

## ע"פ 2734/13 - המערער: פלוני נגד המשיבה: מדינת ישראל

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 2734/13

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערער: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בתל  
אביב-יפו מיום 13.2.2013 בת"פ 49947-10-12  
שניתנה על ידי כבוד השופט הבכיר צ' גורפינקל

תאריך הישיבה: כ"ב באלול התשע"ד (17.09.2014)

בשם המערער: עו"ד ניר אלפסה

בשם המשיבה: עו"ד מורן פולמן  
**פסק דין**

השופטת ד' ברק-ארז:

1. אדם בוגר ונער טובלים במקווה בסמיכות מקום זה לזה. בשלב מסוים ניגש האדם הבוגר לנער ונוגע נגיעה אסורה באיבר מינו. הנער נמלט מן המקום. לימים, מזהה הנער את התוקף בעת שהוא תר אחריו עם ידידו בבתי כנסת - בעת הכניסה לאחד מהם. האם ניתן לסמוך על זיהויו של התוקף בנסיבות אלה? זוהי השאלה שעמדה במרכז הערעור שבפנינו.

2. באחד הימים בחורף של 2009-2010 טבל המתלונן במקווה בעיר מגוריו. המתלונן היה באותה עת קטין, כבן 14 וחצי שנים. לצידו טבל אדם בוגר שעמד כאשר גבו מופנה אליו. על-פי גרסת המתלונן, כאשר ביקש לצאת מן הטבילה, חסם האדם האחר את דרכו. המתלונן ביקש לעבור, ואז הסתובב לעברו האדם האחר, חיך אליו, נגע באיבר מינו ושפשף אותו בידו. המתלונן ברח מן המקום לעבר המקלחות כשהוא אומר לתוקף כי המעשה שעשה אסור. לדברי המתלונן, התוקף רדף אחריו ואמר לו שהוא בחור יפה ושהוא רוצה לתת לו נשיקה. בשלב זה, הוא נכנס אחריו למקלחות, שם שהה באותה עת אדם נוסף.

3. זמן מה לאחר מכן, סיפר המתלונן אודות האירוע לידידו ר' (להלן: ר'). ר' הוא מדריך ילדים ונוער בעירו של המתלונן, וזה נותן בו אמון. לאחר שסיפר המתלונן ל-ר' על המקרה עודד אותו האחרון לחפש אחר תוקפו. השניים הלכו יחדיו לבית כנסת שבו - לטענתם - ידוע בעיר כי מתפלל אדם המוכר כפדופיל. בפעם הראשונה שבה הגיעו לבית הכנסת, אותו אדם לא היה במקום. בפעם השנייה שבה הגיעו לשם, המתלונן ראה אותו אדם ולא מדובר במי שפגע בו. לאחר זמן מה, הלכו השניים לבית הכנסת שבו מתפלל המערער, וזאת לרקע העובדה ש-ר' ידע כי המערער מתפלל בו ושמע כי הוא הטריד קטינים בעבר (אך מבלי ש-ר' ידע כי המערער הוא מי שביצע במתלונן את המעשים). השניים נכנסו לבית הכנסת בעת שהמערער נכח בו והתפלל (עם אנשים נוספים), והמתלונן זיהה אותו כתוקפו בעת שנכנס למקום, מבלי ש-ר' או אדם אחר יצביע עליו.

4. יצוין עוד, ברקע הדברים, כי נגד המערער ניתן ביום 25.5.2008 בבית המשפט המחוזי בחיפה צו פיקוח לפי חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006 (להלן: חוק הגנה על הציבור), שתחולתו למשך ארבע שנים מיום 1.4.2008 (ב"ש 1764/08). בין יתר התנאים בצו הפיקוח נאסר על המערער לשהות ביחידות עם קטינים.

כתב האישום וההליכים עד כה

5. ביום 29.10.2012 הוגש נגד המערער כתב אישום לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו שנסב על האירוע במקווה, כפי שתואר לעיל, ובהקשר זה יוחסה לו עבירה של מעשה מגונה בקטין מתחת לגיל 16, על פי סעיף 348(ב) בנסיבות סעיף 348(ב)(1) וסעיף 348(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). נוכח צו הפיקוח שהוצא נגד המערער בעבר כמתואר לעיל יוחסה לו גם עבירה של הפרת צו פיקוח על פי סעיף 22(א) לחוק הגנה על הציבור.

6. במשפט העידו מטעם התביעה המתלונן, אביו, ר' וכן רס"ב מרים אבסלנדר מן המשטרה (להלן: רס"ב אבסלנדר). מטעם ההגנה העיד המערער, י' (להלן: י'), גבאי בית הכנסת שבו זוהה המערער, ו-מ', מתפלל קבוע בבית כנסת זה. להלן יובאו עיקרי העדויות בקצרה.

7. עדות המתלונן - המתלונן תיאר בעדותו את האירוע במקווה. בנוסף לכך, התייחס בעדותו לכך שראה את המערער גם קודם לטבילה במקווה, בעת שזה הציע לו סבון במקלחות, וכן לכך שראה אותו במקלחות גם לאחר האירוע שבו הותקף. בהמשך לכך, הוא תיאר את נסיבות הזיהוי של המערער בבית הכנסת. לדברי המתלונן, נכחו בבית

הכנסת לפחות עשרה אנשים כיוון שהתקיימה בו באותה עת תפילת ערבית. המתלונן העיד כי ראה את המערער בעת כניסתו לבית הכנסת, וזיהה אותו כתוקף באופן מידי, ומיד ברח מן המקום כיוון שפחד מן המערער. לגרסת המתלונן, עם כניסתו לבית הכנסת המערער זיהה אותו, הסתיר את פניו בעזרת הסידור, והמתלונן אף הבחין ברעד בלחיו ובידיו.

8. עדותו של ר' - ר' העיד כי המתלונן סיפר לו על האירוע, אך פחד להתלונן במשטרה. לדבריו, המתלונן תיאר בפניו את התוקף כאדם נמוך, בעל "חזות תימנית" אשר נראה מעט חולה. תחילה הלכו לבית הכנסת הגדול לזהות אדם המוכר לתושבי הסביבה כפדופיל אך המתלונן אמר שלא מדובר באדם שפגע בו. לאחר ש-ר' שמע על אדם הדומה לתיאור שמסר לו המתלונן וכי זה הטריד ילדים בעבר, הוא שכנע לדבריו את המתלונן לבוא עמו לבית הכנסת שבו הוא מתפלל, תוך שהוא מזהיר אותו לומר את האמת. ר' העיד כי בעת זיהויו של המערער בבית הכנסת המתלונן אמר "זה הוא" ומיד יצא מבית הכנסת, בעוד המערער מכסה את פניו בידיו. ר' ציין כי היה ברור לו שהמתלונן זיהה בכך את המערער, אשר עמד מולם בסמוך לכניסה. בעת שהמתלונן יצא מבית הכנסת, ר' נשאר במקומו ופנה לדבר עם המערער אשר הכחיש את המעשים. לדברי ר', כאשר הם נותרו לבד, הודה המערער לפניו במעשים שביצע בילד אחר. לאחר ש-י' (גבאי בית הכנסת) והרב נכנסו לבית הכנסת סיכמו כולם כי המערער יעזוב את העיר. לאחר שגילה ר' כי המערער לא עזב את העיר, הוא שכנע את המתלונן להגיש תלונה במשטרה.

9. עדות המערער - המערער הכחיש כל קשר לאירוע שעליו נסב כתב האישום וטען כי משנת 2008 ואילך לא שהה ביחידות עם קטינים, בשל צו הפיקוח שהושת עליו באותו זמן. המערער העיד כי הוא מתגורר באוהל על בניין בית הכנסת באישורו של י', וכי הוא עוסק בבית הכנסת בעבודות ניקיון ובקריאה בתורה. המערער טען שהוא נפל קורבן לעלילות שטופלים עליו ילדים. ביחס למעמד הזיהוי בבית הכנסת, המערער הכחיש כי הסתיר את פניו במכוון וכן הכחיש כי התוודה בפני ר' על מעשה שביצע בעבר. המערער העיד כי נבהל כש-ר' והמתלונן הגיעו לבית הכנסת, משום שסבר כי הם רוצים להרביץ לו, על רקע העובדה ש-ר' דיבר איתו בעבר על השמועות שהוא פוגע בקטינים, ואף הזהיר אותו כי יש שרוצים לפגוע בו בשל כך וביקש שיעזוב את העיר.

10. בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער בעבירות המיוחסות לו, לאחר שמצא את עדותו של המתלונן מהימנה. בהכרעת הדין התייחס בית המשפט המחוזי בעיקר למהימנותו של המתלונן, למהימנות הזיהוי ולמעמד הזיהוי עצמו, כמפורט בהמשך. כן התייחס בית המשפט המחוזי לעדותו של המערער, וקבע שהייתה מחושבת, לא שוטפת ונגועה בסתירות. כמו כן התייחס בית המשפט המחוזי להתנהגותו של המערער בבית המשפט ולתגובותיו במהלך עדותו של המתלונן, אשר מהן התרשם כי המערער היה קשור לאירוע.

11. על בסיס הרשעתו בדין, השית בית המשפט המחוזי על המערער עונשים כדלקמן: בגין העבירה של מעשה מגונה - עונש של 30 חודשי מאסר בפועל ו-18 חודשי מאסר על תנאי כשהתנאי הוא שלא יעבור תוך שלוש שנים מיום שחרורו עבירת מין כנגד קטינים; ובגין העבירה של הפרת צו פיקוח - עונש של 6 חודשי מאסר בפועל (במצטבר) וכן 6 חודשי מאסר על תנאי כשהתנאי הוא שלא יעבור תוך שלוש שנים מיום שחרורו עבירה לפי חוק ההגנה על הציבור. כמו כן, הורה בית המשפט המחוזי להפעיל עונש של 18 חודשי מאסר על תנאי שהוטל על המערער בפסק הדין שניתן בבית משפט זה ביום 6.1.2005 (ע"פ 925/04). בית המשפט המחוזי קבע כי שנה מתוך עונש זה תצטבר לעונש המאסר בפועל של 3 שנים שהושת עליו, ואילו שישה חודשים נוספים יופעלו בחופף לו, ולפיכך גזר על המערער תקופה כוללת של 4 שנות מאסר בפועל (לצד עונשי המאסר על תנאי כמפורט לעיל). כמו כן, חייב בית המשפט המחוזי את המתלונן בתשלום פיצויים של 5,000 שקל למתלונן.

12. הערעור שבפנינו כוון כנגד הכרעת הדין, והתבסס כל כולו על הטענה שהמערער זוהה בטעות כתוקפו של המתלונן. המערער אינו כופר במהימנותו של המתלונן בכל הנוגע לעדותו כי אכן חווה אירוע של תקיפה, אך טוען כי לא ניתן ללמוד מכך על מהימנות הזיהוי, בכל הנוגע לפן האובייקטיבי שלו.

13. ראשית, טוען המערער כי המתלונן לא מסר פרטים תיאוריים מיוחדים שיש בהם כדי לזהות את תוקפו בעת שתיאר אותו לאנשים אחרים, מלבד היותו של התוקף אדם מבוגר בעל "חזות חרדית". כמו כן, טוען המערער כי הפנייה לבתי כנסת שונים מלמדת על "גישוש באפילה" המעלה ספק אם המתלונן אמנם חקק בזיכרונו את מראהו של התוקף. המערער עצמו, שביקש את רשות הדיבור, טען בדיון שהתקיים בפנינו כי תמוה הדבר שהוא תואר על-ידי המתלונן כ"בעל חזות חרדית" כאשר לדבריו הוא אינו נוהג ללבוש חליפה, כמנהג החרדים.

14. שנית, טוען המערער כי פרק הזמן הקצר שבו התרחש האירוע ונסיבותיו לא יכלו לאפשר למתלונן לקלוט את מאפייניו של התוקף במידה מספיקה המאפשרת זיהוי. לשיטתו, כל אחד משלושת "תתי המפגשים" בין המתלונן לתוקף לא יכלו להספיק לצורך זה. לטענת המערער, במפגש הראשון במקלחות בין השניים המתלונן כלל לא התעכב על מראהו של התוקף; במפגש השני במקווה התוקף עמד כשגבו מופנה למתלונן, מלבד ברגע התקיפה, שהיה קצר ביותר; לגבי המפגש השלישי במקלחות נטען כי המתלונן לא הוסיף להביט בתוקף.

15. שלישית, טוען המערער כי נסיבות זיהויו בבית הכנסת לאחר החיפוש אחריו היו כאלה שכבלו מראש את שיקול דעתו של המתלונן וכיוונו אותו לזהות את המערער - האדם הראשון שאותו ראה עם הכניסה למקום שבו זוהה. לטענת המערער, אף אחד מן הנוכחים בבית הכנסת לא היה דומה למערער, ומלבד המערער כולם עמדו כשגבם מופנה למתלונן בעת שזה נכנס למקום. המערער מציין גם כי המתלונן ידע שהוא בדרך לפגוש אדם אשר פגע בקטינים בעבר, עובדה שהיה בה להשפיע על הזיהוי גם כן. לגבי תגובתו במעמד הזיהוי, טען המערער כי הסתרת פנים היא חלק ממנהג המתפללים במהלך תפילת שמונה עשרה, ואילו הרעד בלחיו ניתן להסבר לרקעה של מחלת הסכרת שממנה הוא סובל. מכל מקום, לטענת המערער, אין בתגובתו במעמד הזיהוי כדי למלא את החלל הראייתי בהליך הזיהוי הפגום.

16. בנוסף לכך טוען המערער כי המשטרה הייתה צריכה לאשש את הזיהוי באמצעות מסדר זיהוי טרם עריכת העימות בינו לבין המתלונן. זאת, הן בשל הזמן שחלף בין אירוע התקיפה למעמד הזיהוי בבית הכנסת והן בשל הפגמים שנפלו במעמד הזיהוי עצמו, המפחיתים, כך נטען, ממשקלו.

17. מנגד, המדינה סומכת ידיה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי וטוענת כי דין הערעור להידחות.

18. בפתח טיעונה הצביעה באת-כוח המדינה על כך שאין עילה להתערבות בממצאי המהימנות שקבע בית המשפט המחוזי. לדבריה, עדותו של המתלונן הייתה מפורטת ועקבית, ותיאורו את האירוע מבהיר כי זכר אותו היטב. כמו כן, היא מציינת כי המתלונן העיד הן בבית המשפט המחוזי והן בעימות עם המערער כי הוא מזהה אותו בוודאות, וכי גם תגובתו במעמד הזיהוי שבה ברח מן המקום מעידה על כך.

19. באשר ליכולתו של המתלונן לזהות את המערער מצביעה באת-כוח המדינה על כך שהמפגש במקווה היה מורכב מכמה מקטעים - לרבות המפגש במקלחות, ולכן אין לתארו כמפגש קצר וחטוף. באת כוח המדינה מציינת כי מפגשים אלה כללו שיחה, וכי אף במנוסתו של המתלונן למקלחות הוא הביט לאחור וראה את התוקף כשהוא רודף אחריו.

20. באשר לזיהוי בבית הכנסת מצביעה באת-כוח המדינה על כך שהמתלונן לא כוון לזהות את המערער דווקא, ולאמיתו של דבר לא זיהה אף אחד מבאי בית הכנסת הקודם שאליו הגיע עם ר', על אף שידע שנמצא שם אדם אשר פגע בקטינים בעבר. גם עם הגיעו לבית הכנסת השני ידע המתלונן, כך נטען, כי ייתכן שלא זיהה שם את תוקפו, ועל כן שיקול דעתו לא היה כבול. כמו כן, חוזרת ומציינת באת כוח המדינה כי בעת הכניסה למקום לא הצביע ר' על המערער וביקש התייחסות אליו דווקא, וכי תגובתו של המערער במעמד הזיהוי מחזקת את הזיהוי.

דין והכרעה

21. לאחר ששקלנו את הדברים הגענו לכלל דעה כי דין הערעור להידחות.

22. בעיקרו של דבר, לא מצאנו עילה להתערב בממצאי המהימנות של בית המשפט המחוזי. בית משפט זה קבע בעבר כי מהימנות הזיהוי נבחנת בשני מישורים - המישור הסובייקטיבי והמישור האובייקטיבי. במישור הסובייקטיבי, נבחנת מהימנותו הכללית של העד, לרבות יכולתו להטביע בזיכרונו רשמים חזותיים ולזהות אנשים על פי חזותם. במישור זה יינתן משקל גם לביטחונו של העד המזהה בזיהוי. במישור האובייקטיבי, נבחנת השאלה האם התנאים והנסיבות האובייקטיביות תרמו או הביאו להטעייתו של העד המזהה (ראו: ע"פ 2098/08 פרעוני נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (28.12.2011); ע"פ 9040/05 אוחיון נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (7.12.2006); ע"פ 5933/11 איטל נ' מדינת ישראל, פסקאות 65-66 (26.6.2014); ע"פ 8902/11 חזיזה נ' מדינת ישראל, פסקאות 48-49 (15.11.2012); ע"פ 5606/10 בוניפד נ' מדינת ישראל, פסקה 24 (19.12.2012)). בנסיבות העניין, קבע בית המשפט המחוזי מעבר למהימנותו הכללית של המתלונן כי פניו של התוקף נחרתו בזיכרונו של המתלונן והוא זיהה באופן ודאי את המערער. כן נקבע כי המתלונן יכול היה לשלול את זיהויו של המערער, כפי שכבר שלל זיהויו קודם בעבר. בית המשפט המחוזי הוסיף שאף אם עברו הפלילי של המערער עורר את חשדו של ר', לא הייתה לכך השפעה בפועל על המתלונן.

23. בנוסף לכך, וחשוב אף יותר: מקובלות עלינו טענותיה של באת-כוח המדינה באשר לכך שהמפגש של המתלונן עם תוקפו במקווה היה עשוי מספר מקטעים, ולכן אפשר את "הטבעת" הזיכרון אצלו. דין טענותיו של המערער כי כל מקטע כזה היה חטוף ולא הספיק לצורך חריטת הזיכרון אצל המתלונן להידחות. חיבורם של שלושת מקטעים אלו, יוצר רצף של אירועים, שאף אם כל אחד מהם היה קצר, יכלו לבסס רושם וזיכרון בנוגע למראה התוקף אצל המתלונן.

24. באשר לזיהוי שנערך בבית הכנסת, יש להודות בכך שהוא לא עמד בדרישות של מסדר זיהוי במשטרה על כל כלליו ודקדוקיו. אולם, אין להתפלא על כך - שהרי הוא נבע מפעילות בלתי פורמאלית כמתואר. במקביל, לא ניתן לומר שהליך הזיהוי היה פגום מכל וכל, בעיקר בשים לב לכך שהמערער לא היה האדם היחיד בחדר, ואף קירבתו לכניסה לא כוונה מראש על-ידי איש. המתלונן אף לא נחפז לזהות אדם אחר בבית הכנסת הקודם שאליו הגיע עם חברו רק בשל "הרצון לזהות". המתלונן ידע כי ישנה אפשרות שהאדם אשר תקף אינו במקום, ולכן יכול היה לשלול זיהוי מבלי שהדבר ייחשב ל"כישלון", כפי שאכן עשה במקרה הקודם.

25. לא מצאנו לנכון לקבל גם את טענת המערער לפיה צריך היה לערוך במקרה זה מסדר זיהוי משטרתי. רס"ב אבסלנדר התייחסה בעדותה במשפט לקושי הכרוך בעריכת מסדר זיהוי לאחר שהמתלונן כבר זיהה את המערער בבית הכנסת. נראה, כי אכן לא מדובר במקרה שבו חלה חובה לערוך מסדר זיהוי. בית משפט זה קבע בעבר, שאין טעם בעריכת מסדר זיהוי על רקע של "היכרות מוקדמת" (ראו למשל: ע"פ 3578/11 סטרוק נ' מדינת ישראל (13.8.2012)). על פי רציונאל זה, אין הכרח במסדר זיהוי גם בנסיבות שבהן נפגש העד עם החשוד במעשה לפני עריכתו של מסדר הזיהוי במשטרה. מפגש מוקדם מסוג זה מעלה חשש שהעד מזהה את מי שפגש במפגש המוקדם. לכן, מסדר זיהוי על רקע כזה יהיה בעל משקל נמוך מאוד, אם לא אפסי (ראו: יעקב קדמי על הראיות - הדין בראי הפסיקה כרך ג' 1194 (2009)).

26. בשולי הדברים נציין כי אף לא מצאנו שתיאורו של המערער, אדם מזוקן החובש כיפה שחורה גדולה, כ"בעל חזות חרדית" היא רחוקה מן המציאות. למצער, ניתן לומר כי ניתן לראות בו תיאור סביר.

27. דין הערעור להידחות, אם כן. נחזור ונציין כי לא היה בפנינו ערעור על גזר הדין, כך שהמערער יוסיף לשאת בעונו כמפורט בפסקה 11 לעיל.

28. בשולי הדברים, אנו מוצאים לנכון להעיר, כי המציאות המשתקפת מן הרקע העובדתי, היינו ש"ידועים" בקהילה אנשים החשודים כפוגעים בילדים ושנעשות פעולות לטיפול בבעייתם במישורים לא-פורמאליים, כדוגמת עזיבה של העיר, היא טורדת מנוחה. האם, חלילה, דמם של ילדי עיר אחרת סמוק פחות? יש להוסיף ולעשות כל מאמץ - הן במישור החינוכי והן במישור האכיפתי - כדי להבטיח שחשדות בפלילים יטופלו בערוצים המתאימים לכך, לטובת הציבור וביטחונו. המסר בעניין זה לציבור הוא חד-משמעי: כאשר קיים מידע על ביצוע עבירות מין חמורות, קל וחומר כאשר הן נעשות בקטנים, יש להעבירו למשטרה.

ש ו פ ט ת

השופט א' חיות:  
אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט א' רובינשטיין:

אני מסכים, לרבות להערתה החשובה של חברתי בסיפה.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז.  
עמוד 6

ניתן היום, ח' בתשרי התשע"ה (2.10.2014).

שופטת

שופטת

שופט

---