



תפ"ח (תל אביב) 46038-03-12 - מדינת ישראל נ' זלמן שלמה ניאמציק (עציר) - הובא

פלילי - זיכוי

var MareMakom = "תפח (תל אביב) 46038-03-12 - מדינת ישראל נ' זלמן שלמה ניאמציק (עציר) - הובא, תק-מח 2014(3),
27700(10/09/2014)";

תפ"ח (תל-אביב-יפו) 46038-03-12 - מדינת ישראל נ' זלמן שלמה ניאמציק - הובא ואח' מחוזי תל-אביב-יפו

תפ"ח (תל-אביב-יפו) 46038-03-12

מדינת ישראל

על-ידי ב"כ עו"ד י. קורצברג וא. גלעם

נגד

1. זלמן שלמה ניאמציק (עציר) - הובא

ע"י ב"כ עו"ד ר. דרחי

2. מרדכי יאיר חסין (עציר) - הובא

ע"י ב"כ עו"ד י. שפטל ור. דרחי

3. אופיר ניאמציק (אסיר) - הובא

ע"י ב"כ עו"ד ת. סננס

4. יצחק זרבי - התייצב

ע"י ב"כ עו"ד מ. סוחמי

בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

[10.09.2014]

לפני כב' השופטת נורית אחיטוב, אב"ד

כב' השופטת מרים דיסקין

כב' השופט רענן בן-יוסף

הכרעת דין

על-פי הסיפא לסעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) התשמ"ב - 1982 (להלן: "חסד"פ"); נודיע, כי מצאנו לזכות את ארבעת הנאשמים

בדינם מכל האישומים והעבירות המיוחסים להם.

הזיכוי הוא מחמת אי-דיות הראיות להרשעתם בדין.

השופט ר' בן-יוסף:

1. כתב האישום - המקורי והמתוקן:

ביום 26.03.2012 הוגש נגד הנאשמים כתב אישום המחזיק שני אישומים, שהעבירה המרכזית בשניהם היא עבירת רצח בכוונה תחילה על-פי סעיף 300 (א)(2)

לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: "חוק העונשין").



2. האישום הראשון: האישום הראשון מיוחס לכל ארבעת הנאשמים. האישום השני מיוחס לנאשם 1 בלבד. אישום ראשון:
3. על-פי עובדותיו של האישום הראשון, ביום 09.10.2011, בסמוך לשעה 15:36, ארבעת הנאשמים ושני אחרים שזהותם אינה ידועה, רצחו את המנוח אבי דוד (להלן: "המנוח" או "אבי דוד"), עת ששהה במסעדת "בשרים גריל ישראלי" ברח' רוטשילד 45 בבת-ים (להלן: "המסעדה"), בחמש יריות אקדח שגרמו למותו בו במקום.
4. במועד שאינו ידוע, כך כתב האישום, לפני יום 05.10.11, קשרו הנאשמים קשר עם אחרים (להלן: "הקושרים האחרים") שזהותם אינה ידועה, לרצוח את המנוח. תכנית הקשר הייתה להביא את המנוח באמתלת שווא לפגישה במסעדה, שם ימתינו לו שניים מהקושרים ויירו בו למוות.
5. לצורך הקשר הצטיידו ששת הקושרים באופנוע גנוב שמספרו 17-878-60, עליו הורכבה לוחית רישוי חלקית הנושאת את הספרות 17653 (להלן: "האופנוע") ובאקדח גנוב מסוג "גלוק" שמספרו 645CYY (להלן: "האקדח").
- כן הצטיידו הקושרים בארבעה טלפונים ניידים (Pre-Paid), טלפונים שאינם רשומים על שם איש (להלן: "טוקמנים" או "טוקמן" או "טלפון" או "טלפון מבצעי"):
- א. טלפון שמספרו *****-1 (להלן: "טלפון 1").
- ב. טלפון שמספרו *****-2 (להלן: "טלפון 2").
- ג. טלפון שמספרו *****-3 (להלן: "טלפון 3").
- ד. טלפון שמספרו *****-4 (להלן: "טלפון 4").
- על-פי סעיף 3 לעובדות כתב האישום, "טלפונים אלה נרכשו כולם ביום 12.08.11 מאותה חנות בתל-אביב". על-פי התכנון, הקושרים ישוחחו ביניהם בנושא הקשר רק באמצעות הטלפונים המבצעים הללו ובאופן בו האוחז בטלפון 1 ישוחח רק עם נאשם 4 שאחז בטלפון 2, ואילו האוחזים בטלפונים 3 ו-4 ישוחחו ביניהם רק באמצעות טוקמנים אלה.
- בכך, על-פי כתב האישום, ביקשו הקושרים לעמוד בקשר איש עם רעהו מבלי שניתן יהיה לאתר אותם בדיעבד כמחזיקים בהם, או לקשור בין שני זוגות הטלפונים.
6. בשעות הבוקר של יום 05.10.11 הגיע נאשם 4 לאזור המסעדה ושוחח באמצעות טלפון 2 בנושא הקשר עם נאשם 3, או אחד הקושרים האחרים, שאחז בטלפון 1. בו ביום בשעות הערב שוחחו נאשם 2 והמנוח מספר פעמים בין השעות 16:29 ל-19:36 ובמקביל שוחחו ביניהם גם הקושרים שאחזו בטלפונים 3 ו-4.
7. ביום 09.10.11 או בסמוך לכך, קבעו הנאשמים עם המנוח כי יגיע לפגישה במסעדה עם נאשם 2. בשעה 13:21 שהו נאשמים 2 ו-3 סמוך למסעדה ונאשם 2 שוחח טלפונית עם המנוח. בסמוך לשעה 13:30 הגיעו נאשמים 2 ו-3 למגרש בקבוקים ברחוב אורט ישראל בבת-ים (להלן: "מגרש הבקבוקים") או בסמוך אליו, שם שהה באותה עת גם נאשם 1, ובו גם היה טלפון 3.
- בשעה 14:18 שוחח נאשם 2 שוב עם המנוח.
8. בשעה 15:11 ביום 09.10.11 הגיעו נאשמים 1-3 למסעדה ברכב מאזדה 6 (להלן: "הרכב") בו נהג נאשם 3. בהגיעם למסעדה החזיקו נאשמים אלו בטלפונים השייכים להם וכן בטלפון 1.
- נאשם 1, כך כתב האישום, החזיק בידי גם את אחד משני הטלפונים 3 ו-4 ובאותה שעה היו בזירה שני הקושרים האחרים, רכובים על האופנוע, חבושי קסדות וברשותם האקדח והטלפון האחר של הזוג 3 ו-4.
- אף נאשם 4 היה בזירה והחזיק בטלפון 2.
9. משהגיעו נאשמים 1-3 למסעדה, יצאו נאשמים 1 ו-2 מהרכב כאשר נאשם 1 נושא את הטלפון השייך לנאשם 3. נאשם 3 נותר ברכב.
- בשעה 15:18 או בסמוך לכך הגיע המנוח למסעדה, הצטרף לשולחנו של נאשם 2, שולחן שגבל לשביל בצדה המערבי של הזירה (להלן: "השביל").
- סמוך לכך התקשר נאשם 4 שהיה בקרבת המסעדה אל הטלפון של נאשם 3, ושוחח עם נאשם 1.
10. בשעה 15:22 נכנס נאשם 3 למסעדה, ופגש את נאשם 1 בחדר השירותים וכעבור זמן קצר חזר אל הרכב. נאשם 1 יצא מחדר השירותים והתיישב מחוץ למסעדה ליד שולחן המרוחק מספר שולחנות ממקום מושבם של נאשם 2 והמנוח. כל אותה עת היו הקושרים האחרים עם האופנוע צפונית למסעדה ועל המשכו של השביל המוביל אליה.
11. בשעה 15:25 נוצר באמצעות טלפונים 3 ו-4 קשר בין נאשם 1 והקושרים האחרים לצורך תיאום ביצוע הרצח.
12. סמוך לשעה 15:36 התקרב אחד מהקושרים האחרים, מצויד באקדח, על השביל המוביל אל השולחן בו ישבו המנוח ונאשם 2, כשנאשם 1 מדווח על כך באמצעות הטלפון המבצעי שברשותו.
- במטרה להרחיק את נאשם 2 מהמנוח, קרא לו נאשם 1 אליו ומסר לו את הטלפון המבצעי.



- נאשם 2 התרחק מהשולחן בו שהה המנוח, השים עצמו כמי שקיבל שיחת טלפון, ואז התקרב הקושר נושא האקדח אל השולחן לידו ישב המנוח וירה בו חמש יריות שגרמו למותו בו במקום.
13. מיד לאחר הרצח נמלטו נאשמים 1-3 להוד השרון ברכב, תוך שעמדו בקשר עם נאשם 4 שנותר בזירה וזאת באמצעות הטלפונים 1 ו-2. הקושרים האחרים נמלטו מהזירה על גבי האופנוע, אותו נטשו עם האקדח סמוך לרחוב ויצמן 38, הנמצא בקרבת ביתו של נאשם 4 ונעלמו.
14. במעשיהם אלה קשרו הנאשמים קשר לרצוח את המנוח, החזיקו בנשק גנוב ללא רשות על-פי דין וגרמו למות המנוח בכוונה תחילה - עבירות על-פי סעיפים 300(א)(2), 499 (א)(1) ו-144(א) לחוק העונשין.
15. האישום השני:
- באישום זה, המיוחס לנאשם 1 בלבד, כאמור, הואשם הוא בקשירת קשר עם אחרים לרצוח את המנוח יצחק גפן (להלן: "המנוח" או "גפן"), בהחזקת אקדח בלא רשות על-פי דין ובגרימת מותו של המנוח בכוונה תחילה - עבירות על-פי סעיפים 300(א)(2), 499(א)(1) ו-144(א) לחוק העונשין.
- על-פי עובדותיו של אישום זה, במועד בלתי ידוע לפני יום 19.12.11, קשר נאשם 1 עם אחרים קשר לרצוח את המנוח על דרך של קביעת פגישה עמו בתחנת הדלק "פז" שליד בית החולים "וולפסון" בחולון (להלן: "תחנת הדלק") ובשעת הפגישה על-פי התכנית יגיע מתנקש ויירה במנוח למוות.
- תכנית הקשר יצאה אל הפועל, וביום 19.12.11 בסמוך לשעה 17:45, בעת שישבו נאשם 1 והמנוח ליד שולחן בתחנת הדלק, הגיעו שני קושרים שזהותם אינה ידועה, רכובים על אופנוע, על ראשיהם קסדות. אחד מהם ירד מהאופנוע, ירה מספר כדורים בגופו של המנוח ובכך הביא למותו סמוך לאחר הירי. במסגרת הקשר ולשם קידומו, הצטיידו הקושרים באקדח 9 מ"מ ובשני אופנועים מסוג לא ידוע. הנאשם 1 קבע עם המנוח כי יפגשו בתחנת הדלק, ולצורך כך שוחח עמו מספר פעמים ביום הרצח.
- לאחר השיחה האחרונה בין נאשם 1 למנוח, יצא נאשם 1 כשהוא רכוב על אופנוע נהוג בידי קושר אחר שזהותו לא ידועה, לפגישה בתחנת הדלק. בהגיעו למקום סמוך לשעה 17:33, ירד הנאשם מן האופנוע שנהגו המתין עם האופנוע בקרבת מקום בתחום תחנת הדלק.
- בסמוך לשעה 17:39 הגיע המנוח עם רכבו אותו נהג לתחנת הדלק. הוא ונאשם 1 התיישבו ליד שולחן מחוץ לחנות "Yellow" שבתחום התחנה, ובשעה 17:45, כאמור, הגיעו הקושרים הנוספים רכובים על גבי האופנוע, אחד מהם ירד ממנו וירה במנוח, עת נאשם 1 נמלט לאופנוע שעמו הגיע לתחנת הדלק. שני האופנועים נמלטו מן הזירה, האחד אחרי השני, מותירים את המנוח מתבוסס בדמו.
16. ביום 17.01.2013 הוגש "כתב אישום מתוקן בשנית" (ראו פרוט' התיקון מיום 06.01.13), ובו, לבד משינוי ברשימת עדי התביעה, שינוי בפירוט העובדות בסעיף 3 לעובדות האישום הראשון, ממנו נמחק המשפט "טלפונים אלה נרכשו כולם ביום 12.08.11 מאותה חנות בתל-אביב".
17. תשובת הנאשמים לאישומים:
- על-פי הוראת סעיף 152(א) לחסד"פ, רשאי נאשם שלא להשיב לעובדות כתב האישום ולכך עשויות להיות תוצאות (סעיף 152(ב) לחסד"פ). הרבה ישיבות (12 במספר) קיים המותב, בין המועדים 01.04.12 ועד פתיחת המשפט בנאום הפתיחה של התובע בישיבת יום 28.01.13. באותן ישיבות, לבד מעניינים פרוצדוראליים של מינוי סנגור ועניינים דומים, הועלו על-ידי הסנגורים טענות בעניין קבלת חומר חקירה על-פי סעיף 74 לחסד"פ וכן טענות מקדמיות על-פי סעיפים 149, 85 ו-86 לחסד"פ ואחרות, אשר הבהירו לבית המשפט היטב את מסגרת הדיון ואת עמדת הנאשמים ביחס לאישומים המוטחים נגדם. הנאשמים כולם הכחישו את המיוחס להם, דהיינו מעורבות כלשהי בעבירות המיוחסות להם וברציחתם של שני המנוחים.
- בישיבת יום 19.09.12 מסרו הסנגורים כולם כפירה כללית.
18. מהלך המשפט, הסכמות ההגנה להגשת ראיות התביעה, חקירתם של העדים על-ידי ההגנה וסיכומיהם של הצדדים, העמידו גדרות ברורים למחלוקות שהציבו הצדדים בפני בית המשפט. לא הייתה מחלוקת באשר לסיבת מותם של המנוחים ולקשר הסיבתי, העובדתי והמשפטי שבין הירי לעברם לבין מותם. מוסכם היה על הכל כי הרצח במסעדה נגרם באופן ישיר על-ידי אדם שהגיע עם אופנוע בשלב מסוים אל השביל המערבי למסעדה כאשר נאשמים 1 ו-2 במקום ונאשם 3 ברכב הסמוך. אף באשר ליציאתם של נאשמים 1-3 מהזירה עם הרכב להוד השרון הייתה הסכמה. לאישום השני הוסכם שרוכב אופנוע אלמוני ירה ופגע במנוח איציק גפן, כאשר נאשם 1 מסב עמו ליד השולחן בתחנת הדלק.
- אף באשר למרב הראיות לא הייתה מחלוקת ואלו הוגשו בעיקרן בהסכמה, כאמור. בעיקר מכוונים הדברים, לצילומי מצלמות האבטחה, הן מהמסעדה, קירור עדי והבניין ברח' רגבה 4 והן מתחנת הדלק לאישום השני. כך גם איכונים ומחקרי תקשורת אשר הוגשו על-ידי מומחי התביעה, נציגי חברות הסלולר למיניהם. אמרות הנאשמים כולן ואמרות עדים שהוגשו בהסכמה.
- גרסתם של הנאשמים 1-3 לאישום הראשון הייתה אפוא, כי נכחו במסעדה או ברכב שחנה לידו באופן תמים ומקרי עובר לרצח אבי דוד ולא הייתה להם כל ידיעה על כך, ומשאירע, להפתעתם, נסו על נפשם מן המקום.
- נאשם 4 גרס כי כלל לא היה באזור המסעדה, אלא בביתו או במקומות סמוכים למסעדה, כאשר אין לו כל ידיעה באשר לרצח.
- כולם מסכימים לממצאי מחקרי התקשורת והאיכונים שהציגה המדינה בראיותיה, שאין בהם, לעמדתם של הנאשמים, כדי להפילם. כך גם למראה הנראה בסרטי מצלמות האבטחה שהציגה התביעה, אם כי פרשנותם לתמונות שונה.
- כך הדבר אף באשר לעמדתו של נאשם 1 ביחס לאישום השני בו הוא מואשם.
- סרטי מצלמות תחנת הדלק ואולם האירועים הסמוך הוגשו בהסכמתו, הוא היה בתחנת הדלק בעת האירוע, ישב סמוך לנרצח אותו פגש על-פי המוסכם ביניהם, אך כפי שהמנוח הופתע מהירי, אף הוא הופתע ולכן נמלט מהמקום על נפשו.



19. משכך הן גדרי המחלוקת, אין כל צורך לפרט בהכרעת הדין הנוכחית, מעשה רוכל, את ראיות התביעה אחת לאחת (מטעמה הוגשו מעל 220 מוצגים) והושמעו 37 עדים או את ראיות ההגנה ועדיה וההתייחסויות לראיות ולעדויות יהיו ככל שידרשו לשזירת הכרעת הדין.

20. עמדת המאשימה וראיותיה לשיטתה לאישום ראשון: כללי:

להוכחת הקשר שבין העובדות המוסכמות, רציחתו של המנוח ביריות אקדח על-ידי אופנוען אלמוני במסעדה לבין הנאשמים, הציגה המדינה את סרטי מצלמות האבטחה של המסעדה, של עסק סמוך לה "קירור עדי" ושל בניין ברחוב רגבה 4. בסרטים נראים נאשמים 1-3 מגיעים ברכב אל המסעדה, נראות תנועותיהם במסעדה, נראית הגעת המנוח ורגע אירוע הירי (אם כי לא הירי עצמו והפגיעה במנוח), ונראית הימלטות הנאשמים 1-3 מהמקום ברכבם. צילומים אלה משלבת התביעה עם ראיותיה בעניין פלטי שיחות הטלפונים והאיכונים של הטלפונים המוכרים והרשומים של הנאשמים, של הטוקמנים וטלפונים נוספים.

כן מבקשת המדינה להסתמך על מציאתם של האופנוע והאקדח שנעשה בהם שימוש ברצח, בשילוב עדויות עדי ראיה על התנהלות רוכבי האופנוע. ראיות אלה, לעמדת התביעה, בהינתן נוכחות הנאשמים במקום יוצרת חזקה עובדתית, על-פיה נוכחותם במסעדה ובזירה בכלל לא הייתה מקרית ותמימה ובהכרח היא קושרת אותם לרצח, אלא אם יסתרו את החזקה.

בשל כך שהנאשמים נמנעו מלמסור גרסה בחקירתם וכבשו עדותם, ובשל שקרי הנאשמים בעדותם בבית המשפט, יש לקבוע, לעמדת המדינה, כי נכשלו לסתור את ראיות התביעה וכשלו מלהרים הנטל הראייתי שהועבר אליהם.

21. סרטי צילומי האבטחה בעיני התביעה:

התביעה יוצאת מההנחה המוכחת והמוסכמת על-ידי הנאשמים 1 ו-2, כי היו מודעים לכך שבמסעדה פעלו מצלמות. כך אמר נאשם 1 בעמ' 521 ש' 8-9 לפרוט' "אני יודע שיש מצלמות...יש מסעדה היום בלי מצלמות" וכך אישר גם נאשם 2 בעדותו (עמ' 685 ש' 25-28 לפרוט').

משכך, לעמדת התביעה, יש לבחון התנהגותם המצולמת בספקנות הראויה.

כהערה לסדר יצוין, כי הזמנים הרשומים בהכרעת הדין בהתייחס לסרט הצילום, הם המועדים במציאות ובכל מקום בו מצוינת שעת הסרט, הדבר יאמר במפורש. ההבדל בין שני השעונים 33 דקות, כמוסכם על הצדדים.

בשעה 15:12 הגיעו נאשמים 1-3 למסעדה ברכב הנהוג על-ידי נאשם 3. נאשם 2 ירד ראשון מהרכב ואחריו נאשם 1 כשהוא משוחח בטלפון (לא הייתה מחלוקת שהיה זה הטלפון המוכר של נאשם 3). נאשם 3 החנה את הרכב על המדרכה שמול המסעדה, כשקדמת הרכב פונה מערבה - כיוון הנסיעה ברחוב רוטשילד הסמוך.

בשעה 15:13 נכנס נאשם 2 למסעדה, בדרך עצר לברך לשלום את יושבי אחד השולחנות ליד הכניסה אליה, בהם ניסן סולימנוב, מבעלי המסעדה, ואחר כך פנה מערבה ברחבה החיצונית של המסעדה בה היו שתי שורות של שולחנות, אל עבר אחד משני השולחנות המערביים, הדרומי שבהם, הסמוך לשביל ממנו הגיע מאוחר יותר היורה. סולימנוב תחילה ואחר כך נאשם 1 הצטרפו לזמן קצר לנאשם 2 שם. התביעה מדגישה, כי מרב השולחנות ברחבה היו פנויים אותה שעה ואף הפנתה לעדותו של המלצר איברהים קומעי שאמר "לא היה אף אחד בחוץ יושב" (ת/177, עמ' 1 ש' 10). ולהסכמתו של נאשם 2 (עמ' 761 ש' 24-31 לפרוט'), שכך היה.

התביעה מצאה בכך שהנאשם 2 בחר לשבת דווקא באחד השולחנות המערביים הקרובים לשביל וכן לבחירתו לשבת ברחבת המסעדה ולא בתוכה, בהינתן טענתו כי חשש לחייו, ראיות מפלילות לחובתו (יאמר כבר כאן, כי אחד מהסבריו של נאשם 2 בעדותו בבית המשפט, עמ' 688 ש' 29-32 לפרוטוקול, כי זה היה רצונו של המנוח, כנראה בסרט הצילום בו נראה המנוח מונע מנאשם 2 להיכנס למסעדה ומפנה אותו החוצה לה).

בסמוך לשעה 15:15 נכנס נאשם 2 לשירותי המסעדה וביצא משם, נכנס לשירותים נאשם 1 וסולימנוב, ושני הנאשמים שוחחו ביניהם, בדרך לשם. נאשם 1 נכנס לשירותים ונאשם 2 נכנס שוב אחריו, יצא ונכנס שוב. על מה שוחחו ביניהם בדרך ובשירותים לא יכלו לזכור בעדותם בבית המשפט (נאשם 1 עמ' 597 ש' 47 לפרוט'; נאשם 2 עמ' 688 ש' 11 לפרוט').

עמדת התביעה היא, כי "הם נדרשו לתיאומים אחרונים טרם הגעתו של המנוח למסעדה" (עמ' 66 פסקה 257 לסיכומי התביעה).

בסמוך לשעה 15:20 יצא נאשם 2 מהמסעדה והניח טלפון על שולחן שליד הכניסה למסעדה, שולחן שמאוחר יותר יישב לידו לאורך כל האירוע נאשם 1. עובדה זאת רואה המאשימה כראיה נסיבתית מצטברת ומפלילה כנגד נאשם 2 המעידה על תכנון מוקדם. הפקרתו את הטלפון שלו בידי אחרים מבלי שיבקש מהם לשמור עליו.

בשעה 15:17 הגיע המנוח למסעדה ברכב הנהוג על-ידי חברו תמיר אברהם.

המנוח התיישב ליד השולחן יחד עם נאשם 2, עובדה שלא הייתה במחלוקת ומוסכמת על-ידי נאשם 2, אף שאין שולחן זה נצפה על-ידי מצלמות האבטחה. עובדה זאת מאושרת גם בעדותו של המלצר קומעי (ת/177 עמ' 1 ש' 8-9 וגם חוו"ד מז"פ ת/101 ו-ת/104 בדבר מציאת ד.נ.א של נאשם 2 והמנוח על פרטים שנלקחו מהשולחן וצילום תמונה 22).

עובר למועד הגעתו של המנוח, התקשר נאשם 4 מהטלפון המוכר שלו אל הטלפון המוכר של נאשם 3, שהיה ברשות נאשם 1 והשניים שוחחו - לעמדת המדינה אין שיחה זו סותרת את רעיון הקשר על-פיו משוחחים הנאשמים רק בטלפונים מבצעים, ובכלל אפשר שיחה זו מקורה בטעות בהתנהלותו של נאשם 4 במסגרת הקשר.

בשעה 15:22, כאשר נאשם 2 יושב עם המנוח ונאשם 1 עדיין בשירותים של המסעדה, נראה נאשם 3 עוזב את מקומו ברכב ונכנס לשירותי המסעדה. לעמדת המדינה, עובדה זו מוכיחה כי ידע שטרם הגיעה העת באותה שעה למלט את נאשמים 1 ו-2 מן המסעדה - לדבריו של נאשם 3 בעדותו, עשה כן כי הניח שאחרים ישמרו על הרכב וכי נזקק ללכת לשירותים. התביעה לומדת מהתנהגות נאשם 3 כי "אופיר לא אמר היה למנוע הטמנת מטען חבלה ברכב אלא למלט את השניים מהמסעדה כשיתעורר הצורך בכך" (סיכומי התביעה עמ' 70 פסקה 273).

בשעה 15:24 נראה נאשם 1 יוצא מחדר השירותים, רוכן ומציץ מבעד לחלון המסעדה לכיוון מערב ויוצא ממנה ומתיישב ליד השולחן הקרוב לפתח המסעדה מצד מערב. אין הוא יושב, כך ברור ממראה המצלמה, בגפו - ולכן אף מסכימה התביעה.



לישיבתו שם - מצייתת התביעה בסיכומיה "בחירתו של שלומי לשבת מחוץ למסעדה ולא בתוכה מלמדת כי אותה שעה הוא לא חשש לחייו באופן עליו העיד בבית המשפט".

22. עיקר חשיבותם של תוצרי מצלמות האבטחה של המסעדה, הן לגישת המדינה והן לגישת ההגנה, היא בנראה במצלמות האבטחה באשר להתנהגותו של נאשם 1, ביושבו אל השולחן בין בשעות 15:25 עד 15:36, דקת הרצח. התנהגותו של נאשם 1 והאפשרות לראות פרטיה בסרט בהיבט שימוש במכשיר טלפון עובר לאותן דקות, בשילוב מחקרי התקשורת של הטלפונים המבצעים, היא לב לבו, הבריון התיכון של התיק ועליה יקום ויפול דבר. אזכיר, כי בסעיף 9 לעובדות כתב האישום נטען "בשעה 15:25 נוצר באמצעות הטלפונים המבצעים 3 ו-4 הקשר בין נאשם 1 והקושרים האחרים, וזאת כדי לתאם את ביצוע הרצח". ראו גם סעיף 10 לכתב האישום.

לעמדת התביעה, באותן עשר דקות ניהל נאשם 1 באמצעות טלפון 4 אותו החזיק, שתי שיחות ממושכות עם טלפון 3 אשר הוחזק על-ידי היורים. ראשונה שיחה בת 100 שניות אשר ראשיתה בשעה 15:25:34 (15:57:34 שעון סרט). לאחר סיומה בשעה 15:27:14, בחלוף כדקה, החלה בשעה 15:28:21 (16:01:21 שעון סרט) השיחה השנייה, בת 507 שניות, שיחה שהסתיימה בדקת הרצח, 15:36. שיחות אלה, יש לומר בשלב זה, להבנתו של הקורא, הן תוצר של מחקרי התקשורת של הטלפונים 3 ו-4 (נספחים ב'-ה' לסיכומי התביעה) מהם עולה, כי בשעה 15:25:34 יצאה שיחה בת 100 שניות עד לשעה 15:27:14 מטוקמן 3 לטוקמן 4 ובשעה 15:28:21 מחייג טוקמן 4 אל טוקמן 3 ונמשכת ביניהן שיחה בת 507 שניות עד 15:36:45.

23. השיחה הראשונה - שיחת 100 השניות - על-פי סרט המצלמה: בסיכומיה (עמ' 91 פסקה 365) מסכימה המדינה שמרבית הזמן מאותן 100 שניות ישב נאשם 1 בחברת אחרים ומסכימה היא אף לכך "ששלומי קיים את שיחות הטלפון רק כשהיה לבדו". למרות זאת טוענת המאשימה שנאשם 1 נראה בסרט בשלב מסוים בשעה 15:26:44 (שעון מצלמה 15:59:44) "הוא נראה מצמיד דבר מה לאוזנו" (פסקה 366 עמ' 91 לסיכומים), הא ותו לא.

24. השיחה השנייה - שיחת 507 השניות - על-פי סרט המצלמה: על-פי המצוין לעיל, בשעה 15:28:21 החלה שיחת 507 השניות מטלפון 4 לטלפון 3, מנאשם 1 לקושרים על האופנוע (ראו סיכומי התביעה מפסקה 320, עמ' 80, ובעיקר מפסקה 326 עמ' 82).

לעמדת התביעה, נאשם 1 נראה במצלמות האבטחה בשעה 16:01:45 (שעון סרט), דהיינו, בשעה 15:28:45 "מרים דבר מה מהשולחן, מצמידו לאוזנו הימנית, ואז שב ומוריד אותו..." (פסקה 327 לסיכומים עמ' 82). לא מצאתי בסיכומי התביעה הסבר להפרש בין 24 השניות בין מחקר התקשורת, למה שהיא סבורה שנראה בסרט כשלב החיוג הפותח את שיחת 507 השניות, לבין הנראה בסרט המצלמה. התביעה אף מסכימה שנאשם 1 אינו נראה במצלמות האבטחה מחזיק ומשוחח בטלפון 4 במשך 507 השניות המדוברות ומסכימה, כי במשך אותו זמן, התחבק נאשם 1 עם המנוח, כי התקרבו לשולחנו אנשים והתיישבו לידו, כי שוחח באמצעות הטלפון המוכר שלו ועל כן, לשיטתה, שיחת 507 השניות לא הייתה שיחה רצופה, אלא שטלפון 4 (ומקבילו טלפון 3) החזיקו "קו פתוח" שנעשה בו שימוש מדי פעם ללא צורך בחיוג.

25. נאמנה לגישתה זאת, מפנה התביעה לסרט האבטחה עוד ארבע פעמים:
א. משעה 15:33:09 עד 15:33:22 - שיחה בת 13 שניות.
ב. משעה 15:34:53 עד 15:34:56 - שיחה בת 3 שניות.
ג. משעה 15:35:10 עד 15:35:15 - שיחה בת 5 שניות.
ד. משעה 15:36:37 עד 15:37:06 - שיחה בת 29 שניות.

26. התביעה ערה לקושי הניצב בפניה, לפיו, במקום שתי שיחות טלפון ממושכות על-פי פלטי טוקמנים 3 ו-4, סרט המצלמה מראה רק, לשיטתה בשתי השיחות, שיחות קצרצרות הנמדדות בשניות בודדות או עשרות שניות (במקרה אחד), ולכן היא מציגה פתרון והוא תיאוריית "הקו הפתוח" (פסקה 362 עמ' 90 לסיכומים). לתיאוריה זו אין מציגה התביעה שמץ ראיה ואין היא אף טוענת שכן.

27. התביעה מצביעה על העובדה, כי השיחה האחרונה שהתקיימה בין שני הטוקמנים הסתיימה בשעה 15:36, היא שעת הרצח, כראיה ניצחת לקשר בין הרצח לבין טוקמנים 3 ו-4, וזאת בשם לב לעובדה ששני מכשירים אלו לא שוחחו יותר עם איש כלל וכלל לאחר שיחה אחרונה זו.

28. נסיבות נוספות הנלמדות מסרטי האבטחה:

התביעה מבקשת ללמוד מסרטי האבטחה של המסעדה, "קירור עדי" והבניין ברחוב רגבה 4 - נקודות נוספות שיש להן משקל להכרעת הדין, לעמדתה:

- א. העובדה שהמנוח הגיע למסעדה מכיוון מערב בנסיעה על רחוב רוטשילד - המלמדת כי הקושרים לא יכלו לעקוב אחריו.
- ב. שבסרטי האבטחה לא נראה אופנוע המתנקשים ולכן יש להסיק, כי הגיע מכיוון השביל והשכונה שמצפון, דרך רחוב ויצמן.
- ג. שהאופנוע לא נראה על רחוב רוטשילד ולכן הקושרים לא יכלו לדעת ללא תיאום טלפוני את מקום מושבו של המנוח במסעדה.
29. כאמור, את ההתנקשות עצמה אין מתעדות המצלמות - אך את התנהגות והתנהלות חלק מהאנשים אשר שוהים במסעדה היא מתעדת.



- התביעה מפנה לכך שבניגוד לעדותו של נאשם 1 בפני בית המשפט (עמ' 520 ש' 24-8 לפרוט' ועמ' 615-616 לפרוט') הוא לא הרים כלל את ראשו בעת שהתרחשה ההתנקשות אלא "התרומם מכסאו מבלי להביט כלל לכיוון הירי" ונמלט לרכב (שעה 16:09:21 סרט האבטחה, שעה 15:37:21 במציאות), וכן שבניגוד לאחרים, שנראים בסרט משתטחים ארצה, נאשם 1 באופן קר ומחושב נטל בשתי ידיו הטלפונים מעל השולחן ונמלט אל הרכב (פסקה 317 עמ' 80 לסיכומים).
30. מחקרי תקשורת ואיכונים - טוקמנים 1-4:
- בהיעדר ראיות ישירות לקשר שבין המתנקשים במנוח אשר הגיעו, ועל כך אין מחלוקת, על האופנוע מצפון מערב למקום מושבו של המנוח ובין מי מהנאשמים, מבקשת התביעה להשתית ראיותיה, לקשר זה, על שני עמודי היסוד לראיותיה - מצלמות האבטחה אליהן התייחסתי לעיל, ומחקרי התקשורת והאיכונים שהציגה לטוקמנים 1-4.
31. בצדק פתחה התביעה את סיכומיה בנושא זה (עמ' 42 פסקה 163) בעדותו של עד התביעה פקד שוורץ (עמ' 415, 445 לפרוטוקול) שהעיד כי העבריינים "מחליפים כל הזמן טלפונים" וכי בתיקנו "יש ארבעה טלפונים שהם טוקמנים, טוקמן כדי שלא יזהו אותו, כדי שקשה יהיה לעמוד אחרי מי שמחזיק בו". הנאשמים כולם, עדי תביעה ועדי הגנה רבים אחריו החזיקו אחר דברים אלה והסכימו עמם.
- נאשם 1 אישר זאת (עמ' 506, 572-573 לפרוט'), בין היתר אמר "אני לא אתייפייף עכשיו. טוקמן נועד לכל מיני דברים. עכשיו הייתי מתעסק בגביית צ'קים, ניכון צ'קים, לפעמים היו נאמרים דברים שלא צריכים להיאמר, פחדתי מהאזנות...אתה משתמש בטוקמן ולא בטלפון האישי לא יודעים את המספר. אתה משתמש בו כמה שיחות וזורק אותו..." (עמ' 505-506 לפרוט').
- נאשם 2 אישר הדברים בעדותו, בין היתר באומרו "שיחות שהייתי יכול להפיל את עצמי דרך הטלפון...אז לא הייתי מדבר בטלפון האישי שלי" (עמ' 743 ש' 25-26 לפרוט').
- כך אישרו אף נאשמים 3 ו-4 ולמעשה הגנתם הייתה מבוססת בעיקרה על עובדה זאת, בטענה כי עשו שימוש בטוקמנים לביצוע עבירות התפרצות - עיסקים. נאשמים 3 ו-4 אף הודו לעדותם, על סמך חומר החקירה שנגלה להם לאחר הגשת כתב האישום, כי הם אכן החזיקו עובר למועדים הרלוונטיים לכתב האישום בטוקמנים 1 ו-2 (ראו פסקאות 173, 174 וסיכומי התביעה עמ' 44-45). החקירה גילתה וההגנה הסכימה, שעל סמך השוואת הטלפונים המוכרים של נאשמים 3 ו-4 עם טוקמנים 1 ו-2 ואיכונים, נאשם 3 החזיק, כנטען בכתב האישום, בטוקמן 1, ונאשם 4 בטוקמן 2.
32. הטוקמנים מהווים רשת סגורה:
- התביעה הצביעה על "מאפיינים המלמדים כי טלפונים אלה אכן קשורים אחד בשני" (סיכומי התביעה פסקה 179, עמ' 46).
- א. כל ארבעת הטוקמנים פעלו במשך ארבעה ימים בלבד, מיום 05.10.11 ועד יום הרצח, 09.10.11.
- ב. כל ארבעת הטלפונים אוכלו באותם ימים באותם אתרים.
- ג. טלפונים 1 ו-2 שוחחו ביניהם וכן עם צדדים שלישיים.
- ד. טלפונים 3 ו-4 שוחחו רק ביניהם.
- ה. בכל אחד משני זוגות הטלפונים - 1 ו-2, 3 ו-4, מצוי טלפון אחד השייך לסדרה המתחיל בספרות 349 (טוקמן 1 וטוקמן 4), וטלפון אחר השייך לסדרה המתחילה בספרות 347 (טוקמן 2 וטוקמן 3).
- על-פי ת/13, אמרתו של תמיר אודיז מחנות "מישיקה סימים" המשווקת טוקמנים (שהוגשה בהסכמה), כל אחת מהסדרות מונה 10,000 מספרים ולא ניתן לדעת כמה מפיצים עסקו במכירת כרטיסי סים אלה.
- ו. מספרו של טוקמן 1 (בשימוש של נאשם 3), עוקב למספרו של טוקמן 4. מספריהם מסתיימים בספרות 313 ו-314. בהקשר זה מפנה התביעה לעובדה שאף מספרי הטלפונים המוכרים של נאשם 1 ונאשם 3 (שהם אחים) הם מספרים עוקבים.
33. על סמך מאפיינים אלה טוענת התביעה בסיכומיה (פסקה 187 עמ' 48 לסיכומים) כדלקמן: "בהינתן העובדה שטלפונים 1 ו-4 הינם בעלי מספר עוקב, והם משוחחים עם טלפונים 2 ו-3 (בהתאמה), השייכים לסדרה אחת, ובהינתן דפוס פעולתם העברייני הדומה (שיחות במשך ארבעה ימים ובאותם דומים) ונוכחותם בזירת הרצח בעת שזה התרחש, כל אלה הופכים הסבירות לקשר בין זוגות הטלפון לוודאות של ממש. כפי שנראה בהמשך, ביום הרצח התנהלו האוחזים בטלפונים הללו בתיאום מלא עם התנהלותם של הנאשמים והמתנקשים: כששלומו, מוטי ואופיר היו במגרש, היה שם גם האוחז בטלפון 3 (087), וכשהגיעו השלושה למסעדה, אוכלו שם גם "טוקמנים 3 ו-4", כשהטלפון 3 היה נייד (כמו המתנקש על האופנוע) וטלפון 4 היה סטטי (כשלומו שישב במסעדה). בנוסף, התקיים בין הטלפונים קשר בדקות שלפני הרצח, היא הדקה שבה הסתיימה אף השיחה בטלפון בו החזיק שלומי (ואותו העביר שניות ספורות קודם לכן למוטי)".
34. עוד מצביעה המאשימה על דפוס הפעולה של טוקמנים 3 ו-4 על כך שהתקיימו ביניהם שיחות רק בימים 05.10.11 ו-09.10.11. 09.10.11 הוא יום הרצח ופעולתם של הטלפונים הייתה, לעמדת המאשימה, קשורה במנוח, כפי שתואר לעיל.
- ביום 05.10.11, היום הנוסף היחיד שהטלפונים הללו היו פעילים, נמצא גם כן קשר למנוח - שעה שהמנוח אוכל ביום זה באתר וולפסון סנטר ת"א, הגיעו לשם גם נאשמים 1 ו-2 והאוחזים בטוקמנים 3 ו-4.
- לעמדת המאשימה, "התקבצות זו של שלומי, מוטי והאוחזים בטוקמנים 3 ו-4 לא נראית מקרית על פניה, ועל הנאשמים היה להסבירה..." (עמ' 49 פסקה 193 לסיכומי המאשימה), ויש ללמוד ממנה כי כל הארבעה עקבו אחר המנוח וניסו לפגוש אותו.
- משכך מבקשת המדינה להסיק "בנסיבות אלה, ובנותניו דעתנו לכך שטוקמנים 3 ו-4 שוחחו בינם ובין עצמם רק בשני ימים, ובשניהם הם אוכלו בסביבתו של המנוח יחד עם שלומי ומוטי, הרי שאין ספק כי לא במקרה התקבצו "טוקמנים 3 ו-4" יחד עם שלומי ומוטי אל אותו אתר בו אוכל גם המנוח, הגם שכל אחד מהם היה קודם לכן במקום אחר. אין זו יד המקרה שמיד לאחר שהתפזרו כולם חדלו האוחזים בטוקמנים 3 ו-4 מלשוחח עד יום הרצח עצמו".



35. טוקמנים 1 ו-2:

כנאמר, עמוד השדרה של ראיות התביעה, הראיות בלעדיות אין תקומה להוכחת אשמת הנאשמים במעשה, הוא החיבור הראייתי הנסיבתי שבין תוצרי מצלמות האבטחה למחקרי התקשורת והאיכון של טלפונים 1 עד 4.

אין התביעה טוענת, כי עובר למועד שהייתו של המנוח במסעדה ועד רגע מותו, נעשה שימוש כלשהו בטוקמנים 1 ו-2, ובוודאי לא עם אחד מהטלפונים 3 ו-4, ולכן ערכה הראייתי של סוגיה זו אינו משמעותי. בשעה 15:52, כ-16 דקות לאחר הרצח, לאחר שנאשמים 1-3 היו בדרכם להוד השרון, התקשר טלפון 1 שהיה ברשות נאשם 3 לטוקמן 2, שהחזיק בו נאשם 4. אחר כך שוחחו ביניהם טלפונים אלה כעשר פעמים עד השעה 17:03. התביעה מבקשת להסיק כי שיחות אלו נסובו על הרצח, עובדה שאף נאשמים 3 ו-4 מסכימים לה באמרו, כי נאשם 3 סיפר לנאשם 4 על שהתרחש במסעדה.

המדינה עותרת (פסקה 457 עמ' 114 לסיכומיה) כי יקבע שהשיחות שקוימו אחרי הרצח בין טוקמנים 1 ו-2 נסבו סביב הרצח, אך לא הסבירה מה חשיבות יש לכך להכרעה במחלוקות שבפני בית המשפט בתיק זה, למעט בקשתה להצביע על אי-אמינות גרסת הנאשמים. נראה שכך גם הדיון בשאלה האם העביר נאשם 4 את הטוקמן שבהחזקתו לבקשתו של נאשם 3 לאמה של חברתו, כדי שתעבירו לבתה (עמ' 15 לי בר, "לילוש").

36. טוקמנים 3 ו-4:

עיקר הוא, כאמור, "התנהגותם" הטלפונית והאיכונית של טוקמנים 3 ו-4.

על-פי ת/76 - חוות דעתו של מומחה התביעה, רוני אברהמי מטעם חברת "סלקום", איכוני הטלפון המונפקים על-ידי החברה מתייחסים לסקטור שבו מתחילה השיחה.

טוקמן 4, הטוקמן שלגרסת התביעה הוחזק על-ידי נאשם 1, היה על-פי איכונו באתר "משכנות פז" המכסה את המסעדה החל משעה 14:02, ומשם לא זו והיה נייח.

טוקמן 3, עובר לתחילת השיחה האחרונה, שהחלה בשעה 15:28:21, אכן בסקטור 4 של אותו אתר ולא בסקטור 2, המכסה את המסעדה.

עולה אפוא שלגרסת התביעה, שנתקלה בקשיים בשל אי-התאמת הנראה בסרטי האבטחה של המסעדה בין דיבורו הנראה של נאשם 1 בטלפון, לבין תחילתן וקיומן של שיחות הטלפון בנות 100 השניות ו-507 השניות, מצטרפות ועולות תמיהות נוספות שהתביעה ערה להן:

א. אם היורים החזיקו בטוקמן 3 עובר לירי, מדוע בשיחה האחרונה בת 507 השניות הטוקמן מאוכן בסקטור שאינו מכסה את המסעדה?

ב. איך יתכן שנאשם 1, המחזיק, לשיטת המדינה, בטוקמן 4, מגיע למסעדה על-פי סרט האבטחה של המסעדה בשעה 15:11 דקות, והוא עצמו מאוכן במקום עבודתו במגרש הבקבוקים, אך הטוקמן במסעדה, על-פי ממצאי האיכון שבת/76, עוד קודם לכן, כבר בשעה 14:02.

המדינה מסבירה תמיהות אלה בהשיבה לשאלה הראשונה, כי עסקין בטלפון ניד ולכן בהחלט אפשרי שהמחזיק בטוקמן 3 הורה, נע איתו מסקטור 4, שם הוא נמצא בתחילת השיחה, לסקטור 2 המכסה את המסעדה.

לשאלה השנייה משיבה המדינה, כי אותה נידיות טלפונית איפשרה העברת טוקמן 4 לנאשם 1 בהתחשב בכך שהמרחק בין מגרש הבקבוקים למסעדה אינו רב.

השאלה שיש לדון בה בהקשר זה היא האם תשובות המדינה לקושיות מעוגנות בראיות, או שמא הן השערות בלבד.

37. מי ידע על פגישת נאשם 2 והמנוח במסעדה והאם אפשר שנעקב?

נסיבה נוספת שמבקשת המדינה לצרף לפסיפס הראייתי המוביל להרשעת הנאשמים היא טענתה, כי לבד מהנאשמים לא ידע איש על פגישת המנוח עם נאשם 2 במסעדה.

לעמדת המדינה, עסקין ברצח מתוכנן ומוקפד ביותר. איתור מדויק של מקום ישיבת המנוח, בחירת השביל שיוביל את המתנקשים אליו ודרכי המילוט מן המקום, מלמדים על כך שאין עסקין ברצח שקרם עור וגידים באופן ספונטני (פסקה 221 עמ' 56 לסיכומי התביעה).

התביעה הציגה את גרסתם של אלמנת המנוח, לימור דוד (עמ' 140 ש' 7 לפרוט'), שלא ידעה על תכניתו ביום הרצח; יהודה עמר, עד תביעה שהעיד, כי שוחח עם המנוח ביום המקרה והלה לא סיפר לו על הפגישה (ת/176, ש' 6-12); מיכאל סריקוב (ת/183); ראובן עבדו (עמ' 140 ש' 7 לפרוט'); תמיר אברהם, מי שנהג את המנוח אל המסעדה (תמליל נ/36 עמ' 8); אבי מחלב (עמ' 144 ש' 31-30 לפרוט') ועוד אחרים - כולם העידו שהמנוח לא גילה להם דבר פגישתו עם המנוח או על מיקומה.

38. התביעה באותו הקשר גם מצביעה על ראיות מפיהם של העדים יהודה עמר (עמ' 101 ש' 26-27 לפרוט'), לימור דוד האלמנה (ת/217 עמ' 2 ש' 29-33), ראובן עבדו, דודו של המנוח (עמ' 142 מש' 30 לפרוט'), כי המנוח לא עשה שימוש בטלפון טוקמן, או בטלפון אחר מהטלפון המוכר שלו כראיה לכך, שביום הרצח לא עשה המנוח שימוש בטלפון חסוי, ולכן אין חשש ממשי שמאן דהוא, לבד מהנאשמים, יכול היה לדעת על הפגישה במסעדה ולכן להציב לו מארב ולפגוע בו.

39. כן סבורה המאשימה, כי אין אפשרות שהמתנקשים, ללא קשר עם הנאשמים, עקבו מיוזמתם אחר המנוח, או כי ראו את מקום ישיבתם בעוברם ברחוב רוטשילד.

למסקנה זאת מגיעה המדינה מכמה סיבות:

א. כנראה במצלמות האבטחה המנוח הגיע למסעדה ממערב בנסיעה על רחוב רוטשילד. עד התביעה נתי בכר (עמ' 130 ש' 6 לפרוט') העיד, כי הבחין באופנוע מגיע מרחוב קדושי לוצק, הנמצא בכיוון הנגדי לרחוב רוטשילד (וכן ת/180 ש' 8-6, תמליל חקירתו נ/7 עמ' 2).

ב. צפייה במצלמות האבטחה אינה מראה אופנוע דומה לאופנוע הרצח שעובר ברחוב רוטשילד (עדות החוקר, רוברט ברטהולץ, עמ' 262 ש' 8-27 לפרוט', ת/84, תמונות האופנוע ת/95).

40. המתנקשים:



על-פי עדות נתי בכר, בסמוך לשעה 14:30 או 15:00 הבחין באופנוע המתנקשים ברחוב ויצמן מכיוון רחוב קדושי לוצק לכיוון רחוב רוטשילד - מקום המסעדה, ולאחר פחות מדקה הבחין בו חוזר ולכן יש, לעמדת התביעה, להסיק, כי חלף זמן קצר ביותר מרגע שהבחין באופנוע ועד שנאמר לו שנשמע ירי.

העד חביב ממן (עד עוין לתביעה) הבחין מחלונו בשני רוכבים עם קסדות ומאחור יותר ראה אותם הולכים רגלית בסמטאות, בין היתר לכיוון המסעדה ולאחר כמה שניות שמע יריות (ת/171). אמרתו של העד הוגשה ללא הקלטתה ותשאולו שנמשך זמן רב מאחר וזאת נעלמה. התביעה מבקשת כי שאריות עדותו באמרתו ת/171 תתקבל כראיה על-פי סעיף 10א' לפקודת הראיות (נוסח חדש) התשל"א - 1971 (להלן: "פקודת הראיות") וכך נעשה. בנסיבות, יש הצדקה לכך, גרסתו בחקירה משתלבת היטב בראיות תביעה אחרות שהוצגו.

חיים בוגטקין הבחין מחלון דירתו, ממנו הביט לאחר ששמע כארבע יריות והבחין באדם חבוש בקסדה שחורה של אופנוען, כשיד ימינו פשוטה קדימה. במקביל שמע ירייה וראה את האיש מסתובב ורץ לעבר השכונה מצפון למסעדה (עדותו עמ' 62, 67 ו-82 לפרוט').

העד ראה את היורה בפינת השביל ליד המסעדה ואחר כך חוזר על עקביו לשכונה הצפונית לה.

המדינה, בסיכומיה, ביקשה להעדיף את גרסתו של העד בבית המשפט ובאחת מאמרותיו (ת/174 שהוגשה להוכחת אמירת הדברים ולא לתוכנה), על דברים שאמר לשוטרי טלפונית (נ/1), שם אמר שראה "גבר על אופנוע שחור עם קסדה שחורה יורה לכיוון המסעדה...וממשיך לכיוון המצבה" (במורד רחוב רוטשילד - ר.ב.) וכך נעשה לאור, השתלבות עדותו זו עם יתר הראיות באשר לכיוון הגעתו של אופנוע היורים אל המסעדה - עובדה שאף נאשם 1, כך עולה מעדותו, מסכים לה. נאשם 2 אישר בחקירתו הנגדית בעמ' 616 ש' 10-11 לפרוט' כי "ראיתי אותו מכיוון מערב מהצד הימני שלי...". הדברים אף מתיישבים עם עדותו וחוות דעתו של מומחה התביעה, מומחה מז"פ יואב וולניץ (ת/104 ופרוט' עדותו, עמ' 146-147 לפרוט').

ראיות אלה אף משתלבות בעדויותיהם של העדים יהודה מזרחי (עמ' 83-84 לפרוט') שראה את האופנוע לאחר ההתנקשות ברחוב רגבה מס' 15, עם עדות קובי בוזגלו (שאף הוא היה עוין לתביעה), שאמרותיו בחקירה תתקבלנה כראיות לתוכן על-פי סעיף 10א' לפקודת הראיות, (בדבריו ת/191-ת/192 ו-ת/137) ועם מקום הימצאו של האופנוע והאקדח בסמוך אליו, בחצר בית הספר שבשכונה הצפונית למסעדה.

41. התנהלות הנאשמים לאחר הרצח:

פרק נכבד בסיכומיה מייחסת התביעה לעובדה שנאשמים 1-3 הפסיקו לעשות שימוש בטלפונים האישיים שלהם לאחר הרצח ומבקשת לראות בכך ראיה נוספת, משמעותית ביותר, המסבכת את הנאשמים.

באשר לנאשם 1, למעט שלוש שיחות שהוציא ליוסי קסטרו בדרך בנסיעתם לביתו בהוד השרון ובאשר לנאשם 2, שהפסיק להוציא שיחות מהסלולרי שלו, אך קיבל שיחות דרכו.

נאשם 3 המשיך, לגרסת התביעה, לעשות שימוש בטוקמן 1 (למרות שזה יועד, על-פי כתב האישום, לשיחות רק בקשר לרצח). לעמדת התביעה, כך עשו הנאשמים כדי להימנע מהאזנה משטרתית.

עם זאת מאשרת התביעה בטיעוניה, כי עולה מנספח י' לסיכומיה שביום 11.10.11 שב נאשם 1 והשתמש בטלפון המוכר שלו.

באשר לנאשם 2 מבקשת התביעה, לאחר שהיא סוקרת את פלטי שיחות הטלפונים בהם עשה נאשם זה שימוש לאחר הרצח, לקבוע כי "העובדה כי ביום הרצח חדל מוטי לשוחח בטלפון המוכר שלו, והשינוי התדיר של מספרי הטלפון בהם עשה שימוש...מלמדים כי הוא פעל באופן החורג מהתנהלותו הרגילה...זאת הוא עשה כדי למנוע מהמשטרה מלהאזין לשיחותיו. התנהגות זו - יש בה כדי להפילילו...".

42. העדות הכבושה - ושקרי הנאשמים:

חלק ניכר מאוד מסיכומי התביעה, כבר מראשיתם ובהמשך סיכומיה בשזירה לכל אורכם, מקדישה התביעה לעובדה, כי הנאשמים לא שיתפו פעולה בחקירת המשטרה ושמרו על זכות השתיקה למעט כפירה כללית והטענה, כי לא היו מעורבים במעשי הרצח שיוחסו להם.

משכך, משמסרו גרסתם לראשונה על דוכן העדים, ביקשה התביעה בהתאם לפסיקה הנוהגת, לזקוף לחובתם את כבישת עדותם.

באשר לעדותם על דוכן העדים, ביקשה לראות בעדויות אלה עדויות שקר, שגם אותן יש לזקוף לחובת הנאשמים כראיה נסיבתית המחזקת הראיות כנגדם. התביעה אף ביקשה להבנות להשלמת הפסיפס הראייתי שהציגה, מקו ההגנה שהציגו הנאשמים על דוכן העדים בעדויותיהם של הנאשמים ובעדויות עדי הגנה, לפיהן, התנהלותם בשימוש בטלפונים, בהחניית הרכב עובר לרצח, בכך שטוקמנים 1 ו-2 שימשו "כלי עבודה" לביצוע עבירות התפרצות.

בשל כך, בסיכומיה של התביעה הוקדש פרק שלם ל"התנהלותם העבריינית של שלומי ומוטי" (עמ' 26 החל מפסקה 102 עד עמ' 40 פסקה 153).

משפתחה ההגנה הפתח, לא הייתה מניעה שהתביעה תיכנס בו, אך זהירות רבה צריך לנהוג בית המשפט בבואו להכריע הדין בעבירה זו או אחרת, שמא יושפע מאמירות של התביעה שאין בהן ראיה, כנאמר בפסקה 110 לסיכומים (עמ' 29) "בנסיבות אלה, נרשום בפנינו כי עבריינות אלימה אינה זרה לאזרחות חייו של שלומי" או מאמירה כנאמר בפסקה 118 (עמ' 31 לסיכומי התביעה) בעניינו של נאשם 2 "מהאמור עד כה עולה, כי הן שלומי והן מוטי היו שקועים עד צוואר בביצוע עבירות פליליות וכלכליות דומות ובניסיונות להסתירן מרשויות החוק. האלימות העולה מהתנהלותו מסבירה אף את מעורבותם בביצוע העבירות נשוא כתב האישום".

בוודאי שלא היה מקום לכתוב בסיכומי התביעה את שנכתב בסעיף 133: "...קשרים אלה מסבירים את יכולתו של מוטי להוציא אל הפועל תכנית רצחנית מתוכננת ומורכבת כמו זו שתוארה באישום הראשון".

43. סיכומי המאשימה וראיותיה לשיטתה לאישום השני:

הרצח נשוא האישום השני התרחש ביום 19.12.11 בשעה 17:45 בתחנת הדלק "פז", סמוך לבית החולים "וולפסון" בחולון.

מפלטי שיחות הטלפון המוכרים של נאשם 1 והמנוח (נספח י' לסיכומי התביעה) עולה, כי השניים שוחחו שבע פעמים בין השעות 14:23 עד 17:35 ובהן נדברו להיפגש. נאשם 1, על-פי סרטי האבטחה של תחנת הדלק ועדויות נוספות, הגיע למקום ראשון וקנה שתי כוסות קפה (עדות עד תביעה ערן בלונדיאן, עמ' 103-112 לפרוט'). לעדותו של נאשם 1, גם במקרה זה היה מודע לקיומן של מצלמות אבטחה באומרו בעדותו (עמ' 537 ש' 30 לפרוט') "זו תחנת דלק, יש תחנת דלק בלי מצלמות?".

התביעה מפנה תשומת הלב לעובדה זו ומבקשת כי התנהלותו של נאשם 1, כפי הנראית במצלמות האבטחה, תובא בחשבון לאור זאת.



44. בשעה 17:33:52 הגיע הנאשם 1 לתחנת הדלק כאשר הוא רכוב על אופנוע, האופנוע באמצעות נהגו המשיך בנסיעה עד לאזור היציאה מהתחנה, שם המתין. נאשם 1 נראה בסרטי האבטחה ת/119 יוצא מחנות הנוחות בשעה 17:37:03 לאחר שקנה שתי כוסות קפה ופנה למצוא שולחן לשבת לידו. תחילה פנה לשולחן המרוחק מכיוון תנועתו, הקרוב לכניסה לתחנת הדלק, ואחר כך חזר וישב ליד השולחן הקרוב יותר ליציאה ממנה. לעמדת התביעה בסיכומיה (פסקה 522 עמ' 129), הנאשם בחר בשולחן זה בשל היותו קרוב ליציאה מן התחנה ומן האופנוע שהמתין לו. בסמוך לשעה 17:37 הגיע המנוח לתחנת הדלק ופגש את נאשם 1. נאשם 1 נכנס שוב לחנות הנוחות ואחר כך השניים ישבו אל השולחן בו ישב נאשם 1 מלכתחילה.
45. בשעה 17:45 נכנס לתחנת הדלק אופנוע עליו שני רוכבים ולראשיהם קסדות, נעמד אחר רכבו של המנוח אשר עמד בסמוך, מול המנוח ונאשם 1 במרחק קצר, הרוכב (להבדיל מנהג האופנוע) ירד ממנו וירה באקדח לעבר המנוח. בטרם החל המתנקש לירות, נראה נאשם 1 מתרומם מכסאו כאשר קסדת האופנוע שלו בידי ונמלט לעבר האופנוע שהמתין לו. לעמדת המדינה, עובדה זאת מוכיחה את מעורבותו ברצח והנאשם 1 נכשל במסירת הסבר סביר להתנהגותו זו.
46. המנוח נפגע מהירות ונפל ארצה, כפי הנראה במצלמות האבטחה. נאשם 1 ברח אל האופנוע ואמר לנהג לגרסתו שיסע, עוד טרם שם קסדתו על ראשו. בסרט התיקוד נראים שני האופנועים יוצאים מהתחנה (בסרט שנקלט במצלמות האבטחה של אולם האירועים "גאלרי פאלאס" הסמוך) האופנוע הראשון שעליו ישב נאשם 1, נסע שמאלה (דרום מזרחה) לעבר אי התנועה הבנוי במקום ואחר כך התיישר כאשר באותה עת מימין, עבר אותו האופנוע האחר של המתנקשים.
- למעט התביעה נראה בסרט, כי האופנוע שעליו רכב הנאשם 1, האט את נסיעתו והניח לאופנוע האחר לעקפו ואז נסע בעקבותיו. נראה בשלב זה שנאשם 1 מרים את ידו הימנית. לעמדת התביעה הרמת היד הינה סימון לנהג שהרכיבו "לנסוע ישר בעקבות המתנקשים". לשיטת המדינה יש להסיק מכך, כי "שלומי והמתנקשים פעלו כצוות בעת הרצח, ולאחריו הם אף נמלטו בצוותא חדא" (פסקה 539 עמ' 132 לסיכומי התביעה).
47. צילום מצלמות האבטחה באישום זה, להבדיל מאלו שבאישום הראשון, אינן אילמות לחלוטין. נשמעים בסרט היטב פיצוצי היריות. באופן מובהק נשמעות לאחר תום היריות לעבר המנוח ובעת שהאופנועים במנוסה שתי יריות (לשם הדיוק: מצלמות תחנת הדלק אילמות, אך מצלמות אולם האירועים הקליטו גם קול). בסרט, כך מדגישה המדינה, אין רואים ביצוע ירי על ידי מי מרכבי אופנוע המתנקשים, ולכן מבקשת המדינה לדחות את טענת נאשם 1 שהועלתה לראשונה על דוכן העדים, כי הירי היה לעברו (עמ' 530 לפרוט', ש' 24-27).
48. ראיות ונסיבות נוספות לאשמתו של נאשם 1:
- המדינה אף מניחה לפתחו של נאשם 1 את העובדה שאין הוא מוכן, אף על דוכן העדים, למסור את שמו של הנהג שהרכיב אותו והביאו לתחנת הדלק. משמעות עדותו של עד זה והימנעות מהעדתו ברורה.
49. מטעם בית המשפט העיד ליאור שוקר, שהיה עד לאירועים בתחנת הדלק. עד זה, שהיה ברשימת עדי התביעה ולא זומן על-ידה להעיד, העיד על כך ששמע ירייה נוספת לאחר היריות במנוח. בין דבריו אמר שאפשר שהאופנועים נסעו ביציאתם מהתחנה אחד אחר רעהו, שאין הוא יודע לאן כוון הירי המאוחר, אך מנגד גם אמר "לא יודע אם כיוון על האופנוע השני או הזהירו אותו שלא יסע אחרי".
50. כשם שביקשה התביעה בסיכומיה לאישום הראשון, כך מבקשת היא גם לאישום השני - לזקוף לחובתו של נאשם 1 את העובדה שנמלט מזירת האירוע מבלי לחזור לזירת האירוע או להזמין משטרה או כוחות הצלה (פסקאות 559-560, עמ' 137 לסיכומים).
51. ראיה נסיבתית כבדת משקל נוספת לחובת הנאשם 1 רואה התביעה בדמיון שבין עובדות שני האישומים: בשני המקרים נקבעה פגישה עם המנוח מבעוד מועד, במקום ציבורי.
- בשני המקרים הגיע אופנוע ועליו מתנקש שירה בבן-השיח לפגישה ובשני המקרים הנאשם נמלט מבלי להושיט יד לקרבן - הדמיון, לשיטת המדינה, מצדיק קביעה כי בפנינו ראיה מסוג של "שיטת ביצוע זהה", אך אף אם לא כך, עסקינן ב"מעשים דומים". אותו דמיון פועל בשני הכיוונים ויש לכן להשליכו אף על אחריותם של הנאשמים כולם, לאירועי האישום הראשון.
52. איכונים ופלטת שיחות:
- ראיה מרכזית נוספת נגד נאשם 1 לאישום השני מוצאת התביעה באיכונים ופלטת שיחות של שני טלפונים מסוג טוקמן של חברת "פרטנר" טלפון מספר ***-***** (להלן: "טלפון ****") וטלפון ****-***** (להלן: "טלפון 974") (ראו סיכומי התביעה מפסקה 524 עד 531, עמ' 129-131 לסיכומיה).
- התביעה עותרת לכך שבית המשפט יקבע כראיה נסיבתית משמעותית את העובדה ש"נהגו של נאשם 1 עמד בקשר טלפוני עם המתנקשים, לאחר הגעתו של גפן אל התחנה".
- ראשית מבקשת התביעה שעובדה זו תקבע אף ללא שהתביעה תצביע על הטלפונים שבהם עשו הקושרים שימוש וזאת לאור הנראה בצילומי האבטחה, כי המתנקשים ידעו להגיע ישירות אל המנוח עובר לירי, זאת יכלו לדעת רק משקיבלו על כך דיווח טלפוני.
- שנית, התביעה, כאמור, אינה מסתפקת בכך אלא מצביעה על פלטת השיחות והאיכונים של הטוקמנים שצוינו לעיל, 584 ו-974. אמנם, מצייתת התביעה, כי כעולה מ-125, לא הצליחה המשטרה אף בדרך של בדיקת בעלויות של מספרי מני הסמוכים לטוקמנים אלה, לאתר את זהות האוחזים בהם, אך היא מצביעה על כך שבראיותיה שהוגשו (נספחים כ"א-כ"ב לסיכומים) מוכח, כי שני הטלפונים הללו אוכנו ונרשמו בהם שיחות במועדים קרובים לרצח כדלקמן:



א. טוקמן 584 קיים ביום 20.11.11 שיחות ראשונות בירושלים.
 ב. טוקמן 584, ביום הרצח, 19.12.11, הוציא שיחה לטוקמן 974 בשעה 17:26 כשהוא מאוכן באתר "העמל 10 בתי-ים" המכסה את מגרש הבקבוקים, שם שהה גם נאשם 1.
 ג. בשתי שיחות נוספות בשעה 17:40 אוכן באתר "וולפסון שת"פ" המכסה את תחנת הדלק אליה הגיע נאשם 1.
 ד. שיחה אחרונה קיים טלפון זה ביום 12.03.12.
 ה. טוקמן 974 קיים ביום 19.11.11 שיחות ראשונות כשהוא מאוכן בירושלים.
 ו. ביום הרצח קיבל מטוקמן 584 את שלוש השיחות כאשר הוא מאוכן באתר "אד קוק" פינת שד' ירושלים יפו" הסמוך לתחנת הדלק.
 ז. ביום 19.01.12 הוציא שיחה נוספת וביום 12.03.12 את שיחתו האחרונה.
 ח. ביום 16.12.11 אוכנו שני הטוקמנים בהפרש של דקה באתר "ספורטק דוידוב" הקרוב לתחנת הדלק, כאשר שניהם שלחו מסרון למספר טלפון זהה - 972547910.
 לעמדת התביעה, צירוף העובדות המפורטות לעיל מוכיח, כי נהגו של האופנוע עליו רכב נאשם 1 ונאשם 1 עצמו, הגיעו ממגרש הבקבוקים לתחנת הדלק, עובר להגעתם למקום של המתנקשים והמנוח. צירוף עובדות שיוצר ראייה נסיבתית רבת משקל לכך שנאשם 1 ביצע את הרצח בצוותא חדא עם האחרים. אמנם התביעה אינה סבורה כי נאשם 1 החזיק באחד משני הטוקמנים "כי הוא לא נראה משוחח באותן דקות בטלפון", אך לעמדתה "יכול היה לעשות זאת האופנוען שהרכיב אותו, שכן מצלמות האבטחה של התחנה לא קלטו אותו במקום הימצאו" (פסקה 524 עמ' 129 לסיכומי התביעה).
 53. סיכומי ההגנה:
 בא-כוחו של נאשם 2 סיכם טיעונים בעל-פה בישיבת יום 20.07.14. הסנגורים האחרים הגישו סיכומיהם בכתב (למעט מסירת הדגשים בעל-פה), שהאחרון שבהם (סיכומי נאשם 1) הוגש ביום 11.08.14.
 סיכומי טענות ההגנה, כסיכומי התביעה, מושקעים, מקיפים ותרמו תרומה מכרעת לטיבה ומהותה של הכרעת הדין.
 עם זאת, בחרתי שלא לפרט תוכנם בפרק נפרד בהכרעת הדין כפי שנהגתי בסיכומי התביעה. מצאתי לראוי לשלב את טיעוני הסנגורים בפרק ה"דין" בהכרעת הדין, תוך שהנני עושה בסיכומי ההגנה שימוש נרחב ועיקרי לקביעותי למסקנותי.
 54. דיון - כללי:
 הראיות לשני האישומים אינן ראיות ישירות, אלא ראיות נסיבתיות. על כך מסכימה התביעה (פסקה 85 עמ' 22 לסיכומיה), כך מסכימים כל הנאשמים (פסקה 57 עמ' 15 לסיכומי נאשם 1; פסקה 22 עמ' 7 לסיכומי נאשם 3, פרק ג' עד עמ' 3 לסיכומי נאשם 4).
 על הרשעה על יסוד ראיות נסיבתיות נאמר לאחרונה בע"פ 8823/12, דור שבתאי נ' מדינת ישראל (01.07.14):

"הראיה הנסיבתית נבדלת מן הראיה הישירה, בכך שהיא "אינה מוכיחה במישרין עובדה מן העובדות השנויה במחלוקת, כי אם מוכיחה קיומה של נסיבה שעל פיה ניתן להסיק דבר קיומה של העובדה אשר הוכחתה נדרשת" (ע"פ 9710/10, הילל נ' מדינת ישראל, בפסקה 59 (07.11.12); ע"פ 3947/12, סאלח נ' מדינת ישראל, בפסקה 24 (21.01.13); ע"פ 9372/03, פון ויזל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1), 745, 753 (2004) (להלן: "עניין פון ויזל")). עם זאת, נקבע לא אחת, כי אין בשוני זה כדי למנוע מבית המשפט להרשיע נאשם על בסיס של ראיות נסיבתיות בלבד, ובמובן זה אין להבחין בין כוחן הראייתי של ראיות ישירות לבין כוחן של ראיות נסיבתיות, להוכחת אשמתו של הנאשם. הרשעה על-פי ראיות נסיבתיות, תתאפשר אף אם כל אחת מן הראיות הנסיבתיות, כשלעצמה, אינה מספיקה לצורך הרשעה, ובלבד שמשקלן המצטבר של הראיות אינו מותיר ספק סביר בדבר אשמתו של הנאשם (ע"פ 60/12, עמר נ' מדינת ישראל, בפסקה 28 (07.11.12); ע"פ 5460/12, רחמים נ' מדינת ישראל, בפסקה 32 (01.05.13)). לצורך הרשעה, יש הכרח כי המסקנה המפלילה תהיה המסקנה ההגיונית היחידה העולה מחומר הראיות, וזאת לאחר בחינת מכלול הראיות באספקלריית ניסיון החיים והשכל הישר. היה ויעלה בידי הנאשם להצביע על גרסה עובדתית חלופית, המתיישבת עם הראיות הנסיבתיות שהובאו בפני בית המשפט, יהיה די בכך לשם זיכויו של הנאשם מהאשמה המיוחסת לו (ע"פ 543/79, נגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1), 113, 141 (1981)). יש להדגיש, בהקשר זה, כי אין די בהעלאת הסבר חלופי תיאורטי ודחוק, שאין לו אחיזה ממשית בחומר הראיות, ועל הנאשם להצביע על "תרחיש חלופי...מבוסס וסביר דיו" (ע"פ 4656/03, מירופולסקי נ' מדינת ישראל, בפסקה 7 (01.12.2004)).
 בעניין פון ויזל ציינה השופטת א' פרוקצ'יה כי קיים מבחן תלת-שלבי, אשר אמור להנחות את דרך הילוכו של בית המשפט, בבואו לבחון את השאלה האם ניתן להרשיע את הנאשם, על יסוד הראיות הנסיבתיות שהובאו בעניינו:
 "בשלב ראשון נבחנת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה כדי לקבוע אם ניתן להשתית עליה ממצא עובדתי; בשלב השני, נבחנת מסכת הראיות כולה לצורך קביעה האם היא מערבת, לכאורה את הנאשם בביצוע העבירה, כאשר הסקת המסקנה המפלילה היא תולדה של הערכה מושכלת של הראיות, בהתבסס על ניסיון החיים ועל השכל הישר. המסקנה המפלילה עשויה להתקבל גם מצירופן של כמה ראיות נסיבתיות אשר כל אחת בנפרד אמנם אינה מספיקה לצורך הפללה, אך משקלן המצטבר מספיק לצורך כך; בשלב שלישי, מועבר הנטל אל הנאשם להציע הסבר העשוי לשלול את ההנחה המפלילה העומדת נגדו. הסבר חלופי למערכת הראיות הנסיבתית, העשוי להותיר ספק סביר באשר להנחה המפלילה את הנאשם, די בו כדי לזכותו. בית-המשפט מניח את התזה המפלילה של התביעה מול האנטי-תזה של ההגנה ובוחן האם מכלול הראיות הנסיבתיות שולל מעבר לכל ספק סביר את גרסתו והסברו של הנאשם" (עניין פון ויזל, בעמ' 754).
 עוד נאמר לאחרונה בע"פ 2884/12, אופיר חדידה נ' מדינת ישראל (18.06.14):



- "ראיות נסיבתיות הינן נבדלות מראיות ישירות. לצורך הוכחת הממצא העובדתי שמבוקש להוכיח על-פי ראיות נסיבתיות, נדרשת חוליה מקשרת, בגדר תהליך של הסקנת מסקנות (ראו: ע"פ 9439/06, אברהם איפרגן נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (10.04.2008); ע"פ 1888/02, מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נו(5) 221, 227 (2002) (להלן: "פרשת מקדאד"); ע"פ 6167/99, בן שלוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(6), 577, 586-587 (2003)). תנאי לקביעת ממצא מרשיע על בסיס ראיות נסיבתיות הוא כי אותו תהליך של הסקת מסקנות מוביל למסקנה הגיונית וסבירה אחת בלבד, המפלילה את הנאשם.
- על בית המשפט לבחון את התרחישים האפשריים בהתאם לראיות הנסיבתיות, ולבדוק אם ניתן להצביע על תרחיש מזכה המתיישב אף הוא עם חומר הראיות. מציאת תרחיש כזה מחייבת כמובן זיכוי של הנאשם, שכן נמצא שהמסקנה המרשיעה שוב אינה המסקנה הגיונית היחידה. ואולם, על תרחיש חלופי זה להיות סביר. אין די באפשרות תיאורטית ונעדרת כל אחיזה בראיות, אלא נדרש כי התרחיש המזכה יהיה הגיוני וריאלי (פרשת מקדאד, עמ' 228; ע"פ 1250/07, אבו סולב נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (13.12.07)). עיקרון זה מתחייב מתוך יסוד "הספק הסביר" המנחה את בית המשפט בהליך הפלילי (לעניין דוקטרינת "הספק הסביר" ראו: ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 644-645 (1993); ע"פ 7220/05, נימר נ' מדינת ישראל, פסקאות 26-28 (31.05.07); ע"פ 5582/09, פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה ה' (20.10.10)). תרחיש חלופי אינו יכול לעורר "ספק סביר" במסקנות העולות מתוך מארג של ראיות נסיבתיות, אלא בהיותו בעצמו "סביר". השופט חשין ביטא את העיקרון בתמציתיות: "נאשם ייצא רשע בדינו רק אם כל חלופות - חוץ מהרשעתו - אין בהן יסוד של סבירות" (ע"פ 6251/94, בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45, 121 (1995)).
- אם מתקיימת מסקנה אפשרית אחרת מתוך בחינת הראיות הנסיבתיות, שאין בה כדי הפללת הנאשם, גם אם מסקנה זו הינה פחות סבירה מהמסקנה המפלילה, אך היא בכל זאת בגדר הסביר ולא תיאורטי בלבד - דין הנאשם לצאת זכאי (ע"פ 2132/04, קייס נ' מדינת ישראל, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (28.05.07); ע"פ 4656/03, מירופולסקי נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (01.12.04); ע"פ 11541/05, פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (21.08.06)).
55. בתיקנו חשוב להדגיש ההלכה כפי שהובאה בע"פ 8757/06, אמזה דבויב נ' מדינת ישראל, דינים עליון 2008 (53) 491, בעקבות ע"פ 524/77, מזרחי נ' מדינת ישראל פד לב(2), 682, 685-686:
- "כאשר בראיות נסיבתיות מדובר, צריכות הראיות להביא בדרך האלימינציה למסקנה האחת של אשמת הנאשם. אבל אין זאת אומרת שכל ראיה נסיבתית בפני עצמה חייבת להספיק להרשעת הנאשם. כל ראיה בפני עצמה חייבת הוכחה מעל לספק סביר, אך המסקנה הסופית יכולה להתקבל מתוך צירופן של כמה ראיות נסיבתיות כאלה, שכל אחת מהן אינה מספקת בפני עצמה להרשעת הנאשם. כדי לברר אם מסקנת האשמה היא המסקנה מחויבת המציאות, מפעיל בית המשפט את מבחני ההיגיון וניסיון החיים הכללי, ולבסוף חייב כל ספק סביר לפעול לזכות הנאשם. דברים אלה אינם חדשים. הם הוסברו בספרו הקלסי של ויליאמס על ראיות נסיבתיות וממנו הועברו אל הפסיקה שלנו, עוד מימי ע"פ 38/49 מוחמד אחמד קנדיל ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב 813. ועוד יש להעיר שהרשעה המבוססת על ראיות נסיבתיות פתוחה לביקורת בדרגת הערעור יותר מאשר הרשעה שישודה בראיות ישירות שנקבעו על-פי התרשמות הערכאה הראשונה ממהימנות העדים, כי ככל שעברו הראיות הנסיבתיות את מבחן ההיגיון וניסיון החיים, יכולה דרגת הערעור לעקוב אחרי ההנמקה של הערכאה הראשונה. אך כנגד דרכי בקורת אלה הפתוחות לפני ההגנה, קיימת יכולתו של בית-המשפט של ערעור לבחון את הראיות מחדש על-מנת לגלות, אם ההיגיון וניסיון החיים הצדיקו את מסקנות הערכאה הראשונה על-פי הנסיבות שהוכחו לפנייה".
56. לאור כללים אלה ואחרים אליהם אתייחס במקומם, אפנה לבחון תחילה את ראיות התביעה לאישום הראשון:
57. מצלמות האבטחה:
- ראיות אלה יש לבחון, לעמדת, תחת מטריית מספר עובדות יסוד שאינן במחלוקת בין הצדדים, אך יש להן משקל משמעותי על קביעת העובדות הנראות בצילומים והמסקנות הנובעות מהן.
- עובדת יסוד אחת היא: העובדה שהתמונות הנשקפות מסרטי האבטחה הן תמונות שאינן מדברות, עסקינן בצילום של סרט אילם, אין לשמוע שיחות בין המשוחחים ביניהם, אין לשמוע אמירות הנאמרות אל הטלפונים או קולות היוצאים ועולים מן המכשירים.
- עובדת יסוד נוספת אשר התביעה מפנה אליה, הינה העובדה שהנאשמים, וצוין כי הם מסכימים לכך, מודעים לעובדת היותם מצולמים.
- העובדה החשובה מכל היא שעסקינן בצילום במצלמות אבטחה ברמה שאינה גבוהה. התמונות אינן ברורות וחד-משמעיות, צריך שוב ושוב להביט בסרט ואין ביטחון מלא שהתמונה ברורה. הבחנות בין הושטת יד לפה או לאוזן לא תמיד ברורות, המראה מטושטש למדי ומחייב קביעת עובדות בזהירות מרבית.
- מנגד, עולה תמיהה על פניה, מדוע הנאשמים, בהיותם מודעים לצילום, נוהגים, כך נראה בוודאות מהצילומים, באופן טבעי ללא ניסיונות הסתרה של מעשיהם. ניתן היה לצפות כי נאשם 1 ישב אל השולחן הנצפה על-ידי מצלמה באופן שתנועותיו אינן נצפות במצלמה, אך לא כך הוא נוהג. יכול היה הנאשם 1 באם היה מבקש שלא יבחינו שהוא מדבר יבחר לשבת בשולחן הרחוק מן המצלמה, בשורה הקרובה לרחוב רוטשילד, אך לא כך הוא נוהג. יכול היה הנאשם 1 באם היה מבקש שלא יבחינו שהוא מדבר במכשיר טלפון, להתכופף קדימה בדברו ובכך להסתיר את מעשיו מעיני המצלמה, אך אין הוא נוהג כך.
- ישיבתו של נאשם 1 אל השולחן לידו הוא יושב, איננה כשגבו מופנה אל המצלמה באופן חד-משמעי, אלא בהסבה מעט ימינה כך שידו האוחזת בטלפון אינה מוסתרת. ממילא יכול היה נאשם 1 בדברו בטלפון לעמוד ולהתרחק מעט מהשולחן ואז (ראה התנהגות נאשם 2 עובר לשיחתו עם יוסי מלכה, לדבריו), מעשיו לא יקלטו במצלמה.
58. התביעה מבקשת לראות כעובדה מפלילה את העובדה שנאשם 3 נוהג את נאשמים 1 ו-2 למסעדה. מכך מבקשת המדינה ללמוד, כי הנאשמים הכינו עצמם למילוטם מן הזירה - ההגנה הוכיחה בעדויות נאשמים 1 ו-2 ובמסמכים, כי נאשמים אלו היו פסולי נהיגה (נ/72, נ/74, נ/75 ובעדויותיהם - פרוט' עמ' 497 ש' 10-15, עמ' 663 ש' 23-4).
- משכך עובדת הגעת הנאשמים 1 ו-2 למסעדה בהסעתו של נאשם 3, איבדה את ערכה המפליל לכל השלושה.
- העובדה שדווקא נאשם 3, שנשא את טוקמן 1, נהג את הנאשמים, אפשר שהיא מקרית בלבד. ממילא בהינתן שטוקמן 1 כלל לא דיבר עם טוקמן 4 במהלך אירועי אישום ראשון, לא ברור הצורך שהנהג של נאשמים 1 ו-2 יחזיק טוקמן כלל, כדי לקדם את ביצוע הרצח.



59. בפסקה 244 בעמ' 63 לסיכומיה, התביעה מצביעה על אופן החניית הרכב על-ידי נאשם 3. החניה על המדרכה כאשר קדמת הרכב פונה מערבה לעבר רחוב רוטשילד.
- אפשר שעובדה זו מלמדת אמנם, שחניה בדרך זאת היא על מנת לאפשר מנוסה מהירה, אך בהינתן גרסת הנאשמים, כי זאת דרכם בהתנהלותם, במידה ומאן דהוא יבקש לפגוע בהם, אין נסיבה זאת מלמדת על קשר לרצח דווקא (ראו עדויות וראיות הנאשמים כי הוזהרו על-ידי המשטרה מפני פגיעה בהם, בין היתר לפני האירוע).
- רכבו של המנוח חנה על רחוב רוטשילד עצמו לכיוון מערב, בדרך מסוכנת יותר, כך גם רכבים אחרים כמו שני רכבים מסחריים שחנו זה אחר זה ליד רכב הנאשמים ובאותה צורה, וממילא מחזה נפוץ במחוזותינו שנהגים חונים רכביהם באופנים שונים. עובדות אלה מעקרות את אופן החניית הרכב מפלילותו.
60. נאשם 2 בחר לשבת עם המנוח, כך נלמד מסרטי האבטחה, באחד משני השולחנות המערביים שמחוץ למסעדה. עובדה זו יכולה הייתה, כעמדת התביעה, לשמש כראיה מפלילה, לולא נראה בסרט (שעה 15:52:00) שהמנוח מנע מנאשם 2 להיכנס למסעדה והפנהו לשולחן ברחבה (ראו עדות נאשם 2 לעניין זה - עמ' 688 ש' 27-32 לפרוט'). כך סביר יותר היה, באם נאשם 2 היה מודע לניסיון ההתנקשות ולמקום ממנו יגיע המתנקש, כי יבחר בשולחן הצפון-מערבי ברחבה ולא בדרום-מערבי בו בחר, שולחן המרוחק יותר מהאחר - מהיורה. כך סביר יותר היה שיבחר להושיב את המנוח בכיסא שאינו צופה כיוון הגעת המתנקש, כעולה מחוות הדעת ועדות וולניץ, מומחה התביעה (ת/104) לפיה, נפגע המנוח בחלק הקדמי של גופו.
- לבד מכך, בראיות התביעה הקושרות את השולחן לנאשם 2 ולמנוח, ראיה כי עישנו סיגריות וכך נהגם של מעשנים, בשל הדין, לשבת בחלק הפתוח של המסעדות (ת/101, ת/104 תמונה 22).
- ההגנה מצביעה על כך ובצדק שעצם העובדה המוכחת בסרט, שנאשם 2 מבקש להיכנס למסעדה ולשבת בה עם המנוח, משמיטה את הקרקע מתחת לטענת התביעה, כי הנאשמים, כדי לאפשר את הרצח, בחרו בכוונת מכוון לשבת ברחבת המסעדה.
61. ראיה נסיבתית נוספת שהתביעה מבקשת להסתמך עליה הינה העובדה שנאשם 2, ביוצאו מהשירותים, הניח את מכשיר הטלפון שלו על השולחן שמאחר יותר, התיישב עליו נאשם 1.
- ההגנה הציגה ראיות רבות ללמד שזו הייתה התנהלותו הרגילה של נאשם 2, ומשכך, חד-משמעית כראיה לחובתו נעלמת. באותן ראיות: עדויות הנאשם 2 (עמ' 460 לפרוט'), עדות עו"ד סוחמי (עמ' 1082 ש' 17-19 לפרוט'), עדות מאור עזרא (עמ' 955 ש' 28-30 לפרוט'), עדות המאבטח נדב חוה (עמ' 947 ש' 20-25 לפרוט') ואחרות.
- יתרה מכך, הוכח שזאת דרכם של אחרים, לבד מהנאשמים - ראו עדות עו"ד סוחמי (עמ' 1083 ש' 28-30) ואחרים. ממילא, בהינתן שהתביעה לא טענה בראיותיה שנאשם 2 אחז בטוקמן, ובהיעדר מחלוקת שהטלפון שהניח היה הטלפון האישי של נאשם 2, אינה ברורה הרבותא במעשה.
62. כאמור, ראתה התביעה בעזיבת נאשם 3 את הרכב וכניסתו לשירותים לזמן קצר (כשתי דקות) כנסיבה מפלילה נוספת.
- על כך יאמר שנראה בסרט שנאשם 3, אכן נכנס לשירותים, אין ראיה כי "הסתודד" שם עם נאשם 1 או מאן דהוא אחר, והידיעה השיפוטית שאף המלך נזקק לפעמים לבית הכיסא, מטילה ספק ממשי באפשרות לייחס לדבר משמעות שלילית.
- אף הטיעון כי יציאתו של נאשם 3 לשירותים מחבלת בטענת ההגנה, כי הנאשמים 1 ו-2 נזהרו על חייהם - אין בה ממש.
63. כשיצא נאשם 1 מהשירותים הוא נראה, כאמור, מתכופף ומביט אל רחבת המסעדה מערבה. בהינתן שנאשם 1 היה ער לקיום המצלמות ובהינתן שמיד אחר כך יצא את דלת המסעדה והתיישב בחוץ - קשה להבין מדוע רואה בכך המדינה עובדה מפלילה.
64. התביעה מבקשת ללמוד מסקנות מכך שברגע הירי הנאשם 1 "...כאדם מחושב וקר רוח התרומם, נטל הטלפונים מעל השולחן בשתי ידיו ואז נמלט..." (פסקה 317 עמ' 80 לפרוט').
- קביעה זאת, כך טוענת ההגנה והנני מסכים עמה, היא תוצאה של בחינה סובייקטיבית של הסרט. אנשים שונים הגיבו במסעדה לאירוע באופן שונה. קימה ממקום המושב ובריחה מהמקום, אף תוך לקיחת דברים שעל השולחן, הינה התנהגות אפשרית וטבעית שאין לפרשה באופן חד-משמעי כהתנהגות מפלילה. אפשר לומר, בראיית האירוע במשקפיים אחרים, שבהנחה שנאשם 1 ידע שעומד להתבצע ירי שאינו מיועד אליו, התנהגותו הטבעית הייתה להמשיך ולשבת בכיסאו ורק אחר כך להגיב - לא ניתן ללמוד דבר, לא מהתנהגות כזאת ולא אחרת, שאיננה קיצונית ויוצאת דופן, בנסיבות מעין אלה, דבר.
- באשר לקביעה של התביעה כי הנאשם 1, בקומו מהשולחן, הרים טלפונים דווקא, ואמר שהדבר איננו נראה באופן ברור מסרט הצילום, וממילא ספק אם יש רבותא בכך בידענו כי ברשות נאשם 1, היו באותו מעמד הטלפון האישי שלו ושל אחיו, נאשם 3.
65. צפייה בצילומי סרטי האבטחה תעלה תהיה שיש בה להפחית החשד כנגד הנאשמים. בהינתן הטענה ל"רשת הסגורה" של הטלפונים וההסכמה שלא יעשו שימוש בטלפונים אישיים עובר לרצח, איך מוסברת התקשרות נאשם 4 לטלפון של נאשם 3 ברגעים הקריטיים. הסבר התביעה לכך הוא שנאשם 4 טעה בהתנהלותו, הסבר אפשרי אך אינו מסיר את העננה מעל הראיות בהתחשב בכך שעסקין בשיחה ארוכה משתי דקות, שנאשם 1, שהשיב לשיחה באותם רגעים, סביר היה שינתק השיחה מיידית, לו היה באותם רגעים פועל למען הרצח.



66. תהייה אחרת קשה מקודמתה, היא השאלה כיצד ניתן להסביר את העובדה שכשנאשם 1 יוצא מהשירותים, כאשר המנוח כבר מסב אל השולחן עם נאשם 2, וביודעו שעתה עליו לתזמן את הרצח, להזמין המתנקשים, להדריכם ולהכוויןם, בוחר נאשם 1 לשבת ליד שולחן שלידו אנשים אחרים. אותם אחרים ישבו במקום פרקי זמן ניכרים ואף התביעה הסבירה את השיחות המקוטעות בין טוקמנים 3 ו-4 לגישה, בין היתר ובעיקר, בנוכחות אחרים במקום. תהייה זו לא מצאתי לה תשובה הולמת והיא יוצרת קושי ניכר לגרסה המפלילה בכללותה.
67. כנאמר בפירוט עמדת המאשימה, יש לחזור ולומר שוב כי עמוד השדרה של הקונספציה התביעתית וראיותיה בתיק זה, הוא ההתרחשויות הטלפוניות בטוקמנים 3 ו-4 בעשר הדקות שבהן מתקיימות השיחות של 100 השניות ו-507 השניות שבין טוקמנים אלה.
- בשעה 15:25:34 יצאה שיחה, כך על-פי מחקרי התקשורת שהגישה התביעה, מטלפון 3 (המוחזק על-ידי אחד היורים) אל נאשם 1, שהחזיק את טלפון 4. אם אכן כך הדבר ובהינתן שבשעה 15:25:36 התקבלה השיחה המחויגת בטלפון 4, מצופה היה שנאשם 1 יענה לשיחה, יפתח הטלפון, ילחץ על כפתור ה-SEND, אך אין הדבר נראה במצלמות האבטחה, ואף התביעה אינה טוענת זאת. אך מעבר לכך, שניות ארוכות במשך אותן 100 שניות נאשם 1, כך על-פי הנראה במצלמה, נותר ליד השולחן לבדו, אך אינו מדבר בטלפון, נכנס למסעדה ללא הטלפון ויוצא ממנה. יצוין, שאף בדו"ח השוטרי יוחאי דניאל, ת/223, שבחן את סרטי ההקלטה, אין הוא מציין שראה את נאשם 1 מדבר בטלפון.
- כאמור לעיל, עמדת התביעה היא שעל-פי הנראה בסרט, נאשם 1 "...נראה מצמיד דבר מה לאוזנו..." (פסקה 366 עמ' 91 לסיכומי התביעה) רק בשעה 15:26:24, למעלה מ-70 שניות אחר השמע צלצול הטוקמן לכאורה. אף בהתעלם מכך שעל-פי הראיות שהוצגו בפנינו על-ידי מומחי התביעה צריכה הייתה השיחה לעבור למענה קולי (סעיף 10 ל-ת/76 - מומחה חברת "סלקום"), הרי העובדה שנאשם 1 אינו משיב לשיחת טוקמן 3 מלמדת, אולי אף באופן חד-משמעי, שהוא לא החזיק בטלפון. מסקנה זו לבדה ממוטטת לכאורה כבניין קלפים את טיעוני המאשימה.
- מסקנה זו, כטענת בא-כוחו של נאשם 2, מובילה בהכרח למסקנה שהאדם שענה גם לשיחת 507 השניות שהחלה כדקה אחר כך, אינו נאשם 1. המצלמות, כך נטען על-ידי ההגנה ואכן כך הדברים, אינן מראות שבפסק הזמן שבין שתי השיחות מאן דהוא מוסר לנאשם 1 טלפון, או שהוא מקבל הטלפון בדרך אחרת. אי-אפשר להגזים בעוצמת העננה שמטיל קושי זה על ראיות התביעה המבוססות, כאמור, על כך שהרצח תוכנן, תואם, תוזמן ובוצע באמצעות זוג הטוקמנים 3 ו-4.
68. בשעה 15:28:21 החלה שיחת 507 השניות. המתקשר הוא המחזיק בטלפון 4 - נאשם 1, לשיטת התביעה. אלא, שאף התביעה עצמה בסיכומיה אינה טוענת שבשניה זו נאשם 1 עושה, על-פי הנראה בסרט האבטחה, פעולה המאשרת את הצפוי שיעשה. התביעה עצמה טוענת שרק בשעה 15:28:45 נראה הנאשם 3 "מרים דבר מה מהשולחן, מצמידו לאוזנו הימנית ואז שב ומוריד אותו" (פסקה 327 עמ' 82 לסיכומי התביעה) - איך הדבר אפשרי? כיצד ניתן לומר דברים אלה בד בבד עם טיעון שנאשם 1 הוא זה שהחזיק בטלפון 4 - אין בסיכומי התביעה תשובה לקושי ניכר זה. עובר לשניות שבהן אמור נאשם 1 לחייג את שיחת 507 השניות הוא נראה בסרט, כך בפירוש, עושה דברים אחרים - מרים את ידו הימנית הפשוטה קדימה.
- אף טענת התביעה, כי בשעה 15:28:45 נאשם 1 עושה שימוש בטלפון - מסופקת. אין הדברים נראים בבירור בסרט האבטחה, אפשר בהחלט שטענת ההגנה, שנאשם 1, בשלב זה, אוכל, היא הנכונה - איכות הסרט איננה מאפשרת לקבל את גרסת התביעה כגרסה עובדתית חד-משמעית.
69. התביעה הייתה ערה לקושי, על-פיו, נאשם 1 אינו נראה במצלמות האבטחה משוחח בטלפון במרבית הזמן של שיחת 507 השניות. הסברה לכך הוא הטענה, כי שיחת 507 השניות לא הייתה שיחה רצופה, אלא שיחה שבה קו הטלפון היה פתוח ומדי פעם - כחמש פעמים, למספר שניות בדרך כלל (למעט פעם אחת - 29 שניות), שוחח הנאשם בטלפון 4 עם המתנקש בטלפון 3. טענה זו היא טענה, אינה עובדה מוכחת. מדובר בהשערה בלבד והשערה אינה יכולה לבוא במקום ראיה ולמלא את החסר בתצרף הראיות.
- השיחה השנייה שהמדינה מוצאת שקיים נאשם 1 במסגרת תאוריית הקו הפתוח, מתרחשת למשך 13 שניות, משעה 15:33:09, כארבע דקות אחרי שהחלה שיחת 507 השניות. הנאשם 1 אכן נראה בסרטי האבטחה מחזיק טלפון ומצמידו לאזנו, ולגרסתו בעדותו, ניסה אז להשיג את חברו של נאשם 2, יוסי מלכה בטלפון, לבקשתו של נאשם 2 (עמ' 519 ש' 25 לפרוט'). ניסיון שהופסק בהגעתו של המלצר לשולחן להגשת ארוחתו, כפי הנראה בסרט. אין סיבה לדחות את גרסתו של נאשם 1 בנקודה זו, גרסה המאומתת בסרטי האבטחה.
70. בשעה 15:34:53, לעמדת התביעה, מנהל הנאשם שיחה בת 2-3 שניות - כך נראה בסרט האבטחה - הנאשם 1 לא זכר מה הייתה טיבה של אותה שיחה - התביעה טוענת שברגע זה אמר לרוצחים מילים קצרות כגון "הוא כאן" או "עוד מעט" (פסקה 347 עמ' 87 לסיכומי התביעה); טענת ההגנה שעסקין בהשערה גרידא נכונה היא, בזכרנו שאין בפני בית המשפט את תוכן השיחות.
71. לעמדת התביעה, בשעה 15:35:10 שוחח הנאשם שוב, כך על-פי סרטי הצילום, בטלפון, למשך חמש שניות. אפשר שכך, אך אין לקבוע זאת בביטחון - הצילום אינו מספיק ברור כדי לקבוע שכך היה.
- גרסת ההגנה לנראה בסרט באותן שניות הוא שהנאשם 1 מכניס דבר אוכל לפיו, מסדר את כיפתו או מנגב את זיעת מצחו - לפחות מחמת הספק הסביר, יש לאמץ את עמדת ההגנה.
72. בשעה 15:36:37 החלה השיחה החמישית, שיחה בת 29 שניות, במהלכה בוצע הרצח (שעה 15:36:21). לעמדת נאשם 1 ונאשם 2, באותו שלב התקשר נאשם 1 בטלפון האישי של נאשם 2 אל יוסי מלכה. לגרסת נאשם 2 שגובתה בעדותו של יוסי מלכה, (עדות מצולמת בוידאו-קונפרנס ממעצרו ברומניה של יוסי מלכה), ביקש נאשם 2 ליצור קשר בינו לבין המנוח, לבקשתו של המנוח, לניהול עסקים ברומניה.
- על-פי מצלמות האבטחה, נראה אכן נאשם 2 לוקח את הטלפון מנאשם 1 וצועד לכיוון המנוח. לגרסת נאשם 2, כדי לשאלו מתי הוא מבקש להיפגש עם מלכה (עדות נאשם 2, עמ' 691 מש' 31 לפרוט'), ואחר כך ומיד כעבור שניות קצרות פונה ממנו והלאה לכיוון רחוב רוטשילד (דרומה - בכיוון ההפוך למקום מושב המנוח). לעמדת התביעה, מסירת הטלפון מנאשם 1 לנאשם 2 הייתה כדי להרחיק את האחרון משולחן המנוח בטרם הירי, שהתרחש מיד אחר כך, כדי להציל את חייו. בנסיבות שתוארו עד כאן באשר לשיחת 507 השניות, השיחות הקצרות בלבד שנהלו, אישור יוסי מלכה לגרסת נאשם 2 וגרסת נאשם 1 התומכת בה, אף שמתעורר חשד כנגד נאשם 2 בקומו משולחן של המנוח עובר לירי, חשד זה נשאר בגדר חשד בלבד שאין לו הוכחה ואינו מתגבש לידי ראיה.



- יש לשים אל לב, בעת שהנאשם 1 מסר לנאשם 2 את הטלפון והרחיקו מהיורים, נשאר נאשם 1 לשבת בכיסאו ולאכול, ללא שיעוף מבט אל היורה הצפוי. 73. פלטי התקשורת והאיכונים:
- בשל העובדה שהחקירה לא הצליחה לשים את ידה על הקושרים האחרים, רוכבי האופנוע, בהם היורה אל המנוח, ובהיעדר ראיות ישירות לקשר בין מעשה הרצח לנאשמים, ראיות התביעה הנסיבתיות מושתתות על תוצרי מצלמות האבטחה אשר מלמדות, כי נאשמים 1-3, שהו במסעדה עובר לרצח או בקרבתה המיידית. אין הצילומים מראים מעשים שעושים הנאשמים לביצוע העבירה ובשל כך נוצר הצורך לקשר למעשה בדרך שתלמד כי קודם לרצח או למצער במהלכו, הנאשמים קשרו קשר לביצועו עם רוכבי האופנוע.
- חוט מקשר זה מצאה החקירה, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בכתב האישום בארבעת מכשירי הטלפון - הטוקמנים 1-4. על-פי סעיפים 9-11 לכתב האישום, הרצח תואם, הונחה ובוצע באמצעות הקשר בין טלפונים 3 ו-4, שאחד מהם נישא על-ידי נאשם 1 והאחר בידי אחד מרכבי האופנוע. טלפונים 1 ו-2, כך על-פי סעיף 11 לכתב האישום, שימשו לקשר בין נאשמים 1-3 ונאשם 4 לאחר הרצח.
74. בנסיבות אלה, ועל כך אין מחלוקת כך נדמה, בין הצדדים, ראיות מצלמות האבטחה שהן אילמות וניטראליות משמיעות קול ונצבעות בצבע על-ידי תוצרי פלטי התקשורת של הטוקמנים ואיכונים, והללו מתפקדים כראיות העיקריות שהמדינה מבקשת לקשור בין הנאשמים לרצח.
- נאמר פלטי התקשורת של הטלפונים וממצאי איכונים, וזאת בשל כך שאין בידי המדינה להציג בראיותיה את תוכן של השיחות. עובדה אחרונה זו יש לה משקל רב לבחינת הראיות בשל כך שמטבע הדברים, תוכן הנאמר בשיחות הוא שיכול היה ללמד חפות או אשמה באופן ברור.
75. כפי שפורט לעיל, לא הייתה מחלוקת - נאשמים 3 ו-4 הודו בכך, שהם החזיקו את הטלפונים 1 ו-2. אך שאלת אחריותם ושותפותם של נאשמים אלה ברצח נסמכת בעיקר על קביעת אחריותו של נאשם 1, שעל-פי טענת התביעה בסיכומיה, החזיק בטוקמן 4.
76. טוקמן 4 לא נתפס ברשותו של איש, גם לא ברשותו של נאשם 1, ובשל כך נדרשה המדינה לראיות נסיבתיות כדי להוכיח את העובדה שהוא הוחזק על-ידי עובר לרצח. כך נדרשה המדינה לראיות נסיבתיות כדי להוכיח שטוקמן 3 הוחזק על-ידי אחד היורים. הראיות הנסיבתיות חייבות להראות שעובר לרצח, שני השותפים הללו לקשר החזיקו את שני הטלפונים הנטענים, אחרת אין תקומה לראיות - בשל כך כפי שהוסבר - לא הוכח הקשר בין היורים לנאשמים.
- הראיות הטלפוניות הן ראיות משני סוגים: האחד - פלטי התקשורת המלמדים מתי ולכמה זמן נוצרה שיחה ולאיזה טלפון. איכונים הטלפונים מלמדים מהיכן גיאוגרפית יצאה השיחה או נקלטה, אלא שהאיכונים מגלים את מקום המשווח באופן מוגבל על-פי אתרים המחולקים לסקטורים (ת/76 - עדות המומחה מטעם חברת "סלקום" - אברהמי).
- הסקטורים מכסים שטחים נרחבים, סקטור 2 המכסה את המסעדה כולל, על-פי חוות הדעת והמפה המצורפת לה, שורת רחובות נכבדה "מכסה בבתים את אזור הרחובות: שד' העצמאות, רוטשילד, הגיבורים, ויצמן, נגבה, משה כהן, שלמה בן-יוסף, דניאל, מגיע עד לרחוב ירושלים ולרחובות מסביבתו" וכן רחובות צפונית ודרומית להם (ראו המפה). המשמעות הראייתית לעובדה זו היא, שאף אם נמצא שטלפון 4 או טלפון 3 מאוכנים באתר ובסקטור שבו נמצאת המסעדה - אין בכך ראיה חד-משמעית שהוא אכן נמצא שם. נקודת המוצא היא אפוא שעסקין בראיה מוגבלת מאוד שיש מאוד להיזהר לעשות בה שימוש וכשיעשה, יעשה בזהירות הראויה.
77. פלטי התקשורת של טוקמן 4 מלמדים, כי טלפון זה אוכן ביום הרצח באתר "משכנות פז", אתר המסעדה, החל מהשעה 14:02. באותה עת נאשם 1 אוכן ושהה במגרש הבקבוקים המכוסה על-ידי אתר "סונול קוממיות" בבתים. משמעות עובדות אלה היא שנאשם 1 לא החזיק בטוקמן 4 בשעה 14:02. לאור עובדה זו הייתה התביעה צריכה להציג לבית המשפט ראיות להוכחת אופן, הזמן ובאיזו דרך קיבל נאשם 1 את טוקמן 4 לידי מרגע הגיעו למסעדה, או למצער, מרגע תחילתה של שיחת 100 השניות. טוענת התביעה (סיכומיה פסקה 370 עמ' 92), כי מאחר ומדובר בטלפון נייד יכול היה הטלפון לעבור מיד ליד לאור המרחק הקצר שבין מגרש הבקבוקים למסעדה - טיעון זה, כמובן, מבטא השערה - אך לא באה לו ראיה.
- הקושי מתגבר לאור העובדה שטוקמן 3, שהוחזק, לעמדת התביעה, על-ידי המתנקש, אוכן דווקא באתר שבו שהה נאשם 1 טרם הגיעו למסעדה, ונשאלת השאלה שאין לה מענה, לצורך מה החליפו הקושרים והנאשמים בין הטלפונים?
78. קושי משמעותי נוסף לתיאוריה שמציגה התביעה עולה מכך שטוקמן 3, שהוחזק על-ידי היורים, אוכן בעת קיום שיחת 507 השניות, בסקטור מספר 4 של אתר "משכנות פז".
- סקטור מספר 4, על-פי חוות הדעת ת/76 א' של מומחה התביעה מאת "סלקום", אברהמי, אינו מכסה את המסעדה (סעיף 13 ל-ת/76). קושי זה מתחזק בשל כך שאיש מעדי התביעה, אשר ראה את היורים, לא העיד כי הבחין שהם אווזים במכשיר טלפון. העד חביב ממן בחקירתו המשטרית (ת/171 שהוגשה בהסכמה), אמר לשאלת החוקר, ברחל בתך הקטנה:
- "ש. האם ראיתם מהם מדבר בטלפון סלולרי?
ת. לא...
ש. כמה זמן לאחר שהלהרשם לכוון המסעדה... היירות?
ת. שניות.
ש. האם החזיקו משהו ביד? תיק? שקית?
ת. שום דבר, רק קסדה על הראש..."



79. התביעה מבקשת להתגבר על קושי קרדינאלי זה בשניים; האחד: טוענת התביעה כי כנאמר בחוות הדעת ת/76, ציון הסקטור בחוות הדעת מתייחס לתחילת השיחה ומאחר והשיחה נמשכה 507 שניות, היה בידי המתנקשים די זמן להגיע למסעדה (פסקה 369 עמ' 92 לסיכומי התביעה); השני: טענה על-פיה רוכב אופנוע יכול לשוחח בטלפון נייד באופן שבו לא יחזיקו בידו, הכנסת מכשיר בין הקסדה לאוזן או דיבור בעזרת דיבורית (ת/86, ת/87).
- הקושי בתשובותיה של המדינה ברור. היא מציגה אפשרויות המתיישבות עם גישתה, אפשרויות תיאורטיות וספקולטיביות - עסקין בהשערה ולא בראיה. אפשר ש... יכול להיות... אינה ראייה ואינה מלמדת דבר.
- תשובת המדינה לקושי העולה מתחילת שיחת 507 השניות בסקטור שאינו מכסה את המסעדה, מתנגש חזיתית אף עם כתב האישום הקובע בסעיף 8 לו בהאי לישנה: "בשעה 15:22 נכנס נאשם 2 למסעדה... כל אותה עת היו הקושרים האחרים עם האופנוע צפונית למסעדה על המשכו של השביל המוביל אליה". שיחת 507 השניות החלה, כזכור, בשעה 15:28:21, כלומר, שלו אכן היורים היו מחזיקים בטלפון 3 תוך שהם ממתינים כל העת בשביל בואכה המסעדה, חייבים היו להיקלט בסקטור המסעדה - ולא היא.
- אמנם בראשית שיחת 100 השניות, בשעה 15:25:34 אכן טוקמן 3 בסקטור המסעדה, אך אין בכך לסייע כי אין זה המועד הקובע ובנוסף אין ראיות כי הקושרים, לאחר שהתמקמו, שבו על עקבותיהם, הלכו וחזרו ולצורך מה?
80. תמה נוסף עולה מעצם העובדה שאינה במחלוקת, שטוקמן 3 שבידי המתנקשים מתקשר לטוקמן 4 שבידי נאשם 1, כנטען - סדר הדברים והגיונם מחייב שהמדווח, טוקמן 4, הוא שייצור קשר אל הטלפון האחר וידריכו. לא נמצאת בסיכומי התביעה תשובה לתמיהה זו.
81. בצר לה, התביעה כך נראה, בשל הקשיים המתוארים לעיל בתזה, לפיה, נאשם 1 החזיק בטוקמן 4 והיורים בטוקמן 3, היא מציגה בסיכומיה אופציה אחרת, ולפיה: יש ראיות לביצוע הרצח על-ידי הנאשמים, תוך שנאשם 1 עושה שימוש בטלפון "עלום" ולכן ש"אין כל חשיבות לזהות הטלפון בו עשה שלומי שימוש" (פסקה 322 עמ' 81 לסיכומי התביעה).
- טיעון זה דינו דחייה על הסף. הטיעון סותר את הנטען בכתב האישום. יתרה מכך, אף אם דיבר נאשם 1 בטלפון עלום, אין לדעת עם מי דיבר ועל מה דיבר, ואין בטיעון זה של התביעה כל ממש. מעבר לכך, טיעון זה חותר מתחת לבסיס טיעוניה של התביעה בכללותם ואינו מותיר מהם שריד.
82. קושי נוסף, לשיטת התביעה, עולה מהעובדה שעל-פי ת/73 - פלט התקשורת של הטלפון האישי של נאשם * שמספרו ***** עולה, שתוך כדי שיחת 507 השניות המתנהלת לכאורה על-ידי נאשם 1 בטוקמן 4, הוא מקבל שיחה בטלפון האישי שלו מאדם בשם מישל יעקובי - חברו (התביעה מסכימה לכך - פסקה 332 עמ' 83 לסיכומיה). שיחה זו נמשכת 33 שניות. הייתכן? תוך כדי תיאום הרצח הנאשם 1 מנהל שיחה סתמית ואינו מפסיקה מיד. הרי לשיטת התביעה הושאר טוקמן 4 בקו פתוח - כדי לנהל ממנו הרצח, כל שניה חשובה!
83. ההגנה מעלה סוגיה נוספת שאין לה מענה. עסקין ברצח מתוכנן ומוקפד. נאשמים 3 ו-4 מצטיידים בטוקמנים, נאשם 4 עושה כן רק כדי לדווח, בדיעבד, אחרי הרצח על הנעשה בזירה - מדוע, אם כן, נאשם 2 אינו מצטייד בטוקמן במסגרת הרשת הסגורה.
- לו כך היה עושה, לא היה צורך שיקבל מנאשם 1 את טוקמן 4 תוך כדי שיחת 507 השניות. הדבר בולט בעיקר לאור העובדה שבסרטי האבטחה נראה שנאשם 1 מוסר לנאשם 2 טלפון והאחרון מדבר עמו. הנאשמים הרי מודעים, גם לדעת התביעה, כי התנהלותם מצולמת.
- העובדה שנאשם 2 משוחח עם יוסי מלכה מהטלפון שלו שקיבל מנאשם 1, מוכחת על-ידי ההגנה באמצעות פלטי התקשורת של טלפון זה, ובעדותו של יוסי מלכה. נאשם 2 שוחח עם מלכה בשעה 15:29:15 ולצורך זה הגיע לשולחנו של נאשם 1, כדי לעשות שימוש בטלפון זה (יאמר במאמר מוסגר, שאף העובדה שנאשם 2, שבע דקות לפני הרצח העומד להתבצע משוחח עם יוסי מלכה, אומרת דרשני). מאוחר יותר ביקש נאשם 2, לגרסת נאשם 2 ונאשם 1, מנאשם 1 להשיג לו שוב את יוסי מלכה. וגרסה זאת, אינה נסתרת, כאמור, על-ידי התביעה ואפשרית על-פי מחקרי התקשורת של הטלפון של נאשם 2. (אמנם אין רישום בפלט התקשורת אך הוסבר על-ידי מומחה חברת "פרטנר", כי רישום שיחה מתחיל רק ממועד המענה לה ובמערכת נרשמים רק נתוני שיחה שהתבצעו בפועל (ת/78).
- תוכן השיחות של נאשם 2 עם יוסי מלכה מאושר במקביל על-ידי איכנו של הטלפון של יוסי מלכה המאוכן בסביבות המסעדה בשעה 16:38, המועד שאליו הוזמן על-פי השיחות, לבקשתו של המנוח. צפייה בסרט האבטחה של המסעדה, על כך שעובר לשעה 15:35:37 נאשם 1 מביט בטלפון ומנסה לחייג בו ליוסי מלכה, מאשרת גרסת הנאשמים ותואמת אותה (עמ' 520 ש' 22-23 לפרוט'). במקביל, נאשם 2 קם וניגש לנאשם 1 ליטול את הטלפון שלו, ואין הוא מתרחק מהמקום ישירות אלא פונה תחילה לכיוון המנוח ורק אחר כך שם פעמיו דרומה (עובדות שאף נאשם 2 בעדותו טוען להם - עמ' 691 לפרוט').
84. בכתב האישום המקורי נטען על-ידי המדינה כי טוקמנים 1-4 "נרכשו כולם ביום 12.08.11 באותה חנות בתל-אביב" (בוסס על דו"ח של רס"מ גלעד רוזנברג - 39/נ). עובדה זו הוסרה מכתב האישום המתוקן בשנית - ובכך התרופף הקשר בין ארבעת הטוקמנים. בעקבות התיקון לא הובאו ראיות על-ידי התביעה היכן נרכשו הטוקמנים ומתי, ובכך לא הוכח כי נרכשו כחטיבה אחת (רפ"ק ניר שוורץ, ר' צוות החקירה - עמ' 391, 392 ו-447 לפרוט' ועדות אדי דורפמן - עמ' 204 לפרוט').
- המדינה מייחסת חשיבות רבה בסיכומיה ומקשרת בין הטוקמנים, בין היתר, בשל כך שמספרי שניים מהם עוקבים והם בני אותן שתי סדרות. בעקבות תיקון כתב האישום ואי-הצגת ראיות מטעם התביעה, באשר לפיזור מכירת טוקמנים, המשמעות של אותן שתי תכונות - איבדה הרבה מערכה. המחדל החקירתי של היעדר ההתחקות על מקורותיהם של הטוקמנים הפחית עוד המשמעות הראייתית שבדבר.
- ממילא יש טעם בטענת ההגנה - שלו רצו הנאשמים להסתיר את ה"קשר" המצוין בין הטוקמנים, היו מקפידים לרכוש טוקמנים מסדרות שונות ושאנים עוקבים לצורך המשימה, ומנגד, אם היה אכן קשר בין הטוקמנים, סביר להניח שמספרי כולם היו עוקבים וכולם היו מאותה סדרה.



85. ההגנה מפנה לקושי הקיים בגרסת התביעה בכך שלמרות שהטוקמנים ששימשו כרשת טלפונים סגורה, אחת מאבני היסוד לאישום, אין בנמצא כל שיחה המתנהלת בין זוג הטלפונים 1 ו-2 לזוג 3 ו-4. ראש צוות החקירה, רפ"ק ניר שוורץ, לא ידע להסביר התנהלות זו (עמ' 415 מש' 12 לפרוט'). בנוסף, קיימת שונות ניכרת בהתנהלות שני זוגות הטוקמנים, בשעות השימוש בהם, בימי השימוש בהם, באתרים בהם הם שוהים ובעיקר, וזאת הנקודה המרכזית, בדרך השימוש בהם.
- בעוד טוקמנים 3 ו-4 משוחחים רק זה עם זה ורק בימים 05.10.11 ו-09.10.11 (יום הרצח), טוקמנים 1 ו-2 משוחחים ביום 05.10.11 (בשעות שונות מאלה שמשוחחים ביניהם טוקמנים 3 ו-4 ובאתרים שונים), 06.10.11 ו-09.10.11 - ימי 07.10.11 ו-08.10.11 - היו ערב יום הכיפורים ויום הכיפורים. אף ביום 09.10.11 השימוש בזוגות הטלפונים נעשה במועדים שונים לחלוטין ובאתרים שונים - טלפונים 1 ו-2 לא הופעלו עובר לשעות הרצח עד ל-16 דקות לאחריו, ובהמשך עד שעות הערב של אותו יום.
- ביום הרצח אוכנו טלפונים 1 ו-2 במקומות שונים באזור המרכז, בין היתר במקומות שבהם, על-פי גרסת נאשמים 3 ו-4, עסקו בעבירות רכוש. עיקר הוא שטוקמנים 1 ו-2, אלה שנרכשו, לגרסת התביעה, לצורך הרצח, שוחחו עם נמענים שונים, צדדים שלישיים, ולא ניהלו ביניהם רשת סגורה. טוקמן 1 שבו החזיק נאשם 3, ניהל שיחות רבות עם שלושה נמענים נוספים לנאשם 4, וטוקמן 2 ניהל שיחות רבות עם ארבעה נמענים לבד מנאשם 3. עובדה זו מעקרת במידה רבה את טענת התביעה, שארבעת הטוקמנים יצרו רשת סגורה שקיומה לצורך הרצח בלבד.
- מבלי לקבוע מסמרות בשאלה האם טוקמנים 1 ו-2 פעלו ברשת של פורצים כטענת נאשמים 3 ו-4, שהציגו ראיות רבות שמחזקות אפשרות זאת כעדויות רון בן אנג'ל, חנן אברמוב (נ/47), ויקטור חיון ואחרים, אם לאו, שאלה שאין לה חשיבות להכרעה בתיקנו, אפשר וניתן לקבוע שטענת המדינה, שטלפונים אלו פעלו בשירות ביצוע הרצח ולצרכיו בלבד, אינה מחזיקה מים ובוודאי אינה מוכחת כראיה נסיבתית שניתן לעשות בה שימוש לתצרך הראיות הנזקק להרשעת הנאשמים.
- עם זאת יש לומר, שאף המדינה סברה שטלפונים 1 ו-2 שימשו לתכלית שאינה קשורה לרצח, כפי שעולה ממוצג ההגנה נ/39 ומחקירות שבוצעו בעקבותיו (מוצגי ההגנה נ/58, נ/59) וכי התברר שבמועדים סמוכים לרצח ובאתרים נשוא הדיון בתיקנו, נעשה שימוש בטוקמנים נוספים השייכים לסדרת הטלפונים שמספרה מתחיל בספרות 347, כך שהיחודיות שהתביעה ביקשה לייחס לאותן סדרות, אינה כה ייחודית.
- ייתכן, שאין מקריות ממשית בעובדה זו האחרונה, משום שמטבע הדברים כל סדרה מכילה 10,000 מספרים, כך שההיגיון מלמד שבתקופת זמן מסוימת ובמרחק גיאוגרפי מסוים, יירכשו טלפונים מאותן סדרות. יתרה מכך, הטוען שההיגיון המובא לעיל אינו נכון, נדרש להוכיח זאת - נטל שללא ספק המאשימה הייתה צריכה לשאת בו, אתגר שלא עמדה בו.
- התביעה, בסיכומיה (פסקאות 200-205 עמ' 50-52 לסיכומיה), מסכימה, בעקבות ראיות ההגנה, כך עולה, שטוקמנים 1 ו-2 שימשו גם כרשת פורצים, ונשאלת מאלה שאלה, האם ברצח כה מתוכנן וממודר, היעלה על הדעת ששותפים לו ישתמשו ברשת הסגורה שיוחדה לרצח למטרה אחרת ובאופן כה אינטנסיבי?
86. אף התפקיד שיועד, על-פי הקשר הפלילי הנטען לטוקמנים 1 ו-2 מעלה תהיות באשר לצורך בהם כלל בביצוע הרצח. טוקמן 2 יועד והוחזק לשימוש על-ידי נאשם 3, שתפקידו אליבא דהתביעה במילוט הנאשמים 1-3 מהזירה. מאחר והוא המתין ברכב ועם הרצח נאשמים 1 ו-2 ברחו אליו והרכב נמלט, לצורך מה היה זקוק הוא לטוקמן? בטוקמן 1 לא נעשה שימוש עובר לרצח, אף לשיטת המדינה, אלא רק 16 דקות לאחריו כאשר הנאשמים היו בדרכם לבית קסטרו בהוד השרון.
- אותו שימוש היה בשיחה של נאשם 3 לנאשם 4, אחרי הרצח, כאמור, ומה הייתה יכולה אותה שיחה להועיל לביצוע הרצח, לא ברור.
- יש לזכור, טוקמן 2 בידיו של נאשם 4 אמנם אוכן באתר המכסה את המסעדה ("משכנות פז"), אך אין ראיה שהיה במסעדה דווקא ולא בביתו, שאף הוא מצוי באותו אתר, או במקום אחר בסביבה.
- טענת המאשימה, כי נאשם 4 שימש כתצפיתן, הינה טענה בלבד שאין לה כל הוכחה בנסיבות אלה, וממילא לא הובהר על-ידה על מה היה עליו לצפות לאחר ביצוע הרצח, תצפית שתועיל במשהו למבצעי הרצח.
- אף שעת השיחה וכיוונה תמוהים. אם היה צורך בדיווח של נאשם 4 לשלושת חבריו, הגיוני שזה יעשה מיד לאחר הימלטותם וסביר שנאשם 4 יזום אותה ולא נאשם 3. כן צודקת ההגנה בטענתה, שעל-פי התפקיד שיועד לטוקמן 2, לעמוד מרכז המילוט בקשר עם נאשם 4, מדוע היה צורך להסתכן בשימוש בטוקמן נוסף, הרי נאשם 1 נמלט לרכב, לעמדת התביעה, כאשר עמו טוקמן 4 שבו ניתן היה לעשות שימוש לאותה מטרה.
87. סעיפים 1 ו-4 לכתב האישום מייחסים לנאשמים פעילויות המלמדות על התגבשות הקשר לפגוע במנוח לפני יום 05.10.11.
- ביום 05.10.11, על-פי פלטי השיחות והאיכונים, שהם נאשם 4 באתר המכסה את המסעדה ודיבר בטלפון 2 משם עם נאשם 3, או קושר אחר שאחז בטלפון 1. בשעות הערב של אותו יום שוחחו המנוח ונאשם 2 מספר פעמים (בטלפונים אחרים), ובמקביל בזמן שוחחו ביניהם גם הקושרים שאחזו בטלפונים 3 ו-4. בהגיעו לשלב הנוכחי של הכרעת הדין, על פניו ברור שעסקין בשלוש התרחשויות - שהקשר שביניהן לא ברור כלל ותורמתם לאישום עוד פחות מכך. ביוזענו שאיכון טלפון מסוים, באתר מסוים, איננה מצביעה במדויק ובאופן מספק על מקומו הגיאוגרפי, וביוזענו שנאשם 4 מתגורר באתר המכוסה על-ידי המסעדה וביוזענו שהאוחזים בטלפונים 3 ו-4 אינם נאשם 2 או נאשם 1, על-פי המנוסח בכתב האישום, לא ברור כלל מדוע עובדות אלו צוינו בכתב האישום. תמיהה זו אינה מוסברת, אף בשלב הנוכחי שלאחר הצגת הראיות.
- אמנם נכון, נאשמים 1 ו-2, אוחזי טוקמנים 3 ו-4 והמנוח, אוכנו בסמוך לשעה 19:30 בערב יום 05.10.11, כולם באתר אחד, אתר "וולפסון", אך אתר זה, על-פי חוות דעתה של התביעה, ת/76, סעיפים 21-23, ככל אתר, מכסה: שטח גיאוגרפי נרחב: "מכסה באזור חולון מכיוון רחוב הלוחמים את מחלף וולפסון כולל דרך יגאל אלון ואת מזרח שכונת גבעת התמרים יפ"ד והרחובות בסביבה".
- העובדה שטענת נאשם 1 שגובתה בעדותו ובהסכם שכירות שהציג (עמ' 498-500 לפרוט' ו-66), שיש לו נכס שהיה בשיפוץ הממוקם באותו אתר ושיש לו חברים באזור, לא נסתרה, ובכך נפגע משקל ראיה זו.



יש לשים אל לב, שבכתב האישום ובראיות התביעה וטיעוניה דלעיל - נפקד מקומם של נאשמים 3 ו-4, השותפים לקשר ולרצח, וטוקמנים 1 ו-2 מהמפגש הנטען בשעות הערב - עובדה המטילה צל נוסף על תקפות הקשר שבין העובדות שצינו באשר להתרחשות ביום 05.10.11 לבין הרצח. יש לומר, יש רגילים לטענת ההגנה, שהעובדה שאף המדינה אינה טוענת שמי מהנאשמים החזיק ביום 05.10.11 באחד מהטוקמנים 3 או 4, מחלישה את טענתה, כי מי מהם עשה כן ביום 09.10.11.

88. התביעה, בסיכומיה (פסקה 356 עמ' 88), עמדה על כך שטוקמנים 3 ו-4 נדמו בדקת הרצח ולא שבו לפעול. עובדה זו, עובדה מחשידה היא, ללא ספק, ועשויה להוות ראיה נסיבתית לכך שטוקמנים 3 ו-4 נטלו חלק ברצח המנוח. בהתעלם מהשאלה העיקרית שבה על בית המשפט להכריע, האם מי מהנאשמים היה זה שעשה שימוש באחד משני המכשירים הללו, יש להעיר מספר נקודות שמפחיתות מהמשקל הראייתי של נסיבה זו:

א. אמנם הטלפונים הללו הפסיקו לדבר בשעה 15:36:48, אך הרצח התרחש בשעה 15:36:21, כלומר, הטלפונים המשיכו לדבר גם אחרי הרצח, הלא סביר יותר שמעורבותם ברצח תצביע על כך שהפסיקו לדבר בהם מעט קודם לביצועו?

ב. אם אכן, כשיטת התביעה, השניות האחרונות בהן פעל טוקמן 4 היו לצורך חזונו של נאשם 2 מקרבתו של המנוח, הלא סביר יותר שהטלפון יפסיק לפעול בשלב זה, טרם הרצח, כאשר נאשם 2 קם ממקום מושבו ליד המנוח?

ג. צודקת ההגנה בטיעונה שהייחודיות שמוצאת התביעה, בעובדה שטוקמנים 3 ו-4 הפסיקו לשוחח בדקת הרצח קיימת, בין היתר, בשל כך שהחקירה כוונה כך. החקירה לאבדקה את האופן הפעולה של כל הטלפונים שפעלו בסמוך לזירה ובסמוך למועד הרצח, אלא מספר מצומצם בלבד, ולכן מטושטש מעט האפקט הראייתי שלהטענה.

ד. ההגנה אף מצביעה על כך שלאחר הרצח, על-פי ת/62, התקשרו טלפונים שונים אל טוקמנים 3 ו-4, אם כי לא נענו וניסיון ההגנה לדלות תשובות בקשר לניסיונות אלו בחקירת העד רוזנברג (עמ' 302-301 לפרוט') לא נשאו פרי.

ה. מאחר והקושרים אשר החזיקו בטוקמן 3, לתרחיש התביעה, נטשו את האקדח ואת אופנוע הרצח בסמוך למקום התרחשותו בסמוך זה לזה, מדוע לא עשו כן גם ביחס לטוקמן 3, שסיים את תפקידו, כפי שסביר היה שיעשו, במידה והחזיקו בו.

89. היעדרו של מניע: לאיש מהנאשמים לא היה מניע לרצוח את המנוח. התביעה לא הציגה ולו שמץ ראיה לקיומו. עסקין בחקירה בפרשת רצח ויש להניח, כי החקירה עשתה מאמצים רבים בכיוון זה והעלתה חרס. לית מאן דפליג שהיעדרו של מניע, בעיקר בעבירות חמורות, בוודאי בעבירת רצח, מטיל סימן שאלה על אשמתם של הנאשמים בתיקנו. אין אדם קם על אחיו להרגו סתם כך ללא סיבה ולו טריוויאלית.

מניע אמנם אינו רכיב מרכיביה של עבירה פלילית ולצורך גיבושה, אין חובה להוכיחו "המניע לעבירה או לכוונה אינו מעלה ואינו מוריד לענין האחריות הפלילית והוא אם אין הוראה אחרת מפורשת" (סעיף 16 לחוק העונשין), "אולם שאלת האחריות הפלילית לחוד, והשאלה הראייתית לחוד. פשיטא, כי אם קיימות ראיות כי הנאשם ביצע את מעשה העבירה, אין כל משמעות לענין הרשעתו לקיום או היעדר מניע.....אולם ככל שמדובר במניע כראייה לאשמה, או אז יכול שתהיה השלכה לקיומו, או להיעדרו, כחוליה במסכת הראיות הכוללת, שיש בה להשפיע על הערכת משקלן. לפיכך, איני רואה להבחין בין מניע מוכח, או היעדרו של מניע מוכח, לבין כל ראיה נסיבתית אחרת, שעה שנבחנות הראיות הנסיבתיות כולן כמכלול. יש וקיומו של מניע, יהווה נדבך נוסף לראיות הנסיבתיות האחרות, ויחזק את המשתמע מהן. והיפוכם של דברים. היעדר מניע יכול שיכרסם ביתר הראיות הנסיבתיות, ויפחית ממשקלן המצטבר" (ע"פ 3177/91, חייאב נ' מדינת ישראל, 26.10.1992).

90. התביעה מצביעה על כך שלבד מהנאשמים לא ידע איש על פגישתו הצפויה של המנוח עם נאשם 2. עובדה זו נזקפת, על כן, לחובת הנאשמים. נאשם 2 לא הכחיש כי זומנה ישיבה בינו לבין המנוח במסעדה. עדי תביעה, כפי שפורט, העידו על כך, שהמנוח ביום האירוע לא עשה שימוש בטלפון לא מוכר שלו (טוקמן) ולכן לא ניתן להצביע על שיחות בלתי מתועדות שביצע. ראיות אלה מטבען הינן ראיות מוגבלות בהיותן שליליות, מאחר שיש בהן להצביע רק על האין ולא על היש. רק אותם שהועדו על-ידי המדינה לא ידעו על פגישתו הצפויה של המנוח, או לא ידעו למי סיפר על כוונתו להיפגש עם נאשם 2. אחרים שאפשר שידעו לא הועדו ולא ניתן היה להעידם. ואכן, האפשרות שאלמונים ידעו על המפגש עולה מכך שהמנוח, על-פי עדות נהג, תמיר אברהם, נפגש ביום המקרה בפתח תקווה ובתל-אביב עם אנשים שזוהתם אינה ידועה (36/3). הדוד ראובן עבדו סיפר, כי ראה את המנוח בקפה עם עוד אנשים (עמ' 143 ש' 9 לפרוט'). אבי מחלב מסר באמרתו ת/181 (גיליון 1 ש' 14-17) כי ראה את המנוח יושב בבית קפה עם לפחות שלושה אנשים שלא הכיר.

ההגנה, בסיכומיה (עמ' 189 לסיכומי ב"כ נאשם 1) הצביעה על ראיות נוספות לכך שהמנוח, לפני הפגישה במסעדה, נפגש ודיבר עם אנשים רבים טלפונית, כך שהטענה שאיש לא ידע על כוונתו להיפגש עם נאשם 2 לפחות מסופקת מאוד.

באשר לאפשרות שהמנוח החזיק טלפון נוסף, הרי במוצג ת/82 אותו הגישה התביעה יש ראיה הפוכה, ולפיו, היה למנוח טלפון נוסף שהמטרה ידעה על קיומו - 050-2466708 - העד אביאל ווהל אישר האפשרות שהמנוח עשה שימוש בטוקמן (עמ' 174 ש' 22-20 לפרוט'), ועוד אחרים. בהינתן הנוהג של עבריינים לקיים שיחות עם אחרים כאשר הם אינם מחזיקים טלפונים בקרבתם המיידית, נוהג שהוכח על-ידי ההגנה, אף לעובדה שעל גופתו של המנוח או בקרבת מקום מושבו במסעדה לא נמצא טלפון, אין כל משמעות ראייתית.

אף הטלפון האישי של המנוח שהוחזק על-ידי תמיר אברהם ברכב שהמתין למנוח לא נתפס שם, אלא מידי אשת המנוח (נ/28).

91. כאמור, משקל רב ומכריע בסיכומיה מקדישה המדינה לעובדה שהנאשמים שמרו על זכות השתיקה בחקירתם, אם באופן מוחלט ואם באופן חלקי, ובשל כך כבשו את גרסתם וזו הושמעה על-ידם לראשונה בעמדם על דוכן העדים בבית המשפט.



כך גם עסקה המדינה הרבה בשקרי הנאשמים בתחומים רבים ושונים, לטעמה, כגון מתי ואם מיגנו עצמם ואת רכביהם, באם אכן חששו לחייהם, עיסוקיהם העברייניים, קשריהם עם עבריינים "ידוענים" ועיסוקם של נאשמים 3 ו-4 בעבירות רכוש כאלה ואחרות. לענין שתיקת חשודים ונאשמים בחקירה נאמר בע"פ 8813/12, דור שבתאי נ' מדינת ישראל (01.07.14): "הלכה מושרשת היא כי שתיקתו של נאשם בחקירתו במשטרה עשויה לשמש כראיה המחזקת את ראיות התביעה נגדו. בסיסה של הלכה זו נעוץ בהבנה, לפיה על דרך הכלל, בחירתו של נחקר לשותק במהלך החקירה אינה מתיישבת עם חפותו, שכן אדם שהוא חף מפשע ירצה למסור את גרסתו, על-מנת להפיג את ענן החשדות הפליליים העומד מעל לראשו. לפיכך, לצד הזכות המוקנית לכל נאשם למלא את פיו מים במהלך החקירה, נקבע בפסיקה, כי ניתן להסיק משתיקתו של הנאשם כי יש לו מה להסתיר, ובהיעדר טעמים סבירים ואמינים באשר להחלטה לשמור על זכות השתיקה, תהווה שתיקתו של נאשם משום ראיה המחזקת את יתר הראיות "הפוזיטביות" הקיימות נגדו, ובכלל זה מדובר גם בחיזוק לראיות הנסיבתיות הפועלות לחובתו (ע"פ 1787/08, אריש נ' מדינת ישראל, פסקה כ"ז (25.11.2008); ע"פ 3834/10, והבה נ' מדינת ישראל, (06.03.2013)). יפים, לענין זה, דברי השופט ע' ארבל, בע"פ 3452/11, שאלתיאל נ' מדינת ישראל, בפסקה 36 (08.07.2013): "שתיקת נאשם בחקירה, ואי-מתן גרסה כלל, כאשר בסופו של יום קיימות נגדו ראיות הקושרות אותו לעבירה בה הואשם, בנסיבות המעלות חשש להתנהגות טקטית וללא הסבר המעלה ספק סביר, עשויה להוות חיזוק ונדבך נוסף במכלול ראיות התביעה נגד הנאשם. יש לזכור כי אף שהשתיקה אינה מהווה ראיה עצמאית, יש בה כדי להשליך על מהימנות השותק, והיא אף מהווה ראיה המחזקת את ה"יש הראייתי" (קדמי, (307-308)). כך, נאשם אשר שתק בחקירתו ובחר גרסה בבית משפט, שתיקתו בחקירה עלולה להיות לו לרועץ ולחזק את ראיות התביעה נגדו (למשל, דברי כב' השופט ט' שטרסברג-כהן בע"פ 230/84, חג'בי נ' מדינת ישראל פ"ד ל"ט(1), 785, 789 (1985)). התנהגות זו אינה משקפת חפות, אלא להיפך: סירוב נאשם לשתף פעולה בהליכי חקירה שבכוחם לתרום להוכחת חפותו עשוי לשקף התנהגות מפלילה (ענין כהן, דברי כב' השופט א' חיות בפסקה 12; ע"פ 6167/99, בן-שלוש נ' מדינת ישראל (01.09.03) פסקה 12, להלן: "ענין בן-שלוש"). בע"פ 9141/10, אברהם סטואר נ' מדינת ישראל (28.04.14) נאמר: "הכלל בדבר הערך הראייתי שיש לייחס לשתיקת הנאשם במשפט מבטא את האיזון הנדרש בין אינטרס חשיפת האמת בהליך הפלילי, לבין ההגנה על זכויות הנאשם מפני הפללה עצמית. לשתיקת הנאשם ניתן משקל ראייתי כחיזוק למשקל ראיות התביעה וכסיוע במקום שהוא נדרש. עם זאת, השתיקה אינה יכולה לתפוס את מקומן של ראיות התביעה הבסיסיות הנדרשות לצורך הפללת הנאשם [...]. אין די בהסבר סתמי לשתיקה, והוא אינו יכול להיות נעוץ ברצון להימנע מהפללה עצמית (ע"פ 1497/92, מדינת ישראל נ' צוברי, פ"ד מז(4), 177, 202-203). עצת עורך דין להימנע ממסירת עדות לא נתקבלה כהסבר סביר לשתיקה (ענין בן-גל, עמ' 153-4) (ענין קייס, פס' 37 ו-40 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה (ההדגשות הוספו - א"ר)).

יפים לענין זה דבריו של חברי השופט עמית: "אלא שהמערערים מילאו פיהם מים ושמרו על זכות השתיקה בחקירותיהם, גם לאחר שנפגשו עם עורך דינם. אף שאין השתיקה מהווה ראיה עצמאית. יש בה כדי להשליך על מהימנות השותק, והיא אף מהווה ראיה המחזקת את ה"יש הראייתי" (יעקב קדמי על הראיות חלק שני 307-308 (2009)). כך, נאשם, אשר שתק בחקירתו ובחר למסור גרסה בבית משפט, שתיקתו בחקירה עלולה להיות לו לרועץ ולחזק את ראיות התביעה נגדו. וכדברי השופטת שטרסברג-כהן בע"פ 230/84, חג'בי נ' מדינת ישראל, פ"ד ל"ט(1), 785, 789 (1985): "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...". 29. כך גם בענייננו. המערערים שתקו בחקירותיהם ומסרו את גרסתם לראשונה רק בבית המשפט, ואקדים ואומר כי גרסתם הכבושה מהווה עלבון לשכל הישר" (ע"פ 11068/08, מדינת ישראל נ' סנקר, פסק 28-29 (2010) (להלן: "ענין סנקר")). עוד ראו לענין שתיקה - אמנם שם שתיקת נאשמים במשפטם - ע"פ 7637/05, יוסף נ' מדינת ישראל (2007), פסקה 13 לחוות דעתי, לרבות באשר למשמעות השתיקה במשפט העברי. מזכיר, כי המערער לא הסביר מדוע לא אישר את היכרותו עם טפליצקי, פרט פשוט לכאורה שאין בו כשלעצמו כביכול כדי לסבר בעבירות, וזאת חרף הטעות חוזרות ונשנות מצד חוקריו בנושא (למשל, ת/א8, עמ' 7-6). אעיר, כי אין בדברים אלה לחלוק כל עיקר על זכותו של המערער לשותק בחקירותיו, ואולם בנסיבות יש לכך מחיר מסוים: "אכן, עומדת לו לחשוד זכות שתיקה מוחלטת בשלב החקירה וזכות בחירת קו ההגנה במהלך הדיון במשפטו; ואין הדעת סובלת שעשיית שימוש בזכות השתיקה או בזכות בחירתו של קו ההגנה, יהיו לו - כשלעצמם - לרועץ. ברם, לעשיית שימוש בזכות השתיקה על-ידי חשוד ישנו 'מחיר' טבעי מן ההיבט הראייתי. חשוד הבוחר בשתיקה גורם לכך, שהראיות העומדות לחובתו נותרות ללא 'משקל שכנגד'; ובכך מתחזק, מטבע הדברים, כוחן הלכאורי של אותן ראיות והדבר יכביד עליו כאשר יעלה את גרסתו בעדותו במהלך הדיון. הוא הדין בכבישת גרסה מצדו של נאשם עד לאחר סיום פרשת התביעה, מטעמים הנעוצים בבחירת קו ההגנה" (ע"פ 5730/96, גרציאני נ' מדינת ישראל, פס' 5(ד) לחוות דעתי של השופט קדמי (2007)). 92. עם זאת, בפרשת ע"פ 9141/10, סטואר, הקדים בית המשפט העליון לפרוט ההלכה המפורטת לעיל סייג (ראה פסקה ק' לחוות דעתי של כב' השופט רובינשטיין) "ראשית, המערער שמר כמעט באופן עקבי על שתיקתו בחקירותיו במשטרה... ובהיעדר הסבר סביר, פרט להסתמכות על עצת עורך-דין, הדבר מהווה חיזוק לראיות נגדו...".

הנאשמים 1, 2 ו-3 בתיקנו נימקו את שתיקתם בעצתם של באי-כוחם, כך העיד נאשם 1 "אני נעצרתי בתיק רצח, פעם ראשונה אני נעצר בתיק רצח, תיק כבד ביותר. נעצרתי עם מוטי, מוטי בחיים לא דיבר בחקירות, גם לא בתור עד. עו"ד דרחי שאני סומך עליו בעיניים עצומות, ... אמרתי לו שיש לי מה להגיד ומה לתת והוא אמר לי, לא, אתה לא מדבר..." (עמ' 544, 545 לפרוט).



נאשם 2 העיד, כי "השתיקה בחקירה היא סוג של מנטליות אצלו אותה אימץ עוד בראשית דרכו על-פי עצת עורך דינו ואף כעד אין הוא משתף פעולה" (עמ' 667, עמ' 881 לפרוט').

נאשם 3 השיב לסנגורו כשנשאל "אתה ודרכי אמרתם לי...".

93. אין בתיקנו צורך להכביר מילים בסוגיה זו מהסיבה הפשוטה, ולפיה, אין לסוגיית שתיקת הנאשמים בתיקנו כל השפעה על המארג הראייתי. נאמר שוב ושוב, אף בפסיקה שצוטטה לעיל, שלניצול זכות השתיקה על-ידי נאשם, אפילו אין לו הסבר מתקבל על הדעת, לשתיקה, זו יכולה להיות חיזוק ל"יש הראייתי", אך לא לבוא במקומו.

נאמר בפרשת סטואר במובא לעיל "...אף שאין השתיקה מהווה ראיה עצמאית...". נאמר "השתיקה אינה יכולה לתפוס את מקומן של ראיות התביעה הבסיסיות הנדרשות לצורך הפללת הנאשם..." והדברים ידועים.

94. שקרי הנאשמים בבית המשפט:

כפי שבנושא "כבישת העדות", הטילה המדינה יהבה לצורך הרשעת הנאשמים בראותה ראיה משמעותית לחיזוק ראיותיה על "שקריהם בבית המשפט" (פסקה 9 עמ' 6 לסיכומים). כך עשתה בפסקה 146 (עמ' 37 לסיכומים), בדבר טיב המיגון בו עשו הנאשמים 1 ו-2, לטענתם. כך בפסקה 216 (עמ' 55 לסיכומי התביעה), באשר לקשריו של נאשם 2 עם דני שון, כך בפסקה 247 עמ' 64 לסיכומי המאשימה, לטענת הנאשמים שהגיעו למסעדה באופן תמים. כך אף בעניין עדותו של יוסי מלכה, סביב התנהלותו של נאשם 1 בשיחת 507 השניות ועוד.

ההלכה לעניין שקרי נאשם בבית משפט (ע"פ 161/72, מוסטפה סרסור נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2), 203 (1974)), היא, שכדי שניתן יהיה לעשות שימוש בשקרי נאשם לצורך ראיות, צריך שהללו יעמדו בתנאים שונים, בין היתר, כי השקר יהיה בעניין מהותי ולא בעניין פעוט ערך, ברור וחד-משמעי, יוכח מעדות עצמאית וכי יעשה בדון ומתוך כוונה להעלים את האמת מפני בית המשפט ולא מתוך פחד שיינתן נגדו פסק דין שלא כדין.

לא מצאתי שהתביעה הצליחה להצביע על שקר של מי מהנאשמים שעמד בתנאים אלה, בעיקר בתנאי שהשקר יהיה ברור וחד-משמעי.

גרסאות הנאשמים כולן היו מגובות בראיות מקום שאפשר היה, לא עלה מעדותם בפנינו, מאופן התנהלותם, ממבע פניהם, מתנועות גופם ודרכם בתשובות שהשיבו לשאלות שנשאלו, כי הם משקרים וכי ניתן לדחות כלא אמינה את גרסתם על הסף.

העיקר בתיקנו שהוא תיק נסיבתי באופן טהור וחד-משמעי, היא ההלכה באשר למשקל הראייתי שאפשר לייחס על-פי הדין לשקרי הנאשם במידה והם מוכחים.

נאמר בע"פ 836/81, חיים לביא נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3), 692:

"וכן ראה מדברי כבוד השופט לנדוי (כתארו אז), בע"פ 426/67, בעמ' 483 שצוטטו בהסכמה בע"פ 565/77, בעמ' 695:

"הנני גורס שעלינו לנהוג זהירות העמדת ההרשעה אף במקצת על כך, שהנאשם נתן הסבר אשר נמצא כוזב, פן ניכשל באחד הימים בהרשעת אדם חף מפשע. כבר נאמר אצלנו לא פעם שהסבר כוזב עשוי לחזק את האימון של בית המשפט במהימנות העדויות מטעם התביעה, אך אין הוא יכול למלא חלל הקיים במערכת התביעה מבחינת כמות ההוכחות - ה'יש' הדרוש להרשעה. אין זו אלא צורה אחרת של הכלל הידוע שכל ספק מתקבל על הדעת חייב להתפרש לזכות הנאשם".

באותו עניין שנדון בע"פ 565/77 הנ"ל התקבל ערעורו של המערער על הרשעתו בעבירה של סיוע לביצוע שוד. ההרשעה התבססה על כך שהמערער נראה עושה תנועה בראשו ומחייך לכיוון המקום מעבר לרחוב, שבו עמדו שני השודדים, לפני שנכנסו לחנות שבה ביצעו את השוד, ואלה השיבו לו בתנועת ראש ובחיוך. לאחר השוד נראה המערער נפחד ומזיע ונמלט מהמקום, בטרם הגיעה המשטרה. בעדותו הכחיש, שהיה לו קשר כלשהו עם מבצעי השוד, ושעשה איזו תנועה שהיא כלפיהם, עדותו נדחתה כבלתי מהימנה.

דעת הרוב (מפי כב' השופט י' כהן (כתארו אז) וכב' השופט ש' לוי) הייתה, כי אין די בהוכחות אלה כדי להביא למסקנה חד-משמעית, שהמערער סייע לשודדים בביצוע העבירה, אם כי המערער לא נתן הסבר לתנועה שעשה לעבר השודדים, שיכולה הייתה להתיישב עם חפותו מהאשמה שיוחסה לו, כגון, שהכיר אותם מקודם וסתם בירכס לשלום. הסתלקותו מהמקום יכולה להתיישב עם העובדה, שהיה לו עבר פלילי עשיר, ועם רצונו להרחיק מעצמו כל חשד, שיש קשר בינו לבין השוד או השודדים. כב' השופט שמגר, בדעת המיעוט, אף הוא היה מוכן לקבל, כי גם אם המערער לא ראה לספר זאת, הרי ייתכן שרק בירך את השודדים בשלום והתכחש לכך אחר כך מטעמים טובים שעמו. (שם, בעמ' 698 מול האות א'), אך הוא חלק על דעת הרוב, כי המערער נתן הסבר לעצם הימצאו ליד מקום השוד, ומטעם זה לא הצטרף להחלטתם לקבל את הערעור.

ועוד, שקר של נאשם יכול לשמש חיזוק לגרסת התביעה, כשבזו יש ראיה לכאורה, רק כאשר שקר זה "קשור אל העבירה עליה נסב המשפט, ואינו נובע מעילה אחרת שאינה רלבנטית לצורך בחינת האשמה" (מדברי כב' השופט שמגר (כתארו אז) בע"פ 543/79, 622, 641 בעמ' 141).

מסתבר, והדבר לא היה לפני בית המשפט קמא לפני הכרעת הדין, כי למערער הייתה סיבה טובה לבקש להרחיק עצמו מכל חשד לביצוע העבירה, שכן בעת ביצועה היה עונש של מאסר על-תנאי ל-18 חודשים תלוי נגדו, שקריו, בניסיונו להתכחש כליל למעשה שביצע, כך גם ניסיונו לחמוק מעיני המשטרה לאולם קולנוע חשון כשתינוקו בזרועותיו, יכולים להתיישב היטב עם חששו מפני הרשעה על המעשה שביצע, גם כשאותו מעשה אינו מלווה כוונה לשלול את ה"עוון" לצמיתות ואינו מהווה עבירה של ניסיון לשוד, שדי בה כדי לגרום להפעלת עונש המאסר על-תנאי.

ובע"פ 2799/98, אסעד סבאג נ' מדינת ישראל, תק-על 99(2), 33 נאמר:



"דחיית גרסתו של המערער הותירה אותו ללא הסבר מניח את הדעת ביחס לשתי שאלות נוספות: מה עשה בישראל ביום האירוע, ולמה שיקר למתלונן ביחס למקום מגוריו. השופט קבע, שגרסת המערער ביחס למטרת נסיעתו ביום האירוע מטול-כרם לחדרה, ומשם בחזרה דרך נתניה, אינה משקפת התנהגות סבירה, ולפיכך אינה ראויה לאמון. כשלעצמי, הייתי נזהר במסקנה כה מרחיקת לכת. בחקירתו מסר המערער את שם המפעל בחדרה בו עבד, אך המשטרה (כפי שציין השופט בהכרעת דינו) לא טרחה לבדוק את אמיתות טענתו שבבוקר האירוע ביקר במפעל ושאל שם אודות מעבדיו, נמצא שזולת התרשמות השופט מאי-סבירותה שלגרסת המערער, לא נמצאה בפניו כל ראיה לשלילתה כ"סיפור בדוי". גם בעובדה שהמערער שיקר למתלונן ביחס למקום מגוריו, ולא הסביר בחקירה ובעדות מדוע נהג כך, אין כדי להעיד על אשמתו. אכן, כאשר הראיות הנסיבתיות מצביעות, לכאורה, באורח ברור על קיום אשמה, היעדר הסבר מצד הנאשם, או שקריו, שהם רלוונטיים לנושא העבירה המיוחסת לו, עשויים לחזק את הראיות הנסיבתיות ולתמוך בהרשעתו (ראו, לדוגמה, ע"פ 5152/91, חליוה נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 321 (95(3), פסקה 15 לפסק הדין). אך כשהראיות הנסיבתיות מצביעות, לכל היותר, כל קיום חשד כבד, אין בכוחם של היעדר הסבר מצד הנאשם, או שקריו, כדי למלא את החסר בראיות התביעה (ע"פ 836/81, לביא נ' מדינת ישראל, פ"ד לו692, (3), בעמ' 699-698, והאסמכתאות המובאות שם). דין אחרון זה יפה למקרה של המערער, שהראיות הנסיבתיות מטילות עליו חשד כבד, אך אינו מצביעות בבירור על אשמתו".

95. מחדלי חקירה:

ההלכה בדבר משמעותם ומשקלם של מחדלי חקירה בשאלת הרשעתם בדין של נאשמים ידועה. בע"פ 5386/05, אלחורטי בילל נ' מדינת ישראל, תק-על 2372 (2), 18.05.06, נאמר:

"נאמר לא אחת כי בבסיס חובת החקירה, המוטלת על הרשויות, עומדת החובה לפעול לחקר האמת והחובה להביא לדין את האשם האמיתי בביצועה של העבירה. חובת הרשויות למצוא הליכי חקירה כראוי, מהווה גם חלק מזכות הנאשם למשפט תקין והוגן. בהיותו אמצעי לחשיפת האמת, ברוח זו נפסק כהאי לשונא: "מטרת החקירה המשטרית אינה מציאת ראיות להרשעתו של חשוד, אלא מציאת ראיות לחשיפת האמת, בין אם אמת זו עשויה להוביל לזיכוי של חשוד, ובין אם היא עשויה להוביל להרשעתו" (ע"פ 721/80, תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2), 466, 472, השופט - כתארו אז - ברק). לאור זאת, השאלה היא מהי הנפקות והמשמעות של מחדלי החקירה. מבקש אני להניח כי זהו האתוס של גורמי החקירה. אך - מבלי להטיל דופי - יש צורך באמצעי הדרכה ופיקוח תדירים כדי שלא יהא חלילה חשש למדרון חלקלק, מתוך חולשות אנוש, הרצון לפתור תעלומות פשע עלול לגבור על בקשת האמת.

במקרים שבהם נתגלו מחדלים בחקירת המשטרה, בית המשפט צריך לשאול עצמו האם המחדלים האמורים כה חמורים עד שיש לחשוש כי קופחה הגנתו של הנאשם, כיוון שנתקשה להתמודד כראוי עם חומר הראיות העומד נגדו או להוכיח את גרסתו שלו (ע"פ 173/88, מרדכי אסרף נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 792, 785 (השופט גולדברג); ע"פ 5781/01, טארק עמאר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 681, 688 (השופט ג'ובראן); ע"פ 5152/04, שוריק אגרונוב נ' מדינת ישראל (השופט ג'ובראן)). על פי אמת מידה זו, על בית המשפט להכריע מה המשקל שיש לתת למחדל לא רק כשהוא עומד לעצמו, אלא גם בראיית מכלול הראיות (ע"פ 2511/92, נאיל חטיב נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (השופט גולדברג)). היעדרה של ראיה, שמקורו בחקירת המשטרה, יזקק לחובת התביעה בעת שישקל מכלול ראיותיה, ומאידך גיסא, הוא יכול לסייע לנאשם כשבית המשפט ישקול האם טענותיו מקימות ספק סביר (ע"פ 4384/93, מליקר נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (השופט קדמי); ע"פ 8713/04, רצהבי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) (השופט עדיאל); ע"פ 10735/04, גולדמן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) (השופט נאור)). נפקותו של המחדל תלויה בתשתית הראייתית שהניחה התביעה ובספקות אותם מעורר הנאשם, והשלכותיו תלויות בנסיבות של כל עניין ועניין: "אכן, יש נסיבות שבהן כרוכה אי-עריכת בדיקה או רישום הודעה על ידי המשטרה, באבדן ראיה חשובה, ולעתים אף חיונית, הן לתביעה והן להגנה. כאשר 'חסרה' ראיה כאמור לתביעה - נזקף ה'מחדל החקירתי' לחובתה, שעה שנערך מאזן הראיות ונדונה השאלה האם הרימה התביעה את נטל ההוכחה המוטל עליה. ואילו מקום שהעדרה של הראיה 'חסר' להגנה, תוכל זו להצביע על ה'מחדל' כשיקול בדבר קיומה של ה'אפשרות' הנתענת על ידה, הכול בהתאם לנסיבות המיוחדות של העניין הנדון" (עניין מליקר האמור, בפסקה 66 (ההדגשה במקור); ראו גם ע"פ 4855/02, מדינת ישראל נ' בורוביץ' ואח' (המשנה לנשיא מצא, השופט לוי והשופט גרוניס) (טרם פורסם), (פסקה 53); מהאמור עולה, כי על מחדלי החקירה להימדד בדרך כלל במישור הראייתי (עניין מליקר, שם). עוד קבעה הפסיקה, כי התביעה אינה חייבת להציג בפני בית המשפט את 'הראיה המקסימאלית', אלא 'על התביעה להוכיח את המוטל עליה כ'ראיה מספקת', ואין נפקא מינה אם היה לאל ידה להשיג טובה הימנה' (עניין מליקר, ראה האסמכתאות דשם) וגם אם יכלה התביעה להשיג ראיות טובות יותר, אין הדבר מוביל לזיכוי הנאשם, אם בראיות שהוצגו יש די להרשעה מעבר לספק סביר. כך סיכם את הסוגיה בית המשפט בעניין מליקר: "כישלון של הגורם החוקר באיסוף הראיות - ואפילו נעשה הדבר במודע - אינו בא במקומה של הראיה שאפשר והייתה מושגת; וכוחו מצומצם בהקשר זה, להיעדרה של ראיה תומכת או סותרת ראיה אחרת, שבעל דין סומך עליה את טענותיו".

הכלל הוא אפוא "שהעדרה של ראיה אשר מקורה במחדלי רשויות החקירה... יזקק לחובת התביעה עת ישקל מכלול ראיותיה, מן הצד האחד, ויכולה היא לסייע בידי הנאשם עת ישקול בית המשפט באם טענותיו מקימות ספק סביר, מן העבר האחר. על כן, אין לקבוע כי מחדל בחקירה מוביל, מניה וביה, לזיכוי הנאשם. נפקותו של המחדל תלויה בתשתית הראייתית הפוזיטיבית הספציפית שהציגה התביעה, מחד, ובספקות הספציפיים אותם מעורר הנאשם, מאידך - השלכות המחדל, אפוא... תלויות "בנסיבות המיוחדות של העניין הנדון" (ע"פ 10735/04, גולדמן נ' מדינת ישראל, פסק 17 (נבו), 2006. ובכן בעניין הנדון אין צורך להרחיב בנושא "מחדלי החקירה", בשל כך שהנני סובר שראיות התביעה חלשות מדי, אף מבלי להיזקק לסוגיה זאת. אך ברור שאיבוד קלטת חקירתו של העד ממנו ובני הזוג מינאווי היו מחדל חקירתי ממשי, כך גם אי-חקירת עדי ראיה פוטנציאליים, או מחיקת ההקלטה של אריה מקס (ראה מוצגים ת/171א', נ/49 ופרוטוקול עמ' 241, 364-364) - הינם מחדלים ממשיים, עם זאת, בהינתן ההסכמה של ההגנה כי המתנקשים הגיעו אל המסעדה מצפון מערב אל השביל המוביל אל המסעדה - אין נראה שהגנתם של הנאשמים נפגעה בשל כך באופן מהותי. יכול ומשקל רב יותר יש לחוסר באיתור כל מצלמות האבטחה שבאזור המסעדה, המצלמה במוקד העירוני (ת/210), המצלמות ברחוב השלושה 3 (נ/30, ופרוט' עמ' 287, 288) ואף המצלמה ברחוב ויצמן 2 (פרוט' עמ' 136 ש' 18-20).

מחדל משמעותי על פניו, נראה המעט מדי שעשתה המשטרה לאיתורו וחקירתו (במידה ואפשר) של מי שהותיר שאריות של ה-ד.נ.א שלו על אופנוע הרצח - ג'ורדן אזולאי (עמ' 432 ש' 28-30 לפרוט'). למרות שהתבקש והתקבל צו למחקר תקשורת של הטלפונים של האיש - ראש צוות החקירה לא ידע להשיב בחקירתו היכן הם ומדוע לא נמסרו להגנה (עמ' 432 לפרוט'), לא ידע לומר מה הפעולות שנעשו לאיתורו ולבחון האם אכן אינו בין החיים, לרבות אי-התעניינות אצל היחידה המטפלת בפרשה. מחדל בוודאי קיים בכך, שראיה חשובה ביותר להגנה באשר למחקר תקשורת הקשורים בטוקמנים 1 ו-2, נ/39 לא נמסר להגנה והגיע לידיה בטעות, אם כי יש לומר, העיקר שנמסר.

בנסיבות תיקנו ותוצאותיו, אין צורך להכביר מילים בסוגיה זאת, אם כי למחדלי החקירה יש משקל מה. 96. סיכום מרקם הראיות לאישום:



בחינת הראיות הנסיבותיות הינה בחינה תלת-שלבית: בשלב הראשון נבחנת כל ראיה נסיבותית בפני עצמה כדי לקבוע אם ניתן להשתית עליה ממצא עובדתי (ע"פ 9372/03, פון וייזל נ' מדינת ישראל, פד נט(1), 745, 753 (2004)).

בחינת כל ראיות התביעה, כולן, מלמדת שלא נמצאה ולא ראיה מרכזית וחשובה אחת שניתן לבסס עליה ממצא עובדתי המלמד באופן ברור אשמת הנאשמים במיוחס להם - להזכיר, כי יש להוכיח "כל ראיה מעל לספק סביר", ולא די בצירוף ראיות מסופקות (פרשת דבוייב).

מצלמות האבטחה - הן ניטרליות, אינן מגלות כל מעשה המפליל את הנאשמים באופן מובהק. איכוני הטלפון ככלל נעשו לאתרים ולכל היותר לסקטורים שמייצגים, בעיקר בתחום עירוני, רחובות רבים ומאות אלפי בני אדם וטלפונים. איכוני הטלפון של טוקמן 3 מציג נסיבה המתיישבת יותר עם עובדה שטוקמן זה לא נטל חלק בביצוע העבירה, בשל כך שראשיתה של שיחת 507 השניות הייתה בסקטור שאינו של המסעדה. מחקרי התקשורת של טלפון 4 אינם מראים שבשניות ההתקשרות של טוקמן 3 לטוקמן 4 שהחלו את שיחת 100 השניות, נאשם 1 משיב לטלפון. כך גם מלמדים צילומי האבטחה של מצלמה מספר 6 במסעדה.

התנהגותו של נאשם 1, הנראית בסרטי האבטחה, מלמדת שאין הוא מדבר בטלפון 4, עובר לשיחת 100 השניות, כפי שצפוי היה שיעשה. התנהגותו של נאשם 1 הנראית בסרטי האבטחה אינה תואמת את ההתנהגות המצופה ממי שמתזמן את הרצח בשיחת 507 השניות. בחירתו של נאשם 2 לשבת עם המנוח בשולחן בו ישבו, וצורת הסבתם לשולחן, אינה מצביעה על התנהגות מפלילה יותר מהתנהגות טבעית, או מקרית.

אין כל ראיה, להבדיל מהשערה ששהותו של נאשם 1 בשירותים, כאשר גם אחרים שם, לוותה בשיחה ביניהם או הסתודדות, כפי שהתביעה מציעה. ישיבתו של נאשם 1 אל השולחן בו ישב ליד הכניסה למסעדה נראית טבעית, ובוודאי שאינה מצביעה באופן מובהק על ידיעתו על הרצח הצפוי. התנהגותו ליד השולחן בהזמנת האוכל, אכילתו, ישיבתו חלק ניכר מהזמן עם אחרים, שאינם מעורבים, אינה מהווה נסיבה שניתן להשתית עליה ממצא עובדתי הקשור לרצח. אין ראיות להוכחת הטענה שמתנקשים החזיקו טלפון בכלל, בוודאי לכך שהחזיקו את טלפון 3. העובדה שטלפון 4 אכן במסעדה בטרם הגיע אליה נאשם 1, כאשר אין ראיה (להבדיל מהשערה) שהוא נמסר לו לפני הרצח - אינה מהווה ראיה נסיבותית שניתן לומר עליה שהיא מקרבת את התביעה להוכחת האשמה. ראיות ההגנה כי נאשם 2 דיבר עם יוסי מלכה דקות לפני הרצח והתנהגותו של נאשם 2 לאחר שלקח הטלפון מנאשם 1 (התקרבותו בתחילה למנוח), מרחיקות האפשרות שקיבל לידיו את טלפון 4.

אין ראיות מספיקות לשכנע שטוקמנים 1 ו-2 היו חלק מרשת קשר משותפת עם טוקמנים 3 ו-4, להבדיל מרשת קשר שונה לחלוטין ששותפים לה היו עברייני רכוש שונים. אין ראיה נסיבותית מספקת כי היה צורך במילוט נאשמים 1 ו-2 מהמסעדה ולכן לא נמצא כל תפקיד לנאשם 3 ובוודאי לא לנאשם 4 שנוכחותו במסעדה לא הוכחה, להבדיל מנוכחותו באתר "אשכולי פז", האתר שבו הוא מתגורר ומרב פעילותו מתבצעת בו. 97. הוכחת אשמתו של נאשם 3 במיוחס עוד מרוחקת מעבר להוכחת אשמתם של נאשמים 1 ו-2. אף אם היה נקבע שיש די ראיות להרשעת נאשמים 1 ו-2 היה קושי להוכיח את מודעותו של נאשם 3 למזימה הנטענת שרקמו נאשמים 1 ו-2.

אין בהתנהגותו של נאשם 3 ביום 05.10.11, דבר אשר יכול להצביע שהיה מעורב באירועים. יש ראיות שנהג הרכב בשל פסלותם מלנהוג של נאשמים 1 ו-2. ביום 09.10.11, יום הרצח, ניתן היה להוכיח כי הודע להיות מוכן לעזיבה מהירה של המסעדה ולא מעבר לכך. לא היה כל קשר עובר לאירוע בין הטוקמן שהחזיק טוקמן 1, לטוקמן 3 או לטוקמן 4.

בהעדר ראיה כלשהי לקשר טלפוני או אחר, בין נאשם 3 לנאשמים 1 ו-2 או לקושרים עובר להגעת המנוח למסעדה, העובדה שיצא לשירותים אחרי הגעת המנוח ליזרת הרצח מנתקת האפשרות שידע על הרצח הצפוי, ובכל זאת זנח את משמרתו. 98. כך הדבר ואף במידה קיצונית יותר באשר למעורבותו של נאשם 4 ברצח. נדמה, כי להוותו עורב בעבירת הרצח בשל כך שביתו ומרכז חייו נמצאים באתר חברת סלקום, המכסה, יחד עם בתים ואזרחים רבים אחרים, את המסעדה.

כאמור, לא הוכח כל קשר בעל משמעות ראיתית אמיתית בין טוקמנים 1 ו-2 לטוקמנים 3 ו-4. נאשם 4 לא נראה במסעדה או סמוך לה במצלמות האבטחה ושיחות הטלפון שקיים באמצעות טוקמן 2 לנאשם 3 החלו רק לאחר הרצח, כאשר מקומו הפיזי לא הוכח. אפילו היה מוכח שנאשמים 1-3 מעורבים היו ברצח, האפשרות הסבירה יותר היא שנאשם 3, שזם אליו שיחה 16 דקות לאחר הרצח, ביקש ממנו פרטים על הקוקה בזירה הקרובה לביתו, לשם דיווח, מבלי שידע זהות המעורבים באירוע. מדוע לשתף בקשר אדם שתפקידו כה זעיר וחסר תועלת לתוצאתו? ההלכה הנוהגת לאחריותם של מבצעים בצוותא ידועה:

"מבצע בצוותא הוא מי שנטל חלק ישיר ומהותי בביצוע העיקרי של העבירה ומשתייך "למעגל הפנימי" של ביצועה...תוך שהוא מודע לעצם פעילותו בצוותא עם האחרים ומקיים את היסוד הנפשי הנדרש בעבירה, והכל תחת ההנחה בדבר קיומן של תכנית משותפת ופעולות מקדמיות משותפות כתכנון וחלוקת תפקידים...לצורך הרשעת אדם כמבצע בצוותא של עבירה, במישור העובדתי לא נדרש כי הלה יבצע בעצמו את כל היסודות העובדתיים של העבירה, שכן המבצעים משולים יחדיו למי ש"משמשים גוף אחד לביצוע המשימה העבריינית", כאשר לכל אחד מהם תפקיד מהותי בביצוע...במישור הנפשי נדרש, כאמור, כי בכל אחד מהמבצעים בצוותא יתקיים היסוד הנפשי של העבירה ומודעות לכך שפועלים הם בצוותא..." ע"פ 2544/12, איאד פטאפטה נ' מדינת ישראל (04.08.14).

לא הוכח על-ידי התביעה תפקיד מועיל לנאשם 4 לביצוע הרצח במישור היסוד העובדתי, ולא הוכח לגביו בשום דרך ליסוד הנפשי, כי היה מודע כלל לתכנית רצח שהוא פועל לביצועה, בוודאי לא היסוד הנפשי הדרוש להשתכללות העבירה בה הואשם.

כך גם בעניינו של נאשם 3. לא שוכנעתי שאף אם היה מקום לקבוע, ליסוד העובדתי, שהיה צורך למלט את נאשמים 1 ו-2 מהמסעדה, לא הוכח שהיה מודע לתכנית, שהיה לו היסוד הנפשי לעבירה ולכן שהוא פועל בצוותא עם האחרים. אפשר להניח לטובת נאשם 3 שאף אם הוכן לצורך, כתמיד: להיות מוכן לבריחה מהירה, שלא נאמר לו דבר על הרצח המתוכנן.

משכך, בחינת הראיות בשלב השני על-פי הלכת ע"פ 6167/99, בן שלוש, תוביל כמובן למסקנה מחייבת המציאות, שלא קיימת מסכת ראיות לכאורית המערבת את הנאשמים, כולם, בביצוע העבירה.



בע"פ 4354/08, מדינת ישראל נ' רבינוביץ' (22.04.10), בהתייחסו לחלל העלילתי (ראו גם ע"פ 1577/10, שאמי נ' מדינת ישראל (12.09.12)), דימה בית המשפט העליון את תמונת ההרכבה של הראיות הנסיבתיות ל"תמונה המורכבת מאבני תמונת ההרכבה הקיימות, אף שאין מלאות ויכול לומר אני רואה בית, אני רואה עץ, אני רואה שמיים. די בכך שבית המשפט הקובע את העובדות, אף שלא כל רכיביה של תמונת ההרכבה מצויים לנגד עיניו, יהיה מסוגל להרכיב את חלקיה המהותיים של התמונה, אף שלא את התמונה המלאה לפרטי פרטיה".

בפרפראזה על הנאמר שם, ניתן בתיקנו לומר לכל היותר:

בתיקנו הנני רואה קיר מט ליפול - אין אני יכול לומר אם אני רואה גדר, או כותל של בית או של בית כנסת, מסגד או כנסייה. אני רואה עלה ואיני יכול לומר אם מאחוריו עומד עץ, שיח או ירק. אני רואה פיסה כחולה ואין ביכולתי לקבוע אם עסקין בשמיים, בשלולית, אגם כנרת או האוקיינוס השקט. לחוסר בדיות הראיות יש להוסיף את היעדר המניע של מי מהנאשמים לפגוע במנוח, ואף מחדלי החקירה הבלתי-מוסברים, כפי שנסקרו לעיל.

99. עולה ומשתזר אפוא שהתביעה לא הצליחה להציג די ראיות שיהיה בהם לשכנע את בית המשפט, מעבר לכל ספק סביר, כנדרש, שהנאשמים או מי מהם עברו את העבירות המיוחסות להם ולכן אציע לחברותי למותב לזכותם מהעבירות שבאישום הראשון מכל אשמה.

100. אישום שני - דיון:

כמפורט לעיל בהכרעת דין זאת, בחלק הפוזיטיבי של ראיותיה, מפנה התביעה לשני עמודי תווך: האחד - צילומי מצלמות האבטחה של תחנת הדלק ושל אולם השמחות "גאלרי פאלאס" הסמוך לה; היסוד האחר - פלטי תקשורת ואיכונים של שני טלפונים מסוג טוקמן. טוקמן שמספרו מסתיים בספרות 584 שהוחזק, לשיטת המדינה, על-ידי אחד מרוכבי האופנוע של המתנקשים וטוקמן שמספרו מסתיים בספרות 974, שמחזיקו היה נהג האופנוע עליו הגיע ונמלט מהזירה נאשם 1 (להלן: "הראיות הסלולריות").

בטרם תיבחנה הראיות ודיון להרשעת נאשם 1 באישום זה, יש ליתן את הדעת לטענתו ה"מקדמית" של סנגורו של נאשם 1 במסגרת סיכומיו, לפיה, על בית המשפט להתעלם ולא ליתן כל משקל לראיות הסלולריות.

טענה ממין זה הינה טענה יוצאת דופן, ייחודית, על-פי ניסיוני, בעיקר בשל כך שבמסגרת סיכומיו הסנגור מציג גם עובדות שבית המשפט לא הודע להן ולא הוגשו בפניו בדרך המקובלת במסגרת ההליך הפלילי, עד שלב הסיכומים. הסנגור מפנה לכתב האישום, להליכי המעצר בדיון בערכאה הנוכחית ובבית המשפט העליון, לטענותיו המקדמיות בתחילת ההליך בפניו ותשובת המדינה להן, ולתשובתה לאחר טיעונו של הסנגור לטענת אין להשיב לאשמה על-פי סעיף 158 לחסד"פ.

101. לעמדת הסנגור, חובה הייתה על התביעה, במסגרת תיאור העובדות בכתב האישום, על-פי הוראות סעיף 85 לחסד"פ - לפרט את הראיות הסלולריות. על-פי רע"פ 5878/04, נואורה נ' מדינת ישראל (25.11.07): "ככלל, על כתב האישום לכלול בפרק העובדות את היסודות העובדתיים המקימים את העבירה והרלבנטיים להרשעה, ובכלל זה עובדות המעוגנות בראיות נסיבתיות שמכוחן יתבקש בית המשפט לקבוע את קיומן של העובדות המהוות את העבירה". כן מפנה הסנגור לתשובת התובע, לטענתו, לפגם בכתב האישום, באשר לאישום הראשון בו אמר התובע "אנחנו מנסים לתת פירוט ככל שניתן כדי שהנאשמים ידעו מול מה הם צריכים להתמודד..." (עמ' 40 לפרוט'). לטענת התובע שם לעניין הדמיון בין שני האישומים - שלא כלל טיעון בעניין הראיות הסלולריות לאישום השני (עמ' 39 ש' 15-18 לפרוט') והצהרתו בעמ' 40 ש' 21-22 של התובע לפרוט' על מהות ראיותיו שלא כללה עניין זה.

הסנגור מפנה גם להליכי המעצר בשתי הערכאות, שאף בהן לא הציגה התביעה את ראיותיה הסלולריות - וכן לטענת "אין להשיב לאשמה" אף שם לא הזכיר התובע ראיות אלה. בחקירתו הנגדית את הנאשם הציג התובע לנאשם 1 שאלה אחת או שתיים בלבד לעניין זה (עמ' 646 לפרוט') והנאשם 1 השיב "קודם כל, זו פעם ראשונה שאני שומע את הטיעון הזה...". מנגד יש לציין, כי התובע לא צירף את ראיותיו אלה לסיכומים, אלא הגישם במסגרת הראיות המוסכמות לבית המשפט, כך שלכאורה ההגנה הייתה מודעת לקיומן. אלא שטענת ההגנה היא, שהללו הוגשו בין ראיות התביעה בין שלל ראיותיה, שרבות מהן לא היו רלוונטיות לשאלות השנויות במחלוקת ובכך "החביאה" ראיה זאת מעיני ההגנה.

בכך נגרם להגנתו של נאשם 1, לגישת הסנגור, נזק אנוש, יצר מיצג מטעה שגרם להגנה "להירדם בשמירה" ונמנעה מהנאשם ההזדמנות הסבירה להתגונן מפני הראיה. הסנגור לא חקר העדים הקשורים לראיות אלה, כפי שלא חקר בעניין טענות (להבדיל מראיות) שהתובע העלה לראשונה בסיכומיו.

102. מצויים אנו בשלב הכרעת הדין, אין לתובע, כמובן, בשלב זה של הדיון אפשרות להשיב לטיעוני הסנגור, לחלק הטיעון שלו שאינו בפניו - הקשורים להליכי המעצר (שטיעונו בעניין זה הועלו לראשונה על הכתב בסיכומיו). אפשר שהדרך ההולמת ביותר בנסיבות היא לאפשר לתובע להגיב לטענות, אם במסגרת ישיבה מיוחדת שתקיים לעניין זה בטרם השמעת ומתן הכרעת הדין, אם בדרך אחרת, אך בחרנו שלא לעשות כן. מעצרו של הנאשם נמשך זמן רב, עיכוב המשפט עתה אינו ראוי, והעיקר הוא בכך שמצאתי שאין לראיות הסלולריות כל משקל ולכן, הדיון בטענה המקדמית מאבד ממשמעותו.

עם זאת אומר, שאם אכן העובדות הנטענות על-ידי הסנגור באשר להליכי וטיעוני המעצר (שאינם בפניו) נכונים, ונראה לכאורה שכך הדבר ובהסתייגות שלא נתנה לתביעה, כאמור, אפשרות להגיב לדברים, על פניו הם מצדיקים קביעה שיש בהם פגיעה ביכולתו של הנאשם 1 להתגונן מפניהם. כתב האישום אינו מצביע על ראיות סלולריות, כך גם לא טיעוני השונים של התובע בפניו בכל אותם הליכים אליהם באה התייחסות לעיל.

103. לגופן של הראיות הסלולריות - אין בהן ממש, מטעמים שציין בא-כוחו של נאשם 1:



- א. אין בראיות שהוצגו בפני בית המשפט, לא בעדויות עדים שנכחו בתחנת הדלק והעידו ולא במצלמות האבטחה, כל סימן לכך שמי מרוכבי האופנועים החזיק בטלפון או דיבר בו עובר לאירוע.
- ב. פלטי התקשורת שהוצגו ביחס לטוקמנים היו לתקופה שבין 01.10.11 ועד 18.03.12 - כך שהמידע שהציגה לגביהם המדינה בראיותיה חלקי ביותר. לא נית לדעת עם מי שוחחו המכשירים הללו לפני 01.10.11 ולא עם מי שוחחו אחרי 18.03.12.
- ג. שני הטלפונים היו בקשרים טלפוניים עם מנייים רבים שחלקם מזוהים ואיש מהם לא נחקר על מנת לאתר את זהותם של בעלי הטלפונים 584 ו-974.
- ד. יש סבירות נמוכה מאוד, שלביצוע הרצח נעשה שימוש בטלפונים שניתן לאתר על נקלה את המשתמשים בהם.
- ה. ביום ומעט לפני שעת הרצח בשעה 17:40, אותר טוקמן 584 באתר "וולפסון שת"פ", המכסה את תחנת הדלק, כאשר טוקמן 974 מאוכן באתר "אד קוץ" פינת שד' ירושלים יפו", אשר סמוך לתחנת הדלק - אין ראיה שבשעת הרצח שניהם היו באותו אתר. הקביעה של התביעה שכך היה הינה תפלול ברור שאין לו ראיה.
- ו. למדנו כבר בדיון באישום הראשון שאתר מכסה שטח גיאוגרפי נרחב למדי. משכך, קביעה ששני הטלפונים היו חמש דקות לאחר איכונם בתחנת הדלק - הינה קביעה ספקולטיבית.
- ז. אם אכן נהגו של הנאשם 1 החזיק בטוקמן הנטען, העובדה שהחקירה לא ניסתה לעלות על עקבותיו באמצעות פלטי השיחות - מתמיהה ואומרת דרשני, והוא הדבר לאי-הניסיון להגיע לזהותו של המתנקש וחברו.
104. מצלמות האבטחה:
- הראיה העיקרית שמציגה התביעה לכך שהנאשם 1, בצוותא עם האחרים, היה מעורב ברציחתו של המנוח היא, כאמור, תמונות מצלמות האבטחה של תחנת הדלק ושל אולם "גאלרי פאלאס".
- מספר נקודות מפלילות רואה המדינה באותם סרטים:
- א. בחירתו של השולחן לידו ישבו השניים שנעשתה על-ידי הנאשם 1, השולחן הקרוב לפתח היציאה מהתחנה והקרוב לאופנוע המילוט, שולחן מואר שהשרה אווירת ביטחון בלב המנוח.
- ב. העובדה שאופנוע המתנקשים נראה בסרט הצילום מגיע ישירות לשולחן הנאשם 1 והמנוח.
- ג. העובדה העולה מסרטי האבטחה שנאשם 1 "נראה...בבירור מרים את קסדתו מעל השולחן ומתחיל במנוסה, עוד טרם החל המתנקש לירות בגפן" (פסקה 532 עמ' 131 לסיכומי התביעה).
- ד. העובדה שהאופנוע עליו הורכב הנאשם 1, יצא ראשון מהתחנה (על-פי הנראה בסרטי האבטחה), "האט את נסיעתו תוך שהניח לאופנוע המתנקשים לעקוף אותו, ואז נסע במהירות בעקבותיו" (פסקה 539 עמ' 132 לסיכומי התביעה).
- ה. העובדה שלאחר שאופנוע המתנקשים עקף אותם, נראה שלומי מסמן בידו לנהג שהרכיבו לנסוע ישר בעקבות המתנקשים (פסקה 539 עמ' 132 לסיכומי התביעה).
105. בנוסף, מבקשת המדינה לחזק פרשנותה לנראה במצלמות האבטחה ואת הראיות נגד נאשם 1 במספר עובדות ונסיבות נוספות:
- א. עדותו הכבושה והשקרת של נאשם 1.
- ב. העובדה שנאשם 1 לא זימן את נהג האופנוע עליו הורכב לעדות שעל-פי הלכות ע"פ 437/82, סולומון אבו נ' מדינת ישראל, פד לז(2), 85. וע"פ 728/84, שמעון חרמון נ' מדינת ישראל, פד מ"א(3), 617 הקובעות כי "הימנעות מהזמנה לעדות של עד הגנה, אשר לפי תכתיב השכל הישר עשוי היה לתרום לגילוי האמת, יוצרת הנחה, שדבריו היו פועלים לחיזוק הגרסה המפלילה, בה דוגלת התביעה".
- ג. מעשים דומים ואף עדות שיטה - הדמיון בין אירועי שני האישומים כה גבוה עד כדי כך שהוא מצביע, ולו כתוספת ראייתית, על אחריות נאשם 1 למעשה.
- ד. העובדה שהפגישה בין המנוח לנאשם 1 זומנה בתחנת דלק ולא במקום אחר כמו מגרש הבקבוקים - מקום עבודתו של נאשם 1, או בביתו או בבית נאשם 2.
- ה. המדינה אף מבקשת שבית המשפט יקבע כי נהג האופנוע שנהג את אופנועו של הנאשם 1 היה אחד מחבריו העברייניים ששהה במגרש הבקבוקים (פסקה 512 עמ' 127 לסיכומי התביעה).
- ו. העובדה שנאשם 1 הגיע למפגש באופנוע ולא ברכב ממוגן וללא שכפ"ץ, בהינתן טענתו כי היה מאוים ופחד לחייו ולאור העובדה שהפגישה הייתה במקום ציבורי ופתוח.
- ז. העובדה שנאשם 1 נמלט מזירת העבירה, מבלי להמתין למשטרה, מבלי להזעיקה, או את כוחות הצלה.
106. לית מאן דפליג שהנסיבה העיקרית לחשד שמופנה כלפי נאשם 1 בתיק זה, היא העובדה שבסרט הצילום הוא נראה מתרומם מכיסאו באוחז בקסדתו בטרם החלו היריות לעבר המנוח. נסיבה זאת אכן מניחה חשד בפני נאשם 1, אלא שההסבר שנתן נאשם 1 לעובדה זו הינו סביר בהחלט. התרוממות נאשם 1 מכסאו החלה אמנם לפני הירי ברזולוציה של חלקי שניות, אך אחרי שהאופנוע נעצר, ירד ממנו הרוכב וכדברי נאשם 1 בעדותו "האופנוע, זה היה טימקס שחור, היו עליו שני רוכבים, שניהם עם קסדות מלאות שחורות, שניהם לובשים ארוך, גם הרוכב וגם המורכב, שניהם היו עם כפפות...בהתחלה הוא נכנס לתחנה וכשהוא נכנס לתחנה, הוא נתן מכת גז, אתה שומע את זה ממש מהאוזן בטימקס. הייתה משאבה מולנו פנויה והוא לא הלך לתדלק במשאבה הפנויה אלא נסע ישירות לכיוון שלנו...אתה רואה אופנוע, חושב שהוא בא לתדלק. אתה רואה שהוא לא מגיע למשאבה, נוסע דרך אליין יחסית במהירות. היה שם מישהו שהוא כמעט דרס אותו, ... לאור כל האזהרות שקיבלתי ולכל המצב שאני נמצא בו, במיוחד שהייתי אחרי מקרה כזה, גם אני וגם איציק נדרכנו, היינו דרוכים... בשלב הזה נדלקו לי כל האורות" (עמ' 528 ש' 16-13 לפרוט').
- עמדת התביעה כזכור היא, שנאשם 1, כפי שאישר, היה מודע לקיומן של המצלמות, ואם ידע שהרצח עומד להתבצע, נוח היה לו מבחינה ראייתית להמשיך לשבת על כסאו.
- הסברו סביר בהחלט ומגובה בנראה במצלמות האבטחה כפי שנאשם 1 מתאר, ספק סביר ממש, לפחות, מספק הסברו. מצביעה ההגנה בצדק על כך שעת שנמלט נאשם 1 ממקומו, השאיר את הטלפון האישי שלו על השולחן, אם היה מוכן לבריחה ניתן היה לצפות שיקח עמו את הטלפון - אך לא כך נהג, אפשר בהחלט שהדבר נבע מבהלתו ומהפתעתו מהאירוע.



בהמשך תיאר הנאשם 1 "כשהמתקש ירד, ראיתי אותו מין שם את היד בכיס, הוא הוריד הרגל מהאופנוע, לא ראיתי את האקדח, אבל בראש אתה עושה לך את הסרט... בזמן הזה תפסתי את הקסדה ורצתי משם..." (עמ' 529 סיפא-ראשית עמ' 530 לפרוט').

הסברו זה של נאשם 1 סביר ואף אמין ומקבל את אישורו בצילומי האבטחה.

הסברו זה של נאשם 1 סביר ואמין גם לאור העובדה שאף המנוח נראה בסרט קם ממקומו טרם החל הירי.

גרסתו של נאשם 1 כי משהגיע לאופנוע שעליו רכב צעק לנהג "סע, סע" דברים אלה מאושרים בעדותו של עד התביעה ג'סאן אל נציאירה (עמ' 114 ש' 25 לפרוט'), שעמד סמוך למשאבת הדלק הקרובה ליציאה מהתחנה, שם המתין האופנוע עליו רכב נאשם 1.

107. התביעה, כאמור, מבקשת ללמוד הפללתו של נאשם 1 גם מהאופן שבו אופנועו נמלט מהתחנה, כאשר אופנוע המתנקשים משיג את אופנועו וכן בשל תנועת ידו.

עיון בסרטי הצילום מלמד שאין ללמוד מאלה דבר. כלל לא ברור, כטענת התביעה, שהאופנוע של הנאשם 1 מאפשר לאופנוע האחר לעקוף אותו, כלל לא ניתן ללמוד דבר מתנועת ידו של הנאשם 1 כפי שהיא נראית בסרט האבטחה. בהינתן שאין מחלוקת שבשלב זה ששני האופנועים היו בנסיעה, נשמעו בבירור

בהקלטה שנקלטה במצלמות אולם האירועים, שתי יריות נוספות, יריות שהנאשם 1 טען שנורו לעברו. כל ניסיון ליתן הסבר מפליל או אחר לאופן שבו נהג רוכב האופנוע עליו רכב נאשם 1 הינו ניסיון חסר ערך. אף ללא ירי, ניתן היה לפרש את סטייתו של אופנועו של הנאשם באופן הנהיגה של רוכבו, ואין זה ברור כלל, מהנראה בסרט, ואין ראיה ממשית אחרת, כי איפשר לאופנוע האחר לעבור אותו.

אמנם אין ראיות אובייקטיביות המחזקות את גרסתו של נאשם 1, כי שתי היריות האחרונות נורו לעברו, אך אף ללא צורך בקביעה כזו, הירי עצמו די היה בו כדי להסביר את אופן נהיגתו של נהג האופנוע עליו רכב.

עדוּתו של העד מטעם בית המשפט, עד התביעה שהמדינה ויתרה עליו, ליאור שוקר, אינה מספיקה כדי לקבוע ממצאים המאשרים את גרסת ההגנה בעניין זה, וניסיונה לסמוך על דבריו (עמ' 331 ש' 24-17 לפרוט') לבד מאמירתו שהיורה הסתובב בעת שירה, הינם בגדר התרשמות העד וחסרי ערך ראייני.

108. נאשם 1 לא זימן לעדות את נהג האופנוע עליו רכב. נאשם 1 אף סירב לגלות את זהותו של אותו רוכב. בצדק טענה התביעה כי עובדה זו פועלת לחובתו על-פי הפסיקה הנוהגת.

עם זאת, הנאשם 1 מסר הסבר להימנעותו זו ולא ניתן לדחות הסבר זה בקש. הנאשם 1 (עמ' 527, 580 לפרוט') מסביר כי בעולם העברייני בו הוא חי יש כללים, ואם יערב את חברו שהסיעו בתיק רצח, הדבר עלול להביא, מבחינתו ומבחינת משפחתו, לתוצאות חמורות. הסבר זה סביר, אמין, הגיוני ומתקבל על הדעת ומשכך, אין ליתן לו משקל ראייני בתיקו.

נאמר בע"פ 11331/03, קיס נ' מדינת ישראל, פד נט(3), 453:

"...אמנם היו מקרים שבהם הימנעותו של בעל דין מהבאת עד או ממתן עדות תרמה לערעור גרסתו של אותו בעל דין, אך כל מקרה נמדד לפי נסיבותיו, הוא, ובוודאי שאין די בהימנעות כזו בלבד כדי לערער גרסתו של בעל דין".

109. בשני האישומים שנאשם 1 מואשם בהם, אינני רואה ליתן משקל ולו אפסי לטענת התביעה, שעומדת לחובתו העובדה שלא הזעיק למקום הרצח, משטרה או שירותי הצלה.

הסברו של נאשם 1 ושל הנאשמים 2 ו-3 באישום הראשון, שלא הם האנשים שיזמינו משטרה כאשר במקום אנשים רבים נוספים, מובן וסביר, כך גם בעניין אי-הזמנת שירותי הצלה. אין מדובר בעבירות של הפקרה לפי חוקי התעבורה - אין חובה בדין, ואכן קשה לצפות מעבריינים הנמלטים מזירת אירוע, כי יעשו כן או שאי-העשייה תיזקף ברצינות לחובתם.

110. התביעה ראתה כנסיבה מפלילה את העובדה שהנאשם 1 בחר בשולחן שבחר למקום מושבו עת המתין למנוח.

בחירה זאת יכול שהייתה מקרית. מדובר בבחירה של שולחן אחד משניים, השולחן השני בו לא בחר נאשם 1, אמנם היה מרוחק יותר מהאופנוע שהמתין לו, אך מנגד היה מבודד יותר מיתר אזורי התחנה ובחירתו היה בה כדי להקל על הירורים שנכנסו מכיוון הכניסה לתחנה. אין לייחס לעובדה זאת כל משקל ראייני.

111. התביעה מפנה לכך שהרוצחים הגיעו ישירות אל המנוח ומכך היא למדה כי מאן דהוא הדריכם לשם. אף אם כך, אין די בכך והתביעה צריכה הייתה להוכיח שהנאשם, או מי מטעמו, עשה כן, ולכך אין שמץ ראיה. ומשכך אין בעובדה זו נסיבה המצטרפת לראיות או הנסיבות הפועלות כנגד הנאשם - יש לשים אל לב, מדובר בתחנת דלק הפתוחה צפונה, מזרחה ודרומה - ומי שנכנס אליה כולה פרושה לפניו. אין רבותא בכך שמי שנכנס לתחנה מגיע אל אדם היושב בתחנה כשהוא רואה במבט אחד את כל הנמצאים בה.

112. אף טענת התביעה שהנאשם 1 בחר להיפגש עם המנוח בתחנת דלק ולא במקום אחר, ולהגיע למפגש באופנוע ולא ברכב ממוגן הינן טענות שניתנו להן תשובות סבירות על-ידי הנאשם 1, ואף אם לא היה עושה כן, לא היה בהן שום נסיבות מפלילות.

ההגנה הראתה שהמנוח היה בתל-אביב טרם הפגישה והנאשם במגרש הבקבוקים. נוהגם של בני אדם להיפגש באמצע הדרך אינה עובדה הטעונה הסבר. הסברו של הנאשם 1, שזאת הייתה הסיבה עם חששו של המנוח מפשיטות משטריות דחופות במגרש הבקבוקים לאור הרקע העברייני של המפגש, אף הוא מתקבל על הדעת ועל השכל הישר.

באשר להגעה עם אופנוע לא ממוגן וללא שכפ"ץ, הנאשם 1 הסביר לשני האישומים, כי אף כי הוזהרו על-ידי המשטרה בעבר, כי מבקשים לפגוע בהם, אף אם נאשם 2 הוכיח כי נהג להיות מאובטח, הרי כטבעם של בני אדם אין הם מקפידים בדבר תמיד.



- אף ההסבר שאופנוע הינו כלי רכב הנע בזריזות בדרכים ופגיעה בו קשה מפגיעה ברכב, הוא הסבר מתקבל על הדעת.
113. המדינה ביקשה לסמוך ההרשעה אף על הדמיון שבין אירועי האישום השני לאישום הראשון. משלא הוצגו ראיות לאחריותו של נאשם 1 לאישום הראשון, אזי טיעון זה מאבד מתקפותו ממילא. עם זאת יש לומר, שהדמיון בין שני המקרים הוא חלקי מאוד ושטחי למדי. בשני המקרים מתקשים עם אופנוע פגעו באדם שזומן לפגישה עם נאשם, אך המיקום שונה, מספר המעורבים שונה. במקרה השני אין טענה לקיומו של תצפית, רכישת טלפונים מיוחדים לצורך ביצוע הרצח ועוד.
- מאחר, כאמור, ואין מקרה להשוואה, אין צורך להכביר מילים בעניין זה.
114. לטיעוני התביעה בעניין כבישת עדותו של הנאשם באה התייחסותי לאישום הראשון ואין צורך לחזור על הדברים, כך גם בעניין שקרי נאשם. עם זאת יש לומר, שלא שוכנעתי, אף לאישום הנוכחי, כי הנאשם שיקר לבית המשפט בעדותו, תשובותיו היו ישירות ולא מתחמקות, מבע פניו וגופו לא הצביעו על חד-משמעות כי הוא משקר לנו.
115. התביעה, אף לאישום זה, לא הצליחה להציג מניע שהביא את נאשם 1 לפגוע במנוח ובוודאי לרוצחו. לא הוכח קצה קצהו של סכסוך בין השניים, עוינות או סיבה אחרת שהייתה יכולה להביא את נאשם 1 לרצות במותו של המנוח.
116. התוצאה היא כי הנני סובר שאף לאישום זה, אישום שני של כתב האישום, לא הצליחה המאשימה להציג בפנינו די ראיות לשכנענו כי הנאשם 1 נטל חלק ברציחתו של המנוח ובשל כך יש לזכותו מהעבירות בהן הואשם.
117. תם ולא נשלם:
- בטרם סיום ולקראתו מצאתי שמחובתי להעלות על הכתב הערות והארות בעניינים שאינם קשורים להכרעת הדין ולתוצאה העובדתית והמשפטית אליה הגעתי, אך למרות זאת מחובתי לאמרם:
- התביעה, בסיכומיה, חרגה במקרים לא מעטים מהמותר וההולם על-פי הכללים המשפטיים, דיני הראיות וסדר הדין הפלילי הנוהג במקומותינו. להבהרת דברי אלה אפנה לדוגמאות מספר:
- א. בעמ' 125 לסיכומיה בסיפא לפסקה 505 - הביאה התביעה לידיעת בית המשפט ראייה שלא הוגשה, בדרך לא דרך.
- ב. בפסקה 110 עמ' 29 כותב התובע על התנהלותו של נאשם 1 את הדברים הבאים: "בנסיבות אלה, נרשום בפנינו כי עבריינות אלימה אינה זרה לאורחות חיי של שלומי".
- ג. בפסקה 118 עמ' 31 "...האלימות העולה מהתנהלותו מסבירה אף את מעורבותם בביצוע העבירות נשוא כתב האישום".
- ד. שלומי נשמע בהאזנת סתר מספר לחברו, אילן בן-שטרית (העצור כיום בגין חברות בארגון פשיעה בדרום) ... (פסקה 125).
- עוד אפנה לאמירות שלא במקומן של התביעה בפסקאות 133, 134 לסיכומיה, וניתן להצביע על נוספות.
118. בא-כוחו של נאשם 1 בסיכומיו, עט על שגיאותיו אלה של ב"כ המדינה כמוצא שלל רב ובמבוא לסיכומיו (עמ' 10, 11) ובהמשך סיכומיו באופן חוזר ונשנה, הוא יוצא במתקפה חזיתית ואישית כנגד התובע, שניהל ההליכים בתיק מטעם המדינה כנציג הציבור.
- בין היתר כותב הסנגור "גם מעציב להיווכח כמה זלזול בסדרי הדין, בזכויות נאשם... ובאינטליגנציה של הח"מ (עו"ד דרחי - ר.ב.) ... טמונים במהלך כה יהיר וזחוח דעת שכזה: התובע - מסיבה שאינה נהירה כל צרכה - עושה בהליך כרצונו. הוא "מצפצף" על כולנו". הסנגור, לאורך סיכומיו, חוזר ומאשים את התובע אישית ב"אי-דיוקים", "הטעיה של ממש" (פסקה 245 לסיכומיו ב"כ נאשם 1, פסקה 681 עמ' 100 לסיכומים, פסקה 795 עמ' 116, פסקה 802, פסקה 841, 1082, 1090). "טקטיקה נפסדת" (פסקה 933, 1057), "מטעה" (פסקה 966, 976).
- קצרה היריעה מלהכיל. נצביע באופן מיוחד על אמירות של סנגורו של נאשם 1 בפסקאות 1780, 1782, 1818, 1632, 1622.
- סנגורו של נאשם 1 אינו מסתפק בגינוי התובע, אלא מוסיף וקורא לבית המשפט יותר מפעם אחת לומר את דברו "לא נוכל להבליג עוד: התובע נסמך על "ראיות" שלא היו ולא נבראו, ובכך הוא למעשה שב ומטעה את בית המשפט. הילוכו זה של התובע הוא חוליה בשרשרת הטיעונים הפסולים שהולכת ומתארכת, וראוי על כך שגם בית המשפט יאמר את דברו בעניין זה בקול צלול וברור, ללא חת ומורא" (פסקה 1818 עמ' 272 לסיכומיו נאשם 1).
119. דעתי אינה נוחה מהתנהלות התביעה ומהתנהלות הסנגור כאחד, והנני סמוך ובטוח שזאת גם דעתן של חברותי למותב. עם זאת אומר, שאף אם נכשל התובע בנקודות מסוימות כמפורט, ברור לי שהתובע עשה כמיטב יכולתו את עבודתו על-פי אמונתו בחומר שניצב בפניו. טעות היא מעשה אנוש. התובע הוא נציג המדינה, אינו מייצג את עצמו או לקוח פרטי, אלא את מדינת ישראל ואת המערכת התביעתית והמשפטית שלה, פגיעה בכבודו היא פגיעה שאינה הולמת. התבטאויותיו של הסנגור הינן קיצוניות ובמידה רבה אף חסרות אחריות ובוודאי שאינן במקומן ואינן נכונות.
- עסקינן בתיק רב פרטים ולכן טעויות בהן אפשרויות וניתן ויש להבינן.
- חבל שבא-כוחו של נאשם 1, אשר עמל, ערך והכין סיכומים לתפארת וניהל את משפטו של נאשם 1, כיתר באי-כח הצדדים, באופן הראוי להערכה, נכשל בכבודו של חברו למקצוע בצורה כה קשה.



משפט זה נוהל על-ידי המותב חודשים ארוכים ושנים. לכל אורכו התרשמנו כי התובע ניהל אותו בהגינות תוך שהוא נוהג כבוד בנאשמים ובזכויותיהם ואיננו מעלה על דעתי את שנו"ד דרחי טוען לו, במודע או שלא במודע, שכוונתו של התובע הייתה לשבש הליכי הצדק והמשפט.

השופטת נורית אחיטוב (אב"ד) והשופטת מרים דיסקין:

1. אנו מצטרפות לחוות דעתו של חברנו, השופט בן-יוסף, על כל חלקיה ומסכימות לתוצאה אליה הגיע.

עניינו של כתב האישום בשני מעשי רצח שבוצעו באמצעות ירי. בשני המקרים המתנקש-היורה הגיע לזירת הרצח רכוב על אופנוע בו נהג אחר, כשפניו מוסתרות על ידי קסדה שחבש על ראשו. לאחר ביצוע הרצח המתנקשים נמלטו מהזירה בלי להשאיר עקבות.

הנאשמים מואשמים בקשירת קשר לבצוע הרצח לאחר תיאום עם המתנקשים, בהחזקת נשק ובגרימת מוות בכוונה תחילה.

באישום הראשון, המאשימה מבססת את ראיותיה על חמישה אדנים: נוכחות הנאשמים 1-3 בזירת הרצח; איתור צמדי טלפונים סלולאריים "מבצעים" בלתי מזוהים ששימשו, לשיטתה, אמצעי תקשורת חיוניים בין הנאשמים לבין המתנקשים לשם הוצאת הרצח מן הכוח אל הפועל; צילומי מצלמות אבטחה בהם נראים הנאשמים נוהגים באופן, שלשיטת המאשימה, הוא מחשיד; סירובם של כל הנאשמים למסור בחקירתם גרסה פוזיטיבית באשר למעשיהם והצגתם רק במסגרת פרשת ההגנה. בעניינו של נאשם 1, טוענת גם לשיטת פעולה דומה לזו של האישום השני.

טיעוני המאשימה גילמו בתוכם הנחות והשערות שלא עוגנו בראיות ולא הוכחו, או שעורערו בראיות ההגנה. באלו ניתן למנות את ההנחה, שלנאשמים היה מניע לגרום למות המנוח; שההתנקשות נעשתה בדרך של מלכודת דווקא; שהתנהגות הנאשמים חריגה באופן המלמד על ידיעה כלשהי בדבר הצפוי לקרות; שבמלכודת הנטענת היו מעורבים הנאשמים כולם; שהתקיים קשר בין קבוצת "הטלפונים המבצעים"; שטלפונים 3 ו-4 שימשו לביצוע הרצח; שטלפונים 3 ו-4 היו בידי המתנקשים ונאשם 1; ושימוש בטלפונים 1 ו-2 בידי נאשמים 3 ו-4 לצורך ביצוע הרצח, להבדיל מביצוע עבירות אחרות.

בנסיבות אלו, וכפי הניתוח הראיתי המפורט של חברנו, אין די בראיות שהובאו, ויש לזכות הנאשמים.

באישום השני, המאשימה מבססת את טיעוניה על התנהגותו של נאשם 1 ונהג האופנוע שהסיעו לפגישה עם המנוח, כפי שתועדו במצלמות האבטחה בתחנת הדלק ובאולם השמחות הסמוך. מכאן מבקשת ללמוד, כי נאשם 1 צפה את הבאות. דא עקא, שעל פני הדברים, פגישתו של הנאשם 1 עם המנוח הייתה ידידותית. הסברו, ולפיו, נדרך לשמע צליל מנוע האופנוע המתקרב ולכן הגיב במהירות מיד עם הגעתו וברח, אינו מופרך על פניו ולא נסתר בראיות המאשימה.

על כן, אין די במסכת ראיות המאשימה כדי להסיק מסקנה מפלילה.

לפיכך, יש לזכות הנאשם 1 גם מהאישום השני.

2. אף אנו ראינו לנכון להביע את מורת רוחנו מהאמירות שהופיעו בסיכומי שני הצדדים, כפי שציין חברנו בפסקאות 117-119 לחוות דעתו.

בעיקר קשים ובוטים בעינינו הביטויים האישיים והפוגעניים שבחר סנגורו של נאשם 2 להטיח בתובע, חוזר ושנה לכל אורך סיכומיו. ענין אחד הוא לבקר את טיבן של הראיות וטיעוניה המשפטיים של התביעה, דבר לגיטימי לכשעצמו, וענין אחר הוא לייחס לתובע התנהלות פסולה המונחית מעניין אישי בתוצאת ההליך, דבר שהוא חסר כל שחר ואין לו על מה לסמוך.

לפיכך, מוטב היה לו נבררו הביטויים ביתר קפידה ובזהירות הראויה, תוך שמירה על כבוד הדדי של העושים במלאכה כמיטב הבנתם ויכולתם המקצועית.

אשר על כן, כאמור, הנאשמים כולם זכאים מכל אשמה בכל העבירות והאישומים בהם הואשמו.

זכות ערעור תוך 45 יום.

ניתנה והודעה היום, ט"ו אלול תשע"ד, 10 ספטמבר 2014, במעמד הצדדים.