



## ע"פ 3263/13 - דוד בן שטרית נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 3263/13

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין  
כבוד השופט י' דנציגר  
כבוד השופט צ' זילברטל

המערער: דוד בן שטרית

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בתיק פ"ח 24078-11-10 שניתן ביום 24.3.2013 על ידי כב' השופטים רות אבידע, חני סלוטקי ומרדכי לוי

תאריך הישיבה: כ"א בסיון התשע"ו (27.6.16)

בשם המערער: עו"ד יורם שפטל; עו"ד מיטל דנינו

בשם המשיבה: עו"ד שרית משגב

פסק-דין

## השופט צ' זילברטל:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע מיום 24.3.2013 בתפ"ח 24078-11-10 (כב' השופטים ר' אבידע, ח' סלוטקי ו-מ' לוי), בגדרו הורשע המערער בביצוע עבירת רצח ועבירת נשיאת נשק.

כתב האישום וההליך בבית המשפט המחוזי

1. על-פי כתב האישום, מוטי חכים (להלן: המנוח), התגורר באילת ובמועדים הרלוונטיים עסק בהלוואות כספים. בין המנוח למערער, דוד בן שטרית, התגלע סכסוך על רקע כספי ועסקי, וביום 29.8.2010, סמוך לשעה 12:00, הגיע המערער למקום עבודתו של המנוח במגן דוד אדום באילת (להלן: מד"א), שם פגש במנוח והתעורר ביניהם ויכוח על רקע הסכסוך האמור. סמוך לאחר מכן, לפי כתב האישום, גמלה בליבו של המערער החלטה להמית את המנוח, ולצורך כך הצטייד באקדח חצי אוטומטי מסוג לא ידוע וכן בטלפון נייד ובכרטיס זיכרון ייעודיים (להלן: הטלפון המבצעי). המערער התקשר למנוח מהטלפון המבצעי ביום 30.8.2010 בשעה 00:51, וביקש להיפגש עמו. המנוח נענה לבקשה, ויצא מביתו לפגוש את המערער בשכונת לוס אנג'לס באילת. סמוך לשעה 01:18 הגיע המנוח למקום, שם חיכה לו המערער מצויד באקדח. המנוח יצא מרכבו ופגש במערער, אשר ירה במנוח ארבע יריות מטווח קצר, ונמלט מן המקום. זמן קצר לאחר מכן, נפטר המנוח מפצעיו בבית החולים יוספטל באילת. בכתב האישום יוחסו למערער עבירת רצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ועבירת נשיאת נשק, לפי סעיף 144(ב) לחוק זה.

2. במענה לכתב האישום, כפר המערער במיוחס לו. המערער הודה בכך שהגיע למד"א באילת ביום 29.8.2010 ופגש במנוח, אך כפר בקיומו של סכסוך ביניהם. המערער טען כי בליל הרצח יצא מביתו לאחר חצות ונסע לחוף הים באילת, שם שהה ברציפות עד עלות השחר.

3. יוער כבר עתה, כי באילת מתגורר אדם נוסף בשם דוד בן שטרית, אשר היה מצוי בקשרים עסקיים עם המנוח. דוד בן שטרית זה ידוע באילת בשם "דוד", ואילו המערער ידוע בשם "דודו" (להלן ייקרא האדם הנוסף דוד או דוד בן שטרית "האחר"). המנוח נפגש עם אחיו של דוד בן שטרית "האחר", פניו בן שטרית, שעות בודדות לפני הרצח בנוגע לחוב שהמנוח חב לדוד. אין חולק כי בשעת הרצח דוד בן שטרית "האחר" שהה בטאבה.

4. ראיות התביעה התבססו בעיקרן על אמרתיו של המנוח שנאמרו סמוך לפטירתו, כפי שנשמעו על-ידי עשרה עדים שפגשו במנוח סמוך לאחר הירי. מלבד זאת, הוצגו ראיות נסיבתיות שונות באשר לסכסוך בין המנוח למערער; למקומות בהם נמצאו המנוח והמערער בליל הרצח; ולגבי אופן ביצוע הירי והתנאים בזירה. לשלמות התמונה יצוין, כי בתיק קיימת תעודת חיסיון לטובת הציבור שהוצאה לפי סעיף 45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: הפקודה), על דו"חות, חומרי חקירה, וזהות אנשי משטרה שונים שהיו מעורבים בחקירת הפרשה (ת/16). עוד יצוין לשלמות התמונה, כי בתום פרשת התביעה טען המערער כי אין להשיב לאשמה וכן העלה טענות הגנה מן הצדק; טענותיו נדחו בהחלטת בית המשפט המחוזי מיום 15.5.2012.

5. לאחר הליך הוכחות ארוך, קבע בית המשפט המחוזי בהכרעת דין מפורטת, כי יש מקום להרשיע את המערער בעבירות המיוחסות לו. על אף שהמערער הורשע פה אחד, דעות השופטים נחלקו ביחס לחלק מן הראיות, ובעיקר, בכל הנוגע לשעת יציאתו



של המערער מביתו בליל הרצח. כב' השופטת סלוטקי, אליה הצטרפה כב' השופטת אבידע, קיבלו את עמדת התביעה בעניין זה; ואילו כב' השופט לוי קבע כי יש לצאת מנקודת ההנחה הנוחה להגנה, אולם סבר שאף לפי הנחה זו, יש להרשיע את המערער במיוחס לו.

כאמור, בפני בית המשפט הוצגו ראיות רבות, אותן הוא ניתח בפירוט. להלן אתייחס לעיקרי הראיות עליהן נסמכה הכרעת הדין, בחלוקה למספר צברי ראיות.

#### אמרות המנוח

6. עשרה עדים העידו על אמרות ששמעו מפי המנוח סמוך לאחר הירי - חלק מן העדויות נגעו לאמרות שנשמעו עוד בזירת הירי, טרם פונה המנוח לבית החולים; וחלק מן העדויות התייחסו לאמרותיו של המנוח בבית החולים, בטרם נפטר מפצעיו.

#### אמרות בזירת הירי

7. עדות פרץ - יוסף פרץ, שהיה בעת האירוע בן 17 והתגורר סמוך לזירת הירי, שמע בליל הרצח יריות וראה מחלון ביתו אדם רץ מן המקום, לבוש בג'ינס וחולצה אדומה, עם שיער שחור קצר "עם קוצים", כאשר ידו השמאלית צמודה לבטנו. פרץ ירד מביתו והיה הראשון שפגש במנוח, בעודו פצוע. בהודעתו במשטרה שנכתבה ביום 31.8.2010, אמר פרץ כי שמע את המנוח אומר "דוד בן שטרית" פעמיים, וכי הוא בטוח בכך (ת/8/ב); ואילו בעדותו במשפט, טען פרץ כי שמע את המנוח אומר "שטרית" בלבד ("כל מילה שנייה שלו זאת הייתה שטרית, אז חשבתי שקוראים לו שטרית" (עמ' 203 לפרוטוקול)); וכי אחד השוטרים מסר לו ש"דוד בן שטרית" הוא היורה (עמ' 250 לפרוטוקול). לגבי הודעתו במשטרה, טען פרץ בבית המשפט כי זו הוקראה לו במהירות כך שלא הבין את תוכנה, וכי הוא חתם עליה כיוון שהיה בלחץ (עמ' 242 לפרוטוקול). פרץ העיד כי הוא מפחד ממה שיקרה לו כשייצא מבית המשפט, והביע מצוקה במהלך עדותו (ראו למשל עמ' 205 ו-231 לפרוטוקול). אמרותיו של פרץ במשטרה הוגשו בהסכמה והמשיבה ביקשה להעדיף על חקירתו בבית המשפט, לפי סעיף 10א לפקודה.

8. עדויות השוטרים - אורון קריפס ואיתן קולר היו שני השוטרים הראשונים שהגיעו לזירת הירי. קריפס, שהיה באילת במסגרת קורס שוטרים, העיד כי המנוח התפתל ואמר לו, באופן ברור, את השם "דודו בן שטרית" (עמ' 260 לפרוטוקול). לשאלה אם זהו שמו, הניד המנוח את ראשו לשלילה; לשאלה אם זה מי שירה בו, הניד את ראשו לחיוב (עמ' 261 לפרוטוקול). קולר, שוטר סיור מאילת, העיד כי בהגיעם למקום הוא התקרב לפצוע, ובעומדו קרוב אליו, אמר לו המנוח "דודו בן שטרית ירה בי". קולר העיד כי דיווח על כך לשאר הניידות באזור בקשר (ראו עמ' 99 לפרוטוקול; וכן ראו ת/4/א, תמליל הקשר מליל האירוע).

לאחר מכן הגיע לזירה חגי אל-על, שהיה הקצין הממונה על ניידות הסיור באותו ערב. אל-על העיד כי שמע את דיווחו של קולר בקשר, וכשהגיע לזירה שאל את הפצוע "מי ירה בך" או "מה קרה" וזה ענה "ירה בי דודו בן שטרית"; לשאלה מה לבש היורה השיב המנוח - חולצה אדומה, מכנסי ג'ינס ומשקפיים. אל-על העיד כי המנוח דיבר בקול חלש, וכשנשאל להיכן ברח היורה, אמר לו המנוח שהוא לא יכול לדבר כי הוא לא מרגיש טוב. אל-על דיווח על כך שהמנוח אמר כי דודו בן שטרית ירה בו בקשר המשטרתי (ת/4/א, בעמ' 4; עמ' 158 לפרוטוקול). יחד עם אל-על הגיעה לזירה ירדן אביטן, שוטר שח"מ שעבדה עמו באותו ערב. אביטן העידה כי



כשהגיעו למקום היא ניגשה לפצוע ושאלה "מי עשה לך את זה", ונענתה על-ידי המנוח "דודו בן שטרית" בבירור, וכתבה את השם על פתק, יחד עם שמו של העד פרץ וגילו. הפתק הוגש גם הוא כראיה (ת/6). אביטן העידה כי לא שמעה את השם "דודו בן שטרית" קודם לכן, גם לא ברשת הקשר המשטרית.

#### אמרות בבית החולים

9. עדויות השוטרים - קצין המשטרה שמעון זוהר הגיע לבית החולים סמוך לאחר הירי. לפי עדותו, שאל את המנוח "מי ירה בך" וזה השיב "דודו בן שטרית". שמעון זוהר העיד כי וידא עם המנוח את תשובתו זו, וכי כשאלתי אומר "דודו" הכוונה למערער ולא לדוד בן שטרית "האחר" (עמ' 787 לפרוטוקול). על שאלתו זו של שמעון זוהר והתשובה לה, העידו גם שני שוטרים ששהו ליד מיטתו של המנוח באותה עת, וששמעון זוהר ביקש מהם, לאחר שהיו עדים לשיחה, לכתוב מזכר בעניין; בת אברהם, שוטרת שח"מ; ומיכאל חלפון, שהיה באותה עת בקורס שוטרים. אברהם העידה כי מלבד תשובתו של המנוח לשמעון זוהר, אותה שמעה, המנוח קרא לה ואמר לה פעמיים את השם "דודו בן שטרית". חלפון העיד כי שמעון זוהר שאל את המנוח "מי זה" והמנוח השיב "דוד בן שטרית". חלפון העיד גם על כך ששמעון זוהר וידא תשובה זו עם המנוח, אשר אישר את הדברים ואמר שהוא "ראה אותו" (עמ' 323 לפרוטוקול). במקום לכתוב מזכר, חלפון ניגש ביום 31.8.2010 למסור הודעה במשטרה, וזו הוגשה על-ידי ההגנה (נ/6). כן הוגש דו"ח פעולה שערך שמעון זוהר בעניין ביקורו בבית החולים (נ/13).

10. עדויות הצוות הרפואי - רומיאו רדולסקי, פרמדיק ומנהל מד"א באילת, העיד כי שמע את המנוח עונה לשאלתו של שמעון זוהר "דודו שטרית"; וכי אינו מכיר את המערער וגם לא את דוד בן שטרית "האחר". פאדי גאנם, אח בבית החולים, מסר בהודעה במשטרה כי המנוח היה בהכרה ותיקשר עם סביבתו, וכי ענה לשאלה של שמעון זוהר "מי עשה את זה אתה מכיר אותו" בשם "דוד בן שטרית" או משהו כזה" ומסר כי אינו זוכר במדויק את השם, כיוון שהיה תוך כדי טיפול במנוח (ת/14). איש צוות רפואי נוסף, ד"ר גיל טאובר, מסר בהודעה במשטרה כי המנוח היה בהכרה מלאה ותיקשר עם הסובבים, וכן כי שמע את שאלתו של שמעון זוהר "מי עשה מי ירה משהו כזה", אך לא שמע את תשובתו של המנוח, כיוון שהיה עסוק בטיפול בו (ת/15).

#### ראיות לגבי זירת הירי ואופן ביצועו

11. טיגן אסליקיאן מתגורר סמוך לזירת הירי, וצפה בשעת הירי מחלונו. לפי עדותו, המנוח הגיע ברכב לחנייה, שם המתין לו איש שסימן לו לצאת מהרכב, לבוש בג'ינס וחולצה בצבע בורדו. המנוח החנה את הרכב, אמר "אה זה כאן" או משהו דומה (עמ' 61 לפרוטוקול), ונכנס אחרי האיש למקום מוסתר, וסמוך לאחר מכן נשמעו יריות.

לבית המשפט הוגש שחזור שנערך עם אסליקיאן בזירת האירוע (ת/7 ו-ת/7/א). כמו כן, בית המשפט ערך ביקור בזירה, בין היתר בנוכחותו של אסליקיאן. בביקור זה ציין אסליקיאן כי המנוח והיורה עמדו במרחק של כ-5 או 6 מטרים זה מזה. בדו"ח פעולה משחזור שנערך בזירה ביום 3.11.2010 בשעה 01:30 בלילה, צוין כי תנאי התאורה במקום אפשרו זיהוי למרחק של כ-5 מטרים (ת/42 ו-ת/42/א). יצוין, כי לבית המשפט הוגשו מסמכים מטעם מבצע עבודות החשמל באזור, מהם עלה כי התאורה במקום לא הוחלפה במועדים הרלוונטיים (ת/59/א, ת/59/ב). בפני בית המשפט המחוזי עמדה חוות דעת של אסיה וינוקורוב מטעם המז"פ (ת/46) אשר העריכה בסבירות גבוהה מאוד כי המנוח נורה בחזהו ממרחק הקטן מ-50 ס"מ, ובידו הימנית ממרחק הקטן מ-25 ס"מ. בכך שהירי

בוצע בקדמת הגוף ומטווח קצר תמכה גם חוות דעתו של פרופ' יהודה היס מהמכון לרפואה משפטית (ת/51/א).

ראיות לגבי הסכסוך בין המנוח למערער

12. לבית המשפט הוגשו סרטונים המתעדים את המפגש בין המנוח למערער במד"א בצהרי יום הרצח (ת/35 ו-ת/35/א). בסרטונים אלו, נראה המנוח מגיע למקום ברכבו, ולאחר מכן מגיע למקום המערער ברכב ששכר כמה ימים קודם לכן (להלן: הרכב השכור). המערער יוצא מן הרכב השכור והשניים נפגשים בחנייה בחיבוק. מתחילה בין השניים שיחה, המצולמת ממרחק, מלווה בתנועות ידיים. בשלב מסוים המערער פונה לרכבו, והשיחה נמשכת בליווי תנועות ידיים עד שהמערער עוזב את המקום.

לבית המשפט הוגש זיכרון דברים שערך השוטר שגיאה כהן על אודות הסרטונים, בו ציין כי הוא מזהה את צורת הדיבור של המערער "עם הידיים", וכי על אף שהצילום נעשה ממרחק ניתן להבחין בתווי פניו של המערער ש"נראה עצבני ושוב השתמש בידיו ובתנועות גופו המוכרות" (ת/66).

13. אלון חכים, אחיו של המנוח (להלן: אלון), צפה בסרטונים האמורים במשטרה, ואמר כי נראה שהמערער כועס על המנוח, לפי תנועות ידיו (נ/12), אולם בתום הצפייה הכחיש שהמערער היה עצבני, וסרב לחתום על האמרה. בבית המשפט אלון העיד כי בסרטונים המערער נראה מתנהג בצורה אגרסיבית כלפי המנוח, ונראה כועס (עמ' 711 לפרוטוקול); והסביר כי במשטרה סירב לחתום על האמרה, כיוון שפחד ממשפחתו של המערער. יצוין, כי עדותו של אלון במשפט ניתנה לאחר שהחל לעבוד כסוכן משטרה בתשלום. אלון העיד כי לא ידוע לו על סכסוך בין המנוח והמערער, וכי הם היו ביחסים קרובים. אלון ציין כי המערער כעס על המנוח כי הוא עבד עם ערבים, בהתייחסו לכך שהמנוח עבד עם איאד חרירי, אך אמר כי רק המנוח והמערער יודעים מה היה המניע לרצח (עמ' 736 לפרוטוקול).

14. ראיה נוספת לסכסוך בין המנוח למערער הייתה אמרתו של פאול פרטוש, חברו של המנוח שעבד עמו במד"א, שניתנה במשטרה ביום 12.9.2010. אמרה זו הוגשה לפי סעיף 10א לפקודה לאחר שפרטוש לא הגיע בתחילה להעיד, וגם לאחר שהובא בצו הבאה לא שיתף פעולה. באמרתו מסר פרטוש כי בין המנוח למערער היה סכסוך, אשר המערער סיפר לו עליו; וכי היו שיחות טלפון קשות בין המערער למנוח, עליהן דיווח המנוח לאיאד חרירי, שקשריו העסקיים עם המנוח הפריעו למערער. כן ציין פרטוש כי המנוח אמר לו שעל אף הריב שלו עם המערער, הוא לא מאמין שהמערער יפגע בו, בשל איומיה של משפחת חרירי שלא יעשה כן. לטענתו, כחודשיים לפני הרצח נכח במפגש במד"א בו השתתפו גם המנוח, המערער, אלון ואנשים נוספים, והתעורר ויכוח שעלה כדי קטטה. יצוין, כי בעדותו בבית המשפט סתר אלון את אמרתו של פרטוש לפיה המפגש האמור היה טעון ונגרר לקטטה. לדבריו, דובר במפגש חברי בלבד (עמ' 747-748 לפרוטוקול).

15. המערער העיד על חברות טובה בינו לבין המנוח, וטען כי לא היה ביניהם קשר עסקי, אלא חברי בלבד. המערער העיד כי בצהרי יום הרצח הגיע למד"א על-מנת לקבל כדורים מהמנוח, דבר אשר היה עושה לעתים. המערער העיד כי הגיע למד"א, המנוח נכנס פנימה, הביא לו את הכדורים, והם נפרדו בחיבוק (עמ' 1189 לפרוטוקול), וכי כלל לא היה עצבני באותו יום. לטענתו, הדיבור עם הידיים הנראה בסרטונים הוא חלק מאופן דיבורו הרגיל. המערער טען כי אלון אינו מכיר אותו טוב מספיק על-מנת לפרש את תנועות גופו. כן העיד המערער כי המפגש במד"א כחודשיים לפני הרצח היה ריב בין אלון לבין שותף עסקי שלו, על רקע אירוע

שהתרחש עם חברתו של אלון; וכי הוא עצמו הגיע למפגש על-מנת להרגיע את הרוחות.

16. ראייה נוספת לסכסוך בין המנוח למערער נמצאה בעדותה של ילנה אוסטוז'נין (להלן: ילנה), חברתו של המנוח. השניים הכירו במד"א כשילנה עבדה שם כמתנדבת, והם ניהלו קשר רומנטי כשמונה וחצי שנים, עד למותו של המנוח, קשר שהמנוח ניהל במקביל לחיי נישואיו. ילנה העידה, כי כשבוע וחצי לפני הרצח, בעת שהיא והמנוח נסעו יחד לצפון, קיבל המנוח שיחת טלפון, ולאחריה סיפר לה ש"יש עליו חוזה", אך שהוא לא מאמין שיפגעו בו. בהמשך, קיבל המנוח שיחה נוספת, בעקבותיה היה עצבני מאוד, ומסר לילנה מספר טלפון, באומרו כי אם יקרה לו משהו - זה המספר של מי שיפגע בו. יוער, כי ההגנה לא התנגדה לעדות זו על אף שהיא עדות מפי השמועה (עמ' 822 לפרוטוקול). ילנה מסרה גרסה זו במשטרה שעות ספורות אחרי הרצח (נ/14). שבועיים לאחר מכן מסרה ילנה הודעה נוספת במשטרה. באמרה שנייה זו, וכך גם במשפט, טענה ילנה כי המנוח אמר לה שמי שעתיד לפגוע בו הוא המערער, דודו בן שטרית, והבהיר לה שלא מדובר בדוד בן שטרית שהיא מכירה (כאשר היא מכירה את דוד בן שטרית "האחר"). כן טענה ילנה כי המנוח אמר לה שמי שהתקשר ומסר לו זאת היה איש משטרה. ילנה העידה כי בעת מסירת האמרה הראשונה במשטרה הייתה נסערת, וכך העיד גם החוקר שגבה את הודעותיה, בני לירון (ראו עמ' 521 לפרוטוקול).

יצוין, כי אין חולק שמספר הטלפון שהמנוח מסר לילנה אינו קשור למערער. עם זאת, לא הוברר למי שייך מספר הטלפון האמור, אך מדובר במספר שאינו קשור לחקירה (על הפרטים במלואם הוטל חיסיון. ראו עמ' 562-567 לפרוטוקול).

17. בעקבות אמירתה של ילנה כי שיחת הטלפון שקיבל המנוח הייתה מהמשטרה, נערכה בדיקה במשטרה אודות שיחה זו. בדו"ח הבהרה מטעם המשטרה שהוגש בהסכמה (ת/65 ו-נ/17; להלן: דו"ח ההבהרה) נכתב, כי מבדיקה שערך שמעון זוהר עלה כי בוצעה שיחת טלפון למנוח על-ידי איש משטרה סמוך למועד הרצח, אולם לגרסת איש משטרה זה, אשר שמו לא צוין, המנוח לא הוזכר בשיחה זו ולא עלה שמו של דודו בן שטרית. שמעון זוהר, החתום על דו"ח ההבהרה, לא נחקר עליו.

ראיות לגבי השעה בה שהה המערער בביתו

18. המערער צולם בליל הרצח על-ידי מצלמות האבטחה בביתו כשהוא מגיע לבנין מגוריו ברכב השכור, לבוש במכנסיים קצרים ירוקים וחולצה שחורה; יוצא מן המושב שליד הנהג; עולה לביתו, בו שהה כעשרים דקות, ואז יורד אל הרכב השכור שחיכה לו בחנייה כל אותו זמן, לבוש באותם בגדים (ת/18א). בתקליטור מופיעים הקבצים ממצלמות האבטחה וכן תוכנה ייעודית לצורך צפייה בהם. שמות הקבצים מסומנים לפי מספר המצלמה, התאריך, והשעה 23:35 (בפורמט הבא: CH01\_20100829\_2335). לעומת זאת, במונה הזמן שרץ בזמן הצפייה בסרטון באמצעות התוכנה הייעודית (הנשתל על-ידי המערכת ואינו ניתן לשינוי ידני) מתחיל הסרטון מהשעה 00:35.

19. השוטר יניב רבוח, אחראי מעקב טכני במשטרת אילת, שהעתיק את סרטוני האבטחה מהמערכת שבבית המערער לתקליטור, ערך באשר לכך שני דו"חות. דו"ח אחד בזמן העתקת התקליטור בבית המערער (ת/33); ודו"ח שני בעת הצפייה בסרטונים, שנעשתה מאוחר יותר, במשרדו (ת/32). בת/33, נכתב בין היתר, כך:

"הזמן אשר נצרב לתקליטור הוא בתאריך 29/8/2010 בין השעות 23:35 ועד 23:57, לציין כי

עמוד 6



התקליטור נצרב במערכת עצמה ישירות וקיים פער של שעון חורף בין השעה שנשמרה לשעה שמופיעה על הסרטון בזמן הצפייה, כלומר על פי השעון שהוא מדויק רואים את דוד בן שטרית מגיע לבניין בשעה 23:35 וכך גם נשמר שם הקובץ אך מונה הזמן בנגן הוא שעה לאחר כלומר השעה שתוצג במונה הזמן היא 00:35".

כבר בשלב זה יצוין, כי הרישום הנ"ל בעייתי, ונראה שנפלו בו טעויות. כך, אם "מונה הזמן בנגן הוא שעה לאחר", לא ברור מדוע מונה זה יצביע על השעה 00:35.

מאידך גיסא, ב-ת/32 לא נזכרת השעה 00:35, אך נכתב, ליד השעה 23:35, "בסרטון מופיע הזמן בשעון חורף". כלומר, ניתן להבין כי לשיטת רבוח השעה 23:35 היא "שעון חורף", כך ש"הזמן האמיתי" באותה עת (שעון קיץ) היה לשיטתו 00:35.

השוטר אייל מימון ערך גם הוא דו"ח צפייה בסרטוני האבטחה (ת/18). בדו"ח צפייה זה נכתב כי המערער נראה נכנס לביתו בשעה 00:36, ויוצא ממנו בשעה 00:57. בסעיף 5 לדו"ח זה כותב מימון "מצ"ב לדוח זה דוח של יניב רבוח לענין הפרש השעות השעה המקורית הינה 23:57:48. השעון במצלמות האבטחה מכוון לשעון חורף".

20. נוכח הכפילות המתוארת, ובהתנגדות ההגנה להבהרת האמור על-ידי רבוח, שהעיד כעד תביעה, זומן רבוח פעם נוספת כעד מטעם בית המשפט. בעדותו זו, עמד רבוח על כך שהשעה במערכת הבניין הייתה מכוונת לשעון חורף, וכי השעה "האמיתית" בה ביקר המערער בביתו היא בין 00:35 ועד 00:57. רבוח העיד כי השעה המופיעה בשם הקבצים היא 23:35, משום שזו השעה ממנה, לפי שעון המערכת, ביקש ממנהל האבטחה להעתיק את הקבצים. רבוח העיד כי הוא נוהג להביט בשעונו כשהוא מגיע לצפות בסרטי אבטחה, ולראות אם יש פער של זמנים בין שעונו לבין שעון המערכת, וכך הוא קובע אם השעון מכוון לשעון חורף או קיץ (עמ' 1343 לפרוטוקול). לטענתו, הטעות שנפלה הייתה בהסבר שלו בת/33 כי "השעה שתוצג במונה הזמן היא 00:35" והעיד כי היה צריך להיות כתוב 23:35 (עמ' 1350 לפרוטוקול); לשיטתו, "לא התייחס" לכך שבסרטונים עצמם נראית השעה 00:35. רבוח הסביר כי כשהוא צופה בסרטונים במחשב שלו במשרד הוא עושה זאת בתוכנה הייעודית של מערכת מצלמות האבטחה, המראה את שעון המערכת; בעוד כשמישהו אחר צופה בהם הם נפתחים בתוכנה ייעודית אחרת, המראה את השעה 00:35 – כפי שנראה במחשב בבית המשפט, וכן במחשבו של מימון (עמ' 1370 לפרוטוקול).

21. הטלפון הנייד של המערער היה מנותק משעות הצהריים, ועל כן, לא היו בנמצא איכונים שלו מהשעות הרלוונטיות. הטלפון המבצעי, שהשימוש בו שויך למערער, אוכן בשעה 00:51, בעת שיצאה ממנו השיחה המוזכרת בכתב האישום למנוח, באזור מלון תמר (מרכז מור) (ת/25). לבית המשפט הוגשה חוות דעת של המומחה רוני אברהמי שעסקה באיכוני הטלפון של המנוח בליל הרצח (ת/68), וכן שתי חוות דעת משלימות בענין שני סקטורים ספציפיים. באחת מהן, ציין אברהמי כי סקטור מרכז מור אינו הסקטור הדומיננטי לביתו של המערער, על אף שהוא יכול לכסות גם את ביתו, וכי לצורך וידוא הכיסוי יש לערוך בדיקה נקודתית עם ציוד מתאים (ת/69א). כן הוגש מסמך לפיו האיכונים של הטלפון המבצעי תואמים את איכוני הטלפון של אילן בן שטרית, אחיו של המערער (להלן: אילן), בליל הרצח (ת/24ב).

22. לפי עדותו של המערער, הוא שהה בערב הרצח בביתו של אילן עם אילן ועם שניים נוספים, שי כהן ז"ל (שנפטר במהלך משפטו של המערער; להלן: שי) וזוהר (נואל) אברג'יל (להלן: זוהר), משם יצאו יחד "להסתובב בעיר". ואכן, הארבעה נראים יוצאים מביתו



של אילן בשעה 22:41 במצלמות האבטחה בביתו של אילן (ת/19). לפי גרסת המערער, כאשר שי הסיע אותו לביתו, אילן וזוהר נשארו בעיר. במצלמות האבטחה בביתו נראה אילן חוזר לבית לבדו בשעה 23:48, ויוצא ממנו שוב בשעה 23:49 עם שקית שחורה בידו (ת/19). יצוין, כי בסמוך אחרי מועד הירי ובקרבה לזירה, נעצרו אילן, זוהר ושי ברכב השכור בו נסעו מוקדם יותר עם המערער.

## ראיות לגבי סדר יומו של המנוח

23. אלמנתו של המנוח, אסנת חכים (להלן: אסנת), העידה כי בערב הרצח יצא המנוח לפגישה עם דוד ופיני בן שטרית, איתם עבד בעסקי הלוואות. לטענתה, הפגישה האמורה הייתה בעניין "אי הבנות" שהיו ביניהם בענייני כספים, ונועדה "לסגור את העניין". אסנת העידה כי המנוח שב לביתם מפגישה זו בשעה 23:00-23:30 לערך ושהה בבית כשעה. בעת שהתארגנו לשינה, בסביבות השעה 01:00-00:30, קיבל המנוח טלפון. לטענתה היא לא שמעה את הטלפון, שהיה על מצב "שקט", אך בעקבותיו המנוח יצא לכיוון הדלת, ואמר לה שבן שטרית צריך אותו, ושהוא ישוב תוך שתי דקות. לדבריה, כעסה על כך שהוא יוצא בשעה מאוחרת. יוער, כי בהודעתה הראשונה במשטרה מסרה אסנת כי השם שאמר המנוח היה "בן שטרית"; ואילו באמרתה השנייה במשטרה (שלא הוגשה), וכן בבית המשפט, טענה שהמנוח אמר לה "דוד או דודו בן שטרית" ושהיא כמעט בטוחה כי אמר "דודו". אסנת הסבירה כי רק יום אחרי הרצח הבינה שקיים דוד בן שטרית נוסף, הוא המערער, אותו כלל לא הכירה. לטענתה, זה ערער לה את הביטחון בשאלה אם המנוח אמר "דוד" או "דודו" לפני שיצא (עמ' 25-26 לפרוטוקול). אסנת העידה כי בבית החולים הטיחה האשמות בפיני בן שטרית, משום שחשבה שאחיו אחראי למה שאירע. אלון העיד אף הוא כי אסנת סיפרה לו בבית החולים כי המנוח יצא מן הבית אחרי טלפון שקיבל, כדי להיפגש עם דוד, וכי השניים חשבו שמדובר בדוד בן שטרית "האחר", וכעסו על פיני, אחיו, אשר הגיע לבית החולים. אלון העיד עוד כי לאחר מכן, כשאסנת סיפרה לו שוב על יציאת המנוח מביתו, שאל אותה אם המנוח אמר "דוד" או "דודו", והסביר לה שיש לכך משמעות כיוון שיש שני אנשים בשם זה, ואסנת אמרה שנאמר לה "דודו". בעקבות שיחה זו, התקשר אלון להתנצל בפיני על שאירע בבית החולים.

24. גם ילנה העידה לגבי ההתרחשות בערב הרצח. לפי עדותה, היא והמנוח דיברו באותו ערב בטלפון וקבעו להיפגש כשתשוב מעבודתה. לאחר שסיימה לעבוד בשעה 23:30, המנוח אסף אותה מביתה והם נפגשו לכעשרים דקות "בהרים", במקום בו אין קליטה. לפי עדותה, בזמן שהייתם יחד המנוח לא קיבל שיחות טלפון, ולאחר פרידתם, שלחה לו הודעת טקסט. יצוין כי בשלב מסוים בעדותה טענה ילנה שנראה לה שטעתה ושלמעשה פגשה במנוח בין 23:00 ל-23:30, אך לאחר שאומתה עם מועד שליחת הודעת הטקסט מהטלפון שלה, חזרה בה (עמ' 889 לפרוטוקול).

25. כאמור, לבית המשפט הוגשה חוות דעת בעניין איכוני הטלפון של המנוח, וכן פלטי שיחות הטלפון שלו מיום הרצח. איכוני הטלפון של המנוח (ת/68, בעמ' 24-27) הצביעו על כך שעד סביבות השעה 22:00 שהה באזור ביתו, בשכונת שחמון (במספר סקטורים שונים. ראו עדותו של אברהמי בעניין הכיסוי באזור זה בעמ' 1128-1131 לפרוטוקול); בין השעות 22:00 עד 23:20 הוא אכן באזור מלון קלאב הוטל ומלון פאלאס; משעה 23:20 עד 23:49 אכן, שוב, באזור שכונת שחמון (שוב, במספר סקטורים שונים); בשעה 23:53 ו-23:57 אכן באזור מרכז מור ושכונת ערבה; כאשר לאחר מכן לא נרשמו שיחות למנוח, עד השעה 00:33. בשעה 00:36 קיבל המנוח הודעת טקסט מילנה. בשעה 00:51 קיבל המנוח שיחה מהטלפון המבצעי, ואיכונו אז היה באזור שכונת שחמון. לפי משך השיחה, המנוח לא ענה לשיחה זו (שיחת "00" שנית). בשעה 01:04 קיבל המנוח הודעת טקסט מהטלפון המבצעי, שלשונה: "למה אתה לא עונה אין לי שיחות זה אני צריך אותך" (ת/58). בשעה 01:10 התקשר המנוח לטלפון המבצעי, ונערכה שיחה בת 85 שניות. בזמן שיחה זו, אכן המנוח באזור שכונת שחמון. השיחה הבאה היא השיחה למוקד החירום, שנערכה על-



ידי המנוח בשעה 01:18, אחרי שנורה, מאזור מרכז מור. בנוסף, הוגשה אמרת בנו של המנוח במשטרה מיום 25.10.2010 (ת/26), בה מסר כי בליל הרצח פגש באביו בסמוך לשעה 01:00 במרכז שחמון. לדבריו, כשאביו הגיע הוא ניתק שיחת טלפון, הם שוחחו כשלוש דקות ונפרדו לאחר שאביו נתן לו כסף.

#### ראיות לגבי טענת האליבי

26. המערער העיד כי הגיע לביתו בליל הרצח בשעה 00:35 על-מנת לקחת קרסים לדיג, ובשעה 00:57 יצא מביתו, כאשר שימסע אותו לחוף מפרץ השמש, שם הוצב אוהל של משפחתו ובו דג עד עלות השחר, לבדו, בעוד שי חזר לפגוש באילן וזוהר (עמ' 1338 לפרוטוקול). בחקירתו הנגדית, טען כי ראו אותו כמה הומלסים בחוף (עמ' 1306 לפרוטוקול). לטענתו, עוד מצהרי היום תכנן לצאת לדוג בלילה בשעה 01:00, וכי זוהי השעה בה הוא נוהג לצאת לדוג, על אף שניתן לדוג גם בשעה 00:00.

בהמשך לעדותו זו, זימנה התביעה את השוטר אלון סוזנה על-מנת לסתור את הטענות לגבי האוהל בחוף מפרץ השמש. סוזנה, קצין מודיעין במשטרת אילת שבעת הרלוונטית היה קצין נוער, העיד כי האוהל אינו מוכר לו וכי הוא לא מצא לו אזכור במערכות המשטרתיות; וכי אם האוהל היה מוכר למשטרה, היו מחפשים בו את המערער בליל הרצח, אז נערך חיפוש אחר המערער. ההגנה זימנה אף היא עד מטעמה בעניין. יניב זינו, עובד עיריית אילת, העיד על קיומם של האוהלים בחוף, וטען כי האוהל פורק לאחר שהוא עצמו שוחרר ממעצר בעניין הרצח של המנוח בשנת 2010. עוד העיד זינו כי לחובתו רישום פלילי מהשנים האחרונות, וכי הוא חבר של המערער ואחיו (עמ' 1380 לפרוטוקול). עוד יצוין, כי הוגשו תמונות של האוהל, אשר נטען שצולמו בשנת 2012 (נ/21).

#### ראיות נסיבתיות נוספות

27. ראיות נסיבתיות נוספות אליהן התייחסה הכרעת הדין היו ניתוק הטלפון של המערער מזהרי היום לפני הרצח, כאשר הוא לא שב לעשות בו שימוש כחודש לאחריו; וכן בריחתו לאחר הרצח והסתרתו בדירת מסתור בערד, עד שנעצר שם על-ידי שוטרים. המערער העיד כי הטלפון שלו כבה בצהרי היום של האירוע, כיוון שנגמרה לו הסוללה. לטענתו, לא הטעין את הטלפון כיוון שהשאיר את המטען שלו במקום בו ישן לילה לפני, אותו סרב למסור (עמ' 1294-1295 לפרוטוקול). המערער העיד כי הבין שהוא מבוקש כשהגיע לזוג חבריו בבוקר יום המחרת, בסביבות השעה 07:00-08:00. אחת מהחברות, פרנסין חסון, העידה מטעם ההגנה, וטענה כי המערער ביקר אותה ואת בעלה ביום הרצח, וכי היה מופתע שסיפרה לו על החשדות נגדו ועל מעצרו של אחיו. לדברי המערער, כששמע שאחיו עצור והוא מבוקש היה "בהלם", והיה צריך לשבת ולחשוב, להבין מה קורה ולחכות שאחיו ישתחרר. המערער העיד כי כשאחיו השתחרר הוא הגיע אליו לדירה בערד, והציע לו ללכת למשטרה, וכך התכוון המערער לעשות, אך השוטרים הגיעו ועצרו אותו לפני שהספיק לעשות כן.

#### ראיות לגבי התרחיש החלופי

28. טענת ההגנה הייתה כי קיים תרחיש חלופי אפשרי, לפיו דוד בן שטרית "האחר", הוא האחראי לרצח. ההגנה לא חלקה על כך שדוד עצמו לא היה בארץ בזמן הרצח, ורישומי מעבר הגבול מטאבה מעידים כי יצא מן הארץ ביום 29.8.2010 בשעה 19:23 ושב לארץ ביום 30.8.2010 בשעה 04:13. כן הוגשו רישומים מתאריכים סמוכים, המעידים על כניסות ויציאות דומות (ת/30). הטענה



היא, אפוא, שבן שטרית "האחר" הוא הכוח המניע מאחורי הרצח שבוצע על-ידי מאן דהוא בשליחותו.

29. פניו בן שטרית העיד כי בערב הרצח הגיע עם אחיו, דוד, למעבר הגבול, אך לא היה יכול לעבור בשל בעיה במכונה הביומטרית. דוד עבר לטאבה, ואילו פניו התקשר למנוח (שיחה שנערכה בשעה 21:52 לפי פלטי הטלפון, ראו ת/68). פניו העיד כי הפגישה ביניהם התקיימה זמן לא רב לאחר שיחה זו (עמ' 956-957 לפרוטוקול), בסביבות השעה תשע או עשר, ונמשכה כשעה וחצי. פניו העיד כי קיבל טלפונים לגבי היריות והגיע לבית החולים, שם "התנפלה" עליו אסנת והאשימה אותו. פניו העיד עוד כי המנוח עבד עבורו בגביית הלוואות בסכומים לא גדולים (עמ' 959 לפרוטוקול).

30. דוד בן שטרית "האחר" העיד כי הכיר את המנוח דרך אחיו, פניו, שהמנוח עבד עמו בהלוואות. דוד העיד כי הלווה למנוח 25 אלף ש"ח, הלוואה שנשאה ריבית ושהמנוח טרם פרע, כאשר הוא נהג לשלם את הריבית מדי חודש בחודשו. דוד העיד שלא חשש כי המנוח לא יחזיר לו את ההלוואה, וכי ממילא הכסף נשא עבורו פירות בזמן הזה. דוד העיד כי היה בטאבה בזמן הרצח, וכי אחיו התקשר לספר לו כי המשטרה מחפשת אחריו וכן על תגובתה של אסנת בבית החולים. לדבריו, מיד כשחזר לארץ הלך לתחנת המשטרה. דוד טען כי לא היה מסוכסך עם המנוח (עמ' 1107 לפרוטוקול); וכי המנוח "דיבר טוב" על המערער, חודשיים לפני הרצח, והמנוח "העריך אותו" (עמ' 1113-1114 לפרוטוקול). דוד טען כי המנוח היה מצוי בקשרים עם גורמים שהיו "גדולים עליו" (עמ' 1121 לפרוטוקול).

## הכרעת הדין

31. כאמור, בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער פה אחד במיוחס לו. ואולם, השופטת סלוטקי והשופט לוי נחלקו בשתי נקודות – האחת, עדותו של פרץ והמשקל שיש לייחס לה; והשנייה, עדות רבוח והשאלה באיזו שעה יצא המערער מביתו. לשאלה אחרונה זו הייתה משמעות לעניין ניתוח ראיות נוספות, ובראשן איכוני הטלפון המבצעי ומשמעותם ביחס לזהות המחזיק בו. בעניין זה, הצטרפה השופטת אבידע לדעתה של השופטת סלוטקי. ראשית אסקור את פסק דינה של השופטת סלוטקי, ולאחר מכן את החלקים עליהם חלק השופט לוי ואת נימוקיו.

32. בית המשפט המחוזי מצא את העדויות בדבר אמרתו של המנוח מהימנות. נקבע, כי המנוח תיקשר עם סביבתו לאחר שנורה, חזר ומסר את שמו של המערער לעדים שונים, וכן את תיאור לבושו. בית המשפט המחוזי עמד על כך ששמו של המערער דווח ברשת הקשר המשטרית בזמן אמת, ונכתב על-ידי אביטן על פתק. בית המשפט המחוזי ציין כי שמעון זוהר וידא עם המנוח שאכן דודו בן שטרית הוא זה שירה בו; וכי אנשי הצוות הרפואי, שלא מכירים את המערער ואינם בעלי אינטרס להפלילו, חיזקו את עדויותיהם של השוטרים.

באשר לעד פרץ, השופטת סלוטקי קבעה כי יש מקום להעדיף את אמרתו במשטרה לפי סעיף 10א לפקודה; וכי על אף שבאמרה זו סבר פרץ כי שמו של היורה הוא "דוד בן שטרית", יש לייחס זאת לגילו הצעיר ומצבו הנפשי בעת האירוע ובעת מסירת ההודעה. לעניין עדותו של פרץ בעניין תיאור היורה, נקבע שיש לקבלה גם כן, וכי עדותו לגבי שיערו של היורה, שהיה בעל שיער "קוצים", יכולה להתיישב עם מראהו של המערער שהוא בעל שיער שחור קצר, בשים לב לכך שפרץ ראה אותו במנוסה ובשעת עמום 10

לילה.

33. נקבע, כי יש לקבל את אמרתו של המנוח כאמרות שכיב מרע לפי סעיף 10 לפקודה, וכי ככאלה, יש לנקוט כלפיהן במשנה זהירות. בהקשר זה, בית המשפט המחוזי עמד על כך שהמנוח ראה את מי שירה בו, וקבע כי השם שמסר המנוח היה שמו של היורה עצמו, והמנוח אף מסר תיאור של היורה שתאם את התיאור שנתנו פרץ ואסליקיאן. בית המשפט המחוזי עמד על כך שהמנוח היה במצב בו יכול היה למסור פרטים מדויקים ולזהות את היורה בו, וכן על המצב ששרר בזירה ועל הירי שבוצע מקרוב, באופן המאפשר זיהוי של היורה. כן קבע בית המשפט המחוזי כי התנהגותו של המנוח בעת שיצא מן הרכב מעידה על כך שפגש מישהו אשר ציפה לפגוש; וכי עדותה של אסנת, שנמצאה מהימנה, תומכת בכך שהמנוח יצא לפגוש את המערער. בית המשפט המחוזי ציין כי חלק מהעדים העידו כי שמעו את המנוח מציין את שמו של המערער בתגובה לשאלה "מי ירה בך" או "מי עשה לך את זה". עוד נקבע, כי אין לייחס משמעות לאי דיוקים קלים ביחס לשם שנאמר על-ידי חלק מהעדים, וכי סביר שדווקא העדים אשר לא הכירו את המערער לא יזכרו או ייחסו משמעות רבה לשם "דודו" דווקא, שהוא שם חיבה הנגזר מן השם "דוד". מכל האמור לעיל למד בית המשפט המחוזי כי אדם אחד היה בזירת הירי, אותו אדם שהמנוח נקב שוב ושוב בשמו – הוא המערער.

34. בית המשפט המחוזי דחה את טענותיו של המערער כי העדים השונים ניסו להעליל עליו, בעומדו על כך שעשרה עדים שונים, שחלקם אינם מכירים אותו כלל, שמעו את המנוח מזכיר את שמו. בית המשפט המחוזי דחה את טענת המערער כי אף אם המנוח אמר את שמו, אין לתת בו אמון, וקבע כי אף אם המנוח לא אמר אמת בעבר, אין בכך כדי לכרסם באמרות שכיב מרע נוכח ההלכה וניסיון החיים בעניין. בהקשר זה, בית המשפט המחוזי עמד על כך שהמנוח אמר לילה כי אינו מאמין שהמערער יפגע בו, באופן המחזק את אמינותם של דבריו האחרונים. בית המשפט המחוזי דחה גם את התרחיש החלופי שהעלה המערער, לפיו המנוח התכוון באמרתו לדוד בן שטרית "האחר". זאת, כיוון שהוכח כי האחרון היה בטאבה בעת קרות הירי. בית המשפט המחוזי נתן אמון בעדויותיהם של פניו ודוד בן שטרית, והבהיר כי דוד בן שטרית נכנס לטאבה ויצא ממנה פעמים רבות בימים הסמוכים, כך שמהלך זה אינו בגדר אירוע חריג.

בית המשפט המחוזי סבר כי יש באמרות השכיב מרע ובדחיית גרסתו של המערער, אותה מצא כבלתי אמינה, די על-מנת להרשיעו; אך קבע כי קיימות ראיות נוספות התומכות במסקנה לפיה המערער הוא שירה במנוח, כמפורט להלן.

35. בעניין השעה בה המערער יצא מביתו, קיבלה השופטת סלוטקי את עמדתה של התביעה. לשיטתה, בדו"ח שערך רבוח נכתב במפורש כי שעון המערכת היה מדויק, ועל כן, הפער עליו הצביע רבוח בדו"חות לא היה בין "השעה האמיתית" לשעון המערכת, אלא בין שעון המערכת המדויק, לשיטתה (כך שהוא משקף את "הזמן האמיתי" באותה עת), לבין השעון שנראה בנגן התקליטור לאחר שנצרב. לדידה, פער זה גרם לרבוך לטעות ולחשוב שמדובר בפער הנובע משעון חורף; ואילו, אם אכן היה מדובר בפער כאמור, הזמן על-פי שעון החורף (הוא הזמן התקני) צריך היה להיות 22:35. השופטת סלוטקי דחתה את עמדת רבוח לגבי ת/33 כי נפלה בדו"ח זה טעות סופר, וסברה כי לא עולה מהדו"חות ששעון המערכת מוטעה וכי יש להוסיף לו שעה, וכי אין התייחסות בדו"חות ל"שיטת העבודה" שהזכיר רבוח בעדותו, לפיה הוא משווה את שעון המערכת לשעונו שלו. השופטת סלוטקי דחתה את עמדת רבוח לפיה לא התייחס למונה הזמן שנראה בנגן כאשר רואים את הסרטונים (דהיינו 00:35), וקבעה כי קיימת התייחסות למונה הזמן בשני הדו"חות שכתב. נוכח כל זאת, קבעה השופטת סלוטקי כי יש להעדיף את הדו"חות שנכתבו בסמוך לאירוע, על-פני עדותו המאוחרת של רבוח, וכי המערער הגיע לביתו בשעה 23:35. לכך מצאה השופטת סלוטקי חיזוק גם בכך שאילן, עמו בילה המערער לפני ששב לביתו, נצפה חוזר לביתו בשעה 23:48. חיזוק נוסף נמצא בכך שהמערער הסתתר בדירת מסתור לאחר האירוע, בנימוק לפיו לו היו



מצלמות האבטחה תומכות בגרסתו, הוא היה מגיע למשטרה ומוסר מידע זה, כפי שעשה בתיקים אחרים בהם נעצר בעבר.

36. בית המשפט המחוזי התייחס גם לסדר יומו של המנוח, וזאת בהתבסס על עדויות אסנת, ילנה ואלון שנמצאו מהימנות. נקבע, כי המנוח יצא מביתו בערב הרצח בשעה 20:00. בשעה 21:52 דיבר המנוח עם פני בן שטרית, ולאחר מכן נפגש עמו למשך כשעה וחצי. מיד לאחר פגישה זו, בין השעות 00:00-00:30 המנוח נפגש עם ילנה ב"הרים", ורק לאחר מכן שב לביתו - למחצית השעה, ולא לשעה כפי שהעידה אסנת. נקבע כי סתירה זו אינה פוגמת במהימנותה של אסנת, וכי היא לא ייחסה חשיבות לשעה בה חזר המנוח, שכן סברה כי חזר מפגישה עם פני. בית המשפט המחוזי קבע כי המנוח היה בביתו עת קיבל את השיחה מהטלפון המבצעי בשעה 00:51, לה לא ענה; וכן בעת שקיבל את הודעת הטקסט מהטלפון המבצעי, בה נכתב "אני צריך אותך", לשון התומכת בעדותה של אסנת לפיה המנוח אמר לה בטרם יצא, כי דוד או דודו בן שטרית זקוק לו. חיזוק לעדותה של אסנת נמצא גם בעדותו של אלון ביחס להתרחשות בבית החולים ולהאשמתו של פני. בית המשפט המחוזי קבע כי אמנם אסנת העידה כי המנוח קיבל טלפון, ואילו פלטי הטלפון מעידים כי המנוח לא ענה לשיחה בשעה 00:51, אך עדותה לפיה הטלפון היה על מצב "שקט" משתלבת עם הודעת הטקסט שקיבל המנוח בשעה 01:04, ושהודעה זו היא שהוציאה את המנוח מביתו. עוד נקבע, כי בדרך לזירת הרצח ניהל המנוח שיחה עם הטלפון המבצעי, בשעה 01:10, היא השיחה שבנו של המנוח ראה אותו מנתק כשהשניים נפגשו במרכז שחמון.

37. בכל הנוגע לסכסוך בין המנוח למערער, בית המשפט המחוזי ציין כי מניע אינו יסוד מיסודות העבירה ואין צורך בהוכחתו, אולם קבע כי ניתן ללמוד על קיומו של סכסוך כאמור מן הראיות בפניו - סרטוני האבטחה של המפגש במד"א ביום הרצח, עדותו של אלון וזיכרון הדברים שערך כהן בעניין. כן נקבע כי ניתן ללמוד מעדותה של ילנה על סכסוך עסקי-כספי בין המנוח למערער, וכי יש לקבל את גרסתה בנוגע לטלפון שקיבל המנוח כשהיו בצפון. בעניין זה קבע בית המשפט המחוזי כי דו"ח ההבהרה שהוגש על-ידי המשטרה מחזק את עדותה של ילנה לפיה נערכה שיחה בין המנוח לבין איש משטרה, וכי בנוגע למה שנמסר בשיחה זו, יש להעדיף את גרסתה על האמור בדו"ח ההבהרה, משאיש המשטרה שביצע את השיחה לא חתם על הדו"ח האמור ולא העיד בפני בית המשפט. ביחס למספר הטלפון שמסר המנוח לילנה, שאינו שייך למערער, קבע בית המשפט המחוזי כי ככל הנראה ילנה טעתה בזיהוי הטלפון האמור, אך כי אין בכך כדי להשליך על האמון שניתן בגרסתה באשר לדברים שאמר לה המנוח. בית המשפט המחוזי דחה את טענות ההגנה כי המנוח שיקר לילנה על אודות שיחת האזהרה וכי יש ללמוד מכך על המשקל שיש לייחס לאמרותיו לפני מותו. בית המשפט המחוזי עמד על כך שאם אכן, כטענת ההגנה, המנוח והמערער היו חברים טובים, אין הסבר מדוע המנוח יבחר להפליל את המערער דווקא או להעליל עליו, כאשר אף נטען כי היו לו אויבים אחרים.

38. בית המשפט המחוזי התייחס לראיות נסיבתיות נוספות לאשמתו של המערער, ובהן העובדה שהחל להשתמש בטלפון מבצעי לאחר המפגש שלו עם המנוח במד"א; ניתוק הטלפון שלו לפני הרצח; וכן הימלטותו לאחריו. בית המשפט המחוזי סבר כי ההסברים שנתן המערער לניתוק הטלפון ולבריחתו לא היו מספקים. בית המשפט המחוזי דחה את טענת האליבי שהעלה המערער, וסבר כי הייתה לא מהימנה ולא מבוססת, וזקף לחובתו את העובדה שלא הביא את אילן או זוהר לעדות על-מנת לאמת גרסתו זו. כאמור, שני נפטרים בזמן ניהול המשפט, כך שלא ניתן היה להביא אותו לעדות, ובית המשפט המחוזי דחה את טענות המערער כי היה בעיכוב בניהול התיק כדי למנוע את העדות. משנדחתה טענת האליבי, נקבע כי אין מקום להידרש לראיות בדבר קיומו של האוהל בשפת הים, אך נקבע, למעלה מן הצורך, כי עדותו של סוזנה הייתה מהימנה, וכי לא ניתן לתת אמון בעדותו של זינו, שהעיד על קשרי החברות שלו עם המערער ואחיו. בית המשפט המחוזי התייחס גם לכך שהרכב שנשכר על-ידי המערער נמצא בסמוך לאחר הירי ליד זירת הרצח, כאשר מצויים בו שי, זוהר ואילן אשר היו עד זמן קצר לפני כן עם המערער. מכיוון שגרסתו של המערער באשר לאליבי נדחתה, נקבע כי המסקנה המתבקשת היא כי יושבי הרכב או אחד מהם, הסיע את המערער אל הזירה, כאשר הוא עצמו נמלט ממנה בדרך אחרת.



39. בסופו של יום, קבע בית המשפט המחוזי כי הוכח שבין המערער למנוח התגלע סכסוך כספי ועסקי, וכי במפגש ביניהם במד"א בצהרי היום שבערבו אירע הרצח המערער כעס על המנוח. נקבע, כי הוכח שהמערער הוא שהתקשר למנוח מן הטלפון המבצעי ושלח לו את הודעת הטקסט שהביאה ליציאת המנוח מביתו; וכי המערער הוא שירה במנוח. עוד נקבע כי המנוח נקב בסמוך למותו בשמו של המערער כמי שירה בו, בכוונתו למערער דווקא, ולא לדוד בן שטרית "האחר", שכלל לא היה באילת. נקבע, כי שילובן של כלל הראיות יוצר תמונה שלמה שאינה מותירה מקום לספק באשמתו של המערער, וכי התקיימו יסודות עבירת הרצח.

קביעות השופט לוי

40. השופט לוי חלק על דעתה של השופטת סלוטקי בשני עניינים – ראשית, סבר שאין לתת אמון בפרץ, גם לא באמרתו במשטרה, שהייתה מבולבלת; ושנית, סבר כי יש להניח, כגרסת ההגנה, כי המערער שהה בביתו בין השעה 00:35 לשעה 00:57. יצוין, כי השופט לוי הצטרף לשאר קביעות המהימנות של השופטת סלוטקי, אולם הטעים כי יש להתייחס לאמרות השכיב מרע של המנוח במשנה זהירות נוכח חייו "המורכבים" של המנוח, וכי נדרשת להן, בנסיבות העניין, תוספת ראייתית מחזקת.

41. בעניין השעה בה הגיע המערער לביתו, השופט לוי עמד על כך שרבוה העיד כעד מטעם בית המשפט על דעת המשיבה, שאף לא חלקה על מהימנותו. לשיטתו, היה בהסבר שנתן רבוה בעדותו כדי ליישב את הפער בין הנתונים הסותרים, ואילו המשיבה לא סיפקה הסבר לציון השעות 00:35 ו-00:57 בדו"חות ובסרטונים. אף אם עדות רבוה לא יישובה את כלל הקשיים בנושא, סבר השופט לוי כי ההסברים שניתנו לחלק מן השאלות – וביניהן העובדה כי רבוה צפה בסרטון במערכת ייעודית, וכן בדבר שיטת העבודה שלו – היו סבירים ומהימנים. כן סבר השופט לוי כי לשיטת העבודה, לפיה רבוה בודק את התאמת השעון לשעון "האמיתי", נמצאו תימוכין ב-ת/32, בו נכתב "בסרטון מופיע הזמן בשעון חורף". עוד ציין השופט לוי, כי עדותו של רבוה לא נסתרה, וכי "שעון החורף" הוא השעון התקני, כך שקיים היגיון בכך ששעון המערכת יהיה מכוון אליו דווקא, ככל שלא עודכן אוטומטית. השופט לוי עמד על כך שבמערב ממערכת למערכת ייתכנו שינויים בנתונים אלו, ועמד, למשל, על שינוי בשעה בה הועתק הקובץ, כפי שהופיעה בעת הצפייה בתקליטור במהלך הדיון בבית המשפט, ולאחר מכן, בלשכתו. על כן, קבע השופט לוי כי יש לצאת מנקודת ההנחה הנוחה להגנה, לפיה המערער שהה בביתו בין השעות 00:36 ל-00:57 לערך. כפי שיפורט להלן, אף אני סבור כי כך היו פני הדברים.

42. בעקבות קביעה זו, בחן השופט לוי את הזמן שנדרש למערער להגיע לזירת הירי. נוכח המרחק בין ביתו של המערער לזירה, הזמן שלקח למנוח להגיע לזירת הירי מביתו, וכן עדותו של המערער בדבר מרחקים אלה, קבע השופט לוי כי למערער היה די זמן להגיע לזירת הירי, ואף להחליף בגדים ותסרוקת, בשים לב לכך שלא נהג ברכב. עוד נקבע כי אין בכך שהמערער לא יצא מביתו עם בגדים להחלפה כדי לגרוע מכך, שכן בגדים ותכשיר לשיער יכלו להימצא מבעוד מועד ברכב שהמתין למערער, ודאי מקום בו המערער יודע כי קיימות מצלמות אבטחה מחוץ לביתו.

43. בהמשך, בחן השופט לוי את נפקותה של קביעה זו על ביצוע השיחה מהטלפון המבצעי בשעה 00:51. בהקשר זה נקבע כי על אף שהסקטור בו אוכנה השיחה, מרכז מור, אינו הדומיננטי לביתו של המערער, סקטור זה יכול לכסות את ביתו, בשים לב לכך שהמרחק בין ביתו של המערער למרכז מור הוא קצר – כאלף וחמש מאות מטרים בלבד (ת/69א). עם זאת, בחן השופט לוי את האפשרות המסתברת יותר לפיה לא המערער הוא שהתקשר למנוח מהטלפון המבצעי. השופט לוי עמד על כך שאיכונו של הטלפון המבצעי נמצא חופף לאיכונו הטלפון של אחיו של המערער, אילן, עמו שהה המערער עד שעה קלה לפני הרצח (ת/24ב), יחד עם שי וזוהר, וכי השלושה נתפסו ונעצרו, סמוך לזירת הירי ודקות ספורות לאחריו – ברכב השכור של המערער. השופט לוי זקף לחובת



המערער את אי הבאתם של זוהר ואילן לעדות, וציין כי אילן שתק בחקירתו אף הוא. נקבע, כי לפי עדות אסנת, המנוח הבין מהשיחה שהתקבלה לטלפון המבצעי בשעה 00:51 כי דווקא המערער זקוק לו; וכי גם הודעת הטקסט בשעה 01:04 שבה נכתב "זה אני", מצביעה על כך שלמערער הייתה ידיעה מי המתקשר - היינו המערער, או מי מטעמו. לכן נקבע, כי אף אם לא המערער הוא שהתקשר בשעה 00:51 למנוח, הדבר אינו מקים ספק סביר שמא לא הוא שירה במנוח.

44. השופט לוי עמד על כך שקביעה זו, לפיה ייתכן שלא המערער עצמו הוא שהתקשר למנוח מהטלפון המבצעי עומדת בניגוד לאמור בכתב האישום, בו נטען כי המערער הוא שהתקשר למנוח; וכן על כך שהטענה בנדון הועלתה על-ידי המשיבה רק בסיכומיה המשלימים. עם זאת, הוא קבע כי ניתן להרשיע את המערער גם בהינתן שלא הוא זה שהתקשר למנוח, לפי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי). השופט לוי קבע כי למערער הייתה אפשרות סבירה להתגונן מפני העובדות האמורות, שכן שיחת הטלפון בשעה 00:51 היא טפלה לעיקר, שהוא האישום ברצח המנוח עצמו - כאשר קו ההגנה של המערער היה שכלל לא ירה במנוח ולא נכח בזירת הירי. משכך, נקבע כי קו ההגנה של המערער לא היה משתנה ולא נפגעה זכותו להתגונן, אף אם לא הוא התקשר למנוח בשעה 00:51, כנטען בכתב האישום.

45. בהתייחסו לתרחיש החלופי, השופט לוי בחן את האפשרות לפיה המנוח ראה מי היורה אך הסיק שמדובר בשלוח בלבד, וקבע כי המנוח התכוון באמרתיו ליורה עצמו. זאת, כיוון שחלק מן העדים שאלו את המנוח באופן מפורש מי ירה בו, והמנוח מסר את שמו של המערער ואת לבושו של היורה, בהכרה מאלה ובדעה צלולה, ומבלי להוסיף דבר ממנו ניתן להבין כי היורה בפועל והשם שמסר הם שני אנשים שונים. השופט לוי עמד אף הוא על כך שעדותו של המערער הייתה לא מהימנה ומתחמקת, וכי הוא לא נתן הסבר מניח את הדעת לשאלות העולות מחומר הראיות. בכלל זה, סבר גם השופט לוי כי גרסת האליבי שהעלה המערער בשלב מאוחר יחסית אינה מהימנה, ובשים לב לחשיפתה המאוחרת, סבר כי יש לייחס לה משקל אפסי. עם זאת, סבר השופט לוי כי אין מקום לייחס משקל לראיות בדבר הסכסוך בין המנוח למערער, בשים לב לכך שאין זה אחד מיסודות העבירה, כמו גם לסכסוכים נוספים שהיו למערער.

46. סיכומם של דברים, השופט לוי קבע כי בתמונה הראייתית הכוללת לא קם ספק סביר באשמתו של המערער. השופט לוי דחה את טענותיו של המערער בדבר הגנה מן הצדק, תוך עמידה על כך שעל אף התנהלותה של המשיבה בעניינים מסוימים - ובכלל זה בדבר ניסוח כתב האישום, חוסר התיאום עם רבוח והעלאת הטענות החלופיות בדבר שיחת הטלפון בשעה 00:51 - לא היה כדי לפגוע באפשרותו הסבירה של המערער להתגונן או כדי להקים הגנה מן הצדק.

47. השופטת אבידע הצטרפה למסקנה בדבר אשמתו של המערער, ובעניין המחלוקת בדבר עדות רבוח, הצטרפה לעמדתה של השופטת סלוטקי. ביום 24.3.2013 נגזר דינו של המערער, ונגזר עליו עונש של מאסר עולם ופיצוי למשפחת המנוח בסך 100,000 ש"ח. נקבע, כי עבירת הנשק נבלעת בעבירת הרצח ועל כן לא נגזר בגינה עונש נפרד.

העורר

48. לטענת המערער, הראיה הישירה היחידה עליה מתבססת הכרעת הדין היא אמרתיו של המנוח לאחר שנורה, אמרות שלשיטתו אין לתת להן משקל. המערער מלין כנגד קביעות המהימנות של בית המשפט המחוזי, וטוען כי העדים הם עדים "זוממים" אשר הונחו לטפול עליו את האשמה. נטען, כי העד האובייקטיבי היחיד הוא פרץ, ששמע, לפי גרסתו במשטרה, את השם "דוד" דווקא; וכי העדים

ששמעו את השם "דודו" הם עדים שהכירו את המערער או כבר ידעו שהוא החשוד ברצח.

49. לשיטת המערער, אף אם שמו הוא זה שנמסר על-ידי המנוח, אין לתת בו אמון. המערער סבור כי דו"ח ההבהרה שהוגש בהסכמת המשיבה, מעיד כי המנוח שיקר לילנה בעניין השיחה שהתקיימה עמו עובר לרצח, ונוכח זאת לא ניתן לתת אמון באמרתיו סמוך לאחר הירי; וכן כי אין לראות באמרות אלה אמרות שכיב מרע, בשים לב לכך שהמנוח כלל לא ידע שמדובר ברגעי חייו האחרונים.

50. המערער מלין על חוסר האמון שניתן בעדותו של רבוח, שתמכה בגרסתו לפיה יצא מביתו בשעה 00:57. המערער מדגיש, כי לפי חוות דעתו של אברהמי ועדותו, לא היו עומסים על הרשת הסלולרית בליל הרצח, כך שלא הייתה סיבה "לקפיצה" בין סקטורים, ועל כן לא ניתן לקבוע כי המערער עשה שימוש בטלפון המבצעי מביתו בשעה 00:51. לפיכך, המערער טוען כי הקביעה לפיה יצא מהבית בשעה 00:57 עומדת בסתירה חזיתית לכתב האישום הקושר בין האדם שהתקשר למנוח מהטלפון המבצעי בשעה 00:51 לבין היורה - ומביאה לכך שהכרעת הדין אינה יכולה לעמוד. המערער טוען כי בקבלת עמדת המשיבה, שהועלתה בסיכומים המשלימים בלבד, לפיה גם אם מישהו אחר התקשר למנוח מהטלפון המבצעי, אין הדבר מקים ספק סביר באשמתו, יש משום פגיעה משמעותית בהגנתו. לשיטתו, הגנתו כוונה בעיקרה להוכחה כי לא הוא החזיק בטלפון המבצעי. המערער רואה בכך, ובאופן ניהול התביעה באופן "הנוגד את הראיות", לשיטתו, התנהלות נפסדת של המשיבה, שיש בה כדי להביא לביטול כתב האישום מכוח הגנה מן הצדק.

51. המערער טוען עוד כי לא הוכח קיומו של סכסוך בינו לבין המנוח. לטענתו, לא ניתן להסתמך על פרשנותו של אלון לסרטונים שתיעדו את המפגש במד"א ביום הרצח, וזיכרון הדברים שערך כהן בעניין מעלה שהמערער נוהג, בדרך כלל, ללוות את דבריו בתנועות ידיים. נטען, כי ממכלול הראיות עולה כי למנוח היו קשרים וחובות כספיים לגורמים עבריינים, כאשר המשטרה לא חקרה כיוונים נוספים על רקע סכסוכים אלו. עוד נטען, כי כיוון שלא הוכח קיומו של סכסוך או טיב המפגש בין המנוח למערער במד"א בצהרי יום הרצח, אף לא הוכח כי המערער החליט להמית את המנוח; וכי יש בהיעדרו של סכסוך כדי לכרסם משמעותית בראיות כנגדו.

52. לטענת המערער, לפי איכוני הטלפון של המנוח ומכלול הראיות, המנוח כלל לא שהה בביתו בשעה 00:51, כך שעדות אסנת כי יצא מהבית בעקבות טלפון ומסר לה ש"בן שטרית" צריך אותו, אינה יכולה לעמוד. לשיטתו, המנוח יצא מביתו רק פעם אחת באותו ערב, וזאת בשעה 23:50 לפני פגישתו עם ילנה. לפיכך, טיעונו של המערער הוא כי אסנת שיקרה בעדותה; כאשר בדיון בפניו טען כי ייתכן שהמנוח מסר לה את השם "בן שטרית", אך זאת בטרם יצא לפגוש את ילנה וכ"סיפור כיסוי" לכך. לטענתו, המנוח לא יצא מן הבית בעקבות השיחה מן הטלפון המבצעי, שיחה אשר לה כלל לא ענה; וכי אף לא יצא מהבית בהמשך להודעת הטקסט משעה 01:04. לשיטתו, קביעה אחרונה זו ממילא עומדת בניגוד לכתב האישום ולא הייתה בידו הזדמנות סבירה להתגונן בפניה; וכן, היא אינה מסתברת, בשים לב ללשון ההודעה אשר אינה מכוונת לפגישה, וכן לכך שבשעה 01:00 המנוח פגש בבנו במרכז שחמון. עוד נטען, כי הודעה זו נשלחה למנוח ממרכז העיר, בעוד הוא עצמו יצא מביתו בשעה 00:57, כך שעל-מנת שהוא יהיה זה ששלח את הודעת הטקסט, היה עליו להגיע למרכז העיר בתוך שש וחצי דקות; ומשם לפנות לזירת הרצח, תוך שהוא מחליף בגדים ותסרוקת. המערער טוען, שעד השעה 01:12 אז אירע הרצח (בכתב האישום נכתב כי הרצח אירע בין השעות 01:12 ל-01:18), לא יכול היה להספיק לנסוע למרכז העיר ואז לזירת הירי, תוך החלפת בגדים ותסרוקת. עוד נטען, כי כיוון שהטלפון של המערער היה מנותק, כלל לא היה יכול לדעת שעליו להגיע למרכז העיר, שם אוכן הטלפון המבצעי.



53. המערער טוען עוד כי היה מקום לקבל את טענת האליבי שהציג, וכי אין מקום לזקוף לחובתו את העובדה שלא העלה אותה בחקירתו במשטרה משום ששמר על זכות השתיקה - זכות המוקנית לו בדין. המערער חולק על קביעות המהימנות בעניין האוהל בחוף הים, וסבור כי אי העדתו של שמעון זוהר בנושא זה, אשר היה קצין מודיעין באילת בעת הרלוונטית, צריך לפעול לרעת המשיבה. בהקשר זה טוען המערער כי משפטו לא נוהל לפי סעיף 125 לחוק סדר הדין הפלילי, באופן רציף, כך שלא התאפשר לו להביא את שי, אשר נפטר בזמן התנהלות המשפט, לעדות לאחר עדותו שלו.

54. לבסוף, טוען המערער כי אף אם המנוח הזכיר בסמוך לפטירתו שם דומה לזה של המערער, אין כוונתו למערער, וכי קיים תרחיש חלופי אפשרי, לפיו כוונתו לדוד בן שטרית "האחר". נטען, כי המנוח חזר בערב הרצח מפגישה סוערת עם פיני, בדבר חוב כספי שהוא חב לאחיו; וכי השיחה והודעת הטקסט מהטלפון המבצעי נעשו על-ידי פיני או דוד או אחד מעושי דברם, מה שהביא את המנוח למקום הרצח, שם נורה על-ידי מקורב שלהם. מקורב זה, אשר אינו מוכר למנוח, הבהיר לו או במהלך השיחות וההודעות מהטלפון המבצעי, או בטרם הירי, כי הוא שלוח של דוד בן שטרית "האחר". לשיטת המערער, מרגע שדוחים את הנחת היסוד המצויה בבסיס כתב האישום לפיה היורה והמתקשר בטלפון המבצעי אחד הם, תרחיש חלופי זה "אפשרי ואף מתבקש", וכי דווקא היותו של דוד בטאבה מחשידה, שכן היא נועדה כדי לבסס טענת אליבי.

טענות המשיבה

55. המשיבה סומכת ידיה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. לטענתה, הרשעת המערער מבוססת בעיקרה על קביעות מהימנות בעניין אמרותיו של המנוח שאין מקום להתערב בהן. לטענתה, יש לתת לאמרות אלו משקל ראייתי רב, כאשר המנוח חזר על שמו של המערער, בתחילה באופן ספונטאני וללא הכוונה, וכן בשים לב לכך שהן חוסות גם תחת החלופה של אמרות שכיב מרע לפי סעיף 10(3) לפקודה, וגם תחת החלופה של אמרת קורבן אלימות בסמוך לאחר המעשה, לפי סעיף 10(1) לפקודה. נטען, כי אף אם המנוח שיקר לילנה בדבר השיחה מאיש המשטרה, אין בכך כדי להפחית ממשקל אמרותיו, נוכח הרציונאל שלפיו בני אדם אינם משקרים על ערש דווי, אף אם שיקרו בעבר. לטענת המשיבה, טיעונו של המערער לוקה בסתירה פנימית - כיוון שהוא טוען בעת ובעונה אחת שהעדים "זוממים" וכי שמו כלל לא נאמר; ששמו נאמר אך שהמנוח ניסה להפלילו; ולבסוף, שהשם נאמר על-ידי המנוח, אך שהכוונה הייתה לדוד בן שטרית "האחר".

56. המשיבה סבורה כי קיימים חיזוקים רבים לאמרותיו של המנוח, ובהם הימצאות הרכב השכור סמוך לזירת הרצח; ניתוק הטלפון של המערער ועשיית שימוש בטלפון המבצעי בסמוך לרצח; התנהגותו המפלילה של המערער והימלטותו מהמשטרה במשך כחודש לאחר הרצח, אף כי ידע שהוא דרוש לחקירה; וכן עדות אסנת, לפיה המנוח אמר לפני יציאתו מהבית כי המערער צריך אותו.

57. באשר לסדר יומו של המנוח, סבורה המשיבה כי מדובר בקביעה עובדתית אשר אין מקום להתערב בה. המשיבה מדגישה כי אין חולק שהמנוח שב לביתו באותו לילה בהזדמנות אחת בלבד, וכי על אף שהמנוח אכן באזור ביתו בשני פרקי זמן, הוא שהה בתוך ביתו רק באחד מהם - בין השעות 00:30-01:00. באשר לסדר יומו של המערער, המשיבה סומכת ידיה על נימוקי בית המשפט המחוזי אשר העדיף את גרסתה על פני גרסת המערער. המשיבה מציינת, כי רבו עמד בעדותו על כך שישנן מערכות בהן קיימים שני שעונים - שעון המערכת ושעון המצלמות - אם כי לא ידע אם המערכת בביתו של המערער נמנית עמן. לטענתה, זה ההסבר היחיד שבכוחו להעניק משמעות מלאה לדו"חות רבו. המשיבה טוענת כי נוכח קביעת בית המשפט המחוזי (בדעת רוב) כי המערער יצא מביתו ביום הרצח בשעה 23:57, אין מקום להידרש לטענותיו לפיהן לא יכול היה להגיע לזירת הרצח תוך שש וחצי דקות.





58. לעניין הסכסוך בין המערער למנוח, המשיבה טוענת כי על אף שאין מדובר ביסוד מיסודות העבירה, הוצגו בבית המשפט מספר ראיות המבססות מניע אפשרי של המערער. כן טוענת המשיבה כי טענת האליבי של המערער נדחתה נוכח אי מתן אמון בעדותו. המשיבה מציינת כי המערער יכול היה לתמוך את עמדתו בעדותם של אילן וזוהר, ונמנע מלעשות כן; וכי מדובר בגרסה כבושה, שאין מקום לתת לה משקל.

59. המשיבה דוחה את היתכנותו של התרחיש החלופי שהציע המערער, לפיו המנוח התכוון באמרתו לדוד בן שטרית "האחר", משנפסלה האפשרות שדוד היה בארץ באותה עת. עוד נטען, כי אין לייחס חשיבות לכך שאסנת לא מסרה בתחילה שם פרטי אלא שם משפחה בלבד, כיוון שממילא דוד בן שטרית "האחר" לא יכול היה לבצע את השיחה בשעה 00:51. בהקשר זה נטען כי רוב העדים העידו כי שמעו את המנוח אומר "דוד", ואילו רק שלושה אשר אינם מכירים את המערער העידו כי שמעו "דוד" - פרץ, חלפון וגאנם. נטען, כי מי שאינו מכיר את שני ה"דוד בן שטרית" האילתים, וההבחנה ביניהם, לא ייחס חשיבות רבה להבדל בין שני השמות. עוד נטען, כי השם "דוד" נשמע מיד כשהשוטרים קולר וקריפס הגיעו לזירה, וקולר דיווח על כך באופן מיידי בקשר המשטרתי, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם טענת המערער כי ניסו לטפול עליו את האשמה.

הבקשה להוספת ראיה

60. במסגרת הערעור שלפנינו, ביקש המערער להוסיף ראיה נוספת - זיכרון דברים מיום 28.11.2011 מחקירה ברשות המיסים, המתעד אמרה של אדם שאינו קשור לפרשה זו, לפיה המנוח היה מאוים על-ידי דוד בן שטרית "האחר" בשל חוב על סך 400,000 ש"ח שהוא חב לו. באמרה זו נמסר כי מקורו של החוב בהלוואה שנטל המנוח מדוד, על סכום הקטן פי שמונה מן הסכום האמור. המערער טוען כי ראיה זו מוכיחה כי עדויות פני דוד היו שקריות, וכי המנוח היה מאוים על-ידי דוד בן שטרית "האחר", באופן המעלה את היתכנותו של התרחיש החלופי המוצע על-ידו. כן נטען, כי המשיבה העלימה ראיה זו במהלך ניהול התיק, באופן שפגע בהגנתו של המערער, וכי נוכח חשיבותה להגנתו, יש להתיר את קבלתה.

המשיבה לא התנגדה להגשת הראיה החדשה. לשיטתה, העובדה שהיה סכסוך כספי בין דוד בן שטרית "האחר" לבין המנוח אינה שנויה במחלוקת, ואף אם זה הוביל לאיום על המנוח, אין בכך כדי לשנות את תוצאות ההליך שבפנינו.

דיון והכרעה

61. הציר המרכזי עליו נסמכת הרשעתו של המערער, הוא העובדה שנקב בשם "דוד" או "דודו" בן שטרית, אותו חזר ואמר לעדים שונים סמוך לאחר שנורה ועד לפטירתו בבית החולים. אמרות אלו התקבלו כאמרות שכיב מרע, לפי סעיף 10 לפקודה, כחריג לכלל האוסר עדות מפי השמועה. בציר מרכזי זה תומך מצרף של ראיות נסיבתיות. מטבע הדברים, אלו אינן מוכיחות באופן ישיר את העובדות הטעונות הוכחה, אלא מבססות עובדות מהן ניתן להסיק עובדות אלו, בדרך של היסק לוגי ובהסתמך על ניסיון החיים והשכל הישר. הפסיקה עמדה לא אחת על כך שניתן לבסס הרשעה בפלילים אף על ראיות נסיבתיות בלבד, וזאת כאשר הצטברותן יחדיו תביא למסקנה כי התרחיש המרשיע הוא האפשרות הסבירה היחידה (ראו למשל: ע"פ 230/84 חג'ביני' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 792, 785 (1985) (להלן: עניין חג'בי); ע"פ 4354/08 מדינת ישראל נ' רבינוביץ, פסקה 2 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס (22.4.2010)). בהתאם לכך, הנדבך האחרון בהרשעתו של המערער הוא שלילת התרחיש החלופי שהועלה על ידו - אשר



נועד להפריך הן את התמונה המתקבלת ממארג הראיות הנסיבתיות, והן את הטענה כי אמרתיו של המנוח התייחסו למערער דווקא.

62. המערער מעלה טענות רבות כנגד כל חלקיה של הכרעת הדין. טענות לא מועטות מופנות כנגד קביעות בדבר מהימנות העדים – הן העדים אשר שמעו את אמרתיו של המנוח, והן עדויות אחרות, שהרכיבו את המצרף הראייתי שהצטרף לאמרות אלו. יש לזכור כי הכלל הוא שערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בקביעות הערכאה הדיונית בענייני מהימנות, בשל יתרונה המובהק של זו בהתרשמותה הבלתי אמצעית מהעדים והראיות שבפניה. לכלל זה נודעו חריגים, ובכלל זה, כאשר בממצאי הערכאה הדיונית התגלתה טעות "בולטת לעין", או כאשר הממצאים נעוצים בהסקת מסקנות ובשיקולים של שכל ישר והיגיון, בהם יתרונה פחות (ראו למשל: ע"פ 24/8500 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 918, 924 (2001); ע"פ 7532/12 איטל נ' מדינת ישראל, פסקאות 132-133 (11.12.2016)). מונחה על-ידי עקרונות אלו, אפנה לבחון את שלושת הנדבכים בהרשעתו של המערער – אמרות המנוח, הראיות הנסיבתיות, והתרחיש החלופי – ואת טענותיו באשר להם.

#### אמרות המנוח

63. אמרת קורבן אלימות, יכולה להתקבל במשפט כראיה קבילה, במקרים מסוימים, כחריג לכלל האוסר עדות מפי השמועה. סעיף 10 לפקודה מתווה את המסגרת הנורמטיבית לכך, כדלקמן:

"עדות על אמרה שאמר אדם שנעשה בו, לפי הטענה, מעשה אלימות, והאמרה נוגעת לאותו מעשה או לנסיבות-לואי שלו, תהא קבילה אף אם האדם שאמר אותה אינו נוכח כעד ואף אין להביאו למשפט משום שהוא נפטר או תשוש או חולה או נעדר מן הארץ, ובלבד שנתקיימה באותה אמרה אחת מאלה:

- (1) היא נאמרה בשעת מעשה האלימות, או בסמוך לאחריו, או לאחר שהיתה לו ההזדמנות הראשונה להתאונן עליו;
- (2) היא נוגעת למעשה האלימות לפי סדר האירועים עד כדי היותה חוליה בשלשלת הנסיבות הקשורות במישרין לביצוע העבירה;
- (3) היא נאמרה בשעה שהוא היה גוסס, או האמין שהוא גוסס, בעקבו של מעשה האלימות".

64. אמרתיו של המנוח במקרה דנא, חוסות תחת שתיים מן החלופות – הן תחת סעיף 10(1), העוסק באמרת קורבן אלימות בסמוך למעשה האלימות; הן תחת סעיף 10(3), העוסק באמרת קורבן אלימות המצוי על ערש דווי. התכלית המונחת בבסיס שתי החלופות היא כי מדובר בנסיבות המקימות חזקה בדבר אמיתותן של האמרות (ראו: ע"פ 5730/96 גרציאני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לפסק דינו של השופט י' קדמי (18.5.1998) (להלן: עניין גרציאני); ע"פ 3452/11 שאלתיאל נ' מדינת ישראל, פסקאות 31-32 (8.7.2013)). בעניינינו, חלק מן האמרות נמסרו מיד לאחר הירי, עוד בטרם פונה המנוח לבית החולים; וחלק נמסרו בבית החולים עצמו, זמן קצר יחסית לאחר הירי, וזמן קצר בטרם נפטר המנוח. ביחס לחלופה המנויה בסעיף 10(1), המונח "סמיכות" מתפרש על-פי נסיבות העניין, כך שניתן לראות גם באמרות בבית החולים כסמוכות לאירוע. חלופה זו מתייחסת גם לאמרות שנמסרו בתשובה לשאלות, ככל שאינן מדריכות (ע"פ 3737/91 חיר נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 273, 276-277 (1992); ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל (להלן: עניין סעד)). בעניינינו, האמרות נמסרו תחילה באופן ספונטאני, ולאחר מכן בתשובה לשאלות כגון "מי ירה" או



"מה קרה", הן בזירה והן בבית החולים. בהמשך לכך, סבורני, כי יש לדחות את טענותיו של המערער לפיהן אין לראות באמרות המנוח אמרות שכיב מרע מן הטעם שלא ידע שהוא מצוי על ערש דווי. ראשית, סעיף 10(3) לפקודה קובע חלופה אובייקטיבית, לפיה די בכך שהאומר מצוי בשלב האחרון של חייו (ע"פ 257/74 אמקייס נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(1) 566, 569 (1975) (להלן: עניין אמקייס)); ע"פ 1424/02 טוטמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 622, 615 (2003) (להלן: עניין טוטמן)). שנית, יש להניח, כי המנוח, אשר היה ירוי בחזהו וסבל מכאבים, היה מודע לאפשרות שהוא מצוי על ערש דווי, גם מן הבחינה הסובייקטיבית (ראו עניין טוטמן, בעמ' 622). ולבסוף, מכל מקום, אמרותיו של המנוח עומדות בתנאי שתי החלופות הנזכרות, ודי באחת מהן, כך שבכל מקרה מדובר באמרות קבילות לפי סעיף 10 לפקודה.

65. המערער משליך את יהבו בעיקר על המשקל שיש להעניק לאמרות אלו. המערער מנסה להפריך כל אחת מן העדויות שהוצגו בעניין אמרותיו של המנוח - עשר במספר - ובכללן עדויות שוטרים (קולר, קריפס, אל-על, אביטן, אברהם, חלפון ושמעון זוהר); עדויות אנשי צוות רפואי (רדולסקי, גאנץ) ועדות האזרח שנקלע למקום, פרץ. בין העדים השונים היו שהכירו את המערער, והיו שכלל לא ידעו מי הוא. המערער טוען כי השוטרים רודפים אותו ומנסים לטפול עליו את האשמה; כי ד"ר טאובר, שנמנה על הצוות הרפואי, כלל לא שמע את המנוח נוקב בשמו של המערער; וכי חלק מן העדים, ובפרט העדים שאינם מכירים את המערער, שמעו את המנוח אומר את השם "דוד", בעוד המערער ידוע באילת בשם "דודו". המערער מנסה להצביע על סתירות בין עדויותיהם של העדים השונים, שבעיניו הן מהותיות ומצדיקות את התערבותו, וסבור כי העדים כולם הם עדים "זוממים", אשר המשטרה והתביעה שמו את שמו בפיהם. ואולם, טענותיו של המערער נבחנו ונשמעו גם על-ידי בית המשפט המחוזי, אשר דן בהן באריכות ודחה אותן לגופן. המערער לא הצביע על טעם שיש בו כדי להצדיק חריגה מן הכלל לפיו ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בקביעות מהימנות. בית המשפט המחוזי עמד על כך שד"ר טאובר לא שמע את שאמר המנוח לשמעון זוהר, כי היה עסוק בטיפול בו, וסבר כי הסבר זה מניח את הדעת; וכך גם באשר לגאנץ, אשר העיד כי היה תוך כדי טיפול במנוח ולפיכך לא היה בטוח בשם ששמע והעיד "דוד בן שטרית או משהו כזה" (ת/14) (ראו גם עניין סעד, בפסקה 12 לפסק דינו של השופט נ' סולברג). בכל הנוגע לסתירות שנפלו, לפי הטענה, בין העדויות השונות, בית המשפט המחוזי עמד על הסתירות הנטענות, וסבר כי יש להן הסברים מספקים וכי אין בהן כדי לגרוע מאמינותן של העדויות שנשמעו בפניו. לא מצאתי כי בטענות שהעלה המערער בעניינים אלו, פעם נוספת, בפניו, יש כדי להביא להתערבותו. העובדה שעשרה עדים שונים העידו עדויות דומות באשר לשם ששמעו מן המנוח, ובאשר לנסיבות בהן מסר אותו (כך למשל, בכל הנוגע לשאלת שמעון זוהר ותשובת המנוח); וכן העובדה כי קיימות ראיות חפציות הקושרות את אמרותיו של המנוח לזמן אמת (תמלול התעבורה ברשת הקשר המשטרתית והפתק שכתבה אביטן) מחזקות אף הן את מהימנותם של העדים בעניין זה (ראו עניין טוטמן, בעמ' 623).

66. המערער מטעים כי בעניינו קיימת חשיבות מכרעת לשאלה אם השם שנאמר הוא "דוד" או "דודו", בשל התרחיש החלופי שהעלה והאפשרות כי המנוח התכוון, למעשה, לדוד בן שטרית "האחר". כאמור, בית המשפט המחוזי סבר, כי דווקא העובדה שמי שלא הכיר את המערער נקט בשם "דוד" קשורה בכך שלא ייחס חשיבות לשם דוד או דודו, וזאת בשים לב לכך שהשם "דודו" נגזר מהשם "דוד". איני מוצא לנכון להתערב בקביעה זו. ואולם, אף אם חלק מן העדים אכן שמעו את השם "דוד", ואף אם אניח כי זהו אכן השם אותו הזכיר המנוח, אין בכך כדי להכריע את הכף כי אין המדובר במערער, אשר גם שמו הוא "דוד בן שטרית", אף אם רוב מכריז (לרבות המנוח) נהגו לקרוא לו "דודו". תזה זו יש לבחון, כפי שאבהיר בהמשך, לרקע סבירותו של התרחיש החלופי, לפיו המנוח התכוון, בהזכרת השם האמור, לדוד בן שטרית "האחר".

67. על אף שהפקודה אינה דורשת תוספת ראייתית כלשהי לצורך הרשעה על בסיס אמרות שכיב מרע, נוהגים להתייחס לאמרות מסוג זה בזהירות יתירה (ראו למשל: ע"פ 9184/06 מדינת ישראל נ' כהן (19.9.2007); יעקב קדמי על הראיות 628 (2009)



(להלן: קדמי)). הזהירות הנדרשת בהתייחסות לאמרות שכיב מרע היא למעשה צדו השני של המטבע, שבצדו האחד עומדת התכלית שבבסיס קבלתן. כתב על כך השופט מ' לנדוי:

"מקבלים אימרה אשר ניתנה קרוב למותו של הקרבן מתוך 'ההכרח לשמור על שריד ההוכחות היחיד, לשם עשיית צדק, שכן במקרים רבים קרבן הפשע הוא עד הראיה האחד'. אך לעולם יש לזכור את החסרון היסודי שבקבלת האימרה כעדות: שהיא מגיעה לידיעת בית-המשפט מכלי שני ואי-אפשר לבדוק את אמיתותה בדרך המקובלת של חקירת שתי-וערב ולהתרשם ממידת מהימנותה התרשמות בלתי-אמצעית" (עניין אמקייס, בעמ' 570).

עניין זה נכון במקרה דנא ביתר שאת, בשל נסיבותיו הייחודיות, בהן אדם נוסף עמו המנוח היה מצוי בקשר, הוא בעל אותו שם בדיוק כמו זה של המערער, על אף שהשניים נודעים בכינויים שונים, הדומים אף הם – האחד בשם דודו, והשני בשם דוד. בנסיבות אלו, יש מקום לנהוג במקרה דנא במשנה זהירות באמרותיו של המנוח, ולבחון אם נמצא דבר לחיזוקן במכלול הראייתי המצטרף אליהן.

68. אציין, כי איני שותף לדעה שהזהירות הנדרשת במקרה דנא נובעת מ"מורכבות חייו" של המנוח, אשר אין בה, לטעמי, כדי להעיד שהמנוח שיקר כדרך חיים, ובוודאי שלא במילותיו האחרונות. בהקשר זה, גם לא מצאתי לקבל את טענותיו של המערער בדבר המשקל שיש לייחס לאמרות המנוח, נוכח הטענה כי הוכח ששיקר לילנה, חברתו, בעבר. אינני נדרש לשאלה אם המנוח שיקר לילנה בדבר שיחת הטלפון שקיבל בדרך לצפון, אם לאו. אכן, תוכן השיחה של איש המשטרה למנוח אינו יכול להיות שנוי במחלוקת בין הצדדים נוכח דו"ח ההבהרה, שהוגש בהסכמת הצדדים. בעניין זה רב הנסתר על הגלוי, בשים לב לתעודת החיסיון שהוצאה ולמספר הטלפון שמסר המנוח לילנה ושאינו שייך למערער, אשר בית המשפט המחוזי התרשם שאינו קשור לעניין. מכל מקום, לדידי, אי הבהירות שנותנה לגבי שיחת הטלפון אינו גורע מאמינותה של ילנה באשר לכך שהמנוח מסר לה, בסמוך לשיחת טלפון זו, כי הוא מסוכסך עם המערער. כזכור, המערער העיד כי הוא והמנוח היו ביחסים קרובים מאוד, וכי לא עבר ביניהם כל חתול שחור – וכי אף ביום הרצח, נפגשו פגישה חברית ואוהדת במד"א. משכך, קשה לבסס את הטענה כי המנוח העליל על המערער דווקא בפני ילנה, חברתו הקרובה, כשבוע וחצי לפני הרצח; וודאי שלא ברגעיו האחרונים. אין זה סביר שאדם, הפצוע באופן קשה, ימצא לנכון להעליל על חברו כשהוא מצוי על ערש דווי (ראו: עניין טוטמן, בעמ' 622), וזאת, באזני עשרה אנשים שונים, כאשר הוא חוזר פעם אחר פעם על אותו השם.

69. כאמור, לא מצאתי מקום להתערב בממצאי המהימנות שקבע בית המשפט המחוזי ביחס לאמרותיו של המנוח. עם זאת, סבורני כי יש מקום לבחון, בזהירות המתבקשת, את מארג הראיות הנסיבתיות שהצטרף לאמרות אלו, ואת התרחיש החלופי שהעלה המערער; וכי רק בשילובם יחדיו, ובשלילה של תרחיש חלופי כאמור, יהא כדי לבסס את המסקנה המרשיעה. לבחינה זו אעבור עתה.

הראיות הנסיבתיות

70. כפי שכבר צוין, על אף הקושי הטמון בראיות נסיבתיות אשר אין בהן כדי להוכיח באופן ישיר את הטעון הוכחה, בית משפט זה הטעים לא אחת כי כוחן אינו נופל מזה של ראיות ישירות, וכי ניתן לבסס הרשעה בפלילים בהתבסס על ראיות נסיבתיות בלבד (ראו: ...).

ע"פ 2132/04 קייס נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (28.5.2007); ע"פ 6427/10 דגון נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (6.8.2013) (להלן: עניין דגון); ע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריאף, פסקאות 96-97 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (21.1.2015) (להלן: עניין קריאף); ע"פ 8808/14 פחימה נ' מדינת ישראל, פסקה 40 (10.1.2017) (להלן: עניין פחימה)). בניתוחן של ראיות נסיבתיות, נהגת הפסיקה בניתוח "תלת-שלבי", בו בתחילה, נבחנת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה כדי לקבוע אם ניתן להשתית עליה ממצא עובדתי; לאחר מכן, נבחנת מסכת הראיות כולה, לצורך קביעה אם משקלן המצטבר של הראיות מוביל למסקנה המפלילה; ולבסוף, מועבר הנטל "הטקטי" אל הנאשם, להציע הסבר שעלול לשלול את המסקנה המפלילה האמורה (עניין קריאף, בפסקה 97; ע"פ 2697/14 חדאד נ' מדינת ישראל, פסקאות 73-75 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (6.9.2016) (להלן: עניין חדאד)). בהקשר זה, בהחלט ייתכן כי יהיה הסבר סביר בלתי מפליל לכל אחת מן הראיות הנסיבתיות כשהיא ניצבת לבדה; אך הצטברותן יחדיו תביא למסקנה כי התרחיש המרשיע הוא האפשרות הסבירה היחידה (ראו עניין חג'בי, בעמ' 792; ע"פ 6073/11 סגל נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (11.6.2012)).

71. בעניין המבחן התלת-שלבי הערתי אך לאחרונה כי, כשלעצמי, סבורני כי יש מקום לבחון מעבר מהמבחן התלת-שלבי, למבחן דו-שלבי, המשלב את השלב השני והשלישי, כפי שהציע השופט נ' הנדל בעניין קריאף (ראו עמדי זו בעניין פחימה, בפסקה 42). מבחן דו-שלבי אינו משנה את מהות הבחינה, אלא את המבנה שלה; אך יש בו כדי להפחית את החשש כי הנטל "הטקטי" המועבר לכתפי הנאשם, יהפוך לנטל מהותי ולא ראוי (ראו עניין קריאף, בפסקאות 1-4 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל). בעניין זה לא נטענו טענות בפנינו, ואין מקום להכריע בו במסגרת ההליך דנא. בנסיבותיו הייחודיות של המקרה דנא, התרחיש החלופי הוא בעל משקל "עצמאי" במובן זה שיש בו כדי להשפיע גם על ניתוח אמרתיו של המנוח, ויש לבחון אותו, אם כן, גם ביחס אליהן.

להלן אבחן את הראיות הנסיבתיות בעניינו של המערער, שהצטרפו לאמרתיו של המנוח כבסיס להרשעתו. בחינה זו תיעשה בחלוקה לצברי ראיות, כאשר, כפי שכבר הוטעם, ביחס לאחד מהם - הראיות הנוגעות לשעת השהייה של המערער בביתו בליל הרצח - נחלקו דעותיהם של שופטי בית המשפט המחוזי. בצבר ראיות זה אפתח את בחינתי.

השעה בה שהה המערער בביתו

72. חלק ניכר מערעורו של המערער הופנה כלפי צבר ראיות זה, ובראשו, לעמדת הרוב בבית המשפט המחוזי אשר דחתה את עדותו של העד מטעם בית המשפט, איש המשטרה רבוח. בעניין זה, עמדתי כעמדת השופט לוי, והיא - שלכל הפחות נותר ספק בשאלה זו, אשר יש בו כדי להביא לקביעה הנוחה להגנה.

73. כזכור, המחלוקת נתגלעה בשל פער בשעות בין שמות הקבצים בסרטוני האבטחה - מהם עולה כי המערער הגיע לביתו בשעה 23:35, ועזב אותו בשעה 23:57; לבין השעון שנראה במונה הזמן כשצופים בסרטונים, אשר מתחיל מהשעה 00:35; ובשל אי בהירות העולה מדו"חות המשטרה בעניין, בעיקר מ-ת/33. שני הדו"חות שערך רבוח, והדו"ח שערך מימון, מציינים כולם כי קיים פער של "שעון חורף", אולם לא ברור ממסמכים אלה מה הייתה השעה "האמיתית" בליל האירוע. לאחר בחינת הראיות, סבורני, כי הסברו של רבוח בבית המשפט המחוזי לפער האמור הוא הסבר מתקבל על הדעת. המשיבה לא הציעה הסבר ממשי ל"קפיצת" השעון שעה קדימה בעת העתקת הקבצים לתקליטור, קפיצה אשר אינה עולה בקנה אחד עם מעבר משעון קיץ (שנהג בעת האירוע, באוגוסט) לשעון חורף (שהרי שעון חורף לעומת שעון קיץ פירושו הזזה של השעון בשעה לאחור). הסברה של המשיבה בפנינו לפיו "ישנן מערכות בהן יש שני שעונים" אינו הסבר מספק כלל ועיקר ל"קפיצה" זו. ודאי שאין בכך די על-מנת לבסס ממצא כנגד נאשם



בפלילים. לעומת זאת, ייחוס הפער האמור בין השעות ל"שעון החורף" מופיע בשני הדו"חות שערך רבוח וכן בדו"ח שערך מימון. סבורני, כי ההסבר לפיו רבוח "טעה", והסביר את הפער שראה בשעות על-ידי שעון חורף, משסבר בטעות כי מדובר בקפיצה של שעה קדימה דווקא, הוא הסבר לא מספק נוכח עדותו. רבוח, שנקרא להסביר את העניין כעד מטעם בית המשפט, שהסגור אף התנגד תחילה להעדתו החוזרת, דבק, כל העת, בכך שהשעה האמיתית היתה 00:35, וציין כי מקור הבלבול בטעות בכתיבתו של ת/33 (כזכור, מיד לאחר שהובא לעיל ציטוט מ-ת/33 הובהר כי הניסוח מעורר קושי). רבוח עמד על שיטת עבודתו הרגילה, לפיה הוא נוהג להשוות את שעון המערכת לשעונו שלו. הגם ששיטה זו לא מצאה ביטוי מפורש בדו"חות שערך, אין ספק כי רבוח ציין, בכל אחד מן הדו"חות, את שעון החורף, באופן התומך בכך שהוא אכן שם לב לפרט זה בעבודתו (בהינתן, כמובן, שהאירוע התרחש כאשר הגיע שעון קיץ). בנוסף, רבוח ציין בעדותו כי הוא צופה בסרטונים במערכת ייעודית, כאשר אחרים צופים בסרטונים במערכת ייעודית שונה (עמ' 1370 לפרוטוקול). הסבר זה בדבר המערכות הייעודיות שופך אור גם על ההבדל בין הדו"חות שערך רבוח לדו"ח שערך מימון, אשר התייחס לשעות 00:36 ו-00:57, כשעות שראה בנגן, בעת הצפייה בסרטונים. יצוין, כי מימון התייחס לכך שהדו"ח של רבוח בדבר שעון החורף מסביר את הפרש השעות. סביר הרבה יותר שהשעה הנקובה במערכת שבבית המערער משקפת את הזמן "התקני", כלומר את שעון החורף, וכיוון שהאירוע התרחש בעת שנהג שעון קיץ, יש להזיז את השעה, לעומת זו שנקובה במערכת האבטחה, בשעה קדימה; דהיינו - כאשר במערכת צוינה השעה 23:36, בפועל השעה היתה 00:36.

נוכח כל האמור, סבורני כי יש לקבוע, וזאת לכל הפחות מחמת הספק - כי המערער שהה בביתו בין השעות 00:35 ל-00:57, כפי שפסק השופט לוי בדעת יחיד.

74. קביעה זו משליכה, כמובן, על הקביעות בדבר שיחת הטלפון שבוצעה מהטלפון המבצעי בשעה 00:51, ושאוכנה בסקטור "מרכז מור" במרכז העיר, שאינו הסקטור הדומיננטי לביתו של המערער. כלומר, אם המערער היה בביתו בשעה בה בוצעה השיחה, סביר יותר שלא הוא היה זה שהתקשר למנוח. מחוות הדעת של אברהמי בעניין זה עולה, כי סקטור מרכז מור ממוקם כאלף וחמש מאות מטרים מביתו של המערער. סקטור זה אינו הסקטור הדומיננטי לביתו של המערער, על אף שהוא יכול לכסות גם את ביתו. אברהמי ציין כי על-מנת לוודא את הכיסוי האמור, יש לעשות כן בשטח עם ציוד מתאים (ת/69 א). לעומת זאת, הסקטור הדומיננטי לביתו של המערער הוא סקטור עין נטפים הממוקם כמאה עשרים וחמישה מטרים מביתו (עמ' 1136 לפרוטוקול). ואולם, יש להעיר כי אברהמי העיד, עוד בטרם נתן חוות דעת משלימה לעניין סקטור מרכז מור, שיכולה להתקיים חפיפה בין שני סקטורים, בשים לב לכך שאילת היא עיר קטנה והאנטנות הסלולריות בה חופפות לעתים את אותו אזור (ראו עמ' 1006 לפרוטוקול). כך, בנקודות מסוימות ייתכן כי טלפון יאוכן על-ידי שני סקטורים רלוונטיים - וזאת במיוחד בתנועה של כמה מטרים לכאן או לכאן (ראו עמ' 1131 לפרוטוקול). בכך יש גם על-מנת לשפוך אור על אמירותיהם של השוטרים ממרחב אילת בבית המשפט, לפיהן לא הסתמכו על האיכוני בחקירה, כיוון שהבינו מחברות התקשורת שבאילת לא ניתן להסתמך עליהם (ראו למשל עמ' 534, עמ' 569 לפרוטוקול), אמירות שהמערער רואה בהן עדות לאופן ניהול מגמתי של החקירה כנגדו. סבורני, כי החפיפה האמורה תומכת במסקנה לפיה ייתכן, כפי שהעיר השופט לוי, כי המערער התקשר למנוח מהטלפון המבצעי בביתו, ואוכן בסקטור מרכז מור, וזאת למרות שלא היו עומסים או תקלות ברשת, כפי שעולה מחוות דעתו של אברהמי (ת/68). ואולם, כמו השופט לוי, ונוכח הזהירות המתבקשת בפלילים, נכון אף אני להניח את ההנחה המסתברת יותר, והנוחה יותר להגנה, לפיה המערער לא היה זה שהחזיק בטלפון המבצעי בשעה 00:51 נוכח העובדה שהשיחה אוכנה בסקטור שאינו הדומיננטי לביתו.

75. בהינתן שתי הנחות אלו - היינו, שהמערער יצא מביתו בשעה 00:57, ושלא הוא שהתקשר למנוח מהטלפון המבצעי בשעה 00:51 נוכח איכונו של זה - טוען המערער מספר טענות. ראשית, כי כתב האישום בנוי על כך שהיורה הוא גם זה שהתקשר למנוח בשעה 00:51, ומשנסתרה הנחה זו, קורס כתב האישום מעיקרו; וממילא, כי לא הייתה לו הזדמנות סבירה להתגונן בפני הטענה כי

כתב האישום עומד על תלו גם אם אין המדובר באותו אדם, טענה שהועלתה רק בסיכומים המשלימים של המשיבה. שנית, כי אף אם נניח שלא המערער הוא שהתקשר למנוח מהטלפון המבצעי בשעה 00:51, אך הוא זה ששלח את הודעת הטקסט בשעה 01:04, הדבר אינו אפשרי בשל סד הזמנים הנגזר מכך, הדורש ממנו להגיע, בתוך שש וחצי דקות, למרכז העיר; ואז תוך שמונה דקות נוספות, לזירת הירי, תוך החלפת בגדים ועיצוב תסרוקת מורכבת, לשיטתו, של "קוצים". זאת ועוד, לטענתו, כיוון שהיה ללא טלפון נייד, לא יכול היה לדעת היכן מצוי האדם המחזיק בטלפון המבצעי, וגם מטעם זה יש לדחות את התזה האמורה.

76. טענות אלו של המערער אין בידי לקבל, ואדון באחריתן תחילה. את הטענה כי המערער היה ללא טלפון נייד ועל כן לא יכול היה לדעת להיכן להגיע יש לדחות מכל וכל. כזכור, שי חיכה למערער מתחת לביתו והסיע אותו למחוז חפצו (לגביו, כמובן, חלוקים הצדדים). מכל מקום, אין חולק כי שי היה עם המערער עת יצא מהבית, ולא נשמעו טענות כי אף לו – מטעם זה או אחר – לא הייתה גישה לטלפון נייד, וכי הוא לא יכול היה לדעת לאן על המערער להגיע. גם את הטענה השנייה, כי המערער לא יכול היה להספיק להגיע למרכז העיר עד השעה 01:04, יש לדחות, וזאת משני טעמים. ראשית, ככל שניתן להרשיע את המערער גם בלי לייחס לו את שיחת הטלפון שבוצעה בשעה 00:51, אין גם חובה לייחס לו אישית את משלוח הודעת הטקסט משעה 01:04. היינו, אם המתקשר והיורה יכולים להיות שני אנשים שונים, אזי גם שולח הודעת הטקסט אינו חייב להיות המערער בעצמו על-מנת שהכרעת הדין תעמוד על כנה. על כך ארחיב להלן. במידת מה למעלה מן הצורך, אציין, כי אף לא השתכנעתי כי סד זמנים לפיו המערער עצר במרכז העיר בטרם נסע לזירת הירי אינו אפשרי. קביעתו של השופט לוי כי המרחק בין ביתו של המערער למרכז העיר הוא בין שמונה לעשר דקות נסיעה התבססה על עדותו של המערער עצמו. מראיות אחרות ניתן ללמוד, כי מדובר במרחקים קצרים ביותר. המפה הרשמית שהוגשה מעידה כי המרחק בין ביתו של המערער לרחוב אנפה, בו ממוקם סקטור מרכז מור, הוא כ-2.5 קילומטרים. עוד יש להעיר, כי סקטור מרכז מור משתרע על מספר רחובות, כך שכיסוי על-ידי סקטור זה יכול להתבצע גם ברחובות קרובים יותר לביתו של המערער. בנוסף, לפי חוות דעת אברהמי, סקטור מרכז מור מצוי כאלף וחמש מאות מטרים בלבד מביתו של המערער (ת/69/א). כך, בניגוד לעמדתו של המערער, האיכון בסקטור "מרכז מור" אינו גוזר זמנים בלתי אפשריים, בשים לב לקרבתם של המקומות זה לזה. משכך, איני נדרש לטענותיו של המערער בדבר החלפת הבגדים והתסרוקת, על אף שגם אני בדעה, כי החלפת בגדים היא עניין של דקות בודדות, והיא יכולה להתבצע בתוך הרכב, שהמערער אף לא נהג בו. בדבר תסרוקתו של המערער, שוב דומני כי מדובר בראיית צל הרים כהרים, כאשר המערער מבקש לקבוע כי היה צריך זמן רב לצורך עיצוב תסרוקת – וזאת, בעיקר על סמך עדותו של פרץ בבית המשפט, בה ציין בין היתר את המילה "ספייקים", שכוונה, ככל הנראה, לקוצים ארוכים. ממילא, הועדפה אמרתו של פרץ במסגרת, בה ציין כי ליורה היו "קוצים", וכפי שקבע בית המשפט המחוזי, אמירה זו יכולה להתיישב עם מראהו של המערער בנסיבות בהן נראה על-ידי פרץ, בלילה ובשעת מנוסה.

77. וכעת לעיקר – לשאלה אם הרשעתו של המערער יכולה לעמוד בעינה, אף אם נקבע כי היורה ומי שצלצל למנוח בשעה 00:51 (ואולי אף שלח את הודעת הטקסט) הם שני אנשים שונים. המערער טוען כי כתב האישום כולו מתבסס על שיחת הטלפון האמורה ועל ההנחה כי היורה הוא שביצע אותה – ומשנקבע כי לא המערער הוא שביצע את השיחה, כתב האישום אינו יכול לעמוד. אכן, כתב האישום נוסח באופן המצביע על כך שדווקא המערער הוא שהתקשר למנוח מהטלפון המבצעי, וטעון חלופי זה של המשיבה, לפיו אדם אחר התקשר למנוח מטעמו של המערער, הועלה בפעם הראשונה בסיכומיה המשלימים. ואולם, לפי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי ניתן להרשיע נאשם על בסיס עובדות שהוכחו בפני בית המשפט אף אם הן לא פורטו בכתב האישום כעובדות המהוות את העבירה, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן מפניהן. התנאי להחלתו של הכלל האמור הוא שלנאשם הייתה הזדמנות סבירה להתגונן מן הבחינה ה"טכנית-דיונית", היינו, שעמדה בפניו היכולת להביא עדים וראיות לעניין העובדות האמורות; ומן הבחינה ה"מהותית", היינו, שעמדה בפניו האפשרות להציג קו הגנה תוך התייחסות גם לעובדות אלו (ראו: ע"פ 7832/00 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 534, 541 (2002); ע"פ 9090/07 חזן נ' מדינת ישראל, פסקאות 49-51 (9.2.2011); ע"פ 2760/14



אוחיון נ' מדינת ישראל, פסקה 42 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (7.10.2015)).

78. המבחן העיקרי לעניין היכולת להתגונן, הוא בשאלה כיצד היה משתנה קו ההגנה של הנאשם אילו ידע על מסכת העובדות החלופית. נפסק, כי:

"ככלל, אין דומה מקרה בו מורשע אדם על פי מערכת עובדות חדשות שזיקתה לגרסה העובדתית עליה התבססה האשמה מלכתחילה הינה רפה וקלושה, למקרה בו קיים קשר ענייני הדוק וממשי בין העובדות על פיהן הואשם הנאשם לבין העובדות החדשות שנתגלו במהלך הדיון, ושעליהן נסמכת ההרשעה. במקרה הראשון, הסיכוי להרשעה קלוש; במקרה מן הסוג השני, עשוי בית המשפט להיווכח כי אף שהנאשם לא הועמד, מבעוד מועד, על האפשרות שיורשע על פי תשתית עובדתית שונה מזו שעל פיה הואשם, 'נמצא כי הוא מתגונן למעשה - ככל שהיה בידו להתגונן לא רק מפני האישום במתכונתו המקורית, אלא גם מפני האישום במתכונת שהיוותה נושא להרשעתו בדיון' ... " (ע"פ 5102/03 מדינת ישראל נ' קליין, פסקה 45 (4.9.2007) (להלן: עניין קליין); ראו גם ע"פ 545/88 בן עזרא נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2) 316, 322 (1989)).

בענייננו, אמנם, חלק מהגנתו של המערער כוונה להפרכת הטענה כי הוא התקשר למנוח מן הטלפון המבצעי. ואולם, טענתו העיקרית של המערער הייתה כי לא הוא זה אשר ירה במנוח - כי בעת הרצח היה במקום אחר, וכי העדויות שנקבו בשם דומה לשל, התייחסו לאדם אחר. למעשה, המערער לא ציין איזה קו הגנה נמנע ממנו לנקוט, מלבד חזרתו על כך שעם הפרכת טענתו המשיבה לפיו הוא זה שהתקשר בעצמו לטלפון המבצעי - קרס כתב האישום. כידוע, בטענה כללית כזו אין די (ראו עניין קליין, בפסקה 45). אכן, עדיף היה לו המשיבה הייתה מנסחת את כתב האישום בצורה אחרת, או מעלה את הטענה בשלב מוקדם יותר. ואולם, בנסיבות העניין איני סבור כי יש בקביעה לפיה המערער לא התקשר בעצמו למנוח בשעה 00:51, בכדי לקפח את הגנתו. ודוק: אף המערער בעצמו העלה טיעונים המבוססים על ההנחה שהמתקשר והיורה היו שני אנשים שונים. כך, טענתו כי אם לא אחז בטלפון המבצעי, לא יכול היה להגיע בזמן למרכז העיר על-מנת לשלוח את הודעת הטקסט, ומשם לזירת הרצח; וכן, טענתו כי קיים תרחיש חלופי, לפיו אדם אחר מזה שהתקשר למנוח, הוא שירה בו.

סדר יומו של המנוח

79. בעניין סדר יומו של המנוח, ובפרט השעה בה יצא מביתו בליל הרצח, מקובלות עלי קביעותיו של בית המשפט המחוזי, אשר קיבל את עדויות אסנת וילנה גם יחד כמהימנות, ולא מצאתי טעם להתערב בהן. קביעות אלו מקבלות לטעמי תימוכין מעדויותיהם של אלון ופיני שנמצאו מהימנות גם כן, וכן מאיכוני הטלפון של המנוח ומחוות דעתו של אברהמי. מכל אלו עולה, כי המנוח נפגש עם פיני בן שטרית, בין השעות 22:00 ל-23:20, בביתו של דוד בן שטרית "האחר"; לאחר מכן, נסע לפגוש את ילנה ב"הרים"; ולאחר מכן, שב לביתו, שם קיבל את השיחה וההודעה מן הטלפון המבצעי, שגרמו ליציאתו מביתו. עדותה של אסנת כי המנוח אמר לה את השם "בן שטרית" בטרם יצא, מקבלת חיזוק מתגובתה בבית החולים, עליה העידו גם אלון ופיני, שם "התנפלה" על פיני במחשבה כי אחיו הוא שפגע במנוח, היות והוא ה"בן שטרית" היחיד שהכירה. טענתו של המערער, לפיה אף אם המנוח מסר לאסנת את השם "בן שטרית" הוא עשה כן אך כ"תירוץ" ביציאתו לפגוש את ילנה, אינה עולה בקנה אחד עם עדותה של אסנת כי המנוח יצא מביתו





כשהתארגנו לשינה, לקראת השעה 01:00, שהרי הפגישה עם ילנה הסתיימה בסביבות השעה 00:30 והשניים לא תכננו להיפגש שוב (בשעה 00:36 שלחה ילנה למנוח הודעת טקסט שכללה ברכת לילה טוב). אכן, אסנת לא דייקה בשעה בה שב המנוח לביתו באותו ערב, וסברה כי היה מדובר בשעה מוקדמת יותר. עם זאת, בית המשפט המחוזי מצא שאין בכך כדי לפגום במהימנותה, ובכך לא מצאתי מקום להתערב. לבסוף, לידי, אין משמעות מיוחדת לשאלה אם אסנת שמעה מהמנוח את השם "דוד", או "דודו". כפי שהעידה, ממילא באותה עת הכירה רק "בן שטרית" אחד ולכן חשבה שבו מדובר, ולא יחסה משמעות לשם האמור. משכך, סבורני כי יהיה עלינו להמשיך ולבחון אם תיתכן התזה החלופית שהעלה המערער לפיה אף אם אמר המנוח בטרם יצא כי "בן שטרית" מבקש לראותו, הכוונה הייתה דווקא לדוד בן שטרית "האחר".

80. משמצאתי כי אין מקום להתערב בקביעות הערכאה הדיונית בדבר שעת היציאה של המנוח מביתו, עומדת על כנה המסקנה לפיה המנוח היה בביתו בשעה שקיבל שיחת טלפון מן הטלפון המבצעי ולאחר מכן הודעת טקסט מטלפון זה. המנוח ידע שמי שמחפש אותו הוא "בן שטרית" אף שלא ענה לשיחה, לפי עדותה של אסנת והעדויות התומכות בה; ותומכת בכך גם לשון ההודעה "זה אני" המצביעה על כך שהמנוח ידע מי הכותב, וכן הגעתו לזירת הירי כשנשמע אומר "אה זה כאן", כך שפגש את מי שציפה לפגוש.

#### הסכסוך בין המערער והמנוח

81. כידוע, הוכחתו של מניע אינה דרושה להרשעה במישור האחריות הפלילית (ראו למשל: ע"פ 3625/91 אור נ' מדינת ישראל, פסקה 71 (9.6.1993) ע"פ 6371/05 וגנר נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (10.07.2006); עניין פחימה, בפסקה 59). עם זאת, לקיומו או היעדרו של מניע יכול להיות משקל ראייתי, כך שקיומו עשוי לחזק את הראיות הנסיבתיות הקיימות, והיעדרו עשוי לכרסם בהן (ראו: ע"פ 8005/04 אברוטין נ' מדינת ישראל (29.3.2007); ע"פ 7253/14 פינקלשטיין נ' מדינת ישראל, פסקה 51 (16.11.2015)). טענתו של המערער בהקשר זה, נעוצה בשניים: האחד, שלו עצמו לא היה מניע לביצוע הרצח, ושיחסיו עם המנוח היו טובים; והשני, כי לדוד בן שטרית "האחר" היה מניע מובהק לביצוע הרצח - סכסוך כספי קשה, כאשר שעות בודדות לפני הרצח, נפגש המנוח עם אחיו של דוד ביחס לאותו חוב. לנדבך אחרון זה קשורה גם הראיה החדשה שהוגשה בערעור, אשר המשיבה לא התנגדה להגשתה, ועל כן אף היא מונחת לפנינו כחלק ממסכת הראיות.

82. היעדר המניע של המערער - בית המשפט המחוזי למד ממספר ראיות על סכסוך בין המערער למנוח, שאוזכר בכתב האישום, והיווה ראיה נסיבתית נוספת נגד המערער בהרשעתו. סבורני, כי התבססות על סרטוני האבטחה מהמפגש במד"א באמצעות פרשנותו של אלון לאירועים, אינה יכולה ללמדנו דבר בהקשר זה. הפרשנות שניתנה על-ידי אלון להתנהגות המערער הנראית בסרטונים, אינה אלא עדות מפי השמועה (ראו קדמי, בעמ' 555). עם זאת, חיזוק לכך שסרטונים אלו מעידים על סכסוך בין המערער למנוח ניתן למצוא בסתירות העולות מעדותו של המערער ביחס למפגש במד"א אל מול הצפייה בסרטונים. כך, המערער העיד כי הגיע למד"א על-מנת לקחת כדורים, אולם בסרטון לא נראה המערער כשהוא נוטל דבר מה מהמנוח, לפחות לא בבירור; כן העיד המערער כי השניים נפרדו בחיבוק, אלא שהפרידה בין השניים נראית דווקא מרוחקת, תוך תנועות ידיים, כאשר המערער מתרחק מן המנוח, וזה הולך אחריו לרכבו כשהמערער ממשיך לדבר תוך הנפת ידיו, עד שהוא נכנס לרכבו ונוסע מן המקום. נדבך נוסף בעניין הסכסוך בין המערער למנוח נמצא באמרתו של פרטוש. פרטוש סיפר כי המנוח חלק עמו את העובדה שהיה סכסוך בינו לבין המערער, וכי הוא היה עד לשיחות טלפון קשות בין השניים. אכן, חלק מאמרתו בהקשר זה היא עדות מפי השמועה. ואולם, יש, במקרה זה, משקל לעצם אמירתם של הדברים, שכן בכך יש כדי להצביע על כך שהמערער אמר לחברו הקרוב כי קיים סכסוך בינו לבין המערער; כאשר



גם לילנה, חברתו, מסר דברים דומים, כפי שפורט לעיל. בהקשר זה יש לציין, כי המערער שב וטען כי בינו לבין המנוח שררו יחסים קרובים מאוד. לא מכבר הערתי, והדברים נאמרים בזהירות הראויה, כי מקום בו מדובר במערכת יחסים קרובה, ממושכת ומורכבת, יש לתת משקל פחות לטענת היעדר מניע (ראו הערתי בעניין פחימה, בפסקה 61). במערכות יחסים קרובות שכאלו, מטבע הדברים, קיימים חיכוכים ומתחים בין הצדדים אשר אינם גלויים לעיני כל. אלון בעדותו ציין כי רק המנוח והמערער יודעים מהו המניע. הדברים מקבלים משנה תוקף מאמירותיו של המנוח לפרטוש ולילנה כי התגלע סכסוך בינו לבין המערער, ולעדויות של המערער ושל אלון ודוד, בדבר היחסים הקרובים ששררו בין המנוח למערער.

83. קיומו של מניע לדוד בן שטרית "האחר" – כאמור, טענת המערער היא כי לדוד בן שטרית "האחר" מניע מובהק, שיש בו כדי להחליש את הראיות הנסיבתיות בעניינו, ולהעצים את התרחיש החלופי, לפיו דוד בן שטרית "האחר" הוא האחראי לרצח, באמצעות מי מטעמו. בטענה זו תומכת, לכאורה, הראיה הנוספת שהגיש המערער, שהמשיבה לא התנגדה להגשתה. איני נדרש לגוף הדברים, ואף לא לגופה של הראיה הנוספת, שכן נראה, כי אין חולק כי המנוח היה חייב כסף לדוד בן שטרית "האחר"; ואף ייתכן מאוד, כי יחסיהם לא היו מן המשופרים. עם זאת, מניע זה, כביכול, מבוסס ככל שיהיה בראיות, צריך להשתלב עם המסכת הראייתית. כזכור, המערער אינו חולק על כך שדוד בן שטרית "האחר" שהה בטאבה בזמן הרצח. על כן, תרחיש חלופי כאמור צריך לבסס אפשרות סבירה, כי המנוח מסר במילותיו האחרונות את שם שולחו של היורה, להבדיל משמו של היורה עצמו. כפי שאבהיר להלן, איני סבור כי המסכת הראייתית תומכת במסקנה זו; ועל כן, מניע של דוד בן שטרית "האחר", אינו מעלה ואינו מוריד, לטעמי, מהמסכת הראייתית הכללית.

טענת האליבי וראיות נסיבתיות נוספות

84. בית המשפט המחוזי ציין את שתיקתו של המערער בחקירתו כראיה נסיבתית נוספת המשתלבת במארג הראיות, ודחה את טענת האליבי שהעלה המערער בעדותו, בין היתר משום שנמנע מלמסור אותה בשלב מוקדם יותר. אכן, לחשוד עומדת זכות השתיקה, כחלק מזכותו להימנע מהפללה עצמית. עם זאת, שתיקתו יכולה להיות חיזוק לראיות כנגדו (ראו למשל ע"פ 2996/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה קמא (11.5.2011), והאסמכתאות הנזכרות שם). חיזוק כאמור יכול להימצא במיוחד מקום בו הנאשם מעלה, בפעם הראשונה, את גרסתו במשפט ללא הסבר מספק. על הקושי לייחס מהימנות לגרסה מאוחרת כזו, עמד בית משפט זה בעבר:

"אכן, זכות השתיקה עומדת לנאשם. אולם מששתק במקום שנתבקש הסבר, אין שתיקתו זו עולה בקנה אחד עם ציפיותי שיאמינו לו, כאשר יעלה את גרסתו לראשונה בשלב של עדויות הגנה. כאשר נאשם טוען לחפות מוחלטת, והוא מעומת על ידי חוקריו במשטרה עם חומר המעיד על מעורבותו בפשע, כיצד יצפה שיאמינו לו, אם נמנע מלפקוח עיני חוקריו כשמיטחים הם בפניו את העובדות ... " (עניין חג'בי, בעמ' 789; ראו עוד גרשון אוריון דיני הודאות וחקירה 85-87 (1993)).

85. גם בהעלאת טענת האליבי של המערער במועד מתן תשובתו לאישום, נותרה גרסתו מעורפלת, ולפיה שהה בחוף הים עד הבוקר ותו לא; ואילו רק בעדותו, נתן את פרטי הגרסה, לפיה הלך לדוג ושהה באוהל של משפחתו, בגפו. גרסה זו לא הועלתה על-ידו, ולא על-ידי אחיו אילן, בחקירתם במשטרה – במסגרתה שניהם שמרו על זכות השתיקה. בהמשך לכך, המערער לא הביא לעדות את אילן, או עדים אחרים, שיכולים היו לתמוך בגרסתו זו בבית המשפט. הלכה היא, שאי הבאת עדי הגנה שהיו יכולים לתרום לגילוי עומד 26



האמת, יוצרת הנחה כי דבריהם היו פועלים לחיזוק הגרסה המפלילה שהניחה התביעה (ע"פ 437/82 סלומון נ' מדינת ישראל, לז(2) 85, 98 (1983); ע"פ 5390/96 אבו מדיעם נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 29, 45 (1999), והאסמכתאות הנזכרות שם). את טענתו של המערער כי אי העדתו של שי נובעת מכך שמשפטו נוהל בניגוד לסעיף 125 לחוק סדר הדין הפלילי, יש לדחות. אין כל חדש בכך שמשפטים אינם נשמעים, בדרך כלל, ברציפות, כפי שמורה הוראת החוק. אמנם, אין זה המצב הרצוי, אך אין בכך, במקרה הרגיל, כדי לשנות את הכללים הנוהגים עם הנאשם (ראו: ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פסקה 338 (31.12.2008); ע"פ 4865/09 פלדמן נ' בית משפט המחוזי תל אביב, פסקאות 7-8 (9.7.2009)), וברי כי אין זה כך במקרה דנא. שכן, לא רק את שי נמנע המערער מלהביא לעדות, אלא גם את אילן וזוהר, שבילו עמו עד סמוך לשעת הרצח ושנמצאו בקרבת מקום ברכב בו הסיע שי את המערער, דקות קודם לכן, מביתו. אי העדתם פוגמת גם היא בטענת האליבי של המערער, ולמעשה, המערער לא הביא ולו ראיה אחת שתומכת בגרסתו זו. הראיות שהובאו בעניין האוהל בחוף הים, אין בהן לידידי כדי להועיל למערער. מלבד העובדה כי עדותו של זינו בעניין זה נדחתה, בקיומו או בהיעדרו של אוהל בחוף הים אין בכדי לתמוך, לגישתי, בגרסתו. שכן, השאלה אינה אם האוהל היה מוצב בחוף הים אם לאו, אלא אם המערער נסע לחוף הים, ולאוהל זה, בערב הרצח עצמו. לכך לא הובאו ראיות, וגרסתו של המערער נדחתה בבית המשפט המחוזי כבלתי מהימנה, קביעה המספיקה לכשעצמה כדי לדחות את טענת האליבי שהעלה, ושאינו מוצא מקום להתערב בה (ראו: עניין גרציאני; ע"פ 7532/12 איטל נ' מדינת ישראל, פסקה 193 (11.12.2016)).

86. לא מצאתי לנכון להתערב גם בקביעותי של בית המשפט המחוזי לעניין הסתירות של המערער מהמטרה. כלל הוא, שהתנהגות מפלילה של נאשם, אשר לא ניתן לה הסבר מניח את הדעת, יכולה לשמש כראיה נסיבתית, המצטרפת לראיות נוספות (ראו למשל ע"פ 10221/06 ג'ורן נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (17.1.2008); ע"פ 8962/12 נחמיאס נ' מדינת ישראל, פסקה 53 (31.8.2016)). כך הם פני הדברים אף בנוגע להסבריו של המערער בדבר ניתוק הטלפון שלו. גם בהקשר זה, מצא בית המשפט המחוזי את הסבריו של המערער לא סבירים ולא מהימנים. מדובר בממצאי מהימנות מובהקים מעדותו של המערער, בהם אין מקום להתערבות.

#### התרחיש החלופי

87. כאמור אני סבור כי איכוני הטלפון המבצעי, והשעה בה נצפה המערער בביתו, אינם מאפשרים לקבוע כי המערער הוא שהתקשר למנוח מן הטלפון המבצעי בשעה 00:51. אולם עדותה של אסנת, בצירוף העדויות האחרות ואיכוני הטלפונים, מצביעים על כך שהמנוח קישר בין הטלפון המבצעי ל"בן שטרית"; וכי עדים רבים שמעו את המנוח מוסר את השם דוד או דודו בן שטרית, סמוך לאחר הירי. התרחיש החלופי שמעלה המערער, שהוא לטענתו "אחד מני רבים", הוא כי גם אם אמר המנוח שם דומה לזה של המערער, כוונתו הייתה לדוד בן שטרית "האחר" דווקא. המערער מטעים כי שיחת הטלפון מהטלפון המבצעי התבצעה לאחר פגישה "סוערת" בין המערער לפיני בדבר החוב שהוא חב לדוד. לפי תרחיש זה, היורה היה שלוח של דוד בן שטרית "האחר", ומשכך, גם אין חשיבות לשאלה אם המנוח זיהה את היורה עצמו.

88. לאחר שעיינתי בראיות ובפרוטוקולים של הדיון בבית המשפט קמא, סבורני כי יש לדחות תרחיש חלופי זה, שכן הראיות מצביעות על כך שהמנוח נקב בשמו של היורה בו, ולא של שולחו של היורה. מסקנה זו נתמכת בראיות שהצביעו על הטווח הקצר ממנו נורה המנוח, השחזורים שנערכו בזירה והראיות בדבר תנאי הראות בה, ממנה התרשם גם בית המשפט המחוזי באופן בלתי אמצעי בביקורו בזירה (לעניין ניסויי זיהוי ושחזור דומים, ראו ע"פ 3695/99 אבו-כף נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 597, 620-621 (2000)). בנוסף לכך ובעיקר, מסקנה זו נתמכת בראיות על אודות אמרתיו של המנוח ומצבו לאחר הירי. בהתבסס על ראיות אלו נקבע כי המנוח היה



בהכרה ושם לב למתרחש סביבו, גם עת הגיע לבית החולים (לעניין זה ראו, למשל, אמרתו של ד"ר טאובר ועדותו של רדולסקי). המנוח שב וחזר על השם פעמים רבות, בפני כל העדים; ובפני חגי אל-על ציין גם את לבושו של היורה, שהתאים לאדם שאסליקיאן ראה בורח מן הזירה. בשום שלב, לא אמר המנוח דבר ממנו ניתן להבין כי האדם שאת שמו חזר ומסר והיורה לא היו אותו אדם; ואף לא עלה שמו של פני בן שטרית, שהוא, לפי התרחיש החלופי שהעלה המערער, בעל עניין משמעותי, ודאי ככל שהרצח בוצע עקב פגישה "סוערת" עם פני שהתקיימה אך שעתיים קודם לכן. לכך יש להוסיף, כי חלק מן העדויות בדבר אמרתו של המנוח התייחסו ישירות לכך שהמנוח נשאל "מה קרה" "מי ירה" או "מי עשה". כך העיד שמעון זוהר ששאל את המנוח, וגם הנוכחים אשר שמעו שאלה זו, העידו דברים דומים - חלפון, אברהם, גאנץ, רדולסקי, ואף טאובר, אשר על אף שלא שמע את התשובה לשאלה, העיד באופן דומה על השאלה עצמה. גם קולר ואל-על העידו שהמנוח מסר להם שדודו בן שטרית ירה בו - וכך גם נמסר ברשת הקשר המשטרית, בזמן אמת.

89. נוכח כל האמור, איני סבור כי התרחיש לפיו השם שנמסר על-ידי המנוח סמוך לאחר הירי הוא שמו של השולח, ולא של היורה, הוא תרחיש העולה בקנה אחד עם הראיות. אכן, חובתו של בית המשפט היא לבחון תרחישים חלופיים - אף אם לא הועלו על-ידי הנאשם עצמו (ע"פ 2661/13 יחייב נ' מדינת ישראל, פסקה 39 (18.2.2014)); עניין חדאד, בפסקה 75 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן). הפכתי והפכתי, ולא מצאתי מהם אותם תרחישים רבים אחרים, אשר המערער רומז שעלולים היו להתרחש, בשים לב לקביעה לפיה המנוח נקב בשם דודו בן שטרית לפני מותו. אף אם אמר, מבין כל הפעמים שחזר על שם זה, את השם "דוד", עדיין אין הדבר עולה בקנה אחד עם כל תרחיש חלופי אחר, נוכח הראיות המצביעות על כך שהשם בו נקב המנוח הוא השם של היורה דווקא. שני דוד בן שטרית מאילת היו בקשר עם המערער. רק אחד מהם היה באילת באותו הערב. שוכנעתי, על יסוד כלל הראיות, כי המנוח נקב בשמו של היורה עצמו, ולא של האדם שהיורה היה עושה דברו. לצורך קיומו של ספק סביר, ישנו צורך בהסבר חלופי סביר, מתקבל על הדעת, מבוסס בראיות הנתונות. איני סבור כי קיים הסבר כאמור למכלול הראיות במקרה דנא.

הגנה מן הצדק

90. המערער העלה טענות בדבר הגנה מן הצדק, במגוון מישורים, בהן כי המשטרה רודפת אותו, כי חקירתו נוהלה באופן מגמתני, וכי התביעה התנהלה באופן נפסד בזמן ניהול ההליך, לרבות בקשר עם הטענה החלופית שהעלתה בשלב הסיכומים המשלימים ובאופן ניסוח כתב האישום על-ידיה מלכתחילה. באשר לטענה אחרונה זו, משקבעתי כי למערער עמדה אפשרות סבירה להתגונן בפני מסכת עובדתית זו והטענה החדשה שהעלתה המשיבה, ברי כי אין בכך בכדי לבסס טענה של הגנה מן הצדק. אף איני סבור כי יש לקבל את טענותיו הנוספות של המערער בדבר אופן ניהול ההליך כנגדו. אף אני, כבית המשפט המחוזי, איני סבור כי בניהול ההליך הפלילי בעניינו של המערער נפלו פגמים הסותרים את עקרונות הצדק וההגינות עד שהדבר יצדיק את הסעד החריג של ביטול כתב האישום (ראו ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פסקה 21 (31.3.2005)); ע"פ 7921/11 ואנוני נ' מדינת ישראל, פסקה 31 (24.8.2015); ע"פ 5975/14 אגבריה נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (31.12.2015); ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 102 (מהדורה שנייה, 2009)).

התמונה הכוללת

91. בשלב זה ראוי להרחיק מעט את נקודת המבט, ולהשקיף על המארג הראייתי הכולל. המנוח יצא בליל הרצח מביתו קצת לאחר השעה 01:00, בעקבות שיחת טלפון והודעה שקיבל, כשהוא מוסר לרעייתו, אסנת, כי הוא יוצא לשתי דקות כיוון ש"בן שטרית"



צריך אותו. אסנת חשבה שמדובר בדוד בן שטרית "האחר"; אך זה היה בטאבה באותה העת. בדרכו לזירת הרצח ניהל המנוח שיחה נוספת עם הטלפון המבצעי ממנו הגיעו השיחה וההודעה האמורה. על אף שלא ניתן לקבוע מי התקשר מהטלפון המבצעי, המנוח זיהה את המתקשר עם "בן שטרית", ופגש בזירת הירי אדם שציפה לפגוש, כאשר רק אדם זה והמנוח נכחו בזירה, בה הוא נורה מטווח קצר. סמוך לאחר הירי, וכשהוא בהכרה מלאה ומודע למתרחש סביבו, מסר המנוח לעשרה עדים שונים את שמו של המערער, כשמו של מי שירה בו.

92. המנוח והמערער היו ביחסים קרובים לפני הרצח, אולם סמוך לפני מותו, המנוח מסר לחבריו הקרובים כי קיים ביניהם סכסוך. בצהרי יום הרצח נפגשו השניים, בפגישה שתוכנה ידוע רק להם. בערב הרצח ניתק המערער את הטלפון בו עשה שימוש, ולא הצליח לתת לכך הסבר מתקבל על הדעת. לאחר הרצח ברח המערער והסתתר מפני המשטרה, מבלי ששב לעשות שימוש בטלפון שלו, ואף זאת גם כן בלי הסבר מתקבל על הדעת. משנעצר, המערער שתק בחקירתו, והעלה גרסת אליבי בשלב מאוחר, אותה לא תמך בראיות ממשיות או בעדים, על אף שהיו עדים שיכולים היו לחזק את גרסתו. לבסוף, התרחיש החלופי האפשרי שהציע המערער, לפיו המנוח מסר את שמו של מי ששלח את היורה, ולא של היורה עצמו – וכי זה היה דוד בן שטרית "האחר", נשלל נוכח מכלול הראיות המצביעות על כך שהמנוח נקב בשמו של היורה דווקא; וכי דוד בן שטרית "האחר" לא היה בארץ באותה העת.

93. אכן, באי-כוחו של המערער עשו עבודתם נאמנה, וניסו להפוך כל אבן על-מנת לטעת ספק סביר בכל אחת מן הראיות שהונחו בבסיס הרשעתו של המערער. ואולם, בהסתכלותנו על מכלול הראיות, מתגלה פסיפס ראייתי המוביל למסקנה אחת ויחידה. אף אם לכל אחד מחלקי התצרף ניתן למצוא הסבר אפשרי אחר, גם אם דחוק, הצטברותם של החלקים יחדיו יוצרת תמונה שלמה, שאינה מותירה עוד מקום לספק. עלינו, אם כן, להשקיף על המכלול:

"אל לנו, מרוב עצים, להיכשל מראות את היער. גם אם נותר ספק שמא בפנינו 'עץ' זה או אחר, אין ספק כי בפנינו משתרע 'יער'. כדי שאותם ספקות שהתעוררו לגבי כל נתון בנפרד יוכלו להוסיף ולהתקיים וליצור ספק במארג הראייתי הכולל שהניחה התביעה, צריך לקבוע שגם האפשרות של הצטברות הספקות אינה מותירה מקום לספק" (עניין דגון, בפסקה 45).

לאחר שבחנתי את המצרף הראייתי כולו – ראייה ראייה, ולבסוף, את התצרף הראייתי כולו ואת התרחישים החלופיים האפשריים לו – סבורני כי הצטברות הראיות בעניינו של המערער, מצביעה על מסקנה אחת אפשרית, והיא שהמערער הוא שירה במנוח, מטווח קצר, בליל ה- 30.8.2010.

94. אשר על כן, אציע לחברי לדחות את הערעור.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. מצטרף אני לחוות דעתו היסודית של חברי השופט זילברטל וסבורני כי אין להיעתר לערעור, וכי מסכת הראיות מצביעה באופן מובהק ומעבר לספק סביר על אשמת המערער. עיינתי בראיות, ואומר כבר כאן, כי בעיניי האמרות הרבות של העדים השונים ששמעו מן המנוח מוטי חכים ע"ה את שם היוורה בו, מלמדות ברובן הגדול כי דיבר על "דודו בן שטרית", קרי, על המערער, והן אמרות שכיב-מרע המתקבלות לפי סעיף 10 לפקודת הראיות (נוסח חדש) תשל"א-1971. והרי אין חולק, כי מבין "שני בן יוסף בן שמעון הדרין בעיר אחת" שבתלמוד (בבלי גיטין כ"ד, ע"ב), שני דוד בן שטרית שהיו מוכרים באילת, רק אחד היה בעיר באותו ערב, הוא המערער ורק הוא מכונה "דודו". אכן להשגחה דרכים משלה לפתוח פתחי סניגוריה, וכאן נזדמן קיומו של אותו דוד בן שטרית נוסף למאמץ ההגנה – אולם היה לאותו דוד אליבי מוצק, והעדים ברובם דיברו מפי המנוח על "דודו". דומני במהות שזהו היסוד העיקרי להרשעה, שאליו מצטרפות שאר הראיות אותן מנה חברי באשר לרקע לסכסוך. אני נכון גם להצטרף לחברי בעמדתו באשר לנושא "מחלוקת השעה", שבה – כדי לתת למערער את מלוא האפשרות להציג ספק – הלך בדרכו של השופט מ' לוי במיעוט בית המשפט קמא, אך בכך לא היה כדי להביא לזיכוי המערער. לאלה יש להוסיף את שתיתקת המערער בחקירתו, ואף שהעיד לימים בבית המשפט עדות כבושה – ערכה של עדות כזאת ככלל נמוך (ראו למשל ע"פ 4297/98 הרשטיק נ' מדינת ישראל, נד(4) 673, 687-689 (2000)), והדבר מסתבר בראי השכל הישר; ולכך מצטרפת גם הימלטותו של המערער במשך למעלה מחודש, עד שנעצר ב-11.10.10 בערד, הרחק מזירת העבירה באילת.

ב. באשר לאמרות שכיב-מרע של המנוח, ניתוחו של חברי מקובל עלי, על כל חלקיו. גישתו לנושא זהירה, והסוגיה נבחנה לעובדותיה במסרק צפוף. בסופו של יום, הצטברות העדויות בעניין זה והכרעת המהימנות של בית המשפט קמא מכריעות את הכף בבירור, בודאי כשמצרפות אליהן הראיות הנסיבתיות. בעניין אחרון זה צירף חברי דעתו לדעת השופט הנדל בע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריאף (2015), כמות שעשה לאחרונה אף בע"פ 8808/14 פחימה נ' מדינת ישראל (פסקה 42). לשיטה זו ראוי לשנות במידה מסוימת את המבחן התלת-שלבי המקובל בהערכת ראיות נסיבתיות (השלבים הם – בחינת כל ראיה נסיבתית לעצמה, בחינה כוללת של הראיות הנסיבתיות כולן והעברת הנטל למערער להציע הסבר חלופי); ראו עניין קריאף, פסקאות 96-97 לפסק דינו של השופט סולברג. השופטים הנדל וזילברטל סבורים כי ניתן לאחד בין השלב השני לשלישי כדי שלא להכביד על המידה של הנאשם. כשלעצמי סבורני כי יש לנקוט גמישות בעניין זה; אין הכרח בדבקות דוקטרינת ב"תורת השלבים"; ככל מתוה, תורה זו היא עצה לבית המשפט הדיוני המבוססת על נסיון חיים, אך אינה "עשרת הדברות". בית המשפט הבוחן ראיות נסיבתיות יבחן אותן בכל מקרה לגופו, תוך מאמץ לעשיית צדק עם הנאשם ולמתן יומו באופן הוגן, וכדברי השופט סולברג בעניין קריאף (פסקה 118). אין מנוס בהליכים פליליים שונים מהיזקקות לראיות נסיבתיות אך "תשומת לב מיוחדת נדרשת על מנת להכיר במגבלותיהן ... לבחון תחת 'זכוכית מגדלת' את המסקנות הלוגיות המוסקות מהן..." בנידון דידן הנושא הנסיבתי הוא חלק שני במעלה במסכת ראיות שאמרות שכיב

מרע של המנוח במוקדן כאמור.

ג. משהגענו הלום אוסיף מקצת בנושא אמרת שכיב-מרע. נסיון החיים גרם למחוקק פקודת הראיות לאפשר בסעיף 10 חריג לכללי הראיות הרגילים, כדי שלא יימלטו חוטאים מן הדין, מקום שאמרת פיו של נפגע האלימות היא ראיה חיונית לעשיית הצדק. סוגיה זו אינה חדשה; היא עמנו באופנים שונים מקדמת דנא.

ד. דברי שכיב-מרע (מילולית - "שוכב חולה") במשפט העברי עניינם בעיקר בתחום הצוואה; הרמב"ם תימצת את ההלכה (זכיה ומתנה ח', ב') ("שכיב-מרע שצויה ואמר ליתן לפלוני כך וכך... זכו הכל כשימות בכל מה שנתן להם, ואינו צריך קנין, שדברי שכיב-מרע ככתובין וכמסורין הן (הגשה הוספה - א"ר), ודבר זה מדברי סופרים (חכמים - א"ר), ואף על פי שאינו אלא מדבריהם, עשו אותה כשל תורה, כדי שלא תיטרף דעתו עליו כשידע שאין דבריו קיימים". על מורכבות הנושא ראו מ' יגודה, "'אל נא תקברני במצרים' - על הצוואה", פרשת השבוע (א' הכהן ומ' יגודה עורכים, תשע"ב) א', 360, 362; ניתן לכך ביטוי בסעיף 23 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, שלפיו "א) שכיב-מרע וכן מי שרואה עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות, רשאי לצוות בעל פה בפני שני עדים השומעים לשונו", וראו ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701. באלה עסקינן, כאמור, בנושאי צוואה; אך ניתן לטעמי להקיש מהם בפלילים לדברי שכיב-מרע, כפי שהיה המנוח בנידון דידן לאחר שנורה ובשעה שחיו היו תלויים לו מנגד וסופם שקופחו תוך שעות; קרי, דברים שאמר במצבו הקשה עד מאוד, ראוי לייחס להם, בהיעדר ראיה לסתור, משקל רב.

ה. איני יכול שלא לומר מלה על שתיקת המערער בחקירה, שבאה לאחר שנעצר ב-11.10.10 בערד (ראו למשל חקירתו מ-13.10.10). עדותו בבית המשפט היתה כאמור כבושה, מאוחרת מדי ומעטה מדי, בהיעדר ראיות תומכות לגרסת האליבי, כמות שציין חברי. גם אם אופציית השתיקה היא לגיטימית במשפטנו, נזדמן לי לומר בע"פ 7697/05 יוסף נ' מדינת ישראל (2007), פסקה 13(א) "ככלל, מסופקני אם יש בנמצא שופטים שאינם מיחסים משקל חיזוקי משמעותי לשתיקה. הדברים נעוצים בשכל הישר; אדם הנאבק על חפצו, ייכבד וימסור את גרסתו". אכן שם היה מדובר בשתיקה בבית המשפט וכאן בשתיקה בחקירה, אך לטעמי - כמובן בכפוף לחריגים מיוחדים - העלאת גרסה בבית המשפט לאחר שתיקה בחקירה אף היא מחשידה מאוד, וטעונה בדיקה בשבע עיניים, כעדות כבושה על משקלה הנמוך כאמור. ועוד, הנמלט מן הדין יודע ככל הנראה מדוע הוא עושה כן. על השתיקה במשפט העברי ראו בהרחבה עניין יוסף, בהמשך פסקה 13.

ו. אוסיף, כי אכן במשפט העברי "אין אדם משים עצמו רשע", קרי, אדם אינו מהימן להעיד כי עבר עבירה (ראו למשל בבלי סנהדרין ט', ע"ב בדברי האמורא רבא, וכדברי רש"י שם "... על עדות עצמו אינו נעשה רשע"); וראו רמב"ם עדות י"ב, ב'; שולחן ערוך חושן משפט, עדות ל"ד, כ"ה; אנציקלופדיה תלמודית א', תקמ"ח הערך "אין אדם משים עצמו רשע", ואם כן לכאורה שתיקה אינה מעלה או מורידה, אך שיטת המשפט הישראלי המצוי היא שונה. ראו עוד על הכלל "אין אדם משים עצמו רשע" בחוות דעתו המפורטת של חברי השופט הנדל בע"פ 4179/09 מדינת ישראל נ' וולקוב (2009), פסקה 3.

ז. אזכיר גם, כי ישנם סוגי שתיקה שונים ולא כל השתיקות שוות. חכמינו במשנה אבות (א', י"ז) אמרו - מפי התנא רבן שמעון בן גמליאל (הראשון) - "כל ימי גדלתי בין החכמים ולא מצאתי לגוף טוב משתיקה, ולא המדרש עיקר אלא המעשה, וכל המרבה דברים מביא חטא". כאן עסקינן בשתיקה בשיחה ה"רגילה", וכמות שמציין פרופ' אביגדור שנאן (פרקי אבות, פירוש ישראלי חדש (תשס"ט)),



35-34 יש הזדמנויות שבהן אין לשתוק, למניעת עוול; אך הוא מפנה לדברי הפרשן ר' ישראל ליפשיץ (המאה הי"ט), בפירוש "תפארת ישראל": הנה מדבריו על תלמיד לפני רבו, "... לא מצאתי שאיש כזה ירויח כלל שום דבר משתיקה, משהוא יושב כפסל משומם, על כן לא ירומם..." קרי, "אין דבר טוב יוצא מן השתיקה", שלא כפירוש האינטואיטיבי של דברי המשנה הרואה את השתיקה בחיוב. להלן (אבות ג', י"ז) אומר התנא ר' עקיבא "סייג לחכמה שתיקה" (שנאן שם, 108), וכבר קדמו ספר משלי (י"ז, כ"ז-כ"ח) "חושך אמריו יודע דעת... אוטם שפתיו נבון". סוף דבר, דברי קהלת (ג', ז') "עת לחשות ועת לדבר" יפים בכל עת וגם כאן, ולא הרי ההמלצה להמעיט בפטפוט בכלל, כהרי מקום שגורלך תלוי לך מנגד. במשפט הישראלי לשתיקה איפוא ערך ראייתי, גם אם לא עצמאי כמובן, ולחשוד או לנאשם יהא כדאי לשתוק וכך ייעץ לו כנראה סניגור טוב, רק אם סבור הוא שבלעדי דבריו או הודיית פיו יהיה צקלון הראיות נגדו ריק או דל ביותר. לא כך בנידון דידן, שבו "אין דבר טוב יוצא מן השתיקה".

ח. לכן אצטרף לחברי, ומאמציה הגדולים של הסניגוריה, תוך ניסיון לקעקע ממצאים עובדתיים, ותוך שירתה לכל כיוון אפשרי והפכה כל אבן, אינם יכולים להושיע את המערער. מעבר לכל האמור, באשר לראיות לעבירה, הסניגוריה לא יכלה ליתן הסבר של ממש לא לשתיקה ולא להימלטות ולא לחולשות האליבי. עם זאת, בטרם סיום, אצטרף להערת הסניגור כי בעוד הערעור ונימוקיו הוגשו מכבר, הוגשו טיעוני המדינה פחות משבוע לפני הדיון, והדבר מכביד על הסניגוריה בהכנת המשפט; העומס בפרקליטות אינו מצדיק זאת. ההגינות דורשת התחשבות. יהיו דברים אלה צופי פני עתיד.

ט. כאמור, אצטרף לחברי בכל דבריו.

## ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט צ' זילברטל.

ניתן היום, כ"א באדר התשע"ז (19.3.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה