



## דנ"פ 426/16 - אברהים דרויש אגבריה נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

דנ"פ 426/16

כבוד הנשיאה מ' נאור  
אברהים דרויש אגבריה

לפני:  
המבקש:

נגד

מדינת ישראל

המשיבה:

בקשה לדין נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון  
בע"פ 5975/14 שניתן ביום 31.12.2015 על ידי כבוד  
השופטים: י' עמית, ד' ברק-ארז וע' ברון  
תגובת המשיבה מיום 7.3.2016

עו"ד שלמה ניסים

בשם המבקש:

עו"ד חיים שוייצר

בשם המשיבה:

### החלטה

1. לפניי בקשה לדין נוסף בפסק דינו של בית משפט זה בע"פ 5975/14 אגבריה נ' מדינת ישראל (31.12.2015). בפסק הדין נדחה בדעת רוב (השופטים י' עמית וע' ברון, כנגד דעתה החולקת של השופטת ד' ברק-ארז) ערעורו של המבקש על הרשעתו בעבירה של רצח לפי סעיפים 300(א), 301 ו-20 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ובעבירה של שיבוש מהלכי משפט לפי סעיפים 244 ו-29 לחוק העונשין.

רקע

עמוד 1



2. עובדות המקרה פורטו בהרחבה בפסק הדין מושא הבקשה לדיון נוסף ולפיכך הן יובאו כאן בקיצור נמרץ. אדם בשם פהד (להלן: פהד), שידל את בנו מנסור (להלן: מנסור) ואת המבקש (גיסו של מנסור מנישואיו הראשונים) לדקור אדם בשם כמאל עבדאללה (להלן: המנוח). ביום 21.3.1996 הצטיידו מנסור והמבקש בסכנים והלכו אל המנוח שאותה שעה רעה צאן במג'ד אל כרום. השניים נגשו למנוח, תקפו אותו יחדיו בכוונה לגרום למותו, תוך שהם דוקרים אותו בחלקי גופו השונים באמצעות סכנים, והמבקש אף היכה בו בגרזן שמצא ברשותו של המנוח. לאחר מכן הסתירו השניים את הגופה במטע זיתים סמוך, ובשובם הביתה סיפרו לפהד כי המיתו את המנוח. פהד כעס על השניים והורה להם להעביר את הגופה בשעות הלילה למקום אחר ולקבור אותה. כך עשו השניים, שחזרו לזירה בסביבות השעה 03:00-02:00 לפנות בוקר, העבירו את הגופה למקום אחר וקברו אותה. לאחר מכן שבו השניים לביתם ופגשו את פהד, ששרף את בגדיהם, את בגדיו של המנוח ואת הכלים בהם השתמשו להמתת המנוח. למחרת הורה פהד למנסור ולמבקש לחזור בשעת לילה מאוחרת ולקבור את גופת המנוח אף עמוק יותר, והשניים עשו כן. גופת המנוח לא נמצאה עד היום.

3. במסגרת חקירת מותו של המנוח, נחתם ביום 7.7.1999 הסכם עד מדינה עם מנסור, במסגרתו התחייב הלה למסור את כל הידוע לו בפרשה ולהצביע על מקום קבורת הגופה. במהלך חודש יולי 1999 נעשו מספר ניסיונות, בהכוונתו של מנסור, למצוא את גופת המנוח במטע הזיתים, אך ללא הועיל. משכך, הוחלט שלא לפתוח באותו שלב בחקירה גלויה והסכם עד המדינה נבחן שוב בפרקליטות המדינה. בינואר 2001 הורה המשנה לפרקליט המדינה כי ניתן להמשיך ולקיים את הסכם עד המדינה, ואז נפתחה חקירה גלויה שבסיומה הוגש כתב אישום כנגד פהד והמבקש, אשר ייחס למבקש עבירות של רצח ושיבוש מהלכי משפט ולפהד עבירות של שידול לחבלה בנסיבות מחמירות, הריגה, שיבוש מהלכי משפט וסיוע לאחר מעשה.

4. בית המשפט קמא קבע כי הוכח שהמבקש רצח את המנוח יחד עם מנסור, וכי השניים עשו זאת בעקבות שידול מצדו של פהד. נפסק כי:

"שחטת המנוח על ידי חיתוך צווארו בסכין מצד לצד על ידי אברהים [המבקש לפנינו - מ.נ.], מצביע על כוונת קטילה, המקימה את האישום ברצח. סילוק הגופה וקבורתה, כמו גם סילוק המסמכים של המנוח, בגדיו וכלי הנשק, הם בגדר סיוע לאחר מעשה לגבי פהד, ושיבוש הליכי משפט לגבי אברהים" (פסקה 18 לפסק הדין קמא).

ביחס לפהד קבע בית המשפט קמא כי לא ניתן להרשיעו בעבירה של הריגה "משום שעל פי הנסיבות, הוא אינו נכנס לגדר מבצע, כהגדרתו בסעיף 29 לחוק העונשין" (שם, בפסקה 15.1), וכי נוכח החפיפה בין העבירות של שיבוש מהלכי משפט וסיוע לאחר מעשה "לגבי פהד מתאימה יותר העבירה של סיוע לאחר מעשה" (שם, בפסקה 17).

5. בהתאם, בית המשפט קמא הרשיע את המבקש בעבירות של רצח ושיבוש מהלכי משפט - וגזר עליו עונש של מאסר עולם, ואילו פהד הורשע בעבירות של שידול לחבלה בנסיבות מחמירות וסיוע לאחר מעשה, אולם זוכה מעבירת ההריגה ומהעבירה של שיבוש מהלכי משפט.

6. ברקע לדברים, יצוין כי פהד הגיש ערעור על הרשעתו וזוכה מהעבירה העיקרית של שידול לחבלה בנסיבות מחמירות. זאת, מן הטעם שעדותו של מנסור, כעד מדינה, טעונה תוספת ראייתית מסוג סיוע, אך סיוע כאמור לא נמצא, באשר עדותו של מנסור נסתרה בעדותו של המבקש שהכחיש מכל וכל כי פהד שידל אותו ואת מנסור לביצוע הרצח



(ע"פ 7752/03 פהד חלאילה נ' מדינת ישראל (28.9.2004) (להלן: ערעור פהד)).

7. עקב תקלה שאינה מעניינת בהליך זה (ראו החלטתו של השופט הנדל ב-בש"פ 5875/14 מדינת ישראל נ' אגבריה (9.11.2014)), המבקש הגיש את ערעורו על פסק הדין קמא ביום 4.9.2014, בחלוף למעלה מעשר שנים ממועד מתן פסק הדין. הערעור התמקד במספר רב של סוגיות, וביניהן: הצורך בזהירות יתרה בהכרעת בית המשפט בנסיבות של העדר גופה או ראיות חפציות-מדעיות; קיומם של ספקות בעדותו של מנסור ובאותנטיות השחזור שערך המבקש נוכח אי מציאת הגופה; העדר קביעת ממצאי מהימנות מצד בית המשפט קמא לגבי ראיות הסיוע והעדר קביעה האם יש בהן מלכתחילה משום סיוע; אי פירוט מצד בית המשפט קמא ביחס לחלק מהראיות; קיומן של אי התאמות מהותיות בין השחזור שערך מנסור לבין השחזור שערך המבקש; העדר מניע מצד המבקש לרצח; הצורך בביטול הסכם עד המדינה עם מנסור או למצער הפחתת משקל עדותו נוכח העובדה כי מנסור הפר את הסכם עד המדינה שנערך עמו; ולבסוף - פגיעה בתחושת הצדק נוכח התוצאה שמתוך שלושה מעורבים ברצח ועל סמך אותה תשתית עובדתית-ראייתית, המבקש לבדו "משלם את המחיר", לאחר שפהד זוכה כאמור מהאישום העיקרי ועונשו הועמד על 3 שנות מאסר בפועל, ומנסור יצא פטור בלא כלום בהיותו עד מדינה.

פסק הדין מושא הבקשה לדיון נוסף

8. בית משפט זה (בדעת רוב של השופטים י' עמית ו-ע' ברון, כנגד דעתה החולקת של השופטת ד' ברק-ארז) דחה את ערעורו של המבקש. כל חברי ההרכב היו תמימי דעים שאשמת המבקש הוכחה מעבר לספק סביר, וכי התשתית הראייתית לימדה שהמבקש אכן גרם למותו של המנוח בכוונה תחילה. אולם, בין השופטים התגלעה מחלוקת בשאלת תחולתה של טענת "ההגנה מן הצדק" במקרה דנן.

9. השופטת ד' ברק-ארז, בדעת מיעוט, סברה כי בנסיבותיו החריגות של המקרה דנן נכון היה לקבל את טענת ההגנה מן הצדק שהעלה המבקש. זאת, מטעמים הנוגעים להפליה הקשה, לשיטתה, באופן העמדתו לדיון, ולפגמים בשיקול הדעת של המדינה בהתקשרות בהסכם עד המדינה וביישומו. בראייתה, המדינה שגתה בכך שהמשיכה בהתקשרות עם מנסור במסלול עד המדינה. זאת, משום שהאינטרס הציבורי שעמד ביסוד הסכם עד המדינה התאין לאחר שנתגלה שההסכם הושחת לכאורה על טעות עובדתית מהותית - ההנחה שמנסור אינו מבצע עיקרי של העבירה - ונוכח כישלונם של מנסור להוביל את המשטרה אל הגופה. על כן, שומה היה על המדינה לבטל את ההסכם, בהתאם לזכותה לעשות כן לפי סעיף ח להסכם.

בהקשר זה הבהירה השופטת ד' ברק-ארז כי הגם שלא כל טעות או הפרה חייבות להוביל לביטולו של הסכם עד מדינה, "ודאי שאלה הם פני הדברים כאשר ההימנעות מביטול יוצרת הפליה בוטה בין נאשמים, כך שהאחד יוצא בלא כלום והאחר נידון למאסר עולם, ללא כל הצדקה מהותית" (פסקה 8 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז).

10. לפיכך, פסקה כי במקרה דנן יש לקבל את טענת ההגנה מן הצדק שהעלה המבקש, וכי על ההפליה הקיצונית בין המבקש לבין מנסור - עד המדינה שהיה שותף עיקרי ברצח לצד המבקש ושלא עמד בהתחייבותו - להשפיע על התוצאה העונשית, במובן זה שהמבקש יזוכה מעבירת הרצח ויורשע תחתיה בעבירת הריגה בלבד. בהתאם, יושת עליו עונש המקסימום שנקבע בצידה של עבירת ההריגה - עשרים שנות מאסר חלף מאסר העולם שהושת עליו.

עמוד 3



11. דעתם של השופטים י' עמית ו-ע' ברון הייתה שונה. לדעתם, לא הייתה במקרה דנן הצדקה להחלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק, קל וחומר שלא היה מקום להמיר את הרשעת המבקש מעבירת רצח להריגה.

12. לדעת השופט י' עמית, לא היה פסול בהחלטת המדינה שלא לבטל את הסכם עד המדינה עם מנסור, שכן בעקבות ההסכם מנסור הניע תהליך שהביא להודאתו של המבקש ולעדות שמסר אחיו של פהד, פתחי (להלן: פתחי), על כך שהמבקש התוודה בפניו - ראיות שעמדו בבסיס הרשעת המבקש. מעבר לכך, לדידו, גם לאחר שמנסור לא הביא למציאת הגופה, לא היה פסול בהחלטת המדינה להותיר את ההסכם עם מנסור על כנו - וזאת נוכח הסיכוי שהיה קיים אז שדבקות בהסכם תוביל לכך שהמבקש או פתחי הם שיצביעו בסופו של דבר על מיקומה של הגופה. לפיכך, לשיטתו, "ביטול הסכם עד המדינה עם מנסור יכול היה, בסבירות גבוהה, להביא למצב בו במקום 'משלוש יוצאים שניים' (פהד והמערער), 'משלוש יוצא אפס' וכל השלושה היו הולכים לדרכם ללא עונש" (פסקה 60 לפסק דינו של השופט י' עמית).

13. עוד קבע השופט י' עמית, כי בין המבקש למנסור קיימת שונות רלבנטית, המתבטאת בכך שמנסור שימש כעד מדינה ואילו המבקש הועמד לדין כנאשם רגיל - "כך שאין מדובר בהפליה בין שווים, בוודאי לא הפליה שרירותית" (שם, בפסקה 63). במילים אחרות, לשיטת השופט י' עמית, הפער הניכר בענישה שבין המבקש לבין מנסור הוא תוצאה בלתי נמנעת של מוסד עד המדינה, שקיומו חיוני לפענוח פשעים, ולכן שומה על בית המשפט להיזהר מלערער את מעמדו של מוסד זה.

14. את השאלה שהעלתה השופטת ד' ברק-ארז בפסק דינה, שהינה אם בית המשפט מוסמך מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק להמיר הרשעה בעבירה שיוחסה לנאשם בהרשעה בעבירה אחרת, הותיר השופט י' עמית בצריך עיון.

15. השופטת ע' ברון הסכימה כי התוצאה שלפיה המבקש מרצה עונש מאסר עולם בגין רצח המנוח, בעוד מנסור יוצא בלא כל עונש, היא צורמת ואף מוקשית. חרף זאת, היא חלקה על הביקורת שמתחה השופטת ד' ברק-ארז על התנהלות המדינה וקבעה שלתפישתה לא נפל פגם בעצם ההתקשרות עם מנסור. זאת, נוכח היתרונות שהיו גלומים בהסכם עד המדינה, ובעיקרם מיצוי הדין עם המבקש ועם פהד ואפשרות מציאת הגופה. עוד פסקה כי לא מדובר במקרה דנן באכיפה בררנית המצדיקה את הפעלת הדוקטרינה של הגנה מן הצדק בעניינו של המבקש, שכן "אין די ב'מבחן התוצאה' על מנת לקבוע כי מדובר באכיפה בררנית, כזו המצדיקה מתן הגנה מן הצדק למבקש" (פסקה 5 לפסק דינה של השופטת ע' ברון).

16. לשיטתה, על הטוען לאכיפה בררנית מוטל הנטל להראות כי בבסיס ההבחנה ניצב מניע פסול. דא עקא, שבמקרה דנן אין טענה כי הפרקליטות נהגה בחוסר תום לב בעניינם של המבקש ומנסור או כי טעמים פסולים עמדו ביסוד התנהלותה. בנסיבות אלה, ובהינתן חזקת תקינות המעשה המנהלי, קבעה השופטת ע' ברון כי הפרקליטות לא חרגה ממתחם הסבירות הרחב שנתון לה בכגון דא.

17. נוכח מסקנתה של השופטת ע' ברון, כי אין להחיל בנסיבות המקרה את דוקטרינת ההגנה מן הצדק, הותירה אף היא בצריך עיון את השאלה האם ניתן מכוחה של הדוקטרינה להמיר אישום ברצח בסעיף של הריגה.



18. נקבע אפוא, ברוב דעות (השופטים י' עמית ו-ע' ברון, כנגד דעתה החולקת של השופטת ד' ברק-ארז), כי אין תחולה לדוקטרינת ההגנה מן הצדק בנסיבות המקרה. על כן, הוחלט לדחות את הערעור ולהותיר את הרשעת המבקש וגזר דינו על כנם. המבקש לא השלים עם תוצאת הערעור והגיש בקשה לדיון נוסף.

הבקשה לדיון נוסף

19. לטענת המבקש, בפסק הדין מושא הבקשה נקבעו הלכות חדשות וחשובות, שחלקן אף עומדות בסתירה להלכות קודמות של בית המשפט העליון, המצדיקות את קיומו של דיון נוסף בעניינו. החידוש נעוץ, לטעמו של המבקש, בשלושה נושאים עיקריים.

20. ראשית, לשיטת המבקש נקבעה הלכה חדשה לפיה רשאת ערכאת הערעור לשנות את הראיה המרכזית המשמשת להרשעת הנאשם כפי שנקבעה בערכאה הדיונית. כך, לטענתו, במקרה דנן בית המשפט קמא הרשיע את המבקש על בסיס עדותו של מנסור כעד מדינה לצד ראיות סיוע בדמות שחזור העבירה על ידי המבקש ועדויות של אחות המבקש ואשתו של פהד על כתמי דם בבגדי המבקש. מנגד, בבית משפט זה התבססה הרשעת המבקש על הודאתו והשחזור שביצע, לצד ראיות שהיוו "יותר מדבר מה נוסף" (פסקה 14 לפסק דינו של השופט י' עמית), ובהן עדותו של מנסור ועדותו של פתחי על התוודות המבקש בפניו.

אליבא דמבקש, ביחס לחלק מהראיות שלעיל בית המשפט קמא כלל לא קבע ממצאי מהימנות ולפיכך "ערכאת הערעור למעשה השלימה חסר בהכרעת הדין של הערכאה הדיונית בקביעת מהימנות של ראיות ועדויות שלא נשמעו בפניה" (סעיף ג.1. לבקשה לדיון נוסף). בראייתו, "שינוי חזיתי של בסיס ההרשעה מבחינה ראייתית תוך השלמת חסר של הערכאה הדיונית, בזכרנו כי לזו ישנו היתרון בקביעת ממצאי עובדה ומהימנות – אינו שגרתי ומעורר קושי" (שם).

21. המבקש הוסיף וטען כי נקבעה גם הלכה עקרונית בסוגיית דיות ואיכות הראיות לצורך הרשעה ברצח בהעדר גופה ובהעדר ראיות חפציות או מדעיות. לגישת המבקש, עניינו מתייחד מיתר המקרים בהם הייתה הרשעה ברצח בהעדר גופה, שכן הרשעתו נסובה על הודאות ועדויות אנשים בלבד, ואין כלל ראיות חפציות או מדעיות כלשהן שיבססו את הרשעתו. לשיטתו, קושי זה בעניינו מתעצם נוכח היעדרו של מניע ישיר מוכח לביצוע העבירה וכן נוכח חולשתן של שתי הראיות המרכזיות ששימשו להרשעתו – הודאת נאשם ועדות עד מדינה – ראיות אשר לטענתו אין להסתפק ב"דבר מה נוסף" ביחס אליהן, וגם לא ב-"יותר מדבר מה נוסף". לפיכך, לגרסתו, הותרת הרשעתו על כנה הינה תקדימית ואף מהווה "קביעת הלכה חדשה וקשה בדיני הראיות בנוגע לדיות ואיכות התשתית הראייתית להרשעה ברצח בהעדר גופה או ממצא מדעי, ובהסתמך על עדות אנושית בלבד" (סעיף ד.2. לבקשת המבקש).

22. הסוגיה האחרונה המצדיקה לדעת המבקש קיום דיון נוסף עניינה באפשרות המרת הרשעה מרצח להריגה מכוח קבלת טענת הגנה מן הצדק. לגישת המבקש, זוהי שאלה תקדימית, שטרם הוכרעה ישירות על ידי בית משפט זה, והיא מצדיקה דיון נוסף במיוחד בנסיבותיו החריגות של עניינו שבהן "בית המשפט דיבר בשני קולות וישנן הכרעות סותרות, כשהתוצאה הסופית הינה כי משלושה יוצא מורשע אחד" (סעיף ג.4 לבקשת המבקש). טעם נוסף המחזק לגישתו היעדרות לבקשה לדיון נוסף בראש זה טמון בקיומה של דעת מיעוט משפטית בסוגיה של השופטת ד' ברק-ארז (להבדיל מדעת מיעוט עובדתית-ראייתית).



23. המבקש הציג כתימוכין לטענותיו שורת בקשות לדיון נוסף שהתקבלו, ואשר דומות לטענותו לנסיבות עניינו.

#### תגובת המשיבה

24. המשיבה טענה כי אין להיעתר לבקשה לדיון נוסף. לשיטתה, יש לדחות את טענת המבקש בנוגע לשינוי בסיס ההרשעה על ידי בית משפט זה. זאת, שכן מעבר לכך שבית המשפט העליון אינו כבול לאופן שבו ניתח בית המשפט המחוזי את התשתית הראייתית ששימשה להרשעה, ממילא ניכר שגם בית המשפט המחוזי עצמו נתן משקל מרכזי להודאה ולשחזור שערך המבקש. ביחס לטענת המבקש בכל הנוגע לתשתית העובדתית-ראייתית ששימשה להרשעתו, גרסה המשיבה כי אלו "טענות ערעוריות במובהק שאינן מקימות עילה לדיון נוסף" (פסקה 31 לתגובת המדינה).

25. לעמדת המשיבה יש לדחות גם את טענת ההגנה מן הצדק שהעלה המבקש. זאת, שכן "הליך הדיון הנוסף לא נועד לעסוק בשאלות שטרם הוכרעו על ידי בית המשפט הנכבד, אלא לערוך דיון נוסף בהלכה חדשה וקשה שהוכרעה" (פסקה 19 לתגובת המשיבה) (ההדגשות הושמטו - מ.נ.). ממילא, הטענה כי מדובר בבית משפט "המדבר בשני קולות" נדונה ונדחתה במסגרת ערעורו של המבקש. לגישתה, דעת הרוב בפסק הדין לא קבעה כל הלכה חדשה והיא תואמת פסיקה ארוכת שנים בכל הנוגע למידת ההתערבות השיפוטית בשיקול הדעת של התביעה בסוגיות הקשורות לכריתת הסכמי עד מדינה. יתרה מכך, לשיטתה, "למעשה עתירתו של המבקש היא לקיים דיון נוסף במטרה לקבוע הלכה חדשה בדמותה של דעת המיעוט בפסק הדין" (שם) - אך לא לשם כך נועד הליך הדיון הנוסף.

#### דיון והכרעה

26. לאחר שעיינתי בבקשה לקיום דיון נוסף, בתגובה לה ובפסק הדין מושא הבקשה, הגעתי לכלל מסקנה כי אין מקום להורות בעניין זה על קיום דיון נוסף. השופט עמית ציין כי עניינו של המבקש "צובט את הלב" (פסקה 63 לפסק דינו של השופט י' עמית). אולם דיון נוסף אינו ניתן על פי מבחנים של "צביטת לב".

27. לפי סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט), ניתן להיענות לבקשה לקיום דיון נוסף רק מקום שנפסקה הלכה חדשה וקשה או הלכה הסותרת הלכות קודמות של בית משפט זה. הליך של דיון נוסף הוא הליך חריג ונדיר, וכפי שהובהר בפסיקה, אין די בכך שההלכה שנפסקה סותרת הלכה קודמת או שיש בה חשיבות, אלא יש לבדוק האם יש הצדקה עניינית להביא את הנושא לדיון נוסף (ראו: דנ"פ 8439/10 מדינת ישראל נ' כהן, פסקה 10 להחלטתי (22.2.2011); דנ"פ 127/16 אלמליח נ' מדינת ישראל, פסקה 4 להחלטתי (9.2.2016)). במקרה שלפנינו, אין בידי לקבל את טענתו של המבקש כי נקבעו בפסק הדין מושא הבקשה הלכות חדשות, וממילא לא הלכות המצדיקות דיון נוסף בהן. ביסודן, טענות המבקש הן טענות ערעוריות הנוגעות למשקל הראיות ולניתוחן, ועל כן דין הבקשה להידחות. אדון בטענות המבקש כסדרן.

#### שינוי בסיס ההרשעה

28. כזכור, המבקש טען כי נקבעה בפסק הדין הלכה חדשה המאפשרת לערכאת הערעור לשנות את בסיס הרשעת



הנאשם כפי שנקבעה בערכאה הדיונית. אלא, שאין זו הלכה חדשה כלל ועיקר. סעיף 212 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי), קובע כדלקמן:

|                  |                                                                                                                                                  |
|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| שינוי<br>במסקנות | בית המשפט רשאי להסיק מחומר הראיות<br>שהיה לפני הערכאה הקודמת או לפני<br>מסקנות שונות משהסיקה הערכאה הקודמת<br>או לקבוע כי אין בו יסוד למסקנותיה. |
|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

29. משמעות הסעיף הינה שלבית משפט שלערעור יש סמכות להסיק מחומר הראיות שהיה לפני הערכאה הדיונית מסקנות שונות משהסיקה האחרונה, וכי ערכאת הערעור אינה כפופה לאופן ניתוח התשתית הראייתית כפי שבוצע בערכאה הדיונית. בפסיקה ארוכת שנים נקבע להלכה כי:

"באשר למסקנות אותן מסיק בית-המשפט מן העובדות, להבדיל מקביעת הממצאים, שונה מעמדה של ערכאת הערעור, כי מסקנות כאלה עומדות תמיד תחת שבט הביקורת של בית-המשפט שלערעור הבוחן אותן לאור מבחן ההיגיון. כן לא נבצר מבית-המשפט מלהתערב אפילו בעניין הערכת העדויות כאשר הערכה זו יסודה בשיקולים מופרכים או בשיקולים המתעלמים מגורמים שצריך היה לייחס להם משקל" (ע"פ 406/78 בשירי נ' מדינת ישראל, לד (3) 393, 459 (1980)) [ההדגשה הוספה - מ.נ.].

30. לצד זאת, נקבע כי במסגרת סעיף 212 לחוק סדר הדין הפלילי ערכאת הערעור מוסמכת להחיל מבחנים משפטיים על ממצאים עובדתיים שנקבעו בערכאה הדיונית, ועל בסיסם להסיק מסקנות משפטיות:

"במקרה דנן, פרושים היו בפני בית משפט זה הממצאים העובדתיים שקבע בית משפט קמא, ובית משפט זה החיל את המבחן המשפטי על ממצאים אלה והסיק מהם, כי בעותר התקיים יסוד נפשי של מודעות לעניין קבלת המתת בהקשר של תפקידו" (דנ"פ 6162/99 בן עטר נ' מדינת ישראל, פסקה 6 לפסק דינו של השופט א' ברק (10.1.2000)).

31. הלכות אלו חלות גם בענייננו. בית משפט זה היה מוסמך לנתח באופן שונה את התשתית הראייתית העומדת בבסיס הרשעת המבקש, ולקבוע כי המבקש הורשע בדין על יסוד מתן משקל שונה לחלק מהראיות מזה שניתן להן על ידי בית המשפט קמא.

32. יש לדחות גם את טענת המבקש כי לגבי חלק מהראיות בית המשפט קמא לא קבע ממצאי מהימנות ולפיכך ערכאת הערעור השלימה חסר בהכרעת הדין של הערכאה הדיונית. זאת, שכן גם אם כדברי המבקש - ואיני קובעת מסמרות בדבר - אכן השלים בית משפט זה קביעת ממצאי מהימנות ביחס לחלק מהראיות, אין בכך משום חריגה מסמכותו וקל וחומר שלא קביעת הלכה חדשה ותקדימית המצדיקה עריכתו של דיון נוסף בסוגיה שלעיל.

יפים לעניין זה דבריו של השופט ת' אור:



"בבקשתו בתיק זה לדיון נוסף מבקש בא כוחו של המבקש להעמיד לדיון את היקפה של הוראת סעיף 212 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) התשמ"ו-1982, על פיה רשאי בית המשפט של ערעור להסיק מחומר הראיות שהיה לפני הערכאה הקודמת או לפניו מסקנות שונות משהסיקה הערכאה הקודמת.

על פי הטענה, הסתמך בית המשפט בפסק דינו בערעור על ראיות אשר מהימנותן לא הוכרעה בערכאה הראשונה, מבלי שהיו לו כלים להכריע במהימנותן, ובכך חרג מהסמכות המוקנית לו בסעיף 212 הנ"ל.

אין לקבל את הטענה. בא כוח המבקש ניסה, אמנם, להלביש את טענתו לבוש משפטי כדי לנסות ולהביא את הבקשה בד' אמות סעיף 30 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב) התשמ"ד-1984, אך אין המדובר בענייננו בהלכה שנקבעה בסתירה להלכה קודמת או בהלכה שנפסקה שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה יש הצדקה לקיום דיון נוסף. כל שאירע בענייננו הוא, שבית המשפט יישם בפסק הדין בערעור את סמכותו לפי סעיף 212 הנ"ל, והוא ביסס את פסק דינו על מסקנות העולות מעובדות שנקבעו בבית המשפט המחוזי, כפי שרשאי היה לעשות, על אף שבית המשפט המחוזי לא הסיק את אותן מסקנות. הבקשה נדחת" (דנ"פ 3908/93 נאיל נ' מדינת ישראל (15.8.1993)) [ההדגשות הוספו - מ.נ.].

33. למעלה מן הצורך, יצוין כי הדוגמאות שמציג המבקש בבקשתו למקרים בהם התקבל הערעור עקב העדר קביעת קביעות מהימנות על ידי הערכאה הדיונית (למשל ע"פ 2439/93 זריאן נ' מדינת ישראל, מ"ח(5) 265 (1994); ע"פ 4369/93 בן ארי נ' מדינת ישראל (5.9.1994)), אינן בנות השוואה לנסיבות המקרה דנן. זאת, בשל העובדה שבאותם מקרים מדובר היה בחסר בקביעת ממצאי מהימנות ביחס לראיות המכריעות והמרכזיות בתיק, שהיו דרושות לביסוס אשמת הנאשם. מנגד, בענייננו בית המשפט קמא קבע ממצאי מהימנות מפורשים ביחס לראיות המכריעות העומדות בבסיס הוכחת אשמת המבקש, ועל בסיסן קבע בית משפט זה כי המבקש הורשע בדיון.

דיות ואיכות הראיות לצורך הרשעה ברצח בהעדר גופה או ראיות חפציות-מדעיות

34. בראש זה טוען המבקש כי הרשעתו הינה תקדימית ואף מהווה "קביעת הלכה חדשה וקשה בדיני הראיות בנוגע לדיות ואיכות התשתית הראייתית להרשעה ברצח בהעדר גופה או ממצא מדעי, ובהסתמך על עדות אנושית בלבד" (סעיף ד.2. לבקשת המבקש).

35. דא עקא, שההלכה שלטענת המבקש נקבעה בפסק הדין בעניין זה - כלל לא נקבעה בו. כידוע, תנאי סף לקיום דיון נוסף הוא שבפסק הדין נקבעה הלכה באופן מפורש וגלוי (ראו: דנ"פ 602/16 כהן נ' מדינת ישראל, פסקה 9 להחלטתי (25.1.2016); דנ"פ 8439/10 מדינת ישראל נ' כהן, פסקה 11 להחלטתי (22.2.2011); דנג"ץ 8988/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 12 להחלטתי (29.12.2015)). משמעות הדברים הינה "שבית-המשפט ביקש במודע ובכוונת-מכוון לקבוע הלכה, ולא עוד אלא שביטא את כוונתו באורח ברור ומפורש" (דנ"א 4804/02 רביזדה נ' גולדמן, פסקה 2 להחלטתו של השופט מ' חשין (19.8.2002)).

36. עיון בפסק הדין מושא הבקשה לדיון נוסף מלמד, כי בית המשפט לא ערך דיון בסוגיית דיות ואיכות הראיות לצורך הרשעה ברצח בהעדר גופה או ראיות חפציות-מדעיות, אלא אך יישם את ההלכות הקיימות והמקובלות בסוגיה זו על נסיבות העניין. בית המשפט הלך בתלם אמות המידה הקפדניות והזהירות שהתפתחו בפסיקה הישראלית בנוגע למקרים אחרים בהם נקבעה הרשעה בהעדר גופה, ואף כתב את פסק דינו במסגרת הזהירות והאחריות המתחייבת מאמות מידה





אלו (פסקה 15 לפסק דינו של השופט י' עמית). אם כן, ברי כי בית המשפט לא ביקש להכריע בשאלה העקרונית שתוארה לעיל, קל וחומר שלא ביקש לקבוע הלכה חדשה בעניין זה.

37. מעבר לכך, נראה כי טענתו של המבקש במישור זה היא למעשה טענה ערעורית, אשר מכוונת בעיקרה כנגד התשתית הראייתית וקביעות המהימנות שקבעו הערכאה הדיונית ובית משפט זה ביחס להרשעת המבקש בעבירת הרצח. אלא, שטענותיו של המבקש בנושאים אלה כבר נדונו לגופן בפסק הדין מושא הבקשה ונדחו על ידי כל חברי ההרכב שקבעו פה אחד כי התשתית הראייתית מלמדת על מעורבות המבקש ברצח מעבר לכל ספק סביר (ראו: פסקאות 13-14 לפסק הדין של השופט י' עמית; פסקה 1 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז; פסקה 1 לפסק דינה של השופטת ע' ברון). משכך, אין בטענה זו הצדקה לדיון נוסף – באשר דיון נוסף אינו ערעור נוסף (ראו: דנ"א 1075/15 בלום נ' אנגלו סכסון – סוכנות לנכסים (ישראל – 1992) בע"מ, פסקה 18 להחלטתי (8.3.2015)), ואף אינו כלי להעברת פסק דין של בית המשפט העליון שניתן בשלושה שבט הביקורת של ערכאה נוספת (ראו: דנ"פ 2256/15 מלעי נ' מדינת ישראל, פסקה 14 להחלטתי (2.4.2015)).

#### אפשרות המרת ההרשעה מרצח להריגה מכוח טענת ההגנה מן הצדק

38. אף אין בידי לקבל את טענת המבקש כי נקבעה הלכה חדשה בסוגית ההגנה מן הצדק. לא נקבעה בפסק הדין מושא הבקשה כל הלכה ביחס לסוגיה זו. השופטים י' עמית ו-ע' ברון הותירו את השאלה במפורש בצריך עיון ונמנעו מלעסוק בה (ראו: פסקה 65 לפסק דינו של השופט י' עמית; פסקה 7 לפסק דינה של השופטת ע' ברון). נמצא, כי לא היה בין חברי המותב רוב באשר לאפשרות המרת הרשעה מרצח להריגה מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק, והלכה בעניין זה לא נקבעה. ממילא, היעדר התייחסות לסוגיה בפסק דין ראוי שיתפרש כאי נקיטת עמדה אשר אין בצידה כל משמעות הלכתית בעלת השלכות כלליות (ראו: דנג"ץ 8289/05 עקרי נ' נציבת תלונות הציבור על שופטים, פסקה 10 להחלטתו של השופט מ' חשין (20.11.2005); דנג"ץ 7260/02 עיריית רמלה נ' עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, פסקה 5 להחלטתו של השופט א' מצא (14.8.2003)).

39. אם כן, בסופו של יום, נותרה עמדתה המשפטית של השופטת ד' ברק-ארז באשר לקבלת טענת ההגנה מן הצדק בעניינו של המבקש ולאפשרות המרת הרשעתו של המבקש מרצח להריגה כדעת יחיד, וככזו, אין בה כדי להצדיק קיומו של דיון נוסף (ראו והשוו: דנ"פ 10036/07 פלונינ' מדינת ישראל, פסקה 4 להחלטת השופטת ד' ביניש (13.2.2008); דנ"פ 6519/05 עיסא נ' מדינת ישראל, פסקה 7 להחלטת השופט מ' חשין (2.9.2005)).

40. למעלה מן הצורך, אציין כי יש לדחות גם את טענת המבקש כי בית המשפט "דיבר בשני קולות". זאת, שכן טענה זו נדונה ונדחתה בפסק הדין מושא הבקשה, וכטענה ערעורית אינה מצדיקה דיון נוסף (ראו: פסקה 20 לפסק דינו של השופט י' עמית; פסקה 10 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז).

41. אף לא שוכנעתי כי ניתן ללמוד לעניינו של המבקש משורת המקרים שצירף, שבהם התקבלו בקשות לדיון נוסף. מדובר במקרים השונים ממקרהו של המבקש, הן לנוכח היעדר מחלוקת בעניינו בדבר אשמתו של המבקש, הן לנוכח היעדרה של הלכה חדשה בשאלה משפטית עקרונית.



42. המעיין בפסק הדין לא ימצא בו הלכה חדשה אלא יישום הלכות קיימות על עובדות המקרה. ניכר מן הבקשה כי הקושי המרכזי עליו מצביע המבקש נעוץ בתוצאת פסק הדין, בשים לב, בעיקר, לפער בענישה בין שלושת השותפים לביצוע העבירה. אכן, תוצאה זו קשה היא. על כך עמדו, כמדומני, כל אחד משופטי ההרכב בדרכו שלו. אולם לא תוצאה קשה היא הקריטריון לקיום דיון נוסף וכדברי הנשיאה (כתוארה אז) ד' ביניש בפרשה אחרת: "אכן, תוצאת פסק הדין הינה ללא ספק תוצאה קשה מבחינתו של העותר [...] אולם, בית משפט זה כבר קבע לא אחת כי אין די בכך על מנת שיערך דיון נוסף בעניין" (דנג"ץ 8740/06 לוי נ' מדינת ישראל, פסקה 5 להחלטתה (19.3.2007)).

43. אשר על כן הבקשה לקיום דיון נוסף נדחית.

ניתנה היום, כ"א באייר התשע"ו (29.5.2016).

ה נ ש י א ה