|  |
| --- |
| **בית המשפט המחוזי בירושלים**  **לפני כבוד השופט משה יועד הכהן** |
| [ת"פ 5929-06-12](http://www.nevo.co.il/case/5105133) |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **המאשימה:** | | **מדינת ישראל**  באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים (פלילי)  ע"י ב"כ עו"ד חיים פס |
| **נ ג ד** | | |
| **הנאשם:** | | **ארי-יהודה מרק אימרה**  ע"י ב"כ עו"ד שני פוגודה |
| חקיקה שאוזכרה:  [חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1), [345(ב)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.b.1), [348(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.b)  [חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002](http://www.nevo.co.il/law/98639): סע' [2](http://www.nevo.co.il/law/98639/2), [7](http://www.nevo.co.il/law/98639/7)    **הכרעת דין** | | |

1. בראשית הדברים אציין, כי החלטתי לזכות את הנאשם מחמת הספק, מהעבירה של מעשה מגונה בקטין, אשר יוחסה לו בכתב האישום.

**להלן יפורטו נימוקיי:**

**כתב האישום**

2. נגד הנאשם, ארי יהודה מרק אימרה (להלן: "**הנאשם**") הוגש כתב אישום ביום 5.6.2012 (להלן: "**כתב האישום**"), המייחס לו עבירה של מעשה מגונה בקטין, עבירה לפי [סעיף 348(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.b), בצירוף [סעיף 345(ב)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.b.1) ובנסיבות [סעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז – 1977 (להלן: "**החוק**").

3. יוער, כי בתאריך 31.7.2012 הוגש כתב אישום מתוקן בהסכמה, במובן זה שנוסף עד תביעה נוסף לכתב האישום. בכתב האישום נטען, כי ביום 24.5.2012 סמוך לשעה 16:00, צעד א' כבן 12.5 (להלן: "**המתלונן**" וגם "**א**'") באזור רחוב יפו, כשהוא אוחז באופניו. בשלב מסוים, נכנס המתלונן לסמטה, המובילה לחנות האופניים של אביו, אז הבחין בנאשם.

4. הנאשם שאל את המתלונן האם הוא משחק הרבה זמן עם האופניים, והמתלונן השיב לו שכן. בשלב זה נטען, ניגש הנאשם למתלונן והחל מחבק אותו בחוזקה תוך כדי שהמתלונן מנסה לדחפו ולהשתחרר מאחיזתו, ואילו הנאשם, מנסה לגרור את המתלונן לעומק הסמטה. הנאשם נישק את המתלונן בלחיו ובצווארו ואף ניסה לנשקו על שפתיו, אולם זה, הסיט את ראשו, תוך שהוא נאבק ומנסה להשתחרר מאחיזתו של הנאשם.

5. בהמשך כתב האישום נטען, כי בשלב זה עברו במקום שני אנשים, שזהותם אינה ידועה למאשימה, או אז הרפה הנאשם מאחיזתו במתלונן ועזב את המקום.

6. המאשימה טוענת כי במעשים אלה עשה הנאשם מעשה מגונה בקטין, שטרם מלאו לו ארבע עשרה שנים, שלא בהסכמתו החופשית, לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיני.

**הטענה המקדמית**

7. טרם המענה לאישום טענה ב"כ הנאשם טענה מקדמית, בדבר פגם או פסול בכתב האישום. היא ביקשה למחוק את ראיה מספר 8 ברשימת עדי התביעה. "**פסק הדין ב**[**ת.פ. 8364/08**](http://www.nevo.co.il/case/2416021) **בית משפט השלום בירושלים**", זאת מאחר שלטענתה, ראיה זו "מזהמת" את כתב האישום. בקשה זו נדחתה, בהחלטתי מיום 25.6.2012, אולם בדיון מיום 23.10.2012 הודיע ב"כ המאשימה (עמ' 10 לפרו' ש' 40) כי הוא מוותר על הראיה, וכי לא יגיש את פסק הדין הנדון.

**התשובה לאישום**

8. הנאשם בתשובתו לכתב האישום, שנמסרה מפי באת כוחו, עו"ד פוגודה ביום 12.7.2012, כפר בעבירה המיוחסת לו. ב"כ הנאשם ציינה, כי אין מחלוקת לגבי עצם קרות האירוע המתואר בכתב האישום, אך לדבריה הנאשם אינו התוקף בענייננו, ולמעשה מדובר בטעות כנה בזיהוי.

9. אבהיר, כי מאחר והמחלוקת העיקרית בתיק, הינה האם הנאשם הוא זה שבצע את המעשה המגונה הנטען בכתב האישום כלפי המתלונן, מבצע העבירה ייקרא להלן: "**התוקף**".

**הראיות במבט-על**

10. **מטעם המאשימה העידו**: המתלונן - א', ישיבה מיום 1.8.2012 (עמ' 5-29); החוקר ירון מזרחי (להלן: "**ירון**"), ישיבה מיום 23.10.2012 (עמ' 34-53); אמו של א' – א' ב', ישיבה מיום 23.10.2012 (עמ' 53-61); אחיו של א' – ב' ב', ישיבה מיום 23.10.2012 (עמ' 62-72); אביו של א' – י' ב'. , ישיבה מיום 23.10.2012 (עמ' 87-92); החוקר מיכה הרן (להלן: "**מיכה**") ישיבה מיום 9.12.2012 (עמ' 117-129).

11. כמו כן, הוגשו בהסכמה: הודעת הנאשם במשטרה מיום 1.6.2012 (ת/1); הודעת המתלונן א' במשטרה, מיום 31.5.2012 (ת/2), דו"ח פעולה של רס"ר מימון שושן, מיום 31.5.2012 (ת/3); סיכום הערכה פסיכולוגית של המתלונן, מהימים 13.1.2011, 6.1.2011 (ת/4); עדכון תפקוד של המתלונן בבית הספר לקראת וועדת השמה, ינואר 2012 (ת/5); סיכום עדותו של א' בפני חוקר הילדים מיכה מיום 4.6.2012 (ת/6); תמליל עדותו של א' בפני חוקר הילדים מיכה מיום 4.6.2012 (ת/7); דיסק המתעד את עדותו של א' בפני חוקר הילדים, מיכה, מיום 4.6.2012 (ת/8).

12. **מטעם ההגנה העידו:** הנאשם ארי יהודה אימרה, ישיבה מיום 23.10.2012 (עמ' 78-87 ועמ' 93-102); מר חיים שלום וינר (להלן: "**וינר**"), ישיבה מיום 23.10.2012 (עמ' 102-110).

13. כמו כן, הוגשו בהסכמה: תמונת רחוב מגוריו של א' (נ/1); תמונת הסמטה בה התרחש האירוע (נ/2); טופס מסירת כלוא ללא ת"ז למשמורת שב"ס, מטעם החוקר ירון מיום 1.6.2012 (נ/3); הזמנה לעבודות צילום/הטבעה במשטרה, מיום 1.6.2012 (נ/4); תמונת הנאשם במערכת "אדם", מיום 1.6.2012 (נ/5); דו"ח מעצר של הנאשם על ידי השוטר בן מימון, מיום 31.5.2012 (נ/6); דיסק צילום בגדים של הנאשם, מיום 12.7.2012 (נ/7). בנוסף, הוגש כנספח ב' לסיכומי ב"כ הנאשם, פרוטוקול מדיון המעצר עד לתום ההליכים של הנאשם בתיק [מ"ת 5889-06-12](http://www.nevo.co.il/case/5105132), מיום 2.7.12, בפני כב' השופט ר' כרמל.

**יריעת המחלוקת**

14. למעשה, אין חולק בין הצדדים לגבי עצם התרחשות האירוע המתואר בכתב האישום, ולגבי מהימנות תיאורו של המתלונן את מעשי התוקף כלפיו. המחלוקת העיקרית הינה לגבי זהות התוקף, והאם הוא הנאשם בענייננו. ב"כ המאשימה טוען, כי ניתן לקבוע בוודאות כי הנאשם הוא התוקף, וקיימות די ראיות להרשיעו מעבר לכל ספק סביר. מנגד, ב"כ הנאשם טוענת, כי קיימת שורה של ספיקות לגבי הזיהוי ולפיכך יש לזכות את הנאשם מכל אשמה.

**תמצית סיכומי המאשימה**

15. לעמדת ב"כ המאשימה, יש להרשיע את הנאשם במיוחס לו בכתב האישום, על סמך גרסת המתלונן א'. בנוסף, לטענתו, יש להעדיף את גרסתו של א', על פני גרסת הנאשם.

16. לטענת ב"כ המאשימה גרסתו של א', בן ה-12.5, אותה מסר גם לאחיו, לאמו ולאביו, והם העידו עליה גם בעדויותיהם, היא גרסה אחת ויחידה. בין היתר מסר א' בגרסתו, פרטי תיאור ספציפי של הנאשם: כובע, תיק, זקן ומבטא מיוחד. לטענת ב"כ המאשימה, כל אלו מצביעים על אמינותו ומהימנותו של א' ועל כך שזיהויו את הנאשם כזה שתקף אותו הוא מהימן.

17. לטענת ב"כ המאשימה, ברור כי אין למתלונן כל עניין בהטעיית בית המשפט. הוא אינו מכיר את הנאשם, לא ראה אותו מעולם ואין לו כל סיבה להעליל עליו עלילת שווא. בנוסף, המתלונן מסר גרסה אחידה בעניין הזיהוי בפני מספר אנשים ובעדותו בבית המשפט. בנוסף, משך הזמן הקצר במהלכו התרחש האירוע, עשוי להסביר את הסיבה לכך שהמתלונן זיהה את הפרטים הגדולים והבולטים לעין, זקן קצר, כובע, תיק ומבטא. זאת, בעוד שהמתלונן לא דייק בתיאור הפרטים הקטנים לשיטתו, כגון אמירתו כי לתוקף היו שיניים רקובות בפניו (שעה שלנאשם אין כלל שיניים) וכן טענתו, כי היה פצע או סימן בולט בין עיניו של התוקף (למרות שפצע כזה לא זוהה על פניו בעת מעצרו).

18. בעניין הפצע הוסיף ב"כ המאשימה, כי המתלונן הוא ללא הכשרה רפואית וציין עוד שטבעם של פצעים, נגעים ועקיצות, שהם עוברים עם הזמן. לגבי המבטא של הנאשם טען ב"כ המאשימה, כי המתלונן מסר שלתוקף, היה "מבטא מוזר", "כורדי", "רוסי", "משהו לא ברור" וציין, כי עצם העובדה שלנאשם אין שיניים והוא דובר אנגלית, מקשה את הבנת דבריו. לכן לטענתו, ברור מדוע המתלונן לא הצליח לזהות בבירור את המבטא, כשהנאשם דיבר אליו, במשפט אחד לא ברור, שנאמר בהפתעה. ב"כ המאשימה טען עוד, כי דבר זה מוסיף נופך של אמינות לדברי המתלונן, שהצליח לזהות מבטא לא ברור, אף אם לא את טיבו. לטענתו, חיזוק לכך, נמצא בעובדה שאמו של המתלונן, העידה כי הנאשם בו פגשו בתחנה במשטרה, קילל "משהו ברוסית", וגם היא לא הצליחה לעמוד על טיב המבטא. כמו כן, ציין את עדות אביו של המתלונן, שהעיד כי המתלונן אמר לו מיד בסמוך לאירוע, כי מי שתקף אותו, היה עם מבטא זר, או רוסי.

19. ב"כ המאשימה הוסיף, כי בחקירתו במשטרה (ת/1) וכן בעדותו בבית המשפט, הכחיש אמנם הנאשם כל קשר לאירוע. אולם לטענתו, מסר פרטים היכולים להתאים לגרסת המתלונן. בין היתר, אישר שהיה ברשותו כובע קסקט כחול, תיק גב וכי לעיתים לבש ג'קט. בנוסף, אישר שהיה מסתובב באזור האירוע ואוסף כסף בשעות התואמות לשעת האירוע.

20. ב"כ המאשימה הוסיף, כי אין ללמוד דבר מעד ההגנה וינר, ששימש כשמש בית הכנסת שבו לן הנאשם. זאת מאחר ווינר העיד כי לא היה מודע למעשיו של הנאשם לאורך היום ולסדר יומו. בנוסף העיד וינר, שעל אף שהיו מדברים באנגלית, הוא יודע שהנאשם היה בקשר עם אנשים נוספים. ב"כ המאשימה העיר, כי אין זה נראה סביר, שאדם שנמצא למעלה מ- 20 שנה בארץ, לא יידע לומר משפט קצר בעברית או את המילה "**חמוד**", כפי שטען המתלונן.

21. ב"כ המאשימה שב וטען כי גרסת המתלונן גרסה אחידה. המתלונן תאר אירוע מהיר, שקרה בהפתעה ונקטע על ידי עוברי אורח. בנוסף, המתלונן ראה את הנאשם מספר ימים לאחר האירוע, אך הוא נעלם לפני שהספיק להזעיק את אחיו. מספר ימים נוספים לאחר מכן, איתר המתלונן את הנאשם והזעיק את אחיו. זאת ועוד, המתלונן תאר תיאורים פיזיים של הנאשם והצביע על מבטא, שאף שלא היה חד משמעי לגביו, ברור היה לו כי הוא שונה ואינו ברור. אשר לדברי המתלונן כי לתוקף הייתה גיבנת, טען ב"כ המאשימה, כי המתלונן הסביר בעדותו, כי התוקף הלך עם תיק על גבו והטה את גופו מעט קדימה. בנוסף, העיד המתלונן כי הנאשם לבש את אותם פריטי לבוש, גם כאשר תקף אותו וגם כשנעצר על ידי המשטרה. ב"כ המאשימה ביקש להוסיף על כך את חוות הדעת הפסיכולוגית לגבי המתלונן, שהוגשה בהסכמה, וקבעה בין היתר, שלמתלונן תפיסה חזותית תקינה ויכולת טובה לארגון תפיסתי, של מידע בלתי מילולי (ת/4).

**תמצית סיכומי ההגנה**

22. לעמדת ההגנה, יש לקבוע כי המאשימה לא הרימה את נטל ההוכחה הנדרש על מנת להרשיע את הנאשם במעשה העבירה, ויש לזכותו מהעבירה המיוחסת לו בכתב האישום.

23. ב"כ הנאשם טענה בסיכומיה, כי שילוב של פגמים בזיהוי וכשלים בחקירת המשטרה חייבים להוביל לזיכויו של הנאשם, המתבסס כאמור, כל כולו, על זיהויו בידי א' כתוקף.

24. לגבי הבעייתיות בזיהויו של הנאשם על ידי א' כמי שתקף אותו, הצביעה ב"כ הנאשם על נקודות אלה:

א. העובדה שהמתלונן מסר שלתוקף הייתה גיבנת ולנאשם אין גיבנת. העובדה שהמתלונן מסר שלתוקף הייתה צלקת על מצחו, כאשר לנאשם אין כיום צלקת כאמור, ואף ביום מעצרו לא הייתה לו צלקת, גם על פי המשתמע מעדות החוקר ירון. זאת ועוד, המתלונן מסר שלתוקף היו שיניים רקובות, לבנות וברווחיים ביניהן, הבחין בפסים שחורים. זאת כאשר, אין מחלוקת כי לנאשם אין שיניים כלל, ולדבריו לא היו לו שיניים גם ביום האירוע, והוא אינו משתמש בשיניים תותבות. בנוסף, המתלונן מסר כי לתוקף היה מבטא כורדי, ערבי או רוסי, הדגים בעדותו את הח' הגרונית של התוקף וטען כי התוקף פנה אליו בעברית, כאשר, אין חולק שלנאשם יש מבטא אמריקאי. באשר לתיאור פריטי הלבוש של התוקף לטענתה, אין פרט ברור ואובייקטיבי, הקושר בין התוקף לנאשם. זאת ועוד, שתאור המתלונן למעשה, נעשה בסמוך לאחר שראה את הנאשם בתחנת המשטרה ולאחר שהוא עצמו זיהה אותו והזעיק את המשטרה.

ב. ב"כ הנאשם התנגדה לאבחנה שהציע ב"כ המאשימה בנתחו את עדות המתלונן, לפיה המתלונן זכר פרטים גדולים ובולטים כגון פריטי הלבוש, גובה ומבטא, ואילו בפרטים קטנים יותר, כגון הפצע או המחסור בשיניים, לא הבחין. לטענתה, ההפך הוא הנכון. המתלונן העיד באופן פוזיטיבי על הצלקת הבולטת בין עיניו של התוקף והדגיש, כי שיניו של התוקף היו רקובות. אלו לטענתה, מעידים כי התוקף אינו הנאשם ולכל הפחות, לא ניתן לקבוע זאת באופן פוזיטיבי, על בסיס מצע ראייתי כה רעוע. זאת, בפרט כשמדובר בפרטים ייחודיים וחריגים, שאינם בנמצא אצל רוב האנשים, כגון: גיבנת, צלקת, שיניים רקובות ומבטא ייחודי. זאת שעה שיתר המאפיינים שציין המתלונן - הכובע, התיק, הגובה הממוצע והזקן-הם פחות חריגים וייחודיים.

ג. ב"כ הנאשם העלתה מספר הסברים אפשריים לכך שהמתלונן טעה וזיהה את הנאשם כמי שתקף אותו. בין היתר, ציינה, כי בין המתלונן והנאשם, לא קיימת הכרות מוקדמת, העשויה להפחית את הסיכוי לטעות בזיהוי. משך האירוע היה דקות ספורות, אך משך הזיהוי שנעשה בהמשך, במפגש עם הנאשם, היה ארוך מכך. זווית הראייה של המתלונן כלפי התוקף הייתה בעיקר צדית, שעה שבמהלך הזיהוי הייתה חזיתית. אירוע התקיפה התרחש באור יום, שתנאי ראות שאמורים להיות סבירים, ואילו אירוע הזיהוי נעשה בחשיכה גמורה. באירוע התקיפה היה התוקף במרחק מטרים ספורים מהמתלונן ואחר כך צמוד אליו פנים אל פנים. לעומת זאת, בעת שהמתלונן ניסה לצלם את הנאשם הוא היה מרוחק כמטר ממנו ובאירוע הזיהוי, היה במרחק מספר מטרים ממנו. עוד ציינה את משך הזמן שחלף בין האירוע לבין הזיהוי, כשבוע ימים. היא ציינה גם שמצבו הנפשי של המתלונן בזמן אמת, עת ניסה להתרחק מהתוקף, להדוף אותו מעליו, להשתחרר מאחיזתו ולהימלט מפניו, היה קשה. עוד ציינה, כי מצבו הנפשי של המתלונן בעת הזיהוי, שתואר ע"י אחיו לחוץ, מפוחד ונסער. בכך, היה לדבריה, להשפיע על דיוקו של הזיהוי. עוד הצביעה על השתייכותו האתנית-חברתית של המתלונן, ישראלי צבר ממוצא מעורב מזרחי-ואשכנזי, לעומת תיאורו של התוקף כאדם זר, "כורדי", "ערבי" או "רוסי". זאת, כשהנאשם הינו, לאמיתו של דבר, ממוצא אמריקאי ובעל מבטא אנגלו-סכסי, גם בכך יש לדבריה להשליך על אמינות הזיהוי.

25. ב"כ הנאשם ציינה שורת גורמים נוספים שיש בהם, לשיטתה, להוות תמרור אזהרה, המטיל ספק כבד בזיהוי המתלונן את הנאשם כתוקף:

א. הלך הרוח של המתלונן ותחושתו, כי הוא חייב לתפוס את התוקף בכל מחיר. כפי שעלו מן הראיות, הוביל אותו לזיהוי המוטעה של הנאשם.

ב. דבריהם המטעים של השוטרים, למתלונן ולאמו, עת הגיעו למסור את התלונה, לפיהם לנאשם שזוהה על ידי המתלונן, כבר יש תיק פדופיליה והוא תקף מינית ילד, בעבר. אלו, חיזקו את אמונת המתלונן שמדובר בזיהוי נכון.

ג. היחשפות אפשרית של המתלונן לנאשם קודם לאירוע, שכן הוא אישר שהכיר את שכונת מגוריו של הנאשם וכן את בית הכנסת, שעל גגו התגורר הנאשם טרם מעצרו, ובו נהג אביו להתפלל. בעניין זה הפנתה לעדות אבי המתלונן שציין כי נתקל בנאשם בעבר ולכן לא מן הנמנע שגם המתלונן, נתקל בו בעבר.

26. בעניין כשלי ומחדלי החקירה**,** הצביעה ב"כ הנאשם על מספר נתונים שיש בהם, לדעתה, להעצים את הספק בדבר הזיהוי:

א. העדר בדיקה של המשטרה את המצלמות של תחנת הרכבת הקלה, הממוקמות מעל מקום האירוע, שייתכן והיו שופכות אור על זיהויו של הנאשם ומפריכות או מאששות את טענות המתלונן לגבי תיאורו של התוקף. בעניין זה הפנתה להסברו התמוה, לדבריה, של החוקר ירון בעדותו, לפיו החברה המפעילה של הרכבת הקלה, לא מוכנה למסור למשטרה צילומים, אלא אם מדובר באירועים חריגים. כאשר לטענתו, הוא פונה לחברה רק אם מדובר בעבירות שוד, רצח או "דברים גדולים".

ב. העדר תמונה עדכנית של הנאשם עת נעצר בעקבות זיהויו של המתלונן. לדבריה, מתמונה כזו ניתן היה להיווכח שלנאשם לא הייתה לו צלקת גדולה על המצח בעת המעצר, ולראות בדיוק מה לבש ביום בו נתפס.

ג. אי תפיסת מוצגים חשובים במקום מגוריו של הנאשם. לא נתפסו תיק הגב או הכובע שהיו ברשות הנאשם, ולא נעשה רישום מסודר של פריטי הלבוש, שיכולים היו לספק מידע אובייקטיבי.

ד. חקירתו של הנאשם במשטרה על ידי החוקר ירון, באמצעות מתנדב שתירגם את החקירה מעברית לאנגלית ולהפך כאשר, המתנדב אינו מתורגמן מקצועי. זאת לטענתה, בניגוד להוראות [סעיף 2](http://www.nevo.co.il/law/98639/2) ל[חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים)](http://www.nevo.co.il/law/98639) התשס"ב-2002 (להלן: "**חוק חקירת חשודים"**).

ה. העובדה שחקירת הנאשם לא תועדה באופן חזותי או קולי. ולא ניתן אישור קצין ממונה לאי התיעוד, בניגוד [לסעיף 7](http://www.nevo.co.il/law/98639/7) לחוק חקירת חשודים. בנוסף ובניגוד לדרישת החוק, גם לא נכתב מזכר, המסביר את המחדל. ב"כ הנאשם העירה, כי אין בכוונתה לטעון לפסלות הודעת הנאשם עקב המחדלים, אלא לעצם אופי גביית ההודעה, המצביע על אופייה הרשלני של החקירה.

ו. הנאשם בחקירתו מסר לחוקר ירון שם של עד, שיכול היה להעיד על התנהלותו היומיומית ואולי אף לספק לו אליבי. אולם טענת האליבי לא נבדקה. יצויין, כי המדובר בעד ההגנה וינר שהעיד מטעמו של הנאשם.

ז. היעדר "אחראי חקירה" בתיק הנדון, שירכז את החקירה, ייתן הנחיות לביצוע פעולות לבירור זהות התוקף. בנוסף, לא נבדק כלל אם תיאורו של התוקף, תואם לתיאור הנאשם וכלל לא התייחסו להמלצת חוקר הילדים, לערוך מסדר זיהוי.

ח. עדות חוקר הילדים מיכה, שלא בדק, לדבריה, את סוגיית האובייקטיביות של הזיהוי על ידי המתלונן, במובחן מקביעת המהימנות הסובייקטיבית של עדותו.

27. ב"כ הנאשם הוסיפה וטענה, כי המאשימה לא הצליחה להפריך את גרסת הנאשם או את עדות עד ההגנה, וינר. העובדה שהנאשם אינו דובר עברית, שלא היו על פניו פצע או צלקת בסמוך למועד האירוע. עוד ציינה את תיאורו של הנאשם לגבי הבגדים שלבש בעת מעצרו, תיאור שלא תאם את תיאורו של המתלונן. היא גם הדגישה את העובדה שעל אף שהנאשם הבחין במתלונן בשעה שצילם אותו, באותו ערב בו נעצר, לא פעל להסתיר את עצמו או לברוח מהמקום. הנאשם גם לא ניסה למנוע את עצם הצילום, פעולות שהיו מצביעות על זיקתו לעבירה.

**דיון והכרעה**

28. השאלה המרכזית העומדת להכרעה בפני, היא שאלת זיהויו של הנאשם, כמי שתקף מינית את המתלונן כמתואר בכתב האישום. בעניין זה יש מחלוקת קוטבית בין גרסת המאשימה, הטוענת כי הנאשם הוא התוקף, על סמך זיהויו של המתלונן, לבין ההגנה, העומדת על כך שמדובר בטעות בזיהוי.

**הראיות בדבר נסיבות זיהויו של הנאשם ותיאורו על ידי המתלונן**

29. כפתיח לדיון בסוגיית הזיהוי ראוי להביא את תמצית הראיות הנוגעות לנסיבות שבהן זיהה המתלונן את הנאשם בחלוף כשבוע ימים ממועד התקיפה, זיהוי שהוביל למעצרו של הנאשם. לאחר קרות האירוע, יצא המתלונן בלוויית אחיו ובעצת אביו, לחפש את הנאשם, אולם ללא הצלחה. המתלונן העיד, "**...כמה ימים אחרי זה אני הלכתי עם האופנים שלי לעשות סיבובים ולחפש אותו. ונסעתי גם לזיכרון משה**" (עמ' 9 לפרו', ש' 31-32). "**ואז אני ראיתי אותו שמה יושב על המדרגה. עם אותו הכל. אותו כובע אותו בגדים**" (עמ' 10 לפרו', ש' 7-8), המתלונן רכב באופניו לקרוא לאחיו, ב' וכשזה הגיע עימו, הנאשם כבר לא היה במקום.

30. המתלונן המשיך והעיד, "**אז אחרי כמה ימים אני ישבתי עוד פעם עם מיכה ומשה**", "**ואז אני ראיתי אותו יושב על המדרגה והיה לי טלפון ומצלמה וצילמתי אותו. והתקשרתי לאח שלי ב' והוא... אחרי כמה דקות. ואז הוא התקשר למשטרה והם נכנסו לחדר ולקחו אותו**" מבית הכנסת בזיכרון משה (עמ' 10 לפרו', ש' 20-22).

31. לאחר שנלקח המתלונן למשטרה על ידי אמו ביום 31.5.2012, הוגשה תלונה במשטרה כנגד הנאשם, תלונה שהתגבשה בסופו של יום, לכתב האישום בתיק הנדון**.** במעמד הגשת התלונה היה מפגש לא מתוכנן בין המתלונן ואמו, לבין הנאשם שישב על ספסל מחוץ לחדר החקירות ובו ידובר בהמשך.

**תיאורו של התוקף על ידי המתלונן**

32. בהודעת המתלונן במשטרה, כשהתבקש לתאר את התוקף, השיב: "**עם כובע כחול עם בגד חום עם תיק וורוד חולצה לבנה שער שחור לבן עם שחור קצר צבע עניים אני חושב חום גובה כ-165 ס"מ... אני רוצה להגיד לך שאני היום שראיתי את אותו אדם צילמתי אותו במצלמה שלי**" (ת/2, ש' 16-20).

33. מספר ימים לאחר מכן, ביום 4.6.2012, נחקר המתלונן על ידי חוקר הילדים, מיכה. לשאלת מיכה איך נראה התוקף, השיב: "**היה לו כובע כחול, אהמ...**", "**כובע בצבע כחול כמו שמש**", כאשר המצחייה פנתה אחורה, "**... והיה לו בגד חום**" (ת/7, עמ' 17, ש' 26-32). בהמשך, ציין המתלונן, כי הכובע של התוקף היה בצבע כחול חזק. כשנשאל אם היה כתוב על הכובע משהו, השיב:

**"ת. זה היה כובע לבן ופה זה כול חזק כל זה (מצביע/ה)**

**ש. לא הבנתי, אמרת מקודם כובע כחול.**

**ת. כן, זה כובע כחול נכון, היה לו רק זה כחול (מצביע/ה)**

**ש. אה, איפה המצחייה?**

**ת. כן, וזה היה גם בכחול, אבל זה נראה לי היה כתוב פה משהו אולי.**

**ש. למעלה?**

**ת. כן. היה כתוב.**

**ש. בלבן היה כתוב?**

**ת. באדום, אולי. באדום.**

**ש. באדום?**

**ת. באדום, כן.**

**ש. כשאתה אומר לבן, למה אתה מתכוון, איפה בדיוק לבן היה? לבן אדום או אדום לבן?**

**...**

**ת. או לבן משהו, אנ לא זוכר. אני לא כל כך זוכר**" (שם, עמ' 21, ש' 4-20).

34. המתלונן המשיך ותאר את התוקף, "**...והיה לו בגד חום ומתחת לזה היה לו חולצה לבנה וז'קט כזה חום, ומתחת היה לו חולצה לבנה ומכנסיים שחורות, עם זקן כזה**", "**זקן כזה והיה לו איזה פצע גדול בפני" "ושיער בצבע חום או לבן, חום או לבן או שחור נראה לי**", "**... והיה לו תיק ורוד. תיק ורוד אפור. תיק עם פסים ורודים ואפור**" "**... עם פסים אפור. עם פסים אפורים**" "**..זה פסים ורודים וכל התיק אפור, עם פסים ורודים**" (ת/7, עמ' 18, ש' 10-31). בנוסף העיד, כי התוקף "**בן חמישים, בן חמישים ומשהו אולי. בן שישים אולי**" (ת/7, עמ' 19, ש' 4). "**כל הגוף שלו בצבע חום**", "**הידיים שלו חומות והפרצוף חום...**" (ת/7, עמ' 19, ש' 28-30).

35. המתלונן בעדותו בבית המשפט, טען כי שעה שזיהה את הנאשם לראשונה בשכונת זיכרון משה, "**... ראיתי אותו שמה יושב על המדרגה. עם אותו הכל. אותו כובע אותו בגדים**" (עמ' 10 לפרו', ש' 7-8). "**אני ראיתי שיש לו אותו כובע, אותו בגדים אותו תיק חום כזה**" (עמ' 11, ש' 16), "**הוא היה עם מכנסיים שחורות, מכנסים שחורות ומשהו לבן. ג'קט או משהו**", "**והיה גם כזה פצע או משהו במצח**" "**חוץ מזה? היה לו שיער שחור או חום לא זוכר כל כך**" (עמ' 11 לפרו', ש' 20-21, 23, 33) . "**וגם זקן כזה קצר לא ארוך משהו קצר**" (עמ' 12 לפרו', ש' 2).

36. בחקירתו הנגדית, לשאלת ב"כ הנאשם, האם תאר במשטרה את התוקף עם כובע כחול, בגד חום, תיק ורוד וחולצה לבנה, כאשר הנאשם היה מולו, השיב שכן. בחקירתו החוזרת, הבהיר המתלונן כי התיאור שמסר אודות התוקף, הוא תיאור של התוקף ולבושו הן בעת האירוע, והן ביום בו נתפס, היינו הוא הנאשם: "**הוא לבש את זה מתי, גם מתי שאני מצאתי אותו וגם מתי שהוא תפס אותי**" (עמ' 29 לפרו', ש' 22-23).

37. יוער, כי החוקר ירון, שגבה את הודעת המתלונן במשטרה, העיד כי המתלונן, "**...כשהוא נשאל מי החשוד אז הוא הצביע החוצה, כאילו מעבר לדלת, כי החשוד ישב בקומפלקס, כאילו בחוץ לא בחדר, הוא לא היה נוכח בחדר אבל הוא אמר הוא יושב בחוץ הוא הצביע לכיוון החוץ לחשוד שיושב בחוץ שהסיירים הביאו**" (עמ' 35 לפרו', ש' 22-25).

38. גם א' ב', אמו של המתלונן (להלן: "**האם**"), העידה כי בנה תאר את התוקף, בסמוך לאירוע: **"...אז הוא אמר כן יש לו כובע ותיק עם גוון ורוד, וזקן**" (עמ' 54 לפרו', ש' 8-15).

39. ב' ב', אחיו של המתלונן (להלן: "**האח**"), העיד כי אחיו, המתלונן, תאר את התוקף, "**הוא טען שהוא היה אדם מבוגר, הוא אמר, הוא אמר את זה במילה כאילו איש זקן כזה, איש מבוגר. זה בעיקר ה- זה בעיקר מה שהוא אמר**" (עמ' 64 לפרו', ש' 28-30). עוד העיד, כי במעמד מעצרו של הנאשם, בו הוא נכח, יצאו השוטרים עם הנאשם, "**הוא היה עם – היה לו זקן, היה לו כובע שמש,**" "**מצחייה נקרא לזה מצחייה, היה לו תיק גדול**" (עמ' 67 לפרו', ש' 20, 25). האח לא זכר את צבע התיק.

40. י' ב', אביו של המתלונן (להלן: "**האב**"), לאחר ריענון והפניה של ב"כ המאשימה להודעתו במשטרה, אישר בעדותו שהמתלונן אמר לו, כי התוקף הוא בחור ממוצא רוסי כבן חמישים, הולך עם תיק גב ו"חולצה צבעונית".

41. חוקר הילדים מיכה, אישר בחקירתו הנגדית, כי לא שאל את המתלונן האם תיאור הלבוש שמסר המתלונן לגבי החשוד, הוא תיאור מיום האירוע או מהיום בו הנאשם זוהה ונתפס. הוא הוסיף, "**אני חשבתי שזה מכוון לאירוע עצמו**" (עמ' 127 לפרו', ש' 10).

**גרסת הנאשם**

42. חקירתו של הנאשם בבית המשפט, התנהלה בשפה האנגלית בסיוע מתורגמן, מאחר שלדבריו איננו מבין עברית. בעת מסירת עדותו של המתלונן, צפה בה הנאשם בחדר אחר בבניין בית המשפט, באמצעות מערכת "וידאו-קונפרנס". הנאשם העיד, כי גדל בארצות הברית וכי הוא בעל תואר B.A. בקולג' ברוקלין, שבניו יורק. בנוסף העיד, כי טרם עלותו ארצה עבד כפקיד במערכת הבורסה בכמה חברות מסחריות, עבור בנקים בצפון אמריקה. בשנת 1987, עלה לישראל. הנאשם העיד, כי למד מספר חודשים באולפן, אך לא הספיק ללמוד הרבה מהשפה העברית וציין, כי הוא איננו טוב בלימוד שפות. עוד העיד הנאשם, כי בעבר עבד בארץ בניקיון, כסגן מנהל של בית דירות, אך הוא לא שלט בשפה והדבר גרם לו לקשיים. לכן, לטענתו, הוא אינו עובד כבר בין 3 ל-4 שנים.

43. באשר לטענת המתלונן כי הוא זה שתקף אותו באירוע, השיב: "**איני יודע מה בחיים לא ראיתי אותו לפני כן, עד שראיתי אותו בווידיאו כאן בבית המשפט בראשון לאוגוסט**" (עמ' 79 לפרו, ש' 27-28). לגבי אירוע הזיהוי והתפיסה על ידי המתלונן, העיד הנאשם: "**בסביבות עשרה לשמונה בערב ישבתי על המדרגות, ליד חנות הספרים שצמודה לבית הכנסת בזיכרון משה, קראתי ספר את המוהיקני האחרון. בכל מקרה ראיתי לפני מישהו שמצלם אותי קרוב לפנים עם מצלמה בגודל-**" "**15 ס"מ נאמר עם מנורה אדומה שמהבהבת מתוכה. יושב על אופניים קטנים בצבע כתום כמדומני**" (עמ' 79-80 לפרו', ש' 31-5). "**זה היה גם חשוך וגם ראשו היה מוסתר חציו על ידי המצלמה. היה לו מעין חיוך אבל איני יכול לומר בדיוק. הרגשתי מוזר אמרתי לעצמי מה קורה פה בעצם. ואז הוא הסתובב והוא עשה סיבוב מעבר לפינה וחזר שוב. ואז כשעתיים מאוחר יותר שני קציני משטרה הגיעו למקום, אמרו שאני מואשם בדבר כלשהו ולקחו אותי..."** (עמ' 80 לפרו', ש' 10-16).הנאשם המשיך והעיד, כי נלקח למגרש הרוסים, שם **" ישבתי שמה אזוק בידיי, כמה שעות ושמתי לב ששני אנשים הגיעו, יצאו החוצה מהתחנה-", "הייתה אישה מצביע על אמו של הנער וילד קטן, לא ראיתי בדיוק היה חשוך, והם בהו בי הסתכלו עלי בצורה מוזרה במבט קשוח. ככה הייתה לי איזה מין תחושת בן מוזרה ושאלתי אותם-", "...האם אתם האנשים שמאשימים אותי בדבר כלשהו. אז הם יצאו לכיוון היציאה, והאימא מצביעה לעברי, מראה את זרועה הקפוצה מניפה אותה באוויר ואין לי מושג אפילו מי האישה הזו"** (עמ' 80 לפרו', ש' 19-29).

44. הנאשם המשיך והעיד, כי מעולם לא הייתה לו שום צלקת אדומה ולטענת המתלונן כי לתוקף יש גיבנת השיב, "**האם נראה לכם שיש לי גיבנת?!**" (עמ' 81 לפרו', ש' 3). לשאלה, האם יש לו שיניים רקובות, כפי שתיאר המתלונן השיב, "**אין לי שיניים בכלל**" (עמ' 81 לפרו', ש' 26). עוד אמר כי גם ב- 24.5.12 לא היו לו שיניים, וכי הוא אינו משתמש בשיניים תותבות. יצוין, כי על פי התרשמות בית המשפט, הנאשם מזוקן, קומתו ממוצעת, מצחו קמוט, פיו נעדר שיניים, אין לו סימן בולט מסוג כלשהו על המצח, אין לו גיבנת וגוון עורו בהיר יחסית.

45. לשאלת באת-כוחו, האם הוא יודע להגיד בעברית, "**אתה משחק עם האופניים**", כפי שטען המתלונן שאמר לו התוקף, השיב הנאשם שלא. עוד הוסיף, כי הוא אינו יודע איך אומרים אופניים, בעברית. הנאשם המשיך והעיד, כי ביום שנתפס הוא לבש מכנסיים אפורים, חולצה תכלת מכופתרת והיה ללא ג'קט.

46. הנאשם ציין, כי התגורר על גג בית הכנסת ברחוב חפץ חיים 8 "**במשך השנים האחרונות כשמזג האוויר אפשר זאת זה היה בסדר אני התגוררתי שם**" (עמ' 85 לפרו', ש' 10-11). עוד העיד, "**אני עובר במחסן ליד ממתקים רוסיים, יש שם בגדים והאישה נותנת לי מדי פעם לקחת משהו**" (עמ' 85 לפרו', ש' 15-16).

47. הנאשם אישר בחקירתו הנגדית, כי היה יוצא לקבץ נדבות ברחובות. לשאלת ב"כ הנאשם באילו רחובות היה מסתובב, השיב: "**הייתי הולך ברחוב רש"י, באזור מאה שערים, גאולה, מדי פעם הייתי הולך לספרייה ברחוב אחד העם. ברחוב בצלאל, הייתי קורא שמה, לומד שם**" (עמ' 94-95 לפרו', ש' 32-2). לשאלת ב"כ המאשימה, האם היה מסתובב ברחוב בן יהודה השיב: "**מדי פעם לא יותר מדי פעמים**" (עמ' 95 לפרו', ש' 4). "**...לפעמים בניין כלל**", "**ברחוב יפו, מדי פעם**" (עמ' 95 לפרו', ש' 13,15). בנוסף, אישר הנאשם כי במשך ארבע השנים האחרונות, הוא נמצא הרבה בחוץ ואף חובש כובע. כאשר, הכובע האחרון אותו חבש, היה בצבע כחול בהיר חלק, ללא שום כיתוב. לשאלת ב"כ המאשימה האם היה לוקח אתו בתיק חפצים אישיים שלו, כשהיה מסתובב, השיב: "**לא, את הבגדים הייתי משאיר על הגג, יש איתי רדיו וספר. איזה שהם מספריים כדי להסתפר לגזור את הזקן**" וכי היה סוחב אותם עליו, בתיק הגב.

48. הנאשם העיד כי אינו זוכר אם היה לו בעבר ג'קט חום. אולם, כאשר ב"כ המאשימה הציג לו תמונה מספטמבר 2009, שבה נראה לובש ג'קט, השיב, כי **"יכול להיות שב-2009 היה לי**" (עמ' 98 לפרו', ש' 22). בהמשך העיד "**כן, מדי פעם אני לובש ג'קט**" (עמ' 99 לפרו', ש' 14) והוסיף, כי אינו זוכר איזה צבע היה לג'קט באותו צילום.

**הבסיס הנורמטיבי לשאלת הזיהוי**

49. סוגיית זיהויו של נאשם, על ידי עד ראיה יחיד, כבסיס להרשעתו היא סוגייה מרכזית בתחום דיני הראיות במשפט הפלילי, הן במשפט הישראלי והן בשיטות משפט אחרות. בעניין זה, קיימת פסיקה ענפה של בית המשפט העליון במשך עשרות בשנים, אשר קבעה כללים ופרמטרים לבחינת עדות מזהה מן הסוג האמור. בין היתר, הותווה האופן שבו יש לבחון את עדות העד המזהה ואת הזהירות שיש לנקוט בה, שעה שמסתמכים על עדותו של עד מזהה יחיד לצורך הרשעת נאשם. לאחרונה ב[ע"פ 8529/11](http://www.nevo.co.il/case/5608132) **אקטישייב נ' מדינת ישראל** (פורסם במאגרים, 24.5.2012), נאמר על ידי בית המשפט, מפי כב' השופט נ' הנדל:

"**... סוגיית זיהוי נאשם על ידי עֵד חרשה תלמים בפסיקתו של בית משפט זה בעבר. לאחרונה, נידונה סוגיה זו בעניין פרעוני, וכך נפסק: "העד המזהה מעורר שני קשיים אפשריים. האחד, שהוא משקר. האחר, שהוא טועה. לכן, יש לבחון את עדותו, הן ברובד הסובייקטיבי והן ברובד האובייקטיבי ... בבוא בית משפט לבחון משקל של עדות מזהה, חובה עליו להפעיל ביקורת עצמאית. העניין נכון ביתר שאת במשפט הפלילי השואף להימנע מהרשעת החף מפשע. לדוגמא, אין די בכך שעד מזהה מצהיר כי הוא בטוח בזיהויו "במאה אחוז". על בית המשפט לבחון תחילה האם העד רוצה להטעות את בית המשפט או שאמירת האמת היא נר לרגליו" ...**". (הדגשות שלי מ.ה.).

50. באותה סוגיה הוסיף בית המשפט, בעת האחרונה, מפי כב' השופט י' דנציגר:

**"... בשים לב למגבלות הזיכרון האנושי נקבע בפסיקתו של בית משפט זה, חזור והדגש, כי על בית המשפט לנהוג בזהירות מירבית בבואו לבסס הרשעה בפלילים על סמך עדות זיהוי יחידה ... בהקשר זה הטעים הנשיא מ' שמגר בע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221 (1993) את הדברים הבאים: "הניסיון מלמד כי עדות ראייה – שלפיה מזוהה הנאשם כמבצע העבירה – חייבת להיבחן בזהירות ראויה, כי היא טומנת בחובה גם סיכונים מסוימים אשר בית המשפט חייב לשוקלם בתשומת לב מיוחדת, כדי למנוע טעות שיפוטית. במה דברים אמורים. הזיהוי על-ידי עד ראייה הוא, לכאורה, אמצעי אמין יותר מכל מסקנה בדבר זהות העבריין העולה מתוך ראיות נסיבתיות, שהרי מדובר בעדות ישירה המושמעת מפיו של מי שצפה במו עיניו במי שעשה את המעשה נושא הדיון השיפוטי, היינו על-ידי מי שמוחזק, בדרך ההיגיון, כבעל הידע המועדף ביותר על העבירה ועל מי שביצעה. הסגולה של קבלת המידע במישרין באמצעות חושיו של העד נושאת עמה אמינות מיוחדת, הטבועה בה מניה וביה. דא עקא, שיש סכנות הרובצות לפתחו של הזיהוי על-ידי עד ראייה, שכן ביסודו של דבר עדות הראייה איננה אלא עדות סברה (שם, בעמ' 393-392). במהלך עשרות השנים בהן נדונה סוגיית עדות הזיהוי היחידה בפסיקתו של בית משפט זה, התגבשו עקרונות מנחים לבחינתה ולהערכתה של עדות הזיהוי. כך למשל, על דרך בחינתה של עדות הזיהוי עמדה השופטת א' פרוקצ'יה בע"פ 9040/05 אוחיון נ' מדינת ישראל ([פורסם בנבו], 7.12.2006) (להלן: עניין אוחיון) בהדגישה כי הליך הבחינה של עדות הזיהוי נחלק לשני שלבים: "ראשית, נבחנת אמינותו של העד המזהה; שנית, נבחנת מהימנותו של הזיהוי כשלעצמו"...כך גם הוכרה בפסיקה ההבחנה בין "העד המשקר" לבין "העד הטועה טעות כנה"....בגדרי בחינת מהימנות העד המזהה בוחן בית המשפט האם אין מדובר בעדות שקר שנועדה להפליל את הנאשם....אלא שכאמור גם אם השתכנע בית המשפט בדבר מהימנותו המוחלטת של העד המזהה בכך אין די. על בית המשפט לבחון בנוסף לכך את "מהימנות הזיהוי כשלעצמו". בחינת מהימנות הזיהוי כשלעצמו נעשית אף היא בשני שלבים כפי שהטעימה השופטת פרוקצ'יה בעניין אוחיון: "בחינת מהימנות הזיהוי נעשית אף היא בשני רבדים - ברובד סובייקטיבי וברובד אובייקטיבי. ברובד הסובייקטיבי, נבחנת יכולתו האישית של העד להטביע בזיכרונו רשמים חזותיים ולזהות מכוחם בני אדם על פי חזותם; ברובד האובייקטיבי, בוחן בית המשפט את האפשרות לכך שהעד המזהה טעה טעות תמה ובלתי מכוונת בזיהוי. לצורך בחינת שני הרבדים הללו, יש לברר, בצד מהימנותו של העד המזהה, גם את השאלות בדבר מידת הביטחון שהביע העד בזיהוי, ואת הנסיבות שאפפו את הטבעת הדמות בזכרונו של העד"... עולה אפוא כי גם אם השתכנע בית המשפט כי מדובר בעד מהימן עדיין מוטלת על בית המשפט החובה לערוך בחינה נוספת ומדוקדקת באשר לתנאים ולנסיבות האובייקטיביות שהתקיימו בעת ביצוע העבירה ולשאול עצמו האם בנסיבות אלה ניתן לסמוך על הזיהוי כעדות יחידה..."** (הדגשות שלי מ.ה.).

[ע"פ 2957/10](http://www.nevo.co.il/case/5866847) **אלאטרש נ' מדינת ישראל** (פורסם במאגרים, 30.5.2012 (להלן: "**פרשת אלאטרש**"); וראו גם [ע"פ 5606/10](http://www.nevo.co.il/case/5780070) **בוניפד נ' מדינת ישראל** (פורסם במאגרים, 19.12.2012).

**מן הכלל אל הפרט**

51. אפתח ואומר, כי אין מחלוקת אודות עובדות האירוע המתואר בכתב האישום ואין כל ספק בליבי, כי המתלונן לא בדה את האירוע. אין מחלוקת כי התוקף ביצע במתלונן, קטין בן 12.5, מעשה מגונה חמור ונתעב. יתרה מכך, אין מחלוקת אודות מהימנותו של המתלונן, שתאר את האירוע הקשה, המפחיד והלא נעים שחווה. כל שכן, לילד בגילו. היינו, אין גם מחלוקת, כי המתלונן, העד המזהה בתיק, אינו "העד המשקר" ואין בכוונתו להטעות את בית המשפט. אין חולק כי ברובד הסובייקטיבי, המתלונן מאמין בכל מאודו, אמונה כנה, במאת האחוזים, כי התוקף אותו זיהה הוא הנאשם.

52. זאת ועוד, התרשמתי מכנות עדותו של המתלונן שהתאפיינה בדיוק, בישירות ובאי הגזמה והמחישה באופן חווייתי את תחושת הזעזוע, החרדה וההשפלה שגרם לו המפגש הטראומתי באותה סמטה. כל אלו, מוסיפים להתרשמותי, כי אין חשש שהמתלונן העליל על הנאשם עלילה ומבחינה סובייקטיבית, ברור שלדידו הנאשם הוא התוקף. מכאן, נשללת האפשרות שמדובר בזיהוי כוזב במתכוון.

53. הנתון הבא שאותו על בית המשפט לבחון, לצורך הסתמכות על העדות המזהה, לאחר שנשללת האפשרות של זיהוי כוזב, הינו כנקבע בפסיקה "**מהימנות הזיהוי לכשעצמו**". גם בחינה זו היא, כאמור, דו-שלבית ומתייחסת לרובד הסובייקטיבי ולרובד האובייקטיבי של הזיהוי. באשר לרובד הסובייקטיבי, על בית המשפט לבחון את יכולתו האישית של העד להטביע בזיכרונו רשמים חזותיים ולזהות מכוחם בני אדם על פי חזותם. בעניין זה התרשמותי היא, לאור דברי המתלונן בחקירותיו במשטרה ובפני חוקר הילדים וכן בעדותו בבית המשפט וגם על סמך הערכה פסיכולוגית (ת/4) שהוגשה לגביו, כי אכן ניחן ביכולת זיהוי חזותית טובה.

54. אולם, בכך אין די, שכן להשלמת הניתוח על בית המשפט לבדוק ברובד האובייקטיבי, גם על סמך נתונים עצמאיים שהובאו בפניו ואשר אינם עולים מתוכה של העדות וגם על סמך התנאים והנסיבות שאפפו את האירוע, האם ניתן לשלול אפשרות שמדובר בטעות תמה ובלתי מכוונת בזיהוי.

55. האפשרות לטעות בלתי מכוונת בזיהוי, במקרה דנן, עולה משני מעגלים ראייתיים: **האחד**, עניינו נתונים אובייקטיביים העולים מתוך הראיות כולל מעדות המתלונן עצמו, ואשר יש בהם להטיל ספק בכך שהתוקף הוא הנאשם. **השני,** עניינו נתונים העולים מנסיבות האירוע ומנסיבות הזיהוי, שאף בהם יש להוביל למסקנה, כי אין לשלול טעות כנה בזיהוי.

**נתונים אובייקטיביים העומדים בסתירה לזיהוי**

**הגיבנת**

56. בהודעתו בפני חוקר הילדים, העיד המתלונן כי לתוקף "**גב עקום עם גיבנת**" (ת/7, עמ' 19, ש' 22). בעדותו בבית המשפט, אישר המתלונן, כי אמר לחוקר מיכה, כי האיש שתקף אותו, היה בעל גב עקום, ואף הדגים זאת בגופו בבית המשפט: "**...העד גוחן מעט קדימה מטה את ראשו למטה. ומצביע על עמידה אלכסונית עם כתף ימין למעלה**" (עמ' 14 לפרו', ש' 30-31)

57. מנגד, העיד הנאשם, "**האם נראה לכם שיש לי גיבנת?!**" (עמ' 81 לפרו', ש' 3) ואכן נוכחתי לראות, כי לנאשם אין גיבנת כלל.

58. אמנם, תיאור הגיבנת עלה לראשונה רק בחקירת הילדים ת/7 מיום 4.6.12 ולא נזכר בהודעתו הראשונה במשטרה ת/2 מיום 31.5.12. אולם, המתלונן חזר על תיאור הגיבנת בעדותו בבית המשפט. ב"כ המאשימה ניסה בסיכומיו להסביר את הדברים, בהסתמך על אופן העמידה האלכסוני שהדגים המתלונן באולם בית המשפט, בתארו את אופן עמידתו של התוקף, כי המדובר בתנוחה הנובעת מנשיאת תיק גב ולא מפגם אורטופדי של גיבנת. אולם, ב"כ המאשימה לא ניסה לחדד ולהבהיר טענה זו במהלך עדותו של המתלונן ולפיכך אמירת המתלונן שלתוקף היה "גב עקום, עם גיבנת", העומדת אל מול ההתרשמות האובייקטיבית של בית המשפט מן הנאשם, יש בה כדי להחליש את זיהויו של הנאשם כתוקף.

**הצלקת / הפצע**

59. בחקירת המתלונן על ידי חוקר הילדים, נשאל האם יוכל לזהות את התוקף, והוא השיב שכן. כשנשאל לפי מה, השיב: "**לפי הפרצוף**", "**הפצע**" (ת/7, עמ' 20, ש' 5-10). כשנתבקש להסביר מה זה הפצע ונשאל האם זה גולה, השיב: "**עיגול ענק משהו**" בצבע "**אדום או, אדום, משהו אדום**". כשנשאל אם הוא פתוח או סגור, השיב: "**סגור כזה, סגור**" (ת/7, עמ' 20, ש' 11-20).

60. המתלונן אף העיד בבית המשפט, כי לתוקף "**... היה גם כזה פצע או משהו במצח**" (עמ' 11 לפרו', ש' 23). בהמשך, בחקירתו הנגדית, העיד, כי הצלקת של התוקף הייתה על מרכז המצח, בין הגבות והוסיף, כי הייתה עגולה ותאר קוטר של כ- 2 סנטימטר. עוד אישר, כי אמר לחוקר מיכה, שהצלקת הייתה סגורה. לבקשת ב"כ הנאשם כי יתאר את הצבע האדום של הפצע, השיב: "**זה היה כמו עקיצה של יתוש זה קצת מעל העור. הוא יוצא מהעור**" (עמ' 16 לפרו', ש' 15-16). "**זה היה משהו נכנס ובולט אני לא,**" (עמ' 16 לפרו', ש' 21) א' אישר, שהפצע לא היה באותו קו של עור הפנים.

61. מנגד, הנאשם העיד כי מעולם לא הייתה לו צלקת אדומה על מצחו. גם עד ההגנה חיים וינר העיד, "**אני יכול להעיד מאה אחוז שלא ראיתי שום סימן של הצלקת או של פצע כל השנים, כל תקופה של השנה האחרונה, אני לא, קודם זה אני לא, לא שייך לכל הקטע הזאת אבל בקטע השנה האחרונה מה שמדובר התקופה לא ראיתי שום פצע ושום צלקת**" (עמ' 104 לפרו', ש' 13-16).

62. בנוסף, החוקר ירון, שנשאל בעדותו, מדוע לא צורפה תמונה עדכנית של הנאשם לטופס מסירת כלוא ללא ת"ז למשמורת שב"ס (נ/3) מיום 1.6.12., אלא תמונה מלפני שלוש שנים, העיד: "**... בתמונה פה... החשוד שבפנינו נראה אותו דבר, אין לו שינוי בחזית. לכן התמונה הוצגה נמסרה לשירות בתי הסוהר, אפשר לזהות אותו, אותו דבר**" (עמ' 42 לפרו', ש' 15-17). בנוסף, בהחלטת המעצר בעניינו של הנאשם מיום 2.7.12, צויין על ידי כב' השופט כרמל כי "**בדבריו בפני חוקר הילדים, ציין הקטין כי קיים פצע בפניו של המבצע, שעוזר לו בזיהוי, ומהתבוננות בפניו של המשיב לא נמצא פצע כאמור, אולם עניין זה דינו להתברר במהלך שמיעת הראיות בתיק העיקרי".** מכאן, שגם על פי התרשמותו של בית המשפט במועד הדיון, לא נמצא על פניו של הנאשם, פצע כלשהוא.

63. כעולה מעדות המתלונן בת/7 וכן מעדותו בבית המשפט, אותו "פצע" על מצחו של הנאשם היה נתון מרכזי שסייע לו בזיהויו הראשוני בשכונת זכרון משה, מספר ימים לאחר האירוע, כמי שתקף אותו במהלכו. בעניין זה יש לחדד, כאשר נשאל על ידי חוקר הילדים כיצד יוכל לזהות את התוקף, השיב: "**לפי הפרצוף**. (החוקר) **מה בפרצוף?** (המתלונן) **הפצע**". מנקודה זו המשיך המתלונן ותאר את צורתו וצבעו של אותו פצע. מכאן עולה, שסוגיית הפצע אינה סוגייה שולית בהקשר לזיהוי כטענת המאשימה, אלא סוגייה מרכזית. זאת משום שהפצע הינו הנקודה הייחודית היחידה בתיאור קלסתר פניו של התוקף, במובחן מתיאור חזותו הכללית, שנחרתה בזכרונו של המתלונן. מכאן, שהעדר ראיה אובייקטיבית לגבי קיומו של הפצע במועד המעצר או לפניו, יש בה כדי להחליש במידה ניכרת את הזיהוי ולהגביר במידה ניכרת את החשש מפני טעות בזיהוי. בהקשר זה יצויין, כי לא נסתרה עדותו של עד ההגנה וינר, שאין חולק כי הוא מתראה עם הנאשם באופן יומיומי, שעל פניו של הנאשם לא נראו פצע או צלקת בשנה האחרונה.

**גוון עורו של התוקף**

64. על פי תיאורו של המתלונן בת/7, עמ' 19, ש' 26-30. גוון עורו של הנאשם היה "חום". כשהתבקש לחדד נקודה זו ציין "**כל הגוף שלו בצבע חום** (החוקר): **מה זאת אומרת?** (המתלונן) **הידיים שלו חומות והפרצוף חום, הוא רוסי, אמרו מהמשטרה**".

65. שאלת גוון עורו של התוקף לא עלתה על ידי הצדדים בטיעונם בפניי ואיש מן העדים לא נחקר לגביה. אולם, מהתרשמות ישירה של בית המשפט ניתן לומר, כי גוון העור של הנאשם, הן של ידיו והן של פניו, איננו חום במובהק יחסית. בהקשר זה יצוין, כי אירוע התקיפה לא אירע בשעת חשיכה, אלא כמה דקות לאחר השעה 16:00, ביום קיץ ירושלמי, בתקופה של שעון קיץ, שבה, למעט חריגים שלא נטענו על ידי המתלונן בשעה זו עדיין יש אור יום מלא. לפיכך, אין יסוד להנחה שהמתלונן טעה בתיאור גוון עורו של התוקף, בשל תנאי התאורה במקום. למקרא התיאור שמסר המתלונן בפני חוקר הילדים, ממנו עולה כי גוון העור של התוקף היה אחד הנתונים שסייעו לו בזיהוי מאוחר יותר, עולה תהיה נוספת לגבי דיוקו של הזיהוי.

**המבטא**

66. המתלונן במרבית גרסאותיו מסר כי התוקף פנה אליו בעברית במבטא זר, במילה **"חמוד"** (ת/2 ש' 20, ת/7 עמ' 12 ש' 12 וכן פרוטוקול עמ' 12, ש' 6 חקירה ראשית ועמ' 18 ש' 9-10 חקירה נגדית) וכן התייחס לאופניים בהם הוא השתמש במלים: "**אתה משחק איתם?**" או "**אתה משחק איתם עם האופניים**" (ת/7 עמ' 8 ש' 32, 34 וכן עמ' 8 לפרו', ש' 6 וש' 23 בחקירה הראשית ובעמ' 18 ש' 7 בחקירה הנגדית). בחקירתו במשטרה ת/2 לא התייחס המתלונן לסוג המבטא הזר. אולם, בחקירתו אצל חוקר הילדים, אמר "**... הוא רוסי, אמרו מהמשטרה**" (ת/7, עמ' 19, ש' 30) ובהמשך ציין "**...הוא דיבר איתי במבטא, זה היה נשמע כמו מבטא כורדי**", "**כמו של, לא יודע, ערבי זה נשמע**" (ת/7, עמ' 20, ש' 23,29).

67. בעדותו בבית המשפט העיד המתלונן בחקירה הראשית, לגבי אפיון מבטאו של התוקף "**משהו כורדי או רוסי או משהו כזה לא זוכר**" (עמ' 12 לפרו' ש' 8-9). לשאלת ב"כ הנאשם, כיצד ידע לזהות שהמבטא היה "כורדי" והאם הוא מכיר מישהו כורדי, השיב, שהוא שמע ושהוא מכיר מישהו שעובד בבית הספר. המתלונן חיקה את המבטא ואמר "**אתה משחק איתו**" בח' גרונית (עמ' 18 לפרו' ש' 14-33). לשאלה האם הייתה לתוקף ח' גרונית, השיב המתלונן,**" יכול להיות**" (עמ' 19 לפרו', ש' 5). המתלונן שב וטען, כי הנאשם דיבר אתו בעברית (עמ' 18 לפרו' ש' 12-13).

68. אמו של המתלונן לא העידה כיצד תיאר א' את מבטאו של התוקף, אך ציינה כי בעת הגשת התלונה למשטרה, כאשר היא ובנה ראו את הנאשם בתחנה, "**ראינו אותו ואפילו הוא זרק לעברנו, הוא מאוד התרגז והוא צעק אולי בשפה רוסית שאנחנו לא מכירים, כן הוא כל הזמן הסתכל כאילו-**", "**הוא ישב ככה אז הוא כל הזמן ככה והוא היה רוטן ונסער ולא יודעת מה, הוא קילל משהו ברוסית**" (עמ' 61 לפרו', ש' 14-19).

69. אביו של המתלונן העיד, כי בנו תאר בפניו את התוקף כך, "**...הוא לא נראה ישראלי, משהו מבטא זר היה לו. והיו שמה עוד שני אנשים שראו את זה וצחקו, אני יודע משהו, ערבים...**" (עמ' 89 לפרו', ש' 3-6). לאחר ריענון והפניה של ב"כ המאשימה להודעת האב במשטרה, העיד האב, "**הוא אמר משהו כמו מבטא זר, רוסי, חבל לא אמרתי את זה קודם, אני גם זכרתי שהיה לו מבטא זר. אבל אם זה בדיוק רוסי, אז היה הוא אמר לי מבטא רוסי משהו**" (עמ' 89 לפרו', ש' 18-20). עוד העיד, כי הוא ממוצא אשכנזי וגרושתו, אמו של המתלונן, אינה ממוצא זה.

70. גרסתו של הנאשם, הינה, כאמור, כי הוא כלל אינו דובר את השפה העברית אלא את השפה האנגלית בלבד, וכלל אינו יודע לבטא את הדברים המיוחסים לתוקף על ידי המתלונן.

71. גם עד ההגנה, וינר, העיד לגבי שליטת הנאשם בשפה העברית, "**אני יכול להעיד שלא שמעתי כמעט מילה בעברית שהוא דיבר. תמיד דיבר איתי באנגלית וגם ששמעתי שיחות שהוא מדבר עם אנשים אחרים, תמיד היה באנגלית, יש מי-**" (עמ' 104 לפרו', ש' 20-22. הדגשות שלי מ.ה.) .לשאלת בית המשפט, האם הנאשם לא משתמש בשפה העברית בכלל, השיב: "**בכלל לא מילה, לא מילה**" (עמ' 104 לפרו', ש' 24). וינר שב והעיד, כי הנאשם לא השתמש בשפה העברית, כמעט ולא במילה. "**זה נדיר ששמעתי, אני לא זוכר שבכלל מדבר עברית, גם אנשים ישראלים שמדברים עברית יש כאלה שגם יודעים-**", "**אנגלית ורק היה שיחות איתו באנגלית**" (עמ' 109 לפרו', ש' 25-28. (ההדגשות שלי מ.ה.). וינר העיד, כי הנאשם לא דיבר רק איתו בבית הכנסת, והיה לו קשר עם אנשים נוספים.

72. גם תיאור מבטאו של התוקף מוסיף נדבך לתהיות בדבר האפשרות של טעות בזיהוי במקרה הנדון. המתלונן עמד על כך שהתוקף פנה אליו בעברית, במבטא זר שנשמע לו כמבטא כורדי או ערבי וציין גם, תוך חיקוי, שהתוקף השתמש בח' גרונית. יש לציין בענין זה כי שתי מילים שבהם השתמש התוקף לדברי המתלונן "מש**ח**ֵק" ו-"**ח**מוד" כוללות שימוש בעיצור גרוני שאופייני לדוברי השפה הערבית, בעת שהם שמדברים עברית, וכן לחלק מבני עדות המזרח, אך אינו שכיח בפיהם של דוברי האנגלית, שעה שהם מדברים עברית. עוד יצויין, כי המתלונן לא אפיין את מבטאו של התוקף כ"כורדי" באופן סתמי, אלא ציין כי יש לו הכרות עם אדם העובד בבית ספר שהוא ממוצא כורדי.

73. גם אם ניתן להטיל ספק בטענה שהנאשם המתגורר בארץ כ-25 שנה אינו שולט כלל בשפה העברית, על אף דברי הנאשם עצמו ודברי העד וינר שלא שמע את הנאשם מעולם מדבר בעברית, הרי שתמוה לחשוב כי הנאשם השתמש באופן מכוון בח' גרונית בפניה אל המתלונן. כאמור אפיון זה של מבטאו של התוקף מצטרף ליתר הספקות שפורטו לעיל.

**השיניים**

74. המתלונן אישר בחקירתו הנגדית, כי אמר לאחיו ב' שלתוקף היו שיניים רקובות. לדבריו "**היו לו כאלה, בערך שיניים כאלה שחורים כאלו משהו**" (עמ' 16 לפרו', ש' 31), לשאלת ב"כ הנאשם, האם שיניו היו שחורות השיב: "**...זה לא הכל שחור. אני ראיתי שבין הרווח יש שחור כזה. כל מיני, ראית שחור. השיניים כאילו בין השיניים היה שחור**" (עמ' 17 לפרו', ש' 2-3). ובהמשך שב וטען, כי השיניים היו לבנות, אבל בין הרווחים של השיניים, היו פסים שחורים והצביע על החלק הקדמי של השיניים. (עמ' 17 לפרו' ש' 30 -33).

75. הנאשם בעדותו העיד: "**אין לי שיניים בכלל**" (עמ' 81 לפרו', ש' 26). הוא גם הציג לבית המשפט את פיו הפעור, כדי להראות שאין לו שיניים כלל. הנאשם הוסיף וטען, כי גם ב- 24.5.12 , מועד האירוע לא היו לו שיניים והוסיף, כי הוא אינו משתמש בשיניים תותבות.

76. אומנם, המתלונן לא התייחס לסוגיית השיניים בהודעתו הראשונה במשטרה (ת/2) וגם לא התייחס לפרט זה, בעדותו מול חוקר הילדים (ת/7). אולם, בעדותו בבית המשפט מסר גרסה פוזיטיבית ומפורטת בעניין זה, תוך התייחסות לרווחים שבין שיני התוקף לצבען הלבן ולפסים השחורים שהקיפו את השיניים הקדמיות. מנגד, עומדת גרסת הנאשם, כי פיו נטול שיניים, כך היה גם במועד האירוע המתואר בכתב האישום והוא אינו משתמש בשיניים תותבות. התביעה לא הציגה כל ראיה לסתור בעניין זה ואף לא מצאה לנכון לחקור את העד וינר בסוגיה זו, כדי לנסות ולהפריך את גרסת הנאשם. בעיניי גם ענין השיניים מצטרף כנדבך נוסף לשורת הספקות הקיימים לגבי האפשרות של טעות בזיהוי. אינני מקבל את עמדת ב"כ המאשימה שמדובר בפרט קטן או שולי. קיומן או היעדרן של שיניים בפיו של אדם, הם אפיון בולט של קלסתר פניו ודוק, המתלונן לא טען שלא הבחין בשיניים, אלא מסר תיאור מפורט שלהם. לא זו אף זו, את ענין השיניים הוא העלה באופן ספונטני בשיחה עם אחיו בסמוך לאחר האירוע והדבר מצביע על כך שהענין נחרט בזכרונו כמאפיין בעל משמעות בקלסתר פניו של התוקף.

**הסתירות בענין הלבוש**

77. המתלונן, הן בעדותו בבית המשפט והן בחקירתו במשטרה ובפני חוקר הילדים, היה עקבי בתיאור בגדיו של התוקף בעת האירוע. המתלונן תאר את התוקף כחובש כובע מצחייה כחול, לובש ג'קט חום, חולצה לבנה, מכנסיים שחורות ונושא תיק בגוון ורוד. המתלונן עמד על כך כי אלו אותם הבגדים שלבש התוקף הן באירוע התקיפה והן במועד בו זיהה את הנאשם, בשכונת זיכרון משה, אשר בתכוף אליו הוזעקה המשטרה על ידי אחיו ועצרה אותו (ראו פסקה לעיל). מנגד, טען הנאשם, כי בעת שנעצר לבש מכנסים אפורים, חולצה תכלת מכופתרת והיה ללא ג'קט. לשאלת ב"כ הנאשם, כיצד הוא זוכר מה לבש באותו יום, שהתרחש לפני זמן כה רב, השיב: "**מכיוון שהייתי בבית הכלא ארבעה חודשים ולא היה לי צ'אנס לקבל זוג מכנסים נוספים. כך שלבשתי את המכנסיים האלה במשך ארבעה חודשים, הייתי רק צריך לטרוח ולכבס אותם מפעם לפעם. ועם החולצה הכחולה בהירה אני הגעתי אפילו לבית המשפט מספר פעמים ואת הטי שירט גם אני הייתי צריך לכבס כמה פעמים**" (עמ' 82-83 לפרו', ש' 32-4). עוד טען הנאשם, כי אין ברשותו מקטורן חום, חולצה לבנה מכופתרת או מכנסיים שחורים ואמר, כי היה לו תיק, תרמיל גב, בצבע ג'ינס כחול, אך לא תיק אחר. בהמשך עדותו, העיד הנאשם, כי אינו זוכר אם היה לו פעם ג'קט חום. ב"כ המאשימה הציג לנאשם תמונה מספטמבר 2009 שבה הוא נראה לבוש ג'קט והנאשם העיד, כי **"יכול להיות שב-2009 היה לי**" (עמ' 98 לפרו', ש' 22). בהמשך חזר בו והעיד "**כן, מדי פעם אני לובש ג'קט**" (עמ' 99 לפרו', ש' 14) אך, ציין כי אינו זוכר איזה צבע היה לג'קט באותו צילום. עוד אישר הנאשם, כי במשך ארבע השנים האחרונות, הוא נמצא הרבה בחוץ ואף חובש כובע. כאשר, הכובע האחרון אותו חבש, היה בצבע כחול בהיר חלק, ללא שום כיתוב. לשאלת ב"כ המאשימה האם היה לוקח איתו בתיק חפצים אישיים שלו, כשהיה מסתובב, השיב: "**לא, את הבגדים הייתי משאיר על הגג, יש איתי רדיו וספר. איזה שהם מספרים כדי להסתפר לגזור את הזקן**" והיה סוחב את זה עליו, בתיק הגב.

78. אין ספק שקיימות סתירות בין תיאור לבושו של התוקף על ידי המתלונן בעת האירוע ובעת שזוהה הנאשם על ידו לבין תיאורו של הנאשם שלבש בעת מעצרו (ג'קט חום, חולצה לבנה ומכנסיים שחורות – לפי תיאור המתלונן; מכנסיים אפורים, חולצה תכולה מכופתרת וללא ג'קט – לפי תיאור הנאשם). את הסתירה בין התיאורים ניתן היה לפתור בנקל אילו נעשה תיעוד אוביקטיבי של לבושו של הנאשם על ידי חוקרי המשטרה, תיעוד חזותי או למצער תיעוד מילולי. לתיעוד כזה יש חשיבות מהותית בנסיבות המקרה מאחר שהמתלונן עמד על כך שהנאשם לבש את אותם בגדים בעת אירוע התקיפה. תיעוד כזה לא נערך זאת, על אף שבעת גביית אמרתו של הנאשם (ת/1), ביום 1.6.12 שעה 01:46, כבר עמד בפני החוקר תיאורו של המתלונן שנגבה באמרתו (ת/2) ביום 31.5.12 בשעה 23:32 וכלל תיאור של פריטים כגון כובע כחול, בגד חום, תיק ורוד וחולצה לבנה. אף על פי כן, לא מצא לנכון החוקר ירון לחקור את הנאשם בענין זה או לתעד את לבושו בעת גביית ההודעה. בנוסף, כפי שיובהר בהמשך, אילו פעל החוקר ירון בהתאם להוראות הדין (חוק חקירת חשודים) והיה מתעד את הודעת הנאשם בתיעוד חזותי, הרי שצילום לבושו של הנאשם בעת החקירה עשוי היה להפריך או לאשש גם את תיאור הלבוש שתיאר המתלונן, אל מול תיאור הלבוש שלגביו העיד הנאשם. בנוסף, כפי שיובהר להלן בפרק המתייחס למחדלי החקירה, לא נעשה גם ניסיון לערוך חיפוש במקום מגורי הנאשם ולבדוק אם נמצאים שם פריטי לבוש או אביזרים כגון תיק גב, התואמים את תיאורו של המתלונן. בהעדר תיעוד חזותי אוביקטיבי כזה, שכאמור מתחייב על פי הדין, ובהיעדר ממצאים חפציים אובייקטיביים אותם ניתן לשייך למתלונן, על הספק לפעול לטובת הנאשם, במובן זה שיש לקבל את גרסתו כי במועד המעצר לבש את הבגדים שלהם הוא טוען ולא את הבגדים שאותם תיאר המתלונן. יצויין, כי אמו של הנאשם ואחיו זכרו בענין תיאור פרטי הביגוד, כפי שנמסר להם מפיו, רק את הכובע והתיק ולא התייחסו לצבעם של החולצה והמכנסיים או לתיאורו של ג'קט חום. אביו של המתלונן זכר בהקשר לפרטי הביגוד, כי בנו דיבר על "חולצה צבעונית", דבר העומד בסתירה לתיאור של המתלונן, לפיו הנאשם לבש בעת האירוע חולצה לבנה.

79. סתירות אלה לגבי פריטי הלבוש בהצטרפם למחדל החקירה בענין התיעוד, מובילים אף הם לספק לגבי מידת הדיוק בתיאורו של המתלונן את פריטי הלבוש שאותם לבש התוקף – הנאשם לטענתו - ולגבי היכולת להסתמך על תיאורו לגביהם, כנתון המחזק את העדות המזהה.

80. מקבץ נתונים זה (הגיבנת, הפצע או הצלקת, גוון העור, השיניים והמבטא, תיאור פריטי הלבוש) הכולל מאפיינים המשמעותיים לזיהוי והעומדים בסתירה ביחס לתיאורו הספונטני של המתלונן את התוקף בסמוך למעצרו של הנאשם, מעלה ספק משמעותי לגבי האפשרות לבסס הרשעה של הנאשם על סמך אותו זיהוי, על אף שמקובל עליי, כי מבחינתו הסוביקטיבית של המתלונן המדובר בזיהוי כן ואותנטי.

**נתונים נוספים העולים מנסיבות האירוע**

81. לצורך בחינת השאלה האם מדובר בזיהוי שגוי של נאשם על-ידי עד ראיה, זיהוי שיסודו בטעות כנה, הוצעה בפרשת אלאטרש, מפי כב' השופט י' דנציגר, גם רשימה לא סגורה של שיקולים, שיש בה כדי לסייע לבית המשפט להעריך האם מדובר בזיהוי שיסודו בטעות כנה:

**"היכרות קודמת בין העד המזהה לבין הנאשם עשויה להפחית את הסיכוי לטעות בזיהוי; משך הזמן שהעד ראה את הנאשם במהלך האירוע; תנאי הזיהוי – זווית הראייה, האם מדובר ביום או בלילה, תנאי הראות ומצב התאורה ... נסיבות נוספות אותן יש לבחון הן המרחק ממנו צפה העד בנאשם ואת ההשתייכות האתנית-חברתית של הנאשם ושל העד כמו גם את הזמן שעבר בין האירוע לבין הזיהוי ... "** (הדגשות שלי מ.ה.).

82.בענייננו, לתהיות שיוצרות הסתירות, בין התיאור שנמסר ע"י המתלונן לבין הסממנים שנמצאו או נעדרו אצל הנאשם בעת שנעצר, מצטרפות גם תהיות הנוגעות לרשימה שפורטה בעניין אלאטרש: **ראשית**, משך הזמן בו התרחש האירוע המתואר בכתב האישום, היה קצר ונקטע על ידי עוברי אורח. **שנית,** תנאי הזיהוי, לא היו תנאים אידאליים לזיהוי, התקיפה התרחשה במפתיע, זווית הראיה לא הייתה נוחה, מאחר והמתלונן ניסה להיאבק בתוקף ולהשתחרר מאחיזתו. **שלישית**, המתלונן והתוקף אמנם היו קרובים פיסית, אולם לאור ההפתעה שבתקיפה, ייתכן והמתלונן לא התרכז בדמות התוקף אלא בהיחלצות מהתוקף מעצם התקיפה. **רביעית**, פרק הזמן שעבר בין האירוע לבין זיהויו של הנאשם על ידי המתלונן, כשבוע ימים, פרק זמן לא ארוך אך משמעותי, בעיקר בהתייחס לנסיבות שבהן זוהה המתלונן על ידי הנאשם, כפי שיפורט בהמשך. עם זאת, אציין כבר כעת כי אינני מקבל את טענת ב"כ הנאשם בנוגע לסוגיית השיוך האתני במקרה הנדון ומידת השפעתה על הזיהוי. לטעמי השפעה כזאת יכולה להיות משמעותית במצבים שבהם קיים פער ממשי בין הזהות האתנית של העד המזהה לבין זו של המזוהה, כגון אדם בהיר עור המזהה אדם שחור עור. במקרה שלפניי מדובר במתלונן ובנאשם שהם בעלי גוון עור דומה ולכן קשה להלום שלנתון זה הייתה השפעה על הזיהוי.

**מחדלי החקירה**

83. לשיקולים שפורטו לעיל, הן לגבי הסתירות בין תיאורו של התוקף על-ידי המתלונן לבין הנתונים האובייקטיביים והן לגבי הקשיים בזיהוי הנובעים מנסיבות האירוע, מצטרפת שורה של מחדלי חקירה המעצימים אף הם את הספקות לגבי הזיהוי.

**אי תפיסת צילומים מזירת האירוע**

84. אין מחלוקת, כי באזור האירוע קיימות מצלמות אבטחה. כבר בחקירת המתלונן, אצל חוקר הילדים מיכה, כשנשאל האם מישהו ראה את האירוע, חוץ משני האנשים שעברו במקום לפי עדותו וגרמו להפסקתו, השיב:

**ת."אהמ...לא. אבל נראה ל שיש באזור הזה מצלמות"**

**ש. כן? אתה חושב?**

**ת. כן. מהסופר זה גם מצביע לשמה המצלמות**" (ת/7, עמ' 25, ש' 18-20)

85. החוקר ירון, העיד בנוסף, כי הוא מודע לכך שיש תחנה של הרכבת הקלה באזור האירוע שמותקנות בה מצלמות המכסות את אזור האירוע. לטענתו, חברת "סי.טי.פס", המפעילה את הרכבת הקלה, אינה מוכנה למסור למשטרה צילומים על נקלה, "**...אלא רק אם מדובר באירועים די חריגים**" (עמ' 47 לפרו', ש' 17-18). הוא אישר כי בתיק זה, לא פנתה המשטרה לחברת "סי.טי.פס". בבקשה לקבל צילומים משעת האירוע. לדבריו, "**...אנחנו יודעים שקיימות מצלמות, יש לנו בעיות עם החברה ולכן אנחנו פונים לחברה רק אם מדובר באירועים שבאמת ... כמו שודים ורצח ודברים גדולים**" (עמ' 47 לפרו', ש' 30-32). עוד טען, כי בליל החקירה היה חוקר תורן יחיד ולא טיפל בתיק לאחר מכן. לדבריו, לא היה בסמכותו להנחות חוקרים אחרים לגבי השגת הצילומים, משום שהדבר אינו מתפקידו, אלא מתפקידו של קצין החקירות. הוא הוסיף "**יש חוקרים נוספים שמאמין שטיפלו בתיק. אני לא יודע מי, לא.**" (עמ' 51 לפרו', ש' 12).

86. לטעמי, העדר תפיסת הצילומים מזירת האירוע, כל שכן, אירוע שכולו מתמקד בשאלת הזיהוי השנויה במחלוקת, הוא מחדל חמור, הן של המשטרה והן של הפרקליטות ויש בו פגיעה משמעותית בהגנת הנאשם. במקרה הנדון ציין המתלונן במפורש, מיוזמתו, כי קיימות מצלמות של מרכול – "הסופר" - הנמצא מול זירת האירוע, אשר סביר כי קלטו אותו בעדשותיהן. החוקר ירון הוסיף, כי ידוע לו גם שמצלמות תחנת הרכבת הקלה הסמוכה למקום, עשויות היו לקלוט את האירוע. היעדר ניסיון מצד המשטרה לבדוק קיומו של תיעוד צילומי של האירוע משני מקורות אלה, מהווה מחדל חקירתי ברור. שכן, אילו נתבקשו הצילומים, או הושגו בצו של בית משפט, שלא היה כל קושי לקבלו, במקרה של התנגדות מצד מפעילי המצלמות, עשוי היה להיות בהם, במידה גבוהה של ודאות, מידע חזותי שעשוי היה להפריך או לאשש את הטענה כי הנאשם הוא התוקף. יש לתמוה גם על הפרקליטות, שכאשר קיבלה את התיק לטיפולה, והמדובר בתיק מעצר שהגיע אליה ימים ספורים לאחר האירוע, לא ביקשה השלמת חקירה בנקודה זו.

87. משמעותו הראייתית של מחדל זה, לפי דוקטרינת הנזק הראייתי, הינה כי יש להניח לטובת ההגנה שאילו בוצעה פעולת החקירה האמורה, תוצאתה, היה בה כדי לתמוך בגרסת הנאשם. ראו: [ת"פ (י-ם) 2029/06](http://www.nevo.co.il/case/491764)  **מדינת ישראל נ' ראובנס**; [ת"פ (י-ם) 263/99](http://www.nevo.co.il/case/176110)  **מדינת ישראל נ' ביטון**; [ת"פ (י-ם) 102/99](http://www.nevo.co.il/case/159164)  **מדינת ישראל נ' סאלם**; [ע"פ (י-ם) 1069/99](http://www.nevo.co.il/case/5744071)  **מדינת ישראל נ' עצמון.** גם על פי הגישה הדוחה את ישימותה של דוקטרינת הנזק הראייתי במשפט הפלילי (ראו: [ע"פ 37/07](http://www.nevo.co.il/case/5672948) **פרג' נ' מדינת ישראל** [פורסם במאגרים] ניתן ביום 11.2.07), הרי שמשמעותו של העדר החקירה בנקודה האמורה, הינו הקמת ספק סביר לגבי אשמתו של הנאשם (ראו: [רע"פ 933/95](http://www.nevo.co.il/case/17932787) **מאירוביץ נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 16.5.1995).

**היעדר תיעוד צילומי של חקירת הנאשם**

88. כמפורט לעיל ועל אף הוראות חקירת חשודים, חקירתו של הנאשם במשטרה ת/1 מיום 1.6.12, לא תועדה בתיעוד חזותי או קולי. אמנם, בנסיבות העניין, הרציונל המרכזי של אותה הוראה, שהוא תיעוד מלא של הדברים שנאמרו בחקירה ווידוא העובדה שלא ננקטו כנגד הנאשם אמצעי פסול, אינו רלוונטי לענייננו. שכן, הנאשם איננו טוען כי ננקטו כלפיו אמצעים פסולים או כי תוכן דבריו בחקירה עוות או שובש. יחד עם זאת, תיעוד חזותי של פני הנאשם ולבושו בעת החקירה עשוי היה להפריך או לאשש את תיאורו של המתלונן, למשל לגבי קיום פצע על מצחו של התוקף וכן לגבי פרטי הבגדים שלבש וצבעם. גם העדר תיעוד זה, המחויב על פי חוק, יוצר נזק ראייתי מבחינתו של הנאשם, ומצטרף ליתר הספקות, כפי שפורטו לעיל. למשמעותו של מחדל העדר תיעוד חזותי בחקירה, בניגוד לחוק חקירת חשודים ראו: [תפ"ח (י-ם) 320/10](http://www.nevo.co.il/case/2378546) **מדינת ישראל נ' ישועה**, מיום 15.3.11; וכן [ע"פ 4936/11](http://www.nevo.co.il/case/5984379) **ישועה נ' מדינת ישראל,** מיום 31.12.12.

**מסירת מידע למתלונן ולאמו אודות עברו של הנאשם**

89. בחקירתו של המתלונן אצל חוקר הילדים, הוא העיד "**... והמשטרה אמרו שכבר יש לו תיק של פדופיליה**" (ת/7, עמ' 19, ש' 34). "**כי הוא כבר עשה את זה לעוד ילד אחד. (צוחק)**" (ת/7, עמ' 20, ש' 2). גם בעדותו בבית המשפט, העיד המתלונן כי באותו היום בו הנאשם נתפס, והוא ואמו הגיעו לחקירה במשטרה, גילו להם שהנאשם תקף מינית בעבר ילד ושיש לו כבר תיק של פדופיליה: "**שכבר היה לו פעם**", "**שהוא עשה את זה גם לילד**", "**הם אמרו שהוא יעשה עונש יותר חמור ממה**" (עמ' 26 לפרו, ש' 25, 27, 31). הוא ציין, כי אמו אמרה לו שיש לנאשם תיק פדופיליה.

90. אמו של המתלונן, אישרה בעדותה: "**אני שאלתי אם יש לבן אדם הזה איזה שהוא עבר פלילי, אז אמרו לי שכאילו שיש,**", "**דווקא של פדופיליה? לא, לא, זכור לי אבל יש לו איזה שהוא עבר, כאילו שהוא הציק או לילד או לילדה, לא, לא זוכרת**" (עמ' 60 לפרו', ש' 6-7, 9-10). עוד העידה, כי היא אינה זוכרת איזה חוקר שאלה והאם מדובר בחוקר ירון וציינה, כי היו אנשים נוספים בתחנת המשטרה עימם דיברה.

91. גם אחיו של המתלונן ב' העיד, כי החוקר ניסן אביב, שחקר אותו במשטרה, שב והשתמש במילה "**פדופיל**" כשתיאר את הנאשם. בנוסף אישר, כי כמו אחיו ואמו, היה מודע לאינפורמציה שלנאשם היה כבר תיק במשטרה, על כך שתקף ילד או ילדה. הוא העיד, כי הוא חושב ששמע על כך מאמו. עוד הוסיף, "**אני הייתי חושב אולי ש – הייתי חושב אולי יודע ילד, אולי הוא התבלבל אולי זה אבל – הוא היה מאוד בטוח בעצמו, וגם אחרי ששמעתי שכבר יש לבן אדם תיק בנושא, אז זה הבנתי שהוא לא התבלבל, אין מצב**" (עמ' 71-72 לפרו', ש' 32-3 - הדגשות שלי מ.ה.).

92. החוקר ירון נשאל בחקירתו הנגדית, מה הסברו לכך שלמתלונן ולאמו, נמסר במשטרה שלנאשם יש תיק פדופיליה, וכיצד הגיע אליהם מידע כזה. ירון השיב: "**יכול להיות שהיא שמעה שיחת שוטרים בחוץ, שדיברו על האירוע או שמעו בקשר שבדקו לו את הרישום הפלילי**" (עמ' 40 לפרו', ש' 5-6).

93. אמנם, חוקר הילדים מיכה, שלל את האפשרות שמסירת המידע למתלונן על כך שלנאשם יש תיק נוסף על פדופיליה, היה בה כדי להשליך על מידת הוודאות שייחס לזיהויו. זאת משום שהזיהוי וההצבעה על הנאשם נעשו עוד בטרם נמסר המידע למתלונן. ראו דבריו בעמ' 127-128 לפרו', ש' 31-2. יחד עם זאת, יש לזכור כי הזיהוי המפורט של הנאשם על ידי המתלונן, נעשה בחקירת הילדים ביום 4.6.12, זאת לעומת התיאור הכללי שניתן על ידו ביום 31.5.12. אין לשלול את האפשרות שהמידע בדבר עבר פלילי של הנאשם בעבירות מאותו תחום, שנמסר למתלונן ולאמו על ידי החוקרים, העצים את מידת הוודאות שהוא ייחס בהמשך לזיהוי.

94. אין ספק כי בנסיבות האמורות מסירת מידע מן הסוג האמור למתלונן ולבני משפחתו, כששאלת הזיהוי שנויה במחלוקת וכל עוד לא גובשה החלטה האם להעמיד את הנאשם לדין, היא פסולה ואיננה ראויה מכל היבט שהוא, מה גם שהיא יוצרת פוטנציאל של זיהום חקירתי ובכך מחבלת במטרות החקירה.

**אי ביצוע חיפוש במקום מגוריו של הנאשם**

95. כאמור, שאלת לבושו של התוקף בעת האירוע וטענת המתלונן כי פריטי הלבוש של הנאשם בעת שזוהה על ידו היו זהים לאלה שלבש במועד ביצוע התקיפה היתה שנויה במחלוקת למן ראשית החקירה. בנסיבות אלה, חובתה של המשטרה היתה לנסות ולאתר במקום מגוריו של הנאשם, על גג בית הכנסת, פריטי לבוש ופריטים אחרים שעשויים היו להפריך או לאשש את טענותיהן הסותרות של המתלונן ושל הנאשם. כך למשל, אין חולק כי גם בעת הזיהוי על ידי המתלונן לא היה בחזקת הנאשם אותו תיק גב עם פסים וורודים, אותו תיאר המתלונן. אף על פי כן, לא נעשה ניסיון למצוא את אותו תיק. כמו-כן, לא נעשה ניסיון למצוא את אותו כובע כחול וכן את הג'קט החום שגם אותם לא לבש הנאשם בעת מעצרו. אמנם, אין לדעתי בתיעוד הצילומי שהציגה ב"כ הנאשם (נ/7), של בגדים שנמצאו על גג בית הכנסת ואשר בוצע על ידי ההגנה, כדי לשלול באופן וודאי את הטענה שברשותו של הנאשם היו גם בגדים אחרים. מה גם שאין טענה כי הנאשם היה בעל גישה יחידה לאותו מקום. יחד עם זאת, די במחדל החקירתי של העדר פעולת חיפוש על ידי המשטרה כדי לגרום, בנסיבות העניין, נזק ראייתי נסף לנאשם והוא מצטרף לרשימת הספקות בזיהוי שפורטו לעיל.

**סוף דבר**

512937196. לא אכחד, כי זיהויו הספונטני של הנאשם על ידי המתלונן כמי שתקף אותו והרושם האמין שהותירה בי עדותו, מקימים חשד משמעותי כי הנאשם הוא התוקף, אך בחשד כאמור לא די לצורך הרשעת אדם בעבירה. הנאשם הכחיש באופן גורף וחד משמעי הן בחקירתו במשטרה והן בבית המשפט כי הוא התוקף ולא עלה בידי המאשימה להצביע על פרכות של ממש בעדות זו. מעבר לכך, עדות המתלונן לעניין הזיהוי עומדת כעדות יחידה, ללא חיזוק חיצוני, ולאור הנתונים שפורטו לעיל, שיש בהם כדי לכרסם בה באופן ממשי וכן לנוכח מחדלי החקירה המשמעותיים שפורטו לעיל, נותר בליבי ספק אם אכן זיהויו של הנאשם כמי שתקף את המתלונן הוא וודאי ,ולא נבע מטעות כנה בזיהוי מצדו. כפועל יוצא מכך, באתי לכלל מסקנה כי המאשימה לא הוכיחה נתון זה מעבר לספק סביר כנדרש ומכאן שיש לזכות את הנאשם מחמת הספק.

54678313

54678313

משה יועד הכהן 54678313-/

ניתנה היום, ט"ו באדר תשע"ג , 25 בפברואר 2013, במעמד הצדדים.

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן