W16.docx חכ

מרכז מידע, טל' 077-2703333, 3852\* ; אתר אינטרנט, [https://supreme.court.gov.il](https://supreme.court.gov.il/)

ג' קרא (בדימ') 54678313-9201/18

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](http://www.nevo.co.il/advertisements/nevo-100.doc)