

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 10477/09

ע"פ 10472/09

לפני: כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמית

המערערים: 1. מוחמד מובארק
2. פריד אלענמי

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב מיום
17.11.2009 בתיק פח 1060/07 שניתן על ידי כבוד
השופטים: נ' אחיטוב, מ' דיסקין ו-ר' בן-יוסף

תאריך הישיבה: כ"ד באייר התשע"ב (16.05.12)

בשם המערער 1: עו"ד ד"ר אלקנה לייסט
בשם המערער 2: עו"ד אור שפירו

בשם המשיבה: עו"ד יעל שרף

פסק-דין

המשנה לנשיא מ' נאור:

גילוי הרצח ותחילת החקירה

החקירה, ההחלטה במשפט הזוטא והכרעת הדין

חקירתו של פריד

חקירתו של מוחמד

כתב האישום

התשובות לכתב האישום

משפט הזוטא

הכרעת הדין

הכרעת הדין בעניינו של מוחמד

המבחן הפנימי

המבחן החיצוני

הדרכה והספקת נתונים בידי החוקרים
התאמת תוכן ההודאה לראיות חיצוניות – דבר מה נוסף

טענת האליבי

הכרעת הדין בעניינו של פריד

ראיות הקושרות את פריד לזירה וגרסה כבושה

הודאתו של מוחמד מפלילה גם את פריד

ראיות נסיבתיות נוספות נגד פריד

הערעורים

ערעורו של מוחמד

ערעורו של פריד

הכרעה

הכרעה בערעורו של פריד

הכרעה בערעורו של מוחמד

איום בחשיפת החשדות נגד מוחמד ועיסוקו בזנות לאביו

ריקון זכות ההתייעצות מתוכן

התבטאויות גזעניות ופוגעניות

השפלה וביזוי

השפלה וביזוי – יישום בעניינו

העדר אזהרה מספקת

העדר הודעה בענין החשד לרצח

העדר הודעה למוחמד על תאריך ביצוע עבירת הרצח ומקומו

תרגיל חקירה בנושא הראיות נגד מוחמד

חקירה רציפה, שלילת שינה, מזון ומים

הערעור בענין טענות הזוטה – סיכום

ערעורו של מוחמד על ההרשעה ברצח

המשקל הפנימי של ההודאות

המשקל החיצוני של ההודאות – "דבר מה נוסף"

דחיית טענת האליבי

סייג השכרות

הגנה מן הצדק

סיכום

בפנינו ערעוריהם של שני הנאשמים בתפ"ח (ת"א) 1060/07, אשר הורשעו ברצח בכוונה תחילה (בצוותא חדא) לפי סעיף 300(א)(2) + 29(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. בדיון על פה בערעורים ביקש המערער 2, פריד אלענמי, דחייה של הדיון נוכח חילופי סגורים, ועל כן התקיימה ישיבה נוספת ביום 16.5.2012. ביום 8.6.2012 – לאחר שהסתיים הדיון בערעורים – הגיש המערער 1, מוחמד מובארק, בקשה להגיש ראיות נוספות. המדינה התנגדה לבקשה; בא כוחו של המערער 2 לא התנגד לה. הראיות החדשות הן תמליל מלא וכן הקלטת וידאו של הפגשה שנערכה בין הנאשמים במסגרת החקירה, שעליה הסתמך בית המשפט המחוזי בפסק הדין. בפני בית המשפט המחוזי עמדו רק מזכר ותרשומת של שוטר מהאזנה להפגשה. על מנת שמלוא התמונה תהיה בפנינו, אנו מקבלים את הבקשה (ראו, בענין הגשת הקלטות מחקירות פליליות ולא רק תמלילים מקוטעים, ע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק דיני (טרם פורסם, 23.8.2012)(להלן: אבו עזא)). התשתית הראייתית כולה נבחנה גם לאור הראיות הנוספות.

גילוי הרצח ותחילת החקירה

1. בלילה שבין 11.4.2007 ו-12.4.2007, בעקבות דיווח על דם היוצא מתחת לדלת דירה בקומה השלישית ברח' העליה 41 בתל אביב, פרץ רס"ר צחי אפריאט לדירה והבחין "באדם ערום לגמרי אשר נמצא במצב עובר כאשר גבו מופנה מעלה רגליו מקופלות ישבנו לכיוון הדלת וראשו לתוך הדירה". אדם זה, שבגבו דקירות רבות, היה "ממש בפתח הדירה". כאשר כוחות מגן דוד אדום הזיזו את האדם כדי לטפל בו, הבחין רס"ר אפריאט כי הוא "דקור גם דקירות רבות בכל אזור הבטן חזה ופניו... על פי חזות חיצונית נראה כי מדובר בעשרות של דקירות בכל הגוף מכל הכיוונים". המים מברז הכיור במטבח ובמקלחת זרמו, והדירה היתה מוצפת בדם מהול במים. מותו של אדם זה – עמוס טל ז"ל (להלן: עמוס או המנוח) – נקבע במקום. כתמי דם נמצאו על הקירות ועל חפצים, בין היתר בחדר הראשון מימין (להלן גם: חדר השינה) ובכניסה לדירה (ת/6, מוצג שבו נתן בית המשפט המחוזי אמון מלא, ראו סעיף 16(יא) להכרעת הדין). בין יתר הפריטים שנמצאו בדירה נמנו פחית משקה XL (סעיף 16(יז) להכרעת הדין) ושני סכינים בכיור המטבח (סעיף 16(ו) להכרעת הדין). נקבע כי הרצח בוצע ביום 11.4.2007 בסביבת השעה 23:00. סמוך לאחר פתיחת החקירה, שכללה בדיקת פלטי הטלפון הנייד של עמוס, הצטייר כיוון חקירה ברור שנסב סביב נטיותיו המיניות, כמי שנהג להזמין לביתו גברים שחומי עור כדי לקיים עמם יחסי מין תמורת תשלום. כיוון חקירה זה הוביל, בסופו של דבר, לשני הנאשמים (סעיף 5 להכרעת הדין).

החקירה, ההחלטה במשפט הזוטא והכרעת הדין

חקירתו של פריד

2. בדירתו של עמוס נמצאו ממצאים אובייקטיביים הקושרים את הנאשם 2, פריד אלענמי (להלן: פריד), לזירת הרצח. בין היתר נמצא DNA שלו על כוס שתייה ועל בדל סיגריה וכן טביעות אצבע ורגל שלו (פס' 31 להכרעת הדין; ת/27). למרות זאת, כמעט לאורך כל חקירתו במשטרה טען פריד כי הוא מעולם לא שוחח עם עמוס וממילא לא נכח בדירתו, גם לא בליל הרצח (עם זאת, אישר פריד היכרות עם עמוס, שמקורה במועדון, המיועד לקהל לקוחות

הומוסקסואלי, אשר נמצא בתחנה המרכזית הישנה; פס' 31 להכרעת הדין). אוכנו גם שיחות שיצאו מהטלפון הנייד של עמוס בליל הרצח אל חבר ובן משפחה של פריד. (פס' 32 להכרעת הדין; ע' 106 לפרוטוקול מיום 7.1.2009).

חקירתו של מוחמד

3. ביום 30.4.2007, כשבועיים וחצי לאחר מעשה הרצח, נעצר המערער 1, מוחמד מובארק (להלן: מוחמד), שהוא בעל גוון עור כהה (שחור), באקראי בתחנה המרכזית בחשד לשהייה בלתי חוקית. בזמן מעצרו התחזה מוחמד בכזב לאדם אחר. שיחות יוצאות מהטלפון של עמוס בשעות שלאחר מותו הובילו, בין השאר, למר בהא שווקי, אשר הזכיר אדם שכיניו "כושי". אחיו של בהא שווקי, עלא שווקי, ציין בחקירתו כי ידוע לו כי "כושי" נעצר בתחנה המרכזית. הצלבת הנתונים עוררה במשטרה חשד למעורבותו של מוחמד ברצח (פס' 5 להכרעת הדין). בחקירתו, הוזהר מוחמד תחילה לגבי עבירות של שהות בלתי חוקית, התחזות לאחר והכשלת שוטר במילוי תפקידו. לאחר שנתפס אצלו ארנק המוכתם בדם (אשר בדיעבד הסתבר שאינו דם של המנוח) ולאחר שבוצע מפגש בין מוחמד לבין פריד באותו לילה, הוזהר מוחמד לראשונה בחשד לביצוע הרצח (פס' 6 להכרעת הדין). תחילה הכחיש מוחמד שהוא מכיר את עמוס וטען כי מעולם לא היה בדירתו (ז/6, ז/16 ו-ז/20, אליהם מפנה בית המשפט בפס' 6 להכרעת הדין). בהמשך חקירתו הודה מוחמד שהוא מכיר את עמוס וקיים איתו מין בתשלום בדירתו של עמוס אלא שהדבר לא אירע במועד הרצח (פס' 16(ח) להכרעת הדין). בסופו של דבר, ביום 7.5.2007, הודה מוחמד שביצע את הרצח יחד עם פריד ושחזר את הרצח (פס' 6 ו-8 להכרעת הדין).

כתב האישום

4. ביום 24.5.2007 הגישה המאשימה כתב אישום נגד מוחמד ונגד פריד, בו נאשמו השניים ברצח בכוונה תחילה (בצוותא חדא), עבירה לפי סעיף 300(א)(2) + 29(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. בכתב האישום נטען כי ביום 11.4.2007 בשעות הערב הגיעו מוחמד ופריד לדירתו של עמוס במטרה לקיים עמו יחסי מין תמורת תשלום. בדירה, באחד החדרים, קיים פריד יחסי מין עם עמוס, תמורת תשלום שאותו אמור היה עמוס לשלם לו, בעוד מוחמד ישב בסלון על הספה וצפה בסרט מין. בשלב מסוים, בין השעות 23:00-28:22, או בסמוך לכך, נתגלע ויכוח בין פריד לבין עמוס. מיד לאחר מכן, ניגש פריד למטבח הדירה ונטל לידיו שתי סכיני מטבח – סכין גדולה וסכין קטנה. פריד החל לדקור את עמוס באמצעות אחת הסכינים, ומיד מסר לידי מוחמד את הסכין הקטנה כדי שהלה ישתתף עמו במעשה. פריד המשיך לדקור את עמוס דקירות מרובות בבטנו. מוחמד, אשר קיבל לידיו מאת פריד את הסכין הקטנה, הצטרף אל פריד במעשה הדקירה ודקר, אף הוא, את עמוס, בכל חלקי גופו, עד אשר עמוס נפל על הרצפה מתבוסס בדמו. בסך הכל, דקרו הנאשמים, בצוותא חדא, את עמוס 100 דקירות סכין. לאחר הדקירות, ביצעו פריד ומוחמד חיפוש בארון חדר השינה שבדירה; מוחמד גנב את ארנקו של עמוס ונמלט מהדירה. פריד, אשר נותר בדירה, סתם את פתח ניקוז המים שבכיוון חדר המקלחת של הדירה, ופתח את ברז המים, וזאת במטרה להציף את הדירה ולטשטש את עקבות מעשה הרצח. רצפת הדירה הוצפה מים, עד אשר החלו המים לזלוג אל מחוץ לדירה. לאחר

מכן, גנב פריד את מכשיר הטלפון הסלולארי של עמוס ונמלט אף הוא מהדירה. עקב הדקירות, מצא עמוס את מותו.

התשובות לכתב האישום

5. כפי שציין בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין, הדרכים שבהן הלכו הנאשמים בהליך הפלילי היו כמעט הפוכות: מוחמד, אשר בחקירתו הודה בביצוע ברצח בצוותא חדא עם פריד, חזר בו מהודאתו, ביקש לקיים משפט זוטא וטען טענת אליבי; ואילו פריד, אשר הכחיש בחקירתו, כולה כרובה, כל קשר לאירוע, חזר בו אף הוא מעמדתו וטען כי אמנם נכח עם מוחמד בדירתו של עמוס בעת הרצח, אלא שלטענתו רק מוחמד ביצע את הרצח (פס' 4 להכרעת הדין).

משפט הזוטא

6. על-פי המתואר בהחלטה במשפט הזוטא (החלטה מיום 6.10.2008, להלן: החלטת הזוטא), מוחמד טען לארבעה אדנים מרכזיים בגינם יש לפסול את הודעותיו:

א. העדר אזהרה כדין, לרבות העדר הודעה על תאריך ביצוע הרצח ומקום ביצועו, שממנו נגזרים לפי הטענה שלילת יכולתו להעלות טענת אליבי, וכן ריקון מכל תוכן של זכות ההיוועצות עם סנגור;

ב. חקירה דורסנית ובלתי הוגנת, שביטויה בביזוי שיטתי שלו על ידי קללות ונאצות והפחדתו כי יודע לאביו על מעצרו בחשד לרצח ויתגלה דבר עסקו בזנות. זאת, מעבר להתשתו, פיזית ונפשית, בחקירה רצופה של ימים ושעות ארוכות, לעיתים תוך שלילת שינה, מזון ומים, והבאתו למצב של רעב ועייפות, בעטיו הוחלש כוח רצונו החופשי וניטלה ממנו יכולת הבחירה אם למסור הודאה עם לאו. משמע, נשללה זכותו לעשות שימוש בשתי זכויות היסוד: זכות השתיקה וזכות ההיוועצות בעורך דין;

ג. מוחמד הודרך על ידי חוקריו ונחשף לפרטים מוכמנים בתיק (בית המשפט המחוזי החליט שנושא זה שייך לשלב בחינת משקל ההודאות ולא למשפט הזוטא);

ד. החוקרים הבטיחו למוחמד שתי הבטחות בעלות משקל ועוצמה עבורו, שהועלו בפניו עובר להודאתו ואלה השלימו את התפוררות רצונו החופשי ושחקו אותו עד דק: האחת, שאביו לא יובא לחקירה במשטרה והשנייה, שהחוקרים יחזירו אותו לתא המעצר באבו כביר (ע' 3 להחלטה במשפט הזוטא).

בית המשפט המחוזי דחה את טענותיו של מוחמד במשפט הזוטא והחליט לקבל את הודעותיו, כולל קלטות ותמלילים, כהודאות שניתנו מרצונו הטוב והחופשי וכן את כל יתר המוצגים שהוגשו במסגרת משפט הזוטא (ע' 51 להחלטת הזוטא).

הכרעת הדין

הכרעת הדין בעניינו של מוחמד

7. לאחר ההכרעה במשפט הזוטא לפיה הודעותיו של מוחמד קבילות, בחן בית המשפט, בהכרעת הדין, את משקלן (פס' 7 להכרעת הדין). בית המשפט עמד על המתווה הנורמטיבי, במסגרתו בוחן בית המשפט סימני אמת פנימיים וחיצוניים של הודאה. המבחן הפנימי מתחקה אחר משקלה של ההודיה במנותק מיתר הראיות, כגון סדר הרצאת הדברים, מידת פירוטם, סבירותם הפנימית והגיונם הפנימי (ע"פ 5825/97 שלום נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 952, 933 (2001)); ואילו במסגרת המבחן החיצוני, נבחנת השאלה האם קיים בחומר הראיות "דבר מה נוסף" שיש בו כדי לתמוך בתוכן ההודיה ולסלק את החשש שמא המדובר בהודיה כוזבת. בית המשפט ציין את זיקת הגומלין שבין המשקל הסגולי שמעניק בית המשפט להודאה עצמה, לבין משקלו של ה"דבר מה" הדרוש לאימות תוכנה, כאשר ככל שמשקלה הפנימי של ההודאה גבוה יותר, כך פוחת הנטל בגדרו של המבחן החיצוני, ולהיפך (דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736 (1998)(להלן: דנ"פ אל עביד); ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529 (2002)).

8. ביישום מבחנים אלה בעניינו של מוחמד, עמד בית המשפט על כך שמוחמד גולל את סיפור ההודיה בשלוש הזדמנויות שונות: בפעם הראשונה ברכב מחוץ לתחנת המשטרה (להלן: ההודאה ברכב), בפעם השנייה בתחנת המשטרה סמוך לאחר ההודיה ברכב, במסגרת גביית הודאה פורמאלית – ובפעם השלישית בעת עריכת השחזור בדירתו של עמוס. אקדים ואוסיף כאן – ופירוט יובא בהמשך – שמוחמד אשרר את הודאותיו הקודמות עשרה ימים לאחר מכן. בית המשפט קבע:

"מן הראוי להדגיש, כי ההודאה שמסר [מוחמד] במסגרת החקירה ברכב הייתה פרי של תהליך איטי אך דינאמי שבראשיתו עמד הנאשם על גרסתו הראשונית והכחיש כל קשר לרצח ושלל כל מעורבות בו, לאחר מכן החל לנדב פרטים אודות אירועי יום הרצח והודה שאכן הגיע לדירה יחד עם [פריד] ואף סיפר שהיה עד למעשה הדקירה וניסה להפריד בין [פריד] לבין המנוח ומשלא עלה בידו לעשות כן עזב את המקום.... בהמשך, שינה [מוחמד] את גרסתו במעט והודה הודיה מסויגת בהשתתפות ברצח, תוך הפחתה של חלקו במעשה ולבסוף, מסר הודיה מפורטת ומלאה, עליה חזר בשתי הזדמנויות נוספות..." (פס' 8 להכרעת הדין).

המבחן הפנימי

9. בענין המבחן הפנימי דחה בית המשפט את הטענה שהודאתו של מוחמד אינה קולחת או עקבית ושהיא נעדרת פירוט וסדר, תוך קביעה שמרגע שבחר להתוודות, "...הסיפור בעיקרו ניצב איתן כשהוא נהנה מהיגיון פנימי..." (פס' 11 להכרעת הדין). נקבע, כי -

“...אל לנו להתעלם ממצבו של [מוחמד] בעת הרלבנטיות, אשר היה שיכור כלוט בעת הרצח ועובר לו (‘מסטול מדי’, בלשונו), ובמצב כזה אין תימה על כך שלא היה מסוגל לזכור כל פרט ותו מאירוע הרצח”. (פס’ 11 להכרעת הדין).

המבחן החיצוני

הדרכה והספקת נתונים בידי החוקרים

10. בענין המבחן החיצוני, שעניינו כאמור התאמת תוכן ההודיה עם ראיות אחרות, דחה בית המשפט את הטענה שחוקריו של מוחמד הדריכו אותו וסיפקו לו נתונים המופיעים בהודאותיו. נקבע, כי כאשר בשלב מסוים של ההודאה ברכב הודה מוחמד ב”דקירה אחת”, מסר לו רס”ר באדי חרב כי “הגופה מדברת אחרת”; אך בשלב מאוחר יותר, כאשר החל מוחמד למסור הודאה מלאה הכוללת את חלקו בפרשה, הוא סיפק תיאור שלם יותר, בו הוא סיפר “מעצמו ובעצמו” על ריבוי הדקירות והסביר שלאור שכרותו ופרץ האלימות בו היה שרוי הוא אינו יכול לשחזר את מספרן של הדקירות (פס’ 12 להכרעת הדין). הטענה הקשורה, לפיה מוחמד הודה רק כדי לרצות את חוקריו, באומרו דברים כגון “אתה רוצה שאני אגיד שדקרתי, הנה אני דקרתי” – נדחתה:

“...הם [משפטים כגון זה שצוטט – מ”נ] - הופיעו פעמים בודדות בראשיתה של ההודיה, נאמרו בשפה רפה ונוכחותם הלכה והתמעטה ככל שהנאשם חשף פרטים רבים יותר ולמעשה גיבש את הודאתו. לא למותר לציין, כי בשלבים האחרונים בהם נחקר הנאשם ברכב וכן בהודעתו הפורמאלית אחר כך לא נמצא כל זכר לטענות אלה.”

עוד ציין בית המשפט כי בסיום ההודאה ברכב, כאשר נשאל לסיבות שהניעו אותו להודות, אישר מוחמד שהוא מבין שמדובר בהודאה ברצח שבגיניו מקבלים מאסר עולם, טען “זהו, עכשיו אני נקי” והסביר “למה, נמאס לי, אני לא יכול להשאיר את זה בפנים.” בית המשפט קבע כי הרצון להתנקות, ולא הרצון לרצות את חוקריו, הובילו את מוחמד להודות בכיצוע הרצח (פס’ 13 להכרעת הדין).

התאמת תוכן ההודאה לראיות חיצוניות – דבר מה נוסף

11. בית המשפט המחוזי קבע כי השוואת המידע שמסר מוחמד בהודאותיו, עם הממצאים האובייקטיביים שנתפסו בזירת הרצח או נלמדו ממנה, מובילה למסקנה חד משמעית שהמידע שהיה מצוי בידיעתו של מוחמד יכול היה להיות רק בידיעתו של מי שנכח בדירה בעת הרצח (פס’ 15 להכרעת הדין):

א. מוחמד ידע לספר כי לאחר הרצח רוקן, יחד עם פריד, את ארון הבגדים ושניהם פיזרו את תכולת הארון בחדר. בית המשפט דחה את הטענה שאמירת החוקר במהלך ההודיה ברכב לפיה "היה בלאגן בדירה" סיפקה למוחמד את המידע לפיו דווקא הפיכת תוכן הארון על פיו היה מקור ה"בלאגן" (סעיף 16(א) להכרעת הדין);

ב. מוחמד ידע לספר כי ביצע את הרצח דווקא עם פריד, ודי.אן.איי. וטביעות אצבע ורגל של פריד אכן נמצאו בדירה. מוחמד טען כי שמו של פריד כמי שהיה מעורב ברצח שורכב במכוון בידי החוקרים לאורך חקירתו של מוחמד, כאשר חלקם הטעו אותו באומרם או ברומזם שפריד מיקם את עצמו בדירה והפליל אותו. בית המשפט דחה טענה זו, תוך ציון ששמו של פריד לא היה השם היחיד שעלה בחקירתו של מוחמד. כן ציין בית המשפט בהקשר זה את העובדה שמוחמד התעקש לתקן את חוקריו כאשר העלו את שמו של חבר אחד שלו, קיפאח שמו, כמי ששהה עם מוחמד בדירה בזמן הרצח. מוחמד דאג להבהיר שקיפאח לא נמצא יחד איתם בדירה (סעיף 16(ב) להכרעת הדין).

ג. מוחמד שלל את האפשרות שהרצח בוצע על רקע לאומני (פס' 16(ג) להכרעת הדין).

ד. מוחמד מסר באופן עקבי, כבר מהשלב שהודה רק בנוכחות בדירה בעת הרצח (אך לא בהשתתפות ברצח), כי עמוס היה ערום שעה שנפח את נשמתו – פרט אשר אומת בממצאים אובייקטיביים בזירה (סעיף 16(ד)).

ה. בעת שחזור הרצח, וחרף העובדה שאותה שעה הדירה היתה כבר נתונה בשיפוצים, הוביל מוחמד את חוקריו בדיוק למקום בו התרחשו הדקירות בדירה. נדחתה טענת בא כוחו של מוחמד לפיה אין ראיות חיצוניות המוכיחות היכן בוצעו הדקירות. זאת, נוכח הדו"ח של שוטר שהגיע לדירה המפרט כי כתמי דם נמצאו בחדר השינה ובמבואת הדירה אך לא בחדר המגורים או במטבח. כתמי דם "מינוריים יותר" נמצאו גם בחדר האמבטיה, אך בית המשפט קבע כי ייתכן שאלה הושארו בידי הרוצחים או אנשי מד"א שהזיזו את עמוס על מנת לטפל בו. בית המשפט קבע כי "... התמונות המצורפות לת/1 [חוות הדעת של המעבדה הניידת לזירת העבירה – מ"נ] מובילות בסבירות גבוהה למסקנה, כי הדקירות החלו בחדר השינה מצד ימין ונמשכו ביציאה מחדר השינה אל מול דלת הכניסה – בדיוק במקום בו מיקם הנאשם את האירוע" (פס' 16(ה) להכרעת הדין).

ו. מוחמד ידע למסור שהשאיר את הכלי שבו רצח – הסכין – בתוך הדירה. נקבע כי "...שני הסכינים ששימשו לביצוע הרצח נתפסו בדירה" (פס' 16(ו) להכרעת הדין).

ז. מוחמד סיפר כי שתה וודקה מהולה במשקה מסוג XL בדירה לקראת הרצח, ואכן נתפסו בזירה פחיות XL (פס' 16(ז) להכרעת הדין).

ח. בתחילת השחזור ידע מוחמד למסור כי יש לעלות לקומה השלישית והוא ידע לבחור באותה קומה, מבין שתי הדירות, את דירתו של עמוס. בית המשפט התרשם מהשחזור כי מוחמד מוביל את חוקריו לזירת הרצח ואינו מובל או מודרך להגיע אליה (פס' 16(ח) להכרעת הדין).

ט. בעת השחזור, ועל אף שהדירה היתה בשיפוצים באותה עת, תיאר מוחמד את הדירה ואת תכולתה באופן מפורט וניכר שהוא מתמצא במקום ומכירו היטב.

בענין מיקום הדירה, תיאורה ותיאור תכולתה וכן בענין שתיית XL, נדחתה הטענה שידיעתו של מוחמד נבעה מכך שנכח בדירתו של עמוס במועד אחר לפני הרצח, עת סיפק לעמוס שירותי מין בתשלום. בית המשפט העיר כי גם אם מוחמד שתה XL בדירתו של עמוס במועד קודם, אין מקום להנחה שאדם מחזיק בביתו דרך קבע אותו סוג של משקה אחד בלבד; ואין זה סביר להניח, נוכח עיסוקו של מוחמד בביקורים בבתייהם של אנשים שונים, כי מביקור אחד כחודשיים עובר לרצח יכול היה מוחמד לזכור בדיוק כיצד להגיע לדירה, להוביל את חוקריו במהירות ובביטחון כפי עשה זאת ולזכור פרטים כה רבים בענין הדירה ותכולתה (פס' 16 (ח) ו-ט) להכרעת הדין).

י. מוחמד ידע כי עמוס נדקר בחלק הקדמי והאחורי של הגוף. נדחתה טענתו של מוחמד, לפיה כאשר רס"ר באדי חרב אמר לו במהלך ההודאה ברכב שהיו "דקירות בכל הגוף", הוא סיפק למוחמד את המידע הזה. נקבע כי "אמירה זו אינה מלמדת בהכרח שהמנוח נדקר מלפנים ומאחור, שהרי באותה מידה אפשרית בעיני גם הפרשנות, ולפיה, המנוח נדקר 'בכל הגוף' אך בחלקו הקדמי בלבד" (פס' 16 (י) להכרעת הדין).

יא. בשחזור, הדגים מוחמד כיצד התמוטט עמוס במהלך הדקירות וצנח על הרצפה כשרגליו מקופלות כלפי בטנו בתנוחה עוברית. נקבע כי "תיאור זה של הנאשם ביחס לתנוחה בה הושארה גופת המנוח תואם בדיוק את מצבה כפי שנתגלתה על ידי רס"ר אפריאט שפרץ לדירה יחד עם כוחות כב"א ומד"א, כנרשם בדו"ח הפעולה שלו..." (פס' 16 (יא) להכרעת הדין). כאמור לעיל, בית המשפט נתן אמון בדו"ח האמור.

12. בית המשפט ציין רבות מהראיות החיצוניות שצוינו בהקשר של בחינת המשקל החיצוני של ההודיה, אשר פורטו לעיל, כפרטים מוכמנים העומדים בדרישת "דבר מה נוסף" להרשעת נאשם על-פי הודאה (פס' 18 להכרעת הדין).

טענות האליבי

13. בתשובה לכתב האישום העלה מוחמד טענת אליבי שאותה הוא לא טען קודם לכן. לפי הטענה, בערב הרצח בילה מוחמד במסיבה של מרכז"ז על"ם עד השעה 21:00 לערך; לאחר מכן עזב את המסיבה עם חברו סאמר נאסר והלך עימו לביתו של האחרון בשכונת התקווה, שם שהה עד חצות לערך; לאחר מכן הלך לתחנה המרכזית הישנה. בית המשפט דחה את טענת האליבי, כטענה כבושה (פס' 19 להכרעת הדין). בית המשפט הזכיר בהקשר זה כי נדחתה במשפט הזוטא הטענה לפיה מחדלי חקירה מנעו ממוחמד את האפשרות למסור את האליבי שלו קודם לכן. כן הזכיר בית המשפט את טענת האליבי הקודמת והמפורטת – והשונה לחלוטין – שמסר מוחמד טרם הודאתו. לפי אותה גרסה קודמת, בערב הרצח ראה מוחמד את פריד במסעדה באזור התחנה המרכזית בשעה 20:00; פריד הזמין את מוחמד לאכול עמו. או אז, פריד הלך לדרכו לבד; מוחמד נשאר לשבת במקום, ובשעה 22:00 אסף מוחמד את חברתו ג'נייה ממכון הליווי בו היא עובדת והסתובב איתה בגינה בתחנה מרכזית כל הלילה (פס' 23 להכרעת הדין). נקבע, בהתאם לפסיקה בענין טענת אליבי כבושה, כי המשקל שיש ליתן לטענת האליבי החדשה

שהועלתה בבית המשפט הוא משקל נמוך עד אפסי (פס' 26 לפסק הדין). לגוף העניין נמצאה גרסת האליבי בלתי מהימנה. נקבע כי הטענה לפיה מוחמד שהה במסיבה של מרכז על"ם אינה רלוונטית, נוכח עדויות לפיהן מוחמד נכח אמנם במסיבה, אך המסיבה הסתיימה והמרכז נסגר עד השעה 21:00 (וייתכן שמוחמד עזב עוד קודם לכן). כל זאת, כאשר הרצח בוצע סביב השעה 22:30-23:00. בית המשפט ציין עוד כי ביתו של עמוס קרוב מאוד, פיזית, למקום בו התקיימה המסיבה (פס' 27 להכרעת הדין). בית המשפט אף מצא שורה של סתירות בין עדותו של מוחמד לבין עדותו של חברו סאמר נאסר בענין גרסת האליבי לפיה הלכו השניים לביתו של נאסר לאחר המסיבה. בית המשפט קבע:

"...[מוחמד] ונאסר הצליחו לתאם גרסת אליבי בקוויה הכלליים, אך לא עלה בידם לתאם את פרטי הפרטים של הגרסה וכך, כפי שקורה חדשות לבקרים במסירת דבר שקר, דווקא בחינת הפרטים הפשוטים לכאורה, ממוטטת את הגרסה כולה ומלמדת על הקנוניה שבבסיסה" (פס' 29 להכרעת הדין).

14. לא זו בלבד שבית המשפט המחוזי מצא את טענת האליבי כטענה כבושה ובלתי מהימנה; הוא אף קבע כי איכון שיחות טלפון שקיבל מוחמד מפריך אותה. בחקירתו – לפני שהודה ברצח – אישר מוחמד כי הוא השתמש בעבר בטלפון הנייד של חברו קיפאח; אולם, הוא טען כי החזירו לקיפאח לפני יום הרצח. מוחמד מסר עוד, כאשר נשאל לגבי מספר הטלפון 059-8173314, כי מספר זה שייך לדודו. לפי הקביעות בהכרעת הדין, בליל הרצח נתקבלו בטלפון הנייד של קיפאח שיחה ממספר זה וכן שיחה נוספת מהטלפון של מר איסמעיל סרחאן, מורה המתגורר בכפר מוצאו של מוחמד, שבאמצעותו נהג אביו של מוחמד ליצור קשר עם מוחמד. בית המשפט קבע כי לשיחות אלה אין כל הסבר, זולת זה התומך בהנחה שבליל הרצח היה הטלפון של קיפאח בשימושו של מוחמד. במסגרת טענת האליבי הכבושה שהוצגה כאמור לראשונה בבית המשפט, הציע מוחמד הסבר חדש ושונה לחלוטין: מוחמד העיד כי כשהלך מהמסיבה של מרכז על"ם לביתו של נאסר, נקרה בדרכו קיפאח שמסר לו כי אביו מנסה להשיגו בטלפון. לטענת מוחמד, הוא המתין מספר דקות עם קיפאח עד שאביו התקשר שוב ואז שוחח עמו. בית המשפט קבע -

"גרסה זו המבוססת על מקריות רבה ומעוררת פליאה אינה הגיונית או סבירה בעיני כשלעצמה, ומעבר לכך, היא עומדת בסתירה מוחלטת לעולה מדו"ח איכון הטלפון של קיפאח, ולפיו, לא ייתכן שמכשיר הטלפון היה בשעות הרלוונטיות בשכונת התקווה [בה מצוי ביתו של סאמר נאסר – מ"נ], כפי שטוען עתה [מוחמד].... יתרה מזאת, מדו"ח האיכון ומעדות אברהמי עולה, כי בערב הרצח אוכך הטלפון באתר 'סלמה-בזק' המכסה את איזור התחנה המרכזית הישנה ואת אזור שדרות הר ציון, לרבות רח' העלייה [בו מצויה דירתו של המנוח – מ"נ]. לאור זאת, נראה שממצאי חווה"ד של אברהמי בשילוב עם העולה מפלט השיחות הנכנסות (44/ת) מתיישבים היטב עם הודאת נאשם 1 ומפריכים מניה וביה את גרסת האליבי שמסר בעדותו" (פס' 30 להכרעת הדין).

ראיות הקושרות את פריד לזירה וגרסה כבושה

15. בית המשפט המחוזי קבע כי נמצאו ראיות פוזיטיביות בדבר נוכחותו של פריד בזירת הרצח, בדמות טביעות אצבע וטביעת רגל (פס' 31 להכרעת הדין). כן נקבע, על-פי הודעה מוסכמת, כי פריד ביצע שיחות טלפון פרטיות מהמכשיר הסלולארי של המנוח (שם, פס' 32). בנוסף לראיות אלו, נקבע כי בחקירתו, הכחיש פריד שהיה בזירת הרצח גם כאשר עומת עם השיחות הללו (שיחות שיצאו בין היתר לאחיו של פריד – מ"נ), ואף כאשר עומת, שוב ושוב, עם ה-די.אן.איי. והטביעות שלו אשר נמצאו בזירה (פס' 31-32 להכרעת הדין). בית המשפט קבע כי הגרסה שהעלה פריד בבית המשפט – לפיה בליל הרצח הגיע יחד עם מוחמד לביתו של עמוס כדי לבלות בו ולשתות, אך מוחמד היה זה שפרש עם עמוס לחדר השינה לקיום יחסי מין ומוחמד בלבד היה זה שביצע את הרצח – היא גרסה כבושה. נדחתה טענתו של פריד, לפיה הוא מסר את עיקריה של גרסה זו כבר במהלך חקירתו (פס' 33-35 להכרעת הדין). בית המשפט קבע כי פריד לא הצליח לספק הסבר סביר מדוע כבש את גרסתו, כאשר פעם טען שהסיבה היתה שהחוקרים "עצבנו" אותו ופעם טען שאולי היה מבולבל בחקירה (פס' 36 להכרעת הדין). עוד ציין בית המשפט כי סרט הווידאו המתעד את החקירה מעלה כי בעת שמסר את גרסתו המכחישה כבר בשלבים הראשונים של החקירה, היה פריד ניוח, שתה, עישן והרבה להתלוצץ עם חוקריו, כך שטענותיו בענין הסיבה לכבישת גירסתו הופרכו בראיות פוזיטיביות (פס' 37 להכרעת הדין). לסיכום נקבע כי גרסתו של פריד בבית המשפט הינה גרסה כבושה אשר לא נמצא כל הסבר מספק לכבישתה ולפיכך, ערכה הראייתית הינו מועט, אם לא אפסי (ע"פ 190/82 מרקוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 284, 225 (1983)). בית המשפט אף בחן את גרסתו של פריד בבית המשפט לגופה, ומצא כי התיזה שהיא מציעה אינה עולה בקנה אחד עם מכלול הראיות בתיק ואף אינה עומדת, כשלעצמה, במבחני ההיגיון והשכל הישר (פס' 38 להכרעת הדין). בין היתר נקבע כי אין זה הגיוני שעמוס או מוחמד יזמינו את פריד, אשר לטענתו אינו הומוסקסואל ולא היה קרוב לעמוס או למוחמד, לבוא לביתו של עמוס בעת שהראשונים מקיימים יחסים אינטימיים. כן נקבע כי גרסה זו אינה הגיונית לאור עדותו של יעקב, חבר קרוב של עמוס – עד מהימן ונטול אינטרס – לפיה עמוס היה קנאי עד מאוד לפרטיותו ואדם זר לא היה נכנס לביתו אלא אם הגיע למטרת מין (פס' 40 להכרעת הדין). כן נקבע, כי פריד נקט בעדותו בדרך של ערפול וטשטוש עובדות, תוך זהירות ממסירת פרטים נוספים משום שמסר גרסה כוזבת והבין שכל פרט עלול לסבכו (פס' 41 להכרעת הדין). צוין העדר ההיגיון שבאדישות העולה מגרסתו של פריד בבית המשפט, לפיה צפה בפסיביות בדקירתו של אדם נדיב וטוב לטענתו, דקות לאחר שבילה איתו ועם מוחמד בנעימים. כאשר עומת פריד עם תמיהה זו, הוא טען שפחד ממוחמד. בית המשפט דחה טענה זו: אדם שחזה ברצח ומפחד מהרוצח אינו טורח לשטוף את רגליו, כפי שטען פריד שעשה, במקום לנוס על נפשו; כמו כן נקבע, כי התמונה המצטיירת מהפגשת הנאשמים בחקירה היא שפריד, ולא מוחמד, הוא הדומיננטי מבין שניהם (פס' 42 להכרעת הדין).

הודאתו של מוחמד מפלילה גם את פריד

16. בנוסף נקבע בהכרעת הדין כי הודאתו של מוחמד, לה הוענק מלוא המשקל הראייתי, מפלילה גם את פריד בביצוע הרצח. דבר לחיזוק, הנדרש לשם הרשעת אדם על סמך אמרת חוץ של שותף בלבד, מצא בית המשפט באלה:

א. פרטים מוכמנים אשר צוינו לעיל (פס' 46 להכרעת הדין);

ב. הימנעותו של פריד למסור גרסה בחקירה (פס' 47 להכרעת הדין);

ג. שקריו המהותיים של פריד לפיהם מעולם לא היה בדירתו של עמוס (פס' 48 להכרעת הדין); בית המשפט דחה את הטענה שאין לזקוף נגד נאשם שקרים מופרכים בעליל שאינם תכליתיים, המצביעים – לפי הטענה – לא על ניסיון להסתיר את האמת אלא על נאשם שאינו אינטליגנטי במיוחד; נדחתה לגופה הטענה שפריד אינו אינטליגנטי במיוחד, תוך ציון תבונתו ופיקחוונו, כמי שניסה בחקירה לנסות להדיח את מוחמד לשבש את הליכי החקירה וייעץ למוחמד כיצד לעשות זאת; שם, פס' 49-50);

ד. אמירותיהם המפלילות של פריד ומוחמד במפגשים שנערכו להם במהלך החקירה (פס' 51-53 להכרעת הדין).

ראיות נסיבתיות נוספות נגד פריד

17. בית המשפט ציין ראיות נוספות המצטרפות לראיות שיש בהן כדי להביא להרשעתו של פריד. בית המשפט הזכיר את עדותו של חברו של עמוס, לפיה הבילוי באזור התחנה המרכזית נסב כולו סביב החיפוש אחר מין וכי עמוס תמיד רצה להכיר מישהו חדש. בית המשפט מצא כי עדות זו מחזקת את גרסת המאשימה, לפיה עמוס ביקש לקיים יחסי מין דווקא עם פריד, ולא עם מוחמד, שבינו לבין עמוס היתה מערכת יחסים עובר לאירוע. כן מצא בית המשפט בריבוי הדקירות בגופתו של עמוס, מלפנים ומאחור, תמיכה בסבירות שהרצח בוצע בידי יותר מאדם אחר, כאשר צוין בחוות הדעת הפתולוגית כי נמצאו פציעות בעלות שפה חדה ופציעות אחרות בעלות שפה משוננת (פס' 54 ו-55 להכרעת הדין).

הערעורים

ערעורו של מוחמד

18. ערעורו של מוחמד הוגש ביום 30.12.2009 בידי בא כוחו דאז מטעם הסנגוריה הציבורית הארצית עו"ד הישאם אבו שחאדה, וביום 9.2.2011 הגיש עו"ד אבו שחאדה עיקרי טיעון. זמן קצר לאחר מכן מונה עו"ד אבו שחאדה כשופט (ראו "בקשה להקדמת מועד הדיון" מיום 14.3.2011) ועו"ד ד"ר אלקנה לייסט הגיש, על פי רשות שניתנה לו, עיקרי טיעון נוספים ביום 23.10.2011. בערעורו טען מוחמד כי בית המשפט קמא טעה בכל אחד ממוקדי ההכרעה בעניינו: בדחיית טענות הזוטה, במתן משקל מלא להודאותיו לפי המבחן הפנימי והמבחן החיצוני, בקביעה שנמצא דבר מה נוסף לאישוש הודאותיו ובדחיית טענת האליבי. הודגש כי יש

לראות את אמירותיו של מוחמד בחקירה מתוך אספקלריה רחבה של שחיקה הדרגתית של כוח רצונו ופגיעה שיטתית בהליך הוגן ובזכויותיו במהלך החקירה, כאשר המשקל המצטבר של התנהגות החוקרים הוא שיש לפסול בגינו את כל אמרותיו (ולא רק את הודאותיו מיום 7.5.2007). בענין משפט הזוטא, חוזר מוחמד בערעורו באופן מפורט על אדני הפסלות שלהם הוא טען במשפט הזוטא, תוך הוספת מספר טענות עליהן נעמוד בהמשך הדברים. עוד טוען מוחמד, כי אף אם הודאתו לא תיפסל, התנהלותם הפסולה של חוקריו מביאה למסקנה שאין לייחס להודאה אלא משקל אפסי; בהתאם, כך נטען, משקלו של ה- "דבר מה הנוסף" צריך להיות גדול יותר.

19. בעיקרי הטיעון הנוספים שהגיש ד"ר לייסט בשמו של מוחמד, נטען כי בית המשפט טעה כאשר קבע כי האמצעים הפסולים שננקטו נגד מוחמד בחקירה אינם "קיצוניים", כמשמעות מונח זה בפסיקה בענין פסילת הודאות (סעיף ג סיפא להחלטת הזוטא). כן נטען כי בנוסף לאמצעים הפסולים הקיצוניים שננקטו נגד מוחמד, הופעלו גם אמצעים פסולים שאינם "קיצוניים", אך בית המשפט שגה כאשר קבע כי הם לא פגמו ברצון החופשי של מוחמד. כן נטען לראשונה כי גם אם יינתן להודאתו של מוחמד משקל ממשי, צריכה לעמוד למוחמד טענת הגנה מן הצדק, נוכח הפגיעה בתחושת הצדק וההגינות שבאופן ניהול ההליך, וכתוצאה מכך יש להמיר את הרשעתו של מוחמד מהרשעה ברצח להרשעה בהריגה. בנוסף נטען לראשונה, כי גם אם יינתן להודאתו של מוחמד משקל ממשי, יש להרשיעו בהריגה בלבד, וזאת עקב הקביעה בפסק הדין לפיה מוחמד היה "שיכור כלוט" בעת ביצוע המעשה.

20. בדיון שהתקיים בערעורים על פה, העלה ד"ר לייסט טענה חדשה ונוספת, לפיה יש לראות בשקרים ששיקרו החוקרים למוחמד בחקירתו, לפיהם די.אן.איי. וטביעות אצבע של מוחמד נמצאו בזירת הרצח – כאשר לאמתו של דבר לא נמצאו ראיות כאלה לגבי מוחמד כלל וכלל – אמצעי פסול המצדיק את פסילת ההודאה. כן נטען לראשונה כי יש לפסול את ההודאות עקב דברים שאמר מדובר למוחמד בלילה שלפני הודאותיו, לפיהם אסור לחוקרים לשקר לגבי קיום ראיות. כזכור, מוחמד ניהל משפט זוטא לפסילת הודאותיו בשורה של טענות זוטא אחרות. הוא לא העלה את הטענה בענין שקרים של החוקרים לגבי ראיות במשפט הזוטא, במהלך ההליך העיקרי, בנימוקי ערעורו, בעיקרי הטיעון מטעמו ואף לא בעיקרי הטיעון המתוקנים מטעמו שהוגשו על ידי סנגורו החדש ד"ר לייסט, אלא, כאמור – רק לאחר כל השלבים הללו, בדיון על פה בערעור. על משמעות הדבר, נעמוד בהמשך.

ערעורו של פריד

21. לטענת פריד, קבלת טענת הזוטא או טענת האליבי בערעורו של מוחמד תשמוט את הקרקע מתחת לכל אפשרות להתייחס להודאתו של מוחמד לצורך הכרעה בעניינו של פריד. פריד מצטרף לטענות מוחמד בענין טענת הזוטא. עוד טוען פריד כי החוקרים נמנעו מלחזור ולחקור חברים מהקהילה ההומוסקסואלית שהכירו את עמוס, את מודעיו והרגליו. חברו של עמוס העיד במשפט, וזאת על דרך המקרה ולא כתוצאה מחקירת המשטרה, על מערכת יחסים ממושכת וטעונה בין עמוס לבין מוחמד. עקב מחדל החקירה בענין זה לא היה בידי החוקרים מידע, שהטחתו בפני מוחמד בחקירה יכול והייתה מובילה אותו להודאת אמת, לפיה

הוא, והוא בלבד, רצח את עמוס. עוד נטען כי בית המשפט לא נתן דעתו על כך שראיות בענין עיסוק בזנות הומוסקסואלית הובאו רק בקשר למוחמד, ולא בקשר לפריד. פריד טוען כי מעשה ההמתה הספונטני והאינטנסיביות של הדקירות מחייבים פרץ רגשות התואם תוצאה של קנטור עמוק, וזאת על רקע של יחסים טעונים בין מוחמד ועמוס. פריד טוען כי בית המשפט טעה בקביעה שלא היתה למוחמד, אשר הפליל את עצמו בהודאתו, אינטרס להפליל את פריד; לפי הטענה, מוחמד "משייך לפריד חלק בהתרחשויות יותר לעניין בדיית הגירסה לפיה פריד... הוא זה שביצע המעשיים המיניים עם הקורבן, מאשר התייחסות למעשה ההמתה, שלגביו יש אצלו קבלת הדין והשלמה עם העובדה שלפניו מאסר עולם..."

22. עוד טוען פריד שהחוקרים ידעו, אף לאחר הודאתיו של מוחמד, שהתמונה בענין הרצח לא הובהרה כדבעי. נטען כי הדבר לא תוקן, ולכן כתב האישום שהוגש הוא "טלגרפי וסתום". כתב אישום זה מקבל את גרסת מוחמד לפיה פריד היה זה שקיים יחסי מין עם עמוס, זאת, בניגוד לראיות מוצקות לפיהן פריד נשאר בסלון. כתב האישום אינו מפרט מניע, למעט ויכוח בין עמוס לבין פריד שפרטיו לא נודעו. לא מוסבר בכתב האישום מדוע מי שנותר בסלון הצטרף למעשה הקטילה. כתב האישום מקבל כעובדה שנעשה שימוש בשתי סכינים, אף שאין לכך ראיה קונקלוסיבית. עוד נטען, כי בית המשפט טעה בכך שלא נתן את הדעת על ההבדל בין גרסה טלגרפית זו לבין גרסה קודמת של מוחמד בחקירה בטרם הודאתו, שהיתה מפורטת מאוד.

23. פריד טוען כי בית המשפט טעה כאשר לא ייחס משקל לעובדה שכל הראיות החפציות המבססות את הקביעה כי פריד נכח בביתו של עמוס במועד הקטילה – נמצאו מחוץ לחדר השינה בו בוצע מעשה הקטילה. נטען כי לא היה בסיס מספיק לקביעה שהרצח בוצע בשתי סכינים. אולם אף בהנחה שהרצח בוצע בשתי סכינים, אין בכך בסיס מספיק לקביעה שהיה יותר מדוקר אחד. עוד מצביע פריד על האינטרס שהיה למוחמד בהפללתו, כיוון שנאמר לו על ידי חוקריו שפריד הפליל אותו. אף שיחות הטלפון שביצע פריד מהטלפון הנייד של עמוס בליל הרצח מחזקים לטענתו של פריד את הסבירות שהוא נשאר בסלון בזמן שמוחמד ועמוס קיימו יחסי מין. פריד חוזר על הטענה שלא היה מקום לזקוף לחובתו את שקריו המהותיים, שכן מדובר בשקרים מופרכים בעליל שאינם "תכליתיים"; כן חוזר פריד על הטענה שעדותו בבית המשפט לא היתה כבושה. בעיקרי הטיעון שלו הוסיף פריד טענה נוספת, והיא שהיה מקום לכך שבית המשפט יתייחס בחשדנות כלפי אוכלוסיית העוסקים בזנות בין זכרים, שעמה נמנה מוחמד.

הכרעה

הכרעה בערעורו של פריד

24. אפתח בערעורו של פריד. בענין ערעורו של פריד הגעתי לכלל מסקנה, שאף אם אניח (ומסקנתי היא בסופו של יום אחרת כפי שיבואר בהמשך) שיש לפסול את כל ההודאות וההודעות של מוחמד, הרשעתו של פריד ברצח עומדת על כנה. אדם נרצח בדירתו. די.אן.איי. וטביעות אצבע וכף רגל של פריד נמצאו בדירתו של הנרצח. שיחות טלפון יצאו מהטלפון הנייד של הנרצח לאחיו של פריד. פריד, שאין מחלוקת על כך שהוזהר כדין בחשד לאותו רצח, טען שמעולם לא דיבר עם הנרצח והכחיש שאי פעם היה אצלו בדירה (פס' 31

להכרעת הדין). ניתן להרשיע נאשם על יסוד הוכחה שנמצאו טביעת אצבעותיו במקום הפשע, בהעדר הסבר מצדו, כיצד הגיעו טביעות כאלה לאותו מקום (ראו ע"פ 16/82 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 309, 316 (1982)). באותה פרשה הואשם אדם בביצוע שוד מזוין של משאית על תכולתה ובגרימת חבלה חמורה לנהגה. כאשר עומת הנאשם שם עם מציאת טביעות אצבעותיו שנמצאו בתא הנהג של המשאית מושא השוד, הוא הכחיש מכל וכל שהיה במשאית אי פעם. הנאשם שם העלה לראשונה בבית המשפט גרסה לפיה היה במשאית בנסיבות תמימות – והגרסה הכבושה נדחתה. אותו נאשם הורשע בדעת רוב בבית המשפט המחוזי, בין היתר על יסוד זיהויו בידי המתלונן בתחנת המשטרה; השופט י' קדמי, בדעת מיעוט בבית המשפט המחוזי, סבר שיש לזכותו מחמת הספק, עקב הבעייתיות שבזיהוי האמור. במסגרת הערעור שהוגש על הרשעתו, טענה המאשימה כי אפילו היה הזיהוי נפסל מכול וכול, עדיין עומדת ההרשעה על בסיס איתן (שם, בע' 313). בית משפט זה קבע בענין מלכה כי די בטביעת האצבע, בהעדר הסבר מתקבל על הדעת או המותיר לפחות ספק סביר, כדי להותיר את ההרשעה על כנה (שם, בע' 316-317; בית המשפט בחן מעבר לנדרש את ענין הזיהוי, פס' 8 בע' 317, שם). בענין הרשעה על סמך ראיה פורנזית בלבד ראו דבריו של חברי השופט נ' הנדל בערעור על הרשעה ברצח ב-ע"פ 10365/08 אלעיטווי נ' מדינת ישראל, פס' 5 (טרם פורסם, 7.3.2011). שם קבע חברי כי הימצאות די.אן.איי. של הנאשם בבדל סיגריה בזירת הפשע, בצירוף טענת הנאשם שמעולם לא היה במקום, אינם בגדר ראיה מרשיעה במקרה שנדון שם; אך זאת, בנסיבות שתוארו שם נוכח העובדה שבדל סיגריה הוא חפץ נייד וזירת הפשע במקרה שנדון שם היתה מקום ציבורי שבו הנאשם נהג להסתובב (ראו סעיף ט"ו לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין שם). השופט הנדל קבע:

"לדעתי, אין זה המקרה בו עצם מציאת הראיה, כשלעצמה, מובילה להרשעה. זאת, בשני מובנים: האחד, אין בראיה כדי לגלות מתי המערער היה נוכח בשטח. השני, והדברים קשורים זה לזה, נוכחותו של המערער במקום עשוי להיות נתון ניטרלי, שכן מדובר בשטח ציבורי. שונה הדבר, למשל, לו היה מדובר בטביעת אצבע של פורץ בתוך דירה של אדם שכלל אינו מכיר" (ההדגשה הוספה).

מכל האמור עולה כי בנסיבות מתאימות, ראיה פורנזית המזהה את הנאשם והקושרת אותו לזירת עבירה יכולה להספיק, בהעדר הסבר המעלה ספק סביר, כדי להביא להרשעה (לדוגמה להרשעה על סמך ראיות די.אן.איי. בלבד דווקא על חפץ נייד ראו ע"פ 149/12 אלמליח נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 24.9.2012); למקרה שבו, נוכח יריעת המחלוקת (העדר מחלוקת על מגע בין נאשם לבין מתלוננת), לא הספיקה ראית די.אן.איי. להרשעה, ראו פסק דיני ב-ע"פ 1132/10 מדינת ישראל נ' פלוני (טרם פורסם, 7.3.2012)). לכך יש להוסיף, כי כאשר מוכח שהנאשם שיקר בקשר לנוכחותו בזירת העבירה, אם אין בפיו הסבר שיש בו כדי להעלות ספק סביר מדוע שיקר – שקר זה מהווה ראיה נסיבתית עצמאית המצטרפת לראיות התביעה (ע"פ 517/86 ברוקס נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 441, 451 (1989) ואסמכתאות שם; ע"פ 4471/03 מדינת ישראל נ' קריספין, פ"ד נח(3) 277, 286 (2004); ראו והשוו ע"פ 9184/06 מדינת ישראל נ' כהן, פס' 12 (טרם פורסם, 19.9.2007)).

25. ניישם את הדברים בעניינו של פריד: טביעת כף רגלו של פריד נמצאה ברצפת הדירה של הנרצח, דירה שלטענת פריד בחקירה, הוא מעולם לא היה בה (ראו בקשה והודעה מוסכמות

מיום 13.11.2008; ע' 56 לפרוטוקול מיום 17.11.2008; זאת, בנוסף לטביעת אצבעו של פריד על הקיר בחדר המדרגות של הבניין ול-די.אן.איי. שלו שנמצא במיטלטלין בתוך הדירה). יצוין כי אין בנסיבות ענייננו כל פתח המאפשר לראות את הכחשתו של פריד בחקירה בעניין הימצאותו בדירתו של עמוס כאי הבנה. כפי שפורט בהרחבה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, פריד נשאל שוב ושוב אם היה בביתו של עמוס – ולו בטעות; אולם פריד הכחיש זאת באופן גורף, פעם אחר פעם, גם כאשר החוקרים הובילו אותו לבניין שבו מצויה הדירה, עימתו אותו עם מציאת טביעת האצבע וה-די.אן.איי. שלו במקום, והצביעו על הבניין כעל הבניין הרלוונטי. פריד טען בתוקף לא רק שלא היה בבניין, אלא שאף לא היה ברחוב כולו מימיו (פס' 31 להכרעת הדין). מאז, שינה פריד את גרסתו לגרסה לפיה הוא נכח אמנם בדירתו של עמוס, אך לא השתתף ברצח. אולם, בנסיבות ענייננו וכפי שיבואר מיד, די היה בטענתו של פריד בשלב הראשון של החקירה, לפיה מעולם לא היה בדירתו של עמוס, לצד מציאת טביעות הרגל והאצבע הקושרות אותו לדירה, כדי להותיר את הרשעתו ברצח על כנה גם אם שינה את גרסתו לאחר מכן.

26. יריעת המחלוקת במשפט הפלילי נקבעת באמצעות גרסת הנאשם (ככל שמסר גרסה). מסר הנאשם גרסה אחת – יריעת המחלוקת נקבעת על-פיה. מסר הנאשם יותר מגרסה אחת – רשאי בית המשפט, נוכח חשש לשינוי גרסה מטעמים טקטיים ובהעדר הסבר לכך המעלה ספק סביר, לחייבו בהתאם ליריעת המחלוקת הרחבה ביותר שפרס. ההבדל בין חשוד אשר טוען בהזדמנות הראשונה ובעקביות בהמשך שהוא נכח בזירת העבירה אך לא השתתף בביצועה, לבין חשוד אשר טוען בהזדמנות הראשונה שמעולם לא היה בזירה אך משנה את גרסתו רק לאחר עימות עם ראיות שיש בהן כדי להוכיח את ההיפך – הוא הבדל ברור. לגבי חשוד אשר טוען בהזדמנות הראשונה שהיה בזירת העבירה אך לא השתתף בביצועה, עשוי להתעורר ספק אם עדותו אמת היא אם לאו לגבי ההשתתפות בביצוע העבירה. אולם, לגבי חשוד מהסוג השני – שטוען תחילה ועוד בעקביות שמעולם לא היה בזירת העבירה ומשנה גרסתו כאשר הוא מעומת עם ראיות המצביעות על נוכחותו בה – אין ספק שלא כל מה שהוא מספר הוא אמת. עיתוי השינוי בגרסה שלו – רק כאשר נהיר לו שקיימות ראיות שיש בהן כדי להפריך את גרסתו הראשונה – מעלה חשד כבד שהחשוד היה מעורב בביצוע העבירה, ניסה להרחיק עצמו מכך בגרסתו הראשונה ושנה והתאים את גרסתו נוכח הראיות, המוצגות בפניו, במעין "קרב נסיגה". מטרת "קרב הנסיגה" היא שימור המרחק המרבי, אשר הולך ומתקצר נוכח הראיות שעמן הוא מועמת, מהמסקנה שהוא ביצע את העבירה (ראו והשוו, בהקשר של דרישת הסיוע: יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון (מהדורה משולבת ומעודכנת 2009) 279; יאיר הורביץ "ראיית הסיוע במשפט הפלילי – מגמות חדשות" משפטים ט 249, 256 (1979) (להלן: הורביץ)). עמדנו לעיל על כך שכאשר נאשם מכחיש שהיה בזירת העבירה אף שמוכח שהוא נכח בה, יכול הדבר להספיק כתשתית ראייתית להרשעה. אולם, אם במקום לעמוד על הכחשת הנוכחות, הנאשם משנה את גרסתו בהתאם לראיות המוצגות בפניו (ובהעדר הסבר לכך המעלה ספק סביר), הוא אינו משפר את מצבו; נהפוך הוא. נאשם כזה מרע את מצבו. בנסיבות אלה, מוסכם למעשה ששיקר בגרסתו הראשונה, ובהעדר הסבר המעלה ספק סביר, שקריו מחזקים את הראיות נגדו בענין ביצוע העבירה. אין בשינוי הגרסה המאוחר כדי לצמצם את יריעת המחלוקת ליריעה צרה (בבחינת "הייתי בזירה אך לא השתתפתי בעבירה") תוך "נטרול" המשמעות הראייתית של ההכחשה בתחילת הדרך (ראו והשוו הורביץ, בעמ' 261-262).

27. הדברים דומים גם במצב הפוך, כאשר, תחילה, פורש נאשם יריעת מחלוקת צרה, אך לאחר מכן משנה את גרסתו ומבקש להרחיב את היריעה. עצם העובדה שהוא סיפק שתי גרסאות שונות (או יותר) משמעותה היא שלא כל מה שסיפר הוא אמת. שינוי הגרסה עשוי להצביע על ניסיון טקטי של הנאשם להרחיק את עצמו מן העבירה. כך, ב-ע"פ 7508/10 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 27.8.2012), נדון עניינו של נאשם אשר הועמד לדין בחשד לביצוע עבירות מין באחותה הצעירה של אשתו. בחקירתו, הודה תחילה ביסודות העובדתיים של מעשים מגונים אך הכחיש את הנטען לגבי עבירת האינוס. עם זאת, מאותו שלב ואילך חזר בו וכפר בכל הנטען נגדו. בערכאה הראשונה שאל בית המשפט את הנאשם אם הוא עומד על יריעת המחלוקת הרחבה, לפיה לא היו דברים מעולם – והוא הודיע שהוא עומד על כך. בית המשפט המחוזי מצא סיוע בראיות בקשר לדברים שבמחלוקת ולא דווקא בקשר לעבירת האינוס. בערעורו, קבע השופט ס' ג'ובראן:

"...איני סבור, כי קופחה הגנתו של המערער נוכח העובדה שיריעת המחלוקת נקבעה בהתאם לקו הגנה בו דבק לאורך המשפט. נהפוך הוא. לא בהיסח הדעת נקט המערער בקו ההגנה אותו הציג לפני בית משפט קמא, כי אם במודע, בעקביות, ובסיכון מחושב, לאחר שניתנה לו ההזדמנות לשקול את הדברים בנחת ולהתייעץ עם עורך דינו.... קשה לומר, כי נפגעת זכותו של הנאשם להליך הוגן מקום בו קבע בית המשפט את יריעת המחלוקת על-פי הגרסה המוצגת על ידו בשלב המאוחר, וזאת לאחר שניתנה לו ההזדמנות לבדוק ולבחון את חומר הראיות ולכוון על-פיו את עמדתו. קביעה זו נכונה שבעתיים, כאשר הנאשם, כמו במקרה שלפנינו, מעלה טענות כלפי אופי הגינותה וסבירותה של החקירה במהלכה נגבתה ממנו גרסתו הראשונה. למעשה, סבורני, כי הדברים הנ"ל בספרו של י' קדמי [לפיהם יריעת המחלוקת נקבעת על ידי גרסתו הראשונה של הנאשם בחקירתו – מ"נ], אליהם הפנה בא-כוחו של המערער, נועדו להתמודד דווקא עם החשש מפני שימוש טקטי של הנאשם עצמו, אשר יציג גרסה מתפתחת ומותאמת לחומרים עמם עומת, לאחר שנשמעו עדי התביעה, והכל תוך מטרה לקבוע חזית מריבה שאינה 'מכוסה' בראיית סיוע. כלומר, ההיגיון שביסוד האמור בספרו של י' קדמי יפה בעיקר למצבים בהם הנאשם מצמצם את יריעת המחלוקת במהלך משפטו כדי לגרום לכך שלא תימצא בידי התביעה ראיית סיוע. בעניינינו המצב הפוך, המערער הרחיב את יריעת המחלוקת לעומת זו שנמתחה בדברים שמסר במשטרה, ובמצב זה אין כל סיבה שלא לזקוף לחובתו מהלך זה, לעניין בחינת הסיוע הנדרש. משכך איני סבור, כי יש בדברי השופט קדמי משום תמיכה לטענותיו של המערער. נוכח כל האמור, הגעתי למסקנה, כי לא היה מנוס מקביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה יריעת המחלוקת בין הצדדים הייתה רחבה וחלה על כלל העבירות שיוחסו למערער" (שם, פס' 20; בקשה לדיון נוסף נדחתה – דנ"פ 6713/12 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם 3.10.2012)).

הדברים שצוטטו נכתבו, אמנם, בקשר לדרישת הסיוע, אך הם יפים גם לענייננו. בהעדר הסבר המעלה ספק סביר, כאשר נאשם פרש באחת מגרסאותיו בחקירה או במשפט יריעה רחבה המכחישה כל קשר לזירת העבירה, אך קיימות ראיות חד משמעיות הקושרות אותו אליה, העובדה שהוא מסר גם גרסה אחרת בה הודה בנוכחות בזירה, בנסיבות המעלות חשש להתנהגות טקטית וללא הסבר המעלה ספק סביר, אינה גורעת מראיות התביעה; היא מוסיפה לראיות התביעה. החקירה והמשפט אינם לוח משחק עליו ניתן "להזיז" את השחקנים. לשינוי מהותי של גרסאות – יש ויש משקל.

28. על כן, בהעדר הסבר המעלה ספק סביר, די היה במציאת טביעות כף הרגל של פריד בדירתו של עמוס (בנוסף לטביעת האצבע בחדר המדרגות ו-די.אן.איי. על מיטלטלין בדירה) לצד טענתו הברורה שמעולם לא היה בדירה, כדי להביא להרשעתו ברצח. השאלה הנותרת היא, האם פריד סיפק הסבר המעלה ספק סביר להימצאות ראיות אלה בדירה ולשקריו בענין נוכחותו בדירה.

29. התשובה לשאלה זו – שלילית. לפי גרסתו של פריד בבית המשפט,

"...בליל הרצח הגיע יחד עם [מוחמד] לביתו של המנוח כדי לבלות בו ולשתות (ככל הנראה אלכוהול). ואכן, לאחר שהגיעו לדירה ישבו שלושתם בחדר המגורים ושתו יחד. אח"כ פרשו [מוחמד] והמנוח לחדר השינה בעוד שהוא נשאר בחדר המגורים, חלץ נעליו ונשכב על הספה. לפתע, כך העיד, שמע את המנוח זועק וצועק. הוא ניגש לחדר השינה וראה את [מוחמד] אוחז בסכין ודוקר את המנוח. לגרסתו, האזור כולו היה מגואל בדם ומאחר ורגליו היו יחפות הן הוכתמו בדם. [פריד] מיהר לחדר האמבטיה שטף רגליו, נעל נעליו ועזב את הדירה. הוא הוסיף וסיפר, כי בטרם נכנסו המנוח ו[מוחמד] לחדר השינה, נתן לו המנוח את הטלפון הסלולארי שלו כדי שיבצע ממנו שיחות ובעזבו את הדירה מכשיר הטלפון עוד היה מונח בכיסו וכך, בלי משים, נטל אותו עמו" (פס' 33 להכרעת הדין).

30. מתחייב דיון מסוים בעובדות שקבע בית המשפט המחוזי: בית המשפט המחוזי דחה את טענתו של פריד לפיה העלה את עיקרי גרסה זו כבר בחקירה. לפי קביעת בית המשפט לא ניתן למצוא בשתי פסקאות סתומות בתמלילי החקירה שאליהן הפנה הסנגור את עיקריה של גרסה זו (פס' 34-35 להכרעת הדין). בית המשפט קבע כי מדובר בגרסה כבושה שמשקלה מועט עד אפסי (פס' 37 להכרעת הדין). ואולם, לדעתי עיון בתמלילי חקירתו של פריד מעלה כי פריד העלה דווקא את עיקרי הגרסה באופן מפורט כבר בחקירה (ת/74, מע' 10; ת/75; פריד העלה את הגרסה בהבדלים מסוימים (כגון בשאלה אם נכח בדירה אדם נוסף, פרט לעמוס, מוחמד ופריד ובשאלה אם פריד שטף את רגליו באמבטיה (ת/75 בע' 10) ותוך שהוא חוזר בו מחלק מהפרטים שמסר מספר רגעים קודם לכן). בית המשפט היה ער לתמלילים אלה (ראו פס' 35 להכרעת הדין); אולם נוכח ההבדל בין הגרסה של פריד כפי שפורטה במשטרה וכפי שפורטה בעדותו של פריד בבית המשפט (טענת פריד בגרסה במשטרה לפיה נכח אדם נוסף), נקבע כי אין לראות בגרסה שהועלתה בתמלילים אלה גרסה זהה לגרסה שהועלתה לאחר מכן בעדות.

לדעתי הגרסה, כפי שהעלה אותה פריד בתמלילים הנזכרים – למעט ההבדל שציינתי – והגרסה בעדות דומות עד מאוד. אולם, אף שאני מוכנה לקבל שפריד אכן העלה את הגרסה שעליה העיד בבית המשפט כבר בשלב מאוחר בחקירתו במשטרה, אין בכך כדי לגרוע מהמסקנה שמדובר בגרסה כבושה. הכלל לפיו משקלה של גרסה כבושה מועט כל עוד לא ניתן הסבר סביר לכבישתה חל גם על גרסה כבושה שנולדה באיחור בעת חקירה במשטרה (ראו ע"פ 4364/02 מלמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 634, 639-640 (2002); בקשה לדין נוסף נדחתה ב-דנ"פ 11180/02 מלמד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.2.2003); ראו והשוו, בנסיבות שבהן הנאשם לא העיד בבית המשפט, ע"פ 2132/04 קייס נ' מדינת ישראל, פס' 30 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה וכן פסק דיני שם (לא פורסם, 28.5.2007)). כפי שקבע בית המשפט המחוזי, במהלך רוב חקירתו במשטרה הכחיש פריד כל קשר לאירוע הרצח, גם לאחר שהוצגו בפניו ראיות אובייקטיביות, דוגמת מציאת טביעות אצבע ודגימות די.אן.איי. שלו בזירה; הוא עמד על דעתו וחזר וטען בעקשנות כי מעולם לא נכח בדירת המנוח (פס' 4 להכרעת הדין). היה זה רק לאחר – וסמוך לאחר – שהוקרנו בפני פריד חלקים מהשחזור של מוחמד בהם "מיקם" מוחמד את פריד בדירה דווקא באותו ערב (ת/73, ע' 14-16), העלה פריד גרסה לפיה נכח בדירתו של עמוס בזמן ביצוע הרצח (ת/74, החל מע' 10; ת/73 עד ת/76 הם תמלילים מאותה חקירה באותו יום, ראו לענין זה גם ת/70 ו-ת/72). משקלה של גרסה כבושה המוצגת רק לאחר הצגת ראיה מפלילה נמוך אף מזה של גרסה כבושה המוצגת לפני הצגת ראיה שכזו. הדברים הבאים, אשר נקבעו בענין גרסה כבושה המוצגת לראשונה לאחר סיום פרשת התביעה במשפט, יפים, בשינויים המחויבים, גם לענין העלאת גרסה כבושה בחקירה, לראשונה לאחר שהוצגה בפני החשוד ראיה מפלילה:

"... כאשר גרסה זו מכוונת להשמטת הבסיס מתחת לקיומה של עובדה חיונית שהתביעה הביאה ראיות להוכחתה, מקימה השהיית החשיפה, מטבע הדברים, בסיס לחשש, שמא כבישת הגרסה עד לאותו שלב נועדה ל'התאמתה' – אם לא למעלה מזה – לראיות שהובאו מטעם התביעה, ול'הכשלה' מלכתחילה של האפשרות לבדוק את אמיתותה על ידי הצגתה בפני עדי התביעה" ע"פ 5730/96 גרציאני נ' מדינת ישראל, פס' 5(ד) (לא פורסם, 18.5.1998); ראו גם ע"פ 9385/10 אבו צעלוק נ' מדינת ישראל, פס' י"ז (טרם פורסם, 27.12.2011).

בענייננו, מתחילת חקירתו ובמשך כשבועיים וחצי, עמד פריד נחרצות על הגרסה לפיה מעולם לא היה בדירתו של עמוס; והנה עם הצגת קטעים מהשחזור של מוחמד שבהם "מיקם" מוחמד את פריד בדירה בזמן הרצח, העלה לפתע פריד גרסה מפורטת, לפיה אכן נכח בדירתו של עמוס, אך לא השתתף במעשה הקטילה. קביעת בית המשפט המחוזי לפיה פריד לא סיפק בעדותו גרסה והסבר לכבישתה שיש בהם כדי להעלות ספק סביר שלא ביצע את העבירה היא קביעה איתנה, גם בהתעלם מהעובדה שהגרסה הכבושה הועלתה לראשונה בחקירה בסמיכות להצגת ראיה הממקמת אותו בדירה בזמן הרצח. בית המשפט עמד על החלפת ההסברים לכבישת הגרסה בעדותו של פריד בבית המשפט, כאשר פעם טען כי כבש את גרסתו כי חוקריו עצבנו אותו, פעם טען כי עשה זאת כי היה מבולבל ופעם הסביר כי מסר גרסה בענין נוכחותו בדירה בזמן הרצח על מנת לקבל עוד קפה וסיגריות (פס' 36 להכרעת הדין). טענה זו אינה תואמת את העולה מהקלטת הווידאו של השלבים הראשוניים של חקירתו של פריד. בצדק קבע בית

המשפט כי הטענה לפיה חוקריו "עצבנו אותו" מופרכת בהקלטה זו, בה מסר פריד את גרסתו המכחישה כשהוא נינוח, שותה, מעשן ומרבה להתלוצץ עם חוקריו (פס' 37 להכרעת הדין; ת/55, למשל, 10:20, 14:00, 17:00, 20:00, 25:05, 31:30, 35:10, 43:15, 59:20, 1:05:50, 1:09:50, 1:56:00). צדק בית המשפט בקביעה שגרסתו של פריד בבית המשפט היתה גרסה כבושה אשר לא נמצא כל הסבר מספק לכבישתה. וזאת גם לגבי שינוי גרסה בחקירה. לפיכך, כפי שקבע בית המשפט המחוזי בהנחה שמדובר בשינוי גרסה במשפט (פס' 37 להכרעת הדין), ערכה הראייתי הינו מועט, אם לא אפסי. כך הם פני הדברים גם כשמביאים בחשבון את הדברים שנאמרו במשטרה. החקירה הפלילית אינה יחידה אחת. גם לשינוי גרסה במהלך החקירה יש משקל.

בשולי הדברים: בית המשפט המחוזי טעה בהתייחסות לציטוט מ-ת/58 "רוצח רוצח", מההפגשה הראשונה שנערכה בין מוחמד לפריד. בפסקה 35 להכרעת הדין מוצגת אמירה זו כאמירה שהטיח פריד במוחמד, שבה כביכול מבקש פריד למצוא הוכחה לכך שפרש את עיקר גרסתו בענין נוכחותו בדירה בזמן הרצח ללא השתתפות בו. עיון בתמליל המלא של הפגשה זו שקיבלנו, כפי שצוין בפתח פסק דיננו זה, כראיה נוספת במסגרת הערעור ((תמליל הזמנות 6821-6822" ולהלן: תמליל ההפגשה הראשונה) – וכן ב-ת/58 עצמו, שאליו הפנה בית המשפט המחוזי – מעלה כי האמירה "רוצח רוצח" אינה אמירה של פריד כלפי מוחמד, אלא ההיפך – מדובר באמירה שהטיח מוחמד כלפי פריד (ת/58, ע' 4; ע' 26 לתמליל ההפגשה הראשונה). עיון בסיכומיו של פריד בבית המשפט המחוזי מעלה כי הוא הפנה לאמירה זו לא כתימוכין לפרישת גרסתו בחקירה, אלא לענין אחר (סעיף 30 ל"הדגשים בכתב לסיכומי נאשם 2" בבית המשפט המחוזי). מסיכומים אלה עולה כי טענתו של פריד בענין ההפגשה היתה שבקטע אחד של אותה הפגשה פרש פריד את עיקר טענתו בענין נוכחות בזירה ללא השתתפות ברצח. אולם, המסקנה העולה מעיון בתמליל המלא של ההפגשה הראשונה, תמליל שלהגשתו לא התנגד כאמור בא כוחו של פריד, אינה באמת שפריד העלה בהפגשה זו גרסה בענין נוכחות בדירתו של עמוס (ללא השתתפות ברצח). במסגרת אותה הפגשה, לאחר שנכנס חוקר ושאל את מוחמד ופריד אם הם מכירים בחור בשם עמוס, התנהלה שיחה בין הנאשמים בעת שהושארו לבד ללא נוכחות שוטר. לשיחה זו חשיבות גם בעניינו של מוחמד ואצטט ממנה כאן בהרחבה:

מוחמד:	הוא רוצה לדעת איזה אחד.
פריד:	אכך... הוא אומר שאתה רצחת אותו, אה?
מוחמד:	תשבח את השם של אלוהים, אני לא רוצח חתול.
פריד:	מה אתה אומר?
מוחמד:	אני לא רוצח חתול, אתה רוצה שאני ארצח בן אדם?
פריד:	מה הביא את הדם על הארנק?
מוחמד:	מאיפה אני יודע?
מוחמד:	הארנק לא שייך לי, .. (מילה לא ברורה).
פריד:	..(מילה לא ברורה)
פריד:	מאיפה ה-.. (מילה לא ברורה)?
מוחמד:	הבאתי אותו מהבניין, הוא שייך לנרקומנים כנראה.

פריד :	אבל אתה מכיר את עמוס... (מילה לא ברורה).
מוחמד :	תקצר.
פריד :	מה ?
מוחמד :	תקצר.
פריד :	לא, תגיד לי, אני אעזור לך.
מוחמד :	תקצר, אמרתי להם שאני מכיר אותו כי שמעתי כך וכך, ואתה אומר לי את זה, תקצר, תקצר.
פריד :	..(צוחק) אתה מביא אותי לפה? תראה מה הוא עשה לי.
מוחמד :	כן, כן, תזרוק את התיק עליי.
פריד :	אני אפתח את התחת שלך.
מוחמד :	תפיל את התיק עליי, אני הבאתי אותך לפה.
פריד :	..(מילה לא ברורה), עכשיו אני אגיד לך.. (צוחק)
מוחמד :	כולם היו פה.
פריד :	מה ?
מוחמד :	כל החבורה הייתה פה.
פריד :	הביאו את כולם.
מוחמד :	הם הביאו אפילו את איגור.
פריד :	מי זה ?
מוחמד :	זה שעובד בפאב.
פריד :	כן.
מוחמד :	אפילו האילם, הוא לא מדבר והביאו אותו... (משפט לא ברור – מדבר בקול נמוך) הביאו את כולם, יעני .. (מילה לא ברורה) יותר ממה שידוע.
פריד :	..היית אצלו בבית (משפט לא ברור מדבר בקול נמוך).
מוחמד :	תקצר. איזה בית ?
פריד :	הבית שלו.
מוחמד :	תשבח את השם של אלוהים, מתי נכנסתי לבית שלו ?
פריד :	לפני חודש.
מוחמד :	תשבח את אלוהים, מתי נכנסתי לבית שלו ?
פריד :	כן, .. (מילה לא ברורה), זה אתה ?
מוחמד :	.. (משפט לא ברור – מדבר בקול נמוך)
פריד :	אני נשבע לך באלוהים שראיתי אותך אצלו.
מוחמד :	תקצר, תסגור את העניין הזה.
פריד :	.. (צוחק)
מוחמד :	אין צחוק בדבר הזה
פריד :	.. (צוחק)
מוחמד :	אין בזה..
פריד :	יש לי זמן, אני יכול לעשות לך בלאגן עמם .. (צוחק) תסבול, כמו

שאני טובל עכשיו (שתיקה קצרה)	
טוב, אני מכיר אותו, למה אמרתי שאני מכיר אותו?	מוחמד: מה?
אני מכיר אותו, למה אמרתי שאני מכיר אותו? נכון?	פריד:
אתה יודע בכלל למה עצרו אותי? על תעודת הזהות.	מוחמד:
למה?	פריד:
מה?	מוחמד:
.. (מילה לא ברורה), עכשיו אני אספר להם.. (צוחק)	פריד:
(צוחק)	מוחמד:
..(צוחק) אבל.. (מילה לא ברורה) שאתה רצחת אותו, נכון? .. (מילה לא ברורה) עליו.. (צוחק).	פריד:
אתה לא יודע מה זה צחוק	מוחמד:
לא, אבל באמת אני ראיתי אותך.	פריד:
אין צחוק בזה.	מוחמד:
כן.	פריד:
אכך.... (שתיקה קצרה)	מוחמד:
[לאחר שהחוקר נכנס שוב ושואל לגבי שתיית XL]	
הם שואלים אותנו אם אנחנו שותים XL? .. (שתיקה קצרה)	מוחמד:
כולו ממש, אתה הבאת אותי, זהו. .. (צוחק) נכון? אתה מכחיש שאתה מכיר אותו? באמת, למה רצחת אותו? אה? אוי ואבוי לך מאלוהים!	פריד:
אזיקי חמורים שמו לנו ברגלים.	מוחמד:
כן"	פריד:

(תמליל ההפגשה הראשונה, ע' 34-31).

נראה כי פריד אינו פורש בקטע המצוטט את עיקר גרסתו בענין נוכחות בדירה בליל הרצח ואי-השתתפות ברצח. אמירות פריד בקטע המצוטט לפיהן ראה את מוחמד רוצח את עמוס בדירה נאמרו לאחר שמוקדם יותר באותה הפגשה מוחמד אמר לפריד שפריד הוא "רוצח, רוצח". האמירות של פריד בקטע המצוטט, לפיהן יאמר כי מוחמד ביצע את הרצח, מצטיירות לא כפרישת גרסה כנה אלא כתגובה לכך שלהבנתו (המוטעית) של פריד, מוחמד אחראי לכך שפריד הובא לחקירה בפרשה – וכאיום נגד מוחמד בגין כך. זאת ועוד: עולה מהקלטת הווידאו של הפגשה זו (שאף אותה קיבלנו במסגרת הבקשה הנזכרת לצירוף ראיה), שהתקשורת בין שני הנאשמים באותו קטע היתה במידה רבה תקשורת מבודחת. ייתכן כמובן שהחזות המבודחת היוותה אך כיסוי לאיומים הדדיים בין הנאשמים. ייתכן, לעומת זאת, שהנאשמים זלזלו בחומרת מצבם באותו שלב ופשוט התבדחו כחברים. ייתכן שמדובר בשילוב בין הדברים. כך או אחרת, הנימה המבודחת בוודאי אינה מוסיפה משקל לסברה לפיה פריד פורש במפגש בין השניים ברצינות ובכנות בקטע שצוטט גרסה. על כל אלה: ממילא אין המדובר בפרישת גרסה בפני החוקרים אלא בדברים שאמר פריד למוחמד בהפגשה בין השניים, אשר תועדו בסתר.

לסיכום נקודה זו: אין בקטע המצוטט מההפגשה הראשונה בין מוחמד לפריד כדי לתמוך בטענתו של פריד, לפיה כבר ביום הראשון של חקירתו, כשבועיים וחצי לפני שהוצגו בפניו קטעים מהשחזור של מוחמד, הוא פרש את הגרסה בענין נוכחות בעת הרצח ואי-השתתפות בו.

31. בית המשפט המחוזי קבע כי משקל גרסתו הכבושה של פריד הוא "אפסי" (פס' 38 להכרעת הדין), אך לא פטר עצמו מלנתח גרסה זו לגופה – ולדחותה כבלתי מהימנה. אין מקום להתערב בדחיית הגרסה אף לגופה. זאת, לו בשל התמיהה העולה מגרסה זו, לפיה, פריד ראה את מוחמד דוקר את עמוס ופחד שידקור גם אותו, אך בד בבד טרח לשטוף את רגליו המגואלות בדם בטרם צאתו מהדירה:

"[מאליה מזדקרת לעין השאלה, היעלה על הדעת, שאדם החרד כך לגורלו לא יימלט מהמקום לנוס על נפשו ותחת זאת יטרח לשטוף רגליו ולנעול נעליו?! נראה, כי [פריד] אכן שטף רגליו מדמיו של המנוח ולכן נמצאה טביעת כף רגלו סמוך לחדר האמבטיה, אך ממכלול הראיות מתבקשת המסקנה, שהוא עשה בנסיבות גרסת המאשימה ולא בנסיבות המתוארות בגרסתו בבית המשפט" (פס' 42 להכרעת הדין).

32. כך, הגרסה הכבושה של פריד לפיה נכח בדירה אך רק מוחמד הוא שרצח את המנוח, גרסה שמשקלה ממילא אפסי בהעדר הסבר לכבישתה המעלה ספק סביר – נדחתה גם לגופה, ובצדק.

33. עמדנו לעיל על כך ששקרי נאשם, בהעדר הסבר לשקרים המעלה ספק סביר, מהווים חיזוק לראיות התביעה. צדק בית המשפט המחוזי בדחיית הסברו של פריד לשקרים אלה, הסבר לפיו מדובר לא בשקרים "תכליתיים" אלא בשקרים של נאשם שאינו חכם. צדק בית המשפט כאשר למד מההפגשה השניה בין שני הנאשמים ביום 17.5.2007, כי -

"...לא רק ש[פריד] איננו 'לא חכם במיוחד', כפי שמגדירו בא כוחו, אלא שמדובר באדם מפוכח ונכון, שהבין היטב את הסיטואציה והיה מודע לעומק ההסתבכות. מחילופי הדברים ביניהם, בהם נשמע הנאשם 2 מדרבן את חברו לחזור בו מהודאתו, עולה כבירור ש[פריד] פעל גם בחקירתו באופן מושכל, במכוון ובשיטתיות, ועשה כל אשר לאל ידו כדי להכשיל את החקירה. וכך באו הדברים לידי ביטוי: (פ-פריד, מ-מוחמד) מובארק)

פ': זיינו אותם בחקירה, אני אמרתי שלא דיברתי, שלא הייתי, איך יוכיחו...

....

פ': אמרתי לך שאתה באת אלי, תגיד לשופט היה בכוח מה שצילמו, (לא מובן) עשרים שנה.
באדי [חוקר] נכנס לחדר
באדי יוצא

פ: הוא ישאל אותך מי זה תגיד לא אני, הקליטו אותך ראיתי אותך בוידאו, תגיד מהפחד, הם רושמים מה שאני אומר, יש מישהו למעלה, הוא ישאל אותך, תגיד (לא מובן) אל תשתוק, תגיד מהפחד תגיד כל דבר (לא מובן) מהתיק הזה. עושה את עצמו יודע שאנחנו יחד אבו כביר, הוא לא ידע. איך הכנסת את עצמך בפשע כזה תרחיק את עצמך מהר.

....

פ: אמרתי לו אני אספר לך סיפור, אמרתי לו אני לא מכיר

מ: הוא שאל אותי (לא מובן)

פ: אתה באמת דיברת, תשתה נעשה להם קרניים

...

פ: תשמע, בוא נשתטה, -- מדבר לא רלוונטי השניים שרים.

רוצה לומר, מחילופי הדברים מצטיירת תמונה ברורה: [פריד]... מסביר ל[מוחמד] כיצד הציל עצמו ממאסר ממושך באמצעות שתיקתו לאמור: 'לא דיברתי, לא הייתי, איך יוכיחו...'. לא זו אף זו, [פריד] מנסה להדיח גם את חברו לשבש הליכי חקירה ומייעץ לו כיצד לעשות כן. לא ניתן לתת פרשנות אחרת לתוכן ומשמעות חילופי המשפטים דלעיל, זולת זו הקובעת ש[פריד] מילא פיו מים בכוונה תחילה והתכחש לנוכחותו בזירה מתוך כוונה להקשות על חוקריו" (פס' 49 להכרעת הדין; הדרכה דומה נתן פריד למוחמד כבר בהפגשה ביניהם ביום 30.4.2007: כאשר ביקש מוחמד מפריד "לקצר" בשאלותיו אליו בענין היכרות עם עמוס, אמר לו פריד "לא, תגיד לי, אני אעזור לך" (ע' 31 לתמליל ההפגשה הראשונה)).

34. בעדותו של יעקב, חברו של עמוס, בענין מערכת יחסים טעונה בין עמוס לבין מוחמד, אין כדי לסייע לפריד. עד זה העיד:

"מוברק [מוחמד] אמר שהוא השתמש בעמוס פעם או פעמיים כלקוח שלו וזה לא נכון, הם מכירים כבר הרבה שנים. היו להם יחסים מעבר לדבר הזה. למוברק לא היה איפה לישון ותמיד הוא היה אצל עמוס כל השנים, היו יחסים ביניהם. אני יודע שעמוס באיזה שהוא שלב ניסה להתנתק ממוברק אך זה לא הלך. מוברק היה אומר לעמוס שהוא בא אליו הלילה, ועמוס היה אומר שלא יבוא, פעמיים שמעתי את זה כשעמדתי בצד. עמוס סיפר לי שהוא היה בא ולוחץ בפעמון הדלת, ואומר לו שיפתח לו, ובגלל המבוכה מהשכנים הוא היה מכניס אותו" (ע' 126, פרוטוקול 21.1.2009).

בעדות זו מתוארים יחסים בין עמוס למוחמד, ואף נוכחות של מוחמד בדירתו של עמוס שעמוס לא תמיד רצה בה, אך הסכים לה. לא מתוארת בעדות זו, ולו ברמז, אלימות, איומים, או תוקפנות בין מוחמד לבין עמוס במשך יחסים ארוכים אלה (מעבר לכך שלמוחמד לא היה מקום

לישון והוא הגיע לביתו של עמוס שביקש שלא יבוא). מן הצד האחר, בית המשפט המחוזי קבע:

“אודות העדפותיו המיניות של המנוח סיפר יעקב ש'לעמוס היה תסביך. הוא תמיד רצה חדש וישב בתחנה. הוא תמיד הכיר מישהו זר'. (ע' 129 לפרוט' ש' 2-1). מידע זה משמש לשניים: הוא מספק תשובה, העולה בקנה אחד עם גרסת התביעה, לשאלה מדוע הגיע [פריד] לדירה, ותומך בגרסת המאשימה, לפיה, בעת ששהו בדירה היה זה [פריד] שקיים יחסי מין עם המנוח בזמן ש[מוחמד] צפה בסרט פורנוגרפי. שכן, בהינתן שבין [מוחמד] לבין המנוח התקיימה מערכת יחסים עובר לאירוע הרצח ובהתחשב בלהיטותו של המנוח לשותפים חדשים למין, סביר להניח, ש[מוחמד] הוא זה שצפה בסרט בזמן שהמנוח קיים יחסי מין עם 'הבחור החדש' ולא להפך” (פס' 54 להכרעת הדין).

אני מוכנה לקבל את טענתו של פריד ולפיה אין לראות בעדותו של יעקב בענין ההעדפה של עמוס לקיים יחסים עם אנשים חדשים, אלא כבסיס להשערה גרידא לגבי מה שהתרחש בדירה בליל הרצח. אלא שטענתו של פריד בענין זה היא בגדר חרב פיפיות. הרי גם עדותו של עד זה בענין היחסים בין עמוס לבין מוחמד, אינה מעלה אלא השערה גרידא, שסכסוך בין עמוס לבין מוחמד הוביל לרצח.

35. לסיכום ערעורו של פריד: אף בהנחה, לצורך הדיון בלבד, כי יש לפסול את כל הודעותיו של מוחמד, הרשעתו של פריד ברצח – עומדת על כנה.

כעת אפנה לדיון בערעור של מוחמד. אקדים ואוסיף בענין פריד, בבחינת למעלה מן הצורך בלבד: כי הגעתי כפי שיפורט למסקנה שאין מקום להתערב בקביעה לפיה הודאותיו של מוחמד הן קבילות ובעלות משקל מלא גם בעניינו של פריד. כאמור, גם אלמלא ההודאות של מוחמד, לא מתעורר ספק סביר שפריד ביצע את הרצח; אך הודאותיו של מוחמד, לפיהן הוא ופריד ביצעו את הרצח בצוותא, מוסיפות ומרחיקות, שבעתים, את פריד מרף הספק סביר.

הכרעה בערעורו של מוחמד

36. במובחן מהראיות נגד פריד, בדירתו של עמוס לא נמצאו טביעות או די.אן.איי. של מוחמד. במרכז הרשעתו של מוחמד עומדת הודאתו ברצח ודבר מה נוסף בדמות פרטים שנקבעו בהכרעת הדין כפרטים מוכמנים, בנוסף לדחיית טענת אליבי כבושה. במרכז ערעורו של מוחמד עומדות טענות המכוונות לפסילת הודאתו.

37. בטרם אדון בערעור על קביעות בית המשפט המחוזי במשפט הזוטא, אחזור על עיקרי הדין בסוגיית פסילת הודאות במשפט פלילי. בחינה זו נעשית היום לפי הלכת יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 4.5.2006), להלן: יששכרוב)). כפי שהטיב להגדיר זאת חברי השופט נ' הנדל, “מפת ההתייחסות לקבילותן של ראיות שהושגו

בדרך פסולה שורטטה מחדש על ידי בית משפט זה בהלכת יששכרוב שניתנה בשנת 2006" (ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל פס' 9 (טרם פורסם, 23.11.2011) (להלן: אל עוקה)). "ביחס להודאת נאשם במיוחס לו, מתווה מפה זו שתי דרכים במסגרתן יש לבחון את קבילותה של ההודאה – הפסילה החקיקתית והפסילה הפסיקתית" (פסק דין אל עוקה, שם).

הדרך הראשונה: הפסילה החקיקתית באמצעות סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971

38. הדרך הראשונה לבחינת קבילות הודאה היא לפי סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 הקובע, בין היתר, כי הודאה תהא קבילה רק אם היא היתה "חפשית ומרצון". בראשיתו, מבחן "חופשיות הרצון" נועד להגן על אמינותן של הודאות שנמסרו בפני אנשי מרות (פס' 24 לפסק דין יששכרוב); בהמשך פורש הסעיף כך שתיפסל קבילותה של הודאה גם בשל פגיעה שלא כדין בזכויותיו של הנחקר (שלמות גופו ונפשו של הנחקר וכן אוטונומית הרצון וחופש הבחירה שלו (שם, פס' 32-37)), אף כאשר אין מתעורר חשש בדבר אמיתות ההודאה (שם, פס' 32). בפסק דין יששכרוב נקבע עוד בענין המסלול לפי סעיף 12 לפקודת הראיות כי בעידן שלאחר חקיקת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, מן הראוי לחזק את מעמדה של התכלית בדבר ההגנה על זכויותיו של הנחקר – הזכויות לשלמות הגוף ולהגנה מפני מעשי ביזוי והשפלה הפוגעים באופן מהותי בשלמות הנפש – כך שהיא תהווה טעם מרכזי העומד בפני עצמו לשם פסילת קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 (שם, פס' 32-33). עוד עמד בית משפט זה בפסק דין יששכרוב על ההלכה בענין סעיף 12 שנקבעה ב-ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197 (1984) (להלן: מועדי), לפיה יש לבחון מבחינה עובדתית בכל מקרה לגופו האם היה באמצעי החקירה הפסול כדי לשלול את חופשיות רצונו של הנאשם במסירת הודאתו. רק במקרים בהם הגיעה רמת הפסלות כדי פגיעה "בצלם דמות האדם" של הנאשם וכדי "...דרגת חקירה ברוטלית ובלתי אנושית", תיפסל ההודאה לפי סעיף 12 מיניה וביה ללא בחינת ההשפעה בפועל על חופשיות רצונו של הנאשם (יששכרוב, פס' 25).

הדרך השנייה: פסילה פסיקתית באמצעות דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

39. הדרך השנייה לבחינת קבילות הודאה, לפי הלכת יששכרוב, היא דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בהלכה זו. מדובר בעילת פסילה שבשיקול דעת בית המשפט, אשר תופעל כאשר מגיע בית המשפט למסקנה שההודאה נגבתה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדריה של פיסקת ההגבלה (פס' 63 שם). התנאים לתחולת דוקטרינת הפסילה החוקתית הם שהראיה הושגה שלא כדין (באמצעי חקירה המנוגדים להוראה הקבועה בחקיקה או בנוהלים מחייבים, באמצעי חקירה בלתי הוגנים או באמצעי חקירה הפוגעים שלא כדין בזכות-יסוד מוגנת) – ושקבלתה במשפט תפגע משמעותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא על-פי גדריה של פסקת ההגבלה (שם, פס' 63-68). קווים מנחים להפעלת שיקול הדעת לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הם, בין השאר אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה (שם, פס' 70), מידת ההשפעה של אמצעי החקירה על הראיה שהושגה (שם, פס' 71) ובחינת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה (שם, פס' 72-73).

40. נפנה בשלב זה לבחינת הערעור על קביעות בית המשפט המחוזי בטענות הזוטא, לאור כללים אלה. כבר במשפט הזוטא, ובמהלך כל הערעור, נטען כי כל אחד מהאמצעים הפסולים שצוינו במשפט הזוטא צריך להוביל לפסילת ההודאות של מוחמד הן מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות הן לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. ערעורו של מוחמד התאפיין בכך שהוספו לו טענות חדשות ושונו בו טענות במהלך הדיון בו. זאת, לא רק עקב החלפת הסנגורים של מוחמד במסגרת הערעור: אף לאחר שהסנגור החדש ד"ר לייסט הגיש, על-פי רשות שניתנה לו, עיקרי טיעון נוספים בערעורו של מוחמד, הוא המשיך לחרוג מריעת הטענות שהוא עצמו קבע והעלה טענות חדשות במסגרת הדיונים על פה. כפי שיפורט, יש בעיני משמעות לעיתוי העלאת טענות פסלות. כך, בעיקרי הטיעון הנוספים טען ד"ר לייסט לראשונה כי אמצעי החקירה כדלקמן מהווים אמצעים "קיצוניים" בראי העילה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות, המובילים מיניה וביה לפסילת הודאותיו של מוחמד: האיום הנטען שבחשיפת עיסוקו של מוחמד בזנות לאביו; ההתבטאויות הגזעניות והפוגעניות של החוקרים – וריקון זכות ההיוועצות מתוכן וחקירתו על תוכן השיחות עם הסנגור. לעומת זאת הוזכר כי העדר אזהרה כדין, הימנעות ממסירת מועד ומקום העבירה בחקירה, חקירה ממושכת ומתישה ומניעת אוכל ושינה, אינם מהווים אמצעי חקירה פסולים "קיצוניים" אך הם מובילים לפסילת ההודאות של מוחמד לפי סעיף 12 לפקודת הראיות כי הם פגעו בפועל ברצונו החופשי של מוחמד. בדיון על פה מיום 2.1.2012 העלה ד"ר לייסט לראשונה טענה חדשה, לפיה יש לפסול את ההודאות של מוחמד גם עקב שקרי החוקרים בענין קיום ראיות הקושרות את מוחמד לזירת העבירה; נטען כי שקרים אלה מהווים אמצעי פסול, אך לא אמצעי "קיצוני" המביא לפי סעיף 12 לפסילה "מיניה וביה" (פרוטוקול הדיון מיום 2.1.2012, ע' 8 ש' 40). אחרון, טוען מוחמד כי אף אם אין בכל אחד מהאמצעים הפסולים כדי להביא לפסילת ההודאות, יש בהם, במצטבר, כדי לפסול אותן.

41. אקדים ואומר, בפתח הדיון בטענות הזוטא, כי הגעתי למסקנה שאין מקום להתערב בהרשעתו של מוחמד עקב טענות הזוטא. כפי שאפרט בהמשך הדברים, בעיני, יש חשיבות רבה להודאה נוספת שמסר מוחמד עשרה ימים לאחר שנמסרו ההודאות שסקר בית המשפט המחוזי – הודאה מיום 17.5.2007 שנמסרה לאחר עימות עם פריד, שעליה לא הסתמך בית המשפט. הודאה נוספת זו מסלקת מן הדרך לדעתי חלק ניכר מהקשיים העולים ממסקנות משפט הזוטא. בלשון אחרת: גם אם יש מקום להתערבות בענין ההודאות עליהן הסתמך בית המשפט, אין פירוש הדברים שאין בפנינו הודאה קבילה שיש להסתמך עליה. הודאה כזו ניתנה ב-17.5.2007. מכאן – לטענות שהועלו.

איום בחשיפת החשדות נגד מוחמד ועיסוקו בזנות לאביו

42. במשפט הזוטא טען מוחמד כי במהלך החקירה איתרו החוקרים נקודת תורפה משמעותית אצלו, והיא – חששו מכך שאביו יידע על מעצרו בגין חשד לביצוע עבירת רצח ועל עיסוקו בהספקת שירותי מין לגברים בתשלום בתל אביב. נטען כי מדובר בענין קריטי עבור מוחמד וכי הוא חזר וביקש שלא להעביר מידע זה לאביו. עוד טען מוחמד כי הסכים להודות ברצח "תחת הבטחה שלא יודיעו לאביו דבר ושאביו לא יובא לתחנת המשטרה". נטען כי האיום בענין הבאת אביו למשטרה התחיל בחקירה ביום 6.5.2007 (יום לפני שמוחמד הודה ברצח) ונמשך עד להודאה למחרת, "דבר שמחזק את ההשפעה ההרסנית שהיתה לאיום זה על תחושת המצוקה אצל הנאשם, ומכאן גם שלילת 'חופש הרצון' שלו" (סעיפים 58-59 לסיכומים מטעם מוחמד במשפט הזוטא). נטען כי למרות ההבטחה, בסופו של דבר הובא אביו של מוחמד

לתחנת המשטרה – אך לא נחקר. מוחמד טען במשפט הזוטא, כי זאת הוכחה לכך שהבאת אביו נעשתה על מנת להפעיל עליו לחץ נפשי בלתי הוגן ולהביא לשבירת כוח הרצון שלו ולשחיקה טוטאלית של כוח העמידה שלו בפני החוקרים כדי שימסור הודיה שתפיס את דעתם (שם, פס' 66).

43. בית המשפט המחוזי קבע בהחלטת הזוטא כי ביום 6.5.2007 אמרו החוקרים למוחמד שאביו עתיד להגיע לתחנת המשטרה וכי יודיעו למשפחתו על מעצרו. נקבע כי החוקרים העלו את נושא עיסוקו של מוחמד בזנות והבטיחו לו שלא יחשפו עובדה זו בפני אביו אלא רק את החשד נגדו בביצוע הרצח. בהמשך, כך נקבע, הם ביצעו בנוכחות מוחמד התקשרות טלפונית עם אביו, המשיכו את השיחה מחוץ לחדר החקירות ולאחר מכן הודיעו למוחמד כי אביו אכן יגיע לתחנה למחרת. עוד נקבע כי נושא הבאת האב וכל המשפחה לתחנת המשטרה חזר ועלה במשך החקירה וכי למחרת, הסכים מוחמד לצאת לרכב עם החוקר באדי חרב (השיחה בה הודה ברצח), תוך שהוא מתנה את השיחה בכך שלא תיוודע לאביו סיבת מעצרו ובכך שיועבר לאגף אחר בבית המעצר. החוקרים העידו שהיה צורך חקירתי בהבאת האב לתחנה לשם חקירתו. רפ"ק רונה פינגלאי אף היתה משוכנעת שהאב נחקר, אך אין חולק שבסופו של דבר האב זומן לתחנה אך לא נחקר כלל. נקבע כי החוקר רס"ר באדי חרב אישר בעדותו כי מוחמד ביקש שלא להזמין את אביו לתחנת המשטרה מחמת הבושה וביקש גם שיועבר לאגף אחר, אך לדברי החוקר מדובר בבקשות לגיטימיות ולא חריגות. נקבע כי החוקרים שללו כל זיקה בין ההבטחות האמורות לבין ההודיה. מוחמד, כך נקבע, הסביר במסגרת הודאתו כי מה שהניע אותו להודות היה רצונו לפרוק ולהוציא את מה שהיה לו בלב. בית המשפט קבע כי ההבטחות לא פגעו בחופשיות רצונו של מוחמד וכי אין זיקה בינו לבין ההודיה. בניתוח סוגיית ההבטחות והאיומים עמד בית המשפט, בין היתר, על כך שרק הבטחה בעלת עוצמה עלולה להכיל בחובה את הכוח "להעביר אדם על דעתו" עד כדי פרימת רצונו החופשי. נקבע כי ההבטחה בענין העברתו של מוחמד לאגף אחר – אשר ממילא הועלתה לא בידי החוקרים אלא בידי מוחמד עצמו – היתה שולית ואינה מגיעה כדי העוצמה שבכוחה לשבש את יכולת הבחירה ולבטל כליל את רצונו החופשי של מוחמד (ע' 46-44 להחלטת הזוטא). בענין ההבטחה השנייה, שלא להביא את האב לתחנת המשטרה, קבע בית המשפט המחוזי:

"מורכבת יותר היא ההבטחה שלא להביא את אביו לחקירה, שהשפעתה על הנאשם, במצבו, עלולה היתה להיות משמעותית, ודאי כאשר קודם לכן הופחד בכך שאביו יובא לתחנה כדי לחשוף בפניו את עיסוקו והחשדות נגדו. ואולם, ביחס אליהן, סבורני, כי מחמת היעדר זיקה בינה לבין מסירת ההודיה אין מקום לפסילתה בעטייה" (שם, בע' 46).

44. בית המשפט קבע כי לפי הפסיקה, על מנת שהודאה תיפסל, נדרש קשר סיבתי בין האמצעי הפסול לבין מסירת ההודאה. נקבע כי עולה מהראיות כי ההבטחה בענין אי הבאת האב לא נטרלה כליל את רצונו החופשי של מוחמד, משום שנוצר נתק בינה לבין ההודאה, אשר נשענה על מניעים אחרים. הנתק, לדברי בית המשפט המחוזי, נגרם משני גורמים מרכזיים: האחד, העובדה שלצד ההבטחה חזר החוקר והסביר למוחמד שבקשותיו ייבדקו ללא קשר עם חקירתו ושמוחמד הבין זאת; השני, הדברים שאמר מוחמד בהודעותיו לגבי המניעים שהובילו אותו להודות, ובהם הרצון לפרוק מעל לבו את נטל האשמה הכבד. בית המשפט ציטט בענין

זה, מתמלילי החקירה, תשובות של מוחמד לאחר שהודה לראשונה, בהן הוא עונה כי לא הודה עקב ההבטחות ואישר את אמיתות תוכן הודאתו, תוכן שעליו חזר שוב ושוב לאחר מכן, הן בהודעה פורמאלית לאחר שהובהר לו מה מצפה לו בבית המשפט, הן בשחזור ואף באישור השחזור לאחר שצפה בו (שם, בע' 47-49). בית המשפט הצביע גם על נסיבות נוספות של מתן ההודיה – יציאה מתחנת המשטרה לרכב לבקשתו של מוחמד; אווירה נינוחה בחקירה; היות ההודאה הודאה בררנית ומתפתחת לאיטה ולא הודאה גורפת – כנסיבות המפייגות החשש שההודיה ניתנה בעקבות לחץ ממושך, איום או הבטחה (שם, בע' 49-50). לסיכום קבע בית המשפט המחוזי כי "...גם אם היו חלקים מסויימים בהתנהגות החוקרים שאינם ראויים, אין לקבוע שדבק בהם פסול היורד לשורשה של ההודאה והגורם לפסילתה" (שם, בע' 51).

45. לפני שאדון בטענות בערעור בנושא הבאת אביו של מוחמד לתחנת המשטרה יצוין, כי בנימוקי הערעור ובעיקרי הטיעון הראשונים שהוגשו מטעמו, הופיעה טענה לקונית, לפיה טעה בית המשפט המחוזי בקביעה שההבטחה בענין הבאת האב וההבטחה בענין העברת מקום מעצר לא היה בהן כדי לפגוע בחופשיות רצונו של המערער (פס' 25 לנימוקי הערעור; פס' 4 לעיקרי הטיעון מיום 9.2.2011). ככל שיש לראות בכך טענה שההבטחה בענין העברת מקום מעצר מהווה אמצעי חקירה פסול, יש לדחותה. בסיכומיו במשפט הזוטא, על אף שעו"ד אבו שחאדה ציין מפורשות את קיומה של ההבטחה בענין העברת מקום מעצר, לא נטען כלל שהבטחה זו היתה בגדר אמצעי חקירה שבגיננו יש לפסול את ההודאות של מוחמד. עובדת קיומה של ההבטחה בענין מקום המעצר צוינה באותם סיכומים במסגרת הפרק שבו הטענה היתה אחרת – טענה לפיה ההבטחה בענין הבאת האב מהווה אמצעי חקירה פסול (ראו פרק ד(2) לסיכומים מטעם מוחמד במשפט הזוטא). גם בהמשך הדיון בערעור (לרבות סבב נוסף של עקרי טיעון מטעם מוחמד ודיונים על פה), הטענה בדבר הבטחה בקשר למקום מעצר לא תפסה מקום ממשי. כך, ככל שהיה מקום מלכתחילה לראות בטענה הלקונית הנזכרת בנימוקי הערעור טענה לפסילת ההודאות עקב הבטחה בענין העברת מקום מעצר, מוחמד זנח אותה (וראו דבריו של ד"ר לייסט בדיון מיום 2.1.2012 לפיהם "בסופו של דבר מוחמד ביקש כי יבטיח לו 2 דברים: אבו כביר, עמ' 27 וזה באמת לא לתפוס את השור בקרניו. אני מדבר על האב, מרשי ביקש ממנו שיבטיח לו שאביו לא ידע מזה" (פרוטוקול מיום 2.1.2012, ע' 5 ש' 31-32)). בבחינת למעלה מן הצורך אציין כי בנסיבות עניינו של מוחמד ממילא מקובלים עלי דבריו של בית המשפט המחוזי בענין ההבטחה בקשר למקום מעצר, לפיהם "עסקינן, בהבטחה בענין שולי יחסית, שאין בה כדי לשנות מהותית את מצבו של הנאשם – ועל כן, לא ניתן להגדירה כבעלת עוצמת פיתוי והשאה ברמה כזו שהיה בכוחה לשבש את יכולת הבחירה שלו ולבטל כליל את רצונו החופשי" (ע' 46 ש' 14-17 להחלטת הזוטא), וגם אין מקום לראותה כאמצעי חקירה הפוגע בזכות להליך הוגן באופן שיש בו כדי להצדיק פסילת הודאה לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. נשוב איפוא לטענה המרכזית בענין הבאת האב לתחנת המשטרה.

46. ד"ר לייסט טען במסגרת הערעור, כי בית המשפט שגה בסיווג ענין הבאת אביו לתחנת המשטרה כהבטחה ולא כאיום. וכך כתב:

"...מדובר באיום חמור וכבד משקל בחשיפת עיסוקו של המערער בפני אביו (על עצמת האיום אנו למדים מניסיונו של המערער להתאבד כיומיים לאחר מכן). הדיון בערכאה הראשונה נסב סביב 'הבטחה' שלא להביא את אביו של

הנאשם למשטרה, בית המשפט קמא התעלם מכך שדבר הנגזר ישירות מן 'ההבטחה' הוא איום מוסווה בהבאת האב לתחנת המשטרה ובחשיפת עיסוקו של המערער בפני האב, אם המערער ימשיך שלא לשתף פעולה.

....

יש להבין עד כמה פוגעני האיום שבחשיפת מקצועו של המערער כנותן שירותי מין לגברים בפני אביו. ראשית, מדובר באיום שעלול לגרום להחרמת המערער על ידי אביו ובני משפחתו ולריסוק התא המשפחתי של המערער. יתרה מכך, הדבר עלול להביא למצב בו חיי המערער יהיו בסכנה על רקע כבוד המשפחה. שנית, המערער חשש מנזק בריאותי שייגרם לאביו עקב הגילוי המזעזע, לבסוף, מדובר בפגיעה בשמו הטוב ובפרטיותו של המערער. מדובר באמצעי פסול מאין כמוהו.... 'תרגיל חקירה' זה הוא פסול ומעלה ניהוח של ניצול לרעה של ההליך והתעמרות בנאשם.... יש לציין שהאב הובא בסופו של דבר לתחנת המשטרה אך לא נחקר ולא ברור מדוע הובא. יש בכך משום אמצעי פסול שעצמת הפסלות שבו אמורה להביא לפסילת ההודאה ללא קשר לפגימה ברצונו של המערער או באמיתות הודאתו" (עיקרי הטיעון הנוספים מיום 23.10.2011, ע' 8-6).

47. על מנת להכריע בטענות בדבר איום ו/או פיתוי והשאה בקשר להבאת האב לתחנת המשטרה, היה על בית המשפט המחוזי לבחון את שתי עילות הפסלות: הן את העילה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות והן את העילה לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. בית המשפט המחוזי בחן טענות אלה רק לפי סעיף 12 לפקודת הראיות, אך נמנע מלעשות כן לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. אקדים תוצאה לניתוח: הגעתי למסקנה שאין מקום להתערבות בכך שיש הודאה עליה ניתן להסתמך, גם נוכח סוגיית הבאת האב לתחנת המשטרה. זאת, כפי שאפרט, בשל ההודאה הנוספת של מוחמד מיום 17.5.2007, שהזכרתי לעיל, שעליה לא הסתמך בית המשפט. גם בהנחה שדין ההודאות שנסקרו בידי בית המשפט להיפסל עקב סוגיית הבאת האב, הודאה נוספת זו נמסרה כאשר מוחמד כבר ידע שאין לסמוך על הבטחות החוקרים וכאשר הוא ידע שאיומיהם כבר התממשו, לפחות חלקית והאב הובא לתחנת המשטרה וסיפרו לו, למצער, על אודות החשדות ברצח.

גם כאשר בוחנים את ההודאות אותן סקר בית המשפט, עיון בראיות, בעדויות החוקרים ובתמלילי החקירה מעלה כי היתה הצדקה חקירתית עניינית להביא את האב לתחנת המשטרה. עיון בדברי החוקרים בענין הבאת האב לאור הצדקה חקירתית זו מציב את הסוגיה באור שונה מזה המופיע בטענותיו של מוחמד. אבאר.

48. ביום הראשון של מעצרו, מסר מוחמד כי טלפון נייד מס' 052-3988251 של חברו קיפאח, היה בעבר בחזקתו (ז/12, ע' 7, ע' 41). בפלט השיחות של טלפון זה אוכנה, באזור שהוא קרוב לאזור הרצח ובערב הרצח, שיחה נכנסת, בשעה 22:36, מהטלפון של מר איסמעיל סרחאן. מספר הטלפון של איסמעיל סרחאן הוא 052-4241422 (ראו ז/34, וכן ז/39 ע' 147-154 ו-ז/38 5:29:33-5:17:00). על-פי פלט השיחות של הטלפון של קיפאח (ת/44) וחוות הדעת המומחה בענין האיכון (ת/77), השיחה שחויגה מהטלפון של איסמעיל סרחאן בשעה

22:36 ואשר נענתה בטלפון של קיפאח, ארכה 21 שניות, ואוכנה כאשר הטלפון של קיפאח היה באזור שמכסה את אתר "מקווה ישראל בוק". מדובר באזור הקרוב מאוד למרכז על"ם ולביתו של עמוס כאחת (אזור רח' יהודה הלוי, המגיע עד רח' הרצל מצפון מגיע עד אזור שדרות רוטשילד – ראו אתר "מקווה ישראל BTOR4001" בע' 6 ל-ת/77 וכן הצבע האדום במפה נספח ב' לאותה חוות דעת המבטא את אזור הכיסוי של OR40014). בחקירה ביום 6.5.2007 – היום שבו לטענת מוחמד הועלה לראשונה האיום להביא את אביו לתחנת המשטרה – נשאל מוחמד אם הוא מכיר את אסמעיל סרחאן. מוחמד ענה: "לא מכיר" (ז/39, בע' 105). כיום ובדיעבד, מוחמד אינו מכחיש כי אסמעיל סרחאן הוא שכנם של הוריו בכפר וכי הדרך שבה אביו היה יוצר עמו קשר היתה באמצעות הטלפון של אסמעיל סרחאן (פס' 30 להכרעת הדין). ברור, שאיכות שיחת טלפון המתקבלת באזור הסמוך לאזור הרצח ובטווח הזמן שבו בוצע הרצח, בין שכנו של אביו של מוחמד בכפרו, לבין הטלפון שהחזיק מוחמד (למצער בעבר) – מהווה פוטנציאל לראיה חשובה בחקירת הרצח. נוכח הכחשתו של מוחמד בענין ההכרות עם השם של השכן – אסמעיל סרחאן – היתה חשיבות באיסוף ראיות שאינן מותרות ספק בענין הקשר בין אסמעיל לבין מוחמד. עינינו הרואות כי באותו שלב בחקירה, ביום 6.5.2007, היתה חשיבות חקירתית בלתי מבוטלת להביא את אביו של מוחמד לתחנת המשטרה, על מנת לחקור אותו בדבר יצירת הקשר עם בנו מוחמד באמצעות שכנו אסמעיל. נוכח אי מציאת טביעות אצבע או די.אן.איי. של מוחמד בזירת הרצח, אישוש קשר זה היה יכול (בצירוף הפרכת הטענה שמוחמד החזיר את הטלפון לקיפאח לפני ערב הרצח) להוות ראיה חשובה נגד מוחמד.

בשולי הדברים, אציין כי אני ערה לקביעת בית המשפט המחוזי לפיה נתקבלה בטלפון של קיפאח שיחה נוספת בערב הרצח ממספר שמוחמד הודה, כבר ביום הראשון לחקירתו, שייך לדודו (פס' 30 להכרעת הדין). אלא שעיון ב-ת/44 מעלה כי בניגוד לאמור בהכרעת הדין, אותה שיחה נתקבלה בשעה 11:41 בבוקר. כך, אמנם כבר בתחילת החקירה מוחמד קשר עצמו לטלפון של קיפאח ביום הרצח; אך ברור גם שקיים הבדל בחשיבות הראייתית, בין שיחה לטלפון מאדם הקשור למוחמד באזור הסמוך לאזור ביצוע הרצח בטווח הזמנים בו בוצע הרצח (השיחה מאסמעיל), לבין שיחה מאדם אחר הקשור למוחמד, במקום אחר ובשעות הבוקר.

49. כאמור, ביום 6.5.2007, נוכח הכחשתו של מוחמד בענין היכרות עם אסמעיל, קם צורך חקירתי אמיתי וחשוב להביא את אביו של מוחמד לתחנת המשטרה. בהמשכה של אותה חקירה שבה הכחיש מוחמד (ז/39 בע' 105) שהוא מכיר את אסמעיל, העלו החוקרים את האפשרות להביא את אביו של מוחמד לתחנת המשטרה (ז/39 בע' 119). בהחלטת הזוטא התייחס בית המשפט לעדות החוקרים לפיה היה ענין חקירתי בהבאת אביו של מוחמד (שם, ע' 44). רס"ר באדי חרב העיד:

"ש. ענין מאד קריטי מבחינת הנאשם שרציתם להודיע לאביו שהנאשם עצור בגין עבירת רצח והוא ביקש לא להודיע, ואתם בעצם רמזתם לו בצורה סמויה שאביו גם ידע מאיפה הוא מביא את הכסף שהוא שולח לאביו, שזו עבודה בזנות. בענין הזה הפחד שלו שתודיעו להוריו עובר בצורה מאד ברורה בכל החקירות. אתה מסכים שהאבא לא היה רלוונטי לתיק מבחינת הצורך החקירתי לתיק הזה?"

ת. זה לא מדוייק. הרי אבא שלו התקשר אליו לפלאפון שהנאשם החזיק בידו שלו, הפלאפון של קיפח ג'אבר" (ע' 43 לפרוטוקול מיום 15.8.2008, ש' 15-9).

ראו גם את עדותה של רפ"ק רונה פנגלאי. מעדות זו עולה אמנם כי חוקרת זו אינה מייחסת חומרה לניצול נקודה רגישה אצל מוחמד בענין אביו ומעידה כי החוקרים רצו לעשות תרגיל חקירה עם האבא, אך היא הוסיפה:

"היה פה גם עניין חקירתי והוא יצר קשר טלפוני עם מישהו בשטחים שנקשר לטלפון של המנוח והגענו לאותו בחור דרך האבא והיינו זקוקים לאבא" (ע' 28 ש' 17-20 לפרוטוקול מיום 5.5.2008; העדה בלבד ככל הנראה בין הטלפון של קיפאח לבין הטלפון של המנוח).

ראו גם עדותו של רפ"ק עאהד איברהים:

"ש. לגבי ההתקשרות עם אביו. רמזתם לו בצורה ברורה וגלויה, עצם העניין שיודיעו לאביו עלה במספר ימי חקירה והרגשתם שזאת היתה נקודת תורפה

ת. אנו ביצענו את פעולת החקירה עם האב וזה בעקבות הטלפונים מהטלפון של המנוח... " (ע' 56 לפרוטוקול מיום 15.5.2008, ש' 22-24; גם חוקר זה בלבד בין הטלפונים הרלוונטיים; ראו גם עדותו של נעמן סלקמן בע' 70-71 לפרוטוקול מיום 14.7.2008 – עד זה מעיד שחשיבות הבאת האב נבעה הצורך לוודא את ענין שיחות טלפון בזמן האירוע עם מורה בשטחים שהביא את האבא לדבר עם מוחמד; ראו והשוו עדותו של רס"ר יוסי בכר בע' 80 לפרוטוקול).

50. הצורך החקירתי להשיג הודעה מאביו של מוחמד משתקף גם בתמלילי חקירה, בהם ממשיך מוחמד להכחיש שהוא מכיר את אסמעיל (על אף הוכחה ברורה המוצגת בפני מוחמד בצורת שיחת טלפון מאביו דרך הטלפון של אסמעיל בחדר החקירות):

"חוקר 1 [רפ"ק עאהד איברהים]: תגיד לי... כששאלנו אותך על סרחאן אסמעיל, אסמעיל סרחאן... אמרת שאתה לא מכיר? נכון? (לא ברור) סרחאן? עדיין אתה מכיר אותו! אם אני יגיד לך שסרחאן אסמעיל אצלנו... המורה בבית הספר... הא? השכן של אבא שלך. הא? השכן של אבא שלך?
נחקר 1: השכן של אבא שלי?
חוקר 1: אהא.

- חוקר 2 : השכן של המשפחה שלך, השכן של המשפחה שלך !
- חוקר 1 : השכן של אבא שלך ממחנה פרעה, המורה בבית הספר. ואמר לנו שהוא דיבר איתך, אתה, אתה, על המספר 1 5 2... על הטלפון של קיפאח, תדפיס השיחות שהראינו לך ביום הרצח בשעת הרצח, מה התגובה שלך לגבי כך? הוא דיבר איתך...
- חוקר 2 : זאת אומרת בתכלס הגענו לאסמעיל.
- חוקר 1 : והוא אומר לנו שאין לאביך טלפון! ואביך משתמש את טלפון השכנים, הוא מורה בית ספר, אביך הולך אליו ומתקשר מהטלפון שלו.
- חוקר 2 : ואתה מתקשר לטלפון שלו כדי שתדבר עם ההורים שלך.... לא משנה כמה תשקר ותעשה דאווין, בסופו של דבר השמש... האמת כמו השמש... פעם נסית להסתיר את השמש, אתה יכול?
- נחקר 1 : (מצקצק).
-
- חוקר 1 : אתה מכיר את אסמעיל או לא? איך הוא מכיר אותך? ומכיר את אבא שלך... ואת השם של אבא שלך... גמאל? והוא נתן לאביך להתקשר לי לפלאפון.
- חוקר 2 : הוא השכן של המשפחה שלך, גבר!
-
- חוקר 2 : הוא מורה בית ספר מכובד, מה אתה רוצה לסבך אותו? תתבייש לך! אתה רוצה שנסגור את הנושא שנינו ביחד.
- נחקר 1 : אין לי מה להגיד.
- חוקר 1 : חכה!! חכה! למה אתה הסתרת שאתה מכיר את אסמעיל, אסמעיל סרחאן? ממחנה פרעה? השכן של גמאל מבארק? למה הסתרת?
- חוקר 2 : מאיפה אתה?
- נחקר 1 : ממחנה הפרעה.
- חוקר 2 : ממחנה הפרעה.
- חוקר 1 : מה מספר התושבים שגרים שם?
- נחקר 1 : עשר
- חוקר 1 : מה עשרה?
- נחקר : עשר אלפים.
- חוקר 1 : זה מחנה גדול. טוב... מחנה אלפרעה, זה ישוב... כמו הישוב שלנו, שלו... כל אחד מכיר את השני. ובמיוחד אם הוא היה מורה בית ספר. מורה בית ספר כולם מכירים אותו.
- חוקר 2 : יש לו טלפון, אתה יכול להתקשר לטלפון ולדבר עם המשפחה שלך. לאבא שלך אין טלפון.
- חוקר 1 : כולם מכירים את מורה בית הספר.. כולם מכירים... למה? כי הוא מלמד דורות. אתה יודע.. הדור מכיר את המורה, והדור שאחרי

מכיר את המורה... כל הדורות מכירים את המורה.

חוקר 2: שמע, שמע, תחסוך לעצמך, תחסוך מהמשפחה שלך מטרד... (לא נשמע) תחסוך את הבלגן ואת הסקנדל... כי זה מתאים לך, אתה בחור מבוגר לא בן 16. אתה לא יודע מה (לא נשמע).

[צלצול טלפון]

חוקר 1: אתה יודע מי זה? זה סרחאן.
[שתיקה] (ז' 39 ע' 145-147)

בהמשך מגיע אותו קטע לגביו קובל מוחמד על עריכת שיחת טלפון עם אביו בזמן החקירה:

חוקר 1: אלו. כן? אבו מוחמד מדבר? שלום עליך... רגע אחד ג'מאל, רגע אחד (מפעיל רמקול) כן ג'מאל.

ג'מאל: אלו.

חוקר 1: אתה אביו של מוחמד מבארק?

ג'מאל: כן, כן.

חוקר 1: מוחמד מתקשר אליכם בטלפון הזה תמיד?

ג'מאל: כן?

חוקר 1: מוחמד מתקשר אליכם לטלפון של המורה אסמעיל?

ג'מאל: בטח. (לא נשמע).

חוקר 1: אתם מתקשרים למוחמד מהטלפון של אסמעיל?

ג'מאל: מה?

חוקר 1: אתה אין ברשותך טלפון.

ג'מאל: אין לי אין לי.

חוקר 1: אם אתה רוצה להתקשר עם מוחמד, מאיפה אתה מתקשר?

ג'מאל: מה?

חוקר 1: אם אתה רוצה לדבר עם מוחמד, מאיפה אתה מתקשר?

ג'מאל: אני מהרחוב... או מפה ושם...

חוקר 1: אתה מתקשר מהטלפון של אסמעיל גם כן?

ג'מאל: מה?

חוקר 1: אתה מתקשר מהטלפון של אסמעיל גם כן?

ג'מאל: אכן. (לא נשמע)

חוקר 1: מה?

ג'מאל: אינשאללה מוחמד לא עשה דבר?

חוקר 1: מוחמד הסתבך בבעיה גדולה

ג'מאל: (לא נשמע)

חוקר 1: הוא הסתבך בבעיה גדולה, עכשיו אני אדבר איתך מבחוץ... זה אבא שלך? אתה מזהה את הקול שלו? זה אבא שלך? זה אבא שלך מוחמד?

ג'מאל: כן.

נחקר: כן.

חוקר 1: רגע אחד ג'מאל רגע אחד.
(חוקר 1 יוצא מהחדר).

חוקר 1: אלו... כן גמאל.

....

חוקר 2: כן. מוחמד... שמעת את אבא שלך בטלפון? (לא נשמע) ודיברת עם המשפחה שלך, ההורים שלך, דיברתי עם אבא שלך... עם אימא שלך, לא חשוב עם דיברת, ואללה לא מפריע לי, הלוואי ותדבר איתם כל היום. מהטלפון של קיפאח, בשעת הרצח... להביא לך את התדפיס עוד פעם... בוא נניח שאני חמור ולא מבין דבר... אני לא רוצה לסבך אותך... ואללה ואללה אני לא רוצה לסבך אותך, אני רוצה לעזור לך, אבל תעזור לעצמך, אל תקבור את עצמך עוד, אל תהיה חמור... מוחמד, אל תהיה טיפש, סיים את הנושא, אל תהיה טיפש, אל תהיה חמור...

נחקר: אין לי מה להגיד.

חוקר 2: אל תהיה חמור

נחקר: אין לי מה להגיד, אני לא עשיתי דבר. אני לא עשיתי דבר.

....

חוקר 2: למה אתה משקר ואומר שאתה לא התקשרת באסמעיל סרחאן?
נחקר: לא התקשרתי לאיסמעיל.

....

חוקר 2: וזה מי התקשר דרכו לאסמעיל סרחאן?

נחקר: אני לא התקשרתי אליו...

חוקר 2: לא שמעת מה אבא שלך אומר?

נחקר: אבא שלי אומר שהוא מתקשר.

חוקר 2: מאיפה הוא מתקשר?

נחקר: מאסמעיל.

....

חוקר 2: אוקי, אז הוא התקשר אצל אסמעיל...ב-11 לחודש, 11 לדביעי בזמן שעמוס נרצח. אוקי? הוא התקשר ודיבר איתך, אבא שלך או אח שלך.. מישהו מהמשפחה, מישהו מהבית... מהטלפון של איסמעיל.. מה זאת אומרת? מה זאת אומרת אומרת [כך].. לטלפון של קיפאח. מה זה מוכיח?
נחקר: שהטלפון היה איתי.

....

חוקר 2: זה אומר דבר אחד, שהטלפון של קיפאח קודם כל היה איתך... אוקי.

חוקרת: תספר את האמת מוחמד, ואללה לא נעים לקחת אותך לפינה. נשבעת לך, אתה כזה בחור טוב, לא נעים לקחת אותך לפינה. תספר את האמת גם אמרתי לאבא שלך שיבוא, יביא לך בגדים יביא לך סיגריות יביא לך דברים, אני אקח אותך מהמחסום... אנחנו לא נעשה לך עכשיו משפט שדה... אנחנו יודעים שרצחת אנחנו יודעים הכל...

נחקר: לא רצחתי

חוקרת: אז תספר את האמת..

- נחקר : נו, מה אני אספר, לא עשיתי שום דבר.
-
- חוקרת: מה קבענו עם אבא שלו? בלי שהוא יספר את האמת.
- חוקר 2: מחר בשעה תשע הוא מגיע. בתשע הוא...
- חוקרת: מה הוא יביא לו?
- חוקר 2: מחסום אל חמרא.
- חוקרת: מה הוא יביא לו?
- חוקר 2: בגדים דברים (לא ברור).
- חוקרת: אף אחד לא מנסה לעשות רע אבל אתה עושה את זה לעצמך, תספר את האמת, תספר את האמת, חבל על הזמן, מספיק מחמד, תאמין לי אני לא נעים לי אפילו שאבא שלך ידע את המצב, את ה, לא נעים, הוא רוצה לראות אותך, אנחנו נאפשר לו לראות אותך, אנחנו לא מחפשים שיהיה לך רע.
-
- חוקר 2: תגיד לי, למה, לפני שתי דקות אמרת לי אני לא מכיר את אסמאעיל, נכון? נכון?
- חוקר 1: אתה מכיר אותו?
- חוקר 2: אתה מכיר את אסמאעיל? הנה שמעת את אבא שלך מדבר מהטלפון שלו, אתה מכיר את אסמאעיל?
- נחקר ((מצקצק)).
-
- חוקר 1: תחסוך לעצמך עוד השפלה.. תחסוך לעצמך עוד השפלה... תחסוך.. לא מתאים.. לא מתאים לך... תחסוך את ההשפלה להורים שלך... ולכל העולם... תחסוך, תחסוך. בישלת אורז תאכל אורז.
- חוקרת: אנחנו נעזור לך לחסוך, אנחנו לא נעשה לך פדיחות. לא נגיד מה הרקע.. אם אתה רוצה לא נגיד כלום, אבל אתה לא יכול, אתה לא יכול לשבת פה ולשקר ככה לחוקרים (ז/39, 147-155; ההדגשה הוספה).

ראו דברים דומים שנאמרו בהמשך החקירה באותו יום:

- “חוקר 2: יש לך עוד שקרים? שנבדוק אותם?.... השמעתי לך, כל מילה שנאמרת פה נבדקת מיד, מיד נבדקת....יש עוד שקרים? יש עוד דברים? אבא שלך תשע ב.. ב.. אלחמראה מחר... אני מביא אותו לפה, מחר בבוקר, בתשע בבוקר הוא באלחמרה אני שולח צו שיביא אותו.... ואם צריך אני אביא את כל המשפחה.. את כל המשפחה אביא לפה. אסמאעיל בא עם אבא שלך מחר לפה, שתגיד אני לא מכיר את הבנאדם הזה. בתשע בבוקר הם באלחמרה, אני אביא את שניהם לפה מחר, בתשע באלחמרה בסביבות עשר הם יהיו פה, אתה גם תהיה (לא

- ברור)... ואז נגיד לך אדוני... בבקשה מי זה ג'מאל מבארק? מי זה ג'מאל מבארק?
 נחקר 1: לא יודע.
 חוקר 2: לא יודע.. זה לא ג'מאל מבארק הבן של חוסני מבארק ב.. בזה במצרים... ג'מאל מבארק זה אבא של מוחמד... ומי זה שבא איתו? זה השכן המורה... המורה איסמאעיל.
 חוקר 1: שהוא לא מכיר" (ז/41, בע' 12).

51. עינינו הרואות כי עניין הבאתו של אביו של מוחמד וגביית עדות ממנו היה ענין חשוב לחקירה נוכח הכחשתו של מוחמד את אופן ההתקשרות עם משפחתו. איכון השיחה מאסמעיל, השכן של אביו של מוחמד, באזור הסמוך לאזור הרצח ובטווח הזמן שבו בוצע הרצח, לצד הכחשתו של מוחמד בענין ההיכרות עם אסמעיל, בהחלט הצדיקו – ואולי אף חייבו – גביית הודעה מסודרת מאביו של מוחמד בענין. כפי שעולה מהציטוט לעיל הכולל את הקשר הדברים, הפצרת החוקרים למוחמד שאם לא יספר את "האמת" יביאו את אביו, לא היתה הפצרה כללית להודות ברצח, אלא הפצרה לספר את האמת בענין ההיכרות עם אסמעיל, שבלעדיה אכן נדרשה הבאת האב לתחנת המשטרה.

52. ודוק: ראינו במצוטט לעיל כי מוחמד בעצמו אמר בחקירה כי המשמעות של דברי אביו, לפיהם האב מתקשר אליו באמצעות הטלפון של אסמעיל, היא שהטלפון של קיפאח היה אצל מוחמד; עם זאת, מוחמד מיד חזר על הטענה שהוא אינו מכיר את אסמעיל. אמנם, בהמשך החקירה באותו יום (6.5.2007) מוחמד הציג, לראשונה, גרסה שבה אישר שקיבל בערב הרצח שיחה מאביו בטלפון של קיפאח. יטען הטוען שבכך פקעה, באותו רגע, העילה החקירתית הרלוונטית להבאת אביו של מוחמד לחקירה, וכי המשך ציון ענין הבאת האב בפני מוחמד בבוקר ההודאה למחרת, הוא בגדר יציאת המרצע מן השק: הוכחה כי מה שעומד בפנינו אינו מהלך חקירה רלוונטי ודרוש, אלא שימוש פסול באיום בחשיפת עיסוקו של מוחמד במתן שירותי מין לגברים והחשדות נגדו, על מנת לקבל תמורתו הודאה ברצח. הגעתי למסקנה, שלמרות שהחוקרים המשיכו להעלות את ענין הבאת האב גם לאחר שמוחמד כבר אישר את קיום שיחת הטלפון עמו בליל הרצח, אין מקום לקבוע שפקעה העילה העניינית להבאת האב לתחנת המשטרה. נוכח גרסאותיו השונות של מוחמד בחקירה בענין שיחת הטלפון ונסיבותיה (תחילה, הכחשה שהוא מכיר את השכן אסמעיל וגרסה לפיה החזיר את הטלפון של קיפאח לפני יום הרצח; בהמשך – אישור קיום שיחה עם אביו בערב הרצח, אך זאת בטענה שהשיחה לא התקיימה בזירת הרצח אלא כאשר פגש את קיפאח), מותר היה לחוקרים להגיע למסקנה שגביית עדות מאביו עדיין מתחייבת. ראו לענין זה את דברי רס"ר יוסף בכר בבוקר ההודאה (7.5.2007), לאחר שמוחמד אישר את קיום השיחה עם אביו בליל הרצח:

- "חוקר 1: איך אבא שלך יגיב כשהוא ישמע שאתה חשוד ברצח? אה? אה, מוחמד?
 נחקר: (לא ברור)..
 חוקר 1: מה אבא שלך יגיד כשהוא ישמע שאתה חשוד ברצח?
 נחקר: בשביל ככה לא רוצה שיבוא..
 חוקר 1: מה?
 נחקר: בשביל ככה שלא רוצה שהוא יבוא.

חוקר 1: מה לעשות? אה? צריכים לברר איתו כמה דברים. ממתני אתה בתל אביב, כמה זמן אתה בתל אביב, מתי ראה אותך פעם האחרונה... צריך לברר איתו. מתי דיבר איתך בטלפון... צריכים לברר איתו את כל הדברים האלה, אין מה לעשות. מוחמד...." (ז/46 בע' 6).

53. בסופו של דבר, מי ש"הכניסו" את אביו של מוחמד אל תוך החקירה לא היו החוקרים. מי ש"הכניס" את אביו של מוחמד אל תוך החקירה היה מוחמד, אשר בערב הרצח ובאיזור הסמוך לאיזור הרצח, ענה לשיחת טלפון של אביו אשר התקשר, באמצעות הטלפון של אסמעיל. ועוד: עיסוקו של מוחמד במתן שירותי מין לגברים בתשלום, לא היה בגדר פרט אישי מוצנע שאין לו קשר לחקירה; ימים רבים לפני שמוחמד עלה כאדם הקשור לפרשה, החשד היה כי עמוס נרצח בדירתו תוך כדי בילוי שכלל יחסי מין הומוסקסואליים, ומוחמד אישר בחקירה כי הוא אכן נתן שירותי מין בתשלום לעמוס. צפיתי בקלטות ועיינתי בתמלילים הארוכים. התמונה הכוללת נראית מאוד שונה מהתמונה שהציג מוחמד בערעור, ממנה ניתן היה להבין שהחוקרים פשוט לקחו חשוד צעיר ברצח שהוא במקרה זונה ממין זכר בן הדת המוסלמית וללא קשר ענייני לחקירה, איימו להביא את אביו לתחנת המשטרה ולחשוף בפניו את עיסוקו במתן שירותי מין לגברים והחשדות לרצח. עם כל הצער שבדבר, מי שחשוד בעבירה על רקע עיסוק כזונה ממין זכר, כאשר טלפון שהיה בשימוש קלט שיחת טלפון מאביו בערב ביצוע העבירה ובאיזור הסמוך לאיזור שבו היא בוצעה, אינו יכול למנוע את חקירת האב במשטרה, ונוכח נסיבות הפרשה, ייתכן שבחקירה כזו ילמד האב על החשדות לרצח או אף על העיסוק האמור. לא ניתן גם להעלים מן המשפחה גם בלי הבאת האב לחקירה, שמוחמד חשוד בעבירת רצח, בגינה יש חשש שיהיה צפוי למאסר עולם. את הבשורה הרעה הזו לא ניתן למנוע מהאב, שהוא חולה לב, ומוחמד חשש שבריאותו תיפגע.

54. עם זאת, מהצורך החקירתי להביא את האב לתחנת המשטרה ומהאפשרות שהוא ילמד על החשדות נגד מוחמד ברצח ועל עיסוקו, לא נגזר שלחוקרים מותר להשתמש באפשרות חשיפת הדברים בפני האב כבסיס לאיום או להבטחה. החוקרים העלו בפני מוחמד פעמים רבות בחקירה, לעתים באופן מקניט, את האפשרות שאביו ילמד על החשדות נגדו או אף על עיסוקו בזנות הומוסקסואלית (ראו ז/39, עמ' 118-120, 132; 147-148, 152-155; ז/41, ע' 12, -23; ז/46, ע' 3-9, 14-15, 23, 41-46). בסופו של דבר, כפי שקבע בית המשפט המחוזי (ע' 44 ש' 10-11 להחלטת הזוטא) מוחמד התנה את היציאה לרכב לספר את גרסתו בכך שאביו לא יובא לתחנת המשטרה. ענין הבאתו של אביו של מוחמד עלה שוב תוך כדי ההודאה ברכב. בית המשפט המחוזי ציטט את השיחה בין מוחמד לבין החוקר באדי חרב, בה הזכיר מוחמד לחוקר כי הבטיח לו שני דברים (ע' 48 להחלטת הזוטא; ז/51, ע' 59-62). כפי שצוין לעיל, ד"ר לייסט טען בערעור כי בית המשפט טעה כאשר התייחס לענין כהבטחה, ולא כאל איום. לדעתי צודק הוא, במובן זה שאמירות רבות של חוקרים בענין הבאת האב ובענין האפשרות שהאב ילמד על החשדות נגד מוחמד ועל עיסוקו בזנות הומוסקסואלית, הן שהביאו את מוחמד לבקש, ולקבל, הבטחה. מ"מ הנשיא אגרנט כבר עמד, לפני כחמישים שנה, על הדמיון העיוני בין איום להבטחה:

"ערכו של נימוק זה [בענין הסכנה בהסתמכות על הודאה כמכילה דברי אמת – מ"נ] בולט לעין כאשר נפסלת ההודאה מפני שהושגה הודות להפעלת אמצעי אלימות פייסיים כלפי גופו של הנאשם, שכן שבירת כוח התנגדותו בנסיבות כאלו, עובר למתן ההודאה, עשויה לשלול ממנה את משקלה כראייה מהימנה. לעומת זה, כאשר המדובר הוא בהצלת הודאה מפי הנאשם בהשפעת דברי פיתוי שנאמרו לו על-ידי 'איש מרות' והכילו הבטחת 'טובה' – כגון שישוחרר בערכות, שלא יובא בפלילים, עונשו יהיה קל, הוא ייחון או כיוצא בהבטחות כאלו בדבר שיפור מצבו החומרי – אזי אין לומר, מבחינה דקדוקית מילולית, כי הלה נתן את ההודאה שלא מתוך 'רצון חופשי'. הלא גם במקרה כזה עדיין נשארה בידו הברירה למלא פיו מים ואם בכל זאת החליט לוותר על זכותו זו בגלל התקוה לקבל את הטובה שהובטחה לו, כי אז פירוש הדבר, שהוא עשה 'בחירה' בין שני שיקולים והעדיף את אחד מהם על האחר. אף-על-פי-כן, ברור, שהאטרקציה הנעוצה בדברי ההבטחה – כי תצמח לו תועלת יותר גדולה אם ימסור הודאה מאשר זו שתצמח משתיקתו – היתה כה חזקה, וההכרעה בשאלה, אם יש להתפתות לה, כה קשה, עד כדי לשלול מההודאה, שהושגה בדרך זו, את ערכה כראייה מהימנה. הווה אומר, כי גם בנסיבות כאלה יש לגרוס שהיא ניתנה על ידי הנאשם-העציר שלא מתוך 'רצון חופשי'. יושם לב, כי גם במקום שהלה נתן אותה בלחץ 'איומים', הוא עשה כן לאחר שעשה 'בחירה' בין שני קווי התנהגות חלופיים, אשר כל אחד מהם היה עלול להביא לתוצאה בלתי נעימה. ההחלטה להודות באשמה פירושה, בחירה באותה תוצאה – כך שקל הנאשם – שהיא פחות שנואה עליו. ההבדל בין כניעה לאיומים לבין התפתות להבטחת 'טובה' אינה איפוא אלא הבדל של עצמת וסוג ה'פיתוי'; במקרה הראשון הפחד מפני האפשרות שהאיומים יוגשמו הלכה למעשה משמעותו אך ורק שטח הבחירה צומצם בעיני הנאשם עוד יותר. אולם, בשני המקרים גם יחד עובדת הצמצום הזה היא הנותנת שלא יהיה זה משום צעד בטוח לסמוך על דברי ההודאה [צ"ל הודאה] כאמת...." (ע"פ 307/60 יאסין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז(3) 1541, 1553 (1963)).

לאחר עיון בתמלילי החקירה, תמימת דעים אני עם בית המשפט המחוזי שגם על רקע הצורך החקירתי להביא את אביו של מוחמד, התנהלות החוקרים בקטעים מסוימים של החקירה לא היתה תקינה. בנסיבות אחרות, התנהלות זו היתה עלולה להוביל לפסילת הודאה. אולם, כפי שאפרט, אין מקום בנסיבות הענין להתערבות במסקנה שיש להרשיע את מוחמד על סמך הודאתו בתוספת דבר מה נוסף.

55. בענייננו, כאמור לעיל, בית המשפט המחוזי קבע כי לא היה בהבטחות כדי "לשבור את רצונו החופשי" (ע' 46, ש' 6-5 להחלטת הזוטא) של מוחמד או "לנטרל[ו]ן כליל" (שם, ע' 47 ש' 11-12). בענין ה"הבטחה" בקשר להבאת האב הסתמך בית המשפט על כך שהחוקר חזר והסביר למוחמד שבקשותיו תיבדקנה ללא כל קשר עם חקירתו ועל דברי מוחמד במסגרת ההודאות לפיהם המניע להודאתו היה רצונו לפרוק מעל ליבו את נטל האשמה הכבד (שם, ע' 55).

48 ש' 3-4). בית המשפט הצביע על נסיבות שהיה בהן, לדעתו, כדי להפיג את החשש שההודאה ניתנה בעקבות לחץ, איום או הבטחות, לרבות: העובדה שמוחמד בחר לצאת להודאה ברכב; האווירה הנינוחה ששרתה על החקירה; העובדה שההודאה לא היתה גורפת אלא הודאה בררנית שהלכה והתפתחה מתוך שיקול דעת – והעובדה שהיו למוחמד הזדמנויות לחזור בו מהודאתו והוא לא עשה כן, אלא התמיד בה ואף הוסיף פרטים לביסוסה, בהודאה הפורמאלית לאחר החזרה ברכב, כאשר שחזר את הרצח באותו ערב ולאחר מכן, צפה בסרט השיחזור ואישר את נכונותו. אלמלא ההודאה המאוחרת מיום 17.5.2007, ייתכן והיה מקום לפסול את הודאתו של מוחמד. כבר עמדתי לעיל על כך שהחוקרים העלו בפני מוחמד את עניין הבאת האב, לרבות נושא חשיפת עיסוקו של מוחמד והחשדות נגדו, פעמים רבות, ועל כך שמוחמד התנה מפורשות את היציאה לרכב באי הבאת האב ושהחוקר באדי חרב הסכים לתנאי זה. כך התנהלה השיחה בין מוחמד לבין החוקרים באדי חרב ויוסף בכר בענין יציאה לרכב:

”חוקר 2 [רס”ר באדי חרב]: אני מוכן, תקשיב.. אני מוכן לקחת אותך באוטו, לבר, או.קי? נצא בחוץ, איפה שאתה רוצה.. חוץ הים, גינה ציבורית, איפה שאתה רוצה נצא ונדבר, אבל נדבר לעניין. כמו גבר, אחד לאחד, ואז אני אבין את התמונה. אתה רוצה? אני מוכן. אם אתה לא רוצה לדבר פה, אני עכשיו מוכן לקחת אותך באוטו שלי, אני ואתה נצא ונדבר. ספר לי את הסיפור, ספר לי מה שהיה, את החלק שלך, אז אני אבחן את הדברים, אני.. אני יעזור לך, (לא ברור). מוחמד, אני יעזור לך. אני לא רוצה לדפוק אותך, להיפך! אני רוצה לעזור לך.

....
חוקר 2: יש לך הורים טובים. סליחה, (לא ברור).. יש לך אבא טוב, אני רוצה לעזור לך. אני יודע שיש לך הורים מסכנים, אני רוצה לעזור אבל תעזור לעצמך. אתה רוצה שנצא?

נחקר: כן.
חוקר 2: כן? אתה מוכן לדבר איתי בחוץ?
נחקר: (לא ברור) רק דבר אחד..
חוקר 2: מה?
נחקר: שאבא שלי לא יודע מזה.
חוקר 2: אבא שלך לא יודע מזה.
נחקר: שלא יבוא לתל-אביב.
חוקר 2: אבא שלך לא יבוא לתל-אביב.
חוקר 1 [רס”ר יוסף בכר]: אנחנו יכולים לבטל (לא ברור) (46/ז, ע' 41-42 ; 06: 35 ; 2: 06).

אעיר כי מחומר הראיות לא עולה מדוע לא בוטל זימונו של האב גם לאחר שמוחמד כבר הודה. לפי חומר הראיות, האב זומן למחסום בשעה 9:00 בבוקר, ממנו השוטרים יסיעו אותו לתחנת המשטרה. מוחמד הסכים לצאת לספר את גרסתו ברכב רק בשעת צהריים באותו יום (ע' 12 ש' 4 להחלטת הזוטא). ייתכן מאוד שעד שמוחמד יצא לשיחה ברכב והודה ברצח, אביו כבר היה בתחנת המשטרה ופחת הצורך בחקירת האב.

לקראת היציאה לרכב עם החוקר באדי חרב, שוב שאל מוחמד:

”נחקר: אתה זוכר שני דברים שהבטחת לי?
חוקר 2: הבטחתי לך שאבא שלך לא יבוא לפה, שלא זה... שלא תראה אותו, שלא יחטוף התקף לב, אין בעיה. והבטחתי לך שהוא... שתהיה באגף, שתהיה... תחזור לאבו-כביר ותהיה באגף עם כולם...” (שם, בע’ 44 ; 50: 10: 2).

בית המשפט המחוזי הסתמך על כך שמוחמד אישר, לבקשת החוקר, כי הוא אינו מודה בעקבות ההבטחות. אולם, לא אוכל לשלול כי, לאחר כל אלה, בקשתו של החוקר שמוחמד יאשר שהוא לא הודה בעקבות ההבטחות ואישורו של מוחמד אינם אלא כ”דברים לפרוטוקול”:

חוקר 1 [רס”ר באדי חרב]: מישהו הבטיח לך משהו שתספר את האמת?
נחקר: לא.
חוקר 1: מישהו נתן לך משהו שתספר את האמת?
נחקר: לא.
חוקר 1: מישהו לחץ עליך לספר את האמת?
נחקר: (מצקצק)
....
חוקר 1: אנחנו ניסע לתחנה, נתארגן, נתארגן, ואז נצא לדירה, כפי שאתה אמרת בסדר?
נחקר: מתי מחזירים אותי לאבו כביר?
חוקר 1: קודם כל נסיים, יש לנו עוד יום ארוך, אל תדאג, בסדר? יום ארוך.
נחקר: אתה הבטחת לי שני דברים.
חוקר 1: מה? בגלל זה סיפרת לי את מה שסיפרת?!
נחקר: לא.
חוקר 1: אז?
נחקר: לא, מה פתאום” (ז/51, ע’ 61 ; ת/50, 55: 47: 1).

כשלעצמי לא אוכל לשלול כי דברי מוחמד בהודאה ברכב ולאחריה, לפיהם הוא הודה על מנת לנקות את לבו (“מה יש לי אמרתי והוצאתי מה יש לי בלב” ; “אני אמרתי לך, ניקיתי את עצמי, עכשיו” (ע’ 49, ש’ 23-19 להחלטת הזוטא)), צמחו אף הם מדברים שאמר חוקר זה למוחמד סמוך לפני היציאה לרכב:

חוקר 2: ...אני לא רוצה שתחשוב... שבגלל מה שהבטחתי לך, אתה כאילו... הרי אני לא רוצה שתדבר בגלל ההבטחות, הבנת? הבנת מה הכוונה שלי? (קול הדלקת מצית). אני לא רוצה שתדבר בגלל ההבטחות. אני רוצה שאתה תנקה את הלב שלך (ז/46, בע’ 45).

56. זאת ועוד: צודק ד"ר לייסט כי עיון ב-ע' 13 ו-20 ב-ז/51, שאליהם הפנה בית המשפט לענין דברי מוחמד לפיהם "מה יש לי אמרתי והוצאתי מה יש לי בלבי" ו-"אני אמרתי לך, ניקיתי את עצמי, עכשיו", מעלה כי מוחמד אמר דברים אלה לא לאחר שהודה בהשתתפות ברצח, אלא דווקא בתחילת השיחה ברכב כאשר טען כי רק פריד דקר את עמוס. כך, לחשש שדברי מוחמד בענין רצונו לנקות את לבו אינם אלא המשך ביצוע "עסקה" בין מוחמד לבין החוקר, מצטרפת העובדה שבשלב שבו אמר מוחמד שניקה את ליבו, הוא לא ניקה אותו כלל וכלל. מוחמד הודה בביצוע הרצח רק לאחר מכן, ובאספקלריה של ההודאה בביצוע הרצח, אין זה בטוח להסתמך על ההכרזה של מוחמד שניקה את ליבו, שהוכרזה בשלב קודם – שלב שבו עוד שיקר וטען כי לא השתתף ברצח – כביטוי למניע להודאה המאוחרת.

57. בהסכמתו של מוחמד לצאת לדבר ברכב ובאווירה הנינוחה בחקירה ברכב אין לדעתי כדי להפיג את החשש העולה מהודאה הבאה בהמשך לאיום או להבטחה. ראינו בדברי מ"מ הנשיא אגרונט בפסק דין יאטין כי הודאה בעקבות הבטחה או איום היא בבסיסה החלטה רציונאלית של חשוד, נוכח חלופה חדשה המוכנסת לתרכובת השיקולים העומדים בפניו. לכן "הסכמה" לצאת לדבר ברכב אינה נסיבה המפיגה את החשש שמדובר בהודאה בעקבות הבטחה או איום; ההסכמה למסור את ההודאה היא הנתון ביסוד השאלה, שהיא – האם ההסכמה היא בעקבות ההבטחה או האיום אם לאו. זאת ועוד: אם ההחלטה להודות בעקבות איום או הבטחה היא בחירה רציונאלית בין חלופות, לא בהכרח יראה חשוד אשר קיבל את ההחלטה כשבר כלי תשוש או מוכה הלם. אדרבה: לעתים כשמגיעים להכרעה כיצד לפעול מגיעה תחושה של שלווה.

58. גם בעובדה שמוחמד חזר פעמים נוספות באותו יום על הודאתו – בהודאה הפורמאלית לאחר החזרה מהשיחה ברכב, בשחזור ובאישור קלטת השחזור מספר דקות לאחר ביצועו – אין, לדעתי, כדי להפיג את החשש שמדובר בהודאה בעקבות הבטחה או איום בקשר להבאת האב. שוב, בהנחה שמדובר בהודאה בעקבות הבטחה או איום, כל עוד מוחמד האמין שההבטחה תקינה או כי האיום ימומש, דווקא צפוי שימשיך לפעול בהתאם לבחירה שבחר, בין החלופות שהועמדו בפניו, להודות בביצוע העבירה. ודוק: לטענתו של מוחמד במשפט הזוטא (שעליה לא חלקה המדינה), הוא ראה שאביו בכל זאת הובא לתחנה, קרי – שההבטחה לא קוימה (או שהאיום מומש) – רק לאחר שחזר מהשחזור (פס' 38 ל"תשובת הנאשם 1 לכתב האישום" בת.פ.ח 1060/07; ולא ברור אם מוחמד ראה את אביו לפני או אחרי אישור קלטת השחזור עם שובו של מוחמד לתחנה מהשחזור (ראו עדותו של מוחמד בענין המפגש עם אביו ב-ע' 110 לפרוטוקול מיום 15.7.2008)).

59. השתכנעתי עם זאת, כי בסופו של דבר אין חשש עקב האיום וההבטחה בענין הבאת האב, למהימנות ההודאות של מוחמד או לרצונו החופשי בנתינתן, וזאת בשל הודאה נוספת שמסר מוחמד לאחר עימות עם פריד, עשרה ימים לאחר מתן ההודאות ברכב, בהודאה הפורמאלית ובשחזור (ראו ס' 2 בע' 50 לסיכומי המאשימה במשפט הזוטא). הודאה נוספת זו מוזכרת במזכר ז/58, אשר התקבל במסגרת המוצגים המוסכמים במשפט הזוטא. כאן מדובר בס"ר באדי חרב על הפגשה נוספת שנערכה בין מוחמד לבין פריד. מול פריד, מוחמד הכחיש שהוא אמר על פריד דברים מפלילים בשחזור, אולם,

”...בשלב מסוים החשוד פריד הוצא מהחדר בכוונה והחשוד מוחמד חזר בפניי ובפני רונה [פינגלאי – מ”נ] שהוא פשוט לא יכול לומר לפריד בפנים את האמת כי לא נעים לו. מוחמד שלל מכל וכל האפשרות שבן אדם שלישי היה איתם בדירה והתעקש שהוא ופריד היו לבדם עם עמוס. חזר ואמר שכל מה שסיפר זה היה אמת” (שם, בע’ 2).

60. ואכן, לא היתה מחלוקת במשפט הזוטא כי מוחמד אשרר את ההודאה כאמור ביום 17.5.2007 (ראו ע’ 110 לפרוטוקול מיום 15.7.2008, ש’ 19-24). עיון בתמליל החקירה מאותו היום (ז/62) וכן בצילום הווידאו שלה (ת/72) מעלה כי כך אכן היה. לאחר שפריד הוצא מהחדר (ז/62, ע’ 23), ולאחר שמוחמד אישר לבקשת החוקרים שנכח בדירה עם פריד (שם, בע’ 25), שאלה אותו החוקרת רונה פינגלאי:

”ד [רונה פינגלאי]...זה גם שאלה שרציתי לשאול אותך, קודם כל, אתה סיפרת פה דברים אני חייבת לפני שאני שואלת אותך, עוד שאלה, לשאול אותך... משהו, דבר איתי ישר ולעניין, אתה סיפרת את הסיפור שלך, לפני שאני אשאל את השאלה מה שספרת זה היה הכל, או שהיו דברים שאתה הורדת מעצמך, או שלא דייקת מהתחלה ועד הסוף.
ג. [מוחמד] כל אשר סיפרתי זה מה שהיה” (שם, בע’ 26).

מייד בהמשך לכך מבהיר מוחמד לבקשת החוקרת פרטים לגבי הרצח, כגון בענין החדרים שבהם מוחמד ופריד שהו בדירתו של עמוס, שמוחמד לא קיים יחסי מין עם עמוס ושלא היה אדם נוסף בדירה חוץ ממוחמד, פריד ועמוס (שם, בע’ 26-27). מוחמד אישר שהוא השאיר את פריד בדירה:

”ד. הוא אומר שהוא ברח והשאיר אותך עם פריד, סליחה עם, עם, עם עמוס?
א. [חוקר נוסף] באמת עזבת את פריד שם?
ג. כן, מה שאמרת בחקירה זה מה שהיה” (שם, בע’ 29).

מוחמד אף אישרר את חלקו בביצוע הרצח:

”ד: זה אמת כי, כי, כי שחזרת והודאת?
ג: כן זה אמת.
ד: וזה אמת שעשית?
ג: כן” (שם, בע’ 30).

ובהמשך הדברים:

”א. כואב לך על מה שעשית? כואב לך על מה שעשית?
תסתכל עלי, כואב לך על מה שעשית?”

- ג: כן.
- ד: היית עושה את זה עוד פעם?
- ג: מה?
- ד: היית עושה את זה עוד פעם?
- ג: לא.
- ד: אתה מתחרט?
- ג: כן" (שם, בע' 31).

61. אמנם דקות בלבד לאחר אישורו חד משמעי זה של ההודאה ברצח, מוחמד חזר בו שוב לחלוטין וניסה לטעון שהמציא את הודאתו מהראש וכי הוא לא היה בדירתו של עמוס בערב הרצח. אלא שלאחר שהחוקרת עימתה אותו עם הדברים שהוא ידע לספר בהודאה, מוחמד שב ואישר את הודאתו:

- ד: "...מה היה, כל מה שאמרת לי זה מה שהיה?
- ג: כן.
- ד: כן? כל מה שאמרת בוודאות זה מה שהיה?
- ג: כן.
- ד: מוחמד אני חשוב לי לדעת כמה דברים, ותענה לי הכי פתוח שיכול להיות לא לנסות להציל את העור שלך, אלא הכי פתוח שיכול להיות. כשאתה עוזבת את הבית אתה שמעת את עמוס בחיים?
- ג: כן.
-
- ד: הדקירות שלך היו בוודאות בכיוון החזה?
- ג: מה זאת אומרת?
- ד: מקדימה
- ג: כן" (שם, בע' 43).

62. ודוק: אישורו נוסף זה של מוחמד של הודאתו ניתן בשלב שבו, אף לגרסתו, הוא כבר ראה עשרה ימים קודם לכן שאביו בכל זאת הובא לתחנת המשטרה בניגוד להבטחת החוקרים. זאת ועוד: מוחמד העיד כי כלל לא דיבר עם אביו במפגש (ע' 111-110 לפרוטוקול מיום 15.7.2008), כך שאין בפיו טענה שאביו סיפר לו באותו מעמד שכבר סיים לדבר עם החוקרים והם לא גילו לו דבר לגבי עיסוקו של מוחמד או לגבי החשדות ברצח. החוקרת רונה פינגלאי אף אמרה למוחמד מפורשות, דקות לפני שאשרר את הודאתו באותו יום, כי היא סיפרה לאביו (למצער) על החשדות ברצח: "יש לכם מאסר עולם, שני בחורים צעירים, אבא שלך הלך למוות, אני סיפרתי לו, הוא לא היה מוכן לזוז מפה בלי שאני יגיד לו" (ז' 62, ע' 24). לאור האמור, ברור שבשלב אשרור נוסף זה של ההודאה לא ייתכן שמוחמד הודה בהסתמך על ההבטחות החוקרים בקשר לאביו. אשרור נוסף זה של ההודאה שאשרר מוחמד ביום 17.5.2007 מהווה, כשלעצמו, הודאה ברצח ללא הסתמכות על איום או הבטחה בענין הבאת האב. ודוק: למרות שבשלוש ההודאות הראשונות שלו סיפק מוחמד גרסה שלמה, קרי, "סיפור" לגבי התרחשות העבירה, ואילו בהודאה המאוחרת מיום 17.5.2007 הוא אשרר את השתתפותו ברצח וסיפק פרטים מסויימים לגבי בלי לחזור על ה"סיפור" כולו, אין לראות בהודאה המאוחרת הודאה בעלת אופי לקוני המעלה חשש לאמיתותה. כפי שצוטט לעיל, מוחמד אמר בהודאה המאוחרת שכל מה שסיפר בהודאות הקודמות הוא אמת. בכך "אימץ" מוחמד את תוכן ההודאות

הקודמות אל תוך ההודאה המאוחרת, כך שיש לראות בתוכן זה חלק בלתי נפרד מההודאה המאוחרת. כאשר עד מפנה לעדות קודמת ומאמץ את תוכנה – גם כאשר העדות הקודמת אינה קבילה – רואים את העדות המאוחרת והקבילה ככוללת את תוכנה של העדות הקודמת (ע"פ 71/76 מרילי נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 813, 818 (1976)). פסק דיין זה ניתן טרם חקיקת סעיף 10א לפקודת הראיות, בעת שאמרת עד מחוץ לבית המשפט לא היתה קבילה. בית משפט זה קבע כי כאשר העד מאמץ בעדותו (הקבילה) בבית המשפט את תוכן אמרת החוץ, אמרת החוץ הופכת לחלק מהעדות בבית המשפט. כיום, אמרת עד מחוץ לבית המשפט קבילה בתנאי סעיף 10א, ומדובר בעניינינו באימוץ, ב"עדות" קבילה (ההודאה המאוחרת של מוחמד), של הודאותיו הקודמות. בעניינינו, באשרור המאוחר של הודאותיו הקודמות, עשה מוחמד אינקורפורציה של התוכן של הודאותיו הקודמות; תוכן זה עבר מטמורפוזה והפך לחלק אינטגרלי מההודאה המאוחרת. כך, גם אם מתעוררים חששות לגבי ההודאות הקודמות (עקב איום או פיתוי והשאה), תוכן הפך לחלק מההודאה הקבילה המאוחרת. כך, אפילו אניח ששלוש ההודאות הראשונות של מוחמד הן בלתי קבילות מפאת איום ו/או פיתוי והשאה בענין הבאת האב וחשיפת עיסוקו של מוחמד, יש בפנינו הודאה נוספת ומאוחרת של מוחמד ברצח שאינה מושפעת מאיום ו/או פיתוי והשאה בענין זה.

אף בהתעלם מה"אינקורפורציה" של ההודאות הקודמות של מוחמד בהודאתו המאוחרת, די באשרור המאוחר של ההודאות – גם אם לא מדובר בהודאה שלמה ועצמאית שבה מספק החשוד גרסה שלמה ("סיפור המעשה") – על מנת לפסוק כי מסירת ההודאות של מוחמד לא הושפעה מאיום ו/או פיתוי והשאה בקשר לאב. נזכיר בענין זה את פסק דין מועדי. באותו פסק דין החוקרים שם מסרו למערערים שם, שאם לא יודו יהיה צורך להרחיב את החקירה ולעצור בני משפחה לרבות אביהם, ושם אחד מהאחים המערערים ייקח את האשמה על עצמו, ישוחררו האחים האחרים והוא עצמו יקבל חנינה (שם, בע' 214). בית המשפט זה היה מוכן באותה פרשה להניח שהיה בדברים אלה משום איום, הבטחה והשאה (שם, בע' 225). אולם, בית המשפט הסיק כי לדברים אלה לא הייתה כל השפעה על רצונם החופשי של המערערים שם למסור את הודאותיהם. זאת, כיוון שלאחר שהודו לראשונה, הם נפגשו עם עורך דינם, אשר הבהיר להם שההבטחות בענין חנינה ושחרור האחים חסרות שחר; אולם אחד מהם, סייף שמו, חזר על ההודאה שנתן (והוסיף לה פרטים). על כך כתב השופט א' גולדברג:

"הדעת נותנת, כי לאחר שהוסבר לסייף על-ידי עורך-דינו, כי עשה מיקח טעות בכך שהודה, וכי אין כל ממש בהבטחות החוקרים, יבקש לחזור בו מהודאתו, או לפחות ינתק מגע עם חוקריו ולא ידבר עוד, כפי שיעץ לו עורך הדין. אולם לא כך נהג סייף, ותחת זאת אימץ את הודאתו מיום 22.1.81 ומסר פרטים נוספים להבהרתה" (שם, בע' 226-227; מתואר בהמשך הדברים כיצד סייף חזר ואישר מספר פעמים נוספות את הודאתו לאחר מכן וכיצד מערער נוסף שם, דאהש, אישר את הודאתו שלו בנסיבות דומות).

כאמור, גם בעניינינו, אף בהנחה שהתנהלות החוקרים בקשר לאביו של מוחמד היתה בגדר איומים, פיתוי והשאה, מוחמד אישר את אמיתות הודאתו, תוך מתן הבהרות, לאחר שהיה ברור שאין לסמוך על הבטחות החוקרים ולאחר שהאיום כבר מומש (לכל הפחות בקשר להבאת האב

לתחנה וגילוי החשדות לרצח). מוחמד העיד במשפט הזוטא כי אישר את הודאתו כאמור כי הבין שכבר הודה בדבר שלא עשה בכלל, ראה שהחוקרים חוזרים על החקירה והוא אישר שביצע את הרצח (פרוטוקול מיום 15.7.2008 בע' 110). אלא שכמו שנכתב בענין מועדי, הדעת נותנת שלאחר שמוחמד הבין שאין ממש בהבטחת החוקרים, הוא יבקש לחזור בו מהודאתו או למצער יימנע מלאשרר אותה. בענייננו, כאמור, בין אשרור אחד של ההודאה ביום 17.5.2007 למשנהו, ניסה מוחמד לחזור בו, אך אפילו אז, הסיבה שהוא סיפק למתן ההודאה מלכתחילה לא היתה איום או הבטחה בענין אביו, אלא כי נמאס לו מהחיים (ז/62, בע' 38). המסקנה היא שהאשרור של מוחמד מיום 17.5.2007, של הודאותיו הקודמות, מהווה הודאה נוספת שלו בביצוע הרצח, שחופשיותה ורצוניותה לא נפגעו מאיומים או מפיתוי והשאה בקשר להבאת האב. יש דמיון בין ענייננו לדברים שקבע בפרשה אחרת חברי השופט נ' הנדל, "יש להחיל מבחן של קשר סיבתי בין אמצעי הפסול שננקט בהודאה שנפסלה לבין ההודאה האחרת לגביה לא ננקט אמצעי פסול" (ע"פ 1776/06 אל ט"ד נ' מדינת ישראל, פס' 11 (טרם פורסם, 5.9.2011)). בענייננו – גם בהנחה ששלוש ההודאות הראשונות של מוחמד פסולות עקב איומים או פיתוי והשאה בקשר להבאת האב – נותק הקשר הסיבתי בין אמצעי חקירה אלה לבין אשרור ההודאה ביום 17.5.2007, עת שמוחמד ידע שלא ניתן לסמוך על הבטחות השוטרים וכי האיום בענין האב כבר התממש (למצער באופן חלקי).

63. אעיר, בבחינת למעלה מן הצורך – כי הרי די באמור לעיל – כי מהעיון בהקלטת הוידאו של החקירה מיום 17.5.2007 (ת/72), אשר, לעומת המזכר והתמליל של אותה חקירה, לא היתה בפני בית המשפט המחוזי בשלב משפט הזוטא, עולה רושם ברור וחד משמעי של אשרור חופשי ומרצון מצדו של מוחמד, של הודאותיו הקודמות. מוחמד עונה לשאלות שצוטטו לעיל בענין אמיתות הודאותיו, הדקירות שביצע וחרטתו, בקול נמוך, שקט, רציני ואף עצוב, שעושה רושם אמין וכן אשר מחזק עוד יותר את מסקנתי.

ריקון זכות ההתייעצות מתוכן

64. במשפט הזוטא טען מוחמד כי אף שניתנה לו הודעה פורמאלית שיש לו זכות להייוועץ בעורך דין, חוקריו רוקנו זכות זו מתוכן, בכך שאמרו לו שעורך דין – ובמיוחד עורך דין מטעם המדינה – לא יכול לעזור לו, כי עורך הדין הכי טוב שלו הוא "מטומטם". כן נטען כי בחקירה ביום 7.5.2007, שנערכה בין פגישתו של מוחמד עם סנגורו דאז עו"ד אבו שחאדה ובין הודאתו ברצח באותו יום, החוקרים חקרו את מוחמד על תוכן הפגישה עם עורך הדין. נטען כי בעקבות דברי החוקרים בענין ייעוץ משפטי איבד מוחמד בשלב הקריטי של החקירה את אמונו בסניגורו. כתמיכה לטענה זו, טען מוחמד כי בשיחתו הנוספת עם עו"ד אבו שחאדה בדיון הארכת המעצר מיום 9.5.2007 – יומיים לאחר שהודה ברצח – נמנע מוחמד מלספר לעו"ד אבו שחאדה שהוא הודה או על כל דבר אחר שקרה מאז פגישתם האחרונה. כן הצביע מוחמד על כך שלאחר יומיים נוספים – ביום 11.5.2007, סירב מוחמד לקבל ביקור של עו"ד אבו שחאדה בבית המעצר, באומרו שהוא "לא רוצה עורך דין" וכתוצאה מכך הוא לא נפגש עם עורך דין גם בימים שלאחר מכן, גם ביום 17.5.2007 (סיכומים מטעם מוחמד במשפט הזוטא, פס' 47-48).

65. בנוסף חזר מוחמד על הטענות בענין העדר אזהרה מספקת (אשר תדונה בהמשך, נוכח טענתו של ד"ר לייסט בערעור שלא מדובר באמצעי חקירה "קיצוני") וטען כי אף ענין זה פגע בזכות ההתייעצות.

66. בית המשפט המחוזי דחה את טענותיו של מוחמד בענין זכות ההתייעצות. מאחר והוא דחה את הטענות בענין העדר אזהרה מספקת (שעליהן נעמוד להלן), התייתר דיון נוסף בהן בהקשר של זכות ההתייעצות. לכן פנה בית המשפט לדיון בטענות בדבר אמירות החוקרים לגבי סניגורים ובדבר החקירה לגבי תוכן הפגישה עם הסנגור. נוכח העובדה, שאינה במחלוקת, כי מוחמד נפגש עם סנגורו ביום 7.5.2007 (היום שבו הודה בביצוע הרצח), בטרם החלה החקירה באותו יום, שאל בית המשפט:

”היעלה על הדעת, שבפגישה שנערכה ביניהם, בעיצומה של חקירת הנאשם בחשד לרצח, לא העמיד אותו סנגורו על מלוא זכויותיו? כלום יתכן, שבפגישה זו, שנערכה דקות ספורות לפני החקירה לא קיבל הנאשם ייעוץ מעורך דין?” (ע’ 28 ש’ 14-16 להחלטת הזוטא).

67. בית המשפט קבע כי חזקה על עורך דינו של מוחמד כי הבהיר לו את זכותו לשמור על זכות השתיקה וכי מוחמד הבין זאת. מכל מקום לא נטען אחרת, ומוחמד עצמו אישר בעדותו בבית המשפט כי הבין את משמעות האזהרה וכי סנגורו אמר לו שהוא יכול שלא לומר דבר. חיזוק לכך מצא בית המשפט בעובדה שמוחמד מילא פיו מים ולא הפליל את עצמו, בימי החקירה הקודמים – ואף בתחילת החקירה ביום ההודאה. בקשר לטענות בדבר ערעור האמון בסנגור, נקבע כי בתחילת החקירה התייחס החוקר בזלזול לפגישת מוחמד עם הסנגור שהתקיימה דקות ספורות קודם לכן והמעייט בערכה, כאשר חוקר אחר אמר באוזניו “שעורך דין לא יעזור לו” ורס”ב נעמן סלקמן הרחיק לכת וחקר את הנאשם אודות תוכן השיחה החסויה בינו לבין סנגורו. בית המשפט קבע:

”לא אוכל להימנע מלומר בכל הנוגע להתנהגות זו של החוקרים, שלמצער, אין הדעת נוחה ממנה. זו דרך פסולה ולא ראויה, גם אם אין בה משום פגיעה מבחינה ראייתית בכללי החסיון בין עו”ד ללקוח. המדובר בהתנהלות חקירתית נפסדת, ששומה לבקרה להרתיע מפני השימוש בה” (ע’ 30 ש’ 5-7 להחלטת הזוטא).

68. בית המשפט הפנה ל-ע”פ 7443/06 ארקה נ’ מדינת ישראל (טרם פורסם, 28.9.2008) (להלן: ארקה). מדובר בפסק דין שבו נדונו (אך לא הוכרעו) טענות בענין ערעור האמון בסניגור לפי סעיף 12 לפקודת הראיות (תוך שצוין כי לא נטען באותה פרשה לפסילה לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקית לפי הלכת יששכרוב). בענייננו, בית המשפט המחוזי הפנה, בפסק דין ארקה, לדבריו של בית משפט זה בפסק דין יששכרוב לפיהם ראייה תיפסל לפי סעיף 12 לפקודת הראיות “רק כאשר יש באותה פגיעה על-פי אופיה ועוצמתה בנסיבות הענין, כדי לפגוע באופן חמור בחופש הבחירה ובאוטונומיה הרצון של הנחקר במסירת הודאתו” (פס’ 32 לפסק דין ארקה). בית המשפט המחוזי קבע כי זו השאלה גם בענייננו. על בסיס זה נקבע כי מעבר להעלאת האפשרות לתרחיש של אובדן אמון של מוחמד בעורך דינו, לא נמצא ביסוס לטענה זו במקרה הנדון. נקבע כי מוחמד טען בחקירה כי איבד את האמון בעורך דינו הקודם (זה שייצג אותו בתחילת החקירה לפני עו”ד אבו שחאדה), אך זאת, לא מחמת התנהגות החוקרים

אלא בשל התנהגותו של אותו עורך דין, שלא טרח לבקרו בבית המעצר. בית המשפט המחוזי קבע כי לא נשמעה מפי מוחמד שום טענה בדבר פיחות מעמדו של עו"ד אבו שחאדה בשל הערות החוקרים היכולות להצביע על הפחתת האמון בו. נקבע, כי גם העובדה שעו"ד אבו שחאדה המשיך וממשיך לייצג את מוחמד מתיישבת עם מתן אמון ביכולתו המקצועית, כאשר עולה מדבריו של מוחמד שהוא אף מכיר את עו"ד אבו שחאדה. לסיכום נקבע, כי חרף אופייה הנפסד של התנהגות החוקרים, לא נמצא שיש בהלכת יששכרוב ובהלכות שקדמו לה כדי להביא לפסילת ההודייה בגין דברי החוקרים בעניין התייעצות עם סנגור.

69. בערעורו חוזר מוחמד על טענותיו לפיהן דברי החוקרים גרמו לו לאבד את האמון בעורך הדין (פס' 64 לעיקרי הטיעון מטעם מוחמד מיום 9.2.2011). בעיקרי הטיעון הנוספים הפנה ד"ר לייסט להתבטאויות של החוקרים בענייננו, לפיהן "...שום עורך דין לא יעזור לך... [עורך דין] סתם ייקח ממך כסף ואם זה על חשבון המדינה אז בכלל" (ז' 39 ע' 77-78), "עורך דין לא יעזור לך...תיקח את עורך דין הכי טוב במדינה, אם מה שיש לנו.... איזה מן גרסה זו! מי העורך דין המטומטם הזה שאמר לך להגיד ככה!" (ז' 39 ע' 87-88 – יוער כי קטע זה צוטט באופן בלתי מדויק בעיקרי הטיעון הנוספים), "תיקי רצח שאנשים באו עם ראיות לבית משפט, ואנשים שהתנהל תיק רצח, גם עשרה עורכי דין לא יעזרו להם" (ז' 46 ע' 37 – גם ציטוט זה צוטט באופן בלתי מדויק) – וכן דברי המדוכב בענייננו לפיהם "עורכי הדין של המדינה, הם לא שווים" (ז' 68 ע' 14). נטען כי התבטאויות אלה מזכירות את אלה שהובילו לפסילת ההודאה ב-ע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 22.6.2009) (להלן: אלזם). עוד נטען כי דברי החוקר, עת שחקר את מוחמד על תוכן השיחה עם סנגורו, כי ממילא קיים חיסיון עורך דין-לקוח ולכן אין סיבה שמוחמד לא יספר כל מה שנאמר לו בשיחה זו, פגעו בחיסיון עורך דין-לקוח בצורה בוטה ובלתי מתקבלת על הדעת. לא ייתכן – כך נטען – שחוקרי המשטרה יחקרו חשוד על תוכן שיחותיו עם בא כוחו. לטענתו של מוחמד, התנהלות החוקרים בענין זכות ההתייעצות היא בגדר אמצעי פסול שעצמת הפסלות בה אמורה להביא לפסילת ההודאה ללא קשר לפגימה ברצונו או באמיתות הודאתו.

70. אין מקום להתערב בממצא העובדתי שקבע בית המשפט המחוזי, לפיו לא נמצא בסיס לכך שדברי החוקרים בענין סנגורים הובילו לאובדן אמונו של מוחמד בסנגורו. בית המשפט המחוזי קבע שלמרות שמוחמד טען כי איבד את האמון בעורך דין קודם שייצג אותו, לא נשמעה מפי מוחמד שום טענה בענין פיחות מעמדו של עו"ד אבו שחאדה – אשר ייצג אותו החל מהפגישה לפני ההודאה – בשל הערות החוקרים. בכך, יש לציין, טעה בית המשפט המחוזי. מוחמד העיד במשפט הזוטא כי –

"ב-7.5.07 ב-8 בבוקר לקחו אותי הייתי עייף ולא ישנתי, כולה שעתיים שלוש, גם בשכונות לא הביאו לי ארוחת ערב, לא אכלתי. לקחו אותי משם לחקירה, התחילו לחקור אותי, בא עו"ד אבו שחאדה, שם דיבר איתי וזה ואחרי זה נכנסתי אצל החוקר סלקמן, נכנסתי אצלו והוא שואל אותי מה דיברת עם עוה"ד, מה אמר לך עוה"ד, לא יעזור לך עוה"ד, בכלל עו"ד פרטי לא יעזור לך, עו"ד ציבורי בכלל לא יעזור לך. התחיל לדבר איתי מה דיברת עם עוה"ד, אמר לך מה תגיד וזה, כל מיני שאלות שהתחיל לדבר על עוה"ד ואני עדיין לא מבין כלום" (פרוטוקול מיום 15.7.2008 ע' 86 ש' 16-20).

ובהמשך עדותו:

"בביהמ"ש ב-19.5.07 אחרי שאמרו שאני מודה בזה, אני מתקן – 9.5.07 [קרי – יומיים לאחר ההודאות הראשונות – מ"נ], בא עו"ד שם ודיבר איתי, שם בחקירה מה שהבנתי שדיברו איתי על עוה"ד, אז איבדתי את האמון בעוה"ד, הפסקתי להאמין, אמרתי זו משטרה יכולה כל דבר ויודעת הכל.... אני מדבר על עו"ד אבו שחאדה. אחרי זה עוד 3 ימים שהייתי במעצר, גם בא וסירבתי לדבר איתו, אמרתי שאני לא רוצה עו"ד. איבדתי את האמון בעו"ד ואני מכיר אותו מלפני זה, ייצג אותי בכל עבירות השב"חים, כל זמן שהייתי עצור על שב"ח הוא ייצג אותי. אחרי שעברתי לניצן הוא עוד פעם בא, יצאתי ואמרתי בוא נראה מה הוא רוצה. והוא אמר לי שהוא מתחיל לעשות משפט זוטא.... אמרתי בסדר והתחיל לבוא לכמה פגישות כמה פעמים ולשאל מה קורה. התחיל לחזור לי האמון קצת קצת בעוה"ד, אחרי שהתחיל לבוא ולדבר איתי. מה שהבנתי מהחוקרים זה שעו"ד לא יעזור לי בכלל, בלתי אפשרי (שם, בע' 88).

71. מעדות זו עולה טענה שדברי החוקרים גרמו למוחמד לאבד אמון גם בעו"ד אבו שחאדה. אמנם קריאה זהירה של המצוטט לעיל מעלה כי עדותו של מוחמד היא, שהמועד שבו השפיעו על מוחמד דברי החוקרים (שאמנם נאמרו לפני ההודאות ביום 7.5.2007) היה יום 9.5.2007, שהוא מועד לאחר מתן ההודאות. אולם, נוכח הסתמכותי על אשרורו של מוחמד של ההודאה מיום 17.5.2012 בנושא הבאת האב לתחנת המשטרה, גם אם מוחמד איבד את אמונו בעו"ד אבו שחאדה רק ביום 9.5.2012, לאחר שהודה ברצח ביום 7.5.2007 אך לפני אשרור ההודאה מיום 17.5.2012, מדובר במועד רלוונטי לקבילות הודאותיו של מוחמד.

72. עם זאת, בית המשפט המחוזי לא הסתפק בקביעה (שהיא מוטעית, כפי שהראיתי) לפיה מוחמד לא העלה טענה בענין אובדן אמון בעו"ד אבו שחאדה, אלא קבע כי "גם העובדה שעו"ד אבו שחאדה המשיך וממשיך לייצג את הנאשם מתיישבת עם מתן אמון ביכולתו המקצועית" (החלטת הזוטא, ע' 31, ש' 6-7). לא ניתן להתעלם מהנמקה זו. ציטטתי לעיל את עדותו של מוחמד, לפיה הוא לא רק הכיר את עו"ד אבו שחאדה לפני חקירת הרצח, אלא עורך דין זה ייצג אותו ב"כל עבירות השב"ח" שלו. כפי שציין בית המשפט המחוזי, גם לאחר מכן המשיך עו"ד אבו שחאדה לייצג את מוחמד בתיק זה. אעיר כי גם לאחר שמוחמד הורשע ברצח, המשיך עו"ד אבו שחאדה לייצגו בערעור זה (עד שמונה לכהונת שופט – ראו "בקשה להקדמת מועד דיון" מיום 14.3.2011). כפי שטענה עו"ד שרף מטעם המדינה, "[...]אחרית דבר מלמדת על תחילתו..." (עיקרי טיעון נוספים מטעם המדינה מיום 28.12.2011, פס' 13). זאת ועוד: מוחמד העיד שלוש פעמים במהלך עדותו שהודה עקב האיומים והבטחות לגבי הבאת אביו למשטרה וכי נמאס לו מהחקירה (פרוטוקול מיום 15.7.2008, ע' 104 ש' 15-16; ע' 105, ש' 6, ש' 28); בשום שלב בעדותו לא אמר מוחמד שעו"ד אבו שחאדה ייעץ לו שלא להודות אך הוא התעלם מהייעוץ והודה עקב ערעור אמונו בו.

73. אפנה כעת לטענתו של ד"ר לייסט לפיה יש לפסול את ההודאות של מוחמד עקב דברי החוקרים והמדוכב לגבי התייעצות עם סנגור (ועם סנגור ציבורי בפרט), גם אם דברים אלו לא השפיעו על מוחמד. מהתפתחות הפסיקה לאחר פסק דין יששכרוב עולה כי ההשפעה בפועל של האמצעי הפסול על הנאשם היא שיקול רלוונטי, לא רק בנתיב סעיף 12 לפקודת הראיות אלא גם בנתיב דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. כך, בפסק דין אלזם, השופטת א' חיותקבעה כי –

“...בעקבות ההלכה שנפסקה בעניין יששכרוב... לא ניתן להסתפק עוד במבחן היחיד אשר לפיו בחן בית משפט קמא את קבילות הודאותיו של אלזם, דהיינו: בחינת ההשפעה שהיתה לפעולות המדוכבים והחוקרים ולמניעת המפגש עם עורכי דינו על אוטונומיית הרצון וחופש הבחירה שלו. מעתה עלינו להוסיף ולבחון את קבילות הודאותיו של אלזם גם על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שמא יתברר כי יש לפסול הודאות אלה או איזו מהן בשל העובדה שהושגו באמצעים בלתי כשרים וקבלתן במשפט פגעה בזכותו של אלזם למשפט הוגן (שם, פס' 3).”

בהמשך דבריה, בניתוח נסיבות עניינו של אלזם, נמנתה ההשפעה של דברי המדוכבים על הנאשם במסגרת נסיבות המקרה. כך, קבעה השופטת חיות כי:

“אכן, מתוך חילופי הדברים המצוטטים לעיל עולה בברור כי המדוכבים דאגו באופן שיטתי להעצים את כעסו של אלזם על סנגורו ולתקוע טריז ביניהם ואף הצליחו לערער לחלוטין את יחסי האמון בין הסנגור לבינו וגרמו לו להרגיש כי ננטש על ידו” (שם, פס' 5; ההדגשה הוספה).

ובהמשך הדברים:

“מקרה דנן עולה בברור מחילופי הדברים המצוטטים לעיל כי פעילות המדוכבים היא שגרמה לאלזם לוותר על זכות השתיקה, בניגוד לעצה מפורשת שקיבל בעניין זה מסנגורו אותה חשף בפני המדוכבים.... הם שידלו את אלזם לוותר על זכות השתיקה לאחר שגרמו לו לפקפק בעצותיו של הסנגור.... בחקירתו בבית המשפט אף הודה אחד המדוכבים כי הוא וחברו דיברו סרה בסנגור כדי להלחיץ את אלזם ולתת לו תחושה שעורך הדין שלו הפקיר אותו... וכפי שראינו, בסופו של דבר עלה הדבר בידם. אלזם אשר הביע לאורך כל שיחותיו עם המדוכבים את רצונו להיוועץ בסנגור טרם שיחליט אם להודות או להמשיך לשתוק (כפי שייעץ לו הסנגור לכתחילה), שוכנע בסופו של דבר על ידי המדוכבים כי אין בכך טעם....” (שם, פס' 7; ההדגשה הוספה).

ובהמשך:

“...ראוי בעיני לפסול כבלתי קבילה את הודאתו של אלזם בפני המדוכבים וכן את הודאותיו בפני החוקרים ובמהלך

השחזור, משום שהודאות אלה ניתנו כולן בעקבות התחבולות הפסולות שנקטו המדובבים בעניינו וכתוצאה ישירה מאותן תחבולות. בית משפט קמא ציין אף הוא בהכרעת דינו כי תרגילי החקירה, המדובבים והתחושות שנבעו מבידודו גרמו לאלזם לדבר אך סבר עם זאת כי ההתוודות שלו בפני החוקרים לא באה 'בעקבות שבירת רוחו... אלא, בעקבות החלטה מודעת שקיבל...'. את מסקנתו זו ביסס בית משפט קמא על 'סימני האמת שעלו... מהודאותיו', בהדגישו את העובדה שבפתח ההודאה בפני החוקר הכריז אלזם בפניו בדמעות ובסערת רגשות כי החליט להודות בחלקו בפרשה בשל 'הצורך העז שעלה בו לנקות מצפונו ולהיטהר' ואף הודה לחוקרים שעזרו לו להגיע להחלטה זו ולהקל מעצמו את תחושת האשמה.... מסקנתי כאמור שונה. אכן, אין לשלול את האפשרות כי הרצון לנקות את מצפונו היה אחד הטעמים שהובילו את אלזם להודות במעשים המיוחסים לו. כמו כן ניתן בהחלט להבין כי מעמד ההודאה בפני החוקר היה מבחינתו מעמד טעון ברגשות. יחד עם זאת, נוכח עוצמת הלחצים הבלתי לגיטימיים שהפעילו המדובבים על אלזם ונוכח הפגיעה הממשית שפגעו בזכותו להליך הוגן, בין היתר בכך שגרמו למשבר אמון בינו ובין סגורו ובכך ששכנעו אותו להתעלם מעצת הסגור לשמור על זכות השתיקה, מתבקשת בעיני המסקנה כי אלמלא כל אלה ספק רב אם אלזם היה מוסר את ההודאות שמסר וניתן להניח ברמת הסתברות גבוהה כי היה דבק בעצת סגורו ושומר על זכות השתיקה" (שם, פס' 8; ההדגשה הוספה).

עינינו הרואות כי ביישום הלכת יששכרוב על ידי השופטת חיות בענין פגיעה בהליך הוגן, השפעה בפועל של האמצעי הפסול על החשוד, גרימה וקשר סיבתי לא רק מופיעים; הם שזורים כחוט השני. ודוק: השפעה או אי השפעה של האמצעי החקירתי הבלתי חוקי או הבלתי הוגן על מהימנות הראייה נקבעה בפסק דין יששכרוב כאחד השיקולים במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (ראו שם, פס' 71). ראו גם את פסק דיני ב-ע"פ 2939/09 פילצה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 15.10.2009) (להלן: פילצה), בו דחיתי, תוך הפניה לפסק דין אלזם ואבחנתו, טענה לפסילת הודאה בשל דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, בין היתר נוכח עדות הנאשם שם שהאמצעי הפסול הנטען לא השפיע על הודאתו (שם, פס' 25). עוד ראו אל עוקה, פס' 11. ודוק: אינני קובעת שהשפעה בפועל על הנאשם היא תנאי-בלעדיו-אין לפסילת הודאה לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ובמקרה שנדון בפסק דין יששכרוב עצמו נפסלה ההודאה גם מבלי שהאמצעי הפסול השפיע על נתינתה (ראו פס' 37 ו-81 לפסק דינה של השופטת ד' ביניש). עם זאת, שאלת ההשפעה על הנאשם היא שיקול רלוונטי, ואף חשוב. בענייננו, כאמור, לא מצאתי מקום להתערב בממצא העובדתי לפיו דברי החוקרים בענין עורכי הדין לא היוו גורם למתן הודאותיו של מוחמד. כך, בשונה מפסקי הדין אלזם ו-אל עוקה שבהם נפסלה ההודאה, בענייננו דברי החוקרים לא השפיעו על מתן ההודאה. עם זאת, אין לי אלא לחזור על דברי בית המשפט המחוזי בענין הפגם בהתנהגות החוקרים בנושא הזכות להתייעצות, אך לא ראיתי מקום, בנסיבותיו של המקרה הנדון, לפסול בגינה מיניה וביה את ההודאות של מוחמד לפי סעיף 12 לפקודת הראיות. בדברי החוקרים בענין סגורים וסגורים ציבוריים ובחקירת מוחמד על תוכן פגישתו עם סניגור – התנהלות פסולה ביותר –

אין התנהלות ב"פגיעה בצלם דמות האדם" או "ברוטלית ובלתי אנושית", ואין כאן פגיעה בשלמותו הגופנית או הנפשית של מוחמד. גם לא מצאתי מקום לפסול, בגין ההתנהלות בקשר לזכות ההיוועצות, את ההודאות של מוחמד לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

התבטאויות גזעניות ופוגעניות

74. בהחלטתה במשפט הזוטא, עמד בית המשפט המחוזי על טענתו של מוחמד, לפיה יש בריבוי ההתבטאויות המעליבות ולשון הגידופים הנפסדת שהשתמשו החוקרים כלפיו, המצביעות על ביזוי שיטתי שהיה מנת חלקו לאורך כל החקירה, כדי להצטרף ליתר האמצעים הפסולים כדי לגרום לפסילת הודאותיו (החלטת הזוטא, ע' 31-32; כאמור, בערעור, טוען ד"ר לייסט כי מדובר באמצעי חקירה קיצוני המביא לפסילת ההודאות מיניה וביה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות ולפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית). בית המשפט המחוזי סקר דוגמאות של ההתבטאויות הנטענות. הוא בחן את המידה שבה ההתבטאויות השפיעו על חוסן רצונו של מוחמד ובחן האם בעטיין, נשברה רוחו והוא מסר את הודאתו שלא מרצונו. בית המשפט קבע:

"למרבה הצער מצאתי מידה של צדק בטענות ב"כ הנאשם ביחס לשימוש בשפה גסה שנעשה על ידי החוקרים במהלך החקירות... ברי, כי לא הייתה לכך כל הצדקה עניינית, חקירתית או אחרת ויש לתהות על עצם השימוש בביטויים פוגעניים ובכינויים משפילים כלפי נחקר, שאינו מתיישב עם כלליה של חקירה ראויה והוגנת, וחבל" (החלטת הזוטא, ע' 32-33).

עם זאת, נקבע כי אין בהתבטאויות אלו כדי לפסול את הודאותיו של מוחמד. זאת, נוכח נתק בין התבטאויות אלה לבין ההודאות, הן לאור חלוף הזמן בין ההתבטאויות לבין החקירה שבה הודה מוחמד, הן נוכח הכרזתו של מוחמד, בחקירה שבה הודה, לפיה המניעים להודייתו הם ייסורי מצפון וחרטה (החלטת הזוטא, ע' 33; ראו גם דברי בית המשפט לגבי הנסיבות של מתן ההודאה, המצביעות על כך שניתנה באופן חופשי ומרצון, שם בע' 50).

75. בערעור חזר מוחמד על טענות בענין התבטאויות פסולות, ובעיקרי הטעון הנוספים שהוגשו מטעמו נטען שמדובר באמצעי פסול שבעצמת הפסלות שבו יש כדי לבזות ולהשפיל את מוחמד מעבר לנדרש. נטען כי פסול זה אמור להביא לפסילת ההודאה ללא קשר לפגימה ברצונו של מוחמד או באמיתות ההודאה. הגעתי למסקנה שאין מקום לפסול את הודאותיו של מוחמד עקב ההתבטאויות שבנדון. אבאר.

76. בפסק דין יששכרוב סקרה השופטת ד' ביניש את הגישות בפסיקה בענין התנאי בסעיף 12 לפקודת הראיות, הקובע כי על ההודיה להיות "חופשית ומרצון". לפי הגישה שדוברת העיקרי בפסיקתנו היה הנשיא מ' לנדוי, אמצעי חקירה פסולים מן הסוג של אלימות פיזית, אימים, דברי פיתוי והבטחה לא הוגנים או הפעלת לחצים פסיכולוגיים אסורים על הנאשם בחקירתו, שוללים מיניה וביה את קבילות הודאת נאשם, נוכח הפגיעה הקשה בכבודו כאדם ובשלמות גופו ונפשו. לפי גישה פרשנית שניה, שדוברת העיקרי היה השופט ח' כהן, אף כאשר מדובר באמצעי חקירה פסול באופן קיצוני יש לבדוק מבחינה עובדתית את נסיבותיו של כל

מקרה לגופו, האם היה בו כדי לשלול בפועל את רצונו החופשי של הנאשם במסירת הודאתו (שאז תיפסל קבילותה מחשש להיותה הודאת שווא); או שמא על-אף השימוש באמצעי חקירה כאמור, נותרה בידי הנאשם יכולת הבחירה החופשית בנוגע למסירת הודאתו (שאז תתקבל ההודאה כקבילה, והדיון יתמקד בשאלת משקלה הראייתית). כפי שצוין לעיל, הגישה שהתקבלה נקבעה בפסק דין מועדי, לפיה, ככלל, תיבחן השאלה העובדתית בענין השפעת האמצעי הפסול על ההודאה, ורק כאשר מדובר באמצעי הפוגע בצלם דמות האדם – דרגת חקירה "ברוטלית ובלתי אנושית" – תיפסל ההודאה מיניה וביה ללא בחינה עובדתית. כפי שכבר ציינתי, נקבע בפסק דין יששכרוב כי בעידן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש ליתן מעמד מרכזי לתכלית של שמירה על זכויות הנאשם. בסקירת הזכויות המוגנות במסגרת תכלית זו קבעה השופטת ביניש, בין היתר, כי -

"...מן הראוי לפרש את כלל הפסילה המעוגן בסעיף 12 לפקודת הראיות כך שאמצעי חקירה פסולים שיש בהם כדי לפגוע שלא כדין בזכותו של נחקר לשלמות הגוף או כדי להשפילו ולבזותו מעבר לנדרש כתוצאה מעצם קיומה של החקירה, יובילו לפסילתה של ההודאה מיניה וביה; זאת, בלא צורך לבחון את השפעתם של אמצעי החקירה האמורים על אמיתית ההודאה שנמסרה בחקירה. פרשנות זו קרובה בעיקרה לגישתו של השופט גולדברג בע"פ 115/182, 168 מועדי הנ"ל, אשר דומה כי היא זו שהתקבלה בפסיקתנו. עם זאת, טיבם והיקפם של אמצעי החקירה הפסולים שייכללו כיום בגדר המבחן של 'פגיעה בצלם דמות האדם של הנחקר' עשוי להיות רחב מבעבר. זאת, נוכח השפעתו הפרשנית של חוק היסוד ובהתחשב במשפט הבינלאומי ההסכמי שישראל צד לו. (ראו והשוו: פסק-דינו של הנשיא ברק בבג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים הנ"ל; עוד ראו והשוו: דעת-המיעוט של פרופ' קרמניצר בדו"ח הועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבדה הנ"ל, בעמ' 58-64) (שם, פס' 33; ההדגשה שונתה).

כך, שבמסגרת עילת הפסילה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות, עשויה להיפסל הודאה עקב אמצעי חקירה משפילים ומבזים העולים מעבר לנדרש, אף בהינתק מהשאלה האם במקרה הפרטני אמצעי החקירה השפיע על הנאשם.

77. היה מקום, לאור האמור לעיל, שבית המשפט המחוזי יבחן, במסגרת הדיון בטענות בענין התבטאויות החוקרים כלפי מוחמד בחקירה, לא רק כיצד אלה השפיעו על מסירת ההודאות של מוחמד, אלא גם האם מדובר בביוזי והשפלה שיש בהם כדי לפסול את ההודאות בהינתק מהשפעה על ההודאות, לפי סעיף 12 לפקודת הראיות; כן היה מקום לבחינה אם התבטאויות החוקרים מחייבות פסילת ההודאות מכוח המבחנים בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. לכך אפנה עתה.

השפלה וביוזי

78. פסק הדין המרכזי במשפט הישראלי בענין פסילת הודאות בגין גידופי חוקרים ניתן בשנת 1966 – ע"פ 264/65 ארצי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(1) 225 (1966) (להלן: ארצי). בפסק דין ארצי נפסלו הודאות של נאשם בעבירות שוחד, עקב התבטאויות חוקרים בחקירתו, לפיהן "עכשיו אתה בעיני אפס" (שם בע' 228), "אתה אינך ד"ר, אתה דרעק", "ימח שמך" ו"טינופת" (שם בע' 229). נדרשת זהירות בהחלת פסק דין זה על ענייננו ראשית, פסק הדין נכתב על ידי השופט לנדוי, כ-15 שנים לפני פרשת מועדי, תוך הפעלת המבחן שבו הוא דגל, לפיו –

"... הפכה... השאלה אם דרך חקירה זו או אחרת עלולה לגרום למתן הודאה כוזבת, לשאלה של חוק, או לפחות לשאלה מעורבת של חוק ושל עובדות. על כן הלכה פסוקה היא שהודאה, אשר ניתנה בלחץ איומים או בהשפעת דברי פתוי והבטחות, דינה להפסל; ואין נפקא מינה אם אולי סבור בית-המשפט שלמרות האיום או ההבטחה לא גרם הדבר במקרה הקונקרטי שלפניו למתן הודאה כוזבת" (שם, בע' 231); וראו דעת המיעוט של השופט מני, בה נבחן המקרה בהתאם לשאלת השפעת הגידופים על הנאשם במקרה הקונקרטי).

זכור, גישתו של השופט לנדוי בענין פסילת הודאות מיניה וביה עקב אמצעי חקירה פסולים בהינתק מהשפעת אמצעים אלו על הנאשם, שולבה לימים, במסגרת הלכת מועדי, כך שככלל, יש לבחון את השפעת האמצעים על הנאשם, ואילו רק במקרים חריגים תיפסל ההודאה מיניה וביה ללא בחינת עובדתית. שנית, השופט לנדוי קבע בפסק דין ארצי כי הגידופים שנדונו שם לא היו בגדר התפרצות רגעית אלא שיטה להשפיל את הנחקר ולעורר בו הרגשת חוסר אונים, כדי שיעשה כחומר ביד החוקר. זאת, כאשר למלים "בשבילי אתה אפס" מתווסף פשר של איום, לפיו הנחקר מסור בידי החוקר לשבט ולחסד ומוטב לו שיעשה את רצונו, פן יבולע לו (ארצי, בע' 232). שלישית, אף שהשופט לנדוי פסל חלק מהודאות הנאשם בפסק דין ארצי, הוא קבע כי הודאות אחרות שלו קבילות, כך שתוצאת הערעור שם היתה הרשעת הנאשם בחלק מסעיפי השוחד בפרשה (שם, בע' 234). לא מדובר בפסק דין שבו, עקב גידופים בלבד, יצא אדם שהודה מפורשות בביצוע עבירות ללא הרשעה כלשהי.

79. מה מאפיין כיום, לאחר הלכת יששכרוב, התבטאויות של חוקרים, שהן כה חמורות עד כדי פסילת הודאת נאשם בביצוע העבירה, גם אם ההתבטאויות לא השפיעו כלל על ההודאה? חומרה זו נגזרת, בין היתר, מתוכן ההתבטאויות, מהקשרן, מהטון שבו הן מובעות, מכמותן, מתדירותן וכיוצ"ב. רשימה זו אינה ממצה, ולא כל אחד מהמרכיבים יהיה רלוונטי בכל מקרה פרטני. מידת החומרה של התבטאויות אשר תפסול הודאה מיניה וביה תלויה בנסיבות הענין: ייתכן, למשל, שתוכנה המילולי של התבטאות בהינתק מהקשרה אינו נראה פוגעני כלל ועיקר, אולם על רקע ההקשר שבו היא נאמרת מסתבר שמדובר בהשפלה קשה ביותר. ייתכן כמובן גם ההיפך. ייתכן, תיאורטית, שתהיה בחקירה התבטאות אחת ויחידה שהיא חמורה עד כדי כך, שאף ללא רצף של התבטאויות היא תביא לפסילת ההודאה. הכל תלוי בנסיבות הענין, אולם זאת יש לזכור: חומרת ההתבטאות צריכה להיות בעוצמה כזו, שהיא מצדיקה, כשלעצמה, זיכוי של נאשם שביצע עבירה פלילית.

80. הגעתי למסקנה כי אין מקום להתערבות בקביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה התבטאויות החוקרים לא הניעו את מוחמד להודות בביצוע הרצח. לא היה בהתבטאויות אלה כדי לשלול את חופשיות רצונו של מוחמד. כמו בית המשפט המחוזי, גם אני מסתייגת מחלק מההתבטאויות מושא הטענות של מוחמד, שחלקן אינן ראויות. אולם, לדעתי, התבטאויות אלה אינן מגיעות לאותה רמת עוצמה אשר תצדיק את זיכוי של מוחמד מעבירה פלילית שבה הודה, בין בנתיב של סעיף 12 לפקודת הראיות ובין בנתיב של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

81. בענין ההשפעה בפועל של התבטאויות החוקרים על ההודאות של מוחמד, קביעת בית המשפט המחוזי לפיה חלף פרק זמן משמעותי בין הדברים הבוטים שהוטחו במוחמד לבין ההודאה, לא נראתה לי ברורה מאליה. לפי המונה בתקליטור החקירה מיום ההודאה (46/ז), כ-18 דקות בלבד לאחר שהטיח חוקר במוחמד שהוא "מטומטם" (1:50:00), כבר הודיע מוחמד על נכונותו לצאת לרכב ולספר את כל מה שהיה (2:07:30). כ-35 דקות לאחר מכן יצא מוחמד מחדר החקירות לכיוון הרכב, בו הודה בביצוע הרצח (2:42:30).

אציין בשולי הדברים כי שתי התבטאויות נטענות נוספות נאמרו לאחר הביטוי "מטומטם", אחת מהן פחות מדקה וחצי לפני שהודיע מוחמד על נכונותו לצאת לרכב ולספר כל מה שהיה; אלא שמהקשר הדברים עולה לדעתי בבירור שהתבטאויות נוספות אלה אינן בגדר בהשפלה או ביזוי כלל ועיקר. להיפך – באותם רגעים מסביר חוקר למוחמד, בטון כן ולא בציניות, כי אין כל כוונה "להפיל" את מוחמד בגין העובדה שמוחמד הוא ערבי מהשטחים ו"כושי". הודגש כי מוחמד הוא דבר ראשון בן אדם, והחוקרים לא מבקשים ממנו להודות במשהו שהוא לא עשה (שם, 2:04:00 ; 2:06:00).

בין הרגע שבו מוחמד הסכים לצאת לרכב ולספר לבין היציאה בפועל לרכב כ-35 דקות לאחר מכן, אכל מוחמד ארוחת צהריים ואף שוחח שיחה מאוד נינוחה עם חוקר, שבה הוא אף חייך והתלוצץ (לרבות על בריחתו של בני סלע). הרושם העולה מההקלטה אינו של אדם שכח רצונו נשבר עקב גידופים.

אוסף, כי המדינה צודקת בטענתה כי לא מעט מההתבטאויות אליהן התייחסה ההגנה הוצאו מהקשרן, ובהקשרן הנכון ברור שלא מדובר בביזוי והשפלה. כך, למשל, הפנה מוחמד לעמוד 40 ב-46/ז כדוגמה להשפלתו וביזויו בגין היותו ערבי ותושב שטחים. אלא שהקשר הדברים – כאשר צפייה בהקלטת החקירה מעלה שהדברים נאמרו בטון כן ואמפטי ולא ציני – מעלה תמונה אחרת בתכלית:

"תראה אנחנו משקיעים בך כבן אדם. עזוב שקוראים לך מוחמד מובארק, תושב שטחים. אתה קודם כל בן אדם. אני מבחינתי, הגבול, זה לא אומר כלום. כאילו זה שאתה תושב שטחים ואנחנו פה זה לא... הגבול, אנחנו באותה הסירה, באותו בלגן. אבל אתה בן אדם, אתה לא שונה ממני, לא שונה

ממנו, לא שונה ממנו, אתה לא חיה. ובני אדם טועים, אתה לא הראשון שטועה" (רס"ר באדי חרב, 7.5.2007, ז/46, ע' 40).

בקטע המצוטט מסביר רס"ר חרב, תוך הדגשת השוויון בין בני האדם, כי למוחמד אין מה לחשוש שמא הוא מקבל יחס פחות טוב עקב היותו ערבי תושב השטחים.

82. בדומה, יש לבחון את ההקשר שבו נאמר "מצאתי שעיר לעזאזל בגלל שקוראים לו מוחמד מוברק, וכושי אז בוא נזיין אותו". בהקשרם, ניתן לראות שפשר הדברים הוא הפוך מהנטען, ושהחוקרים מסבירים למוחמד שיהא מוצאו אשר יהא, חלילה להם לגרום לו להודות בעבירה שהוא לא ביצע:

"חוקר 2: מישהו מבקש ממך להגיד דבר שלא עשית? אוי ואבוי לו. אתה חושב שאנשים לא באו לפעמים בחקירה ואמרו 'עשיתי'? אתה חושב שהאמנו להם? צריך לבדוק את הדברים האלה. הרי אני גם בתור בן אדם, לפני שאני חוקר (רעש ברקע).

אני בן אדם, לא יכול לבקש ממך דברים שלא עשית, לא יכול להפיל עלייך את כל העולם עכשיו, מצאתי שעיר לעזאזל בגלל שקוראים לו מוחמד מוברק, וכושי אז בוא נזיין אותו. אוי ואבוי לי! חלילה! חלילה! חלילה! אף אחד לא רוצה לזיין אותך, אני לא רוצה שתגיד מה שלא עשית. מוחמד, ת.. תאמין לי שתרגיש יותר טוב... (7.5.2007, ז/46 בע' 41; ראו קטע דומה, בענין היותו של מוחמד תושב שטחים נעדר תעודת זהות ישראלית, במובחן מפריד, ב- 39/ז בע' 89).

83. המסקנה דומה לגבי השאלה האם למוחמד יצמח "עור חדש". שאלה זו לא נשאלה כבדיחה פסולה לגבי צבע עורו, אלא כתגובה לכך שמוחמד החל, תוך כדי החקירה, לקלף את העור מהיד ששרפה לו דודתו כשהיה ילד (האמור בסוגריים מרובעים הוא השלמה של קטעים לא ברורים בתמליל, מעיון בהקלטה של הקטע הרלוונטי):

"חוקר 1: תסתכל, גנבת מאה שקל מדודה שלך, שהיית בן 9, תסתכל מהי עשתה לך! ראית? מאה שקל שרפה לך את היד. דודה שלך (דלת נסגרה). פה הרגת בן אדם!
חוקר 2: זה לא (לא ברור) אלוהים, נכון? נכון מחמד? הכל מאלוהים? הכל מאלוהים, ולא למדת לקח!
חוקר 1: [מה אתה עושה מקלף (ז/38 00:06:5)] את העור? למה? למה? מה יצא לך עור חדש? יותר יפה? מה שעשית אי אפשר להחזיר את הגלגל

אחורה, היד שנשרפה אני אפשר לעשות אותה
יד יפה. הרגת את עמוס אי אפשר להביא אותו
בחיים לחזרה...” (ז/39 ע' 141).

84. באופן דומה, בחינת הביטוי “זונה יודעת שהיא זונה” שאמר חוקר למוחמד בהקשרו, מעלה כי אין מדובר בדברי השפלה נגד מוחמד כמי שמספק שירותי מיין בתשלום, אלא בהקשר אחר בתכלית. החוקר מסביר למוחמד (שבמשך כל החקירה לא הכחיש שהוא מספק שירותי מיין בתשלום), שהוא יודע שמוחמד רצח וכי הגם שקל למוחמד להכחיש זאת, הוא לא מאמין לשקריו של מוחמד:

“אמרת אבל לשקר זה הכי קל. לבוא ולהגיד זונה שתגיד 'אני לא זונה' זה קל, קל להגיד. השאלה אם זה נכון. כי היא יודעת בפנים שהיא זונה. היא יודעת. אבל היא יכולה להגיד בכל העולם 'אני לא זונה'. אותו דבר פה, אתה משקר, משקר, משקר, מדברים איתך אנשים עם שכל...” (ח/46, ע' 7.5.2007 ; 36).

85. בענין התנועה המגונה הנטענת: כאשר חוקר שאל את מוחמד במסגרת החקירה האם הוא מהחמאס ומוחמד ענה שלא, החוקר הצמיד את אגודלו ואצבעו לשפתיו, תוך השארת יתר אצבעות היד מופנות כלפי מעלה והשמעת קול נפיחה, כביטוי להעדר אמונה בדברי מוחמד (ז/28, 17:00; יצוין כי בחקירה נגדית בע' 78 ביום 14.7.2008 תשובתו של החוקר לגבי תנועה מגונה במקום זה בהקלטה התייחסה לסוג תנועה אחר לחלוטין – תנועה עם המרפק שיש לה פירוש מקובל אחר, לפיו החברים “יזיינו” אותו). התנועה המגונה אינה בגדר התנהגות הולמת של שוטר במשטרת ישראל, אך אין בה כדי להגיע לעוצמת פגיעה בכבוד האדם המצדיק פסילת ההודאה.

86. לדעתי האמירה “אני לא אעשה אותך שחור יותר ממה שאתה” מתפרש בדרך שונה מזו שמפרשת ההגנה:

פריד איך יודע לנגן במנדולינה?	“חוקר 1:
אתה יודע מה זה מנדולינה?	
[מוחמד]: (מצקצק)	נחקר 1
גיטרה, אתה יודע מה זה גיטרה?	חוקר 1:
כן.	נחקר 1:
מנדולינה זה יותר קטן. אתה יודע למה יותר קטן? יש לה קול חזק! כמה שהיא קטנה יש לה קול חזק! תחשוב, תחשוב...אני לא מנסה לעשות אותך שחור, יותר ממה שאתה! אני... רוצה תספר את האמת! רק אמת! אוקי? אתה הסיפור האמיתי מצידו תספר אותו בצבע אותו בצבע אותו, תספר אתה רואה את הצבע? ככה? תספר אותו בצבע לבן מצידו... אבל אני רוצה	חוקר 1:

לשמוע את הסיפור! מה קרה בדיוק?
(ז/39 ע' 137-138; 6.5.2007).

לצד טענת מוחמד שמדובר בלעג על צבע עורו, בהקשר המצוטט ובהקשר החקירה כולה, שנסבה סביב מידת חלקו של כל חשוד בביצוע הרצח, נראה לי שהדיבור על לספר גרסה "בצבע לבן" ועל העדר האפשרות להפוך את מוחמד ל"שחור יותר ממה ש[הוא]" אינו מתייחס כלל לצבע עור, אלא למידת החומרה של השתתפותו ברצח. הצבעת החוקר על כוס קלקר בצבע לבן בסרט הווידאו כאשר הוא אומר "אתה רואה את הצבע?" – ולא על עור – מחזקת את דעתי בענין זה (ז/38, מונה 5:00:00).

87. בענין הביטוי "אתה חייה": אמנם גם רוצח בדם קר הוא אדם, ואמנם מוחמד היה בזמן החקירה רק בגדר חשוד ברצח (במובחן ממורשע ברצח); אולם, על האמירה המצוטטת להלן, שנאמרה בחקירה שבה מטיחים בחשוד שעשה כן, לא הייתי פוסלת הודאה בביצוע עבירה. דרגת החומרה של הדברים אינה מדרגה זו:

"הלכת, רצחת יהודי. עם עוד כמה חבר'ה. בגלל שהוא יהודי רצחתם אותו. ואתה חי פה. אתה, אין לך בושה. אתה, אין לך בושה. אתה, אין לך בושה. זה מה שאתה, אתה לא בן אדם, אתה חיה. רק חיות מסוגלים, מסוגלות לעשות דבר כזה. רק חיות. ושנאה. שנאה ככלל שהוא יהודי.." (4.5.2007, ז/28, ע' 6).

עמדתי דומה לגבי התייחסות לרוצחים כ"זבל":

"חוקר 2: אתה היית לבד בתא?
נחקר: צ'צ' (מצקצק).. (לא ברור) עוד מישהו..
חוקר 2: מי היה לך? נרקומן.. מי? מי שמו לך?
נחקר: עוד אחד מלוד..
חוקר 2: מלוד? יהודי?
נחקר: לא, ערבי.
חוקר 2: על מה, גם הוא זבל? גם הוא רצח?
נחקר: לא יודע על מה.." (7.5.2007, ז/46, ע' 9)

88. דא עקא, לצד ההתבטאויות שבחנתי לעיל, אין לכחד שחלק מהתבטאויות כלפי מוחמד בחקירתו היו פסולות לחלוטין. אלה כוללות ביטויי גנאי קשים לגבי צבע עורו של מוחמד, לגבי היותו ערבי ולגבי עיסוקו במתן שירותי מין לגברים. בחלק מהמקרים מדובר בביטויים במסגרת שאלות רטוריות, דיבור היפותטי, דיבור על דרך השלילה, או ניסיונות לעורר תגובה אצל מוחמד על מנת לקדם את החקירה. עם זאת (ואף שאין מחלוקת על כך שהכינויים של מוחמד בפי מכריו הם "כושי", "אבו סמרה" ו"שוקולדה"), מדובר בצורת התבטאות שאין מקומה בחקירה משטרתית במדינת ישראל כלל ועיקר:

תגיד לי אתה אכן? אה? אתה אכן, או אתה שולחן לא יודע... כאילו אין לך מחשבות, אין לך רגשות, כלום, אתה אכן, אתה כמו הקיר, כן? אתה כמו הקיר אתה?

דובר א:

[מוחמד]: לא

דובר ב:

דובר א:

כנראה שכן. למה? כי אפשר להגיד לך הכול, שאני יכול לקרוא לך כושי, אבו סמרה, אפשר להפיל עליך דברים אפשר הכול, אתה בגלל זה ככה. בגלל זה אתה נראה כהה, נראה כמו איזה... (מילה לא ברורה). בלי להעליב אותך, אבל זה אתה, אין מה לעשות. אתה אחד שמזלזלים בו, אתה יודע מה זה מזלזלים? זאת אומרת שאתה... אפשר להגיד לך הכול, אתה לא תעשה כלום. אפשר לקחת ממך הכול, גם אם ייקחו לך את המכנסיים, אתה לא תעשה כלום, אתה אפס. אתה כמו האלה שדורכים עליהם, עושים רעש כזה, ברלה, אתה יודע מה זה ברלה? כמו חיפושית, כמו ג'וק. ג'וק יותר ממך קצת, למה ג'וק הוא חופשי, הוא הולך לאן שבא לו, אתה לא. גם הג'וק זה שחור, כמוך. אבו סמרה... כושי, שוקולדה... אני מעליב אותך? עכשיו תגיד לא... אני מעליב אותך? אתה יודע מה זה מעליב?

מה?

דובר ב:

זאת אומרת אני אומר לך מילים לא יפות, אתה מרגיש שאני פוגע בך?

דובר א:

כן

דובר ב:

דובר א:

אה, סוף, סוף. חיכיתי לראות אם אתה בנאדם או לא. סוף, סוף. אני פוגע בך נכון, ואתה יכול להגיד לי אני פוגע בך, אבל זה זכותך, כמו שזה זכותך להגן על עצמך, לשמור על עצמך, כי אתה בנאדם, נכון? אתה לא ג'וק. אם פוגעים בך אז צריך להגיד שפוגעים בכך, ואני חיכיתי שתגיד שאני פוגע בכך. אם היית אומר לי, לא, אז זה לא היה טוב בכלל. אני חיכיתי שתגיד שאני פוגע בך. רציתי לראות אם אתה בנאדם, או איזה אחד... או בטח שאני פוגע בך, אבל אתה צריך להגיד, אם לא תגיד, אף אחד לא ידע, חושבים שככה מתנהגים אליך, זה טוב בשבילך. אם אתה לא תגיד, ואללה איך אתה מדבר, לא נדע, נכון? אותו דבר בתיק, אם לא תדבר איך נדע? איך נדע? מה אני

נביא?...." (2.5.2007, ז'19, ע' 24-25 ;
ראו גם 4.5.2007, ז'28, ע' 10).

גם בהנחה ש"פסיכולוגיה הפוכה" זו מהווה שיטת חקירה יעילה, לא היה כל מקום להתבטאות המצוטטת. גם לא היה כל מקום לומר למוחמד שהוא "כזה קטן":

"חוקר 3 : ...אמרתי לך, אנחנו מאוד-מאוד חכמים. (צועק)
מאוד חכמים! אם אתה חושב שיושבים פה
טמבלים מול העיניים שלך, אתה טועה. טועה
בגדול. טועה בגדול! אתה כזה קטן. כזה קטן
אתה. שתעשה לנו פה הפוכות אנחנו נעשה
הפוכות לעשרים אלף כמוך..." (7.5.2012,
ת/46, ע' 29)

לא היה כל מקום להעליב את מוחמד ולקרוא לו "מטומטם"; בוודאי שלא היה מקום להפנות כלפיו את הביטוי הגזעני המובהק "ערבוקי טמבל":

"חוקר 3 : בן אדם.. בן אדם שהוא לא עשה
כלום לא ייזכר אחרי.. אחרי
שמוסרים לו חלק מהדברים,
שפתאום כן מכיר את עמוס!
כן היה אצלו! אבל
המטומטם... המטומטם לא
יודע לחשב זמנים, הוא לא
יודע שעכשיו אנחנו במאי,
בתחילת מאי, שלושה חודשים
אחורה זה תחילת פברואר,
ואיפה הוא היה בתחילת
פברואר, הבחור? בדמון!
בכלא דמון! ויצאת לחופשות
מדמון?" (7.5.2007, ז'46, ע'
32).

"חוקר ב: ואת הכוס [בדירתו של עמוס –
מ"נ] לא שטפו שלוש
חודשים?
....

(שתיקה)

חוקר ב: איך? איך אומרים ערבוקי
טמבל הזה.. בבקשה ממך תגיד
לו" (4.5.2007, ז'31, ע' 31).

89. פסולה הייתה גם התייחסות החוקרים לגברים המקיימים יחסים הומוסקסואליים
כ"גברים בערבון מוגבל" וכשווי ערך למקיימי יחסי מין עם חיות:

חוקר א: (לא ברור – מדברים ביחד) אנחנו יודעים הכל, מותק ואם אתה חושב שהחברים שלך, גברים, תמשיך לחשוב.

חוקר ב: גברים זה בעירבון מוגבל

חוקר א: (צוחק)

חוקר ב: יש גברים ויש גברים

חוקר א: יש גברים ויש גברים ואני לא שופט אף אחד.

חוקר ב: (צוחק)

....

חוקר א: אני לא שופט. אמרתי לך, כל אחד שיחיה איך

שהוא רוצה. אני יש לי כבוד לכל בני האדם, מי

שרוצה שילך עם חתולה מי שרוצה שילך עם

אה.. עם גבר, מי שרוצה שילך עם קוקסינל

אה.. זה בחירה שלו, הוא בחר את זה. זה

האהבה שלו, זה הת.. זה מה שהוא נהנה,

אלוהים ברא אותך ככה, אין לי בעיה.

חוקר ב: שיהיה לך לבריאות.

... " (4.5.2007, ז' 28 ע' 9; ראו גם ז' 31, ע' 38-39).

90. האמירות שצוטטו לעיל ללא ספק כוללות ביטויי הפלייה פוגעניים ומשפילים, פסולים לחלוטין, אשר פוגעים בכבוד האדם. אולם אין נגזרת מכך מסקנה אוטומטית שהתבטאויות אלה מחייבות פסילת הודאותיו של מוחמד בביצוע העבירה. לא בהכרח מובילה אמירה פסולה בחקירה להודאה פסולה. דברים אלה שכתבה השופטת ביניש בפסק דין יששכרוב בענין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, יפים גם לבחינה האם כיום, בעידן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מדובר בהתבטאויות בעלות עוצמה עד כדי פסילת מיניה וביה ושל הודאה בביצוע עבירה פלילית לפי סעיף 12 לפקודת הראיות:

"וידוגש; אין בגישה זו קביעה כי ההגנה על זכויות הנאשם הפכה לתכליתם העיקרית של דיני הראיות או כי תכלית חקר האמת איבדה מחשיבותה. התכלית האחרונה בעינה עומדת והיא נותרה מטרה ראשית של דיני הראיות בפלילים, לשם ברור חפות או אשמה ולשם הגנה על שלום הציבור מפני הפשע ההולך וגואה שהפך למתוחכם ולמאורגן מבעבר. זאת ועוד; כפי שצוין לעיל, ההליך הפלילי אינו מתמקד רק בהגנה על זכויות החשוד והנאשם, אלא גם בהגנה על כבוד האדם ועל זכויותיהם של נפגעי העבירה בפועל או בכוח. כבר נקבע בפסיקתנו כי: 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נושא עמו בשורה חוקתית חקוקה לכל פרט בחברה, אולם בשורה זו נועדה לכל החברה ולא רק לעבריינים שבה. קורבן העבירה בפועל ובכוח וכל אזרח תמים-דרך זכאים להגנה על כבודם ועל חירותם מפני פחד, אימה ופגיעה, לא פחות מן הנאשם...'. (דבריו של הנשיא שמגר בדנ"פ 2316/95 גנימאת הנ"ל, בעמ' 621; כן ראו: דבריו של הנשיא ברק, שס, בעמ' 651-652; עוד ראו: סעיף 1 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001 הנותן ביטוי סטטוטורי

לתכלית שעניינה הגנה על כבוד האדם של נפגעי עבירות)“
(שם, פס' 47).

91. אל מול הביטויים הפסולים שנסקרו לעיל עומדת הודאת נאשם בעבירה פלילית. כאשר השופט לנדוי קבע בפסק דין ארצי כי יש לפסול הודאה בעבירה (לצד הודאות אחרות של אותו נאשם בעבירות דומות שהותרו על כנף), הוא עשה כן עקב “שיטה” של השפלה שכוונה לשבירת רוחו של הנאשם. הוא עשה זאת בטרם הלכת מועדי לפיה, ככלל, לא תיפסל הודאה מיניה וביה עקב אמצעי חקירה פסולים, אלא יבחן האם האמצעים האמורים השפיעו בפועל על מתן ההודאה במקרה הנדון. ויודגש: במקרה המתאים יהיו התבטאויות של חוקרים שהן כה משפילות ומבוזות, שלא יהיה מנוס מלפסול הודאה מיניה וביה בגינן (ללא בדיקה פרטנית). התבטאויות החוקרים במקרה שבנדון פסולות מכל וכל, והן בעלות עוצמה רבה שבה אין להקל ראש; אך אין בהן את מידת העוצמה שיש בה כדי להצדיק פסילת הודאה בביצוע עבירה פלילית, אם לא השפיעו על מתן ההודאה. אף לא שוכנעתי שמדובר בשימוש בביטויים פסולים כ”שיטה” לשבירת רוחו של מוחמד.

92. מסקנתי דומה לגבי התבטאויות אלה במסלול דוקטרינת הפסילה החוקתית. הגם שמדובר כאמור בהתבטאויות פסולות, אין בהן את העוצמה הנדרשת על מנת להפוך את הודאותיו של מוחמד לראיה שהושגה “שלא כדין” (יששכרוב, פס' 64). מדובר אמנם בביטויים פסולים, אך למעשה אין לומר שהם היו, בנסיבות הענין, בגדר “אמצעי” להשגת הראיה. אף אם תמצי לומר שכן, הן לא פגעו מהותית בזכותו של מוחמד להליך הוגן (שם, פס' 65; ודוק – פגיעה בהליך הוגן בפלילים יכולה להוות פגיעה בכבוד האדם, אולם מכך לא בהכרח נגזר שכל פגיעה בכבוד האדם מהווה פגיעה בהליך הוגן בפלילים – ראו שם, פס' 67)). ואף אם נניח שמדובר בפגיעה בהליך הוגן –

“אכן, ככל הזכויות המוכרות בשיטתנו המשפטית, אף הזכות להליך פלילי הוגן אינה מוחלטת. היקף ההגנה עליה נגזר מהצורך לאזן בינה לבין ערכים, זכויות ואינטרסים מתחרים עליהם עמדנו, ובהם – ערך חשיפת האמת, הלחימה בעבריינות, ההגנה על שלום הציבור והשמירה על זכויותיהם של נפגעי העבירה בכוח ובפועל. נכונים בעניין זה דבריו של השופט ד' לוי לפיהם: 'אסור שהאינטרס הציבורי לשמירת טוהר ההליך השיפוטי ישכיה מאתנו אינטרסים ציבוריים חשובים אחרים כגון, האינטרס הציבורי בהעמדה לדין, מיצוי הליכים והוצאת האמת לאור והאינטרס הפרטי של הקורבן הנפגע' (ע"פ 2910/94 יפת הנ"ל, בעמ' 369). 'ההגנות בהליך, אשר אחריה אנו תרים, היא לא רק הגינות כלפי הנאשם, אלא גם כלפי מי שמבקש עזרתה של החברה כדי שתסיק מסקנות מביזויו והשפלתו כאדם' (דבריו של הנשיא שמגר בדנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 621, 630) (יששכרוב, פס' 68).

93. עד כאן בענין אמצעי החקירה שלגביהם נטען בערעור שיש לפסול את ההודאות של מוחמד בגינם מיניה וביה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות (בנוסף לפסילה מפאת דוקטרינת הפסילה

הפסיקתית). נעבור אל בחינת אמצעי החקירה שלגביהם נטען בפנינו שיש לפסול את ההודאות בגינם לפי סעיף 12 הנזכר למרות שלא מדובר באמצעיים "קיצוניים" (בנוסף לפסילה בשל דוקטרינת הפסילה הפסיקתית).

העדר אזהרה מספקת

94. בית המשפט קמא חילק את טענותיו של מוחמד בענין ליקויי אזהרה לשניים: אי הודעה נאשם בשלב הראשון של החקירה שהוא חשוד ברצח, ובשלב השני, לאחר שהודע למוחמד שהוא חשוד ברצח, העדר הודעה על תאריך ביצוע הרצח ומקומו.

העדר הודעה בענין החשד לרצח

95. במשפט הזוטא, מוחמד טען, בענין העדר הודעה בשלב הראשון בחקירה שהוא חשוד בביצוע הרצח, כי הוא תושאל ביום 30.4.2007 בשורה של נושאים הקשורים ישירות לרצח, ובכלל זאת על אודות נטיות המיניות והיותו תושב שטחים, שחום עור, העוסק בזנות בתל אביב, בין היתר בדירות של לקוחות. אולם, לטענתו, הוא לא נחקר באותו שלב תחת אזהרה בגין עבירה כלשהי. בהחלטת הזוטא, עמד בית המשפט המחוזי על כך שבאותו שלב הוזרה מוחמד כחוק, בחשדות לעבירות של כניסה לישראל שלא כחוק והתחזות לאחר. עוד טען מוחמד כי עוד לפני שתושאל, הוא נתפס בעיני החוקרים כמעורב ברצח. זאת, הן נוכח כיוון החקירה הנזכר – שאין לו ולא כלום עם עבירות שב"ח או התחזות ואשר קשור כל כולו לחקירת הרצח – הן נוכח העובדה שהוא נחקר בידי חוקרים שעיסוקם הבלעדי הוא בתיקי רצח. מוחמד טען שעריכת החקירה בנושא הרצח מבלי להזהירו שהוא חשוד ברצח היוותה תרגיל חקירה פסול. החוקרים טענו במשפט הזוטא כי בשים לב לנתוני האישיים של מוחמד, לא היה, בהעדר חשד קונקרטי למעורבותו ברצח באותו שלב, כדי לפטור אותם מחקירתו כעד בקשר לרצח. הם טענו כי השינוי במעמדו של מוחמד בא משילובן של שתי ראיות – תפיסת ארנק המגואל בדם (שלבסוף הסתבר שאינו קשור לרצח) וההפגשה שנערכה בין מוחמד לפריד באותו יום (ע' 15-16 להחלטת הזוטא). בית המשפט המחוזי דחה טענה זו וקבע כי עם מציאת הארנק – ועוד לפני המפגש עם פריד – בצירוף הראיות האחרות שנצטברו באותו שלב (לרבות אזכורו של מוחמד כמי שמכונה "כושי", אורח חייו ועיסוקו), קם לחוקרים חשד למעורבותו של מוחמד אשר חייב הזהרתו כחשוד ברצח. בית המשפט לא התייחס למשמעות האופרטיבית של הפרת חובה זו שהוא קבע (למעט ה"שורה התחתונה", לפיה אין לפסול את ההודאות בגין פגמים באזהרה).

96. בערעורו, חוזר מוחמד על טענותיו בענין ההימנעות מלהזהירו כחשוד ברצח, תוך שהוא טוען כי רפ"ק רונה פינגלאי העידה כי היא חשדה בו עוד לפני תשאולו הראשוני (ע' 13 לפרוטוקול מיום 5.5.2008 ש' 4) אך סתרה את עצמה בהמשך עדותה, בטענה שמה שגרם לשינוי בעמדה וייחוס עבירת רצח למוחמד היא ההפגשה שנערכה בין מוחמד לבין פריד (שם, ע' 15 ש' 23-24). כן טוען מוחמד כי עדותו של ראש צוות החקירה רפ"ק עאהד איברהים, לפיה מה שגרם לשינוי בעמדה לגבי מעמדו של מוחמד היו דווקא הארנק ואיכון הטלפונים, סותרת את טענתה של רפ"ק פינגלאי (פרוטוקול מיום 15.5.2008, ע' 50 ש' 18 – ע' 51 ש' 7; ע' 25 לנימוקי הערעור).

97. אינני רואה מקום להתערב בהחלטה שלא לפסול את ההודאות של מוחמד עקב המועד בו הודע לו על היותו חשוד ברצח. מועד האזהרה ברצח אינו מהווה בענייננו עילה לפסילת ההודאות של מוחמד לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כפגיעה מהותית בזכות להליך הוגן. גם אין לומר שמועד האזהרה ברצח הוביל במקרה הנדון להודאות, שכן האזהרה ברצח ניתנה כבר בליל 30.4.2007, ואילו מוחמד הודה לראשונה ברצח שמונה ימים לאחר מכן, שבמהלכם נחקר מספר פעמים וטען בתוקף שלא השתתף ברצח. אבאר.

98. ביום 30.4.2007, לפני שעלתה האפשרות שמוחמד היה מעורב ברצח, הוא נעצר באקראי בחשד לשהייה בלתי חוקית. האפשרות שמוחמד היה מעורב ברצח עלתה במשטרה כאשר נחקר אחר (כהא שוויקי) מסר כי אדם המכונה "כושי" נעצר בתחנה המרכזית בתל אביב (סעיף 5 להכרעת הדין). כנראה שהקשר של "כושי" לעבירה היה בכך שעד מסר שאדם בעל כינוי "כושי" התלווה אל פריד כאשר פריד היה עם הטלפון הנייד של המנוח (ראו עדותו של רפ"ק אעהד איברהים המצוטטת בע' 17 להחלטת הזוטא). נקבע – ולא נטען בפנינו אחרת – כי ההחלטה לעצור את מוחמד בחשדות לשהייה בלתי חוקית, מלכתחילה ולפני תשאולו, לא היתה בגדר תחבולה בתיק הרצח, אלא מאורע אקראי. לאחר שעלתה האפשרות שמוחמד, שהיה עצור כאמור בחשדות לשהייה בלתי חוקית, מעורב ברצח, החלו חוקרים, שכל עיסוקם חקירת תיקי רצח, לתשאל את מוחמד בנושאים הקשורים לתיק הרצח (כגון שאלת זהות האדם שאליו מסר מוחמד את הטלפון שלו (4/ז' בע' 20)), עבודה במתן שירותי מין בתשלום לגברים באזור התחנה המרכזית (למשל, 4/ז' ע' 23-24) כינויו (שם, בע' 28) והכרותו עם אדם בשם פריד (שם, בע' 35)). דברים אלה מעדותה של רפ"ק רונה פינגלאוי צוטטו בהחלטת הזוטא:

"מטרת הבאתו אלי לחקירה היתה בדיוק לצורך בירור האם מדובר בחשוד שלי או לא. אני לא הסתרת, אבל זה לא היה מספיק לי כדי לייחס לו את עבירת הרצח. להיות הומוסקסואל ולהסתובב ברחוב הגליל בת"א עדיין לא עושה אותו הרוצח של עמוס, להיות כהה עור וצעיר בטווח הגילאים שעמוס העדיף, עדיין לא עושה אותו הרוצח. זה גם לא עשה אותו עדיין החשוד ברצח." (פרוטוקול עמ' 14, ש' 12-16; ראו גם ע' 16 להחלטת הזוטא).

לדעתי דברים אלה תואמים את ההלכה של בית משפט זה בענין הזהרת חשוד. בפסק הדין ב- ע"פ 181/57 בקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י"ב 143, 145 (1958), שניתן פה אחד, כתב מ"מ הנשיא ש"ז חשין:

"...[כבר נפסקה הלכה, כי שוטר החוקר עד, ותוך מהלך החקירה מתחיל הוא חושד בעד שהוא עצמו ביצע את העבירה ושיש כבר אפשרות להאשימו, חייב הוא להפסיק את החקירה ולהודיע לחשוד את זכותו החוקית להתוודות או לשתוק" (ההדגשה הוספה; השוו דעתו של יעקב קדמי על טדו הדין בפלילים חלק ראשון כרך ב 780 (מהדורה מעודכנת, 2008)).

99. אמנם בוטלה מאז פסיקה זו ההבחנה בין "חשוד" בחקירה לבין "נאשם" בחקירה (ראו קדמי, שם בע' 785-786). אולם, ברור מפסיקה זו שהחובה להפוך "עד" לחשוד בעבירה אינה קמה נוכח חשד גרידא אלא כאשר נמצאה תשתית ראייתית המבססת את אותו החשד. בית המשפט המחוזי קבע במשפט הזוטא בענייננו כי רמת החשדות המחייבת אזהרה בחשד לרצח היתה קיימת למצער בשלב בו נתפס ברשותו של מוחמד הארנק המגואל בדם, בוודאי כשראייה זו השתלבה עם יתר הראיות שהצטברו עד לאותו שלב, ובכלל זה אזכורו של מוחמד על ידי בהא שוויקי בכינויו "כושי", אורח חייו ועיסוקו. אני מסכימה כי בשלב שבו היה ברור שהארנק מגואל בדם, בשילוב הראיות הנוספות האמורות, רמת החשדות היתה מחייבת להזהיר את מוחמד בחשד לרצח. דא עקא, עיון במוצגי החקירה מעלה שברגע שבו נתפס הארנק ועלה חשד שהוא מגואל בדם, לא היה ברור שהארנק אכן מגואל בדם. נהיר מעיון בהקלטת החקירה כי הארנק הופיע לראשונה בחקירה כאשר מוחמד (עליו, באותו שלב, טרם בוצע חיפוש) נשאל לגבי מספרי טלפון שבשימושו. מוחמד, אשר השתמש בארנק כדי לאכסן בו פתקים עם מספרי טלפון, שלף את הארנק מכיסו מיוזמתו. החוקרים החליטו לתפוס את הארנק, אך דבר לא נאמר באותו שלב בפני מוחמד לגבי דם (3/ז), קובץ "29/04/07 17:55 AV2 EP", 34:33; יצוין כי גם דקות ארוכות לאחר תפיסתו עדיין היה הארנק בחדר החקירה, ראו שם, מונה 20:45). מהמוצגים בתיק עולה התייחסות החוקרים לארנק כמגואל בדם (1/ז) מאותו יום 30.4.2007, 3 שורות לפני סוף המסמך). אלא שברור גם שלא בוצעה בו מקום בדיקה האם אכן מדובר בדם אם לאו, שכן בטופס לוואי למוצגים, הממוען למכון רפואי באבו כביר, מבקש רפ"ק עאהד אבראהים "בדיקתכם האם מדובר בדם ואם כן להפיק DNA ולשוות [כך] אותו עם דמו של המנוח" (65/ז; ההדגשה הוספה). במהלך ההפגשה שנערכה בין מוחמד לבין פריד באותו הערב הראה חוקר את הארנק למוחמד. הלה נשאל לראשונה לגבי דם על הארנק, ונאמר לו כי החוקרים יכולים לבדוק של מי הוא (11/ז, 2:27:25). פחות משעה לאחר מכן, מיד בתחילת חקירתו הראשונה שלאחר הפגשה זו, בחדר הסמוך למבואה שבה נערכה ההפגשה (ויצוין כי ההפגשה וההקלטה הוקלטו בין היתר בהקלטה אחת ברצף), מוזהר מוחמד בחשד לרצח (שם, 3:11:54). נוכח העובדה שהארנק היה עדיין בידי החוקרים בזמן ההפגשה (ולא במכון הרפואי באבו כביר) ונוכח הפנייה בטופס משלוח הארנק למכון הרפואי לבדוק האם מדובר בדם, נראה כי מוחמד הוזהר ברצח עוד בטרם היה ברור אם הכתם בארנק הוא דם אם לאו. אינני רואה פגם בכך שהחוקרים לא הזהירו את מוחמד בחשד לרצח ברגע הראשון שהם ראו על הארנק כתם שנראה להם כמו דם. הטחת חשד בעבירה חמורה בפני אדם היא עניין רציני, וסביר בעיניי שהוכחת ההיכרות בין מוחמד לבין פריד בהפגשה, על רקע הנתונים שנזכרו לעיל (ואולי בעיקר המידע לפיו אדם בכינוי "כושי" היה עם פריד בעת שפריד נשא את הטלפון של עמוס המנוח), היה הדבר המכריע שהעביר את מוחמד מעבר לגבול המעמד של "חשוד" ברצח. על סבירות ההימנעות מלהזהיר את מוחמד ברצח ברגע תפיסת הארנק עוד לפני שהיה ברור שמדובר בדם, ניתן גם ללמוד מסוף פרשת הארנק: הכתם אמנם הסתבר כדם, אך הדם לא היה דם של המנוח ולא היה קשור כלל לרצח. לא ניתן לומר שזהירות החוקרים מלהזהיר את מוחמד בחשד לרצח על סמך הארנק בטרם התברר אם מדובר בכלל בדם היתה בלתי סבירה. לכך יש להוסיף ולהזכיר, כי תשאלו של מוחמד בענין כינויו, אורח חייו ועיסוקו בזנות והכרותו עם אדם בשם פריד התנהל עוד לפני שהוציא מוחמד לראשונה את הארנק מכיסו. על כן, ממילא לא מדובר במצב שבו החוקרים עיכבו את ההודעה על החשד לרצח, על אף תפיסת הארנק, על מנת לחלץ נתונים אלו מפיו של מוחמד בטרם יידע שהוא חשוד ברצח.

100. אני דוחה את טענתו של מוחמד בענין סתירות בין עדותם של רפ"ק רונה פינגלאי ורפ"ק עאהד איברהים בענין הגורם שהוביל להחלטה להזהיר את מוחמד בחשד לרצח. בניגוד לטענות בנימוקי הערעור לפיהם רפ"ק איברהים העיד על איכון שיחות כגורם להחלטה להזהיר את מוחמד ברצח (שם, פס' 63 בע' 25), עדות זו לא עסקה באיכון שיחות בשלב זה של החקירה, אלא בענין אחר שכבר אוזכר לעיל. מדובר בעדות על כך שהגיע מידע לפיו התלווה אדם בכינוי "כושי" או "אבו סמרה" לפריד בעת שפריד נשא את הטלפון הנייד של עמוס. לא היתה סתירה בין העדויות: רפ"ק פינגלאי העידה על כך שההפגשה, אשר הראתה שה"פריד" שאותו מכיר מוחמד הוא אכן פריד אלענמי, הובילה להחלטה להזהיר את מוחמד ברצח (ע' 15 לפרוטוקול מיום 5.5.2008, ש' 23-24). גם רפ"ק איברהים העיד על הארנק וההיכרות שבין מוחמד ל"נאשם 2" [פריד] כבסיס להחלטה זו (אם כי רפ"ק איברהים התנסח לא לגבי ההפגשה עצמה, אלא לגבי מידע בענין ההיכרות בין מוחמד ופריד שהיווה העילה לעריכתה (ע' 50 לפרוטוקול, ש' 18 – ע' 51 ש' 7)).

101. נותר, בנושא מועד ההודעה על החשד לרצח, להתייחס לעובדה שעם תחילת תשאולו, אשר התמקד כאמור בשאלות הקשורות לרצח, נאמר למוחמד שהוא חשוד בעבירות אחרות (התחזות ושהות בלתי חוקית). תכלית חובת האזהרה היא העמדת החשוד על הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית (ראו: ע"פ 1382/99 בלחניס נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.11.1999)). בהזרת חשוד בעבירה המסוימת שבה הוא חשוד, יש כדי להביאו להבחין בין מידע שחשיפתו לא תפליל אותו באותה עבירה (להבנתו) לבין מידע שחשיפתו עלולה להפליל אותו באותה עבירה. לכן, הזהרתו של מוחמד בחשד לעבירות התחזות ושב"ח, כאשר החוקרים התעניינו בו דווקא בקשר לרצח, עלולה להצטייר כתחבולה, המיועדת להביא את מוחמד לנדב מידע שהוא לא היה מסכים לנדב אם היה מבין שהוא חשוד ברצח. אלא שהדברים אינם כה פשוטים. הרי בשלב תחילת תחקורו של מוחמד, כבר היתה למשטרה תשתית ראייתית בלתי מבוטלת בענין עבירות ההתחזות והשב"ח (מוחמד מסר את השם האמיתי שלו, לאחר שסיפק שם אחר, ז/4 בע' 17). אי הזהרתו של מוחמד בעבירות אלו, שבהן רמת החשדות הגיעה לכדי חובת האזהרה, היתה מסכנת את קבילות אמירותיו של מוחמד בחקירה לגבי אותן עבירות. מכאן שניתן להבין את דרך פעולת החוקרים, אשר ראו במוחמד באותו שלב "חשוד" בהתחזות ובעבירת שב"ח, אך לגבי הרצח, כ"עד" שטרם התגבשה התשתית הראייתית המאפשרת להפוך אותו ל"חשוד". ל"עד" בחקירה עומדת הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, אך לא מצאתי מקור בדין המחייב להזהיר עד לגבי איזו עבירה חוקרים אותו. בענייננו, לא היה מקום לקבוע כי מועד הזהרתו של מוחמד בחשד לרצח נבחר כאמצעי חקירה פסול מצד החוקרים. לאור כל האמור לעיל, גם אין מקום לקבוע כי האזהרה בחשד לעבירות שב"ח והתחזות בנסיבות ענייננו, כאשר מוחמד היה כבר עצור וחשוד בגינן, היה בגדר תרגיל חקירה. אוסיף: אין גם לשכוח כי אילו מוחמד לא היה עצור בגין עבירות אחרות והיה בוחר, כ"עד נחקר", למסור את הפרטים שמסר בתשאול הראשוני, לא היה בכך כדי להוביל לפסילת הודאותיו ברצח. ועוד: אל מול הטענה שהזהרתו של מוחמד דווקא בעבירות התחזות ושב"ח מיקדו אותו לעבירות אלו ו"הורידו אותו מהמשמר" בקשר לרצח, עומדת העובדה שדווקא האזהרה כחשוד (אמנם בעבירות האחרות), בה הוזכר כי מה שיאמר ישמש כראיה בבית המשפט וכי יש לו זכות לעורך דין (ז/4 בע' 18), העניקה לו יתרון ביחס ל"עד" הנחקר בקשר לרצח אשר לא היה מקבל אזהרה כזו בענין הדברים שיבחר לומר בחקירה.

102. מוחמד טען במשפט הזוטא כי בפרק הזמן שבין 1.5.2007 ל-4.5.2007 לא ניתנה לו אזהרה ברצח הכוללת גם את תאריך הרצח וגם את מקום הרצח. נטען כי לא היתה סיבה חקירתית לכך וכי הדבר אף הפלה בין מוחמד לבין נחקרים אחרים בפרשה אשר הוזהרו באזהרה מלאה באותו שלב. לטענת מוחמד, אי מתן התאריך המדויק של הרצח עד שלב מאוחר מאוד בחקירה גרם לו להתבלבל בין תאריכים, ובעקבות זאת עלה בידי חוקריו לדלות מפיו אמירה, שממנה משתמע בעקיפין, כי ביום הרצח היה בדירת המנוח. אף נטען כי ההימנעות מלתת פרטים מלאים בענין הרצח מלמדת על כוונה להסתיר ממנו נתון חשוב החיוני להוכחות חפותו, כך שקופחה זכותו להציג טענת אליבי. נטען כי המגמה של שיבוש נוסח האזהרה המלאה נמשכה גם בחקירות הבאות, לאחר שנודע למוחמד על מקום הרצח ומועדו (ע' 18-19 להחלטת הזוטא). מוחמד הפנה בסיכומיו במשפט הזוטא לעדותה של רפ"ק רוני פינגלאי בענין העדר הודעה למוחמד לגבי תאריך ביצוע העבירה ומקומה:

ש. איך את מחליטה לנקוט בטקטיקה הזו?
ת. זה בהתאם להתנהלות החקירה. תלוי במידת שיתוף הפעולה, מה הוא יכול להגיד לי שעשה בזמנים האלה. אם יגיד לי למשל הייתי מאושפז בביה"ח בין התאריכים זה וזה, אז הוא טוען טענת אליבי לפני שאני שואלת אני יכולה להגיד לו את התאריך ואת השעה, אבל אני לא אנדב לו.
ש. אם אדם נעצר ב-30.4.07 והרצח היה 18 יום לפני כן,
ת. גם חודשיים לפני אני לא אומר.
ש. איך הוא יעלה טענת אליבי?
ת. גם חודשיים וגם חצי שנה לפני אני לא אומר לו אם הוא לא שיתף [כך] פעולה. אם הוא לא אומר לי איפה הוא נמצא ועם מי הוא היה. אם נשאלתי מדוע בתוכן האזהרה לא ציינתי תאריך ושעה של הרצח, אני משיבה שאני לא יכולה לעשות את זה אם במהלך התשאול בגין התאריכים האלה הוא לא משתף פעולה ולא מספר, למה לי לנדב לו את התאריך והשעה? קודם לחקירה הכתובה הזו היה תשאול, גם בתשאול לא אמרתי לו את התאריך והשעה. שאלתי אותו באופן כללי על התאריך והשעה, לא אמרתי לו ספציפית".
ש. את אומרת שאת היחידה שעוסקת בתיקי רצח, חוקרת רצינית ומודעת לזכויות החשודים, הוא מחוייב להעלות טענת אליבי בהזדמנות הראשונה. איך הוא יעלה אותה אם את לא אומרת לו תאריך?
ת. אני חוזרת על אותה תשובה שעניתי. הוא נשאל על תאריכים ועל שעות וניתן לראות את זה בתשאול, לא אמרתי לו אתה חשוד ברצח שבוצע בתאריך ובשעה זו וזה כדי שלא יתאים את גירסתו למועד הרצח. אני גם שואלת מסביב, שעה אחרת וימים אחרים כדי לא להכווין אותו ליום הרצח....
"....

(ע' 17-18 לפרוטוקול מיום 5.5.2008).

103. מוחמד טען כי הזכות לקבל מידע מלא על אודות העבירה שבגינה הוא חשוד שלובה ושזורה ביכולתו להעלות טענת אליבי וכי שלילת יכולתו לעשות כן בדרכי תחבולה אסורה הינה

בבחינת נגיסה קשה בזכותו להליך הוגן (ס' 33 ו-34 לסיכומיו של מוחמד במשפט הזוטא). מדובר לטענתו הן בהפרה של הזכות להליך הוגן, הן בפגיעה ביכולתו ליתן עדות חופשית ומרצון (ס' 32, שם). בית המשפט המחוזי דחה את הטענה בענין אי מסירת תאריך הרצח ומקומו, בקובעו כי –

”הרציונל העומד בבסיס האזהרה הוא הבטחת התכלית הספציפית של העמדת הנאשם על זכותו לשמור על זכות השתיקה, קרי – על זכותו לחיסיון מפני הפללה עצמית. בלשונו של בית המשפט העליון: ‘האזהרה אינה אלא כדי לוודא שהחשוד מודע לזכותו לשתוק’ (ע”פ 1382/99, דוד בלחניס נגד מ”י...), ועל כן, כאשר ברור שהנאשם כבר מודע לכל הפרטים המהותיים לחשד, לרבות תאריך הרצח, חסרונו של פרט כזה או אחר מנוסח אזהרה בחקירה נוספת, אינו גורע מכובד משקלה ואין בו, שכהוא לעצמו, כדי להביא לפסילת הודייה” (ע’ 19 להחלטת הזוטא, ההדגשה במקור).

ואכן, בית המשפט קבע כי מוחמד היה מודע באיזה רצח הוא חשוד, מתי ארע הרצח ומי הוא הנרצח. בענין דלות פרטי האזהרה עד יום 4.5.2007 קבע בית המשפט כי “ניתן לתהות אם הייתה זו שיטת חקירה ראויה”, אך בשים לב לחלוף כשלושה ימים נוספים עד יום ההודאה, בהם הוזהר מוחמד אזהרה מלאה, אין בפגם בנוסח החסר של האזהרה בראשית ההליך החקירתי כדי לפגום בקבילות ההודיה המאוחרת (ע’ 24 להחלטת הזוטא).

104. בערעורו חוזר מוחמד על טענותיו בנושא, אולם, בעיקרי הטיעון הנוספים שהוגשו מטעמו הבהיר ד”ר לייסט כי לטענתו יש לפסול את הודאותיו של מוחמד לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית וגם לפי סעיף 12 לפקודת הראיות בגין פגמים באזהרה, אך לא מדובר ב”אמצעי קיצוני” לפי סעיף 12 (ע’ 10-11 לעיקרי טיעון מיום 23.10.2011).

105. כאמור, בית המשפט המחוזי קבע ממצאים עובדתיים לפיהם מוחמד היה ער, כבר בתחילת החקירה, לפרטים המהותיים לחשד. אין מקום שערכאת הערעור תתערב בממצאים אלה. די שאזכיר בענין זה את תמלילי החקירה מהיום הראשון שבו מוחמד נחקר (-30.4.2007). כאשר, על רקע עבודתו במתן שירותי מין לגברים בתשלום, נשאל אם שמע משהו מיוחד, מוחמד נידב לחוקרים “כן, שמעתי שנרצח אז, קוראים לו עמוס” (ז/5 בע’ 46; יצוין כי אותו הקטע מתומלל ב-12/ז, ע’ 45-46). באותו לילה, ולאחר שהוזהר ברצח, הכחיש מוחמד מכל וכל שהיה בביתו של עמוס (ז/12, ע’ 74). סמוך לאחר מכן נאמר למוחמד מפורשות שהרצח היה “לפני שבועיים וחצי...היה...באחד עשרה לחודש, אחד עשרה לחודש. היום אנחנו שלושים...” (ז/12, ע’ 76; ראו ע’ 22-20 להחלטת הזוטא). אמנם תשובתו המצוטטת של מוחמד לפיה לא היה בביתו של עמוס ניתנה מספר דקות לפני ששמע מהחוקרים את תאריך הרצח; אולם, גם סמוך לאחר שהחוקרים מסרו למוחמד את תאריך הרצח, המשיך מוחמד לטעון שמעולם לא היה בבית של עמוס (ז/12, בע’ 85). בכך מתמוטט טענתו של מוחמד לפיה, בכך שהחוקרים נמנעו מלמסור לו את מועד הרצח ומקומו בימים הראשונים של החקירה, נשללה ממנו האפשרות להעלות טענת אליבי: בניגוד לטענתו, מועד הרצח נמסר לו; ואף שלא נמסר לו באותו שלב היכן בוצע הרצח, הרי נוכח תשובתו לפיה מעולם לא היה בדירתו של עמוס, ממילא לא גרמה אי מסירת מקום ביצוע העבירה באותו השלב לכך שהחשוד יודה שנכח

בה מבלי להבין שהוא מפליל את עצמו. זאת ועוד: עוד באותה חקירה, מסר מוחמד, בפועל, גרסא מאוד ספציפית לגבי מעשיו בליל הרצח (גרסא לפיה שמע על הרצח מהחדשות בסביבת 10 בבוקר במסעדה של אבו-חליל והסתובב עם חברתו ג'ניה לפני כן במשך יומיים למעט בזמן השינה (שם, בע' 98-99); זאת, כאשר ביום לפני ששמע על הרצח הוא התעורר משינה בסביבת שמונה-תשע בערב, ראה את ג'ניה והם ישבו יחד כמעט עד הבוקר; מוחמד החזיר את ג'ניה למכון הליווי שבו היא עובדת, המשיך להסתובב ואז הלך למסעדה של אבו-חליל בה שמע כאמור על הרצח (שם, בע' 101)). ודוק: מוחמד טוען כי התנהלות החוקרים בקשר לתאריך הרצח ומקומו גרמה לו למסור גרסה שבה בלבד בין תאריכים; אלא שאותה טענה אינה מתייחסת לגרסה הספציפית שמסר מוחמד בסמוך לאחד שהחוקרים מסרו לו את תאריך הרצח המפורש, אלא לדברים אחרים שמסר מאוחר יותר (דברים לפיהם ביום המסיבה של על"ם הוא סיפק שירותי מין לעמוס בדירתו). כך, לא זו בלבד שמוחמד היה מסוגל למסור ובפועל מסר גרסה סמוך לאחר שנמסר לו תאריך הרצח; אף אין בפיו טענה שאותה גרסה היתה תולדה של בלבול. ועוד: יודגש, כי לתוכן הגרסה של מוחמד בהודאותיו אין דבר וחצי דבר, לא עם תוכן גרסתו הספציפית הנזכרת בענין הסתובבות באיזור התחנה המרכזית ואף לא עם הדברים שמסר לגבי הליכה לביתו של עמוס לאחר מסיבה של על"ם. כך, מכל זווית שממנה נביט על הענין – אף אם נתעלם מהקביעה, המשכנעת כשלעצמה, שמוחמד הודה שלושה ימים תמימים לאחר השלב שבו מוסכם על הצדדים שנמסרו לו תאריך ומקום הרצח, ואף אם נתעלם מן העובדה שהוא חזר והודה שוב עשרה ימים לאחר מכן ביום 17.5.2007 – ברור שיש לדחות את הטענה לפיה התנהלות החוקרים לגבי תאריך הרצח ומקומו פגעה באופי ההודאות כהודאות חופשיות ומרצון או באפשרותו להעלות טענת אליבי. זאת ועוד: אף אם אניח – מבלי להביע דעה בענין – שהיה מקום לכך שהחוקרים ימסרו למוחמד את מקום ביצוע העבירה בתחילת החקירה, הרי נוכח העדר ההשפעה של הדבר על מוחמד כאמור והעדר זדון מצדם של החוקרים (אשר סברו, כמצוטט לעיל, שמותר שלא לנדב פרט זה לחשוד), גם אין מקום לפסול את ההודאות בשל דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

בשולי הדברים (ובזאת אקדים את המאוחר בענין משקל ההודאות): מובן רצונו של מוחמד לטעון כי הקישור שהוא עצמו עשה בחקירה בין המסיבה של על"ם לבין הליכה לביתו של עמוס הוא תולדה של בלבול, כביכול. בשלב החקירה, לפני שהועלתה טענת האליבי של מוחמד במשפטו, בין יתר הגרסאות שמסר, טען מוחמד שהיתה "ביום רביעי" מסיבה של על"ם, ומהמסיבה הלך לפאב VIP באיזור התחנה המרכזית, פגש את עמוס, הלך לדירתו של עמוס וסיפק לו שירותי מין (ז/39, ע' 123-125). בשלב החקירה, המסיבה של על"ם לא הופיעה, לא בגרסה הספציפית הראשונה שמסר מוחמד לגבי מעשיו ביום הרצח ואף לא במסגרת הודאותיו. בשלב המשפט, מוחמד עצמו טען במסגרת טענת האליבי שלו כי המסיבה של על"ם היתה בערב הרצח וכי נכח בה, אך הוא טען כי הוא לא הלך לדירתו של עמוס לאחר המסיבה. בדיעבד מסתבר, מקביעות עובדתיות של בית המשפט המחוזי המבוססות על עדותם הברורה של עדים ניטרליים (נציגי עמותת על"ם) כי המסיבה של על"ם שהתרחשה ביום רביעי אכן נערכה בערב הרצח וכי הראיות תומכות במסקנה שמוחמד נכח בה. באור זה, טענתו של מוחמד בחקירה לפיה הוא הלך לביתו של עמוס לאחר המסיבה של על"ם – שהועלתה מיוזמתו ולא הוטחה בפניו בידי החוקרים – מהווה אמירה מפלילה ביותר, ו"אות אמת" נוספת ובעלת עוצמה, המצביעה על כך שמוחמד הלך לביתו של עמוס בערב הרצח, לאחר שהיה במסיבה של על"ם. כך, על רקע עובדות מוכחות, בניגוד לטענתו של מוחמד, נראה כי הקישור שעשה בין המסיבה

של על"ם לבין הערב שבו הלך לביתו של עמוס לא היה בגדר בלבול, אלא היה דווקא אחד הדברים שאמר בחקירה שהיו אמת לאמיתה.

תרגיל חקירה בנושא הראיות נגד מוחמד

106. כפי שצוין לעיל, לא נמצאו די.אן.איי. או טביעות של מוחמד בזירת הרצח. לראשונה, בדיון על פה בערעורים אלה, העלה ד"ר לייסט טענה חדשה, לפיה יש לפסול את הודאותיו של מוחמד עקב אמירות החוקרים במהלך החקירה, לפיהן ה-די.אן.איי. וטביעות אצבע שלו דווקא כן נמצאו בזירת הרצח והטלפון שלו אוכן בבית שבו בוצע הרצח (פרוטוקול 2.1.2012, מע' 8 ש' 3). עוד נטען כי יש לפסול את ההודאות כיוון שמדובר מסר למוחמד שאסור לחוקרים לשקר לגבי מציאת טביעות אצבע (ז/68, בע' 17). ד"ר לייסט טוען כי באמירות אלה, נעשה מעשה חמור בידי החוקרים (פרוטוקול 2.1.2012, ע' 8, ש' 11-12). אבקש, בראשית הדיון בטענה זו, לעמוד על השלבים שהתקיימו והושלמו בתיק זה לפני שטענה זו הועלתה לראשונה בדיון על פה בערעור. למרות שכבר במהלך החקירה ניסה מוחמד לסגת מהודאותיו וטען לסיבות מדוע הודה, הוא לא ציין את המצגים בענין קיום ראיות כדבר שהשפיע עליו. למרות שהוא ניהל משפט זוטא עם רשימה לא קצרה של טענות זוטא, טענה זו לא נמנתה עליהן. טענה זו אף לא נטענה בנימוקי ערעור, אשר הוגשו ביום 17.3.2010, כחמישה חודשים לאחר שניתן פסק דין פילצה(ע"פ 2939/09 פילצה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 15.10.2009) (להלן: פילצה)) שאליו מפנה ד"ר לייסט בענין טענה זו. עיקרי הטענות בערעור הוגשו מבלי שהתבקש להוסיף את הטענה. זאת ועוד: לאחר שהוגשו עיקרי הטענות מטעם מוחמד והתחלפו סנגוריו, ד"ר לייסט עצמו הגיש עיקרי טענות נוספים מטעם מוחמד בהתאם לרשות שניתנה לו, וגם זאת מבלי שהועלתה הטענה בענין מצגים בדבר קיום ראיות.

107. כאמור, ד"ר לייסט מפנה לענין טענה זו לפסק דין פילצה. באותה פרשה, מסרו חוקרים לאחד מהחשודים שם (להלן: תומר) כי הוא זוהה במסדר זיהוי, כאשר לאמיתו של דבר הוא לא זוהה (שם, פס' 15). בפסק דיני שם עמדתי על כך שלפני הלכת יששכרוב, הפסיקה הבחינה בין טענה בדבר קיומה של ראיה שאינה קיימת, שהיא תחבולה כשרה, לבין בידי ראיה שהיא תחבולה נפסדת (שם, פס' 20). עם זאת, הערתי:

"אני סבורה שהיום, לאחר הלכת יששכרוב הדברים אינם עוד כה חדים כפי שהיו בעבר. אין לכחד כי העובדה שאיש מרות אומר לנחקר דברים שלידיעתו אינם אמת מעוררת, ותמיד עוררה, תחושת אי נחת. בשים לב לשינוי שהכניסה הלכת יששכרוב בדיני הראיות התלבטתי בשאלה האם אין זה ראוי לפסול את ההודאה לאחר שהחוקר אמר לתומר דברים שאינם אמת לגבי מסדר הזיהוי, בסופו של דבר החלטתי, וכך אציע לחברי לקבוע, כי בנסיבות העניין שבפנינו אין מקום לפסילתה של ההודאה" (שם, פס' 23).

נסיבותיו של אותו ענין היו אלה: אף שנערך תרגיל החקירה בענין הזיהוי ביום לאחר מעצרו של החשוד, בזמן זה בוצעו פעולות חקירה רבות, אשר לא העלו פרטים מספיקים לזיהוי החשודים שם, כך שלמעשה לא נותר למשטרה מה לעשות זולת נקיטה בתרגיל החקירה (שם, פס' 24).

ציינתי כי זכויותיו של החשוד שם הוסברו לו מיד לפני שמסר את הודאתו אך הוא הודיע שאין לו צורך בעורך דין. הדגשתי כי תומר עצמו ציין בחקירתו הנגדית כי עניין מסדר הזיהוי לא גרם לכך שהוא יודה (שם, פס' 25). הדרגה הנמוכה יחסית של אי ההגינות, יחד עם שאר נסיבות המקרה, הביאו אותי בסופו של דבר לכלל מסקנה כי לא היה מקום באותו מקרה לפסילת ההודאה (שם). השופט א' א' לוי הסכים בפסק דינו באותה פרשה לתוצאה אליה הגעתי, אך כתב כי להשקפתו, לא נפל פגם כלשהו בתרגיל החקירה בו נקטו החוקרים בענייננו של תומר. השופטת ע' ארבל הסכימה עמי כי אין מקום לפסילת ההודאה של תומר והפנתה לדברים שציינתי שם בענין תקופת התגבשות העקרונות שנפסקו בהלכת יששכרוב, שבה נקבעים אמות המידה והסטנדרטים להפעלתם.

108. בענין איכון שיחות טלפון: בחקירה ביום 2.5.2007, ביום השלישי של חקירתו של מוחמד, אמרו החוקרים למוחמד כי הטלפון של קיפאח, אשר לטענת החוקרים היה בחזקתו של מוחמד, היה בביתו של עמוס בזמן הרצח (ת/21 בע' 5). אמירה זו לא היתה מדויקת, שכן, כפי שצוין לעיל בפרק על הבאת האב, שיחות באמצעות טלפון זה אוכנו באזורים הסמוכים לאזור הרצח, אך לא באזור הכולל את דירתו של עמוס. בענין אמירות החוקרים בדבר מציאת די.אן.איי. וטביעות של מוחמד בזירה: במזכרים ז/22 ו-ז/26 מהחקירה מיום 4.5.2007, צוין כי נאמר למוחמד כי טביעות ו-די.אן.איי. שלו נמצאו בזירת הרצח. מדובר באמירות שנאמרו חמישה ימים לאחר תחילת חקירתו של מוחמד (כאשר מתוכם נחקר בפועל שלושה ימים). עד לאמירות הנזכרות בוצעו פעולות חקירה רבות: בין היתר, נבדקה זירת העבירה וניטלה שורה ארוכה של דגימות (ראו למשל ת/11, ת/12, ת/32); נתקבלו תוצאות איכון טלפונים (ראו למשל ת/44, ת/45); נחקרו אנשים נוספים לרבות פריד, לאוי אבו דיאב (ראו ת/35) וחבר של המנוח (ת/78); נערכה הפגשה מבוקרת בין חשודים (הפגשה בין מוחמד לפריד ביום 30.4.2007 - ת/58). כך, כמו בענין פילצה, גם בענייננו החוקרים לא הזדרזו בניסיון להציל הודאה מפיו של מוחמד בדרכי תחבולה. זאת ועוד: אם בפרשת פילצה הודיעו לחשוד מהן זכויותיו בין תרגיל החקירה לבין ההודאה, אך הוא הודיע שאין לו צורך בעורך דין, הרי בענייננו מוחמד נפגש בפועל עם עורך דין, בבוקרו של יום הודאתו (ע' 11 ש' 27-28 להחלטת הזוטא), לאחר שהחוקרים החלו במצגיהם בענין קיום ראיות הקושרות אותו לזירה (ראו ז/21-22 מיום 4.5.2007) ולאחר שהמדוכב אמר למוחמד שהשוטרים אינם יכולים לשקר לגבי קיום ראיות, בלילה שלפני יום ההודאה (ראו ע' 11 ש' 13-9 להחלטת הזוטא ו-ז/68).

109. ומעבר לכל אלה: כמו בענין פילצה, עולה בבירור בענייננו כי התרגיל בענין קיום ראיות ודברי המדוכב לפיהם אסור לחוקרים לשקר בענין ראיות, לא השפיעו על ההודאות של מוחמד. כפי שפורט לעיל, מוחמד ניהל משפט זוטא שבו טען לרשימה ארוכה מאד של אמצעי חקירה פסולים נטענים אשר הובילו אותו להודות – אך התרגיל בענין קיום ראיות ודברי המדוכב האמורים כלל לא נמנו עליהם (ודוק: עו"ד אבו שחאדה היה ער להעדר טביעות ו-די.אן.איי. של מוחמד בזירה בעת משפט הזוטא (ראו: פס' 78 לסיכומים מטעם מוחמד במשפט הזוטא). זאת ועוד: בחקירתו הראשית במשפט הזוטא מתאר מוחמד את החקירה ביום 4.5.2007, תוך פירוט אמצעים פסולים שנטען שנקטו במסגרתה ואת השיחה עם המדוכב; אך הוא אפילו אינו מציין ששיקר לו לגבי הימצאות טביעות או די.אן.איי. שלו בזירה או שהמדוכב אמר לו שאסור לחוקרים לשקר בענין זה (ע' 86-85 לפרוטוקול מיום 15.7.2007). כאמור לעיל, מוחמד העיד שלוש פעמים כי הסכים לצאת למכונת ולהודות בדברים שלא עשה כי פחד על אביו וכי נמאס לו מהחקירות, אך לא ציין במאום שהודה כי הטעו אותו לגבי קיום ראיות.

כאמור, גם בנימוקי הערעור של מוחמד אין זכר לטענה בענין מצגים לגבי קיום ראיות או דברי המדובר בנושא זה. אף לאחר שד"ר לייסט החליף את עו"ד אבו שחאדה במהלך הערעור, הגיש סנגור חדש זה עיקרי טיעון נוספים וחדשים מבלי שטענה זו תוזכר. נסיבות העלאת הטענה ועדותו הנזכרת של מוחמד מצביעות בבירור על כך, שלא מצג החוקרים בענין קיום ראיות ולא דברי המדובר בענין זה השפיעו על מתן ההודאות של מוחמד בעניינו.

110. נוכח כל האמור, כמו בפרשת פילצה, גם בעניינו אין לדעתי מקום לפסול את ההודאות של מוחמד בגין מצג החוקרים לגבי קיום ראיות או בגין דברי המדובר בנושא זה.

חקירה רציפה, שלילת שינה, מזון ומים

111. במשפט הזוטא, מוחמד טען כי החוקרים נקטו בשיטה של חקירה רציפה, תוך שלילת שינה, מזון ומים על מנת לשבור את רוחו (פס' 67 לסיכומים מטעם מוחמד במשפט הזוטא). נטען כי לאחר מעצרו ביום 30.4.2007 עבר מוחמד תשאול מהשעה 16:50 עד 18:48, חקירה מהשעה 21:42 עד 2:30 – עם תרגיל חקירה בין לבין – וכן חקירה מהשעה 4:37 עד שהועבר לדיון בבית המשפט. נטען כי ברור שלא ישן בתקופה זו, ואין כל אינדיקציה בתיק שנתנו לו מים ושתייה במהלכה. נטען כי ביום שלפני ההודאה (6.5.2007) הושב מוחמד על כיסא כשהוא אזור במשך 7 שעות ועשר דקות ברציפות. לפי הנטען, מוחמד קיבל אוכל באותו יום רק בשעה 22:00 למרות שביקש אוכל במהלך החקירה. נטען כי מוחמד קיבל שתי כוסות מים בלבד לקראת סוף החקירה וכי גילה סימני עייפות תוך כדי החקירה. נטען כי לאחר החקירה, שוחח מוחמד עם מדובר שהושם בתא. השיחה התחילה לאחר השעה 23:00 והסתיימה בשעה 4:00 בבוקר 7.5.2007 (יום ההודאה), כאשר מוחמד נלקח לחקירה בשעה 8:00. מוחמד הצביע על כך שבחקירה צעקו עליו חוקרים שירים את הראש, שאלו אותו אם הוא לא ישן והעירו כי הוא נראה עייף.

112. בית המשפט המחוזי דחה את הטענות בענין חקירה רציפה תוך שלילת שינה, מזון ומים. בענין החקירה ביום המעצר ועד למחרת בשעות הצהריים, עמד בית המשפט על עדות החוקרים, לפיה הסיבה לאורך החקירה היתה שהחשד שמוחמד מעורב ברצח התעורר רק בשעות הלילה המאוחרות, לאחר ההפגשה בין שני הנאשמים ולאור תפיסת הארנק המגואל בדם (ע' 34 ש' 24-26 להחלטת הזוטא). נקבע כי חקירה זו היתה ארוכה לפי כל אמת מידה; אך בית המשפט מצא הצדקה עניינית וקונקרטית להמשיך בחקירה רצופה אל תוך הלילה. הדבר נבע מצורכי חקירה מובהקים שנוצרו במהלכה והוכתבו על ידי התפתחות מהותית, שלא היתה פרי יוזמה מכוונת של החוקרים, אשר התרחשה עובר לגיבוש החשד בלב החוקרים שהחשוד מעורב ברצח. בנקודה קריטית זו, בה התגבשה אינדיקציה ממשית שיש לנאשם קשר לרצח, התחייב המשך חקירה רצופה מחשש פן בקטיעתה באותו שלב משמעותי ינזק הסיכוי לפענוח הרצח וחשיפת האמת (ע' 36 להחלטת הזוטא).

113. בית המשפט קבע, בנוסף, כי החקירה ביום 2.5.2007 התחילה בשעה 8:00 בבוקר הסתיימה לפני השעה 17:00 וכי ביום 3.5.2007 מוחמד כלל לא נחקר. נקבע כי טענותיו של מוחמד בעדותו בענין חקירות ארוכות בימים אלה הופרכו בדו"חות תנועות אסיר, וכי העדר הסבר לכך מוביל למסקנה שתכלית העלתן נעוצה ברצונו להעצים את קשיי החקירה ולהגזים בתיאור אמצעי החקירה שהופעלו כלפיו, כדי ליצור מצג של חקירה אינטנסיבית וללא הפוגה

שגרמה לו במכוון למצב של תשישות ועייפות, שתוצאותיו אובדן כח רצונו והחופש לבחור (שם, ע' 39 ש' 6-3). ביום ששי 4.5.2007 נחקר מוחמד מהשעה 11:43 עד לשעה 15:01. ביום שבת 5.5.2007 לא נחקר כלל, וחקירתו ביום ראשון 6.5.2007 החלה בשעה 8:00 בבוקר. כך התברר, כי עמד לרשותו של מוחמד פרק זמן ממושך כדי למלא את שעות השינה החסרות (שם, ע' 39). עוד קבע בית המשפט, נוכח נתונים אלה, כי אף אם היה מגיע למסקנה הפוכה לגבי אורך החקירה בימים הראשונים של החקירה (1.5.2007-30.4.2007) וקובע שהיה על החוקרים להפסיק את החקירה הממושכת, לא היה בכך כדי לבטל את הודעותיו, שכן "...בחלוף שבוע ימים תמימים האפקט וההשפעה של החקירה המתמשכת והרצופה על הנאשם התמוססו ונמוגו כליל בעת מתן ההודייה וכך גם השפעת העייפות..." (שם, ע' 37, ש' 10-5).

114. בענין החקירה הנזכרת מיום 6.5.2007 – יום לפני ההודאה – נקבע כי היא הסתיימה עד לשעה 23:00 ומוחמד הושב לתאו:

"משעה זו ואילך היה חופשי לנהוג כראות עיניו ולפרוש לשינה. אומנם, הוא לא עשה כן ושוחח עם המדוכב עד לשעות הקטנות של הבוקר (בסביבות השעה 03:50), אך עשה זאת מבחירתו. העובדה שהמשיך, ללא לאות, לשוחח עם המדוכב שעות ארוכות אינה מתיישבת עם טענתו להיותו נתון תחת השפעה של עייפות כבדה שהכריעה אותו. סביר, כי לו אכן הותש הנאשם מעייפות היה נרדם מיד ולא נשאר ער ועירני לסביבתו" (שם, בע' 39).

עוד נקבע, כי למרות בחירתו של מוחמד להמשיך לשוחח עם המדוכב – והמדוכב נאלץ לחזור ולהפציר באשם לחדול מהשיחה וללכת לישון (שם, ע' 41 ש' 27-23) הוא עדיין הספיק לישון 5 שעות בלילה שבין 6.5.2007 לבין הוצאתו מתאו ביום ההודאה 7.5.2007 (שם, ע' 43 ש' 6-3). בענין נדודי השנה באותו לילה להם טען מוחמד, בית המשפט קבע, על סמך עדותו של מוחמד עצמו, כי נדודי השינה נבעו לא ממניעת שינה אלא מהמחשבות שהוא חשוד ברצח ושאינו יכול לתחנת המשטרה (שם, ע' 42 ש' 7-3).

115. בית המשפט המחוזי דחה גם את הטענות בענין הרעבה. בא כוח המאשימה טען כי יש לדחות את טענתו של מוחמד לגבי הרעבה מכוונת על ידי החוקרים וכי אם נמנעו ממנו ארוחות סדירות ייתכן כי היה זה ביום החקירה הראשון, שהחלה בשעות אחר הצהריים (16:00) אך לא במכוון או כחלק ממדיניות של הרעבה שיטתית. כאמור, מוחמד לא נחקר ביום 3.5.2007, ובית המשפט מצא כי בניגוד לטענתו של מוחמד, בחקירה ביום ששי 4.5.2007 (אשר הסתיימה כאמור עד השעה 15:01) סופקה למוחמד ארוחה (שם, ע' 40 ש' 26-25). מוחמד עצמו אישר בעדותו כי מיום ששי אחר הצהריים ועד יום ראשון (6.5.2007) בבוקר, קיבל ארוחות באופן סדיר. בניגוד לטענתו של מוחמד לפיה כאשר הוכנס לתאו בסוף החקירה באותו יום (בשעה 23:20 לערך) היה רעב, בית המשפט מצא כי ניתנה לו פיצה זמן קצר לפני כן, בסביבת השעה 22:00. זאת ועוד: עם כניסתו לתא סירב מוחמד להצעת המדוכב לאכול. הודגש כי מתמליל השיחה ביניהם עולה בבירור כי המדוכב הפציר במוחמד לאכול ואילו מוחמד סירב בנימוק ש"אין לו תיאבון". "הכך יגיב אדם ברעב?" שאל בית המשפט. "הדעת נותנת, כי לו אכן היה מורעב, כפי שטען, היה נענה להצעה ומשביע מיד את רעבונו" (שם, ע' 41). נקבע כי מוחמד

אישר בחקירתו הנגדית כי לפני שהלך לישון דווקא אכל מהמזון שהיה בתא המעצר בו שהה עם המדובב. נקבע כי עולה מרישום ביומן העצורים שבבוקר – יום ההודאה – בטרם הובא לחקירה הוכנסה ארוחת בוקר לתא. כפי שמוחמד אישר בחקירתו, לפני היציאה להודאה ברכב – החוקר באדי חרב נתן למוחמד ארוחת צהריים ומוחמד אכל (שם, ע' 43, ש' 7-12).

116. בית המשפט אף עמד על כך שמוחמד אישר בעדותו, שהחוקרים הציעו לו קפה וסיגריות תוך כדי החקירות (שם, ע' 40, ש' 25 – ע' 41 ש' 3, ש' 8-9) – אף בחקירה ביום 7.5.2007, היום בו הודה בביצוע הרצח (ע' 43 ש' 9-10).

117. בערעורו טוען מוחמד כי בית המשפט המחוזי טעה בקביעותו בנושא חקירה רציפה ומניעת שינה, מזון ומים; אולם, למעט חזרה על הטענות וההפניות שהוא טען להן במשפט הזוטא, אין הוא מתמודד עם הממצאים העובדתיים המפורטים שקבע בית המשפט בנושא זה בהסתמך על ראיות. ממצאים אלה מראים, עקב בצד אגודל, שלמעט בחקירה ביממה שהחלה עם מעצרו, מוחמד ישן אכל ושתה באופן סביר למדי. הניסיון להתלות בכך שהמדינה ציינה את הודאתו של מוחמד שקיבל ארוחה חמה אחת ביום (עיקרי הטיעון מיום 17.2.2011, ע' 30 פס' 3) כהוכחה שלעמדת המדינה, כביכול, ארוחה אחת ביום מהווה תזונה מספקת (ראו פס' 13 לעיקרי הטיעון הנוספים מטעם מוחמד מיום 23.10.2011), אינו בגדר התמודדות עם הממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט, לפיהם מוחמד לא אכל רק ארוחה אחת ביום. נוכח הקביעה שמוחמד אישר שמיום ששי עד יום ראשון הוא קיבל ארוחות באופן סדיר – ותשובתו של מוחמד שאליה מפנה בית המשפט היתה "נתנו לי אוכל, היה בסדר" (ע' 98 לפרוטוקול ש' 12) – גם אין בטענה החדשה, לפיה היקפה של כל ארוחה לא היה מספיק, כדי להצדיק התערבות במסקנותיו של בית המשפט בנושא המזון. בעיקרי הטיעון הנוספים שהוגשו מטעם מוחמד, הוא חוזר בו מפורשות מהטענה לשיטה מכוונת של הרעבה ומניעת שינה (שם, פס' 13); הוא טוען שזו הייתה התוצאה. אלא שהממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט המחוזי מראים שאין אלה פני הדברים. אוסיף, בענין נדודי השינה בלילה שלפני ההודאה, כי נדודי שינה עקב היותו של אדם חשוד ברצח אינם בגדר עילה לפסול הודאה. בענין נדודי שינה לקראת הגעתו של אביו של מוחמד לחקירה, נושא זה שייך לטענות בענין האיומים וההבטחות בקשר להבאת האב, וכפי שקבעתי לעיל, גם בהנחה שיש לפסול את ההודאות ביום 7.5.2007 בשל איומים והבטחות אלה, הרי מוחמד חזר ואישר את הודאותיו ביום 17.5.2012 לאחר שברור היה שהחוקרים אינם מקיימים את הבטחותיהם וכי האיום מומש (לפחות חלקית). סיכומו של דבר: הממצאים העובדתיים המפורטים שקבע בית המשפט המחוזי בענין שעות החקירה, שינה, מזון ומים מדברים בעדם ומובילים בכירור לדחיית טענותיו של מוחמד בנושאים אלה. בבחינת למעלה מן הצורך: גם אם הייתי מגיעה למסקנה שיש לפסול את ההודאות של מוחמד מיום 7.5.2007 בגין רצף חקירה או מניעת שינה, מזון ומים, הרי (כאמור בפרק על איומים והבטחות), מוחמד חזר ואשרר את אמיתות הודאתו 10 ימים לאחר מכן (ביום 17.5.2007), ולא נטענו לגבי אותה חקירה טענות בענין רצף חקירה או מניעת שינה, מזון ומים.

הערעור בענין טענות הזוטא – סיכום

118. אין דעתי נוחה ממעשים מסוימים של חלק מהחוקרים בחקירה במקרה דנן. גם דעתו של בית המשפט המחוזי לא היתה נוחה מחלק מפעולות החקירה. כאשר יש הצדקה חקירתית עניינית לזמן בני משפחה של חשוד לחקירה, יש לזמנם; אולם, אין להפוך הצדקה חקירתית

עניינית זו לאיום, המוצג בפני החשוד במישרין או בדרך רמיזה, שמא יתפתה החשוד לבקש להסירו בתמורה למסירת הודאה בעבירה. חוקרי המשטרה מייצגים את מדינת ישראל – מדינה דמוקרטית שבה הזכות לכבוד האדם היא זכות יסוד חוקתית – ולהתבטאויות גזעניות ופוגעניות אין כל מקום בחקירתם, קל וחומר נוכח הסיכון שהתבטאויות מסוג זה ישפיעו על רצונו החופשי של הנחקר. אין גם מקום לכך שחוקר יאמר לחשוד שאין ערך לייצוג בידי סנגור, שכן זכות ההיוועצות היא אחת מהערובות המרכזיות לשמירת זכויותיו הבסיסיות של החשוד. חומרה רבה יש באמירות המפחיתות בערכם של סנגורים ציבוריים; מדובר בהכפשה ללא כל בסיס, דווקא של ציבור עורכי הדין אשר מגנים על זכויותיהם של חשודים שידם אינה משגת. גם חקירת חשוד בדבר תוכן פגישתו עם סנגור היא מעשה אסור בכל קנה מידה, החותר תחת תכלית זכות ההיוועצות. אולם, השאלה האם מעשה של חוקר ראוי או פסול אינה זהה לשאלה האם קיימת הצדקה לפסול הודאה של חשוד בעבירה בגין אותו מעשה. התשובה לשאלה האחרונה היא נגזרת של המבחנים ליישום סעיף 12 לפקודת הראיות ודוקטרינת הפסילה הפסיקתית, הכל לפי נסיבותיו של המקרה הנדון. כפי שניתחתי לעיל בהרחבה, בנסיבות עניינו של מוחמד בתיק זה, הפסול שבחלק ממעשי החוקרים אינו מוביל לפסלות הודאותיו ברצח. אזכיר, עם זאת, כפי שצוין בפסק דין יששכרוב, כי לצד העילות לפסילת ראיה, קיימים סעדים חלופיים בגין התנהלות פסולה של חוקרים, לרבות הליכים משמעותיים (ראו פס' 60 לפסק דין יששכרוב).

119. התוצאה היא שאת הערעור נגד קביעת קבילות הודאותיו של מוחמד – יש לדחות. כעת אפנה לערעורו של מוחמד על מסקנתו של בית המשפט המחוזי לפיה יש להרשיעו בביצוע ברצח על סמך הראיות שעמדו בפניו.

ערעורו של מוחמד על ההרשעה ברצח

120. כאמור, לאחר שבית המשפט המחוזי דחה את טענות הזוטא וקבע כי ההודאות וההודעות של מוחמד מהוות ראיות קבילות, הוא הגיע למסקנה שהוכח מעבר לספק סביר שמוחמד רצח את עמוס, יחד עם פריד. הראיות אשר היוו התשתית הראייתית להרשעתו של מוחמד היו הודאותיו ורשימה של פרטים שמסר שנקבעו כפרטים מוכמנים המהווים "דבר מה נוסף". גרסת אליבי שהעלה מוחמד במשפטו נדחתה ככבושה ואף נדחתה לגופא כבלתי מהימנה ומופרכת. עתה אדון בערעורו של מוחמד נגד הרשעתו לאחר שנקבע שהודאותיו קבילות.

המשקל הפנימי של ההודאות

121. בית המשפט המחוזי קבע כי ניתוח תוכן ההודאה של מוחמד מלמד באופן חד משמעי כי ההודאה, כשלעצמה, הגיונית וקוהרנטית ובמסגרתה מסר מוחמד פרטים רבים (פס' 11 להכרעת הדין). בית המשפט עמד על כך שמוחמד גולל את סיפור ההודיה בשלוש הזדמנויות שונות: במהלך חקירה שהתנהלה, לבקשת מוחמד, מחוץ לתחנת המשטרה ובנוכחותו של החוקר באדי חרב; בתחנת המשטרה, סמוך לאחר ההודיה ברכב ובמסגרת גביית הודאה פורמאלית; ובעת השחזור בדירתו של המנוח. בית המשפט המחוזי קבע:

"מן הראוי להדגיש, כי ההודאה שמסר נאשם 1 במסגרת החקירה ברכב הייתה פרי של תהליך איטי אך דינאמי שבראשיתו עמד הנאשם על גרסתו הראשונית והכחיש כל קשר לרצח ושלל כל מעורבות בו, לאחר מכן החל לנדב פרטים אודות אירועי יום הרצח והודה שאכן הגיע לדירה יחד עם נאשם 2 ואף סיפר שהיה עד למעשה הדקירה וניסה להפריד בין הנאשם 2 לבין המנוח ומשלא עלה בידו לעשות כן עזב את המקום (ז' 51 ע' 4-6). בהמשך, שינה נאשם 1 את גרסתו במעט והודה הודיה מסויגת בהשתתפות ברצח, תוך הפחתה של חלקו במעשה ולבסוף, מסר הודיה מפורטת ומלאה, עליה חזר בשתי הזדמנויות נוספות..." (פס' 8 להכרעת הדין).

סנגורו של מוחמד טען כי אמרתיו במסגרת ההודאה ובשיחה שקיים עם רס"ר באדי חרב עובר להודאה מבולבלות ואינן מפורטות או ברורות, כי ההודאה אינה סדורה וכי בתוכנה ניכר חוסר עקביות ממשי. בדחיית הטענה, עמד בית המשפט המחוזי על כך שקרא בעיון את תמלילי הודאות וצפה בהקלטותיהן וקבע:

"אמנם ... [ההודאה] ניתנה בשלבים, כשבכל שלב הוא מוסיף ומגלה טפח נוסף מאירוע הרצח המחריד, אך מרגע שבחר להתוודות ולשטוח בפני חוקריו את כל סיפור המעשה כפי שהתרחשותו, נראה כי הסיפור בעיקרו ניצב איתן כשהוא נהנה מהיגיון פנימי..." (פס' 11 להכרעת הדין).

נדחתה גם הטענה לפיה נוכח העובדה שמוחמד הודרך בידי רס"ר באדי חרב בהודאה ברכב בענין מספר הדקירות בגוף, אין לייחס להודאה משקל פנימי. מוחמד טען תחילה ברכב שפריד לבדו דקר את עמוס "דקירה אחת". רס"ר חרב הודיע לו כי "הגופה מדברת אחרת" ושעל פי הממצאים לא ייתכן שהרצח בוצע על ידי אדם אחד. לאחר מכן הודה מוחמד, שגם הוא השתתף ברצח, ובסופו של דבר הודה שהשניים דקרו את עמוס דקירות רבות. אולם, בית המשפט המחוזי הדגיש כי כאשר מוחמד החל למסור הודאה מלאה, נשמע מפיו תיאור שלם יותר של ההתרחשות. בהכרעת הדין מצוטטים דבריו של מוחמד, עת שנידב פרטים בענין המקומות בגוף בהם דקר, סיפר שהוא שתה והסביר שהוא מאלה שכאשר הם דוקרים "נותנים נותנים, לא יודעים כמה" וש"הגוף [של עמוס] היה דקור מדי" (פס' 12 להכרעת הדין).

סניגורו של מוחמד טען בפני בית המשפט המחוזי כי העובדה שהחוקרים "רעננו" למוחמד את הזכרון תוך כדי ההודאה מפחיתה ממשקלה, אך בית המשפט המחוזי דחה את הטענה:

"... יש לראות את הדברים באספקלריה רחבה יותר ותוך הבנה של דינאמיקה חקירתית שבה הנאשם, המוסר הודאה, אינו בהכרח שש למסור הודאתו ולא פעם הוא נעצר או שותק, בעוד חוקריו מדרבנים אותו להמשיך במסירת ההודאה. צפייה בקלטת החקירה מלמדת, כי אין לפרש את ההפסקות בדיבורו כנובעות מחוסר אונים של חף מפשע אשר פיו נאלם דום בשל אי הכרת העובדות. ההפך הוא הנכון. התחושה היא כי נאשם

1 הינו אדם בר דעת, המבין את המעשה הנורא שביצע בחמת זעמו ובהשפעת שכרותו ומודע לכך שהוא מפליל את עצמו ברצח וצפוי לרצות מאסר עולם בגין עבירה זו – על רקע דברים אלו נקל להבין מדוע אין ההודאה קולחת מפיו כאילו הייתה בשורת הגואל" (פס' 14 להכרעת הדין).

בית המשפט המחוזי דחה גם את הטענה שמוחמד הודה רק כדי לרצות את חוקריו (ראו והשוו בחינת טענה בדבר מסירת הודאה מפאת לחץ החקירה במסגרת המבחן הפנימי (דנ"פ 9 אל עביד, בע' 775). נקבע כי אמנם משפטים כגון "אתה רוצה שאני אגיד שדקרתי, הנה אני דקרתי" (51/ז עמ' 39) נאמרו מפי מוחמד בראשיתה של ההודיה, אך הם נאמרו בשפה רפה ונוכחותם הלכה והתמעטה ככל שמוחמד חשף פרטים רבים יותר וגיבש את הודאתו. זאת, כאשר בשלבים האחרונים של אותה הודאה ובהודאה הפורמאלית שלאחר מכן לא נמצא כל זכר לטענות אלה (פס' 13 להכרעת הדין).

122. במסגרת הערעור, חזר מוחמד על שנטען בבית המשפט המחוזי.

123. לדעתי אין מקום להתערב בקביעות בית המשפט המחוזי בענין המשקל הפנימי של ההודאות. זאת ועוד: כפי שציינ בית המשפט המחוזי, מוחמד הודה שלוש פעמים (וזאת בנוסף לאישורו המאוחר של ההודאות 10 ימים לאחר מכן, עליו עמדנו לעיל). בשלב הראשון של החקירה ברכב, שבו ייחס מוחמד את הרצח לפריד בלבד, מוחמד נידב, ללא הדרכה בענין הפרטים, גרסה בסיסית קוהרנטית ובעלת הגיון פנימי, שגם לא היתה נטולת פירוט:

"חוקר 1: קובי, תן לנו כמה דקות לבד. כן, מרגיש טוב? אני יודע שזה שלב שהוא חשוב מבחינתך, ואני רוצה לשמוע רק את האמת, מה היה באמת?
נחקר: מה שהיה, שהלכתי עם פריד, שתיתי, שתייה, הוא אומר לי בוא נלך אצל בן אדם את זה את זה, אומר לו בשביל מה? אומר לי בשביל לעשות סקס לא יודע מה, לקבל כסף טוב, אומר לו איפה? אומר לי כאן קרוב, עכשיו הלכנו אצלו, ישבנו אצלו בבית אני ופריד.

חוקר 1: איזה בן אדם?

נחקר: עמוס.

חוקר 1: אהא.

נחקר: הלכנו וישבנו אצלו בסלון, התחלנו לדבר את זה

את זה, עשינו סקס, אתה מבין? קיבלנו כסף, לא

יודע על מה התחיל להתווכח עם פריד, בשביל

כסף וזה, ואני אומר לפריד יאללה, יאללה בוא

נצא שנחזור, הרי זה התחילו לריב הוא, התחילו

לריב ובסוף פריד נתן לו דקירה.

חוקר 1: עם מה?

נחקר: עם סכין" (51/ז, ע' 3-4).

לאחר שמוחמד מספר שהוא ניסה להפריד בין פריד לעמוס ועמוס נפל, ממשיך מוחמד בתיאורו:

- ”חוקר 1 : ...איפה זה היה? באיזה חדר?
נחקר : זה היה בחדר הראשון.
חוקר 1 : איזה ראשון? אתה נכנס לבית.
נחקר : כן.
חוקר 1 : איזה חדר? מאיזה צד?
נחקר : מהצד הזה.
חוקר 1 : מצד ימין?
נחקר : כן” (שם, בע' 5).

עוד נידב מוחמד, בשלב זה של החקירה ברכב, בין היתר, כי הוא שתה XL עם וודקה בכוס זכוכית שקופה ללא ידיד; כי הוא עישן סיגריות מרלבורו או LM אדום; כי על אף שבעבר הוא קיים יחסי מין מלאים עם עמוס, באותו יום רק פריד קיים עם עמוס יחסי מין; כי פריד ועמוס התווכחו בחדר אחר – וכי פריד הביא סכין שעמו דקר את עמוס מהמטבח של עמוס.

גרסה זו שפרש מוחמד היתה קוהרנטית, הגיונית, עקבית וסדורה, ולא היתה מבולבלת או נטולת פירוט. אמנם מוחמד סיפר גרסה זו תחילה תוך ייחוס מעשה הרצח לפריד בלבד, וכאשר מוחמד הודה שגם הוא דקר את עמוס (ז' 51 ע' 39), הוא לא חזר וסיפר באותה החקירה את הגרסה כולה מחדש. אולם עולה בבירור מהמשכה של אותה חקירה כי הודאתו של מוחמד בענין ביצוע דקירות יחד עם פריד מתייחסת לאותה הגרסה (בתוספת הדקירות שלו). בנסיבות אלה אין לראות בהודאתו של מוחמד בביצוע דקירות הודאה לקונית, אלא הודאה קוהרנטית, הגיונית, עקבית וסדורה, בה נמסרו פרטים רבים. לכך יש להוסיף, כי בחקירה סמוך לאחר החקירה ברכב, שבה מסר מוחמד הודאה פורמאלית, הוא שוב הודה בביצוע הרצח, הפעם כחלק ממסירת גרסה קוהרנטית והגיונית:

- ”שאלה : האם אתה מוכן לחזור על הסיפור ועל הגרסה שמסרת לי מחוץ לתחנה בתוך הרכב?
תשובה : לא לא בא לי לספר את הסיפור עוד פעם.
שאלה : האם מישהו לחץ עליך לספר את מה שסיפרת לי היום ומה גרם לך לספר מה שסיפרת?
תשובה : לא אני סיפרתי כי נמאס לי מהכל ואז סיפרתי
שאלה : אם סיפרת הכל מרצון מה הבעיה שתחזור ותספר לי מה סיפרת?
תשובה : לא בעיה
שאלה : אז אני מבקש ממך לספר עכשיו מה שבא לך לפי הרצון שלך?
תשובה : מה שאני רוצה פריד לקח אותי מהתחנה המרכזית הלכנו לבית של עמוס טל לשכב איתו התווכחו עמוס ופריד ואחרי זה פריד דקר אותו אחרי זה התחיל לקלל ואני הייתי מסטול מהשתייה לא יודע מה עשיתי שם ואם לא הייתי מסטול לא הייתי עושה זה בכלל שדקרתי אותו את עמוס וזה לא הייתי מתכוון לעשות כך ולדקור אותו זה הייתי מסטול זה היה הטעות שלי שהייתי

מסטול זאת הייתה טעות גדולה אם לא הייתי
מסטול לא הייתי עושה כך לא יכולתי להשתלט
על עצמי שם לא יכולתי ולא הייתי מתכוון
לרצוח בכלל אם לא הייתי מסטול לא הייתי
עושה את זה בכלל ולא הייתי נותן לפריד
לעשות את זה בכלל והייתי מתקשר למשטרה
שיק שאק וזהו" (ז/52, ע' 2).

לעניין ייחוס משקל פנימי להודאה שאינה ההודאה הראשונה אפנה ל-ע"פ 6679/04 סטקלר נ' מדינת ישראל, פס' 14 (לא פורסם, 11.5.2006) (להלן: סטקלר); בקשה לדיון נוסף נדחתה ב- דנ"פ 4324/06 סטקלר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 20.2.2007). באותה פרשה מצא בית משפט זה משקל פנימי בהודאה השנייה שנתן הנאשם שם, לאחר שהודאתו הראשונה היתה מבולבלת ובעלת סתירות. בענייננו, כפי שנתח לעיל, גם הודאתו הראשונה של מוחמד היתה הודאה הגיונית וקוהרנטית, בעלת משקל פנימי. גם ההודאה השלישית, בשחזור, נושאת משקל פנימי, ועיון בהקלטת השחזור מעלה כי מוחמד המחיש בדירה את הגרסה, כפי שכבר סיפר אותה בחקירה ברכב ובהודאה הפורמאלית, וגם בהמחשה זו נראית ההודאה הגיונית וקוהרנטית. לנימוקים אלו יש להוסיף, כי משקלה הפנימי של ההודאה של מוחמד אף מתחזק נוכח ריבוי ההודאות שמסר (ראו סטקלר, פס' 17 האסמכתאות שם; ע"פ 1094/07 דדן נ' מדינת ישראל, פס' כ"ז (לא פורסם, 3.7.2008)).

המשקל החיצוני של ההודאות – "דבר מה נוסף"

124. על-פי מבחן המשקל החיצוני, נדרשת תוספת ראייתית מסוג "דבר מה נוסף", החיצונית להודאתו של הנאשם, על מנת להרשיעו. מדובר בתוספת ראייתית מאמתת, שדי שתאשר במידת מה את תוכן ההודאה, ולא בתוספת ראייתית מסבכת מסוג של סיוע המתייחסת לזהות הנאשם כמבצע העבירה. קיימים קשרי גומלין בין משקלה הפנימי של ההודאה לבין משקלה החיצוני: ככל שאחד משני אלה גדול יותר, יידרש פחות משקל מהסוג האחר. כך, הדרישה ל"דבר מה" היא דרישת מינימום בלבד, וכאשר משקלה הפנימי של ההודאה נמוך עשוי להידרש "דבר מה" ברמה של סיוע. מטרת מבחן המשקל החיצוני היא להסיר את החשש שהנאשם לקח על עצמו ביצועה של עבירה שהוא אינו אחראי לה או שאינו אחראי לה באופן מלא (סטקלר, פס' 20-21).

125. בענייננו של מוחמד, בית המשפט המחוזי קבע שהודאותיו נושאות משקל חיצוני על סמך שורה של פרטים מוכמנים – "[מ]ידע שהיה מצוי בידיעתו של הנאשם 1 [אשר] יכול היה להיות רק בידיעתו של מי שנכח בדירה בעת הרצח" (פס' 15 ו-18 להכרעת הדין). די בפרט מוכמן כדי להוות דבר מה נוסף (סטקלר, פס' 26). אקדים ואומר כי למרות שאינני תמימת דעים עם בית המשפט המחוזי לגבי מעמדם של חלק מהפרטים שמנה כפרטים מוכמנים, חלקם של הפרטים אכן מהווים פרטים מוכמנים שיש בהם כדי לעמוד במבחן המשקל החיצוני בנסיבות ענייננו.

126. כך, למשל, מוחמד ידע למסור כי עמוס היה ערום בעת שנרצח. בית המשפט המחוזי קבע כי מרגע שהחל לגולל את הודאתו, עוד בשלבים שבהם הפליל את פריד והרחיק עצמו

מביצוע הרצח, מסר מוחמד כי המנוח היה ערום בעת ביצוע העבירה, ופרט זה אומת באמצעות ראיות אובייקטיביות שנתפסו בזירה. בית המשפט דחה את טענת הסנגור לפיה החוקרים הלעיטו את מוחמד בעובדה שעמוס היה ערום. צוין כי הקטע בחקירה שבו שאלה החוקרת אם עמוס היה ערום או לבוש, התרחש לאחר שבשלב מוקדם יותר, בחקירה ברכב, מוחמד כבר נידב מידע זה. בערעור טוען ד"ר לייסט כי גם בחקירה ברכב שאל החוקר באדי חרב את מוחמד אם פריד ועמוס היו לבושים או ערומים בזמן ביצוע הרצח, כך שלמוחמד היה סיכוי של 50% לענות תשובה נכונה על שאלה זו, ואין לראות בפרט זה פרט מוכמן (פס' ד' למסמך "התמודדות עם הפרטים המוכמנים שנזכרו בהכרעת הדין" שהוגש בידי ד"ר לייסט בדיון (להלן: "מסמך ההתמודדות"). אמנם צודק ד"ר לייסט שגם בחקירה ברכב מוחמד לא העלה בעצמו את השאלה אם עמוס היה לבוש או ערום, והוא נשאל אם עמוס היה לבוש או ערום. אלא שלדעתי בכל זאת מדובר בפרט מוכמן. עמוס נמצא ערום לחלוטין, דקור בכל גופו. אף שהחוקרים אמרו למוחמד בחקירה כי התקיימו יחסי מין הומוסקסואליים בדירה בליל הרצח (ראו למשל ז'39 ע' 80), כאשר החוקר באדי חרב שאל את מוחמד בחקירה ברכב האם עמוס היה לבוש או ערום, חוקר זה לא רמז למוחמד שאחת מהחלופות – לבוש או ערום – היא התשובה הנכונה, אלא שאל: "באותו רגע הם היו לבושים או ערומים?" (ז'51 ע' 11). זאת ועוד. מוחמד לא ענה תשובה סתמית לשאלה, אלא הבדיל בין עמוס לבין פריד בענין לבוש:

"חוקר 1: ... באותו רגע הם היו לבושים או ערומים?
 נחקר: באותו רגע?
 חוקר 1: כן.
 נחקר: לא, היו, היה עמוס ערום.
 חוקר 1: עמוס ערום ופריד?
 נחקר: פריד, אני זוכר היה לבוש.
 חוקר 1: מה?
 נחקר: לא זוכר היה לובש בכלל ג'ינס ולא יודע מה.
 חוקר 1: מכנס ג'ינס, היה לו [נ]עליים?
 נחקר: כן... (שם).

כך, בנסיבות הענין, יש לראות בידיעה שמסר מוחמד לפיה עמוס היה ערום בעת הרצח, כפרט מוכמן. לא נעלם מעיניי שמוחמד סיפק תשובה לא נכונה כאשר נשאל בשחזור בקשר לגילוח שיער הערווה של עמוס בעת האירוע (ז'56 בע' 17, ת/3 תמונה 24; עם זאת, ניכר מעיון בשחזור כי לעומת פרטים רבים אחרים שמסר, מוחמד לא זכר בקלות או באופן מיידי את הפרטים לגבי השיער (ז'55, 56:22 (שעה 15:20)).

127. בית המשפט המחוזי ראה כפרט מוכמן גם את העובדה שמוחמד ידע לספר שהשאיר את כלי הרצח – הסכין שעמו דקר – בתוך הדירה. נקבע כממצא עובדתי כי שני הסכינים ששימשו לביצוע הרצח נתפסו בדירה (פס' 16(ו) להכרעת הדין). בית המשפט המחוזי דחה את טענת הסנגור לפיה במהלך החקירה ברכב גילה החוקר באדי חרב למוחמד שהסכין נמצא בדירה. נקבע, כי החוקר אמנם אמר למוחמד "יש לי שני סוגים של סכין" (ז'51 ע' 45), אך אמירה זו נאמרה בהקשרה של השאלה בדבר מספר הסכינים בהם בוצע הרצח, כאשר "משפט כללי זה אינו מלמד דבר וחצי דבר על המקום בו נתפסו הסכינים (שבהחלט יכול ונתפסו בחצר הבית)", או בהכרח על כך שנתפסו (פס' 16(ו) להכרעת הדין). על-פי טענתו של ד"ר לייסט בערעור, עולה בבירור מתמליל החקירה ברכב (ז'51, ע' 44-43) כי החוקר באדי חרב רמז למוחמד

שהסכינים נתפסו בדירה (פס' ו' ל"מסמך ההתמודדות"). אף אם אניח שהחוקר באדי חרב רמו למוחמד שהסכינים נתפסו בדירה, המידע שמסר מוחמד לגבי כלי הרצח מהווה פרט מוכמן. הרי שני הסכינים שנתפסו בדירה הם סכיני מטבח (ת/1, פס' 9ג) ותצלום מס' 46; ת/8, ויצוין שהדבר גם נטען מפורשות בכתב האישום – ס' 4א (לכתב האישום). הקצה של אחד מהם נמצא שבור, ונמצא בקרקפת של עמוס רסיס מתכתי אפור בעובי של 0.1 ס"מ ובאורך של כ-0.6 ס"מ עם הקצה המחווד לכיוון חלל הגולגולת, (סעיף 3כב) לחוות דעת מומחה ב-ת/3; סנגורו של מוחמד, ד"ר לייסט עצמו, מפנה לחוות הדעת ב-ת/29 בה נקבע כי שבר להב סכין שנמצא בגולגולת אכן שייך לאחת הסכינים שנמצאו בדירה (ראו סעיף 1 ל"נקודות שוני בין הודאת מערער 1 לממצאים בזירה" שהגיש ד"ר לייסט בדיון על פה בערעור)). בתחילת החקירה ברכב, כאשר מוחמד עדיין טען שרק פריד דקר את עמוס, הוא טען תחילה שהוא לא יודע מאיפה פריד הביא את הסכין (ז/51, ע' 4). אולם, זמן קצר לאחר מכן – והרבה לפני הרמזים הנטענים שנתן החוקר למוחמד בענין מציאת הסכינים בדירה – מוחמד נידב שמדובר בסכין מהמטבח:

"חוקר 1: איזה סכין? תאר לי את הסכין. מאיפה הביא את הסכין? היה עליו סכין? או ש... לא יודע מה? איזה סכין?
 נחקר: הביא סכין מהמטבח.
 חוקר 1: מהמטבח?
 נחקר: כן.
 חוקר 1: מהמטבח של עמוס?
 נחקר: כן" (שם, ע' 10).

128. בפרטים מוכמנים אלה די על מנת לעמוד בדרישת המשקל החיצוני בענייננו.

129. על כן יש להוסיף: למרות שאין פרט להודאותיו של מוחמד ראיות חד משמעיות שנקבעו כאמינות בענין המיקום המדויק של ביצוע הדקירות בתוך הדירה, מרבית כתמי הדם בדירה (מעבר לדם ברצפה, שהרי כל הדירה הוצפה מים) נמצאו בחדר השינה, בחדר האמבטיה ובמבואה המחברת ביניהם (במובחן מחדר המגורים והמטבח – ראו ת/1 ובפרט תרשים הדירה שבו; אציין כאן כי בית המשפט המחוזי טעה בקביעה שלא נמצאו כתמי דם כלל במטבח, ראו ת/1 תצלומים 47-48; ראו גם פס' 3.5 לתגובה מטעם המדינה מיום 17.1.2012). העובדה שמוחמד מיקם את אותן הדקירות שהוא ראה וביצע בחדר השינה (ז/51 בע' 5, ז/55 (קלטת השחזור)), משתלבת עם ראיות חפציות חיצוניות אלה. אמנם צודק ד"ר לייסט כי מוחמד טען בשחזור כי עמוס התמוטט במרכז חדר השינה ואילו עמוס נמצא ממוטט במבואת הדירה צמוד לדלת הכניסה לדירה (פס' ה' ל"מסמך ההתמודדות"); אך, כזכור, על-פי גרסתו של מוחמד עצמו בשחזור, כאשר עזב את הדירה עמוס היה עדיין בחיים וצעק. אין סתירה בין דקירות ראשונות ונפילתו של עמוס בחדר השינה, בריחתו של מוחמד כאשר עמוס עדיין בחיים וצועק, והעובדה שהמשטרה מצאה אותו בסופו של דבר, ממוטט במבואה בסמוך לדלת הכניסה לדירה.

130. העובדה שמוחמד מסר במסגרת הודאותיו כי הוא ופריד הפכו את הארון בדירתו של עמוס מאמתת, אף היא, את ההודאות (ס' 16א) להכרעת הדין). אמנם, כפי שציין בית המשפט המחוזי, החוקר באדי חרב אמר למוחמד, בחקירה ברכב שבמהלכה הודה מוחמד, כי היה "בלאגן" בדירה; אך צדק בית המשפט המחוזי בקביעה שיש דרכים רבות ליצור "בלאגן"

בדירה, ואין במסירת המידע על "בלאגן" בדירה משום גילוי שמקור ה"בלאגן" הוא דווקא הפיכת הארון. כפי שטען ד"ר לייסט בערעור, החוקרים גם מסרו למוחמד בשלב מסוים בחקירה בטרם ההודאות כי "גם איפה שחיפשתם שם בארון, הכל נבדק!" (ז/39 ע' 86); אולם, חיפוש בארון ו"הפיכת הארון" (פיזור תכולתו בחדר) אינם פעולות זהות, והפיכת הארון אינה תוצאה הכרחית או מובנת מאליה של חיפוש בארון. כך, מסירת הנתון בענין "הפיכת הארון" מוסיפה, אף היא, לאימות הודאותיו של מוחמד.

131. טענתו של מוחמד בהודאותיו, לפיה הוא שתה אצל עמוס בערב הרצח וודקה עם משקה XL, מצאה אף היא אישור בראיות החיצוניות בזירה. בחקירה, בשלב שבו מוחמד עדיין טען כי לא נכח בדירה במועד הרצח, הוא טען כי הוא היה בדירתו של עמוס במועד קודם למועד הרצח וכי באותו מועד קודם, הוא שתה בדירה וודקה עם משקה XL (ז/31 ע' 20). גם בשלב מאוחר יותר בחקירה, במסגרת הודאותיו, כאשר מוחמד כבר הודה שהיה בדירתו של עמוס במועד הרצח, הוא המשיך להתמיד בטענה שהיה בדירתו של עמוס גם במועד המוקדם יותר (ז/51 ע' 6). כאן המקום להזכיר את עדותו של חברו של עמוס, יעקב, אשר נתקבלה בידי בית המשפט המחוזי, לפיה הקשר הקודם בין עמוס לבין מוחמד התפרש על פני תקופה לא קצרה (פס' 54 להכרעת הדין). יטען הטוען כי לאור הכרותו הקודמת של מוחמד עם דירתו של עמוס, מוחמד ידע שנהוג לשתות XL אצל עמוס ומוחמד שילב פרט זה בהודאתו. אין לקבל טענה זו. אמנם, אם שתיית XL בדירתו של עמוס לא היתה התרחשות המיוחדת לאירוע הרצח, במסירת נתון בענין שתיית XL בידי אדם עם הכרות מוקדמת עם דירתו של עמוס אין לראות פרט מוכמן לגבי הרצח. אולם, מן הצד השני, טענתו של מוחמד שהוא שתה XL אצל עמוס במועד הקודם אינה הופכת שתיית אותו משקה בערב הרצח – על ידי מוחמד או בכלל – לעובדה ברורה מאליה והכרחית. ודוק: כאשר מוחמד סיפר בחקירה על שהתרחש בדירה במועד הקודם, הוא אמר כי הוא שאל את עמוס מה יש לשתות ועמוס ענה לו "יש לי קולה, יש לי בירה, יש לי אבסלוט, וודקה..." (ז/31 ע' 20). XL לא היה, ככל הנראה, המשקה היחיד אצל עמוס תמיד. כך, גם אם אין לראות בשתיית XL בערב הרצח פרט מוכמן, העובדה שמוחמד ידע למסור במסגרת הודאותיו שנשתה משקה XL בדירתו של עמוס גם בערב הרצח אינה חסרת משקל ראייתי באישוש ההודאות. ודוק: לפי התמונות והכתוב בחוות הדעת של המעבדה הניידת לזירת העבירה שהוגשה כראייה לבית המשפט המחוזי, מיכל המשקה היחיד שנתפס בדירה היה "פחית משקה 'XL' ועליה כתמי חומר החשוד כדם על המיטה הזוגית", בחדר שבו לטענת מוחמד בוצעו הדקירות הראשונות (חוות הדעת מזירת העבירה ב-1/ת, פס' 5 (ד) ו-13 (יא) ותצלום מס' 14). לענין טענתו של ד"ר לייסט לפיה בניגוד לדברי מוחמד לא נמצא בקבוק וודקה בזירה (פסקה (ז) ל"מסמך ההתמודדות"), יצוינו התמונות והדיווח באותה חוות דעת לגבי "עטיפת פלסטיק של צוואר בקבוק שתייה" שנמצאה אף היא בחדר הנזכר (ת/1, פס' 5 (ד) ו-13 (ה) ותצלום מס' 15).

132. בפרטים המוכמנים ובראיות החיצוניות הנוספות שמאששות את הודאותיו של מוחמד, כפי שסקרתי אותם לעיל, יש די והותר על מנת להוות ה"דבר-מה הנוסף" הנדרש על מנת להרשיע את מוחמד על סמך הודאותיו. לאלה יש להוסיף את הפרכת טענת האליבי של מוחמד. בענייננו, בית המשפט המחוזי לא רק קבע שטענת האליבי של מוחמד כבושה ובלתי מהימנה; הוא הוסיף וקבע כי טענת האליבי הופרכה, בידי איכון שיחות טלפון. על-פי ההלכה הפסוקה, הפרכה פוזיטיבית של טענת אליבי (במובחן מדחיית טענת אליבי ללא הפרכה פוזיטיבית), יכולה להוות אפילו סיוע (ראו ע"פ 2596/90 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 690, 693

(1992); ע"פ 892/07 גרנדיבסקי נ' מדינת ישראל, פס' 30 לפסק דינו של השופט י' אלון ופס' 6 לפסק דינו של השופט א' גרוניס (טרם פורסם, 26.5.2008); מקל וחומר שהפרכה פוזיטיבית כאמור יכולה למלא את תנאיה הפחותים של תוספת ראייתית מסוג דבר-מה נוסף (ראו דברי השופט י' דנציגר בפסק דין אבו עזא, פס' 67 לפסק דינו). על הפרכת טענת האליבי של מוחמד – בהמשך הדברים.

דחיית טענת האליבי

133. כפי שצינתי בתחילת הדברים, בית המשפט דחה את טענת האליבי שהעלה מוחמד לראשונה בבית המשפט, לפיה שהה בערב הרצח במסיבה של עמותת על"ם שממנה הלך לביתו של חברו סאמר נאסר. טענת אליבי זו, שגם היתה שונה בתכלית מגרסת האליבי המפורטת שמסר בחקירה קודם לכן – נדחתה כגרסה כבושה. בית המשפט אף בחן את טענת האליבי לגופה ומצא שהיא בלתי מהימנה ואף הופרכה. בנימוקי הערעור ובעיקרי הטיעון שהוגשו מטעם מוחמד בידי עו"ד אבו שחאדה, נטענו שלוש קבוצות של טענות נגד הקביעות בקשר לטענת האליבי (זאת, מעבר לטענות בעלמא בענין טעויות בקביעות בית המשפט ללא הסבר או נימוק מדוע בית המשפט טעה, וטענות בדבר סתירות בעדותה של שכנת המנוח שעליה כלל לא סמך בית המשפט את ידו בהכרעת הדין). בקבוצת הטענות הראשונה נטען כי כיוון שלא ניתנה הודעה למוחמד במהלך החקירה בדבר מועד הרצח ומקומו, לא היה מקום לראות בגרסת האליבי שהועלתה לראשונה בבית המשפט כגרסה כבושה. בקבוצת הטענות השניה, נטענו טענות לביסוס העובדה שהמסיבה אכן התקיימה במרכז על"ם בערב הרצח, דבר אשר מחזק, לפי הנטען, את מהימנותו של מוחמד באופן התומך בטענת האליבי. בקבוצת הטענות השלישית נטען כי בית המשפט טעה כאשר קבע כי איכון הטלפון של קיפאח באזור הרצח מפרך את טענת האליבי. בדיון על פה בערעור ביום 16.5.2012 הוסיף ד"ר לייסט, בענין הקשר בין המסיבה במרכז על"ם לבין ההודאות של מוחמד, כי בהודאות טען מוחמד שפגש את פריד בשעה 18:00 בערב הרצח, אך נוכח האליבי ה"ממקם" אותו במרכז על"ם בין השעות 19:00-19:30, ברור שההודאה אינה אמת.

134. לדעתי, אין מקום להתערב במסקנה אליה הגיע בית המשפט המחוזי, לפיה יש לדחות את טענת האליבי. אבאר:

135. במסגרת הערעור של מוחמד על הכרעת הדין, למעשה טען עו"ד אבו שחאדה כי בית המשפט המחוזי טעה בקביעה שגרסת האליבי שהועלתה במשפט היא גרסה כבושה, שכן כתוצאה מכך שלא ניתנו למוחמד פרטים בענין מועד הרצח ומקומו, לא ניתן היה לצפות ממוחמד להעלות את גרסת האליבי הזו מוקדם יותר. יש לדחות טענה זו, שכן, כפי שכבר קבעתי לעיל, אין מקום להתערב בממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט המחוזי, לפיהם מוחמד ידע, כבר בתחילת החקירה, באיזה רצח מדובר ומתי בוצע, והוא ממילא טען באותו שלב שמעולם לא היה בדירתו של עמוס. כך, לא מתרחשת בענייננו "דחייה" של המועד שממנו מצופה היה ממוחמד שיעלה את גרסת האליבי שלו, וצדק בית המשפט בקובעו שהגרסה אשר העלה מוחמד רק במשפטו, היא גרסה כבושה.

136. גם אין בטענות בקשר לעובדה שהתקיימה מסיבה במרכז על"ם בערב הרצח כדי להצדיק התערבות בדחיית טענת האליבי לגופה, כבלתי מהימנה. מוחמד טען במסגרת טענת האליבי כי

נכח בערב הרצח במסיבה של מרכז על"ם. בית המשפט המחוזי קבע כי עדויות של שני נציגי עמותת על"ם תומכות בטענה זו, כי מהימנותם לא נסתרה וכי לא נשמעה כל טענה של המאשימה נגד מהימנות או אמיתות עדויות אלה; אלא שלעובדה שהמסיבה התקיימה או להשתתפותו של מוחמד בה אין רלוונטיות ממשית. זאת, כי המסיבה הסתיימה סביב השעה 20:30, ואילו הרצח, שבוצע בדירתו של עמוס הנמצאת קרוב מאוד למקום המסיבה, בוצע בין השעות 22:30-23:00 (פס' 27 להכרעת הדין). בערעור, חזר עו"ד אבו שחאדה על עדותם של נציגי עמותת על"ם, תוך הפנייה לצילומים של מוחמד אשר צולמו, לפי הנטען, באותה מסיבה והוגשו במסגרת המשפט. נטען שיש בעדויות אלה כדי לתמוך בטענת האליבי ולחזק את מהימנותו של מוחמד (ראו פס' 118-124 לנימוקי הערעור). אני מוכנה לקבל שהמסיבה התקיימה באותו הערב, ועוד מוכנה אני להניח כי מוחמד נכח בה; אולם, אין בעובדה שמוחמד ציין שנכח במסיבה שהתקיימה כדי להפוך את טענת האליבי לגרסה מהימנה.

137. ראשית יובהר, כי אין בנוכחותו של מוחמד במסיבה כדי לסתור את השתתפותו ברצח בהמשך אותו ערב, ואין בנוכחותו במסיבה כדי לסתור את הודאותיו. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, המסיבה הסתיימה לכל המאוחר סביב השעה 20:30 (פס' 27 להכרעת הדין), ואילו הרצח בוצע במקום מאוד קרוב לאותה מסיבה בין השעות 22:30-23:00, כך שאין בנוכחותו של מוחמד במסיבה כדי לעמוד בסתירה עם השתתפותו המאוחרת יותר ברצח. כאמור, נוכחותו של מוחמד במסיבה אף אינה עומדת בסתירה עם הגרסה בהודאותיו ברצח. בית המשפט המחוזי עמד על עדותה של נציגת עמותת על"ם דורית לפיה המסיבה התחילה בשעה 19:00, ועל עדותו של נציג העמותה עידן לפיה יכול להיות שמוחמד הגיע למסיבה, אמר שלום, הצטלם ויצא (פס' 27 להכרעת הדין). המסקנה העולה מההודאות של מוחמד היא שהוא נפגש עם פריד פעמים באותו הערב, ולאחר שפגש אותו בפעם השנייה לקראת השעה 20:00, הוא הלך עמו לדירתו של עמוס. בתחילת הודאתו הראשונה, ברכב, אמנם טען מוחמד שפגש את פריד בתחנה המרכזית בשעה "שש ושש וחצי" (ז/51 ע' 7). אך כאשר נשאל שוב בהמשך אותה הודאה באיזו שעה פגש את פריד ענה "לפני השעה שמונה" (שם, ע' 37). באותו שלב, כאשר החוקר באדי חרב שאל את מוחמד "אמרת לי בשעה שש פגשתי את פריד", תשובתו של מוחמד לא היתה ברורה; הוא ענה - "כן, פגשתי את פריד" (שם, ז/50 07:01). בהודאה הפורמאלית בתחנה סמוך לאחר מכן, טען מוחמד שהוא לא יודע באיזו שעה בדיוק פגש את פריד (ז/52, ע' 3 ש' 1). כאשר נשאל לגבי תשובתו הקודמת לפיה הוא פגש את פריד בסביבת השעה שש, הבהיר מוחמד שהוא פגש את פריד פעמים באותו ערב: בפעם הראשונה פגש את פריד בשעה שש "והתחלנו להסתובב", ובפעם השנייה (ולאחר שלדבריו לקח את הטלפון הנייד מקיפאח), השניים כבר הלכו לדירתו של עמוס (שם, ש' 51-47). אין סתירה בין "הסתובבות" של מוחמד עם פריד באזור התחנה המרכזית בתל אביב החל מהשעה 18:00-18:30, כניסתו של מוחמד למסיבה של מרכז על"ם ברחוב מנחם בגין 7 (ראו עדותה של דורית פרידמן בע' 101 לפרוטוקול מיום 17.12.2008) שהתחילה בשעה 19:00 והליכה עם פריד, שלדברי מוחמד אותו פגש בשנית, לדירה של עמוס לאחר מכן. כך, לא זו בלבד שנוכחותו של מוחמד במסיבה אינה סותרת את השתתפותו ברצח; נוכחותו באותה מסיבה אף אינה סותרת את תוכן הודאותיו לגבי השעות שלפני הרצח.

138. אין בעובדה שמוחמד טען שנכח במסיבה ושטענה זו הסתברה כנכונה, כדי לחזק את מהימנותו של מוחמד בקשר לטענת האליבי. ראשית, נוכח קביעות בית המשפט המחוזי לגבי שעות המסיבה, הטענה שמוחמד השתתף במסיבה אינה, לאמתו של דבר, חלק מטענת האליבי.

הרי "טענת אליבי, טענת 'במקום אחר הייתי' הינה טענת הגנה מכוחה טוען חשוד או נאשם, כי בעת ביצוע העבירה המיוחסת לו, לא היה במקום התרחשות העבירה כי אם במקום אחר" (ע"פ 2694/09 פלוני נ' מדינת ישראל פס' 10 (טרם פורסם, 23.6.2010), ההדגשה הוספה). נוכח השעות שבהן נערכה המסיבה כאמור, במקום קרוב למקום ביצוע העבירה אך שעות קודם לכן, הטענה בענין השתתפותו של מוחמד במסיבה אינה טענה לגבי מקומו בעת ביצוע העבירה ולכן אין לראות בה כלל כחלק מטענת אליבי. טענת האליבי האמיתית – שנדחתה לא רק ככבושה אלא כבלתי מהימנה – היא הטענה שבזמן הרצח מוחמד שהה עם חברו סאמר נאסר בביתו ובקרבת ביתו בשכונת התקווה. נוכחותו של מוחמד במסיבה, גם בהנחה שטענתו שנכח בה היתה טענת אמת, אינה מוסיפה, כשלעצמה, מהימנות לטענת האליבי. אף אם ניתן לראות את עדותו של מוחמד לגבי המסיבה כחלק מטענת האליבי, הרי לאור עקרון "העפרון הכחול", המאפשר הפרדה בין חלקים מהימנים וחלקים בלתי מהימנים באותה עדות (ראו ע"פ 2772/11 נחמני נ' מדינת ישראל פס' 12 ו-24 (טרם פורסם, 21.3.2012) ואסמכתאות שם), ממילא אין באישוש הטענה בענין ההשתתפות במסיבה כדי להוביל למסקנה שיש להפוך את הקביעות של בית המשפט לגבי חלקים אחרים של העדות שנדחו (ואף הופרכו).

139. נראה כי עו"ד אבו שחאדה היה ער לכך. טענתו הייתה, שאישוש הטענה בענין נוכחותו של מוחמד במסיבה מוסיפה למהימנותו של מוחמד, וזו, בתורה, תומכת בקבלת טענת האליבי שלו (נטען כי יש בעדויות לגבי השתתפותו של מוחמד במסיבה "כדי לחזק את מהימנותו של המערער, גם אם שעת הרצח אינה 'נופלת' בתוך פרק הזמן בו שהה במסיבה של העמותה" (פס' 124 לנימוקי הערעור)). כאמור, ערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בממצאי מהימנות עדים, ודי בכך כדי לדחות את הבקשה להתערב בקביעת ממצאי מהימנות לגבי מוחמד. אוסיף, כי דחיית טענת האליבי לגופה לא נשענה על הערכת מהימנות בלבד. בית המשפט המחוזי עמד בפירוט רב על שורה של סתירות בין גרסתו של מוחמד לבין גרסתו של סאמר נאסר לגבי שהותם הנטענת יחד בליל הרצח. בית המשפט קיבל את הבחנתו של בא כוח המאשימה, לפיה מוחמד וסאמר נאסר הצליחו לתאם גרסת אליבי בקווייה הכלליים, אך לא עלה בידם לתאם את פרטי הפרטים של הגרסה -

"...וכך, כפי שקורה חדשות לבקרים במסירת דבר שקר, דווקא בחינת הפרטים הפשוטים לכאורה, ממוטטת את הגרסה כולה ומלמדת על הקונוניה שבבסיסה" (פס' 29 להכרעת הדין).

140. אך לא בכך הסתכמו נימוקי דחיית טענת האליבי. בית המשפט קבע כי איכון הטלפון של קיפאח מפריך את טענת האליבי (שם). כזכור, לפי טענת האליבי מוחמד שהה בשכונת התקווה בעת הרצח. נקבע לענין זה, בין היתר, כי כפי שעולה מדו"ח איכון הטלפון של קיפאח, לא ייתכן שטלפון זה היה בשכונת התקווה בשעות הרלוונטיות (שם, פס' 30). בערעור טען עו"ד אבו שחאדה כי גם אם הטלפון של קיפאח אוכן במקום שונה מהמקום שבו מוחמד טען שהוא היה, המאשימה עדיין לא הוכיחה כי טלפון זה הוחזק בידי מוחמד בשעות הרלוונטיות (פס' 137 לנימוקי הערעור).

141. דין טענה זו להידחות. לפי עדותו של מוחמד עצמו בבית המשפט, לאחר שהסתיימה המסיבה במרכז על"ם, אשר לטענתו הסתיימה בשעה 21:00, הוא פגש, בדרכו לבית של סאמר נאסר בשכונת התקווה, את קיפאח. "אחרי כמה דקות" לדבריו של מוחמד, אביו של מוחמד

התקשר לטלפון של קיפאח, מטלפון של שכנו בכפר פרעה מר איסמעיל סרחאן, ושוחח עם מוחמד (פס' 28-30 להכרעת הדין; פרוטוקול 17.12.2008, ע' 73, ע' 83 ש' 17 – ע' 84 ש' 2). דא עקא – וכפי שיפורט – שיחת טלפון זו בת מספר שניות בלבד, אשר לטענת מוחמד התקיימה בזמן שהלך מהמסיבה במרכז על"ם לשכונת התקווה, התקיימה באזור סמוך ממש למרכז על"ם וממילא לביתו של עמוס – למעלה משעה וחצי לאחר מכן, בשעה 22:36. על-פי עדותו של מוחמד עצמו, לפיה התעכב אצל קיפאח "כמה דקות" בלבד על מנת לשוחח עם אביו, בשעה 22:36 הוא צריך היה להיות כבר בשכונת התקווה (ולמצער רוב הדרך לשכונת התקווה). אלא שהשיחה התקיימה סמוך מאוד למרכז על"ם (ולביתו של עמוס) למעלה משעה וחצי לאחר סיום המסיבה לשיטתו, ומכאן שצדק בית המשפט המחוזי בקביעתו שאיכון הטלפון מפריך את טענת האליבי.

142. עמדנו לעיל על כך שעל-פי פלט השיחות של הטלפון של קיפאח (ת/44) וחוות הדעת המומחה בענין האיכון (ת/77), השיחה שחויגה מהטלפון של איסמעיל סרחאן בשעה 22:36 ואשר נענתה בטלפון של קיפאח, ארכה 21 שניות, ואוכנה כאשר הטלפון של קיפאח היה באזור שמכסה את אתר "מקווה ישראל בזק". מדובר באזור הקרוב מאוד למרכז על"ם ולביתו של עמוס כאחת (אזור רח' יהודה הלוי, המגיע עד רח' הרצל מצפון מגיע עד אזור שדרות רוטשילד – ראו אתר "מקווה ישראל BTOR4001" בע' 6 ל-ת/77 וכן הצבע האדום במפה נספח ב' לאותה חוות דעת המבטא את אזור הכיסוי של OR40014). המומחה העיד כי הוא בדק את השיחות שחויגו אל הטלפון של קיפאח ביום הרצח, כי הסבירות שהטלפון קיים שיחות באזורים כפי שהם מצוינים בחוות הדעת גבוהה ביותר (ע' 70 לפרוטוקול מיום 17.12.2008 ש-15-16), למרות זאת הסבירות שהטלפון של קיפאח היה באזור שכונת התקווה בעת שבוצעו שיחות אלה היא אפסית (פרוטוקול 17.12.2008, ע' 66 ש' 26-11).

המסקנה היא, שאין מקום להתערבות בקביעה שמוחמד השתתף בקטילתו של עמוס.

טייג השכרות

143. כפי שצוין לעיל, ד"ר לייסט הוסיף בעיקרי הטיעון הנוספים שהגיש בשמו של מוחמד, טענה חדשה לפיה נוכח קביעות בית המשפט המחוזי לפיהן מוחמד היה "שיכור כלוט" בעת ביצוע העבירה (פס' 11 להכרעת הדין) וביצע את הרצח "בהשפעת שכרותו" (פס' 14 להכרעת הדין), חל סייג השכרות לפי סעיף 34ט(ב) לחוק העונשין. כאשר חל סייג השכרות לא ניתן להרשיע אדם בעבירה תוצאתית שהיסוד הנפשי שלה הוא כוונה. על כן טען ד"ר לייסט כי ניתן היה להרשיע את מוחמד, לכל היותר, בעבירת הריגה, שהיא עבירה ללא יסוד נפשי של כוונה, ולא ניתן היה להרשיעו ברצח בכוונה תחילה (פס' 25-21 לעיקרי טיעון מיום 23.10.2011).

144. לטענת המאשימה, מדובר בטענה המועלית לראשונה בערעור, כאשר בערכאה הראשונה טען מוחמד טענה עובדתית סותרת, לפיה הוא כלל לא נכח בזירת הרצח בעת ביצועו. עוד טוענת המאשימה כי טענת שכרות היא טענה הדורשת הוכחה. אין די בכך שאדם שתה משקאות אלכוהוליים, אפילו משקאות אלכוהוליים רבים, אלא יש לעורר ספק סביר כי נתקיימו יסודות השכרות הנדרשים על-פי החוק. לטענת המאשימה, הטוען לשכרות צריך, לכל הפחות, לעורר ספק לפיו הוא לא היה מודע לפרט מפרטי העבירה (שכרות חלקית). לטענת המאשימה, גם לא די בנסיבה לפיה היה המבצע נתון תחת השפעת חומר משכר; על הנאשם להראות כי לחומר

המשכר הייתה השפעה של ממש על תודעתו והבנתו או על יכולתו לשלוט במעשיו (פס' 31-33 ל"עיקרי טיעון נוספים מטעם המשיבה" מיום 28.12.2011).

מבלי להיכנס לשאלה אם מותר היה להעלות את טענת השכרות בשלב זה, עמדתי היא כי לגוף הטענה, גם נוכח הממצאים העובדתיים שנקבעו בענייננו לפיהם מוחמד היה "שיכור כלוט" והוא "הושפע משכרותו" בביצוע העבירה, אין מקום לקבוע כי בית המשפט המחוזי טעה בכך שהרשיע את מוחמד בעבירה של רצח. אבאר.

145. סעיף 34ט לחוק העונשין קובע:

שכרות

34ט. (א) לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה במצב של שכרות שנגרמה שלא בהתנהגותו הנשלטת או שלא מדעתו.

(ב) עשה אדם מעשה במצב של שכרות והוא גרם למצב זה בהתנהגותו הנשלטת ומדעת, רואים אותו כמי שעשה את המעשה במחשבה פלילית, אם העבירה היא של התנהגות, או באדישות אם העבירה מותנית גם בתוצאה.

(ג) גרם אדם למצב השכרות כדי לעבור בו את העבירה, רואים אותו כמי שעבר אותה במחשבה פלילית אם היא עבירה של התנהגות, או בכוונה אם היא מותנית גם בתוצאה.

(ד) בסעיף זה, "מצב של שכרות" - מצב שבו נמצא אדם בהשפעת חומר אלכוהולי, סם מסוכן או גורם מסמם אחר, ועקב כך הוא היה חסר יכולת של ממש, בשעת המעשה, להבין את אשר עשה או את הפסול שבמעשהו, או להימנע מעשיית המעשה.

(ה) סעיפים קטנים (א), (ב) ו-(ג) חלים גם על מי שלא היה חסר יכולת כאמור בסעיף קטן (ד), אך עקב שכרות חלקית לא היה מודע, בשעת מעשה, לפרט מפרטי העבירה.

146. על-פי ההסדר בסעיף 34ט(ב) המצוטט -

"... אדם שביצע עבירה במצב של שכרות מלאה, אליו נכנס בהתנהגותו הנשלטת ומדעת, יהיה אחראי בעבירות שאינן דורשות תוצאה באופן מלא, ובעבירות המותנות בתוצאה עד רמה של אדישות בלבד" (סטקלר, פס' 50).

כך, בהתקיים התנאים לסייג השכרות, לא ניתן להרשיע נאשם ברצח בכוונה תחילה, שהיסוד הנפשי בה הוא כוונה לגרימת התוצאה (מותו של אדם; ראו ע"פ 7164/10 ג'אן נ' מדינת ישראל, פס" 9 (טרם פורסם, 1.12.2011)(להלן: ג'אן)). השופטת ע' ארבל עמדה בפסק דין סטקלר על התנאים להתקיימות סייג השכרות המלאה ולהתקיימות סייג השכרות החלקית:

"לשם התקיימותה של הגנת השכרות המלאה, נדרשים שלושה תנאים מצטברים: היותו של הנאשם נתון תחת השפעת חומר משכר בעת ביצוע העבירה (או תחת השפעתו של גורם מסמם כלשהו), קיומה של אחת מהחלופות שבסעיף קטן (ד), וכן קשר סיבתי בין החומר המשכר לבין קיום החלופה (ראו: ע"פ 3243/95 צאלח נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 769, 785; ע"פ 9258/00 נטרלשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 673, 681).

שונה הדין לעניין שכרות חלקית כהוראת סעיף 34ט(ה). זו עוסקת במקרה בו מבצע העבירה היה תחת השפעת חומר משכר (או גורם מסמם), חומר זה לא השפיע עליו ברמה כזו ששללה את יכולתו להבין אשר עשה או את הפסול במעשהו או להימנע מעשיית המעשה, האדם לא היה 'שיכור כלוט'; אולם, החומר המשכר השפיע באופן חלקי על 'כוח האדם להבין את טיב מעשיו ומשמעותם, מבחינת עלילותם להצמיח עבירה פלילית' (ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (כרך ב', תשמ"ז) 587 (להלן: פלר)). ההשפעה, כך לשון החוק, היא כזו השוללת את מודעותו של המבצע בשעת המעשה לפרט מפרטי העבירה. גם כאן עולים מלשון הסעיף שלושה תנאים מצטברים לתחולת ההגנה: היותו של הנאשם נתון תחת השפעת חומר משכר בעת ביצוע העבירה (או תחת השפעתו של גורם מסמם כלשהו); אי-מודעותו של הנאשם לפרט מפרטי העבירה בשעת המעשה; וכן קשר סיבתי בין החומר המשכר לבין אי המודעות (ע"פ 1493/98 סטפ נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 679, 685). כאשר עסקינן בעבירת רצח לפי סעיף 300(א) לחוק העונשין, אזי על העושה להיות מודע למהות מעשהו שהביא למותו של הקורבן וכן נדרש שתקיים אצלו אותה החלטה להמית, אשר מתבטאת בחזות מראש של אפשרות התרחשותה של תוצאה קטלנית, ורצון כי היא תתמש (ע"פ 2948/03 ברזובסקי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 20.6.05))" (שם, פס' 51-52).

147. בית המשפט המחוזי אמנם קבע כי מוחמד היה "שיכור כלוט", והוא קבע את שכרותו על בסיס תשתית עובדתית: אמירתו של מוחמד במסגרת הודאותיו, לפיה היה "מסטול מידי" משתיית וודקה בעת ביצוע העבירה. דא עקא, בכך, כשלעצמו, אין אלא כדי למלא את התנאי הראשון לתנאים המצטברים לסייג השכרות: היות הנאשם נתון תחת השפעת אלכוהול בעת ביצוע העבירה. בענין שכרות מלאה, אין בכך כדי למלא, מיניה וביה, את הדרישה לקיום חלופה לפי סעיף 34ט(ד) (חסר יכולת של ממש, בשעת המעשה, להבין את אשר עשה או את הפסול שבמעשהו, או להימנע מעשיית המעשה), ואין בו, כשלעצמו, כדי למלא את דרישת הקשר

הסיבתי בין החומר המשכר לבין קיום החלופה. גם בענין שכרות חלקית, אין בשכרות, ואפילו שכרות קשה, כשלעצמה, כדי למלא את הדרישה לקשר סיבתי בין החומר המשכר לבין קיום העדר המודעות. ודוק:

"הרף הנדרש בפסיקה לשם הכרה במצב של שכרות הוא רף גבוה עד-אין-גבוה, ואנו מוצאים בפסיקה דחייה של טענה לתחולת סייג השכרות והרשעה אפילו בעבירה החמורה של רצח בכוונה תחילה, גם במצבים בהם הוכח ש'רמת שכרותו של המערער היתה גבוהה ועמוקה' (עניין אבליס, בעמ' 190), שהיה תחת השפעת אלכוהול ומעצוריו הנפשיים התרופפו (עניין זלנצקי), שהיה 'שתוי לחלוטין ואחוז סחרחרת' (עניין רומנצקו), שהיה 'שיכור מאוד בעת ביצוע המעשה' ותואר על ידי שוטרים ועדים כמי שהיה 'במצב מסטול לגמרי', שיכור מסריח, מזוע, רואים דבר כזה רק בסרטים' (עניין סטקלר פסקאות 66-67 לפסק דינה של השופטת ארבל). ברי כי מדיניות משפטית עומדת מאחורי רף גבוה זה...

....
גם לטענה של שכרות חלקית, יש להניח תשתית ראייתית, והרף להוכחתה אף הוא רף גבוה מאוד (כך, לדוגמה, בעניין רומנצקו נדחתה טענה לשכרות חלקית למרות היות הנאשם 'שתוי לחלוטין ואחוז סחרחרת' (ג'אן, שם, פס' 14 ו-17).

ודוק: בית המשפט המחוזי קבע בענייננו כי מוחמד ביצע את העבירה (בין היתר) "בהשפעת שכרותו"; אך גם בכך אין למצוא, מיניה וביה, קביעה הממלאת את דרישות סייג השכרות. כפי שקבע השופט א' א' לוי בעניין טיקמן,

"מוכן אני להניח, כי כאשר בדמו של המבצע נמצא ריכוז גבוה במיוחד של חומר משכר – וכך אניח לגבי המערער שבפנינו – כי אז ניתן לצאת מנקודת מוצא שלצריכתו של החומר המשכר נלוותה גם השפעה כלשהי על תפקודו. אולם, כאמור, גם בהשפעה זו לא די, וכדי לחסות בצילה של הגנת השכרות על הטוען לתחולתה להראות כי לחומר המשכר הייתה השפעה של ממש על תודעתו והבנתו או על יכולתו לשלוט במעשיו (ע"פ 2454/02 טיקמן נ' מדינת ישראל, פס' 13 (לא פורסם, 12.12.2005); ההדגשה הוספה).

148. האם יש בהכרעת הדין בענייננו בסיס לקבוע כי לשכרותו של מוחמד היתה השפעה של ממש על תודעתו והבנתו או על יכולתו לשלוט במעשיו (ולענין שכרות חלקית – השפעה הגורמת לו שלא להיות מודע לפרט מפרטי העבירה)? התשובה לשאלה זו שלילית. בפסק דין סטקלר, מנתה השופטת ע' ארבל רשימה בלתי ממצה של שיקולים ששוקל בית המשפט בבואו להכריע האם נשללה הכוונה בשל השפעת אלכוהול של העושה (כאשר חלקם טובים אף לבחינתה של שכרות מלאה). רשימה זו כוללת: עדויות בסמוך למעשה לענין סימנים למידת שכרותו של הנאשם, עדות מומחים באשר למצב השכרות; פעולות, ובפרט פעולות מורכבות,

שביצע הנאשם לקראת וכהכנה לביצוע המעשה וכן פעולות שנקט לאחר מעשה, אשר מצביעות על מודעותו ורצונו בתוצאת המעשה או על העדר שכרות בעת האירוע; עד כמה מסתברת התוצאה שהתרחשה מהמעשה, או עד כמה היא מהווה למעשה חלק בלתי נפרד ממנו; הצהרות של הנאשם בעת ביצוע המעשה או סמוך לו; ומידת זכרונו של הנאשם (סטקלר, פס' 63). בהכרעת הדין בענייננו, אין ממצאים על בסיס עדויות לגבי סימנים למידת שכרותו של הנאשם. זאת, למעט עדותו של הנאשם עצמו בהודאתו לפיה היה "מסטול מידי", ויש לזכור כי משקלן של הצהרות הנאשם עצמו ביחס לכמות האלכוהול שצרך עובר לאירוע וביחס להשפעתו עליו, עשוי להיות מוגבל לצורך החלת סייג השכרות (שם, פס' 63(א)). אין בהכרעת הדין בענייננו קביעות בקשר לעדויות מומחה על מידת השכרות של מוחמד, שכן בבית המשפט מוחמד בחר בקו הגנה המכחיש את נוכחותו באירוע. נוכח קו הגנה זה, מטבע הדברים לא טען מוחמד לסייג השכרות וממילא לא הביא עדות מומחה לענין זה. הכרעת הדין כן כוללת ממצאים עובדתיים בענין פעולות שביצע מוחמד לאחר מעשה, אשר מצביעות על כוונה ועל העדר מידה גבוהה של שכרות. כך, נקבע כי מוחמד רוקן יחד עם פריד את תכולת ארון הבגדים של המנוח על מנת להעלים ראיות (פס' 16(א) להכרעת הדין). בענין הסתברות התוצאה מהמעשה, מוחמד דקר את עמוס עם סכין, והרי שימוש בכלי קטלני (סטקלר, פס' 63(ד)), בין היתר בדקירות (ע"פ 10800/04 רומנצקו נ' מדינת ישראל פס' 24 (לא פורסם, 18.9.2006) (להלן: רומנצקו) המצטט מ-ע"פ 290/87 טבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 358, 365 (1988)) מלמד על החלטה להמית. מוחמד לא הסתפק בדקירה אחת כפי שטען בתחילת הודאתו הראשונה, אלא הוסיף ודקר את עמוס פעמים רבות (פס' 12 להכרעת הדין), דבר המצביע על דבקות בהשגת המטרה של המתת המנוח ועל קיומה של כוונה (ראו והשוו רומנצקו פס' 25). מוחמד דקר את עמוס בחזה (פס' 12 להכרעת הדין) – אזור חיוני בגופו – וזו אינדיקציה נוספת לקיומה של כוונה (ראו והשוו רומנצקו, שם; השוו את הנסיבות בפסק דיני ב-ע"פ 9369/07 מיקל נ' מדינת ישראל פס' 14 (טרם פורסם, 16.2.2009)). בענין מידת זכרונו של מוחמד, עולה מהכרעת הדין לבדה, כי מוחמד זכר שהוא ביצע את הרצח עם פריד (פס' 16(ב) להכרעת הדין), זכר שעמוס היה ערום (פס' 16(ד) להכרעת הדין), זכר באיזה חדר בוצע הרצח (פס' 16(ה) להכרעת הדין), זכר שהוא דקר מקדימה ושפריד דקר מאחורה (פס' 16(י) להכרעת הדין) ואף זכר באיזו תנוחה נפל עמוס מהדקירות (16(יא) להכרעת הדין).

149. נוכח התשתית העובדתית שנקבעה בהכרעת הדין כפי שפורט לעיל, לא ניתן לומר כי בית המשפט המחוזי טעה כאשר, מצד אחד, קבע שמוחמד היה "שיכור כלוט" וביצע את הרצח "בהשפעת שכרותו", אך מצד שני הרשיעו בעבירה שאינה מתיישבת עם סייג השכרות. כפי שעולה בבירור מהפסיקה שאוזכרה לעיל, גם בשכרות כבדה מאוד אין די, ופשיטא ששכרות משפיעה על תפקוד; והשאלה היא, האם החומר המשכר גרם לחוסר יכולת של ממש להבין את המעשה או את הפסול בו או להימנע מהמעשה (בשכרות מלאה), או להעדר מודעות לגבי פרט מפרטי העבירה (בשכרות חלקית). ראינו, על רקע הפסיקה, כי על-פי השיקולים המנחים את בית המשפט בהכרעה זו, הממצאים העובדתיים בהכרעת הדין מצביעים, בצורה ברורה, נגד מסקנה שהתקיימו במוחמד התנאים לסייג השכרות המלאה או החלקית.

150. טענתו של מוחמד בענין סייג השכרות היתה, כאמור, שנפלה טעות בהסקת המסקנות המשפטיות הנכונות מהממצאים העובדתיים בהכרעת הדין עצמה – וטענה זו נדחת. אולם, אף אם אביט, בבחינת למעלה מן הצורך, מעבר להכרעת הדין עצמה, עיון בהודאתו של מוחמד רק מחזק את המסקנה שאליה הגעתי. שכן, לצד זאת שמוחמד טען במסגרת ההודאות שאלמלא

השתייה הוא לא היה מבצע את העבירה, כי השתייה גרמה לו לאבד שליטה, כי הוא לא התכוון לרצוח (ראו ז/52 ע' 2 ש' 14, 23-27) וכי הוא שתי ארבע או חמש כוסות וודקה באותו ערב (ז/51 ע' 58) – וכזכור משקל הצהרות של הנאשם בעניינים אלה מועט בבחינת סייג השכרות – הודה מוחמד בשורה של נסיבות נוספות אשר מעידות בבירור על כוונה להמית. כך, מוחמד הודה שהוא דקר את עמוס כי עמוס קילל אותו (ז/51 ע' 56) וזלזל בכבוד שלו (ז/52 ע' 2 ש' 30-31; ראו, לענין מניע, את רומנצקו, פס' 30 – המציאות מוכיחה כי כל נושא שולי זניח ואיזוטרי, כגון ויכוח על 20 ש"ח, יכול להוות מניע לרצח). עוד הודה מוחמד כי לאחר שדקר את עמוס הוא שטף את ידיו מהדם (ז/51 ע' 52, ראו והשוו פס' 63 (ג) לפסק דין סטקלר) וברח (ז/51, ע' 49), במקום להושיט לעמוס עזרה (ראו רומנצקו, פס' 20). עולה גם מהודאותיו של מוחמד, כי אף שהיו פרטים מעטים שהוא טען שהוא לא זוכר לגבי האירוע מושא האישום, הוא זכר את האירוע בפרוטרוט, לרבות סדרה מפורטת של כניסות ויציאות מחדרים בדירה (פריד ועמוס מקיימים יחסי מין בחדר הראשון מימין בנוכחותו של מוחמד (ז/51 ע' 16, ז/52 ע' 3 ש' 74-77; ז/55 05:51 (שעה 19:59), 10:20 (שעה 20:03:28), 11:12 (שעה 20:04:20)); לאחר מכן פריד (בלבד) התלבש והתקיים ויכוח בין עמוס ופריד בסלון (ז/51 ע' 10, ז/52 ע' 5 ש' 127-134); לאחר מכן עמוס שב לחדר הראשון; בעקבותיו הגיע פריד חזרה לחדר הראשון עם סכיני מטבח והדקירות החלו (שם; ז/55 11:33 (שעה 20:04:40)). בשחזור אף רואים את מוחמד מתאר את מהלך הדקירות בחדר הראשון (לרבות מיקומם של השלושה בחדר ותיאור לפיו פריד משך את עמוס הדקור חזרה אל תוך החדר כאשר האחרון ניסה לצאת ממנו). מוחמד אף עונה בנחרצות לשאלה בשחזור לגבי הסדר הנכון של סדרה של פעולות שביצע בזמן האירוע (מוחמד מבהיר בתוקף כי הוא רחץ את ידיו אחרי הפיכת הארון, אך לפני שפריד העביר לו את הארנק (ת/55 15:41 (שעה 20:08:47)).

151. סיכומו של ענין, הטענה בענין סייג השכרות נדחית.

הגנה מן הצדק

152. ד"ר לייסט טען בפנינו, לראשונה בעיקרי הטיעון הנוספים במסגרת הערעור, כי אף אם הפגמים בהתנהלות החוקרים מושא משפט הזוטא אינם מובילים לפסילת ההודאות של מוחמד, יש להחיל על עניינו את דוקטרינת ההגנה מן הצדק; אך זאת, לא באופן המוביל לביטול כתב האישום, אלא באופן זה שסעיף האישום שבו הורשע מוחמד יומר מרצח להריגה.

153. דין הטענה להידחות. אכן, קיימות זיקות גומלין בין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לפי פסק דין יששכרוב לבין הגנה מן הצדק, והתכלית של הוגנות ההליך משמשת להם מכנה משותף (ראו ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל פס' 10 (טרם פורסם, 1.8.2011) (להלן: פרחי); בקשה לדיון נוסף נדחתה ב-דנ"פ 5956/11 פרחי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 31.5.2012)). פגמים בהתנהלות חוקרים בחקירה פלילית, המעלים את סוגיית דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לפי הלכת יששכרוב, עשויים לשמש בסיס אף לטענת הגנה מן הצדק. בפסק דין בורוביץ (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005)), נקבע מתווה של שלושה שלבים לבחינת טענת הגנה מן הצדק: בשלב הראשון נבחנת עוצמת הפגמים שנפלו בהליכים שנקטו בעניינו של הנאשם במנותק משאלת אשמתו או חפותו; בשלב שני על בית-המשפט לבחון האם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות; ובשלב השלישי, משוכנע בית המשפט כי

קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב-האישום. נקבע, כי:

”בין היתר, עשוי בית המשפט לקבוע כי הפגיעה שנגרמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב-האישום שהוגש נגדו, מצדיקה היא את ביטולם של אישומים ספציפיים, או תהא ראויה להישקל לטובתו בקביעת עונשו, אם יורשע. כן עשוי בית-המשפט לקבוע כי תיקון הפגיעה יכול שיעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון בבירור שאלת קבילותה של ראיה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים” (שם, ע’ 807-808).

154. יוער, כי התנאים שנקבעו בפסיקה להחלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק הפסיקתית ממשיכים לחול כיום, גם לאחר עיגונה של טענה מקדמית בדבר הגנה מן הצדק בתיקון 51 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ”ב-1982 (פרחי, פס’ 10).

155. לאחרונה, הותר בית משפט זה בצריך עיון את השאלה האם, לצד האפשרות לבטל סעיף אישום או להפחית עונש כסעד במסגרת הגנה מן הצדק, מוסמך בית המשפט, בגדר אותם אמצעים מתונים יותר מביטול כתב אישום, אף להמיר סעיף אישום המופיע בכתב האישום לסעיף אישום אחר (רע”פ 6091/11 פלוני נ’ התובע הצבאי הראשי, פס’ 9 (טרם פורסם, 27.2.2012)). אף אם אניח, בלי לקבוע מסמרות בדבר, כי בית המשפט מוסמך להמיר סעיף אישום כאמור – ואף אם אניח שהפגמים בהתנהלות החוקרים בעניינו של מוחמד מצדיקים לשקול סעד של הגנה מן הצדק שהוא מתון יותר מביטול כתב האישום, אין מקום להיענות לטענה שיש להמיר את סעיף העבירה בעניינו מרצח להריגה. אין הצדקה, בנסיבות הרצח האכזרי שבו השתתף מוחמד, להביא, באמצעות המרת סעיף האישום, לכך שיזכה להקלה משמעותית בעונשו.

סיכום

156. אין דרך לקבוע כיצד החל הריב בדירתו של עמוס בליל הירצחו. אולם, התשתית הראייתית, עליה עמדתי בהרחבה לעיל, מובילה מעבר לספק סביר למסקנה כי פריד ומוחמד רצחו בצוותא את עמוס טל בדירתו.

כפי שפירטתי לעיל, לדעתי הרשעתו של פריד עומדת על כנה אף בהתעלם מהודאותיו של מוחמד. משהגעתי למסקנה שאין להתערב בקביעה שהודאותיו של מוחמד קבילות, בעלות משקל ונתמכות בראיות מחזקות כנדרש, אוסיף, למרות שהדבר אינו דרוש לשם אי התערבות בהרשעתו של פריד, כי הודאותיו של מוחמד מפלילות בעליל את פריד. לפי הודאותיו של מוחמד, פריד דקר את עמוס לפניו ובהמשך, יחד עמו. עמדתי לעיל על כך שניתן לחייב את פריד על-פי היריעה הרחבה שהוא פרש בחקירתו, לפיה מעולם לא היה בדירתו של עמוס, ועל רקע יריעה זו, הראיות שקושרות את פריד לדירה – לרבות טביעת רגל בדמו של עמוס – הן ראיות מסבכות עוצמתיות אשר עומדות לא רק ברף של “דבר לחיזוק” לשם הרשעתו של פריד על

בסיס ההודאות של מוחמד, אלא אף ברף של סיוע. "דבר לחיזוק" זה, בנוסף לפרטים המוכמנים בהודאות עליהם עמדתי לעיל ו"דברים לחיזוק" מסוגים נוספים שנקבעו בהכרעת הדין, ללא ספק ממלאים את הדרישה לתוספת ראייתית הנדרשת להרשעת על סמך הודאת חוץ של שותף (לעניין הדרישה לתוספת ראייתית "כפולה" – אחת בגין הרשעה על סמך אמרת חוץ ואחת בגין הרשעה על סמך עדות שותף – ראו ע"פ 209/87 שחאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 594, 595 (1987); ראו והשוו ע"פ 2869/09 זינאתי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 9.11.2011) בפרק "משקלה של ההודאה"; ע"פ 5255/10 ודוניה נ' מדינת ישראל, פס' יד (27.3.2011)). זאת ועוד. אמנם בית המשפט המחוזי קבע בענייננו, כקביעה גורפת, כי עדותו של פריד בבית המשפט היתה בגדר גרסה כבושה שערכה הראייתי הינו מועט, אם לא אפסי. אולם, על רקע מכלול הראיות שבפנינו (לרבות טביעת הרגל של פריד בדמו של עמוס), היה מקום, לדעתי, לקבל כמהימן חלק אחד חשוב מעדותו של פריד: עדותו לפיה הוא נכח בדירתו של עמוס בזמן הרצח. גם במסגרת הערעור עמדתו של פריד היתה שהוא ומוחמד נכחו עם עמוס בדירתו של עמוס בזמן הרצח. על כן, בנוסף לכל התשתית הראייתית האחרת אשר עומדת בזכות עצמה, בפנינו שני נאשמים ברצח, שעדותו של כל אחד מהם בענין נוכחותם המשותפת עם הנרצח בזירה בעת ביצוע הרצח מאשרת את העדות של רעהו. שניהם מספרים סיפור דומה מאוד, אלא שבגרסתו של מוחמד, שניהם השתתפו ברצח, ואילו בגרסתו של פריד, רק מוחמד השתתף ברצח. עמוס נדקר כ-100 פעמים בכל חלקי גופו, מלפנים ומאחור (כפי שנידב מוחמד בהודאתו ללא הדרכה פרטנית בענין זה). אף אם תיאורטית אדם אחד יכול לדקור את כל הדקירות הללו, סביר הרבה יותר שהדקירות, אשר החלו בעת שפריד ומוחמד שהו יחד בדירה, לא בוצעו בידי אחד מהם בלבד, ובמלים אחרות – שמוחמד ופריד רצחו בצוותא את עמוס. הערות אלה הן לדעתי בבחינת למעלה מן הצורך.

157. סוף דבר – אם תשמע דעתי נדחה את שני הערעורים.

המשנה לנשיא

השופט נ' הנדל:

בנסיבות תיק דנא, מסכים אני עם חברתי המשנה לנשיא מ' נאור כי הוכחה כנדרש אשמת המערערים בעבירת הרצח.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

1. פריד לא הגיע סתם כך לביתו של עמוס, אלא על מנת לקיים עמו יחסי מין. מוחמד ביקר בביתו של עמוס-המנוח פעמים רבות, כמי שעסק במתן שירותי מין לגברים, מבלי "שנרשמו" אירועים מיוחדים. והנה, בפעם היחידה בה נתלווה פריד אל מוחמד, התפתחו הדברים לאירוע אלים שהסתיים במותו של עמוס. לטעמי, יש בכך מעין ראיה נסיבתית לחובתו של פריד, המחזקת את גרסתו של מוחמד לאופן השתלשלות האירוע.

2. המספר הרב של הדקירות כמו גם העובדה שנעשו בשני סכינים, מלמדת כי גם מוחמד השתתף ברצח. להודאתו של מוחמד ולחזיוקים עליה עמדה חברתי, המשנה לנשיא השופטת נאור, ניתן להוסיף גם את עדותו של פריד עצמו כשותף למעשה. אכן, אין לקבל את עדותו של פריד לגבי אופן השתלשלות הדברים, אך איני רואה מניעה לפצל את עדותו (פלגין דיבורא) בכל הקשור לעצם השתתפותו של מוחמד ברצח.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של המשנה לנשיא מ' נאור.

ניתן היום, ל' בניסן תשע"ג (10.4.2013).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיא