



מ"ת 40647/07/21 - חאביב אבו גאנם, מחמד אבו גאנם נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תאריך: 05 דצמבר 2021

מ"ת 40647-07-21

בקשה מס' 21

תיק חיצוני: 427820/2021

בקשה מס' 21

בפני כב' השופט עמית כהן

המבקשים: 1. חאביב אבו גאנם (נאשם 2)

2. מחמד אבו גאנם (נאשם 4)

ע"י עו"ד ציון אמיר

נגד

מדינת ישראל

המשיבה:

ע"י עו"ד סאלי אביטל - פרקליטות מחוז דרום

(המאשימה)

החלטה

בענין נאשמים 2 ו-4

בקשת המבקשים (נאשמים 2 ו-4) לעיון חוזר בהחלטה למעצרים עד לתום ההליכים, בטענה שראיה, אותה הם מבקשים להציג לבית המשפט באופן חסוי, מפריכה את ראיות המאשימה נגדם ומוכיחה את חפותם.

רקע

1. נגד המבקשים הוגש כתב האישום המייחס להם כי ב-8.6.21, ביחד עם שני נאשמים נוספים (נאשמים 1 ו-3), עברו עבירות של רצח (באדישות), עבירה לפי סעיף 300(א) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977 (להלן: "חוק העונשין") וחבלה בכוונה מחמירה, עבירה לפי סעיף 329(א)(2) לחוק העונשין (להלן: "האירוע").

בד בבד עם כתב האישום, הוגשה בקשה למעצר המבקשים עד לתום ההליכים נגדם.

ב-31.8.21 נקבע שקיימות ראיות לכאורה לכך שהמבקשים ביצעו את העבירות המיוחסות להם בכתב האישום (להלן: "ההחלטה מיום 31.8.21") ונוכח זאת, הם נעצרו עד לתום ההליכים נגדם.

2. המבקשים מבקשים לעיין בהחלטה מיום 31.8.21, מאחר שלטענתם יש בידיהם ראיה (להלן: "הראיה החסויה"), בעלת פוטנציאל זיכוי. בשלב זה, מבקשים המבקשים לא למסור את הראיה למאשימה, אלא להגישה לעיון בית המשפט בלבד.



עיקר טענות המבקשים

3. לטענת המבקשים, כתב האישום והחלטת בית המשפט מיום 31.8.21 התבססו על עדויות עדים, ממשפחת המנוח (להלן: "משפחת המתלוננים"), המייחסים למבקשים ולנאשם 1 החזקה וירי מאקדחים, ולנאשם 3 החזקה וירי מ-M16, ומתארים את מיקום כל אחד מהנאשמים בזמן ביצוע הירי על ידם, תיאורים שבשקר יסודם; בדיון שהתקיים בבקשת המאשימה למעצר עד תום ההליכים, טענות ב"כ המבקשים נגד קיומן של ראיות לכאורה, היו פרי ניתוח דקדקני של הראיות וכבר אז היה ברור לו שגרסת משפחת המתלוננים בשקר יסודה, אך אז לא הייתה לו את הראיה החסויה שהוא מבקש להציג עתה.

4. לטענת ב"כ המבקשים, באחד הימים הוא קיבל סרטונים המתארים את האירוע מכמה זוויות, והמסקנה מהסרטונים היא אחת ויחידה - שכל התשתית העובדתית בשקר יסודה. ב"כ המבקשים התקשר מייד לפרקליטות ונקבעה לו פגישה עם פרקליט המחוז, בה הוא תיאר באופן מפורט את כל הדברים, אך סירב למסור לפרקליטות את הסרטונים, בטענה שהגנת המבקשים, במובן הרחב ביותר של המילה, תיפגע. ב"כ המבקשים היה מוכן למסור את הסרטונים לפרקליטות כדי שתבחן אותם, אך בתנאי שלא יעשה בסרטונים שימוש, למעט כדי לבחון אם יש בהם כדי להביא לשחרור המבקשים.

5. המבקשים מבקשים להגיש לעיון בית המשפט את הראיה החסויה, הכוללת: סרטונים, וחווות דעת מומחה, עם תמונות שנגזרו מהסרטונים וניתוחים והסברים לתמונות ולאירועים.

6. לטענת ב"כ המבקשים, בסרטונים רואים כי: תיאור ידיו האבנים אינו מדויק; חלקה של משפחת המתלוננים ביצירת פרובוקציה ויידוי אבנים דומיננטי וסותר את הדברים שמסרו בעדויות שלהם; התיאור על מיקום המבקשים, אינו נכון; הטענה שהמבקשים החזיקו אקדח, אינה נכונה - המבקשים לא החזיקו אקדח ולא ירו; במהלך האירוע רואים שנאשם 2, מנסה להשכין שלום ולהפריד בין הניצים; כך גם לגבי נאשם 4, אשר נכון שהוא נצפה זורק אבנים, אך בשום שלב אינו אוחז בנשק.

נטען שלאחר עיון בסרטונים, בית המשפט יחליט שיש ריסוק טוטאלי של הראיות.

7. בדיון שהתקיים, חזר והציע ב"כ המבקשים למסור את הראיה החסויה למאשימה, אך בתנאי שלא יעשה שום שימוש בראיה, נגד איש, אלא אם תינתן הסכמת המבקשים לכך. נטען שהחקירה הסתיימה והשלמות חקירה הן החריג לכלל, ויש טעמים שב"כ הנאשמים אינו מתכוון לפרט, הקשורים לקו ההגנה שבכוונתו לנהל במהלך המשפט - לכן, מסכים ב"כ המבקשים שהמשטרה תבדוק את האותנטיות של הסרטונים, אך הוא אינו מסכים שיעשו השלמות חקירה בצורה של חקירת עדים, דבר שלטענתו עלול לפגוע בהגנת המבקשים.

עיקר תשובת המאשימה

8. הסרטונים שמבקשים המבקשים להציג, הם סרטונים ממצלמות אבטחה בקרבת האזור בו היה האירוע, ואשר הועלמו על ידי פלוני בשלב החקירה. ב"כ המאשימה הפנה לאינדיקציה לכך ש-DVR הועלם.

9. אם המבקשים ימסרו את הראיה החסויה למאשימה, היא תעביר את הסרטונים בדיקה מקיפה, ואם הראיה אותנטית, המאשימה לא תהסס לתקן את כתב האישום או אפילו לחזור מכתב האישום, אם יש מקום לכך.



10. הבקשה להצגת הראיות במעמד צד אחד, צריכה להידחות. יש להעביר את הראיה לבדיקת הגוף החוקר. נעלמה ראיה רלוונטית מהשטח, ומבקשים להכניס אותה לבית המשפט, ללא בחינה של הגוף החוקר. המאשימה דורשת לקבל את הצילומים מכל המצלמות, ולא רק את הסרטונים שמבקשים המבקשים להציג.
- המאשימה אינה מקבלת את הצעת המבקשים, כאשר המטרה היא לחפות לכאורה על אחרים.
11. לעניין חוות הדעת - נטען שהיא אינה קובעת מהימנות אלא ביהמ"ש. בנוסף המומחה לא יכול לקבוע מי הוא כל אחד מהמעורבים שכן אותו מומחה לא היה במקום. יש להטיח את הסרטונים בפניי המעורבים על מנת שיפרטו ויבהירו מי הוא כל אחד מהמעורבים. לפעמים אנשים מזוהים את עצמם בסרטונים.
12. ב"כ המאשימה טען שלא ניתנה לתביעה אפשרות אופרטיבית מהותית להתייחס לראיה החסויה ולהשלכות שלה על כל התיק ועל כל ההליך, האם הראיה נערכה אם לאו, האם היא אותנטית אם לאו.

תגובת המבקשים לתשובת המאשימה

13. ב"כ המבקשים השיב לשאלת בית המשפט שאין לו מושג אם אפשר להעביר את הסרטונים המלאים, ולדעתו השאלה אינה רלוונטית. המכשיר שתיעד את הדברים הועבר למומחה, אשר נתן חוות דעת, והדברים ברורים לכל מי שמעיין בסרטונים.
14. עמדת המדינה אינה סבירה, בכך שהיא אינה מוכנה לקבל ראיה שמדברת בעד עצמה, נוכח טענת המבקשים שהם חפים מפשע.
- ב"כ המבקשים מוכן למסור את ה-DVR, בכפוף לאותם תנאים, ובנוסף, שלא יהיה תיקון של כתב האישום או כתב אישום חדש, כגון נגד מי שלקח את ה-DVR או אשמה נגד המבקשים פחותה מרצח.
15. החשד של המאשימה שהסרטונים הם ראיה שהועלמה, אינו רלוונטי.

החלטה בסוף הדיון

16. בסוף הדיון הוחלט, בהסתמך על ההחלטה בבש"פ 597/93 מד"י נ' צ'רלי אבוטבול (מיום 5.2.1993), לקבל את הראיה ולבחון אם יש בה כדי לשנות את ההחלטה מיום 31.8.21.
- דין**
17. הראיה החסויה עליה מבססים המבקשים את הבקשה לעיון חוזר כוללת סרטונים ממצלמות אבטחה (להלן: "הסרטונים") וחוות דעת מומחה (להלן, בהתאמה, "המומחה" ו-"חוות הדעת"), המנתחת את הסרטונים ומכילה תמונות שנגזרו מהם.
18. לאחר שעיינתי בטיעוני הצדדים והמסמכים הרלוונטיים, לרבות הראיה החסויה, הגעתי למסקנה שדין הבקשה לעיון חוזר להידחות. להלן אפרט את נימוקי.



19. הואיל והמבקשים אינם מוכנים להעביר את הראיה החסויה לצד שכנגד, לא אפרט את תוכנה מעבר לנדרש ומעבר לפרטים שמסר ב"כ המבקשים.

עיון בחוות הדעת וצפייה בסרטונים מעלים סימני שאלה, אותם אינני מפרט אלא בקווים כלליים, ובהם לא ניתן לדון, כל עוד הראיה החסויה לא נמסרה למאשימה. על פני הדברים, ככל שהראיה החסויה תוגש בתיק העיקרי, תידרש בחינה מעמיקה שלה, על כל היבטיה.

20. קבלת ראיה באופן חסוי ומשקלה

ההלכה קובעת שבית המשפט רשאי, לבקשת המאשימה או ההגנה, לעיין בחומר חסוי מפני הצד השני בשלב המעצר, אולם אין זה רצוי לעשות זאת ולכן אין להרבות בשימוש בפרוצדורה זו, אלא במקרים בהם תחושת הצדק מחייבת זאת; כאשר שוקלים את משקלו של החומר החסוי, על בית המשפט להביא בחשבון שלצד שכנגד לא הייתה אפשרות להתייחס ולבדוק את הכלול בו (ראו: בש"פ 597/93 **מדינת ישראל נ' אבוטבול**, מיום 5.2.93; בש"פ 2270/06 **אל עילווי נ' מדינת ישראל**, מיום 7.9.06; בש"פ 1628/90 **אבו רקייק נ' מדינת ישראל**, מיום 26.4.90; בש"פ 5179/14 **אדיר כהן נ' מדינת ישראל**, מיום 27.8.14; בש"פ 6184/10 **מדינת ישראל נ' דוד אברהם**, מיום 31.8.10; בש"פ 6552/05 **עבידאת נ' מדינת ישראל**, מיום 17.8.05).

יוער שיש הבדל בין ראיות חסויות שניתן לאשר למאשימה להציג - שהן רק לעניין עילות המעצר, לבין הראיות שניתן לאשר להגנה להציג - הכוללות ראיות המתייחסות לאישומים נושא המשפט, שאותן מבקשת ההגנה לא להביא לידיעת המאשימה באותו השלב (ראו בש"פ 597/93 הנ"ל).

מאחר שהסקתי שדין הבקשה לעיון חוזר להידחות לגופה, לא מצאתי צורך לדון בשאלה אם מתקיימות במקרה זה נסיבות מיוחדות המצדיקות הגשת חומר חסוי.

21. קבילות הראיה החסויה

ההלכה קובעת 6 תנאים לקבילות סרט הקלטה (ע"פ 4481/14 **פלוני נ' מדינת ישראל** (16.11.16)):

"ששה תנאים מצטברים לקבילותו של סרט הקלטה כראיה, הטעונים הוכחה, ואלו הם: (1) המכשיר, או האמצעי האחר ששימש להקלטה, פועל כהלכה ועשוי לקלוט או להקליט את הדברים שנאמרו; (2) האדם אשר טיפל בהקלטה ידע את מלאכתו; (3) ההסרטה או ההקלטה מהימנים ונכונים; (4) בסרט ההקלטה לא נעשו שינויים בצורת הוספות או השמטות; (5) קולות הדוברים בהקלטה זוהו כהלכה; (6) הדברים נאמרו מרצונם הטוב של הדוברים 'שמא טופל בסליל באופן שיש בו כדי להוסיף או לגרוע, [...] ' [...]".

בקשת המבקשים להגיש את הראיה החסויה באופן חסוי, מבלי לאפשר למאשימה בחינה מעמיקה שלה, מעלה קשיים משמעותיים, בעיקר בקיום התנאים השלישי, הרביעי והחמישי, כמפורט להלן:

21.1. **אין לדעת אם הסרטונים מהימנים ונכונים:**

לא ניתן לדעת אם הסרטונים מהימנים ונכונים, מאחר שמכשיר ה-DVR (להלן: "**המכשיר**") נעלם למשך כ-5 חודשים, בטרם הועבר לב"כ המבקשים, שהעביר אותו למומחה (האירוע אירע ב-8.6.21, ועל פי חוות הדעת, המכשיר נמסר למומחה, ב-8.11.21). לא ידוע היכן היה המכשיר ומה נעשה בו במשך חמשת החודשים הללו, לא ברור מי ניתק את המכשיר, מתי הוא עשה זאת, היכן הוא שמר אותו וממתי הסרטונים.



21.2. אין לדעת אם בסרטונים נעשו שינויים בצורת הוספות או השמטות:

שאחר שכאמור, הסרטונים הועלמו למשך 5 חודשים, לא ניתן לדעת, בשלב זה, אם בוצעו בהם שינויים.

ידוע היטב שקיימים כיום כלים המאפשרים שינוי ועיבוד סרטים, ותקופה של 5 חודשים היא תקופה ארוכה המאפשרת לבצע שינויים, גם אם קלים, אשר יכולים לשנות את המשמעות של הדברים המוצגים.

21.3. אין שום אינדיקציה לכך שהדמויות שבסרטונים זוהו כהלכה:

המומחה מזהה את הדמויות שבסרטונים ומשייך חלק מהדמויות למשפחת המתלוננים וחלק לצד המבקשים.

המומחה הסתמך על זיהוי ראשוני של הדמויות, ולאחר מכן עקב אחריהן לפי מאפיינים שפירט בחוות הדעת. המומחה אינו מסביר כיצד ביצע את הזיהוי הראשוני של הדמויות השונות, דבר המעורר סימני שאלה משמעותיים ביחס לזיהוי. יתר על כן, עיון בסרטונים מלמד שבחלקים משמעותיים מהם יש קושי רב בזיהוי. גם אם חלק מהמעורבים זוהו נכונה בחלק מהסרטונים, נראה שקשה מאוד לזהות את הדמויות בזמנים אחרים או להבחין בסימנים שמצא בהן המומחה.

בשלב זה, אין מקום לקבוע ממצאים ביחס לקבילות הראיה החסויה. אולם, יש להעריך את הסיכויים שהראיה החסויה תהיה קבילה בהליך העיקרי, ובהתאם להעריך את השפעתה על עוצמת הראיות בשלב זה.

לפחות בשלב זה, הקשיים בקבילות - הקושי הנובע מכך שהסרטונים הוסתרו במשך כ-5 חודשים ואין לדעת אם ואיזה עיבודים בוצעו בהם, והקושי בזיהוי הדמויות שבסרטונים - מפחיתים באופן משמעותי מהשפעת הראיה החסויה על עוצמת הראיות לכאורה.

22. משקל הראיה החסויה

נוסף ויותר מאשר קשיי הקבילות, קיימים קשיים להעניק לראיה החסויה משקל ולהסתמך עליה לצורך שינוי ההחלטה מיום 31.8.21:

22.1. הנימוקים לקשיי הקבילות מפחיתים גם ממשקל הראיה החסויה:

אותם דברים שהעלו קושי בקבילות הראיה החסויה, מעלים קושי אף גבוה יותר במתן משקל לראיה.

כיוון שלא ברור שהסרטונים מהימנים ונכונים, שלא נעשו בהם שינויים, ממתי הם ושהדמויות שבהם זוהו נכונה, משקלם של הסרטונים מוגבל, ולא ניתן לתת משקל לחוות הדעת, אשר מציגה את גרסת המבקשים לתוכן הסרטונים, ובה נטען שמהסרטונים ניתן להסיק שהמבקשים לא ירו ולא החזיקו נשק.

22.2. משקל ראיה המוגשת באופן חסוי, הוא מוגבל:

כאמור לעיל (סעיף 20), כאשר שוקלים את משקלה של ראיה המוגשת באופן חסוי, יש להביא בחשבון שלצד שכנגד לא הייתה אפשרות לבדוק את הכלול בה.

המבקשים טוענים שהראיה החסויה מפריכה את החשדות נגדם. אולם, העובדה שהם אינם מוכנים למסור את הראיה החסויה למאשימה ולאפשר לה לבדוק אותה לעומק, כפי שהיא סבורה שצריך לבדוק, גורמת לכך שלא ניתן לבחון את מהימנות הראיה החסויה ועד כמה היא מחלישה את הראיות, אם בכלל. בין היתר, מאחר שהמבקשים אינם מוכנים



למסור את הראיה החסויה למאשימה ולבצע את כל הבדיקות שהיא סבורה שצריך לבצע, לא ניתן לקבל את עמדת המאשימה למהימנות הסרטונים, לקשר בינם לבין האירוע, התייחסותה לחוות הדעת, לרבות זיהוי הדמויות, המעקב אחריהן ופרשנות המעשים שלהן, ולבחון אם הנראה בסרטונים מתיישב עם עובדות כתב האישום אם לאו.

22.3. אין לדעת מתי צולמו הסרטונים:

המומחה מניח שהסרטונים צולמו במועד האירוע, אך אין מאומה בחומר אשר הוגש כדי לתמוך בהנחה זו, מלבד התאריך והשעה הרשומים על גבי הסרטונים, שהמומחה מאשר שאינו יכול להתחייב שהם נכונים: **"זאת כמוכן עפ"י שעון הזמן שכולל במכשיר ה-DVR. לא מתחייב המצב שזה אכן זמן האמת ויכול שאולי קיימת בו סטייה מסוימת לזמן האמת בפועל [...]"**. לא ניתן לדעת אם הסרטונים צולמו במועד האירוע ואם כן, איזה חלק ממנו הם מתעדים.

מהשוואה בין הסרטונים לסרטים וצילומים שבוצעו על ידי היחידה החוקרת ונמצאים בחומר החקירה (להלן: **"הצילומים של המאשימה"**), נראה שקיימים מספר הבדלים בין הסרטונים לצילומים של המאשימה, אשר ייתכן שנובעים מזווית הצילום או מכך שהצילומים של המאשימה צולמו לאחר מועד האירוע, אך ייתכן גם שההבדלים נובעים מכך שהסרטונים לא צולמו במועד בו הניח המומחה שהם צולמו.

יתר על כן, המומחה בחר להציג סרטונים של פרק זמן מוגבל, שלטענתו רלוונטי לאירוע. המומחה אינו מסביר כיצד קבע את השעות הרלוונטיות ומדוע לא הציג פרק זמן ממושך יותר (נראה שהיה על המומחה להציג את הסרטונים החל משעה מוקדמת יותר, על מנת לאפשר לבחון את ההתרחשויות באופן מקיף יותר. כך, לדוגמה - לא ברור כיצד קבע המומחה שהירי שפגע והרג את המנוח אירע במסגרת זמן הסרטונים שהוא גיבה מהמכשיר; לא ניתן למצוא בסרטונים הסבר לחלק מהממצאים שנמצאו בזירה, ולא ברור אם הדבר נובע מכך שהממצאים אינם ממועד האירוע או מכך שהסרטונים אינם מתעדים את כל האירוע).

22.4. צורפו רק חלק מהסרטונים והם מתעדים רק חלק מאזור האירוע:

בחומר שהוגש לבית המשפט, צורפו סרטונים רק מחלק ממצלמות האבטחה שגובו על המכשיר (מצלמות שהמומחה החליט שהן הרלוונטיות לניתוח האירוע).

מהשוואה בין הסרטונים לצילומים של המאשימה, נראה שהסרטונים שצורפו הם של אזור חלקי, לא ניתן לראות בהם את תמונת הזירה בכללותה (בניגוד לסברת המומחה) וייתכן שקיימות מצלמות אחרות, ממוקמות במקומות שונים ובזוויות שונות, שגם בהן ניתן לבחון את ההתרחשויות, ייתכן שבצורה יותר ברורה, וייתכן שבהן רואים התרחשויות משמעותיות וחשובות להבנת האירועים וחלקו של כל משתתף בהם.

לכן, לא ניתן לדעת אם ואיזה מעשים נשמטו עקב הצגה חלקית של המצלמות.

22.5. לא נראה שניתן לבחון את מיקום ומעשי המבקשים במשך כל זמן האירוע:

המומחה מתאר את מיקום הדמויות השונות בחלקים מהסרטונים. גם אם הזיהוי על ידי המומחה נכון, לא ניתן לראות את המבקשים במשך כל הסרטונים ולא ניתן לדעת מה היה מיקומם ומעשיהם בזמן בו הם לא נצפו בסרטונים.

22.6. פרשנות המומחה:

המומחה מעניק לצילומים הסברים ופרשנויות, המשקפים את עמדת המבקשים, אולם אינם בהכרח תואמים את



האירועים המצולמים, אלא מדובר בהסברים ופרשנויות, שייתכן שהם אפשריים, אך אינם האפשרות היחידה להבין את האירועים שצולמו.

המומחה, טוען שהוא מומחה לראיות מוקלטות ומשפט פלילי. נראה שההסברים והפירושים שנתן המומחה לסרטונים אינם מתחום מומחיותו והוא למעשה מעיד וקובע עובדות שמקורן אינו ברור.

סוף דבר

23. לאור הקשיים בקבילות הראיה החסויה והקושי הרב יותר להעניק לה משקל, לא ניתן לומר שהראיה החסויה מחלישה את הראיות או מכרסמת בהן ולכן, אין בראיה החסויה, בשלב זה, לשנות מההחלטה שניתנה ביום 31.8.21.

24. על כן, הבקשה לעיון חוזר נדחית ואין שינוי בהחלטה מיום 31.8.21.

ניתנה היום, א' טבת תשפ"ב, 05 דצמבר 2021, בהעדר הצדדים.

עמית כהן, שופט