

ע"פ 5668/14 - באטה מיכאלי נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5668/14

לפני: כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית

המערער: באטה מיכאלי

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-
יפו (כב' סגן הנשיא ע' מודריק) מתאריך 02.07.2014
ב-ת"פ 49177-12-13

תאריך הישיבה: ט"ז בחשון התשע"ה (09.11.2014)

בשם המערער: עו"ד דן גרינברג

בשם המשיבה: עו"ד עילית מידן

פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד בתל-אביב-יפו (כב' סגן הנשיא: ע' מודריק). בגדרי הכרעת הדין הורשע המערער בביצוע שוד. בעקבות הרשעתו זאת נידון המערער לעונשים הבאים: 28 חודשי מאסר בפועל, אשר מנינם החל מיום מעצרו בתאריך 21.12.2013, 18 חודשי מאסר על תנאי למשך 3 שנים מיום שחרורו ממאסר (כשהתנאי הוא שהמערער לא יעבור עבירה שיש בה יסוד של אלימות והיא פשע, או עבירה כנגד רכוש שהיא פשע), וקנס בסך של 750 ש"ח. כמו כן נקבע כי המערער ישלם למתלוננת פיצויים בסך 2,250 ש"ח.

הערעור שבפנינו מכוון הן כנגד הכרעת הדין והן כנגד גזר הדין. יצוין כי לצד הערעור הוגשה מטעם המערער גם בקשה להגשת ראיות נוספות.

להלן יפורטו הנתונים הנדרשים להכרעה במכלול.

הרקע העובדתי

2. בתאריך 25.12.2013 הוגש לבית המשפט המחוזי הנכבד, כתב אישום כנגד המערער (שהוא ממוצא אפריקאי), המייחס לו ביצוע שוד (עבירה לפי סעיף 402(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977). על פי המתואר בכתב האישום, בתאריך 21.12.2013 בשעה 4:45 לפנות בוקר לערך, המתלוננת הלכה לבדה ברחוב נחלת בנימין בתל-אביב לאחר שחזרה מעבודת לילה, כשעל כתפה תלוי תיק צד מבד. בתיק היו מצלמה וארנק אדום, אשר בו: סכום של כ-1,700 ש"ח במזומן, שני שיקים, כרטיס זיכוי, כרטיס אשראי ותעודות שונות. המערער, כך נטען, התקרב למתלוננת מאחור, אחז בתיק ומשך בו בכוח עד שרצועת התיק נקרעה, נטל את התיק הקרוע על תכולתו ונמלט מהמקום.

3. להשלמת התמונה אציג גם את העובדות העולות מהראיות ומהעדויות שהוצגו בפני בית המשפט קמא הנכבד ונוגעות לאירועים שהתרחשו לאחר קרות השוד, אשר לגביהן לא התעוררה מחלוקת:

(א) לאחר שהמתלוננת התעשתה מהאירוע, היא הזעיקה את החבר שלה ולאחר מכן את המשטרה. המתלוננת מסרה לשוטרים תיאור של שודד כהה עור, הלובש קפוצ'ון כחול, מכנסי ג'ינס ונועל נעלי ספורט. כן סיפרה המתלוננת על התיק שנשדד ועל תכולתו.

(ב) השוטרים הסיעו את המתלוננות ברחובות שבזירת ההתרחשות במטרה לנסות ולאתר חשודים. אדם מסוים נדמה היה לה כשודד, אך משהתקרבה הניידת אליו התברר לה שטעות בידה.

(ג) במהלך הנסיעה, אותר חשוד (הוא המערער) על ידי ניידת סיור אחרת. לטענת אחד מהשוטרים שתפסו את המערער, המערער נראה כמי שמנסה להסתתר. במרחק מסוים מהמקום בו אותר המערער, נמצאו פריטים, אותם זיהתה המתלוננת כחלק מהפריטים שנשדדו ממנה, כאשר סכום הכסף המזומן לא נמצא בארנק.

(ד) לפי דו"ח הפעולה שרשם השוטר שתפס את המערער, הרי שכאשר הוא שם את ידו על חזהו של המערער הוא חש שדפיקות הלב של המערער בעת התפיסה היו מהירות. בחיפוש בכליו של המערער נמצאו שטרי כסף בסכום כולל של 3,000 ש"ח, שהיה מורכב מ-28 שטרות של 100 ש"ח, ושטר אחד של 200 ש"ח (יצוין כי המערער עצמו טען במטרה כי היה בידו סכום של 3,200 ש"ח). כמו כן נמצא ברשותו מסמך הנחזה כתלוש משכורת שהונפק עבורו,

מתאריך 9.12.2013, אשר משקף שכר "נטו לתשלום" של 3,604 ש"ח.

4. למחרת יום השוד, בתאריך 22.12.2014, בסביבות השעה 13:00, הגיעה המתלוננת למשטרה על מנת לערוך "מסדר זיהוי תמונות" (להלן: מסדר הזיהוי). במסדר הזיהוי זיהתה המתלוננת את תמונת המערער תוך כ-40 שניות. לאחר מסדר הזיהוי מסר עורך המסדר למתלוננת שהאדם שזוהה בידה הוא אכן החשוד שנתפס. לאחר מכן מסרה המתלוננת את הודעתה בעניין מסדר הזיהוי ועומתה עם המערער.

תיאור ההליך בפני בית המשפט המחוזי הנכבד

5. כאמור, בית המשפט המחוזי הנכבד הרשיע את המערער בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום. הראיה המרכזית עליה ביסס בית המשפט את הרשעתו של המערער היתה זיהויו של המערער במסדר זיהוי התמונות בידי המתלוננת. את הסתמכותו של בית המשפט המחוזי הנכבד על מסדר הזיהוי ביסס בית המשפט על ארבעה נימוקים:

(א) תוקפו של זיהוי המערער בידי המתלוננת: בית המשפט קבע כי המתלוננת, אשר על פי עדותה, התבוננה בשודד משך כ-3 שניות פנים אל פנים, חרטה את מראה פניו בזיכרונה. בית המשפט ציין כי במסדר הזיהוי הוצבה תמונתו של המערער בין תמונותיהם של אנשים אחרים, שיש להם דמיון כללי למראה פניו של המערער, והמתלוננת בחרה להצביע, בלי היסוס, על המערער. עוד ציין בית המשפט כי הזיהוי נערך זמן קצר לאחר התרחשות השוד, ומבלי שהיתה השפעה שיש בה הטיה על המתלוננת, עובר לעריכת מסדר הזיהוי.

(ב) מקום תפיסתו של המערער: המערער, אותו זיהתה המתלוננת במסדר הזיהוי, נתפס כחשוד בקרבת זירת השוד זמן קצר יחסית אחרי שהשוד התרחש.

(ג) מראהו ולבושו של המערער: המערער נמצא קרוב לזירת השוד כשתיאורו ולבושו הולמים את תיאורו של השודד, כפי שמסרה המתלוננת.

(ד) סכום הכסף שנמצא ברשות המערער: ברשות המערער נמצא סכום כסף מזומן, בשטרות של 100 ש"ח, וכן שטר של 200 ש"ח - ה"מתיישבים", לפי קביעת בית המשפט קמא, עם ביצוע שוד של ארנק, שבו שטרי כסף בסכומים הללו.

6. בית המשפט המחוזי הנכבד התייחס גם לשתי עובדות, אשר עלולות היו לכאורה לעורר ספק ביחס לאמינות הזיהוי, ואלו הן:

(א) סוג השטרות שהיו בארנקה של המתלוננת: מהודעתה של המתלוננת עולה כי רוב השטרות בארנקה היו של 200 ש"ח. בעדותה, היא הבהירה שייטכן ולא דייקה בהודעתה זו, אך היא זוכרת שהיו בארנקה לפחות מספר שטרות של 200 ש"ח. אלא שאצל המערער נתפס רק שטר אחד של 200 ש"ח.

(ב) הסכום שנמצא ברשות המערער: הסכום שנמצא אצל המערער עמד על כ-3,200 ש"ח (בית המשפט ציין בענין זה את הסכום, כפי שהופיע בהודעת המערער במשטרה, ולא כפי שנמסר בדו"ח הפעולה שרשם השוטר שתפס את המערער) - סכום ההולם את שכר העבודה שקיבל כשבועיים קודם לכן, ולא את הסכום שהיה בארנקה של המתלוננת.

חרף העובדות הנ"ל, בית המשפט קמא הנכבד קבע כי אין בהן כדי לטעת בזיהוי ספק שבכוחו לזכות את המערער, וכך נימק בית המשפט קמא הנכבד את קביעתו זו:

"[המתלוננת] עבדה כמלצרית, ולפי עיסוקה החזיקה ברשותה סכומי כסף במזומן. היא לא ערכה ספירה ולא ציינה לעצמה את הרכב השטרות בארנקה לפני שיצאה לדרכה. הציין שרוב השטרות בארנקה היו בני 200 ש"ח היה פרי הידיעה הכללית שלה על הרצון המתמיד כמלצרית (עליו היא העידה - ח"מ) לרכז את הכסף בשטרות בערכים גבוהים. היה לה זיכרון כללי שהיו שטרות בני 200 ש"ח ואכן שטר כזה נמצא אצל [המערער]. לא מן הנמנע שזיכרונה הטעה אותה בנקודה זו.

גם המשכורת אינה מקימה קושי מיוחד. שבועיים חלפו למן תשלום המשכורת. [המערער] נמצא מחזיק ברשותו 3,200 ש"ח במזומן שזה רוב המשכורת. הסבירות שהוא הגיע לסכום הזה כששלל השוד צורף לכסף שנותר בידו מן המשכורת נראית גבוהה".

7. נוכח כל האמור לעיל, בית המשפט המחוזי הנכבד הרשיע את המערער, ובתאריך 2.7.2014 השית עליו את העונשים שהוזכרו בפסקה 1 שלעיל.

מכאן הערעור שלפנינו.

טענות ב"כ המערער בענין הכרעת הדין

8. אקדים ואומר כי חלק מההשגות שביקש להעלות ב"כ המערער נסמכות על ראיות אותן רצה להגיש במסגרת הליך זה. מכיוון, שכפי שיובהר להלן, הנני סבור שאין להיעתר לבקשת ב"כ המערער בענין זה, ונוכח תוצאת פסק הדין - לא הבאתי פירוט של טענותיו אלו, ככל שהן נסמכות במישרין על הראיות הנוספות.

9. הטענה המרכזית של ב"כ המערער הינה כי מסדר הזיהוי שנערך, ואשר עליו מושתתת הרשעתו של המערער, איננו יכול לשמש כבסיס להרשעה, זאת מחמת קשיים שהתעוררו בו, וספיקות העולים מתוך מכלול חומר הראיות, כדלהלן:

(א) תוקפו של זיהוי המערער בידי המתלוננת: ב"כ המערער טוען כי לא ניתן לייחס תוקף משמעותי לזיהויו של המערער בידי המתלוננת במסדר הזיהוי, וזאת מהטעמים הבאים:

(1) המתלוננת לא יכולה היתה לזהות את המערער. המתלוננת נחשפה, על פי טענתה, לזהות התוקף, בעת השוד,

למשך כ-3 שניות, כאשר האיזור היה די חשוך, והיא היתה מבוהלת למדי. בנוסף, העובדה שהמערער שייך לקבוצה אתנית ממוצא אפריקאי, מקשה על הזיהוי, ומטילה ספק במהימנות הזיהוי במסדר הזיהוי.

(2) זיהוי המערער במסדר הזיהוי בידי המתלוננת התבסס בעיקר על לבושו של החשוד ולא על מראה פניו. לטענת ב"כ המערער רק שניים מתוך שמונת האנשים שתמונותיהם הוצגו למתלוננת במסדר הזיהוי כשהם לבושים בחולצה שעשויה להידמות לקפוצ'ון שהמתלוננת זיהתה שהשודד לבש (אם כי יודגש יצוין שלאחר עיון בתמונות נראה ששלושה אנשים, מתוך השמונה, נדמים כלובשים קפוצ'ון).

(3) למעשה, לטענת ב"כ המערער, אף המתלוננת בעצמה כלל לא היתה בטוחה בכך שזיהתה את המערער במסדר הזיהוי, אשר ארך כ-40 שניות. ב"כ המערער מציין בהקשר זה, כי סניגורו של המערער דאז, שהיה נוכח במסדר הזיהוי, ביקש לשאול את המתלוננת באיזו מידה של וודאות היא זיהתה את המערער, אולם עורך המסדר סירב להציג שאלה זאת למתלוננת.

זאת ועוד – אחרת. בהודעה שמסרה המתלוננת במשטרה, לאחר מסדר הזיהוי היא אמנם אמרה כי היא בטוחה בזיהוי וכך עלה גם מעדותה בפני בית המשפט. אולם, ביטחון זה נבע, לשיטת ב"כ המערער, מכך שעורך המסדר גילה למתלוננת (בסמוך לאחר הזיהוי, אך טרם מסירת הודעתה בקשר לכך), כי האדם שאותו היא זיהתה במסדר הוא אכן החשוד שנתפס בידי המשטרה.

(ב) מקום תפיסתו של המערער: המערער לא נמצא בסמיכות כה רבה למקום הימצאם של הפריטים שנשדדו, אלא במרחק של כ-30-40 מטרים מהם, כפי שעלה מחקירתו של השוטר שאיתר אותם (עמ' 43-44 לפרוטוקול). ב"כ המערער ציין עוד כי המערער נתפס בקרבת המקום בו התגורר (אצל דודו), ועל כן אם אכן הוא זה ששדד את המתלוננת מסתבר היה כי ישוב למקום מגוריו מיד לאחר ביצוע העבירה שיוחסה לו.

(ג) מראהו ולבושו של המערער: לטענת ב"כ המערער מראהו ולבושו של המערער איננו תואם את התיאור שמסרה המתלוננת בהודעתה במשטרה, או בעדותה בבית המשפט. למערער ישנו שיער מתולתל, ולא שיער קצוץ, כפי שנמסר למשטרה בתחילה. לקפוצ'ון של המערער היה מחובר כובע גדול, והמתלוננת טענה כי לא הבחינה בכובע. המתלוננת ציינה בחקירתה הראשית כי למערער היה צעיף, כאשר אין מחלוקת שלמערער לא היה צעיף בעת שנתפס.

(ד) הפריטים שנמצאו ברשות המערער: כפי שציין בית המשפט קמא, בין שטרות הכסף שנתפסו אצל המערער היה רק שטר אחד של 200 ש"ח, ועובדה זו איננה תואמת את דברי המתלוננת בהודעתה הראשונה, לפיהם רוב השטרות בארנקה היו בני 200 ש"ח. עוד מציין ב"כ המערער כי הן המצלמה והן כרטיס האשראי שהיו בתיקה של המתלוננת, לטענתה, לא נמצאו אצל המערער, או בקרבת התיק – וגם בכך יש כדי להטיל ספק בהרשעתו.

(ה) טביעות אצבע על התיק שנשדד: המשיבה לא הגישה לבית המשפט ראיות המלמדות כי נמצאו טביעות אצבעות של המערער על התיק שנשדד.

(ו) מהימנותה של גרסת המערער: גירסתו של המערער היתה רצופה ואחידה לכל אורך חקירתו, ובכל שלבי החקירה הוא הכחיש כל מעורבות באירוע השוד.

10. בנוסף לאמור - ב"כ המערער ציין כי לגישתו, התבצעו מספר מחדלי חקירה, אשר גם בהם יש כדי לערער את ההרשעה. בין היתר מציין ב"כ המערער כי לא נלקחו טביעות אצבעות משטרות הכסף שנתפסו אצל המערער, וכי הקפוצ'ון של המערער, אשר הוביל לחשד הראשוני במערער, לא הוגש כמוצג; לטענת ב"כ המערער, בזירת השוד היו מצלמות אבטחה, אך לא נעשה במסגרת החקירה מאמץ להשיג את קטעי הצילום הרלבנטיים.

11. לבסוף, ב"כ המערער ביקש כאמור גם להוסיף ראיות שונות, המצויות בתיק החקירה, אך לא הוגשו כראיות לבית המשפט קמא. ב"כ המערער טען כי אמנם אין סיבה המניחה את הדעת מדוע לא הוגשו ראיות אלה בפני בית המשפט קמא, אך לטענתו הראיות היו ידועות למשיבה, והן נדרשות לצורך זיכוי של המערער ועל כן קבלתן מתבקשת לשם עשיית צדק.

טענות ב"כ המשיבה בענין הכרעת הדין

12. ב"כ המשיבה סומכת את ידיה על הכרעת דינו של בית המשפט קמא הנכבד. בהקשר זה מציינת ב"כ המשיבה כי מדובר במי שנעצר בסמוך למקום השוד, בסמיכות זמן לאירוע השוד, כשהוא מנסה להסתתר ויש לו דפיקות לב מהירות, וכאשר הפריטים שנשדדו נמצאו בקרבתו.

עוד מטעימה ב"כ המשיבה כי יש לתת משקל רב למסדר הזיהוי, לעובדה שהמתלוננת ציינה בעדותה כי פניו של השודד נחרטו בזיכרונה ולכך שהמתלוננת לא התלבטה בין שתי תמונות שונות במסדר הזיהוי, אלא הצביעה תוך זמן קצר רק על תמונתו של המערער. בנסיבות אלו, טוענת ב"כ המשיבה כי ראיית מסדר הזיהוי יכולה לעמוד לבדה.

ב"כ המשיבה טענה עוד, כי מכיוון שלמערער לא היה, כנראה, צורך בכרטיס האשראי של המתלוננת או במצלמה שלה (בה יש תמונות של המתלוננת), ניתן להניח כי הוא זרק אותם בצד הדרך - ואין בעובדה שהפריטים הללו לא נמצאו בכליו כדי לעורר ספק בדבר היותו מי שביצע את מעשה השוד.

בעניין סוג השטרות שנתפסו אצל המערער אל מול סוג השטרות שהמתלוננת טענה שנשדדו ממנה, טוענת ב"כ המשיבה כי המתלוננת לא זכרה במדויק את סוג השטרות שהיו בידה, ולכן גם בנתון זה אין כדי לגרוע מההרשעה.

ביחס לטענת ב"כ המערער לפיה המתלוננת תיארה בעדותה את השודד כמי שהיה לו בעת השוד צעיף על אף שלא היה למערער צעיף כשנתפס - ב"כ המשיבה סבורה כי ייתכן ונפלה טעות בפרוטוקול והמתלוננת לא אמרה "צעיף" אלא "צעיר" - ובכל מקרה, טענה כזו היתה צריכה להתברר בערכאה הדיונית.

ביחס לטענה בעניין העדר טביעות אצבעות בתיק שנשדד, ב"כ המשיבה ציינה כי לא נמצאו כלל טביעות אצבעות על התיק, גם לא של אדם אחר.

באשר למחדלי החקירה, המשיבה סבורה כי אין מדובר במחדלים שיש בהם כדי לקפח את זכויותיו של המערער. ובהקשר זה ציינה כי מצלמות האבטחה שהיו במקום, לא היו מכוונות למקום זירת השוד.

13. לבסוף טענה ב"כ המשיבה כי היא מתנגדת לבקשה להוספת ראיות מטעמים של סופיות הדיון, ומשלא נמצאה סיבה מדוע לא הובאו הראיות הללו מלכתחילה בפני בית המשפט קמא.

דיון והכרעה

14. לאחר עיון בחומר שהונח בפנינו, ולאחר שמיעת את טיעוני הצדדים בדיון שנערך בפנינו - הנני סבור כי דין הערעור בעניין הכרעת הדין להתקבל, ויש לזכות את המערער, מחמת הספק, מהעבירה שיוחסה לו, וכך אף אציע לחברי שנעשה (זאת, מבלי להטיל ספק בעובדה שהמתלוננת אכן נשדדה, כפי שהעידה). משהתקבל הערעור בעניין הכרעת הדין - מתייטר ממילא הדיון בערעור על גזר הדין.

טרם שאפרט את נימוקי להכרעתי זו אקדים ואומר, כי לצורך ההכרעה לא נדרשתי לראיות הנוספות אותן ביקש המערער להגיש, ועל כן אין עוד צורך להכריע בבקשה זו. יחד עם זאת, יש מקום להעיר, כי על פניו, המערער לא הצליח להצביע על סיבה, אשר בעטיה היה מקום לקבל את הראיות הנוספות, וזאת במיוחד לאור העובדה שלא הוצגה בפנינו כל סיבה המניחה את הדעת, מדוע לא הוגשו הראיות הללו בפני הערכאה הדיונית.

סוג השטרות שהיו בארנקה של המתלוננת

15. הטענה המרכזית, שלטעמי, מטילה ספק בהרשעתו של המערער, הינה זו המתייחסת לסוג השטרות שהיו בארנקה של המתלוננת. בית המשפט קמא הביא בעניין זה הן את דבריה של המתלוננת בהודעתה במשטרה והן את דבריה בעדותה בפני בית המשפט, ומפאת חשיבות הדברים, אף אני אביא מהם כלשונם. בהודעתה במשטרה מסרה המתלוננת כך:

"היה לי ארנק אדום דמוי עור נחש בו תעודת זהות על שמי... אני חושבת שהיה לי סכום של כ-1700 שקל בארנק. אני ממלצרת ותמיד יש עלי מזומן. לדעתי רוב הסכום היה בשטרות של 200...". (ההדגשה שלי - ח"מ)

בעדותה בפני בית המשפט קמא (מתאריך 10.3.2014, כחודשיים לאחר האירוע), אמרה המתלוננת כך:

"אני, אני לא כל כך זוכרת איזה שטרות היו לי שם, אני... אני זוכרת שהיו לי שטרות של 200, אני לא זוכרת... אני זוכרת שאמרתי שהיו לי שטרות של 200.. אבל היום כשאני חושבת על זה, אני לא בטוחה במדויק. אני ממלצרת זה משהו, כסף זה משהו שהוא כל הזמן דינמי אצלי בארנק. אני לא זוכרת במדויק..."

אני פשוט חושבת שהייתי מאד לחוצה. באותו זמן הרגשתי שאני חייבת לתת תשובות לשוטרים. הם רצו פרטים כמה שיותר מדויק. אבל אני לא בטוחה במדויק, אם זה היה יותר מאה או יותר מאתיים. אני זוכרת שהיו שם כמה 200. אולי

הרוב זו לא תשובה מדויקת. אני כן חושבת שאולי זה היה הרוב בגלל שאנחנו תמיד פורטים את הכסף לכמה שיותר גדול במלצרות מן הסתם".

(עמודים 16-19 לפרוטוקול; ההדגשות שלי - ח"מ)

העולה מדבריה של המתלוננת, כי בין אם נקבל את דבריה, כפי שנאמרו בהודעה במשטרה, כשהאירוע עוד טרי בזיכרונה, ובין אם נקבל את הגירסה של המתלוננת בבית המשפט, לפיה היו בידיה רק כמה שטרות של 200 ש"ח - אין הדברים מתיישבים עם סוג השטרות שנמצאו אצל המערער, אשר כללו רק שטר אחד של 200 ש"ח. יודגש כי, המערער נתפס זמן קצר לאחר אירוע השוד, והחשדות יוחסו לו, בין היתר, מכיוון שהתיק שנשדד נמצא בקרבתו. מכאן, כי אין מקום לסברה שהמערער הספיק לפרוט את השטרות אותם שדד לכאורה, והדבר אף לא נטען על ידי ב"כ המשיבה.

בית המשפט המחוזי הנכבד התייחס לקושי זה, וקבע כי על אף האמור, לא מן הנמנע שזיכרונה של המתלוננת הטעה אותה, ובפועל היה לה רק שטר אחד של 200 ש"ח.

מסכים אני לקביעתו של בית המשפט המחוזי הנכבד כי לא מן הנמנע שזיכרונה של המתלוננת הטעה אותה. יחד עם זאת, דומה בעיני, כי די בחוסר ההתאמה הנ"ל כדי לעורר ספק סביר בתרחיש לפיו המערער הוא שביצע את השוד. כפי שאראה מיד, לאור מכלול הראיות, ונכח הספק האמור - לא ניתן לשלול את האפשרות שאדם אחר הוא אשר שדד את המתלוננת, זרק את התיק ואת הארנק, ונמלט מהמקום מבלי להיתפס, בעוד שסכום הכסף שנתפס אצל המערער אכן התקבל במסגרת המשכורת שקיבל המערער מהמעסיק שלו. אפרט הדברים להלן.

תוקפו של מסדר זיהוי התמונות

16. הראיה המרכזית שעמדה בבסיס הרשעתו של המערער היתה, כאמור, מסדר זיהוי התמונות. באופן עקרוני, מסדר זיהוי תמונות איננו חף מקשיים, שכן הוא חשוף לתעתועי הזיכרון האנושי ולהשפעות ישירות ועקיפות, אשר יכולים לשבש את מהימנותו של הזיהוי, וזאת גם אם העד מאמין בתוכן עדותו. משכך, עלינו לנקוט משנה זהירות עת אנו מאמצים את תוצאות מסדר הזיהוי (ראו: ע"פ 5933/11 איטל נ' מדינת ישראל בפסקה 64 (26.6.2014) (להלן: ענין אטיל); וראו בהרחבה: דורון מנשה ורביע עאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" משפטים לה, 205 (תשס"ה) (להלן: מנשה ועאסי)).

17. כשאנו בוחנים את תוקפו של מסדר הזיהוי עלינו להתחשב בכלל הגורמים הרלבנטיים, אשר עשויים להצביע על קשיים במסדר הזיהוי, בין הגורמים הללו ניתן למנות את הגורמים הבאים: יכולתו הסובייקטיבית של המזהה לחקוק בזיכרונו את זהותו של הנאשם, מידת בטחונו של המזהה בזיהוי שנעשה על ידו, היכרות מוקדמת בין המזהה לבין הנאשם אשר עשויה להפחית את הסיכוי לטעות בזיהוי, משך הזמן שהעד ראה את הנאשם במהלך האירוע, תנאי הזיהוי (מצב התאורה ותנאי הריאות), המרחק ממנו צפה המזהה בנאשם בעת האירוע, הזמן שחלף בין האירוע לבין הזיהוי וההשתייכות האתנית-חברתית של הנאשם ושל העד המזהה (שכן ישנם מחקרים המוכיחים כי זיהוי אדם מקבוצה אתנית שונה מזו של המזהה נגוע בשיעור טעות גבוה יותר מזה של זיהוי אדם מאותה קבוצה אתנית של המזהה).

ראו למשל: ע"פ 2957/10 אלאטרש נ' מדינת ישראל בפיסקה 59 (30.5.2012); ע"פ 10360/03 שדיד נ' מדינת ישראל בפיסקה 11 (2.3.2006); 2331/08 קסטרו נ' מדינת ישראל בפיסקה 13 (20.4.2009); ענין אטיל, בפיסקאות 65-66, והשוו: דוד מועלם, "מסדר זיהוי", הפרקליט כב 378 (1966).

18. בעניננו, הנני סבור כי, לאור הנסיבות, מסדר זיהוי התמונות איננו מהווה ראייה קונקלוסיבית, זאת מהטעמים הבאים:

- (א) המתלוננת ראתה את השודד במשך כ-3 שניות בלבד, ומסדר הזיהוי נערך למעלה מיממה לאחר קרות השוד.
- (ב) האירוע התרחש בסביבות השעה ארבע לפנות בוקר והאזור היה חשוך (כפי שעולה מהודעתה של המתלוננת במטרה, שתוכנה אושר על ידה בעדותה (עמ' 12 לפרוטוקול)).

(ג) לא ניתן לדעת מה היתה מידת הביטחון של המתלוננת בזיהוי, שכן מיד לאחר הזיהוי עורך המסדר גילה למתלוננת כי האדם אותו היא זיהתה הינו אכן החשוד, וממילא היכולת להסתמך על אמירות שנאמרו על ידי המתלוננת לאחר הזיהוי באשר לזדאאות הזיהוי - נפגמה. כל שניתן לדעת הינו שלמתלוננת לקח משך של כ-40 שניות עד שזיהתה את המערער. בהקשר זה יש גם מקום לציין את העובדה שהסניגור ביקש לשאול את המתלוננת מיד לאחר שנערך המסדר, באיזו מידה היא בטוחה בזיהוי, אך עורך המסדר לא איפשר לו לעשות כן, ואינני קובע כאן מסמרות בשאלה מי צדק משפטית בויכוח שהתעורר בנושא זה.

(ד) כפי שנאמר לעיל, זהותם האתנית השונה של המערער ושל המתלוננת מגדיל את הסיכויים לטעות בזיהוי (ראו: מנשה ועאסי בעמ' 260-261).

קשיים נוספים בתזה שלפיה המערער הוא שביצע את השוד

19. מלבד האמור לעיל, עולים קשיים נוספים בתזה שלפיה המערער הוא אשר שדד את המתלוננת. כך, מהפרוטוקול עולה, על פניו, כי המתלוננת העידה שהשודד היה לבוש צעיף, למרות שלא נמצא ברשות המערער צעיף בעת שתפסו אותו. חרף טענת ב"כ המשיבה בהקשר זה כאן - אעיר כי מי שייצגה את המדינה שם לא ביקשה לתקן את פרוטוקול הדיון וחזקה עליה שהיתה עושה כן אילו סברה שהרישום איננו משקף נאמנה את שנאמר בדיון. לכך יש להוסיף גם את העובדה שלא נמצאו טביעות אצבעות על התיק שנשדד, את העובדה שהמצלמה של המתלוננת לא נמצאה ברשות המערער, ואף לא נמצאה בקרבת התיק שנשדד, וכי המערער התגורר בקרבת המקום בו נתפס, כך שלכאורה לא היתה מניעה כי ינוס לדירתו לאחר ביצוע השוד הנטען. כל אלו מחלישים את התיאור שהציגה המשיבה בבסיס האישום, ומחזקים את הסברה כי יתכן ונוכחותו של המערער במקום היתה תמימה ואקראית, כפי שעולה מגרסתו העקבית של המערער.

מסקנה

20. נוכח כל האמור, הנני סבור כי לא ניתן לומר שאשמתו של המערער הוכחה מעבר לספק סביר, ומשכך אילו

תישמע דעתי עלינו לזכות את המערער, מחמת הספק, ולקבל את הערעור.

שופט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

שופט

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתנה היום, ד' בכסלו התשע"ה (26.11.2014).

שופט

שופט

שופט
