

## ערעור פלילי מס' 87/53

### חוסין סלאמה אל-נבארי נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל

בבית-המשפט העליון כבימ"ש לערעורים פליליים (13.11.53, 22.7.53, 21.7.53, 14.7.53)

לפני השופטים חשין, זילברג, לנדוי

- א הרשעה על יסוד זיהוי קולי של הנאשם עלידי עד יחיד — פקודת החוק הפלילי, 1933 (ת"ס"א מס' 652, ע' 263) סעיף 214(ג) — פקודת הסרוצידורה הפלילית (שפיטה עפ"י כתב-האשמה) (חא"י, פרק ל"ו), סעיף 65 (א) — במקרה שלפנינו הוריקו שופטי הרוב את עצמם כהלכה, באמרו שרשאי בית-המשפט, אף בעבירת רצח, להרשיע את הנאשם על פי עדותו של עד יחיד — ביהמ"ש רשאי גם לבנות את ההרשעה על עיקרי עדותו של העד היחיד, אף כי לא האמינו לו בפרטים טפלים אחרים של עדותו — אף לא געלם מהשופטים של מטה הצורך לנהוג זהירות מיוחדת כטרם ירשיעו את הנאשם על פי עדות עד יחיד — דרכי זיהוי של דבר המוכר קודם לכן למוזהא — אין סיבה על שום מה לא יזוהה נאשם, כעמדו במסדר זיהוי, יאחר שכבר נעצר כחשוד במעשה עבירה, על פי קולו באותו בטחון בו אפשר היה לזהותו על פי מראהו — לא כן הדבר במקרה שלפנינו, שהזיהוי לא נעשה באותו מעמד, מאשר האדם מוכר למוזהא, וקולו של אותו אדם אינו שונה מקולות עמומים של אחרים במידה כה גדולה עד שאפשר יהיה להבחין בוודאות גמורה — כשלו טענת "עמנו היה" אין בו כדי להקים או אפילו לחזק את בנין רוכחות התביעה, כשהעדות העיקרית אינה מספיקה להרשעת הנאשם — במקרה דנן לא היתה עדותו של העד היחיד, כמו שהיא, מספיקה להרשעת הנאשם, ולא היה זה בטוח לקבלה גם מחמת הספק במוימוזהא — הכרת הקול על פי "סביעת עין", שהיא הכרת מידית, שלמה ומוחלטת, והכרתו על פי מתן סימנים, כגון צלילות, אינטוץ, צרידות וכיוצא באלה, שערכם המוזהא תלוי במסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה ואינו יכול להיות יסוד כשר ובטוח לקביעת אשמתו של הנאשם.

כספי וקאזיס — בשם המערער; א. לייבסון — בשם המשיב;

פסקי-דין א"י שהוזכרו:

- [1] *Cr. App. 139/46 — Arafah Salman Ali and an. v. Attorney-General*: (1946), *P.L.R. Vol. 13*, p. 647; (1947), *A.L.R. Vol. 1*, p. 23.  
[2] *Cr. App. 9/44 — Muhammad Fahed el Abbas v. The Attorney-General*: (1944), *A.L.R. Vol. 1*, pp. 90, 91.

„פסקי-דין“, כרך ז', חשי"ב/תשי"ג-ד-1953 השופט לנדוי

פסקי-דין ישראליים שהוזכרו:

- (3) ע"פ 6/52 — פ. ס. אל-חלאק ואח' נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל: „פסקי-דין“, כרך ו', חשי"ב/תשי"ג-1952, ע' 753.
- (4) ע"פ 125/50 — דוד ינקובוביץ נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל: „פסקי-דין“, כרך ו', תשי"ב/תשי"ג-1952, עני' 514, 540; „פסקים“, כרך ו', תשי"ב-1951/52, עני' 439, 464.
- (5) ע"פ 1/48 — פרדריק ויליאם טילוסטר נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל: „פסקים“, כרך א', תשי"ט-9/1948, עני' 513, 539.

מקורות המשפט העברי שהוזכרו:

גיטיין, דף כ"ג ע"א.

ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב—יפו (נ. בר-זכאי, נציג והשופט טים י. גביוון, י. שילה) בתיק פשעים חמורים 1/53 מיום 25.3.53 אשר הרשיע את המערער באשמת רצח לפי סעיף 214 (ג) לפקודת החוק הפלילי, 1936, ודן אותו למיתה. הערעור נתקבל והנאשט זוכה.

פסק-דין

השופט לנדוי: זהו ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, אשר הרשיע את המערער חוסין סלאמה אל-נבארי באשמת רצח לפי סעיף 214 (ג) לפקודת החוק הפלילי, 1936 — שביום 20.7.52, באדמות ביר אבו ערפאן ליד באר-שבע, גרם בזדון, יחד עם אחר, למותו של יוסף מורד, כדי להקל על ביצוע פשע, היינו ביצוע שוד מזויף. פסק-הדין ניתן ברוב דעות (כב' השופטים גביוון ושילה) נגד דעתו החולקת של כב' הנשיא של בית-המשפט, השופט ד"ר בר-זכאי, אשר היה סבור שהמערער היה צריך ליהנות מן הספק ולצאת זכאי.

1. העובדות העיקריות, כפי שנקבעו ע"י שופטי הרוב, הן: המנוח יוסף מורד, תושב באר-שבע, היה עוסק בקניית סחורות מוברחות מאת ערבים שונים, ובכללם הנאשם חוסין סלאמה אל-נבארי, שהיה ידוע בין מכריו היהודים בשם חוסין אל-אסואד (השחור). ביום ראשון בשבוע, החל ב' 20.7.52, בא אליו שליח מטעם הערבים שאתם עסק והומינו לכוא באותו יום בערב לקנות סחורה. הוא לקח אתו סך 550 ל"י בערך, וסמוך לשעה 7 בערב יצאו המנוח ושמעון עיני, שאף הוא היה עוסק בקניית סחורות מוברחות מערבים, מבאר-שבע למקום הידוע כביר אבו ערפאן, במרחק ארבעה וחצי ק"מ מבתי העיר. בכיוון צפון צפון-מזרח, הדרך עוברת תחילה בשדות פתוחים, על פני רמת מישור. אחר-כך מתחיל מורד תלול אל ואדי, ומקום המפגש היה על פני גבעה, כשני ק"מ בהמשכו של האדי. בקרבת

- אותו מקום פגשו המנוח ושמעון עיני בערבי בשם מחמד אל-ג'עאר, שעמו עסקו בהודמנויות קודמות, ובמרחק מה ממנו היו עוד כ-10—15 ערבים. אחרי שהמנוח מסר למחמד אל-ג'עאר את הכסף שהביא, עלה אל-ג'עאר איתו ועם שמעון אל הגבעה. באותו רגע הופיעו מן העבר השני של הגבעה אל הפסגה שני חמורים טעוני סחורה. ערבי אחר בשם סלאמה עאמר אל-צאנע פרק את הסחורה ובתוכה בדים שונים. נעשה חשבון מחיר הסחורה. בשעת המשא-והמתן הזה היו הנאשם, ועמו ערבי אחר בשם סלימאן סאלם אל-צאנע המכונה „אל-אקרע“ (הקרה), תחילה במרחק של כ-20—30 מטר מהחבורה, במורד הגבעה אל הוואי, אך הם לא התקרבו. הם לבשו שחורים (כהה). גלילי הבד הוכנסו בתלקם לשק שהיה עם המנוח, וחלק אחר נקשר בחבל, וכל אחד מהקונים נשא את משאו על כתפו. כל מעמד המכר ארך כמחצית השעה. לאחר השיחות בין המנוח ועיני לבין המוכרים, הרגיש עיני שהנאשם ואל-אקרע חסרים מן הקבוצה. מחמד אל-ג'עאר וסלאמה עאמר אל-צאנע ליוו את הקונים כברת ארץ עד לקצה הוואי. אחרי שהלכו קצת יחד, נפרד סלאמה מהקונים, ומחמד אל-ג'עאר לבדו המשיך אתם עד שהגיעו לרגלי רמת המישור. יוסף רצה לחזור בדרך שבה בא, אולם מחמד הציע ללכת בדרך אחרת המוכרת לו. קודם סירב יוסף, אך משהפציר בו מחמד נעתר לו, והם הלכו בדרך עקיפין בצורת קשת שבה המעלה פחות תלול. כשהגיעו לשפת הרמה, נפרד מהם מחמד באמרו להם שייזהרו בדרכם. שני היהודים צעדו הלאה בדרכם הביתה. היתה או שעת מדומים. והנה לאחר שהתקדמו כמאה מטר מאז נפרדו ממחמד, נשמעה הפקודה „עמוד“ בעברית. שמעון אמר למנוח לחכות, כי אולי זוהי משטרה. שמעון שאל: „מי אתה?“, ואז קמו פתאום שני ערבים לובשי שחורים. קשה היה להבחין בפניהם, כי ראשיהם הם היו מכונסים בתוך העבאיות. אחד מהם פקד בערבית: „תורד הסחורה, והישאר רחוק ממנה עשרים מטר, ואל תזוז!“. שמעון שאל שנית, הפעם בערבית: „מי אתה?“, במקום תשובה שמע דריכת ברית נשק, המרחק בין המנוח ושמעון ובין שני הערבים היה כ-30—40 מטר. שני היהודים החלו לברוח לכיוון באר-שבע. שמעון שמע יריה, הוא השליך את הסחורה ותוך ריצה הפנה את פניו אחורנית וראה את המנוח כשעודנו רץ אף הוא. נשמעה יריה שניה, ושמעון המשיך לרוץ בלי להפנות עוד את ראשו. בהגיעו סמוך לעץ בודד ליד שתי חורבות, שכב שם כדי לנוח מעט. לפני כן הסתכל סביבו ולא ראה עוד איש. בשכבו שם תרהר בלבו למי הקול שפקד עליהם להוריד את הסחורה וכו', ונתברר לו כי זהו קולו של חוסין אל-אסואד שהכירו קודם לכן, כשמעון עבד בבנין וחוסין זה היה מוכר לו מצרכים שונים ודיבר עמו פעמים רבות, ויש לו, לחוסין, קול היוצא כאילו מן האף.
- משם המשיך שמעון לרוץ עד לביתו בבאר-שבע. לא מצא את הוריו בבית וירד אל שכנו יוסף מילס; שם מצא את אמו. סיפר להם בקצרה, כי הלכו לערבים ובשובם ירו עליהם. הוא לא הרגיש בטוב, התעלף ונרדם עד למחרת הבוקר. גם בבוקר לא הוטב לו. בערב של אותו יום באו שני שוטרים ולקחוהו לתחנת המשטרה. עוד לפני כן הודיעה גיסת המנוח למשטרה על העדרו, ושוטרים יצאו לחפש אותו ומצאו את גופתו סמוך לשתי החורבות הנ"ל. המנוח נורה ביריה אחת או בשתי יריות.

3. הרשעת המערער מבוססת על עדותו היחידה של שמעון עיני, שהיה בזמן המקרה בחור צעיר כבן 16—17. שופטי הרוב מדגישים זאת באמרום:

„נתנו את דעתנו על כך כי זיהויו של הנאשם כאיש אשר ביצע את הרצח תלויה בעדותו של עד יחיד, הוא שמעון עיני, וכי על בית-המשפט לנהוג זהירות רבה בטרם ירשיע על סמך עדות עד יחיד, ועם כל זאת אנו באים למסקנה אשר הגענו אליה כנ"ל. אנו נותנים אמון גמור בעיקרי דבריו של עיני כפי שתוארו בפרשת העובדות. נכון הדבר כי היו סתירות בכמה דברים טפלים בין הודעתו במשטרה, עדותו בחקירה המוקדמת ועדותו לפנינו . . . . אולם למרות סתירות אלו, אנו מקבלים ללא היסוס עיקרי דבריו כפי שתוארו בפרשת העובדות. נכון שאין אנו מאמינים לו, הן לגבי זה שנפגש כאילו באקראי עם המנוח בשעה שהוא עמד ללכת לקולנוע, והן שתפקידו באותו לילה היה תפקיד של סבל שכיר בלבד, אך אין אי-אמונונו בשני פרטים אלה פוגע במידת האמון המלאה שאנו נותנים ביתר דבריו במידה שנכללו בפרשת העובדות לעיל . . . .“

א

ב

באותו ענין אומר הנשיא המלומד בפסק-דינו:

ג

„אכן, מבחינה עיונית, אין ספק כי, אפילו בדיני נפשות, אפשר ואפשר להשתית פסק-דין הרשעה על עדותו של עד יחיד בלבד. בזה לית מאן דפליג. אך מבחינה מעשית, לא פחות ברור כי, במקרה שכזה צריך שהעדות היחידה, שמסכיבה טובב כל המשפט, תהא לא רק משכנעת כשלעצמה, במלוא מובן המלה, אלא גם — מבחינת המהימנות — ללא דופי כלשהו, העלול לעורר ספק מתקבל על הדעת.“

ד

4. שופטי הרוב הדריכו עצמם כהלכה באמרם, שרשאי בית-המשפט, אף במשפט רצח, להרשיע את הנאשם על פי עדותו של עד יחיד, הם גם היו רשאים לבנות את ההרשעה על עיקרי עדותו של העד היחיד, אף כי לא האמינו לו בפרטים אחרים שבקדומו, אותם ראו כפרטים טפלים. אף לא נעלם מהם הצורך בזהירות מיוחדת בטרם ירשיע בית-המשפט נאשם על פי עדות יחידה. (עיין ב"ע 9/52, 6, (3)). אולם השאלה בעינה עומדת, אם בסועל נהגו שופטי הרוב במידת הזהירות הדרושה, בהעריכם את עדותו של שמעון עיני. נבדוק שאלה זו משתי הבחינות עליהן עמד הנשיא המלומד בקטע הנ"ל בפסק-דינו: האם היתה עדותו של עיני ללא דופי מבחינת מהימנותה, והאם משכנעת עדות זו כשהיא לעצמה. לשון אחרת: האם דברי עיני היו אמת, כפי שהוא ראה (או שמע) אותה מבחינתו הסובייקטיבית, ואם כן — היתה זאת אמת לאמיתה גם מבחינה אובייקטיבית, או שמא יש מקום לחשש שעיני טעה או השלה את עצמו. נוסף מיד למען הזהירות, שהאפשרויות לבדיקת מהימנותן של עדויות הן, כמובן, מוגבלות מאד בדרגת הערעור. על כך נעמוד להלן. נתחיל בנקודה השניה, הנראית לנו החשובה מבין השתיים, והיא: אם נקבל לעת עתה את מהימנות העדות של עיני כדבר שאין להרהר אחריו, האם הספיק משקל העדות הזאת, כמות שהיא, להרשעת המערער? זוהי לכל הדעות שאלה הנתונה לביקורתו של בית-משפט זה, לפי סעיף 65 (א) של פקודת הדיון הפלילי (שפיטה על פי כתב אישום).

ה

ו

ז

5. לא מצאנו בפסק-דין הרוב שהשופטים המלומדים כיוונו דעתם במיוחד לשאלה זו. דעתנו היא שאילו שקלו את עדותו של עיני בזהירות הדרושה, לא היו יכולים להגיע למסקנת הרשעה. נזכור שהמדובר הוא ביהוי על-ידי שמיעת קול בלבד. מצד ההלכה אין לגלות פגם בהרשעת נאשם על יסוד זיהוי קולו על-ידי עד יחיד. בא-כוח היועץ המשפטי ציטט פסק-דין מזמן המנדט (ע"פ 139/46, (1)). שם אמר בית-המשפט: "אין סיבה על שום מה לא יוזהא אדם על פי קולו באותו בטחון בו אפשר היה לזהותו על פי מראהו". עיינו בתיק הערעור באותו ענין, ונתברר ששם זוהה הנאשם במסדר זיהוי, בלי שהמתלונן הכיר אותו או את קולו לפני מקרה הפשע. זיהוי כזה של נאשם, אשר כבר נעצר על-ידי המשטרה, יש בו משום שכנוע רב, ובפרט כשהוא בא לאשר תשד שנפל על הנאשם עוד קודם לזיהוי. לא כן היה במקרה דנן, כי עיני הכיר את המערער עוד לפני יום הפשע, והזיהוי בו אנו עוסקים נעשה בשעת המקרה, או ליתר דיוק: זמן קצר לאחר המקרה (אמנם נעשה אחר כך גם מסדר זיהוי להכרת הקול, כשלב שלישי, אך במסדר זה עוד נדון לחור). ערכו של זיהוי ממין זה תלוי בהרבה גורמים, כגון מידת ההכרה הקודמת בין המזהה לבין המזוהה, מספר המלים שנאמרו על-ידי החשוד בשעת מקרה הפשע, וכן מידת היחודה הספציפיות. שבקולו של החשוד. נעמוד כאן על האחרון מבין הגורמים האלה: המערער שלפנינו "מאנפף" בדיבורו, שופטי הרוב לא קבעו אם אינפוף זה בולט במיוחד, הנשיא המלומד אומר על כך:

- ד "כפי שנוכחנו בזמן מתן עדותו שלפנינו, ישנו אמנם דבר-מה מסוים בקולו של הנאשם, בזה שלעתיים משמיע הוא את קולו כאילו קצת, מן האף; אבל אין זאת מידה גדושה כזאת של נחירה עד כדי להבחינו בודאות בין אחרים שגם קולם פחות או יותר צמום."

- ה נוסף שכך התרשמנו גם אנחנו שעה שהמערער דיבר לפנינו. אנו חוזרים ומדגישים שהאמור עד כה, ומה שעוד ייאמר תחת ראש פרק זה, אינו בא להטיל דופי במהימנות העדות של עיני, אלא להצביע על מקורות של טעות שהיו עלולים לשבש את זיהוי המערער כבעל הקול.

6. כאן המקום להביא כלשונם את דברי עיני בנוגע לזיהוי הקול. בחקירה הראשית אמר, אחרי שתיאר את מתן הפקודה על-ידי המתקיפים (בי"ט 19):

- ז "אמרתי ליוסף: מה פירוש הפקודה שלהם; אז אמר לי: יאללה נכרח. המרחק בינינו היה אז כ-30—40 מטר. לא הסתכלתי בשום דבר. שמעתי יריה. בזמן שנתנו לנו הפקודה, שמענו גם קול דריכת בריח נשק. המשכנו לרוץ. שמעתי יריה... המשכתי לרוץ. שמעתי עוד יריה. המשכתי לרוץ. היתה לי חולצה לבנה. קרעתי מעל גופי ושכבתי על הרצפה (האדמה) ורציתי קצת לנוח ולהשוב. כך מתחשב (דבריו של העד). אמרתי בלבי, את הקול הזה: אזגי קולו של חוסין, כי היה זה קול שבא מהאף. היינו הקול שבו

פסקי-דין, כרך ז', תשי"ג/תשי"ד-1953

השופט לנדוי

ניתנה לנו הפקודה להוריד הסחורה שכבתי עלייך העץ, עלייך בתים ערבים הרוסים, שכבתי שם בשלושה רגעים בערך. קמתי ורציתי ללכת הביתה, ללא עמידה. ושוב חשבתי על הקול שבו ניתנה לנו הפקודה, וידעתי שזה קולו של חוסין אל-אטואד זה."

א

ובאותו ענין כתקירה נגדית (ב"ע' 32):

התחלתי או לחשוב מי עשה זה, איזה דבר כזה. והתחלתי לחשוב מי זה מדבר כך באף, הרגשתי שזה קולו של חוסין ונזכרתי שגם הוא היה שם. או קמתי ורצתי הביתה."

ב

דברים אלה משקפים בצורה ברורה למדי כיצד התפתחה מחשבתו של עיני, שהביאה בסופה ל"זיהוי" הקול כקולו של המערער (אנו עוסקים עתה בזיהוי שנעשה על-ידי עיני בשכבו תחת העץ, ולא בזיהוי בשעת מסדר הזיהוי שנערך כעבור ימים מספר בתחנת המשטרה): בשעת מעשה לא הכיר את הקול לגמרי. עבר זמן מסוים בכריחה מבוהלת עד לעץ שתחתיו השתטח כדי לנות. רק אז מתחילים התרהורים העוברים משלב אל שלב, באופן כזה: חוסין מאנפף בקולו. חוסין היה במעמד המכר. אולי זה קולו של חוסין. כן, בודאי היה זה קולו של חוסין.

ג

כיצד מזהים, כלומר מכירים משהו כדבר המוזכר מקודם? כרגיל אנו עושים זאת בדרך השוואה בין תמונה השמורה בנכבי זכרוננו לבין תופעה בה אנו נתקלים ב-ברגע. השוואה זו היא המביאה אותנו לקביעת הזהות של התופעה עם תמונת הזכרון. קביעת הזהות יכולה להיות אינסטיקטיבית — וזה אולי הזיהוי הבטוח ביותר — או היא יכולה להיות פרי מאמץ שכלי של השוואת נתונים מסויימים. על כל פנים, נעשית השוואה זו כרגיל כשהתופעה עודנה "טריה" לגמרי בתודעתנו. יהיה זה מראה המופיע לנגד עינינו או קול המצלצל באזנינו. כאן קרה דבר שונה לגמרי: הזיהוי לא נעשה באותו מעמד, אלא זמן מה אחרי שהתופעה כבר חלפה, והפכה אף היא לנחלת העבר — אמנם העבר הקרוב. זה מתליש את ערך העדות כפליים: ראשית, לא נתרשם עיני מן הקול במידה כזאת שהיה יכול להכירו הכרה מיידית וספונטנית, אם כי הוא עצמו ידע את קולו של המערער יפה מקודם מתוך מגע תדיר אתו. יש ובשמענו איזה קול מרגישים אנו שהקול מוכר לנו, בלי שנוכל לייחסו בו ברגע לבעל הקול דוקא.

ד

ה

ו

עיני לא אמר בעדותו שזיהה את קול הנאשם מיד אפילו בצורה כזאת. כמובן, אפשר להסביר זאת בבלבול החושים בו היה שרוי, ללא ספק, בראשית בריחתו. אבל הסבר זה אין בכוחו להוסיף משקל לזיהוי שנעשה רק לאחר זמן, על סמך מה שהעד שמע מקודם בשעת בהלה. ואשר לזיהוי מאוחר זה, הרי לא השווה עיני תופעה שבהויה לזכרון קודם. אלא ההשוואה נעשתה בין זכרון לזכרון, אפילו עדיין הדהד הקול באזניו, שעה ששכב תחת העץ והרהר במה שהרהר. רבים מדי הם מקורות הטעות בהשוואה שכזאת. מה היינו אומרים, למשל, על ערכה של עדות ראיה, אילו בא העד והעיד: "הכרתי את הנאשם מקודם. ראיתי

ז

אדם בשעת מעשה הפשע. לא הכרתיו בו במקום, אבל כעבור רגעים מספר נזכרתי שהאדם דומה לנאשם, ולכן אומר אני שהיה זה הנאשם? בודאי היינו אומרים שדבר כזה אמנם ייתכן, אבל אין הוא רגיל. ואין להרשיע נאשם על פי עדות יחידה כזאת, ללא הוכחות מסייעות. ואם בזיהוי על פי מראה עינים כך, בזיהוי על פי משמע אוזניים, הדורש הבחנה יותר דקה, על אחת כמה וכמה.

א

יודגש שבתארו את שלשלת מחשבותיו מודה עיני שתחילה היה הספק מקנן בלבו («אולי קולו של חוסין»). אותו «אולי» דיו לשלול את ודאותו של הזיהוי כולו. רק אחר כך הלכה אמונתו וגברה, והוא אף מגלה לנו מה הגביר את אמונתו: תוסין מדובר מן האף, והוא היה מקודם בקרבת מקום. ידוע לנו מתורת הפסיכולוגיה שדוקא תהליך מחשבה כזה עלול להוליך אשליה, עד שדבר שבתחילתו היה בספק, הופך לאחר זמן לשכנוע מלא. במקרה דנן, מאחר שהיה לעיני ענין רב לזהות את הקול, אף על פי שלא הצליח להכירו מיד, וגם מצא גקודות אחיזה מסויימות, היה עלול להשלוח את עצמו ולהאמין באמת ובתמים שאכן היה זה קולו של חוסין.

ב

8. עד כאן בענין «הזיהוי שמתחת לעץ». אחרי שהמערער נעצר, ערכה המשטרה מסדר זיהוי של קולו ושל מראהו, ועיני זיהה אותו גם על פי קולו וגם על פי מראהו מבין המשתתפים האחרים במסדר, שגם הם היו ידועים לעיני מקדם. ברור שזיהוי זה לא הוסיף משקל לעיקר עדותו של עיני, שהמערער היה בין המתקיפים (ראה ע"פ 9/44 אג"ר 90, 91, (2)). ערכו של המסדר היה רק במה שהוכיח, כי עיני מסוגל היה להכיר את קול המערער בשעת מעשה על פי ידיעתו הקודמת. לשון אחרת: אילו נבשל עיני במסדר זה ולא היה מכיר את הקול, היתה עדותו נהרסת כליל. מאחר שעמד במבחן זה, הוטר הספק שהיה יכול להתעורר ביחס ליכולתו לזהות את קול המערער. פרשה זו אינה מוסיפה איפוא למשקל ההוכחות מבחינה כמותית. כך סברו גם שופטי הרוב, כי גם הם לא ראו בזיהוי זה תוספת חיזוק לעדותו.

ד

9. הגנת המערער היתה אליבי. הוא טען שכליל המקרה היה רחוק ממקום הפשע. במחנה השידור סלימאן מחמד קירנאוי, סמוך לטחנת הקמח של שיך חוזאיל ליד שובל, והביא שורת עדי חגנה שסיפרו כי «עמנו היה». טענה זו נדחתה על-ידי שופטי הרוב, ואף אחרי שמיעת טענות הערעור המפורטות של הסניגור, מר כספי, איננו חושבים להתערב בממצא זה. אבל הלכה פסוקה היא שכשלוש האליבי אין בו כדי להקים או אפילו לחזק את בנין הוכחות התביעה, כשהבנין עצמו רעוע והבקיעים שבו גלויים לעין, כלומר כשאין עדות עיקרית. המספיקה, כשהיא לעצמה, להרשעת המערער (ראה ע"פ 9/125, 125/50, «פסקים» 1, 439, ב"ע 464 (4)). כשלוש האליבי מוכיח אמנם שהמערער לא היה בטחנת שיך חוזאיל, וייתכן איפוא שהיה נוכח במעמד המכר, וגם בשעת היריות, אבל נסיונו להרחיק את עצמו מאותה הסביבה כולה, אינו יכול לכזב במקום הוכחה חיובית שהיה בין המתקיפים. אפשר, למשל, שהיה במעמד המכר, אבל לא היה בין המתקיפים, וחשב להסיר מעצמו כל חשד על-ידי הכחשה כוללת.

ה

ו

10. כללו של דבר — ובוהו אנו מסכמים את דברינו בנוגע למשקל הוכחות התביעה, דהיינו, משקל עדותו היחידה של עיני — שופטי הרוב לא נתנו את דעתם על האפשרויות הרבות לטעות בזהויות. לנו נראה שעדות זו לא הספיקה בשום אופן, על פי תכנה ומשקלה העצמי, לשם הרשעת המערער.

א

11. האמור עד כה היה על פי ההנחה שעדותו של עיני היתה צריכה להתקבל כמות שהיא. אבל לאמיתו של דבר, גם הנחה זו עצמה אינה יכולה לעמוד במבחן הניתוח, אפילו הניתוח המצומצם המותר בדרגה זו. ב"ע 1/48 (פסקים "א", ע' 513), (5), אמר השופט אולען (ב"ע 539):

ב

„אין אנו מתעלמים מהעקרון שבית-המשפט לערעורים, בדרך כלל, לא יתערב בשאלה, אם יש, או אין להאמין לעדים — שאלה הנתונה להחלטת בית-המשפט מהדרגה הראשונה — מלבד במקרה שהסיבה היחידה לאי-אמון לעד היא בלתי חוקית או בלתי מתקבלת על הדעת.“

ג

אנו סבורים שנימוקם של שופטי הרוב אינו מתקבל על הדעת בפרשה חשובה אחת, והיא שתיקתו של עיני במשך יממה תמימה מזמן המקרה ועד שגילה לראשונה שהוא מטיל את אשמת ההתנקשות על המערער. עובדה היא, שמאז חזר לביתו ביום 20.7.52 בערב ועד למחרתו בערב לא פנה למשטרה, כדי להודיע על מה שקרה. רק לאחר שהמשטרה כבר מצאה את גופת המנוח, ונעצרו ששה חשודים אחרים במחנה השבט אליו משתיך המערער, לפי הצבעתו של מוריס מילס, שכנו של עיני, שליווה את השוטרים, רק אחרי כל אלה מסר עיני לסמל המשטרה בוגלר כי חוסין אל-אסואד היה אחד המתקיפים. בענין זה מעירים השופטים המלומדים:

ד

„שמעון, בהיותו עוסק בהברחות, ובהיות המקרה עצמו קשור אף הוא בהב- רחה — שבה לקח חלק פעיל, היה זהיר ברשות, ביחוד שגורלו של יוסף טרם היה ידוע וייתכן כי אף יוסף הצליח במוהו להימלט שלם בגופו או שרק נפצע או נשבה ויש סיכויים שכל הענין יטושטש ולא יתגלה למשטרה....“

ה

לא זה היה הנימוק אשר עיני עצמו נתן לשתיקתו; הוא אמר שלא פנה למשטרה מפני שהרגיש ברע וישב בביתו עד שהשוטרים באו לקחתו למשטרה ביום 21.7.52 בערב. דבריו אלה נסתרו על-ידי דו"ח הפעולה של הסמל בוגלר (מוצג 9/1), בו נאמר שמיד לאחר קבלת ההודעה הראשונה על היעלם המנוח ביום 21.7.52 בשעה 17.50, מפי סעידה, גיסת המנוח, שלח שוטר לחפש את עיני, והשוטר חזר כעבור חצי שעה בלי שמצא את עיני, אין איפוא תימה בדבר ששופטי הרוב לא קיבלו את הסברו של עיני בנקודה זו, ומכאן שלא מצאוהו ראוי לאמון גם בענין זה. למרות זאת, לא היינו מתערבים, אילו תמה הפרשה בזה. אבל עיני נמנע מלדבר לא רק אל המשטרה, אלא שגם להוריו ולמוריס מילס, שכנו וחברו במלאכת ההברחה, לא גילה דבר על כך שהמערער היה אחד משני המתקיפים, ואלה דברי עיני בענין זה בחקירה הראשית (ב"ע 20):

ו

ז

„הגעתי הביתה, אמי לא היתה בבית. גם אבי לא היה שם. ירדתי אל השכן מוריס מילס ושם מצאתי את אמי. שכבתי. אמי שאלה: מה קרה. וסיפרתי להם הכל. הרגשתי לא טוב. לא אמרתי שחוסין ירה עלינו; אלא אמרתי שהלכנו עם הערבים, וירו עלינו. לא אמרתי מי ירה. כאבה לי הרגל והראש מהריצה. ישנתי עד הבוקר. קמתי. אמא שאלתני מה קרה. סיפרתי לה הכל. אבל חוסין לא הבאתי (כלומר: את שמו של חוסין לא הזכרתי).“

א

וכאן נשאלת השאלה בכל חומרתה: הייתכן? עיני סיפר את הסיפור כולה, ואת העיקר לא סיפר לאמו ולא למילס? למה ישמור את הסוד הזה בלבו? זאת אין לתרץ בכך שהיה זהיר ברשות. ואי, אין השופטים שיושבים לדין חייבים להעלות על הגייר כל קושיא ואת תירוצה בצדה, ובית-המשפט לערעורים לא יסיק על נקלה משתיקתם שלא נתנו את דעתם על קושיא זו או אחרת, אלא יניח שהשופטים שמו לב לכל השיקולים החשובים והגיעו למסקנתם הסופית אחרי ששמו את כל הנימוקים בעד ונגד על כפות המאזניים. אבל כאשר השופטים דנים בבעיה מסויימת (שתיקת עיני), ומפרטים את נימוקיהם, אך מניחים צד חשוב ביותר של הבעיה ללא תשובה כלשהיא (שתיקתו להוריו ולמילס), והתשובה אף אינה עולה מתוך חומר ההוכחות — כי אז על כרחנו אנו אומרים שאותו צד של הבעיה נשתמט להם כליל, ולא הביאוהו בחשבון שיקוליהם. בזה מתערער הבסיס עליו בנו בהאמינם לעד היחיד.

ב

ג

12. על כן אנו גורסים שעדותו של העד היחיד לא הספיקה, כמות שהיא, להרשעת המערער. ער, ויתר על כן לא היה זה בטוח לקבלה מחמת הספק במהימנותה. בסופו של דבר אנו תמימי דעים עם הנשיא המלומד, כי לא היה זה מן הדין להרשיע את המערער על סמך עדות כזאת.

ד

השופט חש"ן: אני מסכים.

ה

השופט זילברג: אין ספק בכך, כי זהותו של אדם ניתנת להיקבע, בוודאות גמורה, וללא התערורות ספק כל שהוא, באמצעות הכרת הקול בלבד. מן המפורסמות היא, כי אדם מכיר ו"מזהה" את חברו, על-ידי שמיעת קולו, בלי שיראהו כלל, ואין המכיר חושש כלל שמא קול זה, המוכר לו מקדמת דנא, „שייך“ למישהו אחר. אך אם יתבקש המכיר להסביר ולבאר, במלים מפורשות, כיצד הכיר וזיהה את האיש ואת שיחו, הרי הוא — כפי שהנסיון מלמדנו — לא יוכל לעשותו כלל, או יוכל לעשותו רק למקוטעין, והטעם לכך הוא: כי סגולת קולו של אדם הן ברובן המכריע, כל כך אינדיבידואליות, כל כך „חד פעמיות“, עד שלא נתיחדו להן שמות וכינויים כלל באוצר המלים של השפה. זו היא ההכרה המידית, השלמה והמזחזחת, הקרויה בלשון המקורות שלנו: „טביעות עינא דקלא“, בעברית: „טביעות העין של הקול“, (גיטין, דף כ"ג ע"א).

ז

פחותה ממנה בדרגה, ובדרך כלל הרבה פחות בטוחה הימנה, היא הכרת הקול ע"י מתן סימנים, כגון: גובה הקול, צלילותו, אינפוף, צרידות, גמגום וכדומה. עצם העובדה כי

השופט זילברג

פסקי-דין, כרך ז', תשי"ג/תשי"ד-1953

סימנים, כל סימנים, ניתנים להיתאר בשמות ומלים, מראה לנו כי המדובר הוא בסגולות טיפוסיות — ולו יהא אפילו: נדירות — ומילא אין בהם אותו הייחוד האבסולוטי המושג כאמור על-ידי תביעת העין של הקול. ערכם המזוהה של סימני קול תלוי יהיה במסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה, ביניהן: מידת השכיחות של הסגולה, ומספר האנשים "הבאים בחשבון" כבעלי הקול הגדון. א

ומכאן המסקנה העולה לגבי המקרה שלפנינו. במקרה דגן זיהה שמעון עיני את הרוצח ע"י מתן סימנים בקולו. הוא לא הכיר אותו תיכף ומיד — כפי שמכירים קול ב"טביעת עין" — אלא הכיר אותו כעבור זמן מה, לאחר שהרהר והעביר תחת שבט ביקרתו; בצורה מוגדרת ובדרך השוואתית, את הסגולה "המיוחדת" של הקול: — מה זה (הנאשם) מאנפף, אף זה (הרוצח) מאנפף, ולכן הם שניהם היינו הך! מכיון שכך, ומאחר שהאינפוף הוא, כידוע, סגולת קול שכיחה למדי, הרי במסיבות הענין שלפנינו, לא היה בו, בסימן זה, משום יסוד כשר ובטוח לקביעת אשמתו של המערער. ב

נוכח מסקנה זו, נמנע אני מלהוות דעה על כל שאר השאלות שנתעוררו במשפט זה. דעתי היא, איפוא, כי מן הטעם הנ"ל יש לבטל את ההרשעה ולזכות את המערער. ג

לפיכך אנו מבטלים את פסק-הדין ואת גזר-הדין עליהם הוגש ערעור זה, ואנו מזכים את המערער מאשמת הרצח בה הואשם. יש לשחררו, אלא אם כן הוא עצור בשל אשמה אחרת. ד

ניתן היום, ו' בכסלו, תשי"ד (13.11.53).

ערעור פלילי מס' 2/53

אברהם אביטון נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל

בבית-המשפט העליון כבימ"ש לערעורים פליליים (15.11.53)

לפני השופטים אולשן, אגרנט, זילברג

סקודת החוק הפלילי, 1936, (תוס"א מס' 652, ע' 263), סעיף 238 — במסיבות המיוחדות של המקרה ולאור העובדה אשר לא היתה קיימת בזמן גזר-הדין, מן הדין הוא להקל בעונשו. ז

ויגר ע"פ העברה מבן-ישראל — בשם המערער; ר. וינברג — בשם המשיב