

ע"פ 14639/01/23 - עבד אללה עבד אללה נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"פ 14639-01-23 עבד אללה(עציר) נ' מדינת ישראל

בפני **כבוד השופטת מרשק מרום, אב"ד**
כבוד השופטת כהן
כבוד השופט ארד-אילון
מערער **עבד אללה עבד אללה (עציר) ע"י ב"כ עוה"ד**
קונפורטי
נגד **מדינת ישראל באמצעות פמ"מ וע"י ב"כ עוה"ד**
קליינמן-שמעוני
משיבה

פסק דין
השופטת מרשק-מרום, אב"ד:

1. ערעור על הכרעת הדין מיום 19.10.22 וגזר הדין מיום 21.11.22 של בית משפט השלום בפתח תקווה (כבוד השופטת אליאנא דניאלי), **בת"פ 49434-12-21**.

2. המערער הורשע לאחר שמיעת ראיות בביצוע עבירות של **כניסה לישראל שלא כחוק** לפי סעיף 12 (1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: "חוק הכניסה"); **התפרצות למקום מגורים** לפי סעיף 406 (ב) + סעיף 29 (א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין") (אישום מס' 1); **גניבה** לפי סעיף 384 + סעיף 29 (א) לחוק העונשין (אישום מס' 1); **ניסיון התפרצות למקום מגורים** לפי סעיף 406 (ב) + סעיף 29 (א) + סעיף 25 לחוק העונשין (אישום מס' 2).

בית-המשפט קמא השית על המערער 36 חודשי מאסר בפועל והפעיל במצטבר מאסרים על תנאי בני 12 חודשים (מת"פ 56865-08-16) ו - 6 חודשים (מת"פ 15298-11-19) במצטבר האחד לשני ובמצטבר לעונש המאסר הנוכחי, **כך שסך-הכל הושת על המערער עונש מאסר בפועל בן 54 חודשים**; מאסרים על תנאי כמפורט בגזר-הדין; קנס בסך 3,000 ₪ או 30 ימי מאסר תמורתו; פיצוי בסך 20,000 ₪ למתלוננת באישום הראשון, ופיצוי על סך 1000 ₪ למתלונן באישום השני.

3. על-פי המפורט **באישום 1**, בתאריך 03.08.21 בסמוך לשעה 02:00, התפרצו המערער, ששהה שלא כדין בישראל, יחד עם אחר (להלן: האחר/נדיר) אל ביתה של המתלוננת, בזמן שהאחרונה לא שהתה בו. המערער והאחר גנבו מהבית כסף בסכום של 30,000 ₪, רמקול נייד, מפתחות רכב, ארנק, תיקים ונעליים. עמוד 1

על-פי המפורט באישום מס' 2, באותו לילה - אך בסמוך לשעה 01:39, הגיעו המערער והאחר אל ביתו של המתלונן, טיפסו על חומת הדירה שלו ופתחו את חלון דלת הממ"ד שבדירה, אולם בשל הרשת שבחלון הם לא הצליחו להיכנס.

עיקרי הכרעת הדין

4. לא היתה מחלוקת כי האירועים המתוארים באישומים התרחשו. עוד הוסכם, כי במסגרת חיפוש שנערך בטלפון של נדיר, שותפו של המערער - בקשר לחשדות שעלו נגד נדיר בתיק אחר, הופקו מהטלפון סרטונים ותמונות, בהם נראים, לטענת המשיבה, המערער ונדיר עם הרכוש הגנוב מהבית נושא אישום מס' 1.

נדיר תושב שטחים והעבירה שבה הוא היה חשוד בוצעה בשטחים. החיפוש בטלפון של נדיר נעשה ללא צו חיפוש לאחר ששוחרר.

לאחר שהופקו הראיות מהטלפון פנתה היחידה החוקרת במסגרת תיק זה לבית המשפט בבקשה למתן צו חדירה לטלפון וקיבלה צו כמבוקש.

5. יריעת המחלוקת התמקדה בשאלת זהות מבצע העבירות בשני האישומים ובטענת המערער כי התבצע חיפוש בלתי חוקי בטלפון של נדיר, ולכן לא ניתן לעשות שימוש בתמונות שהופקו ממנו.

6. רס"ל רעות ברלינרבלו העידה בעניין החיפוש שביצעה בטלפון שנתפס בתיק האחר. לדבריה, היא העתיקה באופן טכני את חומר המחשב שנמצא בטלפון, ובמהלך ההעתיקה ראתה קובץ וידאו בו נראים אנשים סביב שולחן עליו כסף רב וסוללה ניידת עליה כתוב שם. לאחר חיפוש שביצעה במערכת המשטרתית, גילתה שהתרחש אירוע התפרצות הנוגע למתלוננת מאישום 1, ששמה הופיע על הסוללה הניידת, אשר התבצע בשטח ישראל. בשל כך, ורק לאחר שהוצא לתיק זה צו כחוק, היא העבירה ליחידה החוקרת את הדו"ח שערכה.

ברלינרבלו העידה, כי החיפוש בתיק האחר בוצע ללא צו, בהתאם לצו בדבר הוראת ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), תש"ע-2009 (להלן: צו הוראת ביטחון) ועל פי הנחיית פרקליט המדינה, החלים על חקירת עבירות שבוצעו בשטחים בהם מעורבים תושבי השטחים ולא לפי חוק המחשבים אשר חל בישראל.

7. ואכן, דו"ח החדירה למכשיר מיום 2.9.21 (ת/1), מתעד כי הטלפון שנתפס שייך לנדיר, תושב השטחים, ומצוין בו כי החומר הועתק ללא צו משום שחוק המחשבים לא חל בשטחים. אף צוין שהתגלה קשר לעבירה שבוצעה בישראל ולכן יש צורך בצו חדירה. דו"ח הפעולה מאותו מועד (ת/2) מעיד על סינון שנעשה בקבצים - תמונות וסרטונים - לשם איתור ראיות הקשורות להתפרצויות ולגניבות רכבים. דו"ח חדירה למכשיר מיום 3.11.21 (ת/3), מעיד כי הטלפון נבדק לאחר קבלת צו חיפוש כדיון, וכי הממצאים הועלו ללא שינוי.

8. הסרטונים והתמונות שנמצאו בטלפון, וכן סרטוני מצלמות האבטחה משתי הזירות (ת/5), הוצגו לפני בית המשפט קמא, שקבע כי לא נפל פגם בחיפושים ושמדובר בראיות קבילות.

ב"סרטון 1" נראים, בין היתר, ערימות שטרות והקופסה עליה רשום שמה של המתלוננת מונחים על שולחנות סלון, ידיים סופרות כסף - אחת מהן עם קעקוע על גב יד שמאל, ונשמעים דיבורים בערבית. התמונות שהוגשו מציגות אף הן את המתואר בסרטון, וכן תמונת גבר מחזיק בידו שטרות ובעל קעקוע כפי שתואר לעיל.

9. לפי סעיף 67 לצו הוראת ביטחון ניתן לבצע חיפוש בכל מקום בו יש טעם לחשוד שמשתמשים בו באופן הפוגע בשלום הציבור. הפסיקה מלמדת, שאין צורך בהוצאת צו חיפוש בטרם עריכתו כאשר מדובר בעבירה שבוצעה בשטחים על ידי תושב השטחים. דברים אלו מתיישבים עם עדותה של ברלינרבלו.

10. בית המשפט קמא קבע, כי לא ניתן לקבוע שתפיסת הטלפון בוצעה שלא כדין, על אף שהחיפוש מותנה בקיום "טעם לחשוד", לאור העובדה שלא הובאו בפני בית המשפט נסיבות תפיסת הטלפון ולא נטען דבר בעניין. כמו כן, ההגנה לא הפנתה למקור המחיל את דיני החיפוש של ישראל על השטחים ועל עבירות שביצעו תושבי השטחים בשטחים. עוד נקבע, כי על אף שהצו אינו מתייחס לחיפוש במחשב, העובדה שתוקן מספר פעמים בשנים האחרונות מלמדת על כך שהמחוקק התכוון שהתנאים לחיפוש במחשב יהיו ככל חיפוש.

11. נדחתה טענת ההגנה לפיה קיימת בעייתיות בעיתוי החדירה לטלפון, לאחר שנדיר שוחרר ממעצרו, מכיוון שמקובל לבצע פעולות חקירה אף לאחר שחרור עצורים ממעצרם.

12. רס"ם רן גייגו זומן כעד הגנה, ומסר שאינו זוכר את הטיפול בתיק. הוא אישר כי כתב את המזכר מיום 13.9.21 (נ/2), אשר הוגש לבית משפט השלום בפתח תקווה כנספח לבקשה להוצאת צו החדירה לטלפון הנייד. המזכר מפרט את תפיסת הטלפון של נדיר ואת איתור החומר, ומצוין בו כי מצורף צו חדירה של תחנת מודיעין עילית, ובית המשפט אישר את הצו שהתבקש. בית המשפט קמא קבע כי האמור במזכר אינו מדויק, שכן לא הוצא צו חדירה על-ידי תחנת מודיעין עילית. עם זאת, על בסיס התרשמותו מגייגו, דחה את טענת ההגנה להטעיית בית המשפט וקבע כי מדובר ברשלנות באופן הצגת הדברים לבית המשפט שאינה מצדיקה את פסלות החיפוש, ולכן מדובר בראיות קבילות.

13. ההגנה היפנתה למקרים אחרים (בענינים של כרייף ונווה), אך בית-המשפט קמא קבע, כי במקרים אלו החיפוש הראשוני נערך שלא כדין; יתרה מכך, גם אם החיפוש הראשוני היה מתבצע שלא כדין במקרה דנן, יש לערוך איזונים ולשקול את אינטרס שלום הציבור והאמת אל מול זכויות הנאשם ורמת הפגיעה בו. בית המשפט קמא קבע כי עוצמת פגיעת הפגם אינה גבוהה ובמקרה זה יש להעדיף את אינטרס הציבור, בשל העבירות הנדונות, שהן בבחינת מכת מדינה.

14. לאור האמור, בית המשפט קמא קבע כי לא נפל פגם ממשי בחיפוש שנערך בטלפון של נדיר, שבוצע לפי הדין וכמקובל במקרים הנוגעים לתושבי השטחים וביחס לעבירות שהתבצעו בשטחים.

15. בחיפושים האמורים הופקו ממכשיר הטלפון של נדיר חומרים, בהם הסרטון 5/ת והתמונה 8/ת, המראים

את הרכוש שנגנב מהמתלוננת באישום 1. נקבע כי המערער זוהה בסרטונים ובתמונות הללו לצד הרכוש הגנוב, על ידי החוקרים ספקטורובסק (שזיהה אותו לאחר חקירה לאורך שעה) ווונדה (אשר לו היכרות מוקדמת עם המערער). בית המשפט קמא התרשם ממהימנות העדים ומאמינות זיהויים, אשר יש בהם להוות מסד נכבד במכלול הראיות בתיק זה. זיהוי זה מתיישב עם ההלכה הפסוקה לפיה היכרות מוקדמת מפחיתה את הסיכוי לטעות.

16. בית המשפט קמא דחה את טענת ההגנה לפיה החוקר וונדה שיקר באשר לזיהוי המערער וציין כי העובדה שוונדה לא כתב מזכר על אודות הזיהוי תמוהה, אך עם זאת, עדותו נתמכת בעדות שוטר נוסף אשר העיד כי זכר שהוצאת הצו למערער נבעה מזיהוי על סמך התמונה.

17. בנוסף, נקבע שדי בזיהוי ספקטורובסק וכן בזיהוי עצמאי של בית המשפט במהלך הדיון אל מול הסרטון ת/5 שהציגה המאשימה, בה נראית דמות הסופרת את הכסף הגנוב - הכל בהתאם להלכה הפסוקה המאפשרת את זיהוי הנאשם גם על-ידי בית המשפט עצמו.

18. רכיב זיהוי נוסף, עצמאי ואובייקטיבי, בדמות סימן שנראה כפציעה טרייה בקרבת המרפק, נמצא על הדמות בתמונה ת/8 ממועד האירוע ואף זוהה על יד החוקר וונדה בחקירת המערער מספר חודשים לאחר מכן.

19. קיים נדבך נוסף בזיהוי המערער, בדמות קעקוע ייחודי שנמצא על ידו השמאלית של המערער, כפי שנראה בתמונה, בסרטון, וכן נצפה על ידי החוקרים במשטרה ואף בבית המשפט. נדחתה טענת ההגנה על כך שהחוקרים לא ידעו לתאר את הקעקוע, וזאת בשל הסיבה שמדובר בקעקוע ייחודי הממוקם באזור ייחודי בגופו של המערער.

20. בית המשפט קמא קבע כי קיימת התאמה בין לבוש המערער בסרטון שנמצא בטלפון של נדיר לבין לבוש הדמות הנראית מסתובבת באופן מחשיד בסרטוני מצלמות האבטחה מחוץ לשתי הזירות (ת/4). לכן, ניתן לקבוע בסבירות גבוהה כי המערער הוא הדמות המצלמת בסרטוני מצלמות האבטחה.

21. לאור סמיכות המיקום בין הזירות שנצפו בסרטוני האבטחה לבין מיקום צילום התמונה והסרטון מהטלפון של נדיר, וכן סמיכות הזמנים (כשעתיים בלבד) משעת הפריצה הנראית בסרטון האבטחה לבין מועד ספירת הכסף, שהוא מועד צילום החומרים מהטלפון של נדיר - הוכח קיומה של חזקה תכופה, אותה המערער לא הפריך.

22. עדות המערער אופיינה בהעדר מהימנות, בין היתר, כאשר הכחיש הימצאות של קעקועים בגופו, ולאחר מכן הציג קעקוע הנמצא על חזהו ולא את הקעקוע הייחודי בכף ידו השמאלית, ואף לא התייחס במשטרה לקעקוע הגדול על ידו הימנית. בנוסף, המערער ניסה לשבש מהלכי משפט בטענתו לפיה היה קעקוע גדול על ידו הימנית בזמן ביצוע המעשים, באמצעות הבאת פוסט שפורסם בחשבון הפייסבוק של אחיו מיום 24.6.21 -

בטרם ביצוע העבירות, בו מופיעות תמונות שלו עם הקעקוע (נ/1); אך במהלך החקירה הנגדית הוברר כי הפוסט נערך באופן שהתמונות עם הקעקוע צורפו אליו רק בסמוך לעדות המערער (4 ימים לפני העדות, שעה שהמערער שהה במעצר). המערער התחמק כשנשאל על כך, ואילו אחיו לא התייצב בבית המשפט.

23. בית המשפט קמא לא נתן אמון בעדותו של נדיר, שהעיד כעד הגנה, והיא התאפיינה בהתחמקות ובהכחשת קשר אל המערער ולביצוע העבירות.

24. בית המשפט קמא הרשיע את המערער בעבירות המיוחסות לו, אך קבע, כי יש להרשיעו בגין עבירה אחת של שהייה בלתי חוקית בישראל, בשל העובדה ששני האירועים בוצעו במהלך כניסה אחת למדינה.

עיקרי גזר-הדין

25. בית-המשפט קמא פירט את הערכים שנפגעו, התייחס לעוגמת הנפש הרבה שנגרמה למתלוננת באישום הראשון וכן את העובדה, שהמתלונן נושא האירוע השני ישן במיטתו שעה שבחצרו הסתובבו המערער והאחר. עוד נקבע, שהמכלול מלמד על דבקות במטרה - של מי אשר לא הצליח לבצע את זממו במסגרת האישום השני (הראשון בזמן), ואשר פנה לפיכך לדירה נוספת, אליה הצליח לפרוץ. בגדר הנסיבות לחומרה מנה בית-המשפט קמא את העובדה שנגנב כסף מזומן רב, את מימד התכנון שבא לידי ביטוי בהצטיידות ואת עצם הביצוע בצוותא.

26. בית-המשפט קמא התייחס לפסיקה של בית-המשפט העליון ולענישה נהגת, וקבע מתחם עונש כולל שנע בין 22 עד 44 חודשי מאסר בפועל לצד ענישה נלווית.

27. לצורך גזירת הדין, בית-המשפט קמא התייחס לנסיבותיו האישיות והמשפחתיות של המערער, אדם צעיר נשוי, אשר חווה אירוע משפחתי קשה במהלך המעצר, וכן ציין את תנאי כליאתו המורכבים יותר מאלו של אזרח ישראלי. עוד שקל לחובתו את עברו הפלילי המכביד בדמות 6 הרשעות קודמות ומאחרות, הכוללות ריבוי עבירות רכוש ושהייה בלתי חוקית, במסגרתן הוטלו עליו עונשי מאסר בפועל - לרבות לתקופה ממושכת, אשר לא הרתיעו אותו מלשוב לסורו; כך גם מאסרים על תנאי התלויים כנגדו משני גזרי-דין שונים לא מנעו ממנו לשוב ולהיכנס לשטחי ישראל ולפגוע ברכושם של אזרחים תמימים. עוד הודגש, כי העבירות נושא תיק זה בוצעו זמן קצר בלבד לאחר שחרורו ממאסר אותו נשא בגין עבירות זהות - כשגם עבירות הרכוש בהליכים קודמים בוצעו כולם בסמוך לשחרור ממאסר.

28. המערער לא לקח אחריות על מעשיו ולא חסך בזמן שיפוטי - כשבמקרה זה הגיעה להעיד גם המתלוננת נושא האישום הראשון. כן התייחס בית-המשפט קמא לעונש שהוסכם עליו בעניינו של שותפו נדיר (30 עונשי מאסר בפועל). על כן, בית-המשפט קמא הטיל עליו את העונשים המתוארים בפתיח פסק-הדין, שבמרכזם עונש של 36 חודשי מאסר בפועל והפעלת שני המאסרים על תנאי במצטבר.

נימוקי הערעור

29. שגה בית המשפט קמא בקביעתו לפיה קיימת למשטרה סמכות לבצע חיפוש בטלפון נייד ללא צו שופט, וזאת מכוח סעיף 67 לצו הוראת ביטחון. לטענת ההגנה, הסעיף האמור מתיר חיפוש בחצרים ואינו כולל סמכות חדירה לחומרי מחשב.
30. שגה בית המשפט קמא בקביעתו כי היעדר ההתייחסות בסעיף לחיפוש בחומרי מחשב, על אף שהחוק שונה מספר פעמים, מעיד על כך שתנאי הסעיף חלים על חיפוש בחומרי מחשב. לטענת ההגנה, מדובר ב"לוליינות פרשנית" ולא בהוראת חוק מפורשת, ובכך בית המשפט קמא התיר פגיעה בזכות יסוד כמו פגיעה בפרטיות. העובדה שהצו תוקן בעבר ולמרות זאת אינו כולל סמכות חדירה לחומר מחשב מעידה על הסדר שלילי ועל כוונת המחוקק להימנע מלהתיר חדירה לחומרי מחשב ללא צו שיפוטי.
31. שגה בית המשפט קמא כאשר קיבל את טענתה הבלתי מבוססת של העדה החוקרת ברלינרבלו, לפיה מתבצעות בתחומי השטחים חדירות לחומר מחשב ללא צווים שיפוטיים "כדבר שבשגרה".
32. שגה בית המשפט קמא כאשר לא קיבל את ההבחנה שביצעה ההגנה בין חיפוש לטובת עבירה ביטחונית המצדיק חיפוש ללא צו שיפוטי, לבין חקירה של עבירה פלילית רגילה המחייבת, במידת האפשר, צו שיפוטי בטרם החיפוש (תוך הפניה לבג"צ 2189/20).
33. שגה בית המשפט קמא כאשר לא נתן משקל לכך, שהחיפוש בטלפון של נדיר בוצע לאחר תום החקירה בעניינו ולאחר שחרורו, כאשר לא התקיים "טעם לחשוד". הנסיבות החריגות במסגרתן בוצע החיפוש לטלפון מעוררות חשד כי מדובר ב"מסע דייג" ולא בפעולת חקירה מתפתחת.
34. שגה בית המשפט קמא הן בקביעתו כי הפגם בהוצאת צו חדירה בדיעבד ותוך הטעיית בית המשפט בדבר קיומו של צו קודם אינו חמור, הן באי-פסילת הראיות שהושגו בעקבותיו. קבלת הצו בדיעבד תוך ציון כי ניתן בעבר צו חקירה, בעוד לא הייתה למשטרה סמכות לחדור לטלפון ללא צו - מהווה הפגם היורד לשורשו של עניין.
35. לטענת ההגנה, הראיות היחידות שנאספו - התמונות והסרטונים שחולצו מהטלפון שנתפס - אינן מצביעות על אשמת המערער מעל לספק סביר.
36. שגה בית המשפט קמא בכך שלא העניק משקל מכריע לחסר בזיהוי הנטען, לפיו אף לא אחד מהשוטרים ציין כי קיימת זהות בין התמונה בת/8 (בה נראית דמות המרכיבה משקפיים) לבין המערער.
37. שגה בית המשפט קמא בכך שקיבל את עדותו של השוטר וונדה, לפיה זיהה את המערער כמי שמופיע

בתמונה בת/8 מבלי שדיווח על כך בזמן אמתאו יזם קבלת צו למעצרו, ועל אף שהעביר ביקורת על התנהלותו של השוטר וונדה.

38. טענתו של השוטר וונדה לפיה זיהה את המערער כמי שמופיע בת/8 מיד עם קבלת ההשוואה היא טענה כבושה, הנעדרת הוכחה לאמיתותה. טענה כבושה נוספת עניינה בכך שזיהוי המערער האמור היא שהביאה להוצאת צו מעצר, כאשר השוטר חזר בו לאחר שהוטח בפניו שהחומר שהופק מהטלפון של נדיר הוא שהביא לכך.

39. לא ניתן לעשות במקרה זה שימוש בראייה מזהה, בשל היותה לא ברורה אף לשיטת החוקרים וונדה וספקטורובסק, אשר טענו כי ראיית ההשוואה אינה ברורה (בהתייחסותם אל הקעקוע שעל ידו של החשוד, ששימש כאובייקט משווה).

40. שגה בית המשפט קמא בכך שקיבל את טענת החוקר ספקטורובסק, לפיה זיהה את המערער לאחר שעה של חקירה, מבלי לספק משקל ראוי לעובדה שהחוקר לא זיהה בוודאות בין המערער לבין הדמויות המופיעות בתמונות נ/1 ו - ת/8.

41. שגה בית המשפט קמא בכך שלא העניק משקל ראוי לעובדה לפיה הקעקוע הקיים על חלקו הפנימי של ידו הימנית של המערער אינו מופיע בראיות המשיבה.

42. שגה בית המשפט קמא בקביעתו כי המערער הוא שמופיע בתמונה בת/8, בעוד לא ניתן לקבוע קביעה זו, בעיקר נוכח עדותו של החוקר וונדה אשר לא מצא זהות בין הדמויות.

43. **בשל הפגמים המתוארים והספק הקיים בשאלת זיהויו של המערער, מבוקש כי נורה על זיכוי המערער מכל העבירות בהן הורשע.**

44. אשר לגזר-הדין נטען, כי בית-המשפט קמא השית על המערער עונש מחמיר יתר על המידה - הן ביחס לעבירות שביצע, הן ביחס לעונש שהוטל על שותפו לעבירות, **ומבוקש כי נקל בעונשו כך שיעמוד בהלימה לעונש שהושת על שותפו לעבירה.**

עמדת המדינה

45. ב"כ המשיבה טענה, כי הכרעת-הדין של בית-המשפט קמא היא מפורטת, קיימת התייחסות לכל הטענות המשפטיות והעובדתיות, ואין מקום להתערבות ערכאת ערעור.

46. אשר לטענות הקשורות לסעיף 67 לצו הוראת ביטחון נטען, כי כפי שקבע בית-המשפט קמא, חל דין אחר באזור, והסעיף המדובר מהווה את המסגרת הנורמטיבית מכוחו מתבצעים חיפושים גם ללא צו - לרבות במחשב.

47. החקירה החלה עם בדיקת תלונה על התפרצות בישוב חשמונאים, ועל כן, בצדק, התנהלה היא על-פי דיני האזור. עם הגילוי על אודות ההתפרצות בראש העין, החקירה נמשכה לאחר קבלת צו חדירה, ובית-המשפט קמא בחן בקפידה את ההתנהלות ואף התייחס לפגמים נטענים.

48. אשר לזיהוי - הזיהוי של המערער נעשה על בסיס תמונות וסרטון, הימצאות פצע טרי, בגדים דומים, היכרות מוקדמת של אחד השוטרים וזיהוי של החוקר אשר חקר אותו במהלך זמן ממושך, זיהוי של בית-המשפט קמא עצמו - וכן זיהוי על בסיס קעקוע ייחודי במקום ייחודי.

49. אשר לגזר-הדין, המדובר בעונש ההולם את נסיבות ביצוע העבירות ואת נסיבותיו של המערער עצמו; בנוסף, העונש הוא מידתי, גם בהתייחס לגזר-הדין שניתן בעניין שותפו של המערער, אשר לקח אחריות על מעשיו ועונשו מבוסס על הסדר טיעון.

דין והכרעה

50. דין הערעור להידחות על כל חלקיו.

החיפוש בפלאפון

51. סעיף 67 לצו הוראת ביטחון, שכותרתו חיפוש בחצרים, קובע:
"קצין או חייל שקצין הרשהו לכך באופן כללי או באופן מיוחד, רשאים להיכנס בכל זמן, לכל מקום, כלי-רכב, כלי-שיט או כלי-טיס, שעלול להיות טעם לחשוד כי משתמשים בהם, או שהשתמשו בהם לכל מטרה, הפוגעת בשלום הציבור, בבטחון כוחות צה"ל, בקיום הסדר הציבורי, או למטרות התקוממות, מרד או מהומה, או שיש מקום לחשוד בהם כי נמצא שם אדם שעבר על צו זה, או סחורות, חפצים, בעלי חיים, תעודות, הצפויים לתפיסה לפי צו זה ורשאים הם לחפש בכל מקום, כלי-רכב, כלי-שיט או כלי-טיס וכל אדם הנמצא בהם או היוצא מהם".

52. החוקרת ברלינבלו ביצעה את החיפוש במכשיר הנייד של נדיר מכוח הוראות צו זה, מאחר שהפלאפון של נדיר, תושב הרשות, נתפס אגב חקירה של עבירת רכוש בישוב חשמונאים המצוי באזור (הוא אותו "תיק אחר"). בית-המשפט קמא התייחס למערכת הדינים המורכבת החלה על תושבי השטחים שהם אזרחי המדינה, ועל תושבי השטחים שאינם אזרחי המדינה (ראו בעיקר פסקה 5 להכרעת-הדין).

53. כאמור, הטענה המרכזית של ההגנה בהקשר זה היא, כי הסעיף האמור מתיר חיפוש בחצרים ואינו כולל סמכות חדירה לחומרי מחשב, ובהכרעתו התיר בית-המשפט קמא פגיעה בזכות לפרטיות.
54. אכן, המילה "מחשב" כמשמעותה בחוק המחשבים, תשנ"ה - 1995 (להלן: "חוק המחשבים") אינה מופיעה באופן מפורש בצו הנ"ל, ואין בהוראות הצו הסדר ייחודי לחיפוש ב"מחשב" בדומה להסדר אותו קבע המחוקק הישראלי בסעיף 23א'(ב) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח משולב], תשכ"ט - 1969 (להלן: "פסד"פ") המחייב צו שיפוטי על-מנת לבצע חדירה לפלאפון.
55. עם זאת, וכפי שקבע בית-המשפט קמא, עיון בהוראות הצו מלמד, כי ההגדרות המצויות בו נרחבות יותר מאלו המצויות בפסד"פ; כך, למשל, על-פי הפסד"פ ככלל נדרש צו חיפוש מבית-המשפט, ואילו לפי סעיף 67 לצו, קצין או חייל מורשה מוסמך לבצע חיפוש בכל מקום בו יש "טעם לחשוד" כי משתמשים בו באופן הפוגע בשלום הציבור או בסדר הציבורי - ללא צורך בצו.
56. לגיştתי, "בכל מקום" - משמעותו לרבות ב"מחשב"/פלאפון ואין בסיס לטענות ההגנה מהן משתמע, כי יש להחיל את הדין הישראלי ועקרונותיו גם בשטחים (כשלא נעשה אף נסיון להצביע על מקור נורמטיבי המבסס זאת). בית-המשפט קמא היפנה לבג"צ 2189/20 **חאמד ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל** (1.9.21) שעניינו בעתירה של תושבים פלסטיניים ואחרים, אשר טענו (בין השאר) כי ההסמכה הגורפת של גורמי האכיפה לבצע חיפוש בחצרים פרטיים ללא צורך בצו שיפוטי או בביקורת שיפוטית טרם ביצוע החיפוש מהווה הפרה של המשפט הבינלאומי. בפסק-דין זה, מתייחס בית-המשפט העליון לפער בין דיני החיפוש החלים על תושבים פלסטיניים לבין דיני החיפוש החלים בישראל, וקובע כי ההבחנה בין השניים נובעת משוני רלבנטי - המציאות הביטחונית שבה מדינת ישראל נדרשת למאבק מתמיד בפעילותם של ארגוני הטרור באזור (פסקה 36). אני דוחה את טענת ההגנה לפיה קביעות בית-המשפט העליון רלבנטיות רק לעבירות בטחון, שכן בית-המשפט העליון קובע במפורש שקיים שוני בהסדרים פליליים, שוני הנובע מהמציאות הביטחונית, ואין בקיומו של דין שונה החל על אזרח ישראלי גם בהקשר של דיני החיפוש כדי לפגוע בחוקיות הדין החל על תושב אזור (פסקה 5 לפסק-דינו של כב' השופט פוגלמן).
57. בית-המשפט קמא היפנה, בנוסף, להחלטות של בתי-המשפט צבאיים (בהן עינית), מהן עולה, כי אכן הלכת בית-המשפט העליון מיושמת בערכאות הדיוניות הדנות בעניינם של תושבי האזור, כשהקביעה החוזרת היא כי שונים דיני החיפוש באזור מהדין הקיים בישראל (ראו בעמוד 134 להכרעת-הדין).
58. אכן, כטענת ההגנה, הצו תוקן מספר פעמים במהלך השנים, ללא אזכור מפורש של חיפוש ב"מחשב". בית-המשפט קמא קבע, בצדק, כי המסקנה היא שהמחוקק ומנסח הצו ביקשו שלא לקבוע תנאים מיוחדים לביצוע חיפוש במחשב באזור; בנוסף, משמעות קבלת טענת ההגנה לפיה בעידן הנוכחי לא ניתן כלל לערוך חיפוש בחומרי מחשב באזור דווקא - אינה הגיונית ואינה עונה על תכלית הצו לפיה ניתן לערוך חיפוש בכל מקום גם ללא צו.

59. אם כן, צדק בית-המשפט קמא משקבע, כי הדין החל בשטחי ישראל שונה מן הדין החל בשטחי האזור ביחס לתושבי האזור; אין בקיומן של מערכות דין שונות כדי לפגוע בחוקיות החיפוש שבוצע בטלפון של האחר, תושב האזור, אשר נעצר במקור בגין עבירות בשטחי האזור; אין בהוראות הדין הקיים החל בשטחי האזור כל הוראה המחייבת הוצאת צו לצורך ביצוע חיפוש, לרבות לא במחשב, ועל כן החוקרת ברלינברו נהגה כדין משפעלה לפי הוראות הצו ולא על-פי הפסד"פ, וכל עוד חקרה את העבירה שבוצעה על-ידי נדיר בישוב חשמונאים, לא נדרש צו לחדירה לפלאפון.

60. חרף הקביעה שלא נדרש צו לביצוע החדירה לפלאפון, הרי שמעדותה של החוקרת ברלינברו עולה, כי פעלה על-פי הנחיות לצמצום כל פגיעה בפרטיות. "הטעם לחשוד", על-פי עדותה, היה המשך חקירת ההתפרצות בישוב חשמונאים וכן אירועי התפרצות נוספים. החוקרת הקפידה לחפש תכנים הקשורים בהתפרצויות ורכוש שנגנב - תכנים שעניינם תמונות וסרטונים (ראו, למשל, פרוטוקול עמ' 10, 23, 24). ברגע בו התרחש "הגילוי המגניב" (פרוטוקול עמ' 23 שורה 26) ועלה שהרכוש אשר מצולם בפלאפון של נדיר קשור בעבירות אשר בוצעו בשטחי ישראל, פנתה ליחידה החוקרת הרלבנטית וראיות אלו הועברו רק לאחר מתן צו מבית-המשפט (ת/3).

61. ראוי להזכיר עוד, כי עסקינן בטענת הגנה הנוגעת לפגיעה בפרטיות, כאשר בעל הפלאפון - הוא האדם שלכאורה פרטיותו נפגעה - לא טען כל דבר בעניין, כך שלאור החקיקה, ההלכה הפסוקה, והיישום הפרטי לענייננו - ברי כי דין הטענה בדבר חיפוש בלתי חוקי בפלאפון של נדיר דינה להידחות.

62. על כן, אין מקום להתערבותנו בקביעות בית-המשפט קמא ככל שהן נוגעות לחיפוש שנערך על-ידי החוקרת ברלינברו, בעת שחקרה עבירה שהתרחשה באזור על-ידי תושב אזור.

63. בית-המשפט קמא דן, בנוסף, בטענה משנית אשר עלתה על-ידי ההגנה לגבי הוצאת צו החיפוש בישראל, שעניינה "הטעיית בית-המשפט" בכך שהיחידה החוקרת בישראל ציינה בפניה לבית-המשפט כאילו קיים צו קודם (נ/2). בית-המשפט קמא קבע על בסיס עדותו של החוקר הרלבנטי (רס"מ רן גייגו, שזומן כעד הגנה), כי אין המדובר בניסיון להטעות את בית-המשפט, אלא ככל הנראה בהתרשלות באופן הצגת הדברים לבית-המשפט, כשהחוקר נתפס לכלל שגגה. בכל מקרה, גם אם היה מוצג המצב כהווייתו בפני בית-המשפט - קרי כי החיפוש בוצע ללא צו שכן לא היה בו צורך, היה מקום למתן הצו שהתבקש. אין מקום להתערבות ערכאת ערעור במסקנות אלו, המבוססות על התרשמות מעדות החוקר ועיון במסמכים הרלבנטיים, ובמיוחד על רקע מסקנתי לפיה אכן לא נפל כל פגם בחיפוש הראשוני אשר בוצע ללא צו.

זיהוי המערער

64. כתוצאה מהחיפוש החוקי בפלאפון של נדיר, הופקו שני חומרים מרכזיים לעניין הזיהוי: ת/5 - הכולל שני סרטונים וכן תמונה - ת/8.

65. בשני הסרטונים נראה נדיר, יחד עם אדם נוסף (אשר בית-המשפט קמא קבע שהוא המערער) יושבים בתוך דירה, סופרים כסף, כשזה הוא הסרטון שבו נראה אותו רמקול בו הבחינה החוקרת ברלינבלו, ושהתברר בהמשך כרמקול ששייך למתלוננת נושא האישום הראשון לצד רכוש נוסף של המתלוננת (עובדה שלא היתה עליה מחלוקת - ראו בהכרעת-הדין בעמ' 144). נקבע כממצא, שהסרטונים והתמונה צולמו ביום 3.8.21 - בהמשך אותו יום שבו בוצעו האירועים נושא כתב-האישום (לגבי הסרטונים - לא היתה מחלוקת באשר לזמן האמת המתועד בהם; לגבי התמונה - ראו ת/23 ועדות פקד אריאל כהן, בעמ' 78 לפרוטוקול - לפיה ת/8 צולם ביום 3.8.21 בשעה 4:21 - כשלוש שעות לאחר ההתפרצות נושא האישום הראשון).

66. בתמונה ת/8 שהופקה מתוך הטלפון של נדיר (עם סימון ל.ס.2) ובסרטון קובץ מספר 68ba475622bd מתוך ת/5, בשניה 13 (מתוך 14) נראה אדם סופר כסף, ועל ידו השמאלית, בין האגודל לאצבע, נראה בבירור קעקוע, שקשה לתארו, אך נראה מכיל לבבות וחץ.

אותו קעקוע מצוי על ידו השמאלית של המערער, באותו מיקום, כפי שנראה בעת הצילום עם מעצרו (שתי תמונות יחד עם מזכר - ת/9; וכן ראו עדות של החוקר לירן ספקטורובסק בפרוטוקול עמ' 26; ראו בנוסף תמונה מתוך ת/21 אשר צולם על-ידי החוקר וונדה).

67. מדובר, אם כן, בראיית זיהוי מרכזית שעניינה קעקוע המוטבע במיקום ספציפי, הקושרת באופן ברור בין המערער לבין מי שנצפה בסרטון ובתמונה סופר כסף ומצוי בסמוך לרכוש המתלוננת מספר שעות לאחר האירועים נושא כתב-האישום.

68. ראייה המחזקת את זיהוי המערער, עליה עמד גם בית-המשפט קמא, הם פריטי הלבוש של המערער בסרטונים ובתמונה שהופקו מתוך הפלאפון של נדיר (ת/5, ת/8) - לעומת הדמויות המתועדות בסרטוני האבטחה של שני הבתים נושא כתב-האישום (מצלמה 12 קובץ b16ea57b1a6f מתוך ת/5, ו - ת/6 קובץ 7c120111be21, מצלמת גינה שמאלית; ראו גם דו"ח צפיה ת/10 ולוח צילומים ת/11).

בתמונה ובסרטונים שהופקו מתוך הפלאפון של נדיר, נראה המערער לבוש בחולצה אפורה נושא סמל של חברת UNDER ARMOUR ומתחת לסמל כיתוב לבן, וכן במכנסיים שבצידם שלושה פסים לבנים ומעליהם פס שחור. בסרטון האבטחה מתוך ת/6 נראית אחת הדמויות לבושה בחולצה עם אותו סמל וכיתוב לבן (בשניה 01:32:02), וכן במכנסיים עליהם פסים באותה תצורה (01:32:06); בסרטון האבטחה מתוך ת/5, נראית בבירור אותה דמות לבושה במכנסיים עם פסים באותה תצורה (שניה 00:22).

69. בנוסף לראיות אלו, בית-המשפט קמא ייחס משקל רב לעדויות החוקרים בתיק, אשר קושרות אף הם בין המערער לבין מי שנראה בתמונה ובסרטונים שהופקו מתוך הפלאפון של נדיר. בית-המשפט קמא היה ער לבעייתיות שעלתה מתוך העדויות, אך מצא אותן כאמינות ומחזקות את הכרעתו בדבר זיהוי המערער.

70. לירן ספקטורובסק חקר את המערער ביום 16.12.21 בפעם הראשונה לאחר שנעצר (ת/12). בית-

המשפט קמא קבע על סמך עדותו האמינה וכן על בסיס האמור במזכר ת/6, כי לאחר שחקר את המערער במשך כשעה, וראה את פניו היטב - גם ללא מסכה, זיהה כי המדובר באותו אדם המתועד בתמונה ת/8 - כלומר, שהמדובר במערער. החוקר נחקר בנושא זה בחקירה נגדית, וכאמור בית-המשפט קמא קבע כי המדובר בעד מהימן ובזיהוי אמין, של חוקר שישב זמן ממושך מול המערער. לא ראיתי מקום להתערב בממצא זה של בית-המשפט, המתייחס למהימנות העד ולאמינות הזיהוי - כשהעד הסביר בהרחבה במהלך חקירה נגדית כיצד ביצע את הזיהוי תוך הדגשה של הזמן הרב שישב מולו (פרוטוקול עמ' 32).

71. החוקר יגאלטו וונדה חקר את המערער ביום 19.12.21 (ת/14), ועדותו גם היא מבססת את זיהוי המערער באופן עצמאי. החוקר וונדה מכיר את המערער מחקירות קודמות (בניגוד לחוקר ספקטורובסק שהזיהוי שלו התבסס על חקירה ממושכת של שעה). הוא העיד, כי במהלך חקירת המתלוננת (ת/20 - ביום 3.11.21), וכאשר קיבל את התיעוד מהפלאפון של נדיר וראה את תמונת האדם שהחזיק שטרות כסף (ת/8) - זיהה את המערער בוודאות של "מליון אחוז" (פרוטוקול עמ' 49, ת/22 - בו הסביר וונדה, כי זוכר היטב את המערער מחקירות קודמות שכן כל פעם יש למערער דרישות מקדמיות לגבי ייצוג). אלא, שהסתבר שהחוקר וונדה לא ערך כל מזכר בדבר זיהוי זה בזמן אמת.

72. למרות העדר התיעוד, החוקר וונדה עמד על כך, שבהתבסס על אותו זיהוי, התבקש צו מעצר בהעדר כנגד המערער. ואכן, מעדות פקד כהן - ראש משרד החקירות בתחנת ראש העין - עלה, כי למיטב זכרונו ה"טריגר" להוצאת צו המעצר היה זיהוי של החשוד בעבירה על סמך תמונה (עמ' 79 לפרוטוקול).

73. בית-המשפט קמא היה שותף לתמיהת הסניגור כיצד לא נכתב כל מזכר על אודות הזיהוי, שהוא ללא ספק נתון משמעותי בחקירה. עם זאת, הוא דחה את טענת הסניגור לפיה וונדה אינו דובר אמת ומעולם לא זיהה את המערער, כשנקבע שעדותו של פקד כהן תומכת בעדותו של וונדה. חרף הקושי של העדר תיעוד, לא מצאתי מקום להתערב בממצאים אלו מנימוקי בית-המשפט קמא.

74. בעקבות עדותו של החוקר וונדה, בית-המשפט קמא התייחס גם לפצע בגומץ המרפק, אך אני עצמי לא שוכנעתי שמדובר בראיה שיש בה כדי לתרום לשאלת זיהוי של המערער.

75. לבסוף, בית-המשפט קמא קבע כך:

"...ולאחר שהתרשמתי מהנאשם באולם בית המשפט במסגרת מספר ישיבות הוכחות ובהן בעת עדותו בפניי, ולאחר שהזהרתי עצמי בדבר הקושי הטמון פעמים רבות בזיהוי דמויות, באתי לכלל מסקנה כי הנאשם הוא האדם המצולם בתמונות ובסרטון לצד שלל הגניבה." (עמ' 145 להכרעת-הדין).

בקביעות אלו, הוסיף בית-המשפט קמא נדבך עצמאי נוסף המחזק את זיהוי המערער, המבוסס על התרשמותו שלו מהמערער במהלך זמן לא קצר, תוך שהיפנה להלכה הפסוקה (ע"פ 2653/98 בן דוד נגד מדינת ישראל (9.9.98)).

לא ראיתי מקום להתערב בהתרשמות זו, כשבנוסף בית-המשפט קמא הדגיש, כי זיהויו טוב יותר מזיהוי על-ידי שופט מעצרים או על-ידי שופטי ערכאת הערעור, אשר צפו במערער זמן קצר בלבד (ואכן, אנו הרגשנו כי אנו מוגבלים ביכולת לזהות את המערער).

76. מכלול הראיות המתואר לעיל מעלה, אם כן, כי זיהוי המערער מתבסס על קעקוע במיקום ספציפי, פריטי לבוש דומים לאלו המתועדים בסרטוני אבטחה מהזירות, זיהוי עצמאי של חוקר שישב מול המערער זמן ממושך, זיהוי עצמאי של חוקר אשר מכיר את המערער היטב מעבודתו (חרף העדר תיעוד), וכן התרשמותו של בית-המשפט קמא עצמו. מצבור ראיות זה מבסס כי הוכח מעבר לספק סביר, כי האדם המתועד בתמונה ובסרטונים שהופקו מהפלאפון של נדיר הוא המערער.

77. קביעה זו מאפשרת להשתמש בחזקה התכופה, אותה המערער לא הפריך. כאמור, סרטוני מצלמות האבטחה בשתי הזירות והסרטון והתמונה שהופקו מהפלאפון של נדיר, נושאים את אותו תאריך - 3.8.21, בפער של שעתיים בלבד משעת הפריצה המשוערת ועד לספירת הכסף לאחר הגניבה. אזכיר שוב, כי לא היתה מחלוקת שבסרטונים ובתמונה נראה רכוש המתלוננת נושא האישום הראשון.

78. בית-המשפט קמא מצא כי עדות המערער אופיינה "בהתחמקויות והעדר מהימנות". בין השאר, המערער ניסה לטעון, כי בעת שבוצעו המעשים הנדונים היה לו קעקוע גדול על ידו הימנית, אשר אינו נראה בסרטונים או בתמונה - טענה שאם היתה מתקבלת, היתה למצער מטילה ספק בשאלת זיהויו. המערער הציג באמצעות בא-כוחו תמונה מתוך פוסט מהפייסבוק (1/נ) אותו העלה אחיו, לכאורה, טרם האירועים נושא כתב-האישום. עם זאת, בחקירה נגדית מרשימה של ב"כ המשיבה, הוברר כי הפוסט נערך בסמוך לעדות המערער, ורק אז הועלתה אותה תמונה עם הקעקוע. המערער התחמק כשנשאל על אודות סוגיה זו, ולמרות שניתנו להגנה מספר הזדמנויות לזמן את אחיו של המערער, האח לא התייצב בסופו של יום בבית-המשפט ועדותו לא נשמעה. בית-המשפט קמא ציין כי המדובר בהתנהלות שיש בה, על פני הדברים, משום ניסיון לשיבוש מהלכי משפט.

79. במסגרת פרשת הגנה העיד גם נדיר, שעדותו "אופיינה בהתחמקות ועיקרה בהכחשת הקשר אל הנאשם ולביצוע המעשים" (עמ' 148 להכרעת-הדין). ראוי לציין, כי המערער עצמו לא הכחיש קשר עם נדיר ומסר, כי הוא חבר לשעבר, בן כיתתו מבית-הספר, אך טען שראה אותו לאחרונה לפני שנת 2017 (ת/14).

80. לאור הראיות המבססות את זיהוי המערער, קיומה של חזקה תכופה, ולאחר שבית-המשפט קמא לא נתן כל אמון בעדי ההגנה, צדק בית-המשפט קמא בהרשיעו את המערער בעבירות המיוחסות לו. לאחר שדחיתי את טענות ההגנה הנוגעות לשאלת החיפוש בפלאפון של נדיר וקבעתי שהמדינה עמדה בנטל המוטל עליה להוכיח את זיהויו של המערער, הרי שאני מציעה לחברי להורות על דחיית הערעור על הכרעת-הדין.

הערעור על גזר-הדין

81. העונש שהוטל על המערער אינו קל. עם זאת, בבחינת נסיבות ביצוע העבירות, בית-המשפט קמא הדגיש, כי המערער - שוהה בלתי חוקי - הגיע יחד עם אחר לשכונת מגורים במטרה לבצע עבירות רכוש. הניסיון הראשון לא הצליח (כמפורט באישום השני), אך בניסיון השני פרצו לבית המתלוננת (נושא האישום הראשון) ואף גנבו שלל רב הכולל סכום כסף ניכר ורכוש נוסף אותו צברה המתלוננת בעמל רב.
82. בית-המשפט קמא התייחס לעוצמת הפגיעה בערכים המוגנים, לעוגמת הנפש שנגרמה לשני מתלוננים, לעובדה שהעבירות בוצעו בצוותא, תוך תכנון והצטיידות, היפנה לפסיקה רלבנטית, וקבע מתחם עונש כולל שנע בין 22 - 44 חודשי מאסר בפועל - מתחם שמצוי בהלימה לנסיבות ביצוע העבירות ונטוע היטב בפסיקה.
83. במסגרת נסיבותיו של המערער, ציין בית-המשפט קמא אירוע לא קל אותו חווה המערער תוך כדי המעצר ולא התעלם מהקושי של תנאי המעצר של תושב שטחים. עם זאת הודגש, כי המדובר באדם שלחובתו עבר פלילי מכביד הכולל 6 הרשעות קודמות ומאחרות בריבוי עבירות רכוש ושהייה בלתי חוקית, במסגרתן הוטלו עליו, בין היתר, עונשי מאסר בפועל לתקופות ממשיות. עוד ציין בית-המשפט קמא, שעיון בפלט כליאות והרישום הפלילי מעלה, כי באופן שיטתי המערער שב לסורו זמן קצר לאחר שחרוריו ממאסר ומבצע עבירות מאותו סוג (ראו פירוט בעמ' 162 - 163 לגזר-הדין). השחרור האחרון של המערער היה באפריל 2021, כשאת העבירות נושא תיק זה ביצע מספר חודשים לאחר מכן - בחודש אוגוסט 2021, ובעוד שני מאסרים על תנאי תלויים ועומדים כנגדו.
84. המערער אינו לוקח אחריות על מעשיו עד היום, כשכמובן זוהי זכותו לעמוד בהכשתו, אך הוא אינו זכאי להקלה של מי שמודה במיוחס לו - כפי שזכה, למשל, נדיר. ואכן, בית-המשפט קמא התייחס לעניינו של נדיר, למרות שטרם נגזר דינו, על בסיס הנתון שהיה ידוע אז - ולפיו סוכם שהמאשימה תעתור לעונש ראוי של 30 חודשים. גזר-הדין בעניינו של נדיר ניתן יום למחרת (ת.פ. 46817-05-22): כיום ידוע, שנדיר הודה והורשע בעבירות נושא האישום הראשון המשותף לו ולמערער, וכן באישום נוסף שעניינו הצגת מסמך מזויף תוך כניסה לישראל במועד מאוחר יותר. בית-המשפט קמא שקל את הודאתו של נדיר, כשגם לחובתו עבר פלילי מכביד בעבירות רכוש תוך כניסה לישראל, וכנגדו היו תלויים ועומדים שלושה מאסרים על תנאי - אם כי כולם הושטו באותו גזר-דין, בניגוד למערער. סופו של יום, בית-המשפט גזר על נדיר עונש מאסר בפועל בן 23 חודשים, והפעיל את שלושת המאסרים על תנאי בחופף האחד לשני אך במצטבר לעונש שהטיל, כך שנדיר נושא מאסר בפועל בן 30 חודשים.
85. יש לדחות את טענת ההגנה לפיה יש להקל בדינו של המערער על רקע גזר-הדין של נדיר. מלבד העובדה שהמערער הורשע באישום נוסף של ניסיון לבצע התפרצות לבית, הרי שנדיר לקח אחריות, והודה במיוחס לו במסגרת הסדר טיעון.
86. על רקע כל האמור, לא נפלה כל שגגה בהחלטת בית-המשפט קמא להעמיד את עונשו של המערער קרוב לרף העליון של המתחם, תוך התחשבות מסוימת בענישה שעתידה היתה להיות מוטלת על נדיר, כשהתוצאה היא הטלת עונש מאסר בפועל לתקופה של 36 חודשים. בנוסף, לאור עיתוי ביצוע העבירות

והעובדה שהמדובר במאסרים על תנאי שהוטלו בשני גזרי-דין נפרדים, אין מקום להתערב בהחלטת בית- המשפט קמא להפעיל את שני המאסרים על תנאי במצטבר האחד לשני ובמצטבר לעונש שהטיל. כאמור, הענישה שהוטלה אינה קלה, אך אינה מצדיקה כל התערבות של ערכאת ערעור, והמערער הוא שהביא על עצמו תוצאה קשה זו.

הערה לפני סיום

87. קראתי לעומק את חוות-דעתו המפורטת של חברי, השופט ארד-אילון, ואין באמור בה כדי לשנות את דעתי. בבסיס חוות-דעתו של השופט ארד-אילון עומדת השוואה בין התמונה נ/1 לתמונות ת/5 ו - ת/8 - השוואה לה לא נזקק כלל בית-המשפט קמא, וכך גם אני. הטעמים לכך הם שניים, כל אחד בפני עצמו הוא כבד-משקל.

הראשון - המסמך נ/1, שהוא תמונה שהועלתה ל"פייסבוק", הוגשה על-ידי ההגנה על-מנת להוכיח שבמועד בו בוצעו העבירות היתה על אמת ידו הימנית של המערער קעקוע, אשר לא נצפה בת/8 או ת/5. ב"כ המשיבה התנגדה להגשת המסמך, בין השאר בטענה, שלא ברור כיצד הופק המסמך, מי תיעד את התמונה והיכן, ובית-המשפט קמא קבע כי יתייחס לקבילות המסמך בהכרעת-הדין. בעדותו, מסר המערער כי התמונה נ/1 הופקה מתוך דף ה"פייסבוק" של אחיו, וכי אחיו הוא שצילם את התמונה (עמ' 82 - 83 לפרוטוקול). כפי שפורט לעיל, נקבע כממצא בהכרעת-הדין, כי חקירה נגדית של ב"כ המשיבה העלתה, שהפוסט נערך בסמוך לעדות המערער, וכי רק אז הועלו אליו התמונות עם הקעקוע. בית-המשפט קמא הוסיף, כי המערער התחמק משנשאל על אודות סוגיה זו. בנוסף, הגם שניתנו להגנה מספר הזדמנויות לזמן את אחיו של המערער למתן עדות, האח לא התייצב. מעבר לקביעת בית-המשפט כי המדובר בהתנהלות שיש בה על פניה משום שיבוש מהלכי משפט עולה, כי נ/1 אינה ראייה קבילה ולמצער עולים סימני שאלה רבים לגביה - ובוודאי שאין המדובר במסמך שיש בו כדי להעלות ספק סביר לטובת המערער.

הטעם השני נוגע לכך, שלגישתי, לא ניתן להצטרף לקביעה המבוססת על השוואה בין תמונות ללא חוות-דעת מומחה, בוודאי כאשר לא ידוע דבר על נסיבות הצילום של נ/1, לרבות עיתוי צילום, ובמצב בו זוויות הצילום כה שונות. אזכיר, כי בית-המשפט קמא ערך השוואה בין התמונות לבין דמותו של המערער שניצבה לפניו במהלך דיונים רבים, ולא בין תמונות (כשגם החוקרים ערכו השוואה בין תמונות לבין "זיהוי חי"). השופט ארד-אילון פירט בהרחבה את הזהירות הנדרשת מבית-המשפט עצמו בעודו לוקח חלק בתהליך הזיהוי, ובכל הכבוד אומר, כי לשיטתי ראוי ליישם את אותו משנה זהירות בשבתנו כערכאת ערעור, ובמצב בו אנו נדרשים להטיל ספק בזיהוי אשר מבוסס על מראית עיניו של בית- המשפט קמא ועל זיהוי של שני חוקרים, לצד מצבור ראיות נסיבתיות, המבוססות בחלקן גם על ממצאי מהימנות.

88. **סוף דבר: לו תישמע דעתי, יש להורות על דחיית הערעור על כל חלקיו - הן על הכרעת-הדין, הן על גזר-הדין.**

1. המערער הורשע בעובדות המיוחסות לו בשני אישומים. על פי האישום הראשון, ביום 3.8.21 בשעה 02:27 או בסמוך, בעת שלא היה לו אישור כנדרש בשל היותו תושב האזור, התפרץ המערער יחד עם אחר לביתה של המתלוננת בראש העין, וגנב סכום של 30,000 ₪ ופריטים נוספים (להלן: ההתפרצות). על פי האישום השני, ביום 3.8.21 בשעה 1:39 או בסמוך (כ-48 דקות לפני המועד הנקוב באישום השני), ניסה להתפרץ יחד עם האחר לדירת המתלונן בראש העין, אך בשל קיומה של רשת בחלון לא הצליחו השניים להיכנס לדירה (להלן: ניסיון ההתפרצות). אין חולק, שהאחר הוא נדיר מוסטפא, שהורשע לפי הודאתו במשפט נפרד בעבירת ההתפרצות המפורטת באישום הראשון (אך לא בעבירת ניסיון ההתפרצות באישום השני).
2. נדיר נעצר ונחקר בתיק אחר והטלפון הנייד שלו נתפס. מ"הגלריה" בטלפון של נדיר, הופקו סרטונים וצילומים. ביניהם שני סרטונים (ת/5), בהם מתועדים נדיר מוסטפא ואדם נוסף עם זקן קצר וחבוש במשקפיים, שסופר שטרות כסף, ולידו על השולחן מצוי מכשיר שחור הנושא את שם המתלוננת (ככל הנראה רמקול נייד); וכן תמונה (ת/8), בה נחזה אותו אדם, כשהוא מחזיק את השטרות ומחייך ואף נראים בו המכשיר השחור ופריטים נוספים.
3. אין מחלוקת שהסרטון והתמונה מתעדים אותו אדם ובאותו מעמד, שהם צולמו ביום 3.8.21 שעות ספורות לאחר ההתפרצות, ושהכסף והפריטים המונחים על השולחן נגנבו במהלך ההתפרצות.
4. המערער לא חלק בפנינו על כך, שהאדם המתועד בסרטון ובתמונה, אחראי מכוחה של "חזקה תכופה" ובהעדר הסבר סביר לכך, להתפרצות, ואף לא על כך, שפרטי לבושו של האדם המתועד בסרטון אבטחה, שצולם סמוך לניסיון ההתפרצות (ת/6), דומים ביותר לפרטי הלבוש של האדם המתועד בת/5 ובת/8 (וראו לוח השוואה של צילומים שסומן ת/11), ועל כן אותו אדם אחראי גם לניסיון ההתפרצות.
5. המחלוקת בערעור התמקדה בשאלה אם אדם זה, המתועד בת/5 ובת/8, הוא המערער, קרי בזיהויו של המערער. המערער פרס חזית רחבה של טענות נגד קבילותם של ת/5, ת/8 ושאר הקבצים שהופקו מהטלפון של נדיר. לגופו של התיעוד, טען המערער, שהוא אינו האדם המתועד בת/5 ובת/8, ושבת משפט קמא שגה משמצא שהראיות שהובאו בפניו מוכיחות את זיהויו מעבר לספק סביר.
6. אשר לקבילות הראיות, אני תמים דעים עם חוות דעתה המפורטת והמעמיקה של ראש ההרכב, כבוד השופטת דנה מרשק-מרום, כמובא בסעיפים 51 עד 63 לחוות דעתה, שהראיות המצולמות שנאספו מהטלפון של נדיר, נתפסו כדין והן ראיות קבילות.
6. שונה עמדתי בנוגע לזיהויו של המערער. לאחר עיון בהכרעת הדין, בתיק בית משפט קמא, בטענות הצדדים בערעור, ובפרט לאחר עיון חוזר ונשנה בת/5 ובת/8 תוך השוואתם לתמונתו של המערער, מוצג נ/1, ואף לאחר שהתבוננתי במערער במהלך הדיון שהתקיים בפנינו במשך כשעה, נותר בלבי ספק סביר ועיקש, בדבר זיהויו של המערער כאדם המתועד בת/5 ובת/8. כפי שאבהיר הראיות שעמדו בפני בית משפט קמא מצביעות על אפשרות ממשית, על ספק סביר, שמא אין מדובר במערער, אלא באדם אחר, שהמטרה לא עמדה על זהותו. לאור זאת, אמליץ לחברותיי לזכות את המערער.

הכרעת בית המשפט בתמצית

7. בית משפט קמא הגיע למסקנה, שהמערער הוא האדם המתועד בסרטון ובצילום, שנפרקו מהטלפון של נדיר על יסוד מספר גורמים, שחברו זה לזה. **האחד**, הוא זיהוי הפנים המתועדות עם פני המערער, כפי שמצאו שני חוקרים (**לירן ספקטורובסק ויגאלטו וונדה**), וכפי שמצא בית משפט קמא עצמו על פי התרשמותו מהמערער בישיבות הרבות שהתנהלו בפניו; **השני**, קעקוע ייחודי שנמצא על כף ידו השמאלית של האדם המתועד בסרטון הנמצא גם על כף ידו השמאלית של המערער; **השלישי**, סימן שהוא ככל הנראה פצע קטן סמוך במעלה זרועו הימנית של האדם המתועד ושל הנאשם; **הרביעי**, שהדמות שתועדה בת/5 ובת/8 עם רכוש מההתפרצות היתה לבושה בבגדים דומים מאד (אפשר שזהים) לדמות שתועדה במצלמת האבטחה בסמוך לניסיון ההתפרצות, שאירע פחות משעה קודם לכן באותו ישוב (ת/6).
אבחן את הגורמים על פי סדר זה.

זיהוי הפנים - ראיות המאשימה

8. ת/8 היא תמונה שצולמה, כאמור, ביום 3.8.21:

9. נ/1 היא תמונת פנים של המערער, שפורסמה בפוסט מיום 24.6.21, אולם - כפי שהתברר בחקירתו הנגדית של המערער - הועלתה לדף רק ביום 28.4.22, 4 ימים לפני עדותו בעת שהיה במעצר. על-אף שהמערער לא העיד את אחיו באשר למועד הצילום ולנסיבותיו, ברור שנ/1 צולמה לפני שנעצר, קרי לפני דצמבר 2021. הנה נ/1:

10. אין מחלוקת, שהאדם המצולם בנ/1 הוא המערער (פרוטוקול הדיון ע' 4, ש' 16). בין הדמות בצילום זה לדמות באולם יש דמיון ברור ובולט הקרוב לזהות, כפי שאפשר היה להתרשם גם במהלך הדיון בערעור כבר במבט חטוף, ואף לאחר כשעה של דיון. מדובר באותם פנים ממש.

11. מנגד, לאחר עיון בת/5 ובת/8 (הדמות המעורבת בעבירה) ובנ/1 (המערער), זו אחר זו וזו ליד זו, אפשר להצביע על הבדלים של ממש בין שתי הדמויות המצולמות. אין ביניהן דמיון הקרוב לזהות. כמה הבדלים בולטים הועלו על ידי ההגנה במהלך הדיון בבית משפט קמא: קו השיער שונה (גם בהתחשב בכך שפדחתו של המערער מגולחת), החיוך שונה, והחתך האנכי או הקמט הבולט על לחיה הימנית של הדמות בת/8, שאין לו זכר בדמותו של המערער בנ/1 ובאולם בית המשפט. לכך אפשר להוסיף הבדלים מסוימים, ובהם רוחב המצח, מבנה הסנטר וארשת הפנים הכללית.

אכן, אילו הדמיון בין הדמות בת/5 ובת/8 למערער היה ברור ומובהק כדמיון בין נ/1 למערער, אפשר שלא היתה מחלוקת, שמדובר באותו אדם.

12. לאחר שעיינתי בתמונות פעמים רבות עד כדי "היכרות" של ממש עם כל פרט בפנים המצולמות, ובחנתי את המערער במהלך הדיון, מצאתי, שהתמונות כשלעצמן אינן יכולות ללמד בוודאות הנדרשת, שמדובר באותו אדם, קרי שהמערער הוא האדם המתועד בהן.

דומה, שזו הייתה אף עמדת בית משפט קמא, שכן את החלטתו בדבר הזיהוי הוא השתית לא רק על "מראה עיניו", אלא כאמור, גם על ראיות נוספות.

13. בית משפט קמא הסתמך על עדותו של **החוקר ספקטורובסק**, שלא הכיר את המערער קודם לכן, וחקר אותו ביום 16.12.21 במשך כשעה (ת/13). לדבריו, זיהה את המערער כאדם הנראה בתמונה, שהוצגה בפני המערער בחקירה. את הזיהוי תיעד החוקר במזכר ת/6 (שנכתב ביום 19.12.21 כשלושה ימים לאחר

החקירה). בעדותו בבית המשפט הסביר: "אני כתבתי במזכר שאני מזהה שהאדם שיושב מולי הוא האדם שנראה בתמונה", והוסיף שזיהה אותו לפי "ראיה פשוטה של אדם שיושב מולי כסא מול כסא זמן רב... שעה לפי המזכר" (פרוטוקול הדיון בבימ"ש קמא, 1.5.22 ע' 26-27).

הסתמכות על זיהוי מעין זה היא ראיה קבילה. לא מדובר בעדות סברה אלא בהצגת "הדברים כפי שאלה נחרתו בהכרתו" של העד (ע"פ 7141/07 מדינת ישראל נ' טראבין (2008)). השאלה היא, אם כן, מה משקלו של הזיהוי.

לעניין זיהוי על פי עדים, נפסק כי נדרשת "זהירות מיוחדת", כאמור בדברי כבוד השופט ניל הנדל (ע"פ 3055/18 אבו רקייק נ' מדינת ישראל (2020)):

"קביעת זיהוי על פי עדים מחייבת זהירות מיוחדת. כפי שקבע בית המשפט העליון ראיית זיהוי טומנת בחובה אתגר. מצד אחד, הניסיון מלמד בצורה ברורה כי עד יכול לזהות אדם אחר. מצד שני, 'אתה חי מפיו' של העד. זאת אומרת שאין תנאי מעבדה שניתן לבחון דרכם את העדות כפי שניתן, לדוגמא, לבחון ראיית DNA. פשיטא כי תהליך החשיבה ומנגנוני הזיהוי של האדם מורכבים הם. לכן יש מאפיינים בראיה מעין זו שאינם נחלת ראיות מסוג אחר. למשל, נהוג לשאול את העד המזהה באיזה מידת ביטחון הוא מזהה את האדם עליו הוא מצביע כמבצע העבירה. שלב זה של מתן ציון עצמי חשוב הוא אך גם יכול להטעות מפני שהאדם מכמת דבר מה - הביטחון בעדות - שאינו אלא סוג של אומדנא אישית. ... נתון נוסף הוא ההיסטוריה בין המזוהה למזהה - האם מדובר במפגש חד פעמי וראשוני או היכרות יומיומית. ועדיין, כמו בכל עדות יש לבחון את מהימנותה ומשקלה על פי כללים משותפים לכל ראיה."

14. בחקירה נגדית הוצגה לחוקר ספקטורובסק תמונת הפייסבוק של המערער נ/1, ולשאלה "אתה לא יכול להגיד שעל פניו זה האדון שנמצא בת/8?" השיב בפשטות: "לא", והוסיף: "אני לא יכול להגיד שזה לא הנאשם, אמרתי שאני לא יכול לזהות לפי התמונה" (ע' 28).

15. החוקר נשאל על זיהוי המערער על ידיו, והוצגו לו ההבדלים "בקו השיער", "בחיוך", ובמה שנראה כ"קו הבעה בצד שמאל חד ישר וארוך". אביא את עיקר תשובותיו (שם, ע' 30-33):

"ת: [הגדלה 262% של ת/8] נראה כמו התמונה שערכתי של הקעקוע.

ש: אתה יכול להגיד לי מה מקועקע פה?

ת: לא. זה לא מדויק. אני אדייק. אם לא הייתי מכיר את זה, לא הייתי יודע מה זה. בגלל שאני מכיר את זה, אני יודע מה זה.

ש: זאת אומרת שאם לא הייתי מביא בפניך את הפרצוף של הנאשם, אם היתה לך תמונה בלי הפרצוף של הנאשם, לא היית יכול להגיד מה זה הקעקוע הזה. לא יכולת לדעת לפי התמונות שלך?

ת: כן.

...

ש: האדון בבית משפט מתאים לקו השיער של התמונה בפייסבוק?

ת: ... שאלת אם יש התאמה לקו השיער, אני לא יכול לענות על זה.

ש: אני מציג לך נ/1. קו השיער בתמונה הראשית שבחשבון של סולימן עבדללה, זהה לנאשם כאן?

ת: דומה. אני לא יודע ב-100%.

ש: הקעקוע נראה לך דומה?

ת: כן.

ש: זה נראה לך אותו אדם?

ת: דומה.

ש: אתה יכול להגיד לי מעבר לכל ספק סביר שזה הוא?

ת: לא.

...

ת: ... אמרתי שאדם סביר שיושב בשולחן במשך שעה, זזים מתנהלים, אני זיהיתי אותו כאדם בתמונה.

...

ש: ... ועל פניו אמרת לי שהוא לא דומה לתמונה ת/8.

ת: לא אמרתי את זה. לא אמרתי שכן, ולא אמרתי שלא."

16. מהאמור עולה, שבחקירה הנגדית, כשהוצגה לחוקר תמונה, שאין חולק שהיא דומה כדי זהות למערער (נ/1), וכשהמערער נכח באולם, הוא לא חזר על טענת הזיהוי באותו דרגת וודאות. כשהוצגו לו התמונות והבדלים מסוימים ביניהן, הוא השיב שמדובר אדם "דומה", שאינו יכול לומר "מעבר לספק סביר שזה הוא", וכשנטען שאמר שהדמות אינה דומה, השיב "לא אמרתי שכן, ולא אמרתי שלא".

בתשובות החוקר בחקירה הנגדית יש נסיגה של ממש מטענתו הראשונה, שהוא זיהה את המערער כדמות המתועדת בת/8. הוא השיב לשאלות בזהירות, מתוך רצון להציג את עמדתו באופן מדויק וללא הטיה. על כן, היה מקום לתת לנסיגתו מהזיהוי משקל של ממש, ולהימנע מהסתמכות על טענתו המוקדמת, שלפי אבחנתו מדובר באותו אדם.

17. בית משפט קמא הסתמך בקביעת הזיהוי גם על עדותו של החוקר יגאלטו וונדה, שהכיר את המערער מחקירות קודמות. החוקר העיד, שכשעיין לראשונה בתיעוד שנפרק מהטלפון של נדיר, וראה את תמונת האדם המחזיק שטרות (ת/8), "זיהה את הנאשם, אותו הוא מכיר היטב בוודאות של 'מיליון אחוז', כדבריו".

18. לא נמסרו פרטים באשר לטיב ההיכרות המוקדמת ומועדיה (בין היתר, בשל התנגדות ההגנה, שכנראה ביקשה למנוע חשיפת עברו הפלילי של המערער). על כן, לא ניתנה תשובה לשאלה הנדרשת: "... האם ההיכרות מקנה לעד את היכולת לזהות את החשוד באופן שחורג מהאפשרות שהייתה לבית המשפט או למומחה מטעם התביעה לעשות זאת" (עניין אבו רקייק לעיל, פסקה 10).

19. בחקירתו הנגדית של החוקר **וונדה** עלה, שהוא נחשף לצילומים וזיהה את המערער כבר ביום 3.11.21, אולם לא ערך על כך מזכר בזמן אמת. עוד עלה מדבריו, שצו המעצר למערער הוצא רק בחלוף למעלה מחודש, ב-7.12.21, על יסוד טענת הזיהוי, אולם גם עובר להוצאת צו המעצר **וונדה** לא ערך מזכר (ולו כדי לתעד את עילת המעצר). למעשה, רק ביום 19.12.21, ביום שבו חקר את המערער לאחר מעצרו, ערך החוקר מזכר לקוני באשר לזיהוי (ת/22). לא היה בידו הסבר ענייני לזיהוי (פרוטוקול 2.5.22, ע' 63).

20. בית משפט קמא היה שותף לתמיהה, על כך שהחוקר לא ערך מזכר אודות הזיהוי במועד, אולם קבע, שאין מקום להסיק מכך שהחוקר וונדה לא זיהה את המערער או שיקר, שכן הוא שיתף בזיהוי שוטר אחר בזמן אמת. קביעה זו מבוססת, ואין מקום להתערב בה. אולם השאלה בדבר דרגת הזיהוי נותרה ללא מענה: האם החוקר וונדה, שהכיר את המערער מחקירות קודמות, רק חשד שמדובר במערער, או שהיה בטוח בכך בוודאות של "מיליון אחוז"?

21. במזכר שערך החוקר וונדה ביום 19.12.21 (ת/22) נרשם: "**אני מזהה את הדמות בתמונה כעבדאללה שחקרתי מספר פעמים**". בחקירה מיום 19.12.21, הציג החוקר את התמונה למערער (ת/14, שורה 70), ושאלו: "**אני אומר לך שאני יכול לזהות אותך - ואני אומר לך שבסרטון שתועד על ידי השותף שלך, אני חושב שזה אתה, מה יש לך לומר על כך?**"

22. כך, בחקירת המערער, החוקר **וונדה** לא הציג למערער החשוד את הטענה שהוא מזהה אותו "**במיליון אחוז**", אלא שהוא "**יכול לזהות אותך**", ושהוא "**חושב שזה אתה**".

העובדה, שהחוקר **וונדה** לא ערך כל תיעוד עובר לזיהוי או להוצאת צו המעצר, והעובדה שלא דיווח עליו כחשוד במערכת המחשב, מתיישבות יותר עם חשד ברמה נמוכה ("חושב שזה אתה"), מאשר עם זיהוי וודאי ("מיליון אחוז"). ברור, שתיעוד מזמן אמת יכול היה לשפוך אור על כך, ובנסיבות אלו העדרו של תיעוד, צריך היה להישקל לחובת המאשימה.

23. אין חולק על קבילותו של זיהוי מעין זה. כפי שנפסק בע"פ 779/19 **אבו מדיעם נ' מדינת ישראל** (2019), "**כאשר קיימת היכרות מוקדמת בין עד לבין נאשם, די בהצבעה על הנאשם הנסמכת על מהימנות העד**". באותה פרשה, שוטר זיהה נהג המוכר לו על רקע חקירות קודמות, כשהוא נמלט בנסיעה לאחר התאונה. אולם השוטר ויחידת המשטרה פעלו באופן מיידי לאתר את הנהג, ואף אספו ראיות בדבר תיעוד רכב הדומה לרכב של הנהג (הוא המערער, אבו מדיעם), במסלול הנסיעה ובטווח זמנים רלוונטי, וכשהגיעו לבית אביו, מצאו רכב דומה, שעליו פגיעות שתאמו את האירוע (שם, בפס' 15).

24. שונים פני הדברים במקרה שלפנינו. הטענה לזיהוי ברמה כה גבוהה, "מיליון אחוז", נכבשה והופיעה לראשונה בעדותו בבית המשפט, ללא תיעוד מוקדם, ויש פער בינה לבין פעולותיו של החוקר בזמן אמת (וליתר דיוק: העדר פעולה במשך כחודש), וכשבחקירתו של המערער תועדה טענת הזיהוי באופן מתון יותר ("חושב שזה אתה").

25. לאור דברים אלה, כמו בעניינו של החוקר **ספקטורובסקי**, לא היה מקום לתת לזיהוי של המערער בידי החוקר **וונדה** משקל של ממש. כך, אין בראיות המאשימה כדי להתגבר על ההבדלים הנחזים בין הדמות שבתמונה ובסרטון, לדמותו של המערער בנ/1 ובאולם בית המשפט.

ולאור זאת, אין בראיות שהביאה המאשימה באשר לזיהוי פניו של המערער (הסרטון, התמונות ועדויות החוקרים) כדי ללמד על זיהוי של המערער בדרגת ההוכחה הנדרשת.

26. בית המשפט בחן את הדרך שהתווה בית המשפט העליון באשר לזיהוי על ידי בית משפט בנסיבות דומות (ע"פ 2653/98 **בן דוד נ' מדינת ישראל** (1998)). וקבע כך (ע' 145 להכרעת הדין; הקו התחתי אינו במקור):

"[ש]המאשימה הציגה בפני במסגרת הבאת הראיות את הסרטון (ת/5) מתוך הטלפון של מוסטפא, בו נראית דמות הסופרת את הכסף שנגנב. כשהוקפא הפריים והדמות נראית בפרופיל, ניתן לזהות את הנאשם בפריים זה באופן ברור על סמך מבנה פניו וקימור אפו, ובהתעלם מנתונים בני שינוי כגון זקן ותספורת."

...

בהתחשב בהלכה הפסוקה שלעיל, ולאחר שהתרשמתי מהנאשם באולם בית המשפט במסגרת מספר ישיבות הוכחות ובהן בעת עדותו בפניי, ולאחר שהזהרתי עצמי בדבר הקושי הטמון פעמים רבות בזיהוי דמויות, באתי לכלל מסקנה כי הנאשם הוא האדם המצולם בתמונות ובסרטון לצד שלל הגניבה.

מסקנתי זו מצטרפת לזיהוי של הנאשם על ידי העד וונדה, לו היכרות קודמת עם הנאשם, ולזיהוי על ידי העד ספקטורובסק אשר חקר את הנאשם משך כשעה, וזיהה אותו במסגרת חקירה זו."

27. בפרשת **בן דוד**, אליה הפנה בית משפט קמא, קבע בית המשפט העליון, שהכרעה על יסוד "מראה עיניו" של בית המשפט "**אינה זרה למשפטנו**" (שם, בפסקה 6(א) ו-6(ב) סיפא). עם זאת, הצביע (בחוות דעתו של כבוד השופט יעקב קדמי) על הבעייתיות הטמונה בדרך זו (שם, בפסקה 6(ב)):

"ראשית, שבפועל, לכאורה לפחות, הופך השופט להיות גם 'עד', ו'עדותו' - הינה עדות מכרעת, במובן זה שאין לצד הנוגע בדבר הזדמנות לערער את ביטחונו של השופט בצדקת עמדתו. בכך ושנית - בסיכון ממשי של טעות, בהתחשב בכך שהזיהוי לא נבחן בחקירה שכנגד, על יסוד 'מראה עיניו' של בית המשפט."

בית המשפט הפנה לכך שהכרעות רבות מבוססות על התרשמותו האישית של בית המשפט ממהימנות, מחפצים ומהשוואת תמונות, ולא מצא, שיש מקום להבחין בין אלו לבין זיהוי על ידי בית המשפט. יתירה מכך, הפנה בית המשפט להכרעת בית המשפט העליון בפרשת **דמיאניוק**, אשר דחתה את הטענה, שבזיהוי מעין זה הופך בית המשפט למעין "עד" (ע"פ 347/88 **דמיאניוק נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ"ז (4), 221, 329), בכפוף לכך שלא נדרשת עדות מומחה:

"אכן נכון הדבר, שבזיהוי על-פי תמונות והשוואת תמונות לדמות הנאשם, על-פי טביעת עינו האנושית של בית המשפט, עלולות ליפול טעויות, ולמסקנה זו איננו נזקקים לעדות המומחים. אולם, בחשש זה בלבד אין כדי למנוע מבית המשפט להיעזר בחושי הוא ולהתרשם ישירות ממראה עיניו, בלי תיווך מכלי שני."

28. על יסוד זה, קבע בית המשפט העליון בעניין **בן דוד**, שאין פגם בהכרעה בעניין זיהוי נאשם על יסוד "מראה עיניו" של בית המשפט:

"הבעייתיות כפולת הפנים - המוצגת לעיל - אינה יורדת, לפי שיטתנו, לכוחו של בית-

המשפט להכריע על-פי מראה עיניו כאמור, וכוחה מתמקד במידת הזהירות שעל בית- המשפט לנהוג בה, כאשר הוא עושה שימוש בכוחו זה."

29. בבחינת קביעת הזיהוי עצמה (שהערעור עליה נדחה), הוסיף בית משפט העליון קריאה לזהירות יתירה:

"לצד העמדה האמורה, רואה אני להעיר ההערות הבאות: ראשית - בית-המשפט המכריע במחלוקת על-פי 'התרשמות' מראיה חפצית, חייב לנקוט זהירות יתרה, בהתחשב בכך ש'התרשמותו' אינה נבחנת בכור המבחן של החקירה שכנגד; ושנית - כאשר מדובר ב'זיהוי', כבמקרה דנן, ייטיב בית-המשפט לעשות אם 'יכשיר' את עצמו לזיהוי ע"י רכישת 'היכרות' קרובה עם הגורם הטעון זיהוי, 'קול' או 'קלסטר פנים'. ה'הכשרה המוקדמת' אינה משמשת רק בסיס להכרעה, אלא גם גורם ראשון במעלה למניעת טעויות."

על דברים אלה הוסיף כבוד השופט אליהו מצא:

"נראה לי שהיה מועיל לאמץ הנחיה זו גם בשיטתנו, לאמור כי על השופט -לאחר שעיין בראיה האובייקטיבית והתרשם ממנה - להעמיד את שני הצדדים מבעוד מועד על כך שהראיה, מבחינת כשירותה, איכותה ובהירותה, עשויה להביא לקביעת מימצא בדבר זיהויו של הנאשם, וליתן לצדדים הזדמנות להביא ראיות נוספות, לרבות עדויות מומחים, בין לתמיכה במימצא של הזיהוי ובין לסתירתו."

כבוד השופט חיים אריאל הצביע על הצורך בזהירות מיוחדת ובתוספת רא"תית:

"אני סבור כי על בית-המשפט להיזהר בזהירות מרבית בזיהוי ישיר של נאשם היושב על מושב הנאשמים, ללא ראיה כלשהי, מחוץ לקלטת, שעל-פיה נעשה הזיהוי (אף אם מדובר במספר רב של ישיבות) מחשש לטעות, שאולי לא ניתנת לתיקון. אמנם, אין בית- המשפט הופך לעד ממש, שהרי הראיה היא הקלטת עצמה, אך הוא קרוב למצב של כ'מעין עד', המזהה את הנאשם בזירת הפשע. לא יהא זה בטוח להרשיע נאשם רק על-פי זיהוי כזה, ללא עובדה המסבכת את הנאשם לעבירה או עד המזהה את הנאשם הנמצא בזירת העבירה, על-פי קלטת הווידאו."

30. בית משפט העליון המשיך ובחן את היקף הביקורת השיפוטית על זיהוי בידי בית המשפט. ביסודו של דבר עומד הכלל בדבר הימנעות מהתערבות בממצאי עובדה, ובצדו החרגי (פסקה 7(ד) לחוות דעתו של כבוד השופט קדמי):

"מקום שבו לא עומד יתרון כזה לזכותה של הערכאה הדיונית, היקף התערבותה של ערכאת הערעור אינו מוגבל על-פי הכלל האמור, ולמעשה היא רשאית - במקרה המתאים - לשים עצמה בנעלי הערכאה הדיונית."

כך, מצא בית המשפט העליון, שבהתרשמות על יסוד השוואת תמונות לא עומד לערכאה הדיונית יתרון על פני ערכאת הערעור, ולעומת זאת, כאשר מדובר בהשוואה בין תמונה לנאשם עצמו ומתקיימים דיונים מתמשכים, יש לערכאה הדיונית "יתרון רב משקל" (שם).

31. במקרה שלפנינו, משפטו של המערער התנהל במשך תקופה ממושכת, התקיימו בו כעשרה דיונים ומהם שלושה דיוני הוכחות, כשבאחד מהם הנאשם העיד (2.5.22), ועל כן הזיהוי בידי בית משפט קמא אינו זיהוי חטוף, אלא תוצאה של התבוננות ממושכת.

מן הצד השני, בית משפט קמא נימק את הזיהוי, בעיקר בכך שבפריים אחד מהסרטון ת/5 (שחתימת הזמן שלו לא פורטה), "כשהוקפא הפריים והדמות נראית בפרופיל, ניתן לזהות את הנאשם בפריים זה באופן ברור על סמך מבנה פניו וקימור אפו, ובהתעלם מנתונים בני שינוי כגון זקן ותספורת." (ע' 145).

בית משפט קמא לא התייחס להבדלים, שהועלו על ידי ההגנה בין הדמות למערער: לחיך השונה ובעיקר לסימן האנכי הבולט, בצד ימין של הפנים בת/8, שהוא חתך או קמט, אשר לא ניכר בפניו של המערער. למאפיין בולט מעין זה יש חשיבות מיוחדת בזיהוי של אדם. העובדה שאינו מצוי בפניו של המערער היא בעלת משקל, וממילא העדר ההתייחסות לכך פוגעת בעצמת הזיהוי על פי מראית עיניו של בית המשפט (ראו: יניב ואקי, דיני ראיות, כרך ב' (ליאור הוצאה לאור), 2020, ע' 1136, והפניות בה"ש 57, לדו"ח הביניים בנושא עדויות ראייה שגויות וזיהוי מוטעה, שהוציאה הוועדה הציבורית למניעת הרשעות שווא ותיקון, בראשותו של השופט בדימוס יורם דנציגר (ספטמבר 2019))

32. אכן, לבית משפט קמא היתה אפשרות לרכוש "היכרות" רבה יותר עם המערער עצמו מזו של ערכאת הערעור. אולם, במקביל לכך עומדת "ההיכרות" עם תמונתו של המערער, נ/1, אשר גם במבט חטוף ברורה זהותה למערער. בכל הקשור להשוואה בין התמונות, אין לבית משפט קמא יתרון ממשי על פני ערכאת הערעור.

33. לאור הדברים האמורים, לא מצאתי, שהיה בזיהוי על פי מראית עיניו של בית משפט קמא, כדי להתגבר על ההבדלים הנחזים בין הדמות בסרטון ובתמונה, לבין דמותו של המערער. כך בפרט, כאשר טענת הזיהוי של כל אחד מהחוקרים נחלשה מאד בעקבות החקירה הנגדית, וזיהוי הפנים על פי "מראה עיניו" של בית משפט קמא נותר, למעשה, כמעין "ראיה" יחידה לעניין זה.

הקעקוע

35. לאחר שבחן את זיהוי הפנים, הוסיף בית משפט קמא, שהחוקרים הבחינו בקעקוע ייחודי על פרק היד השמאלית של הדמות המתועדת בסרטון, ושקעקוע דומה מצוי גם על פרק ידו השמאלית של המערער, ומשכך "עצם מיקומו הייחודי של הקעקוע, וצורתו הייחודית מהווים אף הם נדבך נוסף בזיהוי הנאשם." (ע' 146 להכרעת הדין).

קרי, בית משפט קמא לא מצא בקעקוע ראייה המספיקה לזיהוי המערער, אלא כמעין ראייה מחזקת ("נדבך נוסף") לראיות, שהובילו לקביעה בדבר זיהוי פניו של המערער כדמות שמתועדת בסרטון ובתמונה.

אכן, יש יסוד לכך, שללא זהות בין הסרטון והתמונות למערער, אין בכוחו של קעקוע לבדו להוביל להרשעה. הקעקוע מצביע על אינדיקציה נסיבתית לזהות, אולם המבחן המהותי והסופי - במקרים בהם הוא מתאפשר - מצוי בהשוואה בין תיעוד פניו של העבריין לפניו של החשוד או הנאשם בעבירה (וכאן המערער).

36. בסרטון ת/5 ובתמונה ת/8 נחזה על פרק ידו השמאלית של המערער קעקוע. לצורך החקירה הנגדית של החוקרים, הציגה ההגנה הגדלה של ת/8, שבה ניתן לראות את הקעקוע כדלקמן (נספח י"ד לכתב הערעור; העתק הצילום כאן אינו במלוא ההגדלה):

37. במהלך החקירה מצא החוקר ספקטורובסקי, שלמערער יש קעקוע דומה במקום דומה, והורה על צילומו כדלקמן (ת/9):

38. תיעוד הקעקוע על פרק היד של הדמות בסרטון ובתמונה מטושטש למדי, אולם ניתן לראות שמדובר באיור

של קו, שיש מעין עיגולים לאורכו.

תיעוד הקעקוע שעל ידו של המערער ברור יותר. מצויר בו חץ המכוון לרווח שבין האגודל לאצבע המורה, שעליו מעין עיגולים (או לבבות) אחד לכל כיוון, ובסופו זנב חץ מעובה.

גם ללא מומחיות בדבר, אפשר לראות שמדובר בקעקועים דומים, המצויים במקום דומה.

39. הקביעה, כי מדובר בקעקוע "ייחודי", מחייבת זהירות. השאלה אם איור כזה מוכר בעולם הקעקועים ומהי תפוצתו בכלל ובקבוצת ההתייחסות של המערער בפרט, לא התבררה כלל במשפט. בחקירתו הראשונה במשטרה, לאחר שהחוקר שאל אותו האם זה קעקוע ייחודי או שיש כמותו לאחרים, השיב "כן יש להרבה אנשים קעקוע כזה כי ראיתי אותו על הרבה אנשים..." (ת/12, ש' 107). עדות המערער לא התקבלה כמהימנה, אולם בנקודה זו - שהיא נקודה עובדתית - לא ננקטה כל פעולת חקירה כדי לברר את אמיתות דבריו (ראו: פרשת אבו רקייק לעיל, פסקה 13).

עם זאת, לצורך העיון בתרומתו של הקעקוע לזיהוי הנאשם, די בדמיון באיור ובמיקום של הקעקוע, אף אם אינו "ייחודי".

40. החוקר ספקטורובסק הגיש את התמונות שצילם בחקירה ראשית, אך לא נדרש לזיהוי הקעקוע. כשנשאל בחקירה הנגדית האם הוא יכול לומר מה מקועקע על ידה של הדמות שבת/8 (בהגדלה), השיב:

"ת: לא. זה לא מדויק. אני אדייק. אם לא הייתי מכיר את זה, לא הייתי יודע מה זה. בגלל שאני מכיר את זה, אני יודע מה זה."

דברים אלה מלמדים, שהחוקר לא יכול היה לקבוע, שמדובר בקעקועים זהים, ואלמלא היה רואה את הקעקוע על ידו של המערער, לא היה יודע מהו הקעקוע על ידה של הדמות בת/8. כך או כך, עולה, שהקעקוע לא שימש את החוקר כדי לחזק את זיהויו של המערער.

41. גם החוקר וונדה לא הזכיר בחקירה ראשית את הקעקוע האמור כאמצעי שחזק את זיהויו המערער. בחקירה הנגדית, כשנשאל מה הוא רואה בהגדלת הקעקוע, השיב "לא יודע משהו עם לבבות" (דיון 2.5.22, ע' 74), ובהמשך: "אני לא זוכר מה בדיוק ראיתי אבל דיברנו על הנושא הזה של הקעקוע שיש לו על היד כאילו הוא פירט לי מה זה בחקירה" (שם, ע' 76).

42. גם במקרה זה, משטרת ישראל לא העבירה את תמונות הקעקועים למז"פ כדי לקבל מדידות מדויקות יותר של גודלו ושל המנח שלו על כף היד, או אף לשפר את התמונה באופן שניתן יהיה לקבוע האם מדובר בקעקועים זהים.

43. כעולה ממחקרים בתחום זה, השימוש הפורנזי לזיהוי באמצעות קעקועים עבר משלב ההתבוננות לשלב המדידה ("from observation to measurements"). כיום נעשה שימוש פורנזי בשיטות מדעיות לשם זיהוי גופות או אנשים חיים על בסיס קעקועים. ראו למשל(הפניות שם):

Michelle D. Miranda, "Tattoos and Tattoo Inks: Forensic Considerations", Wiley, Wired Forensic Sciences (2019).

<https://wires.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/wfs2.1360>

44. על אף הדמיון במבנה ובמיקום, לטעמי, השוואה בלתי אמצעית של צילומי הקעקוע לפי "טביעת עין", ללא מדידה ובחינה מקצועית, אינה מאפשרת קביעה ודאית של זהות, ואף החוקר ספקטורובסק לא הגיע

למסקנה כזו. על כן, ובהעדר קביעת מומחה בעניין זה, לא ניתן לקבוע זהות בבחינת "זה הקעקוע" (בהשאלה מהקביעה "זו הנעל", ראו: ע"פ 1620/10 מצגורה נ' מדינת ישראל (2013)).

45. יש לזכור, שבניגוד לטביעת אצבע או לממצא DNA, שהם ייחודיים לכל אדם (מבין רבים: ע"פ 149/12 אלמליח נ' מדינת ישראל (2012)), ואף בניגוד לטביעת נעל משומשת שנחרצו בה סימני שימוש, היכולים להשאיר עקבה ייחודית (עניין מצגורה לעיל, וראו את הדיון באשר לקושי המדעי בהעדר בסיס מידע וסטטיסטיקה בחוות דעתו של כבוד השופט נ' הנדל) - אין כל הכרח שקעקוע, גם קעקוע פחות שגור ובמקום פחות שגור, ימצא רק על אדם אחד. אנשים שונים יכולים לבחור בקעקוע דומה ולבקש להטביעו במקום דומה משלל טעמים, ובכללם קרבה או זיקה ביניהם, ואף סתם בשל טעם דומה.

46. לאור דברים אלה, אין בדמיון שבין צורת הקעקוע ומקומו על כף היד השמאלית כדי להוות ראיה המספיקה לקביעה, ששתי הדמויות הן אותו אדם, ואף כראיה מחזקת, משקל הקעקוע אינו רב.

כאמור, בזיהוי הפנים טמון ספק סביר, ולאור האמור אין בקעקוע כדי להסיר ספק זה. בניגוד לטביעת אצבע, לממצא DNA ואף לטביעת נעל ייחודית - יש אפשרות (גם אם הסתברותה נמוכה), שאנשים שונים יהיו בעלי קעקוע דומה במקום דומה.

סימן הפציעה

47. בית משפט קמא מצא בדמיון בין סימן של פציעה טריה במעלה אמת יד שמאל של הדמות המתועדת בת/8, לסימן של פציעה בהחלמה על ידו השמאלית של המערער בעת החקירה. סימן, שבעת עדותו כבר נעלם (הכרעת דין, ע' 146).

48. אני שותף לעמדתה של כבוד השופטת מרשק-מרום, שלא מדובר בראיה, שיש בה כדי לתרום לזיהוי של המערער.

מדובר בסימן קטן, עגול וכהה בחלקה הפנימי של הזרוע של הדמות בת/8. בצילום שצילם החוקר וונדה את ידו של המערער ובמזכר המלווה (ת/21), לא ברור, אם הסימן מצוי על חלקה הפנימי של ידו של המערער או על חלקה החיצוני. יתירה מכך, ת/8 צולם ב-3.8.21. המערער צולם ב-19.12.21, ואין כל אינדיקציה, שפציעה מעין זו נשארת על הזרוע זמן כה ממושך. החוקרים לא ביצעו מדידה מדויקת של הסימן, ולא ביקשו הערכה של רופא בעניין החלמת הפציעה. הטענה, שמדובר בפצע שהתחיל "להבריא", אינה אלא סברתו של החוקר וונדה (דיון 2.5.22, ע' 68).

על כן, כאמור, אין בראיה זו כדי לתרום לזיהוי של המערער.

בגדי הדמויות בת/8 ובת/6

49. בגדיה של הדמות שבת/8 (הסופרת את הכסף ומצויה ליד הרכוש שנגנבו בהתפרצות), בעלי מאפיינים דומים לבגדים של הדמות המתועדת בסרטון האבטחה (הקשור לניסיון ההתפרצות).

בית משפט קמא ראה בדמיון זה ראיה, לכך שהאדם שבת/8 הוא האדם שתועד בניסיון ההתפרצות, והוסיף, כי **"ניתן לקבוע בסבירות גבוהה כי האדם המצולם בסרטוני מצלמות האבטחה מחוץ לשני בתי המתלוננים ... הוא הנאשם."** (ע' 147).

50. בפנינו, המערער לא חלק על האפשרות, שהאדם המתועד בת/8 הוא האדם המתועד בת/6. טענתו הייתה אך שהמערער אינו אותו אדם, ושאין כל ראיה שהבגדים המתועדים בת/8 ובת/6 קשורים למערער.

משכך, אין בדמיון בין הבגדים האמורים כדי להוות ראייה עצמאית או מחזקת לכך, שהדמות המתועדת בת/6 היא המערער, וממילא אין בכך חיזוק לזיהויו של המערער כמי שאחראי להתפרצות או לניסיון ההתפרצות.

עדות הנאשם

51. בית משפט קמא מצא, שעדותו של הנאשם אופיינה בהתחמקויות ובהעדר מהימנות. בפרט הצביע על כך שהנאשם "**הכחיש תחילה הימצאות קעקועים על גופו, ובהמשך הציג קעקוע על חזהו ולא את הקעקוע הייחודי שעל פרט כף ידו, ואף לא היפנה את במשטרה לקעקוע הגדול על ידו הימנית**". (ע' 148).

מדובר בקביעת מהימנות מבוססת, שאין מקום להתערב בה.

בעניין זה אעיר, כי בטענת המערער שלא הוא האדם המתועד בסרטון ובתמונה, הוא היה עקבי לחלוטין. הוא נשאל על כך פעמים רבות בחקירותיו, ושב על תשובתו ללא שינוי.

בכל הקשור להכחשת הקעקועים, לא מצאתי שעניין זה שוקל לחובתו של המערער. המערער נשאל על כך בחקירתו הראשונה, לפני שידע על התיעוד שבידי החוקרים, ולפני שידע שבתיעוד זה מצוי צילום של קעקוע הדומה לשלו ביד השמאלית, שעשוי להוביל לזיהוי האדם המתועד (ת/12 ש' 100 ואילך). בתשובה לשאלה האם יש לו קעקועים, השיב, "**לא אין לי יש לי פה על החזה**". מדובר בקעקוע, שהחוקר לא היה יכול לראותו. הוא לא התייחס לקעקועים על ידיו, אף שהיו גלויים לחלוטין. כשהחוקר אמר לו שראה קעקוע על ידו, אישר זאת ("זה סתם מהילדות") והציג אותו בפני החוקר. גם את הקעקוע על ידו הימנית - שלימים הוצג על ידו כראיה מזכה - הוא לא הציג. על כן, קשה לראות בתשובותיו משום הסתרה מכוונת של הקעקוע הגלוי על פרק ידו השמאלית.

שונה הדבר באשר לטענתו, שהקעקוע ביד הימנית, שלא נראה בסרטון, ועל כן הוצג במשפט כראיה מזכה, נעשה לפני ההתפרצות. בעניין זה, כפי שפירט בית משפט קמא, נמנע המערער מלהעיד את אחיו או כל עד אחר, שיכול היה להוכיח את מועד עשיית הקעקוע. על כן, בדיון מצא בית משפט קמא, שלא הוכחה טענת המערער בעניין זה.

הערה: זיהוי פנים כעניין של מומחיות

51. משטרת ישראל לא העבירה את בירור זיהוי הפנים למז"פ, והמאשימה לא נעזרה במומחה. יש לזכור, שמעבר לנ/1 (שצולם מטעם המערער והוגש רק במהלך המשפט), אמורות להיות בידי המאשימה תמונות של המערער, שצולמו בעת מעצרו וחקירתו, ואף היה בידה לצלמו במיוחד לצורך פעולת זיהוי נדרשת.

52. בחטיבת הזיהוי הפלילי של משטרת ישראל פועלת מעבדת ראייה דיגיטלית, שבין יכולותיה מצויה גם יכולת להשוואת פנים וגוף. כך היה ביכולתה של המאשימה להעביר את הזיהוי במקרה דנן לבחינת מומחה (כפי שנעשה, למשל, בפרשת **אבו רקייק** לעיל).

53. הטכנולוגיה בשאלת זיהוי פנים התקדמה מאד בעשור האחרון. כמעט כל אדם נושא בכליו טלפון נייד המצויד בתוכנות להשוואת פנים ולזיהוים. מערכות זיהוי פנים מתקדמות יותר יכולות, בדרגת הסתברות שאפשר להעריכה (ההולכת וגדלה), לזהות אדם בתמונות שונות מגילאים שונים, מזוויות שונות, עם או בלי משקפיים, כובע או זקן, וכן הלאה. מערכות מתוחכמות מעין אלה, משמשות לצרכים שונים, ובהם צרכי בטחון וצרכים פורנזיים. ראו:

Ann H. Ross, Academic Editor and Eugénia Cunha, Academic Editor, "**Forensic Facial Comparison: Current Status, Limitations, and Future Directions**", (PubMed Central (3.12.21).

54. במחקרים חדשים נטען, שיש בזיהוי פנים ממוחשב כדי להתגבר על חלק מהכשלים הפורנזיים הקיימים, ובכלל זה על הטית האישוש (ההטיה להעדיף ראיות התומכות בהשערה - וכאן בזיהוי הפנים - על פני אלו המפריכות אותה):

Heyer, R., & Semmler, C. (2013). "**Forensic confirmation bias: The case of facial image comparison**". *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 2(1), 68-70

<https://doi.org/10.1016/j.jarmac.2013.01.008>

55. עניין זה לא התברר לאשורו בבית משפט קמא, ועל כן, אין מקום לשקול לחובת המאשימה את העובדה, ששאלת הזיהוי לא הועברה לבחינת מקצועית במז"פ או בידי מומחה. עם זאת, בראיה לעתיד, ולאור התפתחות הטכנולוגיה, אפשר שדרך המלך להוכחת זהות בין דמויות (ובין קעקועים) היא בהשוואה מקצועית, ולא בהסתמכות על טביעת עין של חוקרים ושל בית המשפט.

ספק סביר

56. לאחר ניתוח כל אחת מהראיות, שבתי ובחנתי את הראיות כמכלול. קרי: האם על אף שכל ראיה אינה מספיקה כשלעצמה, אפשר שבצירופן יחד - התמונות, עדויות החוקרים, מראה עיניו של בית משפט קמא, הדמיון בקעקוע והסימון העגול על הזרוע, ואף הימנעותו של המערער מהבאת ראיות לסתור - יש כדי למלא את החסר ולהוביל להוכחה מעבר לספק סביר?

57. בעניין זה, יש משקל של ממש לעובדה, שכל ראיות הזיהוי שהובאו בפני בית המשפט מבוססות על זיהוי (פנים או קעקוע), שנעשה בידיעה, שהמערער חשוד בעבירה. לא הובאה כל עדות של אדם, שבחן את שאלת הזיהוי בלי לדעת, שתמונת המערער היא תמונתו של חשוד בעבירה שנעצר, כאמור, לנוכח הטענה, שהוא זוהה כמבצע העבירה.

בנוסף, המאשימה לא עשתה כל מהלך כדי לנסות ולנטרל את החשש **מהטיית האישוש**, ולהעמיד את הזיהוי ככל האפשר "**בתנאי מעבדה**" (כדברי כבוד השופט הנדל בעניין **אבו רקייק**), ולו בדרך של הבאת מומחה לבחינת זיהוי הפנים (והקעקוע) ללא ידיעה על ההקשר.

כידוע, הטית האישוש היא "**הנטיה למצוא ראיות המתיישבות עם השערה מוקדמת או ליתן משקל מועט לראיות שאינן מתיישבות עמה**". (עת"מ (חיפה) 35688-07-18 **עיריית קריית ביאליק נ' ועדת הערר המחוזית לתכנון ובנייה - מחוז חיפה** (2018)); ובהקשר אחר "**תופעה לפיה בני אדם דבקים בקיומם של קווי דמיון ומתעלמים מקיומם של שינויים**". ע"א 8954/11 **פלוני נ' פלונית** (2014)). מחקרים מן השנים האחרונות מלמדים, שבעת הערכת ממצאים של בדיקה פורנזית (כולל פוליגרף), עלולה להיות הטית לחובת הנבדק, כאשר הבודק יודע, שהוא הודה או נעצר (ע"מ (איו"ש) 1965/20 **אבו חדיגה נ' התביעה הצבאית (2015)** והפניות למאמרים שם). למחקר חשוב בתחום ראו:

Kassin, Saul M., Itiel E. Dror, and Jeff Kukucka. "**The forensic confirmation bias: Problems, perspectives, and proposed solutions**." *Journal of applied research*

58. נתתי דעתי גם לכך, שקיימת היכרות קודמת בין המערער לנדיר, שבהקשר הנתון היא ממצא מחשיד. אולם המשטרה לא עשתה ניסיון של ממש לברר את טיב ההיכרות. אף שהטלפון של נדיר היה ברשותה, לא ערכה חיפוש בהודעות ובשיחות היוצאות והנכנסות (בין לברור הקשר ביניהם ובין לברור העברת התמונות מנדיר למערער או לאחר). על כן, אין בעניין זה כדי להעלות או להוריד.

59. במצב זה, כשכל אחת מהראיות אינה חזקה דיה, וכולן התגבשו בידיעה מוקדמת על כך שהמערער חשוד בעבירה, כאמור, לא מצאתי שבצירופן יחד ואף במראה עיניו של בית משפט קמא במקרה דנן, יש כדי להתגבר על העדר הראיות העצמאיות למעורבותו של המערער בעבירה, ועל הספק בזיהוי העולה מעיון ומהשוואת התמונות.

כפי שפסק כבוד השופט ניל הנדל בעניין זיהוי (ע"פ 2098/08 פרעוני נ' מדינת ישראל (2011)):

"בבוא בית משפט לבחון משקל של עדות מזהה, חובה עליו להפעיל ביקורת עצמאית. העניין נכון ביתר שאת במשפט הפלילי השואף להימנע מהרשעת החף מפשע."

60. בלי להידרש לכל רוחב היריעה בדבר הספק הסביר, הלכה היא, כי "ספק שכזה מתקיים כאשר ניתן להסיק מחומר הראיות מסקנה המתיישבת עם חפות הנאשם, שהסתברותה 'אינה אפסית אלא סובסטאנטיבית'. (ע"פ 409/89 רוימי נ' מדנת ישראל, פ"ד מד(3) 471, 465 (1990)...)" (ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל (2015); וראו שם גם פסקאות 325, 352).

כן מצאתי להפנות לדבריו הנכוחים של כבוד השופט ניל הנדל בע"פ 273/14 מדינת ישראל נ' פארס (2014):

"לנוכח חשיבותו של הספק הסביר בדין הפלילי, בו הוא משמש ככלל-על, אומר זאת: לעיתים הספק 'אובייקטיבי' ולעיתים 'סובייקטיבי'. יש שהוא מבוסס על נתון שאפשר להצביע עליו בקלות בראשית תהליכי ההכרעה, ויש שהוא נגזר מהליך פנימי של השופט, אשר מקנן בו ספק שהוא אינו מוכן לוותר עליו לאחר בחינת כל הראיות. ראוי לציין כי יש להיזהר ממצב בו תוך כדי השאיפה להגדרת הספק הסביר, בית המשפט משנה את המבחן או מגביל אותו. ודוק, 'סביר' - לא פחות מכך אך גם לא יותר."

אכן, כדברי הנשיא אהרון ברק בדנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד (1998):

"יש פעמים שבהן עצם ההתלבטות בשאלת קיומו של ספק סביר, עולה כדי ספק סביר בעצמה ומביאה לזיכוי של הנאשם מחמת הספק."

61. אין בקביעתי בדבר קיומו של ספק הסביר בעניין הזיהוי כדי להוות הוכחה, שהמערער אינו האדם המתועד בת/5 ובת/8. אולם האפשרות, שיש אדם שאינו המערער, שדמותו זהה ממש, ללא צורך בעיון חוזר ומדוקדק, לאדם המתועד בסרטון ובתמונה, ושנושא על פרק יד שמאל קעקוע זהה לזה שנחזה בתיעוד, אינה "אפסית". אין בידי להעריך את הסתברותה, אולם אם יופיע אדם כזה, וזהותו תהיה אבידנטית, לא נאמר שהוא מתחזה.

62. כך, גם לאחר ששבתי ועיינתי בכלל הראיות ובהכרעת הדין, ממשיך לקנן בליבי ספק, העולה מהשוואת הצילומים ומהדמיון הבולט בין נ/1 למערער עצמו, שמא הדמות המתועדת בסרטון ת/5 ובצילום ת/8, שנתפסו בטלפון של נדיר, אינה המערער. במצב דברים זה, כדבריו של כבוד השופט בך בדנ"פ 3391/95 בן ארי נ' מדינת ישראל (1997): **"אם אחרי בחינה של מכלול הראיות חש השופט, כי אין הוא**

משוכנע באשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר, הרי עליו לזכותו."

הערה בעניין המוצג נ/1

63. חברתי, אב"ד, כבוד השופטת מרשק-מרום התייחסה בחוות דעתה לקבילותו של נ/1 ולמשקלו, ובעניין זה אבקש להבהיר את עמדתי.

64. נ/1 הוגש על ידי הנאשם במהלך חקירתו של השוטר **ספקטורוסבק**. הצילום "**התקבל בכפוף להתנגדות המאשימה**", ונקבע כי החלטה בעניין קבילותו "**תינתן במסגרת הכרעת הדין**" (ע' 29). למוצג נ/1 התייחסו העד **ספקטורוסבק** (ע' 30-32), והעד וונדה (ע' 71), אשר מצא שהוא דומה למערער. המערער התייחס אליו בעדותו מספר פעמים והעיד בעקביות שהוא המצולם בנ/1 (ע' 82, ע' 89). החקירה הנגדית לא עסקה בטענתו שהוא המצולם בנ/1, אלא בשאלת מועד הצילום ומועד הפרסום (כדי להפריך את הטענה שהקעקוע השני היה קיים במועד ההתפרצות).

בהכרעת הדין, מוזכר נ/1 כמה פעמים, אך לא ניתנה החלטה בעניין קבילותו, וממילא הוא נותר בגדר **מוצג שהתקבל**. יתירה מכך, משהעדים התייחסו אליו כחלק מהפרוטוקול, אין לטעמי מניעה להפנות להתייחסותם ולתמונה עצמה.

65. לגופו של עניין, אין כל מחלוקת שנ/1 היא תמונה של המערער. מעבר לעדויות החוקרים שמצאו שהוא "דומה" למערער, כאמור, **במהלך הדין שבפנינו אישרה המאשימה, שלא היתה מחלוקת שהדמות בנ/1 היא המערער** (24.4.23 שורה 16). ובדין כך: הדמיון עד כדי זהות בין נ/1 למערער שישב בפניו עולה בהתבוננות מיידית וללא התלבטות.

66. משנמצא שנ/1 מתעד את המערער - ולו בהסתברות גבוהה - חשיבות התמונה מצויה, בכך שכל אחד מהחוקרים לא ראה זהות בינה לבין הדמות בת/8 ובת/5 (**ספקטורוסבק** ע' 31-33 לעיל; **וונדה** ע' 71), ובכך נחלשה במידה ניכרת עדות הזיהוי של כל אחד (כמפורט לעיל).

67. עיון בנ/1 מאפשר בחינה מתמשכת, או "**היכרות**" במשמעות המוקנית לביטוי זה בעניין **בן דוד** לעיל, מעבר לשהות בדיונים. יתירה מכך, שלא כמו ב"זיהוי חי" בידי בית המשפט, בזיהוי על פי תמונה יש יתרון, שכן הדמות של המערער היא ראייה נוכחת, שניתן לשוב ולבחון הן בערכאה קמא והן בערכאת הערער.

אכן, כפי שפירטתי, יש להעדיף זיהוי באמצעות מומחה (וכאמור יש כיום ידע רב באשר לזיהוי פנים). בהעדר חוות דעת, דומה שיש יתרון מובהק לזיהוי על-פי השוואת תמונות על פני זיהוי חי בידי בית המשפט, בפרט בהתחשב בדרישה ל"זהירות יתירה". יש לזכור, שהעיון בנ/1 לא נדרש להוכחת הזהות אלא לבחינת קיומו של ספק סביר בשאלת הזיהוי, שכאמור, מצאתי שמתקיים במקרה הנדון.

68. **סוף דבר, לאחר ששבתי ועיינתי בחוות הדעת המפורטת של חברתי ובהערותיה, אמליץ לחברותיי להורות על זיכוי של המערער.**

דרור ארד-אילון, שופט

השופטת עירית כהן:

1. אני מצטרפת לעמדת חבריי שהראיות המצולמות שנאספו מהטלפון של נדיר נתפסו כדין והן ראיות קבילות.
2. במחלוקת בין חבריי בשאלה האם האדם המתועד בת/5 ובת/8 הוא המערער, אני מסכימה למסקנת חברתי האב"ד ולכל הנמקותיה. אף אני סבורה שהראיות שהוגשו בתיק מבססות הוכחה מעבר לספק סביר שהאדם המתועד בתמונה ובסרטונים שהופקו מהטלפון הסלולרי של נדיר הוא המערער. הזיהוי הוודאי של וונדה אשר מכיר את המערער מחקירות קודמות, זיהוי אשר הוביל למעצר המערער; המיקום הייחודי של הקעקוע וצורתו, הקושרים בין המערער ובין מי שנצפה בסרטון ובתמונה; פריטי הלבוש של המערער בסרטונים ובתמונה לעומת הדמויות המתועדות בסרטוני האבטחה והזיהוי של בית משפט קמא לאחר שהתרשם מהמערער באולם בית המשפט במסגרת מספר ישיבות הוכחות; כל אלה תומכים, כאמור, מעבר לספק סביר בכך שהאדם המתועד בסרטונים ובתמונה הוא המערער.

עירית כהן, שופטת

סוף דבר: הערעור נדחה על כל חלקיו, כאמור בפסק-דינה של השופטת מרשק-מרום ובהסכמת השופטת כהן על נימוקיה, וכנגד דעתו החולקת של השופט ארד-אילון.

המזכירות תמציא את פסק-הדין לב"כ הצדדים ולמערער באמצעות שב"ס; גם הסניגור ידאג לכך שפסק-הדין יומצא ויוסבר למערער.

ניתן היום, כ"ו אב תשפ"ג, 13 אוגוסט 2023, בהעדר הצדדים.

דרור ארד-אילון, שופט

עירית כהן, שופטת

דנה מרשק מרום, שופטת

