

בית המשפט הצבאי לערעורים ע' 2641+2731/10

**בפני ההרכב:** אל"ם אהרון משניות - **אב"ד**

אל"ם יעקב לירז - **שופט**

סא"ל משה שילה - **שופט**

**בעניין:**

**וסאם עלי מחמד ראדי, ת"ז XXXXXXXXXX** - המערער (באמצעות ב"כ עו"ד לאה צמל)

**נגד**

**התביעה הצבאית** - המשיבה (באמצעות ב"כ סרן מיטל זריהן)

**ובעניין:**

**התביעה הצבאית** - המערער (באמצעות ב"כ סרן מיטל זריהן)

**נגד**

**וסאם עלי מחמד ראדי, ת"ז XXXXXXXXXX** - המשיב (באמצעות ב"כ עו"ד לאה צמל)

ערעורים על פסק דינו של ביהמ"ש הצבאי יהודה (בפני הרכב בראשות כב' השופט סא"ל רונן עצמון וכב' השופטים רס"ן מנחם ליברמן ורס"ן אמיר דהאן)

בתיק מס' 2937/05 מיום 7.10.10

(ערעור התביעה התקבל

ערעור ההגנה נדחה)

תאריך הישיבה: 29 במרץ 2011, כ"ג באדר ב' התשע"א

חקיקה שאוזכרה:

[חוק סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\], תשמ"ב-1982: סע' 74](#)

[צו בדבר הוראות ביטחון \[נוסח משולב\] \(יהודה והשומרון\) \(מס' 1651\), תש"ע-2009: סע' 222\(א\)](#)

[פקודת הראיות \[נוסח חדש\], תשל"א-1971: סע' 10א, 10א\(ג\), 10א\(ד\), 54א](#)

א

## מיני-רציו:

\* הוכח מעבר לספק סביר כי המשיב הכה בראשו של החייל יוסף אברהמי ז"ל במפתח צלב בעודו בחיים, והתקיים היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה של גרימת מוות בכוונה. לפיכך, בוטלה הרשעת המשיב בעבירה של פגיעה בביטחון האזור, הוא הורשע בעבירה של גרימת מוות בכוונה והושת עליו עונש מאסר עולם.

\* עונשין – עבירות – גרימת מוות

\* עונשין – מחשבה פלילית – הוכחתה

\* דיון פלילי – ערעור – התערבות במימצאים עובדתיים

\* דיון פלילי – הרשעה – ערעור

\* דיון פלילי – הרשעה – ספק סביר

\* ראיות – חיסיון – תעודת חיסיון

\* ראיות – עדות – העדה מחדש

ביום 12.10.00 טעו בדרכם חיילי המילואים ואדים נורז'ין ויוסף אברהמי ז"ל (להלן: המנוח), והגיעו לפאתי העיר רמאללה. הם נלקחו לתחנת המשטרה הפלסטינית, שם התנפל עליהם המון אדם משולהב, שהכה בהם, השליך אחד מהם מחלון הקומה השנייה של התחנה, וגרם למותם. המערער בתיק ע' 2641/10 והמשיב בתיק 2731/10 (להלן: המשיב) הואשם בכך שהצטרף לאנשים שנטלו את גופת החייל ואדים ז"ל, לכיוון כיכר מנארה והתעללו בגופה, עד שהגיע רכב וחילץ את הגופה מן ההמון. לאחר מכן פנה לתחנת המשטרה, הבחין במנוח שוכב על הרצפה בתוך שלולית דם, נטל מידי אחר מפתח צלב, והכה באמצעותו בראשו של המנוח בשעה שהמנוח עוד היה בחיים, וכתוצאה מהמכות והחבלות של המשיב וחבריו, נפח המנוח את נשמתו. המשיב הורשע בעבירה של פגיעה בביטחון האזור ועונשו הועמד על 7 שנות מאסר בפועל, בנוסף למאסר על תנאי. עסקינן בערעורי שני הצדדים על פסק הדין של בימ"ש קמא.

בית המשפט הצבאי לערעורים קיבל את ערעור התביעה הצבאית בע' (איו"ש) 2731/10, דחה את ערעור המערער בע' (איו"ש) 2641/10 ופסק כי:

במקרה דנן יש שתי ראיות, שבימ"ש קמא ראה לתת אמון בכל אחת כשלעצמה, שתואמות זו את זו, וכל אחת מהן משמשת כחיזוק ראיתי לחברתה מהן עולה כי המשיב הכה בראשו של המנוח בעודו בחיים, באמצעות מפתח צלב שהיה בידו, ולאחר מכות אלה נפח המנוח את נשמתו. אל מול המשקל המצטבר של שתי ראיות אלו, ניצבת לבדה אמרתו של המשיב כי הכה בראשו של המנוח לאחר שהלה כבר מת בעקבות המכות שספג קודם לכן. מדובר בגרסה מתפתחת של נאשם שמנסה להרחיק עצמו מן העבירה, ומודה כי שיקר בפרט מהותי בה, ועולות ממנה סימני אשמה לרוב. מדובר גם בנאשם ששיקר על דוכן העדים בשני פרטים מהותיים, ובימ"ש קמא קבע במפורש כי אין לתת אמון בעדותו. גם אם לא ניתן למצוא בשקרים אלו חיזוק ראיתי נוסף לראיות התביעה, ודאי שיש בהם כדי לפגוע במידה ניכרת במשקל הראיתי של אמרתיו. בנסיבות אלה, אין באמרות המשיב כדי לכרסם במשקל המצטבר של הראיות האחרות שמחזקות זו את זו, ולפיכך עלה בידי התביעה להרים את נטל ההוכחה הנדרש במשפט הפלילי, ביחס לעובדות המפורטות בכתב האישום. לפיכך, הוכח מעל לכל ספק סביר כי המשיב הכה במנוח בראשו, באמצעות מפתח הצלב שהיה בידו, בעת שהמנוח עוד היה בחיים, ולאחר המכות הללו מצא המנוח את מותו.

אשר לשאלת היסוד הנפשי הנדרש לפי הדין באזור, בעבירה של גרימת מוות בכוונה, נפסק כי לצורך הרשעה בעבירה של גרימת מוות בכוונה יש להוכיח הן את כוונת הקטילה והן את הרצון והחפץ בתוצאה זו, וכי ניתן להוכיח כוונות אלה הן בראיות נסיבתיות, והן בהסתמך על חזקת הכוונה, לפיה אדם מתכוון לתוצאה המסתברת הנובעת ממעשיו. בענייננו חזקת הכוונה, כמו גם ניסיון החיים והשכל הישר, מביאים למסקנה כי מי שהכה בכלי מברזל בראשו של אדם גוסס כפי שעשה המשיב, התכוון לגרום למותו, ואף חפץ בתוצאה זו, שאלמלא כן, לא היה נוהג כפי שנהג. המשיב לא סתר חזקה זו. לפיכך, התקיים במשיב היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה של גרימת מוות בכוונה.

משהוכח מעבר לכל ספק סביר כי המשיב הכה בראשו של המנוח באמצעות מפתח צלב שהיה בידו, בעת שהמנוח עוד היה בחיים, ומשהתקיים גם היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה של גרימת מוות בכוונה, יש לבטל את הרשעתו בעבירה של פגיעה בביטחון האזור, להרשיעו בעבירה של גרימת מוות בכוונה, לדחות את ערעור המשיב על זיכוי מעבירה זו ולהשית על המשיב עונש מאסר עולם; בימ"ש ציין אשר לעדכון היקף החיסיון במהלך המשפט כי התביעה נהגה בדיוק לפי המתווה שנקבע בעניין פחימה: היא פנתה למפקד האזור שהוציא את החיסיון ומפקד האזור נעתר לבקשתה. עוד צוין כי בימ"ש קמא טעה כאשר דחה את בקשת התביעה לזמן את אחד העדים למתן עדות משלימה, שכן כל עוד לא נסתיימה פרשתו של בעל הדין, רשאי הוא לחזור ולקרוא אל דוכן העדים עד שכבר העיד מטעמו. לא היה מקום לביקורת החריפה שמתח בימ"ש קמא על התנהלות התביעה בעניין צמצום החיסיון, ומכל מקום היא לא יכולה לשמש נימוק להחלטה בעניין זימונו בשנית של אחד העדים, וראוי היה לזמנו לעדות משלימה.

## פסק דין

### הנשיא אל"ם אהרון משניות :

א. כללי

ערעורים אלו עוסקים בפרשה קשה שהסעירה את המדינה לפני תריסר שנים בקירוב, ובימ"ש קמא היטיב לתאר במילים קצרות את האירוע שבו מדובר, ואת השאלות שבמחלוקת בתיק זה, ומוטב להביא את הדברים כלשונם:

**"ביום 12.10.2000 רעשה הארץ. ביום זה, ועל כך אין מחלוקת בין הצדדים, טעו בדרכם שני חיילי מילואים, ואדים נורז'יץ ויוסף אברהמי זכרם לברכה, והגיעו לפאתי העיר רמאללה. הם נלקחו לתחנת המשטרה הפלסטינית, שם התנפל עליהם המון אדם משולהב, שהכה בהם בכל הבא ליד, השליך אחד מהם מחלון הקומה השנייה של התחנה, ובסופו של דבר גרם למותם של השניים.**

**השאלות העומדות להכרעה בתיק זה הינן, מה היו מעשיו המדויקים של הנאשם במהלך אירוע זה, ובאיזה שלב עשה אותם: האם לפני מותו של החייל אברהמי ז"ל או לאחריו."**

**וסאם עלי מחמד ראדי**, שהינו המערער בתיק ע' 2641/10 והמשיב בתיק 2731/10, להלן המשיב, הואשם בכך שבאותו יום מר ונמהר, ניצב על משמרתו בפתחו של בנק סמוך לתחנת המשטרה, כאשר הגיעו אליו שני שוטרים ועדכנו אותו כי שני חיילים ישראלים שטעו בדרכם, נמצאים בתחנת המשטרה, במשמורת השוטרים. המשיב מסר את הנשק שהיה ברשותו לאחד השוטרים שהיה אחראי על הנשקיה, ופנה לעבר תחנת המשטרה. בהגיעו, ראה המון משולהב מנסה להיכנס לתחנה, ושוטרים מנסים למנוע זאת. המשיב הצטרף לאנשים שנטלו את גופתו של אחד החיילים, ואדים ז"ל, לכיוון כיכר מנארה הסמוכה והתעללו בגופה, עד שהגיע רכב וחילץ את הגופה מידי ההמון.

לאחר מכן, שב המשיב לתחנת המשטרה, ועלה לחדר בקומה השנייה שבו היה אזרחים ושוטרים שעסקו בהכאתו של רס"ל אברהמי ז"ל (להלן: החייל או המנוח). המשיב הבחין במנוח שוכב על הרצפה בתוך שלולית דם, כאשר אחד, עד תביעה 3 חוסיין אל-לוח (להלן גם אל-לוח), מכה אותו באמצעות מפתח צלב שהיה בידו. לפי הנטען בכתב האישום, המשיב נטל מידי אל-לוח את מפתח הצלב, והכה באמצעותו בראשו של המנוח בשעה שהמנוח עוד היה בחיים, וכתוצאה מהמכות והחבלות של המשיב וחבריו, נפח המנוח את נשמתו.

## **ב. ההליכים בבימ"ש קמא**

כתב האישום נגד המשיב הוגש ביום 30/06/05, וחודשים אחדים לאחר מכן, ביום 12/12/05 הודיעה התביעה על תיקון כתב האישום, ע"י הוספת שני עדים נוספים לרשימת עדי התביעה, ולמחרת, ביום 13/12/05, הודיעה התביעה כי הוצאה תעודת חיסיון בתיק. אף-על-פי-כן, ישיבת ההוכחות הראשונה התקיימה כשנתיים בקירוב לאחר מכן, ביום 10/10/07, בשל קיומם של ניסיונות הידברות עקרים בין הצדדים, ובשל דחיות חוזרות ונשנות, מטעמים הקשורים בהתנהלותם של שני הצדדים, וכן בשל אי התייצבותה של הסנגורית לחלק מהישיבות. הסנגורית אף לא הופיעה לישיבת ההוכחות הראשונה, ובית המשפט החליט ברוב דעות לשמוע את חקירתו הראשית של עד תביעה 3 (להלן גם אל-לוח), אף בלא נוכחות הסנגורית. במהלך עדותו הוכרז העד

כעד עוין, והכחיש את הגרסה המפלילה שמסר באמרה שנגבתה במהלך חקירתו במשטרה, בטענה כי היה נתון בלחץ נפשי בעת גביית האמרה.

חקירתו הנגדית התקיימה בסופו של דבר כעבור 9 חודשים, ובה שב העד והכחיש דברים שמסר באמרתו, וציין כי הוא מסר את מפתח הצלב למשיב, והמשיב הכה במפתח על הרצפה בסמוך לגופתו של המנוח, בכדי שייראה כאילו הוא מכה במנוח, בכדי שההמון לא יחשוד בו שהוא עוזר לחיילים. בהמשך המשפט העידו שני חוקרי משטרה שגבו אמרות של המשיב, שאחת מהן הוגשה וסומנה ת/10. כמו כן, העידו שלושה עדים שהיו מעורבים באירוע הלינץ', על עצם קיומו של האירוע, אולם ציינו כי לא ראו את המשיב נוטל בו חלק, ובצדק העיר בימ"ש קמא כי לא היה מקום לעדותם, מפני שעצם קרות האירוע לא הוכחש ע"י ההגנה. בהמשך המשפט הוגשו אמרותיו של אל-לוח במשטרה באמצעות החוקר שגבה אותן, וכעבור ישיבות אחדות שבהן נדונו ענייני פרוצדורה למיניהם, ביום 20/11/08, נשמעה עדותו של עד תביעה נוסף, פלוני [XXX], ועדותו נשמעה בדלתיים סגורות, כשהוא עצמו מוסתר ע"י פרגוד.

בימ"ש קמא ייחס חשיבות רבה לעדותו של פלוני, ואף ציטט חלק מעדותו בהכרעת הדין. תמצית דבריו של העד [XXX], היא כי המשיב ציין בפניו כי בחקירתו בשב"כ אישר כי היה במקום הרצח אך הכחיש כי השתתף בעצמו בהכאת המנוח, אולם לאמתו של דבר הוא לקח מידי אל-לוח מפתח צלב ששימש אותו להכאת המנוח, ואף הוא הכה את המנוח באמצעות אותו מפתח, פעמיים – שלוש, בראשו מעל האוזן, עד שהמנוח שעוד הראה סימני חיים קודם לכן, חדל מלנוע. העד נחקר בחקירה נגדית ממושכת וצולבת, אולם חלק מהשאלות שנשאלו ע"י הסנגורית נפסלו ע"י בית המשפט, שקבע כי מדובר בנושאים שנוגעים לשיטות הפעולה של השב"כ, ולכן הם חוסים תחת תעודת החיסיון.

לאחר עדותו של פלוני, הודיעה התביעה לבית המשפט כי פנתה לבית המשפט הצבאי לערעורים, בבקשה לחשוף ראייה שהייתה חסויה עד כה. בעקבות זאת, ניתנה החלטת האב"ד הנכבד, ביום 31/12/08 כי על התביעה לפנות למפקד כוחות צה"ל באזור שחתום על תעודת החיסיון. כך אכן נהגה התביעה, וביום 22/01/09 הודיעה לבית המשפט כי מפקד כוחות צה"ל צמצם את היקף החיסיון, [XXX]

בעקבות זאת ביקשה התביעה לשוב ולהעיד את פלוני, ביחס לפרטים שהיו חסויים קודם לכן, ועתה הותרה חשיפתם. בהחלטה מאותו יום, קבע האב"ד כי העד אכן יזומן לעדות משלימה. אולם בהחלטה נוספת מיום 12/02/09, נתנה לצדדים אפשרות לטעון באשר לעדותו המשלימה של עד זה, והסנגורית אכן הביעה התנגדות נמרצת להעדתו בשנית, ובימ"ש קמא קיבל ברוב דעות את עמדתה, תוך שהוא מציין בהחלטתו מיום 26/03/09, כי **"רוב השופטים בדעה שקבלת בקשתה של התביעה תפגע פגיעה אנושה בהגינות ההליך ועל כן אין להיענות לה..."**

בעקבות החלטת המפקד הצבאי לצמצם את היקף החיסיון, עתר המשיב לבג"ץ, וביקש בין היתר צו ביניים כנגד שמיעת עדותו של "סולי". בסופו של דבר נמחקה העתירה, לאחר שהמשיב חזר בו

מן העתירה בעקבות המלצת בית המשפט העליון, שציין בפסק דינו בבג"ץ 2917/09 [פורסם בנבו] כי מקומן של הטענות שהועלו בעתירה, בערכאה הדיונית או בבית המשפט הצבאי לערעורים.

אחר הדברים האלה, בקשה התביעה לזמן לעדות את העד המכונה "סולי" שהינו חוקר שב"כ, ובית המשפט נעתר לבקשה במורת רוח, תוך שהוא מציין בהחלטתו מיום 12/05/09, כי מדובר בהתנהלות לא הוגנת של התביעה, שעוד תיבחן בהכרעת הדין. עם זאת, בית המשפט נעתר לבקשת התביעה והורה כי עדותו של "סולי" תישמע בדלתיים סגורות, והתביעה הודיעה כי באותה ישיבה יחקר העד רק על חלקו בחקירת אל-לוח, ובישיבה אחרת יעיד גם על חלקו בחקירת המשיב.

העד "סולי" אכן החל להעיד בבית המשפט באותו יום, וציין כי [XXX] בישיבה נוספת ביום 13/07/09 נמשכה עדותו של "סולי", ביחס לחקירתו של המשיב, והעד ציין כי [XXX]

נוכח האמור, הועבר המשך הדיון בשאלה זו, לשופט אחר שאמור היה לדון בטענותיה של הסנגורית, בהליך של גילוי ראיות לפי סעיף 74 לחסד"פ, אולם נוכח אי התייצבותה של הסנגורית לשתי ישיבות שנקבעו לדיון זה, נמחקה בקשתה. בסופו של דבר בית המשפט החליט ברוב דעות [XXX] ונימק בהרחבה את הטעמים לכך בהכרעת הדין, נגד דעתו החולקת של האב"ד. בהמשך המשפט, הודיעה הסנגורית כי היא מוותרת על עדותו של פתולוג שנמנה על עדי התביעה, ובכך הסתיימה פרשת התביעה, ונסללה הדרך לקיומה של פרשת ההגנה.

המשיב היה למעשה העד היחיד שהעיד במסגרת פרשת ההגנה, ועדותו החלה להישמע ביום 01/02/10. החקירה הראשית שלו הייתה קצרה מאוד, ובה אישר את הדברים שמסר באמרות שנגבו ממנו במשטרה. לעומת זאת, החקירה הנגדית הייתה ממושכת ומפורטת, ונמשכה שלוש ישיבות. תמצית גרסתו של המשיב בחקירה הנגדית היא כי באותו יום שמר בסניף בנק סמוך, ולקראת סוף המשמרת הגיעו אליו שני שוטרים ולקחו ממנו את הנשק. הם סיפרו לו על המהומה באזור תחנת המשטרה, ולאחר שסיים את משמרתו בבנק, הלך לכיוון התחנה, וראה המון משולהב צר על התחנה ומיידה אבנים לעברה.

בתחילה הצטרף להמון שנשא גופה של חייל מתחנת המשטרה לכיוון כיכר מנארה, ולאחר שהתקהלות בכיכר פסקה, בעקבות הגעת כוחות של הביטחון הלאומי, הוא שב לתחנת המשטרה, תחילה לאזור המגורים, ולאחר מכן נכנס לתחנה עצמה, ועלה לחדר בקומה השנייה שהיה מלא באנשים, וחייל שוכב במרכזו. הוא הבחין באל-לוח מכה בחייל באמצעות מפתח צלב, וכשניסה למנוע זאת ממנו, אמר לו אל-לוח כי סבל הרבה מחיילי צה"ל, ומסר לו את מפתח הצלב. לדבריו, הכה ברצפה באמצעות הכלי בכדי להרתיע את האנשים, ובמכה השנייה או השלישית, אחד האנשים דחף אותו, ולכן פגע בכלי ליד ראשו של החייל.

לדבריו, החייל לא דימם באותו שלב, ונאמר לו קודם לכן שהחייל מת. המשיב עומת עם דברים שמסר בחקירתו במשטרה, וכשעומת עם גרסתו של אל-לוח כי בעת שהכה אותו נשמעו מהמנוח חרחורים וקולות נשימה, ולכן הוא ביקש מהמשיב להפסיק, השיב כי אל-לוח שקרן (עמ' 9 לפרוטוקול הנ"ל, שורות 38 – 40).

בהמשך חקירתו עומת המשיב עם הדברים שמסר פלוני בעדותו, [XXX]. המשיב הכחיש כי אמר לפלוני שהמנוח עוד היה חי בעת שהכה אותו, [XXX] לאחר חקירה חוזרת קצרה הסתיימה עדותו של המשיב, ותמה פרשת ההגנה. ב"כ הצדדים סיכמו טיעוניהם, התביעה - בכתב, וההגנה - בע"פ, וביום 10/10/10 הכריע בימ"ש קמא בדינו של המשיב, וזיכה אותו מהעבירה של גרימת מוות בכוונה, ותחת זאת הרשיע אותו בעבירה של פגיעה בביטחון האזור.

### ג. הממצאים והמסקנות בהכרעת הדין

הכרעת הדין בנויה מכמה נדבכים, וניכרת מממנה ביקורת קשה שמתח בימ"ש קמא על התנהלותה של התביעה, כמפורט להלן. כבר בתחילת הכרעת הדין, כאשר בית המשפט מתייחס להודעת התביעה על תיקון כתב האישום, עולה מדבריו נימה ביקורתית כלפי עמדת התביעה כי ניתן היה להודיע על תיקון כתב האישום, בלי לבקש את אישורו של בית המשפט, מפני שטרם התקיימה הקראה. בהמשך, הביקורת חריפה יותר, בעיקר בכל הנוגע לדרך טיפולה של התביעה בראיות החסויות.

לדידו של בימ"ש קמא, נהגה התביעה באופן חסר תקדים, כאשר במהלכו של המשפט, לאחר שנשמעו חלק מן העדים, פנתה למפקד הצבאי, ובקשה לצמצם את היקף החיסיון, והמפקד הצבאי טעה כאשר נעתר לבקשה. [XXX]

לאחר שהמפקד הצבאי החליט את אשר החליט, ציפה בית המשפט כי יינתן לו הסבר "להחלטה הפכפכה זו של מפקד האזור" כלשונו, ומשלא ניתן לו הסבר כאמור, החליט בית המשפט ברוב דעות, שלא להתיר לתביעה לזמן לעדות נוספת את פלוני, לאחר שכבר הסתיימה חקירתו הנגדית: "בהעדר הסבר לשינוי, לא יכולנו לבחון את חוקיותו, ועל כן קבענו, ברוב דעות, שאין סיבה לסטות מסדרי הדין הקבועים בחוק". בית המשפט אף כינה את התנהלותה של התביעה בעניין זה כפגיעה חמורה בהגינות ההליך השיפוטי ובמראית פני הצדק.

[XXX] השופט עצמון ציין בהחלטתו כי גם אם התביעה גילתה במהלך המשפט כי טעתה בהערכה הראשונית שלה באשר לחומר הראיות שהתכוונה להגיש, אין זה מן הראוי כי גורלו של המשפט יוכרע בגלל טעות זו, ויש לאפשר לתביעה לתקן את הטעות, ולהגיש ראיה נוספת, תוך מתן מלוא האפשרות להגנה, לטעון כנגד אותה ראיה נוספת. עמדה זו לא התקבלה כאמור, ע"י רוב השופטים, [XXX]

כאמור לעיל, בית המשפט קבע כי אינו יכול למנוע את שמיעת עדותו של העד המכונה "סוליי", [XXX] בסיום דבריו בסוגיה זו, ציין בית המשפט, למעלה מן הצורך, כי התביעה הצבאית פעלה בעניין זה בניגוד לחובת ההגינות המוטלת עליה, וכי מדובר "בפגם מהותי בפועלה של התביעה הצבאית, אשר אין ספק כי עומד הוא בסתירה לתחושת הצדק וההגינות", [XXX]

בסופו של דבר, החליט בית המשפט לקבל כראיה את המסמכים הבאים: 3 אמרות של המשיב, מהתאריכים 25/05/05, 14/06/05 ו-19/06/05, וכן מסמך בכתב ידו של המשיב מיום 25/05/05; 4

מסמכים הקשורים לאל-לוח, ובכללם אמרה מיום 29/04/02, זכ"ד מחקירתו ומסמך בכתב ידו, וכן פרוטוקול מעדות שמסר בתיק של נאשם אחר ביום 02/09/07; שתי אמרות של עד תביעה מס' 7 אבו-עידה, מיום 10/02/05 ומיום 20/02/05, וכן שתי חוות דעת פתולוגיות. תריסר המוצגים הללו מצטרפים לעדויות שנשמעו במהלך המשפט, וכל אלה יחדיו מהווים למעשה את התשתית הראייתית שעל פיה הכריע בימ"ש קמא את דינו של המשיב, וקבע ממצאים ומסקנות בעניינו, כמפורט להלן.

תחילה דן בית המשפט בגרסתו של אל-לוח, וקבע כי אין לתת אמון בעדותו בפניו, אולם באמרה שמסר במשטרה הוא מפליל את המשיב. בית המשפט ציטט כמה קטעים מהאמרה, מהם עולה כי בעת שהמשיב הכה במנוח, נשמעו ממנו קולות נשימה, ולכן הוא – אל-לוח – אמר לו להפסיק, ואף הזיז אותו בידו בכדי למנוע ממנו להמשיך להכות בחייל. אל-לוח חזר על גרסה זו גם במסמך שכתב בכתב ידו, ועל פני הדברים, מדובר בגרסה מפלילה ברורה וחד משמעית, שלא ניתנת להתפרש בדרך אחרת, אלא כמעורבות פעילה של המשיב בהכאתו של המנוח בראשו באמצעות כלי מברזל, בעודו בחיים.

למרות זאת, סבר בימ"ש קמא כי לא ניתן לתת משקל ממשי לדברים שנמסרו באמרה, מהטעמים הבאים: **ראשית**, העד מסר את גרסתו כשנה ומחצה לאחר האירוע; **שנית**, מדובר באירוע מסעיר ביותר, ולכן יש לפקפק ביכולתו של העד לזכור את זהות המעורבים באירוע, במיוחד כאשר מדובר בעשרות אנשים שהיו בחדר, שרבים מהם לא הזכירו את המשיב כמי שהיה מעורב אף הוא באירוע זה; **שלישית**, העד לא דייק בדברים שמסר ביחס למעורב אחר באירוע, אבו-עידה, וגרסתו בפרט מסוים שונה מהגרסה שמסר אבו-עידה עצמו, ולכן לא ניתן לתת אמון מלא בדבריו; **רביעית**, גם בגרסתו של העד ביחס למשיב יש קושי, מפני שהיא אינה עולה בקנה אחד עם גרסתו של המשיב עצמו, בעדותו בבית המשפט, בפרט מסוים שניתן לבדיקה בנקל, אך לא נבדק ע"י התביעה.

בשל כל הטעמים הללו, בא בית המשפט למסקנה כי **"... אמרותיו בעת חקירותיו רצופות קשיים ובעיות, כך שלמרות שככל הנראה האמרות משקפות את האמת באופן כללי, אין בהן די להוות בסיס ראייתי איתן לפרטים הרבים המופיעים בהן, ובוודאי שלא ניתן יהיה לבסס עליהן הרשעה של אדם במעשה רצח"**.

לאחר מכן, נפנה בית המשפט לדון בגרסתו של פלוני, וקבע כי עדותו בבית המשפט הותירה רושם מהימן, וניכר בו כי הוא מעוניין לסייע לבית המשפט בגילוי האמת, במגבלות החיסיון שהוטל על חלק מהראיות. למרות זאת, קבע בית המשפט כי לא ניתן לתת משקל גבוה לעדותו, מפני שהתביעה התנגדה לכך שהעד יספר כיצד רוענן זכרונו לקראת העדות ובית המשפט קיבל את עמדתה, ולכן אינו יכול להתרשם בעצמו מהבסיס לדברים המדויקים והמפורטים שייחס למשיב, ונותר בו חשש כי העד אינו מעיד רק מזיכרונו, אלא משלים פרטים בעקבות הרענון. בסופו של דבר הגיע בית המשפט למסקנה כי משקלה של העדות כה נמוך, עד שלא ניתן לבסס עליה הרשעה בפלילים.



אשר לגרסתו של המשיב עצמו, קבע בית המשפט כי לא ניתן לתת אמון כלשהו בעדותו בבית המשפט, אולם ניתן לתת אמון בגרסה שמסר באמרתו במשטרה, שבה הודה במפורש כי הכה את המנוח בראשו, מפני שיש תימוכין לגרסה זו גם באמרתו של אל-לוח וגם בעדותו של פלוני. מכאן, מסקנתו של בית המשפט "... שהנאשם אכן הכה בראשו של החייל אברהמי באמצעות מפתח צלב, כאשר החייל היה עוד שרוע על הרצפה במשרד בקומה השנייה של תחנת המשטרה ברמאללה".

אלא שבית המשפט סבר כי אין די בממצא עובדתי זה, בכדי להביא להרשעת המשיב, מפני ש"עדיין עומדות שתי שאלות לפתחו של בית המשפט: ראשית, מה היו כוונותיו של הנאשם בעת שנתן את המכה לחייל, ושנית, האם המנוח היה עדיין בחיים בעת שהנאשם הכה בו". ביחס לשאלה הראשונה, ראה בית המשפט להביא ציטוט מדבריו של המשיב בחקירתו: "אני הכיתי כי אני לא יודע מה קרה לי ואני הייתי כועס על מה שהיה שם אותו יום וכולם קראו לנו פחדנים ושיגעו לנו את הראש", ומכאן הסיק בית המשפט את המסקנה הבאה: "ברור שלא ניתן לייחס לנאשם כוונה של גרימת מוות, אך מנגד ברור הוא שהנאשם התכוון לפגוע בחייל ולהכות בו. אם כן, מדובר במעשה מכוון של הנאשם, מכוון לפגוע בגופת החייל כדי לפרוק תסכול וכעס, אך לא שוכנעתי שנלוותה לה כוונה לגרום לחבלה מסכנת-חיים או לגרום למותו של אדם חי". יאמר כבר עתה, כי מסקנה זו של בימ"ש קמא מעוררת בעיני תמיהה רבה, ועוד אדון בכך בהמשך.

לאחר מכן, דן בית המשפט בשאלה השנייה, וציין כי שני עדי תביעה, אל-לוח ופלוני, העידו כי המנוח היה עדיין חי בעת שהוכה ע"י המשיב, אלא שהמשקל של עדותם אינו גבוה, ואל מול עדויות אלה, ניצבת גרסתו של המשיב במשטרה, אשר טען כי החייל היה כבר מת בעת שהוכה על ידו, "ואילולא היה בטוח בכך לא היה מכה בו" כלשון פסק הדין. בנסיבות אלה, סבר בית המשפט כי אין די בעדויות של שני עדי התביעה בכדי להוכיח מעל לכל ספק סביר כי המנוח היה עדיין בחיים בעת שהוכה ע"י המשיב, ולכן לא ניתן להרשיעו בעבירה של גרימת מוות בכוונה.

בית המשפט ציין עוד כי שקל את האפשרות להביא עדים מטעמו לבירור עניין מצבו של המנוח בעת שהוכה ע"י המשיב, אולם נמנע מלעשות כן, בשל פסיקתו של בימ"ש זה בעניין **אבו-סרור (ע) 3743/06, אשרף אבו סרור נ' התובע הצבאי** [פורסם בנבו]), אשר קבע כי יש לנהוג כך רק במקרים חריגים במיוחד, ולדעת בית המשפט, המקרה שלפנינו אינו נכלל בגדרם של אותם מקרים חריגים. בכל אופן, אף שהוחלט כי לא ניתן להרשיע את המשיב בעבירה שיוחסה לו, בא בית המשפט לכלל מסקנה כי התנהלותו של המשיב באירוע, יכולה לבסס את הרשעתו בעבירה אחרת, ולאחר שקיבל את התייחסות ב"כ הצדדים לאפשרות זו, החליט להרשיעו בעבירה של פגיעה בביטחון האזור, לפי **סעיף 222(א) לצו בדבר הוראות ביטחון**.

אשר לעונש, נחלקו דעות השופטים, וכל אחד מהשופטים נקט עמדה שונה: האחד סבר כי העונש הראוי הוא 3 שנות מאסר בפועל, השני סבר כי העונש הראוי הוא 7 שנות מאסר בפועל, והשופט השלישי סבר כי נסיבות החומרה שלפנינו, מצדיקות השתת עונש של 10 שנות מאסר בפועל. כפי שקובע הדין, הועמד העונש בסופו של דבר על 7 שנות מאסר בפועל, בנוסף למאסר על תנאי.

**ד. טענות הצדדים**

שני הצדדים מערערים על פסק הדין. תחילה הוגש ערעור ההגנה. הסנגורית ציינה בהודעת הערעור הקצרה שהגישה, כי בית המשפט ניתח את הראיות בצורה מבריקה, וגילה תעוזה שוב ושוב, ומובן כי אין היא חולקת על הכרעת הדין שזיכתה את מרשה מהעבירה החמורה שבה הואשם, אף שהיא סבורה כי היה צריך לזכות את המשיב זיכוי מלא, ולא רק זיכוי מחמת הספק. עוד טוענת הסנגורית כי בית המשפט טעה כאשר בחר בסופו של דבר להרשיע את מרשה בעבירת סל של פגיעה בביטחון האזור, בעוד שלדעתה ראוי היה להרשיע אותו בעבירה קונקרטית של פגיעה בחייל. הסנגורית ציינה עוד כי אילו מרשה היה מורשע בעבירה המתאימה, סביר להניח שהיה נגזר עליו עונש קל יותר, אולם גם העונש שגזר בית המשפט נמצא במתחם הסבירות.

לעומת זאת, התביעה הגישה ערעור מפורט ביותר על הכרעת הדין. בהודעת הערעור, שמשתרעת על 52 עמודים, תקפה התביעה כמעט את כל הכרעותיו של בימ"ש קמא בהכרעת הדין. בתחילת טיעוניה התייחסה התביעה בהרחבה לעניין תעודת החיסיון, שבו מתח בימ"ש קמא ביקורת חריפה על התביעה. לטענת התביעה, רשאי המפקד הצבאי שהוציא את תעודת החיסיון, לעשות הערכה מחודשת של החומר החסוי, בעקבות התפתחויות שאירעו במהלך המשפט, ובכל מקרה בימ"ש קמא אינו הפורום הנאות לבחון את חוקיות החלטותיו של המפקד הצבאי בעניין זה. התביעה הפנתה בעניין זה להחלטתו של בימ"ש זה בבי"ש 5320/08, [פורסם בנבו] שבה נקבע במפורש כי **"...המפקד הצבאי הוא בעל החיסיון אשר ברצותו יטילנו וברצותו יסירנו"**, וכי התביעה הצבאית אשר מייצגת את המפקד הצבאי, רשאית להמליץ לו **"להפעיל את סמכותו על פי חוק ולתחום מחדש את גבולות החיסיון"**.

התביעה טוענת עוד כי טעה בימ"ש קמא כאשר החליט ברוב דעות שלא לזמן לעדות נוספת את פלוני, בנימוק שהדבר עלול לפגוע פגיעה אנושה בהגינות ההליך. לטענת התביעה, כאשר פרשת התביעה טרם הסתיימה, היא רשאית לזמן לעדות גם עדי תביעה שכבר העידו קודם לכן, והשיקול היחיד שבית המשפט רשאי לשקול בשלב זה הוא מידת הרלבנטיות של העדות, לבירור השאלות הנדרשות להכרעה בבית המשפט. במיוחד אמורים הדברים, כאשר תוכן עדותו של העד כבר נמסר בעיקרו להגנה כפרפראזה של החומר החסוי, וכאשר גרסתו של המשיב היא [XXX]. בנסיבות אלה, קשה להבין כיצד זימונו של העד בשנית פוגעת בהגינות ההליך, ובכל מקרה ראוי לשקול גם את האינטרס הציבורי שמחייב את מיצוי הדין כלפי עבריינים שביצעו עבירות חמורות, ושיקול זה כלל לא נשקל בהחלטת בימ"ש קמא.

[XXX]

בהמשך טיעוניה מלינה התביעה על ממצאי המהימנות שקבע בימ"ש קמא. התובעת ראתה להדגיש כי אין היא חולקת על קביעותיו של בית המשפט באשר למהימנותם של העדים שהעידו לפניו, והיא מבקשת מבית משפט זה לאמץ קביעות אלה, אולם לטענתה טעה בית המשפט כאשר קבע כי למרות שפלוני הותיר עליו רושם מהימן של אדם שמבקש לסייע בגילוי האמת, ניתן לעדות משקל נמוך מפני שמגבלות החיסיון הטילו צל כבד על עדותו, ולא אפשרו לבית המשפט לבחון

כיצד רוענן זכרונו של העד לקראת עדותו. גם בעניין עדותו של אל-לוח, טוענת התביעה כי טעה בית המשפט כאשר קבע כי אין לתת משקל גבוה לגרסה שמסר אל-לוח בחקירתו במשטרה.

לטענת התביעה, יש להתייחס למכלול הראיות כאל מקשה אחת, וגם אם כל ראיה בפני עצמה מעוררת ספק כזה או אחר, המשקל המצטבר של כל הראיות יחדיו, ובמיוחד עדותו של פלוני, שבית המשפט ראה לתת בו אמון מלא, ביחד עם הגרסה שמסר אל-לוח במשטרה, בצד חוסר האמון של בית המשפט בעדותו של המשיב עצמו, יש בכל אלה כדי לעמוד בנטל ההוכחה הנדרש במשפט פלילי, של מעל לכל ספק סביר. לכן עותרת התביעה להרשעתו של המשיב בעבירה של גרימת מוות בכוונה שיוחסה לו בכתב האישום, וגזירת עונש מתאים של מאסר עולם.

#### ה. מידת ההתערבות של ערכאת הערעור בממצאים שנקבעו ע"י הערכאה הדיונית

הערעור של התביעה מעורר שלל טענות, ביחס למגוון רחב של נושאים שנדונו בפסק הדין של בימ"ש קמא, אולם נראה לי שראוי לבחון בפתח הדברים את מכלול הראיות שעמדו בפני בימ"ש קמא, בהתאם לקביעותיו באשר לראיות הקבילות שהוא החליט להסתמך עליהן בפסק דינו. בימ"ש קמא הקדיש חלק ניכר מהכרעת הדין לעניין השינוי בתעודת החיסיון, והמשמעות הנובעת מכך [XXX] ולעדותו בשנית של פלוני, אולם הוא נמנע מלדון במשקלן של הראיות שהתקבלו על ידו, בהתאם לדיני הראיות הרגילים.

מבחינה זו ניתן לומר שהעיקר חסר בהכרעת הדין, בהיעדר התייחסות למשקלן של האמרות שהתקבלו, בהתאם לכללים שבסעיף 10א לפקודת הראיות. גם ב"כ הצדדים הלכו בדרכו של בימ"ש קמא, [XXX], ורק בסוף הודעת הערעור, בעמ' 49 בסעיף 142, טענה התביעה בשפה רפה כי שגה בימ"ש קמא "כשלא אזכר מילה וחצי מילה אודות התוספת הראייתית של דבר מה נוסף הנדרשת להודאת המשיב בפני פלוני, ולחילופין החיזוק הנדרש לדבריו של אל-לוח לפי סעיף 10א לפקודת הראיות".

בכל אופן, מאחר ובית המשפט התבסס בהכרעת הדין על המוצגים שהוא אישר את קבילותם, ועל העדויות שנשמעו בפניו, אדון תחילה בממצאים ובמסקנות שנקבעו בהכרעת הדין, בהתאם לתשתית הראייתית שעמדה בפני בית המשפט. בטרם אדון בראיות לגופן, ראוי להקדים מילים אחדות על מידת ההתערבות של ערכאת הערעור בממצאים ובמסקנות של הערכאה הדיונית.

ככלל, ערכאת הערעור נמנעת מלהתערב בעניינים של ממצאים עובדתיים ושיקולי מהימנות, שבהם יש בדרך כלל יתרון לערכאה הדיונית, שיכלה להתרשם באופן בלתי אמצעי מהעדויות שנשמעו בפניה. אולם גם לכלל זה יש יוצאים מן הכלל, ובפסיקה נקבעו כמה חריגים לכלל האמור. כך למשל נקבע בעניין יוסובוב:

"... החריגים אותם ניתן למנות הינם: הראשון, כאשר ממצאיה של הערכאה הדיונית מתבססים על ראיות בכתב ולא על הופעתם, התנהגותם ודבריהם של העדים, שכן במקרים אלו אין לערכאה הדיונית יתרון כלשהו על פני ערכאת הערעור; השני, כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מבוססים על שיקולים

**שבהגיון; והשלישי, כאשר נפלו טעויות מהותיות בהערכת המהימנות של העדויות ע"י הערכאה הדיונית..."** (ע"פ [4007/09](#) דניס יוסופוב נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו).

עוד נקבע כי "... מסקנות שהסיקה הערכאה הדיונית מן העובדות שהוכחו, להבדיל מקביעת העובדות עצמן, נתונות לביקורתה של ערכאת הערעור" (ע"פ [3166/09](#) פלוני ואח' נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו). הנה כי כן, כאשר מדובר על ראיות בכתב, ועל הסקת מסקנות ושיקולי היגיון, אין יתרון לערכאה הדיונית על פני ערכאת הערעור.

כמו כן, ראוי להבחין בין מהימנות למשקל, כאשר בענייני מהימנות יש יתרון מובהק לערכאה הדיונית, שרואה ושומעת את העדים, ויכולה להתרשם מהם באופן ישיר ובלתי אמצעי. מטבע הדברים, בשאלות של מהימנות, מידת ההתערבות של הערכאה הדיונית היא מוגבלת ביותר. לעומת זאת, "שונים פני הדברים כאשר מדובר במשקלה של העדות: הכללים המתייחסים להתערבותה של ערכאת הערעור בקביעות של משקל גמישים יותר, באשר שאלה זו אינה שאלה מובהקת של התרשמות... אלא שאלה מעורבת של חוק ושל הערכה על פי שיקולים של היגיון ושכל ישר..." (כלשונו של המלומד קדמי (על הראיות, מהדורת 2009, חלק רביעי, עמ' 1874).

על רקע האמור, נבחן את הראיות השונות.

## 1. גרסתו של אל-לוח

כאמור לעיל, אל-לוח היה העד הראשון שהעיד בבנימ"ש קמא, ובמהלך עדותו הוא הוכרז כעד עוין, כפי שעולה מפרוטוקול הישיבה מיום 10/10/07. העד העיד כי היה תחת לחץ נפשי, אולם כאמור בית המשפט לא ראה לתת אמון בעדותו בפניו, ואף קבע כי לא ניתן לייחס לה משקל כלשהו (עמ' 28 שורה 4 להכרעת הדין). בדיון שהיה בבנימ"ש קמא ביום 14/09/08 בקשה התביעה להגיש את אמרתו במשטרה של אל-לוח מיום 29/04/02, באמצעות גובה האמרה השוטר משה משה, בתום חקירתו הראשית, אולם הסנגורית התנגדה לכך מבלי שפירטה את נימוקיה. משום מה בית המשפט לא החליט על כך כבר במהלך הדיון, והותיר את החלטתו להכרעת הדין, שבה אישר את הגשת האמרה, וכלל אותה בין חומר הראיות שעמד לפניו בבואו להכריע את דינו של המשיב.

אף שהדברים לא נאמרו במפורש, מדובר למעשה בהגשת אמרה של עד מחוץ לבית המשפט, בהתאם ל**סעיף 10א לפקודת הראיות**. לפי **סעיף 10א(ג)** "בית המשפט רשאי לסמוך ממצאיו על אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה, או על חלקה, והוא רשאי להעדיף את האמרה על עדותו של העד, והכול אם ראה לעשות כן לנוכח נסיבות העניין, לרבות נסיבות מתן האמרה, הראיות שהובאו במשפט, התנהגות העד במשפט ואותות האמת שנתגלו במהלך המשפט, והטעמים יירשמו".

גובה האמרה נחקר על נסיבות גבייתה, וציין כי הוא דובר ערבית, אך אינו יודע קרוא וכתוב בשפה זו, ולכן האמרה נגבתה בשפה הערבית, ונרשמה בעברית, כאשר הוא מתרגם למערער את כל מה שנרשם באמרה, ובעת הצורך אף נעזר במילון מתאים. גובה האמרה הדגיש כי כל השמות שנרשמו באמרה נאמרו ע"י המשיב, והוא הקפיד לרשום את כל מה שהמשיב אמר. הוא הוסיף כי האמרה נמסרה מרצונו החופשי של המשיב, ולא נלוו לכך איומים כלשהם.

בית המשפט לא העיר דבר לעניין אמינותו של גובה האמרה, והיה מיטיב לעשות אם היה מתייחס במפורש לעניין זה. בכל אופן, לאחר קריאת פרוטוקול עדותו, לא מצאתי כי הוטל דופי כלשהו באמינות דבריו, ונראה שכך סבר גם בימ"ש קמא, כאשר ראה לציין כי האמרות משקפות את האמת באופן כללי (עמ' 28 שורה 5 להכרעת הדין). כפי שנאמר כבר לעיל, באמרתו אל-לוח מפליל את המשיב בלשון ברורה וחד משמעית, וטוען כי המשיב הכה במנוח בעודו בחיים.

לאחר שבית המשפט קבע כי לא ניתן לתת משקל כלשהו לעדות של אל-לוח בפניו, הוא נפנה לבחון את אמרתו במשטרה, ולא למותר להביא קטע מהאמרה שצוטט גם ע"י בימ"ש קמא בהכרעת הדין, אשר תוכנו מדבר בעד עצמו: "... בזמן שויסאם ראדי הרביץ לחייל אני שמעתי קולות נשימה (נפר) מהחייל ואז אני ניגשתי לויסאם ראדי ואמרתי לו מספיק, "וואחד אללה" ואז הזזתי (זאחת) את ויסאם ראדי עם יד ימין שלי ואז התחלתי לתת מכות לחייל כדי להרגיש איפה האקדח וכדי שכולם יראו אותי מרביץ לחייל..." (עמ' 5 לאמרה שורות 7 – 9).

כאמור, אל-לוח חזר על הדברים גם במסמך שרשם בכתב ידו, שקטע ממנו צוטט בהכרעת הדין, וגם את הציטוט ראוי להביא כלשונו: "...ראיתי את השוטר מוחמד דרוויש מכה את החייל הזרוק על הרצפה במפתח צלב ואז שאלתי איפה נמצא החייל השני ואמר לי שזרקו אותו מהחלון ואז הוא זרק את המפתח צלב מידו ויסאם ראדי תפס את הכלי החד התחיל להכות את החייל בצד ראשו העליון ואני לא יכולתי לסבול את המראה הזה ואמרתי לו תתפלל בשמו של אלוהים (תירגע) אמר לי תשתוק וכשעצרו אותי הם לא ריחמו עליי אז איך אני ארחם עליו?... (עמ' 26 להכרעת הדין).

למרות הדברים הברורים הללו, קבע בית המשפט בסופו של דבר כי "אמרותיו בעת חקירותיו רצופות קשיים ובעיות, כך שלמרות שככל הנראה האמרות משקפות את האמת באופן כללי, אין בהן די להוות בסיס ראייתי איתן לפרטים הרבים המופיעים בהן, ובוודאי שלא ניתן יהיה לבסס עליהן הרשעה של אדם במעשה רצח". בית המשפט קבע למעשה כי המשקל של אמרתו של אל-לוח נמוך, עד כי לא ניתן לבסס עליה הרשעה בפלילים, וזאת בשל ארבעה טעמים שפורטו בעמ' 27 להכרעת הדין.

להלן אבחן את נימוקיו של בימ"ש קמא, אולם בטרם אדון בכך ראוי לציין כי בכל מקרה מדובר בראיה שמחייבת חיזוק ראייתי, שהרי מדובר באמרת חוץ של שותף לעבירה, ולכן נדרש חיזוק ראייתי משתי סיבות שונות: האחת מכוח [סעיף 10א\(ד\) לפקודת הראיות](#), וחיזוק נוסף נדרש מכוח [סעיף 54א](#), אשר מחייב "דבר לחיזוק", כאשר מדובר בעדות יחידה של שותף לעבירה. בנסיבות אלה, יש צורך בחיזוק ראייתי מוגבר, שעוצמתו נקבעת בהתאם לנסיבות המקרה, וכך נוסחה ההלכה בעניין זה בפרשת [אלעוקה](#) :

"... הואיל והרשעת המערער מבוססת, בעיקרה, על אותן אמרות חוץ של מי שהיה שותף לעבירה, נדרש כי ימצא לאותן אמרות חיזוק הן מכוח סעיף 10א והן מכוח סעיף 54א לפקודת הראיות. אולם כבר נפסק בעבר, כי טיבו של אותו 'חיזוק מוגבר' הנדרש מצירופם של שני הסעיפים הנ"ל, משתנה ממקרה למקרה בהתאם לנסיבותיו הפרטניות, והוא עומד ביחס הפוך למשקלה של האמרה הטעונה חיזוק..." (ע"פ 9338/08 מוחמד אלעוקה נ' מדינת ישראל ואח', [פורסם בנבו] תק-על 2010(2), 4330, עמ' 4343).

לעיתים אף נדרש חיזוק ראייתי ברמה של סיוע, כפי שנאמר בעניין וורנובסקי: "... התוספת המתחייבת בוודאי איננה יכולה להיות טכנית או במשקל קל ערך, כי אם תוספת מהותית בעלת משקל ממשי, אשר בנסיבות מסוימות עשויה להיות במשקל המתקרב לכדי סיוע (או במשקל שאינו נופל באופן משמעותי מסיוע), או אף להגיע לכדי דרגת סיוע..." (ע"פ 171/02 סמל איגור וורנובסקי נ' התובע הצבאי הראשי, [פורסם בנבו] תק-צב 2002(4), 1, עמ' 5).

אולם בית המשפט לא בחן את האמרה בפרספקטיבה של סעיף 10א, ולא בדק אם יש לה חיזוק ראייתי מספיק, אלא פירט כמה קשיים שיש בהם כדי לפגוע במשקלה של האמרה. להלן אתיחס לקשיים הללו כסדרם: שני הקשיים הראשונים שציין בית המשפט, נובעים מהנחות שהניח אף שלמעשה לא נטענו ע"י ההגנה. בתחילה ציין בית המשפט כי הזמן שחלף ממועד האירוע עד למתן האמרה, כשנה ומחצה, פוגע במשקלה של האמרה. בהמשך ציין בית המשפט קושי נוסף, כי המשיב הוזכר רק באמרתו של אל-לוח, ולא הוזכר בגרסאות שמסרו נחקרים אחרים בפרשה. לפי טענה זו, מדובר באירוע מסעיר ביותר, שהשתתפו בו עשרות אנשים, "... והדבר בוודאי הקשה על זיהוי כל הנוכחים, ועל זכירת זהותו המדויקת של מי שאמר או עשה דבר מסוים מתוך כלל המעשים שנעשו בחדר..." , כלשונו של בית המשפט.

ספק בעיני אם ניתן לקבוע אפריורית כי כל עדות שנגבית שנה ומחצה לאחר האירוע שאליו היא מתייחסת, לוקה מיניה וביה בחולשה ראייתית, וספק גם אם ניתן לייחס משמעות לכך שהמשיב הוזכר רק באמרתו של אל-לוח ולא הוזכר בעדויות של נחקרים אחרים. כלל ידוע הוא ש"לא ראינו אינה ראייה" (משנה מסכת עדויות, ב, ב), והעובדה שמעורב אחד לא ראה את כל המעשים שבהם הודה מעורב אחר, אינה מלמדת בהכרח כי גרסתו של האחר אינה נכונה.

אולם אפילו אם אניח כי ברגיל יש ממש בטענות אלה, לא ניתן לתת להן משקל כלשהו בנסיבות שלפנינו, שהרי המשיב עצמו מאשר בפה מלא, גם באמרתו וגם בעדותו בבית המשפט, כי הוא אכן היה בחדר בעת שההמון כילה זעמו במנוח, ולמעשה עובדה זו של עצם נוכחותו של המשיב במקום, אינה שנויה במחלוקת בין הצדדים. יתירה מזו, בית המשפט אף ראה לתת אמון בגרסה שמסר המשיב באמרתו כי הכה בראשו של המנוח באמצעות מפתח צלב שהיה בידו. כיצד אפוא יכול בית המשפט להטיל ספק ביכולתו של העד לזכור את מעשיו של המשיב, כאשר המשיב עצמו מאשר את עיקרי הדברים, ואף זוכה לאמון בית המשפט.

שני הקשיים הנוספים שאותם הזכיר בית המשפט ביחס לאמרתו של אל-לוח, עוסקים ביחס שבין דברים שנאמרו באמרה, ובין הגרסה שמסרו מעורבים אחרים באירוע. אדון תחילה בסתירה

כביכול שמצא בית המשפט בין האמרה של אל-לוח אשר ציין כי אבו עידה "בעט בחייל ברגליו עם האלה" (עמ' 4 שורה 12), ובין הגרסה שעולה מאמרתו השנייה של אבו עידה אשר תיאר את חלקו באירוע במילים הבאות: "הזזתי את הכסא ובעטתי בו ברגלים שלי" (אמרה מיום 20/02/05, עמ' 2 שורה 36) ולא הזכיר אלה. בית המשפט עצמו ציין כי ההבדל בין הגרסאות אינו גדול, ולא ברור כיצד ניתן להגיע מהבדל קטן זה למסקנה כי דבריו של אל-לוח אינם בבחינת "כזה ראה וקדש".

יתירה מזו, מדבריו של אל-לוח ביחס לאבו עידה, לא ברור מה היה תפקידה של האלה, אולם ברור כי אבו עידה בעט בחייל ברגליו, וכך אמר גם אבו עידה באמרתו. ייתכן אולי שבאמרה של אל-לוח התחלף הכסא שמזכיר אבו עידה באלה, אולם ברור כי לא רק שאין סתירה חזיתית בין שתי הגרסאות, אלא שאבו עידה מחזק במידה מסוימת את אמרתו של אל-לוח, בכך שהוא מאשר כי אכן בעט ברגליו בחייל.

סתירה נוספת מצא בית המשפט בין גרסתו של אל-לוח ובין עדותו של המשיב בבית המשפט, כאשר בדברים שרשם אל-לוח בכתב ידו הוא טען שכשהעיר למשיב בעת שהכה את המנוח, השיב לו המשיב כי לא ריחמו עליו בעת שעצרו אותו ולכן גם הוא אינו מרחם על החייל. לעומת זאת, כשהמשיב העיד במסגרת פרשת ההגנה, הוא ייחס את הדברים לאל-לוח, וטען כי כשהוא ניסה למנוע מאל-לוח להכות את המנוח, אמר לו אל-לוח שהוא פחדן, ושחיילי צה"ל עצרו אותו ואף עינו אותו. המשיב הוסיף עוד כי הוא עצמו מעולם לא נעצר וכי גם בני משפחתו לא פעלו נגד המדינה (פרוטוקול מיום 01/02/10 עמ' 6 שורה 28 ואילך). בית המשפט ציין בהקשר זה כי העובדה שהתביעה לא הביאה ראיה כלשהי לסתור את דבריו אלו של המשיב, מלמדת כי הגרסה שמסר כי לא נעצר בעבר הייתה נכונה, ויש בה כדי לסתור את הגרסה שמסר אל-לוח באמרתו, כאמור לעיל.

טענה זו של בית המשפט מעוררת קושי, מפני שהוא עצמו קבע כי אין לתת אמון כלשהו בעדותו של המשיב במסגרת פרשת ההגנה, ואם כך – מדוע סבר כי היה על התביעה להביא ראיה לסתור גרסה, שביט המשפט עצמו קבע במפורש כי אין לו בה אמון, וכיצד העובדה שהתביעה לא הביאה ראיה כזו – יוצרת אמון ביחס לחלק שולי בעדותו של המשיב, בעוד שאר העדות נותרת לא אמינה. זאת ועוד, כאשר מדובר בעדות שיש בה פרטים רבים, אין הכרח להביא ראיות לסתור ביחס לכל אחד מהפרטים, ודי להצביע על כמה סתירות מהותיות בכדי לקעקע את אמינותו של העד. כך נהג בית המשפט עצמו כאשר קבע כי אין לו אמון כלשהו במשיב, ולכן לא היה מקום לצפות כי התביעה תביא ראיות לסתור כל פרט ופרט בעדות, וודאי שלא היה מקום לתת משקל כה משמעותי להיעדר ראיות כאמור.

סיכומו של דבר לעניין זה, אני סבור כי הטענות שהעלה בית המשפט כנגד משקל אמרתו של אל-לוח קלושות, ואין בהן כדי לכרסם במידה משמעותית במשקלה של האמרה. גם אם נכונה הטענה כי אמרתו של אל-לוח אינה נקייה מקשיים, אין בכך כדי לאיין לחלוטין את משקלה הראייתי של האמרה. לכל היותר ניתן לומר כי נוכח הקשיים הללו, נדרש חיזוק ראייתי מוגבר, מעבר לזה שנדרש מפני שמדובר באמרת חוץ של שותף לעבירה, ולכן ייתכן ויהיה צורך בחיזוק ראייתי ברמה של סיוע. בכל מקרה ראוי לבחון את משקלה של האמרה, בשים לב למשקל שניתן ליתר הראיות



בתיק, שהרי בסופו של דבר יש להכריע את הדין על פי המשקל המצטבר של מכלול הראיות, ולא על פי המשקל היחסי שניתן לכל ראיה בפני עצמה.

#### ז. עדותו של פלוני

ואכן, אמרתו של אל-לוח אינה הראיה היחידה נגד המשיב. ראיה נוספת נגדו ניתן למצוא בעדותו בבית המשפט של פלוני, אשר בית המשפט ציין כאמור כי עדותו בפניו הותירה רושם מהימן, וניכר בו כי הוא מעוניין לסייע לבית המשפט בגילוי האמת, במגבלות החיסיון שהוטל על חלק מהראיות. בעדותו שנשמעה בדלתיים סגורות, תיאר העד דו שיח שהתקיים בינו ובין המשיב, וכך נרשמו הדברים בפרוטוקול מיום 20/11/08 (עמ' 6 שורות 18 – 34):

**" ת: הוא התחיל להגיד מה הסיפור האמיתי מה היה בדיוק. הוא אמר שהוא טייל באיזה מקום לא בתחנת המשטרה ברמאללה, אז הוא אמר שמעתי שיש בלאגן בתחנת משטרה ברמאללה, הגעתי לשם, נכנסתי לחדר למעלה, היה בלגן בחדר, (כאן מגלוב), היה החדר מלא אנשים, בהתחלה לא הצלחתי לזהות הרבה אנשים חוץ מאחד, שזה היה חסין א-לוח. היה לחסין מפתח צלב של אוטו, חסין הכה חייל בראש עם המפתח והיה הרבה דם, הוא אמר שלקח את המפתח מחסין א-לוח והחייל היה עדיין זז, שאלתי אותו איך הוא זז והוא אמר שהוא גסס (בינאזע).**

**נאשם: שקרן! הדברים האלה לא קרו.**

**ת: הוא אמר לקחתי את הצלב מחסין א-לוח והכיתי את החייל. שאלתי אותו כמה פעמים, הוא אמר בין פעמיים לשלוש. אז שאלתי אותו איפה הכית אותו בדיוק, אז הוא ענה למעלה על הראש, שאלתי אותו איפה בדיוק, הוא אמר מעל האוזן (העד מצביע על האזור שמעל אוזן שמאל). שאלתי אותו אחרי זה מה היה בדיוק, הוא אמר שהחייל הפסיק לזוז. ויסאם אמר חלאס וסימן בידיו תנועת סיום (העד מדגים את התנועה וביהמ"ש מדגים לסנגורית את אותה תנועה)."א**

בהמשך עדותו, בחקירה הנגדית, אישר העד כי רענן את זכרונו פעמיים, יום קודם העדות וכמה ימים קודם לכן, וכשנשאל אם הוא מאשר כי הוא זוכר חלקית את החומר שבו רעננו את זכרונו השיב **"הסיפור של ויסאם זה סיפור שאי אפשר לשכוח. מה שאני זוכר זה מה שאמרתי עכשיו"** (עמ' 20 שורה 9). הסנגורית הוסיפה וחקרה את העד אודות רענון זכרונו, והתביעה התנגדה לשלוש מהשאלות. שתי התנגדויות התקבלו, ואחת נדחתה. להלן קטע מהפרוטוקול בעניין זה (עמ' 21 שורות 7 – 15):

**"ש: הוא סיפר לך מי הוא זה שהודה עליו?"**

**ת: הוא אמר לי בתחילת הישיבה שהודה עליו אדם בשם חסין א-לוח.**



ש: איך אתה יודע את זה עכשיו?

ת: מויסאם.

ש: איך היום אתה יודע להגיד לנו את זה, שדווקא חסין א-לוח הוא זה שהודה עליו שכך אמר לך ויסאם. איך אתה זוכר את זה?

ת: זה מזיכרוני, לא מהרענון.

ש: כלומר ברענון לא הופיעה האינפורמציה הזאת שויסאם אמר שחסין א-לוח הוא זה שהודה עליו.

בית המשפט דחה את התנגדות התביעה לשאלה זו, והעד השיב כי ברענון עלה שמו של אל-לוח כמי שהוזכר ע"י המשיב, אולם הוא אינו זוכר אם אל-לוח הוזכר כמי שהפליל את המשיב. בהמשך נשאל העד אם עיין לקראת עדותו גם בזכ"דים של השב"כ, ובית המשפט קיבל את התנגדות התביעה לשאלה זו, ולכן העד נמנע מלהשיב עליה.

בית המשפט קבע ביחס לעד זה, כי אף שהוא הותיר עליו רושם מהימן, מגבלות החיסיון הטילו צל כבד על כל עדותו, מפני שכאשר התבקש לפרט כיצד רוענן זכרונו עובר לעדות, התנגדה התביעה לכך בטענה שהתשובה חוסה תחת תעודת החיסיון שהוצאה בתיק. בית המשפט אמנם קיבל את ההתנגדות, אולם קבע בהכרעת הדיון כי בהיעדר מידע מספיק לגבי רענון הזיכרון, אין לתת לדבריו של העד משקל משמעותי: "... תמיד קיים חשש, שמא האמצעי שבעזרתו רענן העד את זכרונו אינו מהימן, אינו מדויק, אינו ברור, או שהוא מגמתי. גם ייתכן שיתברר, שאותו אמצעי מאפשר רענון זיכרון חלקי בלבד, וחלק מן הדברים העד משלים מתוך דמיונו או מזיכרון לא שלם", כלשונו של בית המשפט. מכאן מסקנתו כי "כה נמוך משקלה של העדות – ולפחות חלקה העוסק בדברים המדויקים שאמר לו הנאשם על מצבו של החייל - עד שלא ניתן לבסס עליה הרשעה בפלילים".

למעשה, פלוני העיד על הודיית חוץ של המשיב בפניו. להודאה מסוג זה יש להתייחס בזהירות, ובפסיקה נקבעו מבחנים שונים כיצד לקבוע את משקלה של ראיה כזו. כך נוסחה ההלכה בעניין יוסי לוי, באשר למשקלה של הודיית חוץ:

"... משקל זה נבחן בשני מבחנים - פנימי וחיצוני. המבחן הפנימי ("משקל עצמי") בודק את ההודאה על-פי סימני האמת העולים מתוכה, כגון הגיונה או חוסר הגיונה הפנימי, סידורם או בלבולם של הפרטים הנמסרים בה וכיוצא בהם סימנים של שכל ישר המביאים אדם בר דעת להתייחס לדברי זולתו באימון. המבחן החיצוני ("דבר-מה") בודק את ההודאה על-פי סימני אמת שהם חיצוניים להודאה ואשר יש בהם, לפי מבחני השכל הישר, כדי להשליך אור על אמיתותה והכלל הוא כי מדובר במבחן כפול פנימי וחיצוני..." (ע"פ [715, 774/78 יוסף לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג\(3\), 228, עמ' 235-234](#)).

דא עקא, בית המשפט לא דן כלל בבחינה פנימית של ההודאה שעליה העיד פלוני, ודן רק בהיבט אחד של המבחן החיצוני, באשר לעצם עדותו של העד ומהותו של הרענון, וגם זאת – מטעמים שבסברה ושיקול דעת, שלא הונחה להם תשתית ראייתית מספקת. אציין כבר עתה כי לטעמי בית המשפט הרחיק לכת כאשר העריך את משקלה, ואולי נכון יותר לומר **חוסר** משקלה, של עדותו של פלוני. כפי שניתן לראות מפרוטוקול הדיון, העדות הייתה רצופה בהתנגדויות מרובות, כאשר בחקירה הראשית הסנגורית הרבתה להתנגד לשאלות שונות, ואילו בחקירה הנגדית התביעה הרבתה להתנגד לשאלות רבות, מפני שסברה כי התשובה להן חורגת ממגבלות החיסיון. בית המשפט עשה מלאכתו נאמנה, ושקל את ההתנגדויות השונות. חלק מהן קיבל וחלק – דחה, וטעמיו עמו.

כפי שניתן לראות מהקטע שהובא לעיל, גם ההתנגדויות של התביעה לשאלות ביחס לאופי הרענון לא התקבלו במלואן, וכשבית המשפט דחה אחת מהן, העד השיב לשאלה. העד מסר פרטים שונים אודות אופן רענון הזיכרון, ובכלל זה אישר כי הראו לו תמונה של המשיב במסגרת הרענון, וכן פירט עם מי ישב לקראת העדות (עמ' 10 לפרוטוקול מיום 20/11/08 שורה 9 ואילך). העד ציין פעמים אחדות בעדותו כי אינו זוכר פרטים שונים, ונמנע מלהשיב רק כאשר בית המשפט הורה לו לנהוג כן. העד אף ציין במפורש כי עיקרי הדברים נחקרו בזיכרונו, מפני שמדובר בסיפור שאי אפשר לשכוח.

ככלל, מדובר בעדות מפורטת מאוד, וניכר ממנה כי העד השתדל מאוד לדייק בדבריו. הפרטים שמסר תואמים את הגרסה שמסר אל-לוח באמרתו, וחלק מהפרטים אף עולים בקנה אחד עם אמרתו של המשיב. מדובר בגרסה סבירה והגיונית שנתמכת כאמור בראיות אחרות, וניכרים בה סימני אמת. לא בכדי קבע בית המשפט כי העד הותיר עליו רושם מהימן, כמי שמעוניין לסייע לו בגילוי האמת. בנסיבות אלה, הפחתת משקלה של העדות במידה כה ניכרת, עד כדי קביעה כי לא ניתן להסתמך עליה כלל לצורך הרשעתו של המשיב, רק מפני שלא נמסר מלוא המידע על אופן הרענון מטעמי חיסיון, מרחיקת לכת מאוד, ואינה עולה בקנה אחד עם המהימנות הגבוהה שבימ"ש קמא ראה לתת לעד, לאחר שהתרשם ממנו באופן בלתי אמצעי.

זאת ועוד, גם ביחס לעדות זו, טעה בית המשפט כאשר בחן את משקלה של העדות כשלעצמה, ונמנע מלבחון כיצד היא משתלבת בתמונת הראיות הכוללת, הן בהיבט של המבחן הפנימי, והן בהיבט של המבחן החיצוני, כמפורט לעיל. במילים אחרות, גם אם צדק בית המשפט בקביעתו כי אין די בעדותו של פלוני **כשלעצמה** כדי להביא להרשעתו של המשיב, אין בכך כדי לשלול את האפשרות שעדות זו תוכל לשמש סיוע לראיות אחרות שצריכות חיזוק ראייתי.

לחילופין, ייתכן אולי כי ניתן למצוא בראיות אחרות, חיזוקים ראייתיים מספיקים כדי לחזק את משקלה של עדות זו, שעוסקת כאמור בהודיית חוץ של המשיב על כל המשתמע מכך. כפי שצינתי כבר לעיל, בסופו של דבר, השאלה איננה האם די בכל ראיה כשלעצמה בכדי להביא להרשעתו של המשיב, אלא האם **המשקל המצטבר** של כל הראיות יחדיו, יש בו כדי להרים את נטל ההוכחה הנדרש במשפט הפלילי, ובימ"ש קמא כלל לא דן בשאלה זו.

### ח. גרסתו של המשיב

החקירה הראשית של המשיב הייתה קצרה מאוד, ובמהלכה אישר במפורש כי כל מה שנרשם באמרות שמסר במשטרה נכון (עמ' 1 לפרוטוקול מיום 01/02/10, שורות 34 – 37), הא ותו לא. הסנגורית אף הצהירה בתחילת עדותו של המשיב בבית המשפט, כי היא הקריאה למשיב את אמרותיו, וכי היא עצמה תרגמה לו את האמרות מעברית לערבית. לכן, ברור כי מה שנרשם באמרה משקף נאמנה את הדברים שמסר המשיב בחקירתו במשטרה.

בחקירה הנגדית נשאל המשיב בתחילה על מעשיו באותו יום והשיב בהרחבה, אולם החלק הרלבנטי לענייננו הוא זה שבו הוא מתאר את מעשיו מעת שנכנס לאותו חדר בקומה השנייה בתחנת המשטרה, שבה שכב באותו זמן חייל צה"ל מתבוסס בדמו, כשהמון משולהב עושה בו שפטים. המשיב תאר כי בתחילה חשב שהחייל חי, והחל להדוף ביד אחת, מפני שהיד השנייה הייתה חבושה, את האנשים סביבו בכדי להגן על החייל, עד שאנשים בקהל בעטו בו וקללו אותו, וגם שמע מאל-לוח שהחייל מת מזמן. המשיב ציין כי כינויי הגנאי הופנו אליו, ולא לאל-לוח מפני שהאחרון נטל חלק פעיל בהכאתו של החייל, באמצעות מפתח צלב שהיה בידו. המשיב הוסיף כי ניסה למנוע מאל-לוח לפגוע בחייל, וכך הוא מתאר את המשך האירוע:

**"כשחסיין אל-לוח אמר לי שאני מתייחס אליו בצורה אלימה, הוא אמר לי שאני פחדן ... וכשניסיתי למנוע ממנו, כשתפסתי אותו בבגדים מלמעלה, אז הוא נתן לי את המפתח צלב על מנת שאני אגמור את העניין... תפסתי את המפתח צלב ונתתי מכה ברצפה עם המפתח צלב (העד מדגים בכיוון אחד והחייל מראה בידו היה בצד השני) על מנת להרתיע את האנשים, משום שהיד שלי הייתה חלשה. במכה השנייה או השלישית אחד מהאנשים דחף אותי ואז המפתח צלב פגע לידי ראשו של החייל (הנאשם מדגים סמוך מעל אוזן ימין)"**  
(עמ' 6 לפרוטוקול מיום 01/02/10, שורה 28 ואילך).

לדבריו, המקום היה מלא בדם, והיה דם גם על הקירות, אולם החייל לא דימם באותו שלב, וידוע לו שאם אדם מדמם, סימן שהוא חי. בהמשך העדות, אישר המשיב כי פגע בחייל עם מפתח הצלב, **"אולם המכה לא הייתה חזקה אלא רופפת כדי להרחיק אנשים"** (שם, שורה 42). כשעומת עם גרסתו של אל-לוח כי ביקש מהמשיב לחדול מהכאת המנוח, מפני שנשמעו מהמנוח חרחורים וקולות נשימה, השיב כי אל-לוח שקרן (עמ' 9 לפרוטוקול הנ"ל, שורות 38 – 40). המשיב הכחיש גם כי הודה בפני פלוני שהכה במנוח בעודו בחיים, וטען כי [XXX]. הוא ציין עוד כי במהלך מעצרו הושפל, והופעל עליו לחץ נפשי כבד.

כאמור לעיל, קבע בית המשפט כי המשיב הותיר רושם בעייתי מאוד בעדותו והתחמק ממתן תשובות לרבות מהשאלות שנשאל, ולכן אין לו אמון כלשהו בעדותו בבית המשפט. לעומת זאת, ראה בית המשפט לתת משקל ממשי לגרסה שהמשיב מסר באמרתו במשטרה, שבה הודה במפורש כי הכה את המנוח בראשו, מפני שיש תימוכין לגרסה זו גם באמרתו של אל-לוח וגם בעדותו של פלוני. ואכן כך נרשם בין היתר באמרתו הראשונה של המשיב מיום 25/05/05: **"... ואז נתן לי את**

הצלב הזה ואני כעסתי עליו ונתתי מכה עם הצלב על הרצפה ואחר כך נתתי מכה לראש של החייל, ואני הכיתי כי אני לא יודע מה קרה לי ואני הייתי כועס על מה שהיה אותו יום... אני לא יודע מה קרה שנתתי המכה לראש החייל ואני רוצה להגיד לך שאם החייל היה מחרחר או שהייתי רואה שהוא חי אז הייתי מונע מחסיין להכות בו, אך כשראיתי שהחייל מת וחסיין מכה בו אז גם אני הכיתי בו" (עמ' 3 שורות 3 - 9).

האמרה הראשונה כתובה בעברית על פני 4 עמודים, ונגבתה כאמור ביום 25/05/05. לאמרה זו מצורף גם מסמך שנכתב ע"י המשיב בערבית לפני גביית האמרה, ובו הוא מפרט את גרסתו בכתב ידו. שבועות אחדים לאחר מכן, ביום 14/06/05 נגבתה מהמשיב אמרה קצרה נוספת, אף היא בעברית, כתובה על פני עמוד אחד בלבד, ובה המשיב מציין כי שיקר בפרט אחד באמרה הראשונה, כאשר מסר כי אחד בשם מחמד דרוויש נכח באירוע הלינץ' ואף הכה בעצמו את המנוח. המשיב הוסיף כי שיקר בפרט זה, מפני שסבר שאותו דרוויש הפליל אותו בחקירתו. כעבור ימים אחדים, ביום 19/05/05, נגבתה מהמשיב אמרה שלישית ואחרונה, אף היא בעברית באורך של עמוד אחד, ובה עומת המשיב עם הגרסה של אל-לוח כי המנוח עוד היה בחיים בעת שהוכה ע"י המשיב.

בחינת עדותו של המשיב בבית המשפט אל מול הדברים שמסר באמרותיו, מגלה כי קיים הבדל ביניהם בכמה עניינים מהותיים. ההבדל הבולט ביותר הוא בשאלה אם המשיב בכלל הכה בראשו של המנוח באמצעות מפתח הצלב. כפי שנזכר לעיל, באמרתו הראשונה המשיב מציין במפורש, יותר מפעם אחת, כי הכה בראשו של המנוח במפתח הצלב, בעת שהיה כעוס בעקבות דברים שאמר לו אל-לוח. אולם באמרה השלישית, הגרסה שונה במקצת. כאמור לעיל, באותה אמרה המשיב עומת עם הגרסה המפלילה שמסר אל-לוח כשלוש שנים קודם לכן, וכך השיב: "הוא שקרן וזה לא נכון. ואני רוצה להגיד לך שאני שמאלי ונתתי מכה לחייל אחרי שמת וזו הייתה מכה בגוף החייל ואחת הייתה על הרצפה, ואני הכיתי אותו ביד ימין עם הצלב, וזה כאשר אני שמאלי" (אמרה מיום 19/06/05 שורות 10 - 12).

המכה בראש שנזכרה באמרה הראשונה, הפכה למכה בגוף באמרה השלישית, שמטבע הדברים נתפסת כפחות חמורה ממכה בראש, וניכרת מגמה של המשיב להמעיט מחלקו באירוע. מגמה זו נמשכה גם בהמשך אותה אמרה. כך למשל כשנשאל מניין ידע שהמנוח מת, השיב כי אל-לוח אמר לו זאת, והוסיף: " ואני רוצה לומר לך שהגעתי לשם אחרי זמן והייתי שם זמן קצר" (שם, שורה 14). תוספת זו אינה קשורה לשאלה שנשאל, ומטרתה ברורה: לצמצם את מידת מעורבותו של המשיב באירוע.

מגמה זו של ניסיון לצמצם את מעורבותו באירוע, בולטת יותר בעדותו של המשיב בבית המשפט. כפי שניתן לראות מאותו קטע של העדות שהובא לעיל, המשיב הכחיש כי הכה במנוח, וטען כי אחד האנשים בחדר דחף את ידו וכך מפתח הצלב פגע ליד ראשו של המנוח, ובהמשך הוא מציין כי המפתח שפשף אותו, פגע בו אבל לא הכה בו. המשיב עומת עם הגרסה השונה שמסר באמרה, ולא נתן תשובה עניינית, גם כשהתובעת המשיכה לחקור אותו בעניין זה (עמ' 7 לפרוטוקול מיום 01/02/10 שורה 37 עד עמ' 8 שורה 19). מה שהחל כמכה בראש במפתח צלב באמרה הראשונה, שונה למכה בגוף באמרה השלישית, והפך בהמשך למכה על הרצפה ליד הראש, ולאחר מכן

לשפשוף לא מכוון בראש, בעדות בבית המשפט. ניכר על פני הדברים כי מדובר בגרסה מתפתחת, שמטרתה להרחיק את המשיב מן העבירה ככל שניתן.

תופעה דומה ניתן לזהות ביחס לפרט נוסף, הדימוס של המנוח בעת שהוכה, שגם לו יש משמעות בכל הנוגע לחלקו של המשיב באירוע. באמרה הראשונה ציין המשיב כי בעת שאל-לוח הכה את החייל "הוא היה מת והיה יוצא שם הרבה דם על הרצפה" (עמ' 3 שורה 1), והוא שב על כך גם בהמשך האמרה: "הדם ירד לחייל מראשו באותו מקום ששם הכה אותו חסיין אל-לוח" (עמ' 4 שורה 5). בהמשך האמרה, מאשר המשיב כי רשם את תיאור הדברים במסמך בכתב ידו בשפה הערבית, ובעמ' 3 של אותו מסמך רשם המשיב כי החייל היה מלא דם והמראה היה מזעזע.

לעומת זאת, בעדותו בבית המשפט השתנתה הגרסה, והמשיב ציין כי ראה דם על הרצפה ועל הקירות, אך לא ראה שהחייל מדמם ולא ראה דם על החייל. המשיב גם הסביר כי למדו אותו במשטרה שאם אדם מדמם, סימן שהוא חי, ואילו הוא ידע שהחייל כבר היה מת בעת שהוא הכה אותו (עמ' 7 שורות 1 – 13). בהמשך החקירה הנגדית עומת המשיב עם הגרסה שמסר במשטרה והתקשה ליישב את הדברים. למקרא עדותו בעניין זה, קשה להשתחרר מן הרושם כי המשיב בעדותו ניסה לעצב את העובדות בכדי להתאים אותן לטיעון שהעלה, גם אם הדברים אינם תואמים את המציאות שהוא עצמו תיאר במועד מוקדם יותר.

טבעו של אדם שהוא מנסה להציג גרסה נוחה לו, בכדי להרחיק עצמו מן העבירה, גם אם חלק מהפרטים בה אינם מדויקים. בנסיבות מסוימות, כאשר נאשם נוהג כך, עלול הדבר לשמש כסיוע לראיות נגדו, כפי שנאמר בעניין פלוני: "כידוע, הכלל הוא כי כאשר שקריו של נאשם מהותיים ויורדים לשורש העניין, ומשלא ניתן להם הסבר מספק, ניתן לראות בהם ראיה עצמאית המהווה חיזוק ואף סיוע לראיות התביעה... ההנחה היא כי שקרי נאשם נובעים מתחושת אשם וניסיון להתנתק ממעשה העבירה..." (ע"פ 1645/08 פלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] תק-על 2009(3), 3349, עמ' 3357).

עיון באמרה הראשונה של המשיב מגלה סימני אשמה לרוב. אפרט חלק מהם: "ואז נכנסנו למשרד של כמאל א-שייח כי משם גם שמענו רעש, והלוואי ולא הייתי נכנס לחדר הזה" (עמ' 2 שורה 23); "ואני הכיתי כי אני לא יודע מה קרה לי ואני הייתי כועס על מה שהיה שם אותו יום... ואני אף פעם לא היו לי בעיות עם מדינת ישראל... אני לא יודע מה קרה שנתתי את המכה לראש החייל... והכיתי בו ביד ימין שלי שזו לא היד שאיתה אני עושה הכול כי אני שמאלי... וזו לא ממש מכה... " (עמ' 3 שורות 4 – 12); ניכר מהדברים הללו ניסיונו של המשיב לצמצם את חלקו באירוע ככל הניתן, וניתן להבחין גם בתחושות האשם שעולות מהאמרה.

הביטוי הברור ביותר לתחושת האשם של המשיב מופיע בסוף האמרה, כאשר הוא מבקש להוסיף כמה משפטים לפני חתימתו. בין היתר, הוא מציין כי נסע לעזה פעמיים עם אישור של השב"כ, שלא היה ניתן אם היו חושדים בו במעורבות ברצח, וכך הוא מסיים את דבריו: "וגם אין לי או למשפחתי בעיה עם הצבא או השב"כ או המשטרה... ואני מצטער על היום שהגעתי לרמאללה וכך קרה ומבקש סליחה" (עמ' 4 שורות 19 – 22). אם נכונה טענתו כי במהלך האירוע עשה כל שביכולתו כדי להגן על החיילים, מדוע הוא מצטער ומבקש סליחה?

כאשר בית המשפט מבקש להעריך את המשקל של גרסתו של המשיב, אין הוא יכול להתעלם מהקשיים שעולים מניתוח הדברים עד כה, ועליו לתת את הדעת בין היתר לפרטים הבאים: **ראשית**, באמרה הראשונה של המשיב שבה הוא מפרט את גרסתו, קיימים סימני אשמה לרוב, כמפורט לעיל; **שנית**, המשיב עצמו הודה בפה מלא באמרה השנייה כי האמת איננה נר לרגליו, וכשסבר כי אחד מחבריו הפליל אותו בחקירתו, לא היסס לשקר ולהעליל עליו עלילת שווא באמרה הראשונה שמסר; **שלישית**, גרסתו של המשיב מתפתחת עם הזמן, וניכר בנקודות הזמן השונות שבהן המשיב אומר את דברו, כי הוא מנסה לצמצם את מעורבותו באירוע, ולהרחיק את עצמו מן העבירה ככל הניתן; **רביעית**, המשיב התחמק מלהשיב לשאלות שונות שנשאל בעדותו, ולא נתן הסבר מניח את הדעת לסתירות שנמצאו בין האמרות שמסר במשטרה ובין הדברים שמסר בעדותו בבית המשפט.

בימ"ש קמא קבע אמנם כי אין לו אמון בעדותו של המשיב בפניו, אולם נמנע מלקבוע קביעה דומה ביחס לאמרות של המשיב, והתעלם למעשה מכל הפגמים שיש באמרות כשלעצמן, גם בלי להתייחס להבדלים בין הגרסה באמרה הראשונה ובין העדות בבית המשפט. יתירה מזו, הרושם העולה מהכרעת הדין הוא כי לא רק שבית המשפט התעלם מהפגמים הללו, אלא שהוא ראה להעדיף את גרסתו של המשיב באמרה הראשונה על פני הראיות האחרות. בכך טעה בית המשפט, כפי שאפרט בהמשך.

#### ט. ניתוח הראיות – היסוד העובדתי

סיכום קביעותיו של בימ"ש קמא בענייני מהימנות ומשקל מביא לתמונה הבאה: בית המשפט קבע כי אין לו אמון בעדותם של אל-לוח ושל המשיב בפניו, אולם הוא נותן אמון בגרסה שמסר המשיב באמרתו. כמו כן, קבע בית המשפט כי אמרתו של אל-לוח משקפת את האמת באופן כללי, וכי הוא מאמין לעדותו של פלוני, [XXX]. בית המשפט הביע עמדתו כי מסיבות שונות המשקל הראייתי של כל אחת מהראיות הללו מוגבל, וכי אין די בכל אחת מהן בכדי להביא להרשעתו של המשיב, אולם הוא נמנע מלבחון את היחס ביניהן, ולא דן במשקל המצטבר של כל הראיות יחדיו.

כבר ציינתי לעיל כי בימ"ש קמא הפריז בקשיים שפירט ביחס למשקל של אמרתו של אל-לוח, וכי קביעתו כאילו לא ניתן לתת לה משקל כלשהו לצורך הרשעתו של המשיב, מרחיקת לכת ומוטעית. ועדיין, מדובר באמרת חוץ של שותף לעבירה שמחייבת חיזוק ראייתי מוגבר. לצורך העניין, ובשים לב לעמדתו המסויגת של בית המשפט ביחס לאמרה זו, אני מוכן להניח כי נדרש חיזוק ראייתי שקרוב לסיוע.

גם ביחס לעדותו של פלוני, שהעיד על הודאתו של המשיב בפניו, הבעתי כבר את עמדתי כי בימ"ש קמא הרחיק לכת כאשר קבע כי למרות האמון שהוא נותן בעד, משקלה של העדות נמוך מאוד, עד כי לא ניתן לבסס עליה הרשעה בפלילים. בית המשפט נמנע מלבחון את תוכן עדותו של פלוני, בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה לבחינת משקלה של הודיית חוץ, ואף לא בדק את משקלה של העדות ביחד עם יתר הראיות, אף שהונחה לפניו תשתית ראייתית מספקת לצורך זה. ועדיין, מדובר בהודיית חוץ של נאשם, שברגיל מחייבת חיזוק ראייתי של דבר מה נוסף, שמקובל להגדירו

כראיה מאמתת שמשמשת אמת מידה לבחינת אמיתותה של ההודאה (ראו קדמי, **על הראיות**, חלק ראשון, מהדורת 2009, עמ' 142).

עם זאת, אופיו של ה"דבר מה" משתנה ממקרה למקרה, וקיים יחס הפוך בין משקלה הפנימי של ההודאה, ובין עוצמת החיזוק הראייתי הנדרש עבורה, וכך נוסחה ההלכה בסוגיה זו בעניין **מילשטיין**:

**"דרישת ה"דבר מה הנוסף" היא גמישה ובעלת רקמה פתוחה. סוג העניינים שעשויים להביא לסיפוקה משתנה ממקרה למקרה, ותלוי גם במהימנות ההודאה גופה. ככל שהודאה זו זוכה למשקל גדול - כך יקטן משקלו של ה"דבר מה" הדרוש לאימות ההודאה, ולהפך, ככל שההודאה זוכה למשקל מועט - כך יגדל משקלו של ה"דבר מה". על כן גם נקבע, כי אפשר שיתעוררו מקרים שבהם ניתן יהיה להסתפק ב"דבר מה" שמשקלו "קל כנוצה" ... מאידך, נקבע, יתכנו מקרים שבהם המשקל שיידרש ל"דבר מה" יהיה כה רב, עד כדי הפיכתו לדרישה של "ראייה מסייעת"..." (רע"פ 4142/04 סמל איתי מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, [פורסם בנבו] תק-על 2006(4), 4022, עמ' 4037).**

גם ביחס לראיה זו, נוכח הקושי שמצא בימ"ש קמא בעדותו של פלוני, אני מוכן להניח כי נדרש חיזוק ראייתי מוגבר, ברמה של סיוע.

יוצא אפוא כי יש לפנינו שתי ראיות שונות, אמרתו של אל-לוח ועדותו של פלוני, שכל אחת מהן נזקקת לחיזוק ראייתי מוגבר, ונקודת המוצא המחמירה שלנו היא כי יש צורך בחיזוק ראייתי של סיוע לכל אחת מהראיות הללו. נזכיר כי חיזוק ראייתי מסוג של סיוע צריך למלא שלושה תנאים מצטברים: הוא חייב להיות ממקור עצמאי ולא מן הראיה הטעונה סיוע, הוא חייב לסבך את הנאשם, והוא צריך להתייחס לעניין השנוי במחלוקת בין הצדדים (רע"פ 1871/07 פלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] תק-על 2008(3), 1489, עמ' 1490).

בחינת הראיות שהזכרנו לעיל מגלה כי בכל אחת מהן מתקיימים כל התנאים הדרושים להגדרת הראיה כסיוע ביחס לראיה האחרת, מפני שמדובר בשני מקורות ראייתיים עצמאיים ושונים: אמרת חוץ של שותף לעבירה, והודיית חוץ של נאשם, שכל אחת כשלעצמה מסבכת את המשיב, וכל אחת מתייחסת לנקודה השנויה במחלוקת בין הצדדים, היינו היותו של החייל בחיים בעת שהוכה ע"י המשיב באמצעות מפתח צלב.

במצב זה, אין כל מניעה שכל אחת מהראיות הללו תשמש כסיוע לחברתה, שהרי הלכה היא כי אפילו עדות הטעונה חיזוק ראייתי מוגבר של סיוע, יכולה לשמש בעצמה כסיוע לעדות אחרת הטעונה סיוע, וכך נוסחו הדברים בע"פ 685/05:

**"... (ש)ההלכה מורה כי עדות הטעונה תוספת ראייתית יכולה לשמש כ"תוספת" לעדות אחרת הטעונה חיזוק או סיוע. בית המשפט אינו מנוע**



מלמצוא "סיוע", "דבר מה נוסף" או "דבר לחיזוק" - הכול לפי העניין - לעדותו של שותף לעבירה, בעדותו של שותף אחר לאותה עבירה. הטעם לכך הוא שככלל, עדות-הטעונה-תוספת ראייתית, מהווה "ראיה עיקרית" לביסוסה של הרשעה, וה"תוספת" הדרושה לה באה אך לחזק את משקלה על ידי סילוק החששות למהימנותה. בתור שכזו - אין טעם ואין הצדקה לשלול ממנה את הכוח לשמש אך "תוספת" לראיה אחרת מקום שדרושה כזו..."  
ע"פ 685/05 שליו דרעי נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] תק-על 2007(3), 1158, עמ' 1165.

יוצא אפוא כי לפנינו שתי ראיות, שבימ"ש קמא ראה לתת אמון בכל אחת כשלעצמה, שתואמות זו את זו, וכל אחת מהן משמשת כחיזוק ראייתי לחברתה. עולה מהן כי המשיב הכה בראשו של המנוח בעודו בחיים, באמצעות מפתח צלב שהיה בידו, ולאחר מכות אלה נפח המנוח את נשמתו. אל מול המשקל המצטבר של שתי הראיות הללו, ניצבת לבדה אמרתו של המשיב, אשר בה הוא טוען כי הכה בראשו של המנוח לאחר שהלה כבר מת בעקבות המכות שספג קודם לכן.

כפי שפירטתי בהרחבה לעיל, מדובר בגרסה מתפתחת של נאשם שמנסה להרחיק עצמו מן העבירה, ומודה כי שיקר בפרט מהותי בה, ועולות ממנה סימני אשמה לרוב. מדובר גם בנאשם ששיקר למעשה על דוכן העדים בשני פרטים מהותיים, בעניין ההכאה המכוונת בראשו של המנוח, ובעניין הדימום של המנוח, ובית המשפט קבע במפורש כי אין לתת אמון בעדותו. אף שבנסיבות מסוימות ניתן לראות בשקרי נאשם חיזוק ראייתי ואף סיוע לראיות התביעה, ספק בעיני אם המקרה שלפנינו נכנס לגדרן של אותן נסיבות (ראו ע"פ 814/81 סלאמה ראזק אל שבאב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2), 826, עמ' 834-833). אולם גם אם לא ניתן למצוא בשקרים אלו חיזוק ראייתי נוסף לראיות התביעה, וודאי שיש בהם כדי לפגוע במידה ניכרת במשקל הראייתי של אמרותיו.

בנסיבות אלה, אינני סבור כי יש באמרותיו של המשיב כדי לכרסם במשקל המצטבר של הראיות האחרות שמחזקות זו את זו, ואין מנוס מהמסקנה כי עלה בידי התביעה להרים את נטל ההוכחה הנדרש במשפט הפלילי, ביחס לעובדות המפורטות בכתב האישום. התוצאה היא כי בשונה מהמסקנה שאליה הגיע בימ"ש קמא, ניתן לקבוע כממצא שהוכח מעל לכל ספק סביר, כי המשיב הכה במנוח בראשו, באמצעות מפתח הצלב שהיה בידו, בעת שהמנוח עוד היה בחיים, ולאחר המכות הללו מצא המנוח את מותו.

נוכח האמור, ברי כי הדיון שמצא בימ"ש קמא לערוך בהכרעת הדין בסוגיית "המפקח את הגל", אינו רלבנטי כלל למקרה שלפנינו, מקום בו יש ראיות ברורות על סימני חיים שהראה המנוח בעת שהוכה. דווקא החלק הראשון של הדיון, אודות חזקת החיים שעמדה לו למנוח, עד שנמצא בוודאות כי מת, מתאים יותר לנסיבות שלפנינו, וכפי שציין בימ"ש קמא בעצמו, יש בחזקה זו כדי לתמוך בגרסה שהמנוח עוד היה בחיים בעת שהוכה ע"י המשיב.

י. היסוד הנפשי



נותר לנו לבחון את היסוד הנפשי של המשיב, בעת שהכה בראשו של המנוח. בימ"ש קמא ציין בהכרעת הדין כי לא ניתן לייחס למשיב כוונה של גרימת מוות, וכי אף שהמשיב התכוון לפגוע בחייל ולהכות בו, לא שוכנע שנלוותה למעשיו של המשיב כוונה לגרום לחבלה מסכנת-חיים או לגרום למותו של אדם חי. כבר ציינתי לעיל כי עמדתו של בית המשפט מעוררת בעיניי תמיהה רבה. הטעם לכך הוא כי קביעת בימ"ש קמא אינה עולה בקנה אחד עם ניסיון החיים, ועם הממצא העובדתי שקבענו לעיל.

אקדים ואומר כי שאלת היסוד הנפשי הנדרש על פי הדין באזור, בעבירה של גרימת מוות בכוונה, נדונה והוכרעה בהרכב מורחב של 5 שופטים בעניין **שמאסנה** (ע' איו"ש 79/99 **מנצור שמאסנה נ' התובע הצבאי**, פורסם בנבו). באותו פסק דין נקבע כי לצורך ההרשעה בעבירה של גרימת מוות בכוונה יש להוכיח הן את כוונת הקטילה והן את הרצון והחפץ בתוצאה זו, וכי ניתן להוכיח כוונות אלה הן בראיות נסיבתיות, והן בהסתמך על חזקת הכוונה, לפיה אדם מתכוון לתוצאה המסתברת הנובעת ממעשיו.

על רקע זה נבחן את מעשיו של המשיב. כעולה מחומר הראיות, בעת שהמשיב הגיע לחדר שבו שכב המנוח מתבוסס בדמו, הוא ידע היטב כי חייל אחר כבר נרצח ע"י ההמון וגופתו הושלכה מבעד לחלון הקומה השנייה, שהרי לפי הגרסה שמסר באמרתו הוא אף ניסה למנוע מההמון להתעלל בגופה בכיכר מנארה הסמוכה. המשיב הבחין במנוח כשהוא שוכב על הרצפה מתבוסס בדמו ופניו לכיוון הרצפה, וידע כי המנוח הוכה ע"י ההמון המשולהב, מפני שראה בעצמו כיצד שוטר אחר מכה בראשו של המנוח באמצעות מפתח הצלב שהיה בידו, וגם הבחין בדם רב על הרצפה בסמוך למקומו של המנוח.

בנסיבות כאלה, המשך הכאתו של המשיב בראשו של המנוח באמצעות אותן מפתח צלב, אינו יכול להתפרש אלא כמעשה מובהק של חבלה מסכנת חיים, וכוונה לגרום למותו של המנוח, שכבר חרחר חרחורי גסיסה באותם רגעים. כידוע, "לצורך הוכחתו של היסוד הנפשי, רשאי בית המשפט לעשות שימוש בחזקות ראייתיות-עובדתיות המשקפות את ניסיון החיים והשכל הישר..." (ע"פ 10477/08 **טימור פיזולאיב נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] תק-על 2010(1), 1222, עמ' 1236). כך אף בנסיבות שלפנינו: חזקת הכוונה, כמו גם ניסיון החיים והשכל הישר, מביאים למסקנה כי מי שהכה בכלי מברזל בראשו של אדם גוסס כפי שעשה המשיב, התכוון לגרום למותו, ואף חפץ בתוצאה זו, שאלמלא כן – לא היה נוהג כפי שנהג, ולא מצאתי כי עלה בידי המשיב לסתור חזקה זו.

כך למעשה נקבע כבר בבימ"ש זה ביחס למעורב אחר בפרשה קשה זו, בעניינו של אל-לוח: "... המערער ראה כיצד חבריו השוטרים מכים את המנוח מכות נמרצות עד זוב דם, תוך שימוש בחפצים שונים שפגיעתם קשה במיוחד, והצטרף למעשיהם הנפשעים... מי שנוהג כך, מודע היטב לתוצאה המסתברת של מעשיו, ונושא באחריות מלאה למעשים אלה, בין אם ניתן להוכיח כי המכות שהכה את המנוח גרמו או תרמו למותו, ובין אם לאו..." (ע' 1844/05 **חויסיין אל-לוח נ' התביעה הצבאית**, פורסם בנבו), והדברים הללו יפים גם לעניינו של המשיב דנן.

המסקנה הבלתי נמנעת מן האמור לעיל היא, כי התקיים במשיב היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה של גרימת מוות בכוונה.

#### יא. סוף דבר – הערעורים על פסק הדין

סיכומם של דברים, נוכח כל האמור לעיל, משהוכח מעבר לכל ספק סביר כי המשיב הכה בראשו של המנוח באמצעות מפתח צלב שהיה בידו, בעת שהמנוח עוד היה בחיים, ומשבאתי לכלל מסקנה כי בנסיבות שלפנינו התקיים גם היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה של גרימת מוות בכוונה, התוצאה היא כי טעה בימ"ש קמא כאשר החליט לזכות את המשיב מעבירה זו. לכן, אני מציע לחבריי לקבל את ערעור התביעה על הכרעת הדין, לבטל את הרשעתו בעבירה של פגיעה בביטחון האזור, ותחת זאת להרשיעו בעבירה של גרימת מוות בכוונה שיוחסה לו בכתב האישום. מיותר לומר כי פועל יוצא מכך הוא דחיית ערעור ההגנה על זיכוי של המשיב מחמת הספק מעבירה זו.

קבלת ערעור התביעה על הכרעת הדין מובילה בהכרח גם לקבלת הערעור על גזר הדין. נשוב ונזכיר כי לפי הממצאים שקבענו לעיל, המשיב נכנס לחדר שבו חייל צה"ל היה מוטל על הרצפה מתבוסס בדמו, כשהמון משולהב וצמא דם מפליא בו את מכותיו. המשיב ראה את אחד מחבריו, חסיין אל-לוח, מכה בראשו של החייל באמצעות מפתח צלב, נטל ממנו את אותו כלי ברזל והכה אף הוא בראשו של החייל, בעת שהחייל נשם את נשימותיו האחרונות. לאחר המכות הללו נפח החייל את נשמתו, ודמו השפוך זועק מן האדמה.

קשה למצוא מילים מתאימות שיכולות לתאר את גודל הזוועה שהתגלתה באותו אירוע. ברור כי המשיב אינו אחראי לבדו לתוצאה הקשה מנשוא של מותו של רס"ל יוסף אברהמי ז"ל, אולם כאשר בוחנים את חלקו באירוע ביחס לחלקם של אחרים, נראה לי כי מעשיו נמצאים ברף החומרה הגבוה יותר, מפני שכאשר הוא הכה את המנוח הוא ידע היטב כי מדובר במי שכבר נפגע קשות מהתעללותם של אחרים. המשיב הבחין במנוח כשהוא מתרחרר חרחורי גסיסה, ובמקום להקל על סבלו, החליט להצטרף למעשי הזוועה של חבריו. הכאה בראשו של אדם גוסס ושותת דם באמצעות כלי ברזל, היא מעשה חסר אנושיות ומופלג בחומרתו, וקשה להבין כיצד מתדרדר בן אנוש לשפל כזה.

בכל אופן חומרת מעשיו של המשיב אינה נופלת מחומרת מעשיו של אל-לוח שהכה את המנוח קודם לכן, ואולי אף עולה עליה במידה מסוימת. לכן, אני סבור כי העונש הראוי למשיב אינו יכול להיות נמוך יותר מהעונש שנגזר על אל-לוח, מאסר עולם.

סוף דבר, נוכח האמור לעיל, בעקבות קבלת הערעור על הכרעת הדין, והרשעתו של המשיב בגרימת מותו בכוונה של חייל צה"ל רס"ל יוסף אברהמי ז"ל, אני מציע לחבריי לקבל גם את ערעור התביעה על גזר הדין, ולגזור על המשיב את העונש היחיד הראוי למעשה חמור זה – מאסר עולם.

#### יב. בשולי הדברים – עוד על של תעודת החיסיון

לא אוכל לסיים את פסק הדין מבלי להתייחס לנושא של תעודת החיסיון, שנדון בהרחבה בהכרעת הדין של בימ"ש קמא, אף שלא נזקקתי לדון בו לצורך הכרעה בערעור. הדברים נאמרים למעלה מן הצורך, לבל תתפרש שתיקה כהסכמה, ובכדי להעמיד הלכה על מכונה. בימ"ש קמא הקדיש כמעט רבע מהכרעת הדין לנושא זה, ומתח ביקורת חריפה על התנהלות התביעה שלדבריו לא מצא לה תקדים דומה, אשר בו במהלך המשפט מתבקש צמצום את היקף החיסיון. בית המשפט אף הוסיף כי מדובר בפגיעה חמורה בעיקרון השוויון, שיש בה כדי לבסס טענה של הגנה מן הצדק.

אף שבימ"ש קמא לא מצא תקדים דומה, נראה לי שקיים כזה, שבו טענה ההגנה טענות דומות, וחוששני שנשתכחה מהשופטים הנכבדים ההלכה שנקבעה בבית המשפט העליון בשאלות אלו ממש, בעניין **טלי פחימה**. טענות המבקשת שם, כאילו נלקחו מהתיק שלפנינו, והיטיב לתאר אותן כב' השופט ריבלין (כתוארו אז): **"טענותיה של המבקשת, על פניהן, שובות את הלב. כיצד זה ייתכן שחומר החוסה לכאורה תחת החיסיון נחשף כאשר הוא תומך בגרסתה של התביעה, ונחסם כאשר הוא עשוי לתמוך בגרסתה של ההגנה?..."** (בש"פ [7480/05](#) טלי פחימה נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] תק-על 2005(4), 30, עמ' 32). על התנהלות דומה של מפקד האזור בענייננו, אמר בימ"ש קמא כי **"...לא נוכל לאפשר מצב בו מפקד האזור, ברצותו מרחיב וברצותו מצמצם..."** וקבע כי **"שוויון הזדמנות וניהול הוגן של הליך פלילי הם ביסוד שיטתנו המשפטית, ואלו מופרים כאשר מפקד האזור משחרר ראיות לבית המשפט טיפין טיפין, בהתאם להתקדמות התיק ולפי ראות עיניה של התביעה"**.

דא עקא, בית המשפט העליון סבר אחרת, והכיר בכך שלעיתים, תוך כדי משפט, יש צורך לעדכן את היקף החיסיון. בית המשפט פירט בעניין **פחימה** כיצד ניתן לעשות זאת, ובשל חשיבות הדברים, אביאם כלשונם:

**"... לעיתים, תוך כדי המשפט, מסתבר לתביעה שלא די בחומר שנחשף כדי להוכיח את אשמתו של הנאשם מעל לכל ספק סביר. בשלב זה, יכולה התביעה לחשוף חומר נוסף או לחזור בה מהאישום. לתביעה מסור, אם כן, שיקול דעת נרחב וההחלטה איזה חומר לחשוף, היא דינאמית. מרגע שמחליטה התביעה לחשוף את חומר הראיות, עליה לעשות זאת כדין: יש לפנות למוציא תעודת החיסיון, להוציא את אותו החומר מגדר התעודה באופן פורמאלי, ולהעביר את החומר לידי הנאשם, טרם הדיון, כפי שנדרש. כאשר מוצא חומר פרטני מגדר תעודת חיסיון שניסוחה כללי כבענייננו, יש לפרט בדיוק איזה חומר הוצא מגדרה, ואילו עניינים הקשורים בחומר שהוצא מגדרה, נותרו תחתיה. יש להבהיר היטב מה אינו חוסה עוד תחת תעודת החיסיון, על-מנת שתוכל ההגנה למצות ככל הניתן את חקירתה בנושאים אלה, ותדע מהם גבולותיה. כל עוד לא הוצא החומר מגדר תעודת החיסיון והועבר לנאשם, אין להציגו בבית המשפט שכן, כפי שטענה העותרת, תעודת החיסיון חלה על התביעה ועל ההגנה באותה המידה. הסרת החיסיון היא דו-צדדית" (שם, עמ' 33).**

התביעה נהגה בדיוק לפי המתווה שנקבע בעניין פחימה : היא פנתה למפקד האזור שהוציא את החיסיון, כפי שהונחתה לעשות ע"י בית המשפט, ומפקד האזור נעתר לבקשתה. [XXX], ומשכך נהגה, לא ברור על מה יצא קצפו של בימ"ש קמא, ומדוע סברו רוב השופטים כי התנהלות התביעה פוגעת פגיעה אנושה בהגינות ההליך.

אכן בשלבים הראשונים של ההליך הפלילי, במהלך החקירה וקודם הגשת כתב אישום, יש יתרון מובנה לתביעה, מעצם שליטתה הבלעדית בראיות והיותה בקשר עם הרשות החוקרת, ומעצם סמכותה להחליט אם יוגש כתב אישום ומה יהיה תוכנו. אולם עם הגשת כתב אישום, חייבת התביעה להעביר להגנה את כל ראיותיה, ובכך נעלם היתרון היחסי שהיה לתביעה קודם לכן.

כאשר שיקולים של ביטחון המדינה מחייבים לחסות חלק מהראיות, ומוטל חיסיון ע"י הגורם המוסמך, עדיין יש אפשרות לנאשם לעתור להסרת החיסיון, ובכך לגרום לבדיקה קפדנית של הערכאה השיפוטית העליונה, שמא יש בחומר החסוי פוטנציאל כלשהו להגנת הנאשם, כאשר הכלל הבסיסי הוא כי הגנתו של הנאשם גוברת על כל שיקול אחר. אין בהוצאת תעודת חיסיון כדי לפגוע בעיקרון השוויון, או באיזון שבין הצדדים, מפני שהחיסיון חל על שני הצדדים באותה מידה, ואילו פסק דינו של בית המשפט יכול להסתמך רק על הראיות הגלויות, אשר כולן אמורות להיות גם ברשות ההגנה. היטיב לנסח את הדברים כב' השופט עמית בעניין פלוני, וגם את דבריו אביא כלשונם בשל חשיבותם לענייננו :

**"בבסיס החיסיון עומד האינטרס הציבורי של בטחון הציבור או בטחון המדינה, אך גם אינטרסים חשובים אלה יינגפו בפני הערך של חקר האמת ועקרון העל של אי הרשעת חפים מפשע, מקום בו הראיה החסויה היא מהותית וחיונית להגנתו של הנאשם...**

...

תדיר נשמעת בבתי המשפט הטענה כי בשל תעודת החיסיון, הנאשם הוא כעיוור המגשש דרכו באפילה ונחסמת דרכו מלהתגונן באישומים המיוחסים לו. ראוי להזכיר את המובן מאליו, כי בתי המשפט בישראל לעולם אינם מרשיעים על סמך ראיה חסויה אלא על סמך החומר הגלוי המועבר לרשות ההגנה.

ברובם המכריע של המקרים, ראיות חסויות המבוססות על מידע מודיעיני, הן בבחינת עושר השמור לרעת הנאשם. רוצה לומר, שאילו הייתה התביעה יכולה לעשות שימוש בהליך הפלילי בראיות חסויות שמקורן במידע מודיעיני, מה שנבצר הימנה מטעמים מובנים של שמירת מקורות, ברוב המכריע של המקרים הדבר היה בעוכריו של הנאשם" (בש"פ 120/10 פלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] תק-על(1)2010, 9464, עמ' 9468).

ההליך המשפטי הוא דינאמי, ולא תמיד ניתן לצפות מראש את כל התרחישים האפשריים במהלך המשפט. כאשר סבור מי מהצדדים, כי בשל התפתחות כזו או אחרת במהלך המשפט, קיימת הצדקה לחשוף חלק מהחומר החסוי, פתוחה בפניו הדרך לעשות כן, אלא שהפרוצדורה הדרושה לכך שונה בין התביעה ובין ההגנה: התביעה צריכה לפנות למי שהוציא את תעודת החיסיון, שהרי כל החומר החסוי גלוי וידוע לפניה, ומוציא החיסיון צריך לשקול שוב את השיקולים הרלבנטיים, שמא יש מקום עתה למצוא נקודת איזון שונה בין השיקולים השונים. מדובר בהליך נדיר מאוד, אבל אפשרי בנסיבות מסוימות.

לעומת זאת, ההגנה שהחומר החסוי עלום מעיניה, צריכה לפנות לבית המשפט לערעורים, והוא שאמור לבצע את האיזון האמור, להיכנס כביכול בנעלי ההגנה, ולבחון גנזי נסתרות, שמא יש בהם כדי לסייע להגנתו של הנאשם, שאם כך יימצא – יורה בית המשפט על גילוי הראיה החסויה. ההגנה צריכה לנהוג בדרך דומה, גם אם היא סבורה כי טעה המפקד הצבאי כשנעתר לבקשת התביעה לחשוף חלק מהחומר החסוי, ובית המשפט לערעורים ישקול ויחליט כדרך שהוא נוהג בעתירות מסוג זה.

ספק בעיני אם בימ"ש קמא היה צריך ליזום בעצמו בירור מסוג זה, וספק אם הוא הפורום הנאות לכך, שהרי על פני הדברים מדובר בדיון בראיות חסויות שאינו בסמכותו. ודאי שלא ניתן להסיק דבר לעניין זה מפסק הדין הקצר של בג"ץ שמחק עתירה שהוגשה על כך. בכל מקרה, אני סבור כי טעה בימ"ש קמא כאשר דחה את בקשת התביעה לזמן את פלוני לעדות משלימה, שכן ההלכה היא כי **"כל עוד לא נסתיימה פרשתו של בעל הדין, רשאי הוא לחזור ולקרוא אל זוכן העדים עד שכבר העיד מטעמו..."** כלשונו של קדמי, **על סדר הדין בפלילים**, מהדורת 2009, חלק שני, עמ' 1556.

הביקורת החריפה שראה בית המשפט למתוח על התנהלות התביעה בעניין צמצום החיסיון, גם אם אניח כי הייתה לה הצדקה מלאה – ואינני סבור כך, כפי שפירטתי לעיל - לא יכולה לשמש נימוק להחלטה בעניין זימונו בשנית של העד. בעניין זה, כמו גם בעניין [XXX], אני סבור כי צדק האב"ד הנכבד קמא, אשר הביע את דעתו כי ראוי היה לזמן את פלוני לעדות משלימה, וראוי היה [XXX], כנגד דעת הרוב של יתר שופטי המותב.

#### **השופט אל"ם יעקב לירז:**

אני מסכים.

#### **השופט סא"ל משה שילה:**

אני מסכים.

הוחלט כאמור, בפסק דינו של הנשיא.

ניתן והודע היום, 19 ביולי 2012, כ"ט בתמוז התשע"ב, בנוכחות המערער, ב"כ המערער והתוב"ץ.

( - )

( - )

( - )

יעקב לירז 54678313-2731/10

שופט

אב"ד

שופט

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן