|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי בירושלים** | | |
| **ת"פ 12360-09-12 מדינת ישראל נ' משאהרה(עציר)** |  | **22 אוקטובר 2013** |

|  |  |
| --- | --- |
| **לפני כב' השופט משה יועד הכהן** | |
| **המאשימה** | | **מדינת ישראל** | |
| **נ ג ד** | | | |
| **הנאשם** | | **עיסה משאהרה (עציר)** | |

<#2#>

נוכחים: ב"כ המאשימה עו"ד עמית לוין

הנאשם ובא-כוחו עו"ד חוסיין איוב

מתורגמן בית המשפט לשפה הערבית מר אליאס

**<#3**

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [287(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/287.a), [348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c), [348(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f), [383](http://www.nevo.co.il/law/70301/383), [402(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/402.a)

[פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969](http://www.nevo.co.il/law/74918): סע' [פרק השלישי](http://www.nevo.co.il/law/74918/3C), [25(4)](http://www.nevo.co.il/law/74918/3C.4.25), [22](http://www.nevo.co.il/law/74918/22), [26](http://www.nevo.co.il/law/74918/26), [27](http://www.nevo.co.il/law/74918/27), [28](http://www.nevo.co.il/law/74918/28), [45](http://www.nevo.co.il/law/74918/45), [23](http://www.nevo.co.il/law/74918/3C23), [25](http://www.nevo.co.il/law/74918/3C25)

**#**

**>**

**הכרעת דין**

1. נגד הנאשם עיסה משאהרה (להלן: "**הנאשם**") הוגש כתב אישום ביום 5.9.2012 ובו שני אישומים. **האישום הראשון**, מייחס לנאשם עבירה של שוד, לפי [סעיף 402(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/402.a) לחוק העונשין, התשל"ז–1977 (להלן: "**החוק**") ומעשה מגונה, לפי [סעיף 348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) לחוק. **האישום השני**, מייחס לנאשם עשר עבירות של הפרת הוראה חוקית, לפי [סעיף 287(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/287.a) לחוק.

**כתב האישום**

2. **באישום הראשון** לכתב האישום נטען, כי בליל 21.8.2012, סמוך לשעה 04:00, ישבה י.ב. (להלן: "**המתלוננת**"), על ספסל ציבורי, ברחוב אבשלום חביב, סמוך לבית מספר 102. המתלוננת בכתה, בעקבות ריב שהיה לה עם החבר שלה. הנאשם התיישב על ידה ושאל אותה, אם היא בסדר, וזו השיבה בחיוב והוסיפה, כי הוא לא חייב לשבת על ידה. הנאשם החל לגעת ברגליה של המתלוננת בכף ידו, וללטף את בירכה, לכיוון מפשעתה, לשם גירוי או סיפוק מיני. המתלוננת אמרה לנאשם לחדול ממעשיו מספר פעמים, אך הוא המשיך לגעת ברגליה, עד אשר היא הרחיקה את הנאשם בידה. בתגובה, דחף הנאשם את המתלוננת. המתלוננת אחזה בטלפון הסלולרי שלה, מסוג סמסונג גלקסי (להלן: "**הנייד**") בידה השמאלית, הנאשם משך בחוזקה את הנייד מידה, לקח את תיקה, שהיה מונח על ידה ונמלט מהמקום.

3. נטען כי במעשיו המתוארים באישום הראשון, גנב הנאשם דבר ובשעת מעשה או בתכוף לפניו, ביצע מעשה אלימות במתלוננת כדי להשיג את הדבר הנגנב, או כדי למנוע התנגדות לגניבת הדבר, או כדי להתגבר עליה. בנוסף, עשה מעשה מגונה במתלוננת, בלא הסכמתה.

4. **באישום השני** לכתב האישום נטען, כי ביום 10.11.2011, הורה כב' השופט משה סובל, במסגרת [מ"ת 26377-10-11](http://www.nevo.co.il/case/2774837) בבית המשפט המחוזי בירושלים, כי הנאשם ישהה במעצר בית מלא בביתו, בשכונת ג'אבל מוכבר בירושלים ותחת פיקוח. בית המשפט הבהיר בהחלטתו, כי נאסר על הנאשם לצאת מהבית לכל פרק זמן שהוא ולכל מטרה שהיא, להוציא התייצבותו למשפטו.

5. נטען, כי בין התאריכים 30.5.2012 - 30.8.2012, במספר רב של הזדמנויות, שהה הנאשם מחוץ לביתו, בניגוד להחלטת בית המשפט, בין היתר:

א. ביום 30.5.2012 שהה הנאשם במעלה אדומים, רחוב שץ, רחוב שטראוס.

ב. ביום 31.5.2012 שהה הנאשם באזור רחוב אגריפס, רחוב יהודה הלוי, במבשרת ציון.

ג. ביום 1.6.2012 שהה הנאשם במעלה אדומים, באזור בנין הדואר במזרח העיר ירושלים.

ד. ביום 19.8.2012 שהה הנאשם במעלה אדומים.

ה. ביום 20.8.2012 שהה הנאשם במעלה אדומים ובאזור קניון מלחה.

ו. ביום 21.8.2012 שהה הנאשם במעלה אדומים.

ז. ביום 22.8.2012 שהה הנאשם באזור רחוב יהודה בן גמלא, מעלה אדומים, רחוב דרך שכם, ובאזור תעשיה עטרות.

ח. ביום 23.8.2012 שהה הנאשם באזור רחוב יהודה בן גמלא, רחוב האומן 1, ככר ספרא.

ט. בימים 25.8.2012 ו – 26.8.2012 שהה הנאשם במעלה אדומים.

י. ביום 30.8.2012 נעצר הנאשם במרפאת שיניים בג'אבל מוכבר.

נטען, כי במעשיו המתוארים באישום השני, הפר הנאשם הוראה שניתנה כשורה, מאת בית משפט.

**התשובה לאישום**

6. הנאשם בתשובתו לכתב האישום שנמסרה מפי בא כוחו, עו"ד איוב חוסין, כפר בעובדות המתוארות בכתב האישום וטען לזיהוי פגום, ואף טען טענת אליבי. לטענת ב"כ הנאשם, זיהויו של הנאשם על ידי המתלוננת במסדר התמונות, נעשה שלא כהלכה. זאת, מאחר והמתלוננת נחשפה קודם לכן, למראית פניו של הנאשם במסדר זיהוי חי, בו הוא לא זוהה על ידה, ורק לאחר מכן, שהוצגה לה תמונת הנאשם בשנית במסגרת מסדר זיהוי התמונות, היא זיהתה את הנאשם.

7. ב"כ הנאשם טען, כי הנאשם מכחיש את עובדות האישום הראשון. לטענתו, הוא לא שהה במקום האירוע, אלא בביתו בשכונת ג'אבל מוכבר. גם כאשר נעצר, היה לטענתו במרפאה של אחיו, ששוכנת באותו בניין מגורים. לגבי האישום השני טען ב"כ הנאשם, כי היות ומרשו לא ביצע את המיוחס לו באישום הראשון, יוצא שהוא גם לא הפר את מעצר הבית. לטענתו, זיהוי הנאשם מחוץ לבית, באמצעות מכשיר הפלאפון בו הוא מחזיק, אינו מהווה ראיה לכך שהנאשם הוא זה שהחזיק במכשיר באותם מועדים והמאשימה הסתמכה למעשה, על פלט שיחות הפלאפון בלבד, לביסוס טענתה. עוד טען, כי מכשיר הפלאפון המדובר, כלל אינו בבעלות הנאשם. בנוסף טען, כי הנאשם כלל לא היה במקומות המתוארים בסעיפים א' – ט' לאישום השני. עוד לטענתו, המרפאה של אחיו של המתלונן, נמצאת באותו בניין מגורים בו הוא בעצמו מתגורר, אותם מקיפה חצר, שאותה הוא לא יצא.

**הראיות במבט על**

8. **מטעם המאשימה העידו:** המתלוננת, ישיבה מיום 6.2.2013 (עמ' 8-68); החוקר תמיר אלבוכר (להלן: "**אלבוכר**"), ישיבה מיום 6.2.2013 (עמ' 68-94); החוקרת דנה סלע שלמוני (להלן: "**דנה**"), ישיבה מיום 6.2.2013 (עמ' 94-99); החוקר תומר חי מונסונגו (להלן: "**תומר**"), ישיבה מיום 6.2.2013 (עמ' 99-103); החוקר מזיאד חנגר (להלן: "**מזיאד**"), ישיבה מיום 6.2.2013 (עמ' 103-107); השוטר עזרא יוסף (להלן: "**עזרא**"), ישיבה מיום 6.2.2013 (עמ' 107-119); העד דניאל גלובצקי (להלן:"**דניאל**"), מנהל מחלקת מניעת הונאות בחברת תקשורת אורנג' - פרטנר, ישיבה מיום 6.3.2013 (עמ' 110-115); מתמחה רופא השיניים, מחמוד וראסנה (להלן: "**מחמוד**"), ישיבה מיום 6.3.2013 (עמ' 115-123); קצין החקירות משה כהן (להלן: "**משה**"), ישיבה מיום 6.3.2013 (עמ' 124-139); השוטר אלירן חי (להלן: "**אלירן**"), ישיבה מיום 6.3.2013 (עמ' 139-140); השוטר אסף זוסמן (להלן: "**זוסמן**"), ישיבה מיום 6.3.2013 (עמ' 140-143); חוקר מז"פ מאיר חזון (להלן: "**מאיר**"), ישיבה מיום 6.3.2013 (עמ' 143-159).

9. **כמו כן, הוגשו בהסכמה:** לוח צילומים (ת/1); דיסק תיעוד "מסדר חי" (ת/2); מסמך מחברת אשראי ויזה כאל (ת/3); הודעתה הראשונה של המתלוננת במשטרה, מיום 21.8.2012 בשעה 06:05 (ת/4); הודעתה השנייה של המתלוננת במשטרה, מיום 2.9.2012 בשעה 14:46 (ת/5); הודעתה השלישית של המתלוננת במשטרה, מיום 2.9.2012 בשעה 17:17 (ת/6); חקירת נאשם, מיום 3.9.2012 בשעה 08:50 (ת/7); פרוטוקול מסדר הזיהוי החי (ת/8); מזכר של החוקר אלבוכר לגבי התספורת, מיום 2.9.2012 (ת/9); מזכר של החוקר אלבוכר לגבי התספורות (ת/10); מזכר של אלבוכר לגבי שיחה עם הסנגור (ת/11); מזכר של החוקר אלבוכר, לגבי השבת הנייד למתלוננת (ת/12); מזכר של השוטרת דנה, לגבי תיאור החשוד (ת/13); מזכר לגבי הארכת מעצר (ת/14); פרוטוקול מעצר ימים מיום 31.8.2012, לגבי הכוונה לערוך מסדר זיהוי (ת/15); מזכר של השוטרת דנה, לגבי שיחה עם המתלוננת (ת/16); בקשה להעברת/ קליטת עצור/ אסיר, כולל תמונת הנאשם מיום 31.8.2012 (ת/17); מזכר ברור מספר ברזל (ת/18); מייל לקצינת מדל"ת (ת/19); חקירת הנאשם, מיום 30.8.2012 בשעה 16:59 (ת/ 20); חקירת הנאשם מיום, 30.8.2012 בשעה 18:05 (ת/21); הקלטת חקירות הנאשם ת/20 ו-ת/21 (ת/22); מזכר שיחה עם ד"ר גאנם (ת/23); הודעתו של מחמוד (ת/24); דו"ח פעולה של השוטר עזרא (ת/25); דו"ח מעצר של מחמוד, מיום 30.8.2012 (ת/26); דו"ח חיפוש במרפאה, מיום 30.8.2012 של השוטר עזרא (ת/27); תעודה מוסדית של חברת התקשורת אורנג' (ת/28); פירוט שיחות יוצאות ללא איכון וללא IMEI (ת/29א); פירוט שיחות נכנסות כולל איכון (ת/29ב); פירוט שיחות יוצאות כולל IMEI (ת/29ג); פירוט שיחות נכנסות כולל IMEI (ת/29ד); דו"ח פעולה של השוטר אלירן (ת/30); דו"ח חיפוש של השוטר אלירן (ת/31); צו חיפוש מיום 30.8.2012 (ת/32); שלוש מעטפות של מוצגים שנתפסו במרפאה (ת/33 א-ג); דו"ח פעולה של השוטר אסף זוסמן (ת/34); מסדר זיהוי צבעוני (ת/35); דו"ח מסדר זיהוי תמונות (ת/36); רשומה מוסדית של חברת התקשורת סלקום (ת/37); פלט שיחות יוצאות ונכנסות למנוי 050-268089 (ת/38); צו מעצר שהוצא כנגד הנאשם, על ידי כב' השופטת שניידר, מיום 30.8.2012 (ת/39); הודעתו של גאנם (ת/40); פרוטוקול דיון מבית המשפט המחוזי לגבי תנאי מעצר בית של הנאשם (ת/41).

**מטעם ההגנה העידו:** הנאשם, ישיבה מיום 9.5.2013 (עמ' 167-182); העד האשם משהרה, אביו של הנאשם (להלן: "**האב**"), ישיבה מיום 9.5.2013 (עמ' 182-188).

**יריעת המחלוקת**

10. יריעת המחלוקת בין הצדדים רחבה ביותר, הן מבחינה עובדתית והן מבחינה משפטית. הנאשם מצדו, מכחיש כל קשר לאירוע המתואר באישום הראשון לכתב האישום, טוען שכלל לא נכח במקום ושמדובר בטעות בזיהוי. כמו כן, טוען כי לא הפר את מעצר הבית. מנגד, המאשימה טוענת כי הנאשם בענייננו, הוא שביצע את העבירות המתוארות בכתב האישום ואותו זיהתה המתלוננת. עוד לטענתה, לא חלה כל טעות בזיהוי והנאשם, הוא שהפר את תנאי מעצר הבית. מבחינה משפטית, חלוקים הצדדים לגבי העבירות שיוחסו לנאשם בכתב האישום, במידה וייקבע, כי הוא שביצע את המיוחס בכתב האישום. לטענת המאשימה, הנאשם עבר עבירות של שוד ומעשה מגונה, כמתואר לעיל. אולם לטענת ב"כ הנאשם, כתב האישום והראיות שהוצגו, מעלים לכל היותר, עבירות של גניבה והטרדה מינית.

**תמצית סיכומי המאשימה**

11. ב"כ המאשימה ביקשה להרשיע את הנאשם במיוחס לו בשני האישומים, בכתב האישום, בכך ששדד את המתלוננת וביצע בה מעשה מגונה וכן הפר הוראה חוקית עשר פעמים. ב"כ המאשימה ביקשה לבסס את ההרשעה, על סמך חמישה אדנים עיקריים, כפי שיפורטו להלן:

12. **ראשית,** גרסת המתלוננת שלטענתה, שעומדת במבחני האמינות שנקבעו בפסיקה. המדובר הן במבחן הפנימי, בהסתמך על האופן בו חזרה על גרסתה, דבקה בה, ושטחה אותה בהיגיון ובאוטנטיות, והן במבחן החיצוני, בהסתמך על שפע הפרטים שנמסרו בצירוף ראיות חיצוניות שהוגשו ותמכו בהם, וכן בגרסתה במשטרה ובהסבריה לגבי מסדר הזיהוי. זאת ועוד, המתלוננת הסבירה בעדותה, את הסיבה לכך, שזיהתה את הנאשם במסדר התמונות אך לא במסדר זיהוי החי שנערך לפניו, בנימוק שבמסדר החי, היה ראשם של הנאשם ושל יתר הניצבים מגולח, ואילו במסדר התמונות, היה הנאשם עם שיער. לטענתה, המתלוננת הבהירה בעדותה, שהיה לה חשוב לזהות את מי שפגע בה, כבר במסדר החי, ואף ידעה שנעצר חשוד קודם למסדר החי ויש סיכוי שיוצג לה, והיא אף קיוותה לכך. אולם, היא לא רצתה להפליל חשוד כלשהו באופן סתמי, והעידה בכנות שלא זיהתה את הנאשם במסדר החי. בין היתר, ציינה שהייתה לחוצה במעמד מסדר הזיהוי החי, כצפוי וטבעי במעמד מסוג זה, ואף שנאמר לה שתוכל לשהות במסדר כפי רצונה, היא ביקשה לסיימו, מוקדם ככל האפשר.

13. ב"כ המאשימה הוסיפה וטענה, כי על אף ניסיונו של הסנגור, להוכיח שראשו של הנאשם היה מכוסה בעת האירוע, המתלוננת שבה וטענה, כי על אף שהנאשם חבש כובע קפוצ'ון, נותר כשליש משיערו גלוי. עוד הדגישה, שעל אף הזמן הקצר במהלכו התרחש האירוע, ואף שלא הביטה בנאשם עת ישב לידה, היו מספר הזדמנויות בהן היא הביטה הישר בפניו. בנוסף טענה המתלוננת, כי על אף התאורה החלקית במקום, אור ירח ופנסים מעבר לכביש, הנאשם עמד בקרבה מספקת על מנת שהיא תזהה אותו. לטענת ב"כ המאשימה, בית המשפט יכול היה להתרשם מאמיתות דברי המתלוננת, שהעידה כי לא זכרה דבר בולט כלשהו מפניו של הנאשם, ודבקה בגרסה לפיה, מאחר והיא עוסקת בציור, קל לה יותר לזהות אדם מתמונה, מאשר במסדר חי. עוד ציינה את זיהוי המכשיר הנייד שזוהה ע"י המתלוננת, לפי שומר המסך ועליו תמונת אחיה הקטן וכן לפי שריטות ייחודיות. עוד ציינה את דברי המתלוננת כי בתיקה היה כרטיס אשראי שבו בוצעה עסקה לאחר האירוע, עובדה שאומתה במסמך מחברת האשראי.

14. **שנית,** באשר לכישלון הזיהוי במסדר החי והזיהוי העוקב במסדר התמונות, טענה ב"כ המאשימה, כי כישלון זיהוי אינו חורץ את גורל הזיהוי, כל עוד קיים בפי המזהה, הסבר מתקבל על הדעת וכי ניתן לפי הפסיקה, במקרים מתאימים, לבצע מסדר תמונות גם לאחר מסדר חי. בנוסף, ציינה את הטעויות לגבי השינוי היזום בחזותו של הנאשם שבוצע על ידו, בידיעה שהוא עתיד להשתתף במסדר זיהוי. נתון המצביע גם הוא על אשמתו. בנוסף ציינה כי הראיות מלמדות שהשוני בין מאפייני תמונת הנאשם שנכללה במסדר התמונות לבין מאפייני יתר התמונות, אינו פוגם במשקלו של המסדר, מה גם שלא נעשתה פעולה מכוונת להבליט את תמונתו.

15. **שלישית,** מכשיר הטלפון הנייד שנתפס בחיפוש במרפאת אחיו של הנאשם, בה נכח הנאשם, בצירוף העובדה שהנאשם ביקש ממחמוד, לטעון שהנייד בבעלותו. לדברי ב"כ המאשימה, טרם מעצרו של הנאשם, הגיע כוח משטרתי לבית הנאשם, ואביו הפנה אותם למרפאת אחיו, בנסיעה שארכה מספר דקות (בניגוד לטענת הנאשם, כי המרפאה מהווה חלק בלתי נפרד מבית מגוריו, ושגדר מקיפה אותם). השוטרים המתינו שיסיים טיפול שיניים, והנאשם נעצר. אשר לחוקיות החיפוש, טענה, כי החיפוש נערך בהסכמת בעל המקום, מאחר שאביו של הנאשם הזדהה בפני השוטרים ככזה. בעניין זה ביקשה לדחות את עדות האב בבית המשפט, שהכחישה את האמור. היא ציינה כי במקרה הנדון הנאשם לא היה בביתו, עת היה אמור להיות במעצר בית, ולפיכך ברור כי היה בקטגוריה של מי שהתחמק ממעצר או ממשמורת חוקית. אביו של הנאשם הוא שהוביל השוטרים אליו למרפאה, ובכך יש להכשיר את החיפוש. בנוסף, ציינה את תגובתו המידית של מחמוד בעת מעצרו לפיה, הנאשם מסר לו את הנייד, אמר לו שישמור עליו, מסר לו את קוד הפתיחה והסביר לו איך מוציאים את הסוללה (דבר שתואם את העובדה שהנייד נתפס במנותק מהסוללה). בנוסף, ביקשה לקבל את הודעת **מחמוד** במשטרה, לפיה, הנייד נמסר לו "מפורק", הוא שכח שהנאשם מסר לו את קוד הפתיחה של הנייד, התבקש לשקר ולומר שהוא בעליו, והסביר כי הסיבה שפעל על פי הנחיות הנאשם היא שהוא עובד של אחיו במרפאה, וכן ביקשה להעדיפה על פני עדותו הסותרת בבית המשפט.

עוד ציינה, לחילופין, כי בעידן שלאחר הלכת יששכרוב, אף אם ייקבע כי קיימת בעיה בחוקיות החיפוש, אין בכך כדי לפסול את הראיות, אלא להשפיע על משקלן בלבד. לצורך חיזוק, ביקשה להוסיף את החיפוש הנוסף שבוצע בבית הנאשם, על פי החוק והכללים.

16. **רביעית,** שיחת הטלפון שביצע הנאשם מהנייד, שעות ספורות לאחר האירוע המתואר בכתב האישום, באמצעות כרטיס הסים שלו (ת/29ג). לטענת ב"כ המאשימה, הודעת אחיו של הנאשם, מוכיחה כי כרטיס הסים הוא בהכרח של הנאשם. אחיו העיד כי לא ידוע לו על מספרים אחרים של אחיו, והמספר הנדון הוא זה שאליו הוא מתקשר, ואחיו – הנאשם, תמיד עונה. כאשר, הנאשם בעצמו, מסר מספר זה כשלו. זאת בנוסף, לבעלות המתלוננת במספר הנייד (ת/38) ולמספר הברזל של הנייד שלה, בצירוף עדותו של **דניאל,** שהעיד כי מספר הברזל הוא מספר, באמצעותו ניתן לזהות את המכשיר ממנו התבצעה שיחה, ושלכל מכשיר, מספר ברזל אחד ויחיד.

17. **חמישית,** התנהלות הנאשם ושקריו, שבאה לידי ביטוי פעמים מספר: **ראשית**, העובדה שהנאשם טען שמרפאת אחיו נמצאת בבניין מגוריו וחצר מקיפה את שניהם, בניגוד לעולה מהעדויות, כי מדובר במבנה המצוי מספר דקות נסיעה, מבית מגוריו. **שנית**, הפרות מעצר הבית המגובות באיכון הנייד של הנאשם, בניגוד לטענתו, כי לא הפר את תנאי מעצר הבית. **שלישית**, העובדה שהנאשם מסר בעדותו גרסה שלישית, חדשה, לפיה את הנייד שלו מסר לאשתו, כשקודם לכן טען, שהנייד נמצא עמו תמיד, והמדובר בעדות כבושה. **רביעית**, ניסיון הנאשם להרחיק עצמו מהנייד, בו היה הסים שלו, בטענה שאיבד אותו ולא עשה דבר כדי לאתר אותו, בניגוד לאחיו, שטען ששוחח עימו ביום בו נעצר. כאשר הנאשם עומת עם טענת אחיו, הוסיף גרסה נוספת, לפיה, שכפל את כרטיס הסים באמצעות בן דודו, אף שלא הביא לכך כל ראיה, והכרטיס כלל לא נמצא. **חמישית**, הנאשם לא ידע להסביר מדוע מחמודחיפה עליו, כשבית המשפט נכח לראות כמה היה מחמוד מפוחד ממעמד העדות, ורק כשהבין שהתואר שלו, כדוקטור, מוטל על כפות המאזניים, החליט לספר את האמת. **שישית**, לא הובאו עדים שיתמכו בטענת האליבי של הנאשם, שטען שהיה בביתו בעת השוד. **שביעית**, התנהגותו המפלילה והמשבשת של הנאשם, כאשר גילח את שערות ראשו במעצר ואף גידל זקן, לטענתו, בהתאם לכללי תא המעצר, אף שהוא נוהג להתגלח כל שבוע שבועיים ובחגים. זאת, בנוסף להכחשתו, כי גידל זקן, וכי הסתפר ביום הראשון למעצרו, בניגוד לראיות. **שמינית**, נייד המתלוננת שנתפס בחיפוש במרפאת אחיו של הנאשם, עת שהה בה הנאשם. הנאשם טען לראשונה בעדותו, שרכש את הנייד בשער שכם, מאחר ושלו אבד, כי לא קיבל קבלה עבורו, ואף הרחיב לגבי סכום הרכישה. זאת, בניגוד להודעתו במשטרה, בה מסר כי הוא כלל לא מכיר את אותו נייד. **תשיעית**, העובדה שהנאשם טען לטיפול שיניים דחוף, שהיה עליו לעבור במרפאת אחיו בשל כאבים שחווה, אף שאחיו ומחמוד, לא ציינו זאת. **עשירית**, טענות הנאשם כי לא הבין את הנחיות בית המשפט בנוגע לתנאי מעצר הבית, בטענה כי לא נכחה בדיון מתורגמנית, בניגוד לפרוטוקול דיון המעצר, שמוכיח אחרת. בצירוף העובדה, שהנאשם אף השיב לתשובות בחקירתו הנגדית בשפה העברית, ללא צורך בתרגום.

**תמצית סיכומי ההגנה**

18. ב"כ הנאשם ביקש לזכות את מרשו מהעבירות המיוחסות לו בכתב האישום, ממספר טעמים:

**ראשית**, לטענתו, אין כל ראיה בתיק המלמדת כיצד הובילו החוטים לבית הנאשם, טרם מעצרו במרפאת אחיו, ונראה כי המשטרה פעלה על דרך של סימון מראש את המטרה.

19. **שנית**, העובדה שנערכו שני מסדרי זיהוי למתלוננת. תחילה, מסדר זיהוי חי ואחר כך, בהפרש של כשעה, מסדר תמונות. לזאת, לטענת ב"כ הנאשם, קיימת חשיבות גורלית והשפעה מכרעת על הגנת הנאשם, ונוצר הרושם כי זיהוי המתלוננת את הנאשם במסדר התמונות, פגום, חסר נפקות ומהווה כשל חקירתי ואף עולה כדי רשלנות. עוד לטענת ב"כ הנאשם, אף אם ניתן להניח, שבמקרים של שינוי חזית מוצדק לערוך מסדר זיהוי נוסף, לא ניתן לקבוע כי גילוח שיער ראשו של הנאשם, שנעשה "בחסות העצורים" ששהו עימו בתא המעצר בלילה הראשון, עולה כדי מקרה כזה.

20. **שלישית**, הפגמים האובייקטיביים בזיהויה של המתלוננת את הנאשם. לטענת ב"כ הנאשם, המתלוננת העידה שהאדם המתואר בכתב האישום, חבש כובע שהסתיר את שיער ראשו וכי מצב התאורה היה חשוך במועד האירוע. בנוסף, העידה כי היא אינה בטוחה שהנאשם, שנכח באולם, הוא האדם שפגשה באירוע נשוא כתב האישום, ושהיא יכולה לזהותו, על פי פרטים שהם אינם תווי פניו, ביניהם תספורת וצורת שיער. נתונים אלו, לטענת ב"כ הנאשם, מטילים דופי כבד בזיהוי המתלוננת את הנאשם במסדר התמונות. עוד לטענתו, במסגרת מסדר זיהוי התמונות, הובלטה תמונת הנאשם (רמת קירוב גבוהה ושונה מיתר התמונות). בנוסף לטענתו, מחקירתה הנגדית של המתלוננת עלה, כי הצליחה להבחין בפניו של החשוד המתואר בכתב האישום, לא רק על פי שיערו, דבר שמחזק את המסקנה שמסדרי הזיהוי הכפולים, טשטשו את זיכרונה והובילו בסופו של יום, לזיהוי פגום. עוד לטענתו, היתלותה של המתלוננת בזיהוי הנאשם על פי תספורתו, אינה מציאותית ואינה עומדת בהתאמה עובדתית, או הגיונית עם עדותה, בה טענה כי לא בלט לה "דבר מיוחד" ובפרט, לא "שיער מיוחד" בזיהוי של החשוד המתואר בכתב האישום. לכך ביקש להוסיף את העובדה, שניתנה למתלוננת הזדמנות מספקת, לנוחיותה, להצביע על מי מהניצבים במסדר הזיהוי החי. המתלוננת אף בחנה את הניצבים במצבי גוף שונים, ולבסוף, הגיעה למסקנה נחרצת, כי אינה יכולה לזהות מי מהם. ב"כ הנאשם ביקש לדחות את ניסיונה של המתלוננת, לעטות רציונאל דחוק לסיבה שלא זיהתה את הנאשם, בנימוק כי דובר בסיטואציה מלחיצה. זאת, בעיקר לאור העובדה, שהמתלוננת בעצמה, התנדבה בעברה בתחנת משטרת מעוז ואף נכחה בתחנת מוריה, במספר הזדמנויות.

21. **רביעית**, העובדה שהמתלוננת הבהירה לחוקר אלבוכר, כי שיערו של הנאשם, אינו בעל השפעה על יכולת הזיהוי מבחינתה.

22. **חמישית**, העובדה שמסדר זיהוי התמונות בוצע שלא בנוכחות סנגורו של הנאשם, שהבהיר בשיחה טלפונית לחוקר המשטרתי, שלא יוכל להתייצב, ואף ביקש כי ייערך ביום אחר. לטענתו, הסיבות לעובדה זו, השמורות עם החוקר, מותירות תחושה צורמת, כי המניע היה שלא "להעלים" את תמונת פניו של הנאשם מזיכרונה של המתלוננת. בנוסף טען, כי הפסיקה הציבה תמרור אזהרה לרשות החוקרת, בפני עריכת מסדר זיהוי, שקדמה לו חשיפה קודמת של המזהה, לתמונת פניו של המזוהה.

23. **שישית**, העובדה שטענת הנאשם כי גילח את שיער ראשו, בעקבות יתר העצורים בתא, כלל לא נחקרה, ואף נזקפה לחובתו, בגדר שיבוש הליכי חקירה.

24. **שביעית**, ב"כ הנאשם ביקש מבית המשפט, כי אם יגיע למסקנה, שלא נפל פגם בהחלטה לקיים את מסדר זיהוי התמונות בסמוך למסדר הזיהוי החי, שלא לקבל את הזיהוי במסדר התמונות כקביל. זאת, לאור העובדה שתמונת הנאשם שהוצגה במסדר התמונות, אינה תואמת למועד האירוע. התמונה נלקחה ממערכת "אדם", צולמה ביום 22.5.2011, כשנה לפני האירוע, אינה סימולטאנית ליום האירוע ואינה משקפת נכונה את פרופיל פניו של הנאשם. בנוסף, התמונה הובלטה ביחס לתמונות האחרות שהוצגו במסדר התמונות, ובכך יש פגם.

25. **שמינית**, לטענת ב"כ הנאשם, המעשים המתוארים בכתב האישום, בצירוף עדות המתלוננת שהעידה כי מכשיר הנייד היה מונח על הספסל ולא בידה, אינם עולים כדי עבירת שוד, אלא לכל היותר, כדי עבירת גניבה. לטענתו, האדם שגנב את מכשיר הנייד של המתלוננת, במהלך ניסיונה להרימו מהספסל באמצעות ידה השמאלית, עשה זאת בזריזות, ללא הפעלת כל כוח, ונמלט עימו יחד עם התיק של המתלוננת, שהיה גם הוא על הספסל. בנוסף, המתלוננת בעצמה הבהירה כי בכתה בעקבות הריב שהיה לה עם החבר שלה, ולא עקב מעשיו של האדם המתואר בכתב האישום. לטענתו, גם בהודעתה במשטרה, לא ציינה המתלוננת כל שימוש בכוח. לכך ביקש להוסיף, את משך הזמן הקצר של האירוע, שלא עלה על 10 שניות, שלא מותיר ספק לטענתו, כי לא היה כל מקום לשימוש בכוח. לדידו, מאחר ועדות המתלוננת במישור של הפעלת כוח, אינה נקייה מספקות, ניתן לקבוע, ולו מחמת הספק, שלא הוכח שימוש בכוח ואין המדובר בעבירת שוד.

26. **תשיעית**, החיפוש שנערך במרפאת אחיו של הנאשם, שלטענת ב"כ הנאשם, אין מחלוקת, שנערך ללא צו חיפוש כדין. בעוד, שהנייד שנמצא בחיפוש, נמצא על שולחן במרפאה, ולא על גופו של הנאשם. בנוסף, מחמוד, שעובד במקום, טען כי לא נתבקשה הסכמתו לערוך את החיפוש, ולא נעשה כל ניסיון לבקש את הסכמת בעל המרפאה, אחיו של הנאשם- ד"ר גאנם, לערוך אותו. זאת ועוד, שלמחמוד, לא קנויה הזכות, להסכים לחיפוש כזה. לאור האמור, ביקש ב"כ הנאשם לפסול את הנייד כראיה, שלטעמו, מהווה ראיה שאינה קבילה, שנתפסה במהלך חיפוש, שנעשה שלא כדין.

27. **עשירית**, לטענת ב"כ הנאשם, אף אם בית המשפט יקבל את הנייד כראיה, הנאשם סיפק הסבר סביר להימצאותו בהחזקתו, בכך שהנייד נרכש על ידו בבאב אל עמוד, במזרח ירושלים. לטענתו, לו הייתה טענה זו נחקרת, היה הדבר מוביל לזיכויו, ומדובר במחדל חקירתי, שגרם לעוול ופגע בהגנת הנאשם. לדידו, גם בשל כך, ראוי לפסול את הנייד מלשמש כראייה, גם להפרת תנאי השחרור.

28. **אחד עשר**, לטענת ב"כ הנאשם, עובדות כתב האישום כפי שתוארו, בצירוף עדות המתלוננת, אינם עולים כדי עבירה של מעשים מגונים, אלא לכל היותר, עבירה של הטרדה מינית.

**דיון והכרעה –כללי**

29. כפי שציינתי לעיל, המחלוקת בין הצדדים בתיק זה, רחבה ביותר הן מבחינה עובדתית והן מבחינה משפטית. הנאשם בענייננו, מכחיש מכל וכל, את המיוחס לו בכתב האישום. מנגד, לטענת המאשימה, הנאשם ביצע את כל העבירות המיוחסות לו בכתב האישום. בנוסף, המאשימה טוענת כי יש לייחס לנאשם, במידה ויימצא כי הוא שביצע את העבירות המיוחסות לו בכתב האישום, עבירות של שוד ומעשה מגונה. בעוד, ההגנה טוענת כי גם אם ייקבע שהנאשם הוא מבצע העבירות המדובר, לכל היותר, בעבירות של גניבה והטרדה מינית.

30. על מנת להכריע ולהקל על הדיון, אחלק את הדיון בהכרעת דינו של הנאשם למספר סוגיות, ואדון בכל סוגיה בנפרד. ראשית, אדון בשאלת זיהוי הנאשם על ידי המתלוננת במסדרי הזיהוי ומשמעותה וכן בטענה כי הנאשם גילח את שערו על מנת להקשות את זיהויו במסדר. שנית, אדון בסוגיית החיפוש שבוצע במרפאה וחוקיותו. שלישית, אדון במציאת הנייד בחיפוש ובסוגיית החזקה התכופה. רביעית, אדון בשאלה המשפטית, האם המדובר בעבירת שוד או עבירת גניבה. חמישית, אדון בשאלה המשפטית, האם המדובר בעבירה של מעשה מגונה או בטרדה מינית. שישית ואחרונה, אדון בשאלה, האם הנאשם הפר את תנאי מעצר הבית.

31. קודם לדיון בסוגיות השונות, אתייחס באופן כללי לשאלת מהימנות עדותה של המתלוננת בתיק וכן למהימנות עדותו של הנאשם.

32. התרשמתי במהלך המשפט ממהימנות גרסתה של המתלוננת. המתלוננת, בת 19, מנהלת רשת מחשוב, העידה ביום 6.2.2013. מתוכן העדות עולה, כי המתלוננת לא ביקשה להעליל עלילה על הנאשם, ביקשה במובהק להימנע מהפללת שווא והקפידה לדייק בתיאוריה. יצויין, כי כבר בשלב הודעתה במשטרה תיארה את התרחשות האירוע בפירוט אך ללא הגזמה. לאחר מכן, שבה וחזרה על גרסתה בבית המשפט. המתלוננת לא נכשלה בלשונה, ביקשה לדייק בתשובותיה. בין היתר, דייקה גם בפרטים המשניים, כגון תיאור מלא של הפרטים שנגנבו לה, ביניהם כרטיס אשראי, צבעו, פרטי המנפיק וכן הפעולה שבוצעה בו (ת/3, ת/4 ש' 24-26, עמ' 42 לפרוטוקול, ש' 18-27), הפעולה שבוצעה בו, התייחסות למתלוננת הנוספת שנכחה במסדר, וכן העובדה שנתבקשה לא לשוחח עימה (עמ' 13 לפרוטוקול, ש' 2-3, עמ' 35 לפרוטוקול, ש' 3-6, עמ' 63 לפרוטוקול, ש' 12-13, ת/16).

33. מנגד, הנאשם, מסר גרסאות סותרות ופתלתלות. במשטרה מסר גרסה אחת לגבי הנייד שנתפס במרפאה, וטען כי אינו שלו ואינו מכיר אותו. לאחר מכן מסר עדות כבושה, כי את הנייד רכש בבאב אל-עמוד. הוכח גם, כי הנאשם, בניגוד להכחשתו, ביקש ממחמוד להחזיק עבורו את מכשיר הנייד ולטעון כי שייך לו, כפי שאפרט בהמשך. בנוסף הוכח, כי הנאשם גילח את שיער ראשו, על מנת לפגום במסדר הזיהוי שהבין שעתיד להיערך לו, כפי שאפרט בהמשך. זאת ועוד, הנאשם טען כי לא הפר את תנאי מעצר הבית, אף כי ראיות האיכון שהוצגו מוכיחות אחרת. עוד טען, שמרפאת אחיו נמצאת באותו מתחם של ביתו, אשר גדר מקיפה אותם, ולכן לא הפר את מעצר הבית, אולם העדים, שמצאתי מהימנים, העידו כי מדובר במרחק של כמה דקות של נסיעה בין הבית לבין המרפאה וששני האתרים אינם ממוקמים באותו מתחם.

**מסדרי הזיהוי וזיהוי הנאשם**

כאמור סוגיה מרכזית השנויה במחלוקת בין המאשימה לבין ההגנה היא זיהויו של הנאשם כמי שביצע את העבירות המיוחסות לו באישום הראשון.

**הראיות**

34. הנאשם נעצר ב-30.8.2012, כשהאירוע המתואר בכתב האישום, התרחש ב-21.8.2012. למתלוננת בוצע **מסדר זיהוי חי** בתחנת המשטרה ביום 2.9.2012 (ת/2). במסדר הזיהוי החי, המתלוננת "**לא זיהתה אף אחד**" (ת/8 – סעיף ט').

**גרסת המתלוננת לגבי הזיהוי - מסדר הזיהוי החי**

35. המתלוננת העידה בחקירתה הראשונה במשטרה, כי החשוד: "**בחור ערבי גבוה 1.75-1.8 שחום וצבע שיער חום והוא לבש דברים כהים ואני לא זוכרת בדיוק מה הוא לבד** (צ"ל: "לבש") **כי הייתי עצבנית בגלל חבר שלי.** " (ת/4, ש' 28-29).

בחקירתה השנייה, העידה לגבי מסדר הזיהוי החי, כי לא זיהתה אך אחד מהניצבים, כמי שתקף אותה וגנב לה את הנייד. לשאלת החוקר אלבוכר, האם החשוד באירוע היה קרח או עם שיער, השיבה עם שיער. לשאלתו, האם זה משפיע על יכולת הזיהוי שלה את החשוד, השיבה: "**לא. ניסיתי לזהות תווי פנים גם ככה בקושי ראיתי אותו בלילה**" (ת/5, ש' 8). לשאלת החוקר, האם באירוע היה לחשוד זקן או שהוא היה מגולח, השיבה: "**אם אני לא טועה הוא היה מגולח**", צבע עיניים "**כהות**", "**שיער כהה ואורך קוצים לא ארוכים**" (שם, ש' 14 ,16 ,18 בהתאמה). המתלוננת העידה, כי החשוד ישב לידה, בערך דקה. היא הוסיפה, כי לא זיהתה אף אחד מהניצבים במסדר החי, "**כי הם לא היו נראים כמוהו לפי מה שאני זוכרת אותו**" (שם, ש' 23). בהמשך נשאלה, אם הייתה רואה את החשוד שוב, עם השיער ברחוב, האם הייתה מזהה אותו והשיבה: "**אני לא בטוחה**" (שם, ש' 39). היא הוסיפה, כי הספסל עליו ישבה, לא מואר בפנס, "**לא, יש מעבר לכביש אבל הספסל די חשוך**", "**..היה לילה רגיל בהיר**", לשאלת החוקר האם הראות הייתה טובה, השיבה: "**כן, פשוט לא הסתכלתי עליו כל כך רק לשניה**" (שם, ש' 43 ,45 ,47 בהתאמה).

המתלוננת הצביעה על הנאשם באולם בית המשפט (עמ' 10 לפרוטוקול, ש' 32), אולם העידה, "**…אבל אני לא בטוחה, כי אני זוכרת רק – לפי פרטים מסוימים, לא לפי הפנים**" (עמ' 11 לפרוטוקול, ש' 2-3). לשאלת המאשימה, באמצעות אלו פרטים זיהתה את הנאשם, השיבה המתלוננת בעדותה: "**בסוף הסתבר שזיהיתי אותו עם השיער, כי כמו שהיה בתמונה, כי כשראיתי אותו בלי שיער, עם שיער מגולח אז לא, לא כל כך הצלחתי לזהות אותו כי היה חושך, לא בדיוק זכרתי תווי פנים**" (עמ' 12 לפרוטוקול, ש' 23-25). המתלוננת הוסיפה, כי החשוד לא חבש כובע, "**...לפי מה שאני זוכרת היה לו מין קפוצ'ון כזה...לא דובון, כמו ז'קט כזה...הראש היה מכוסה, אם אני לא טועה, אבל ראו שיער. ראו שיער, ראו את השיער שלו**" והוסיפה, "**לא, לא את כל השיער אבל רואים שיער**" (עמ' 22-23 לפרוטוקול, ש' 25-31, 1 בהתאמה), לטענת ב"כ הנאשם, כי כל אזור השיער של החשוד, לא כל כך בלט, כיוון שהיה כיסוי ראש, השיבה: "**זה בלט כי אני זכרתי את אורך השיער שלו ואני זכרתי את השיער**" (עמ' 23 לפרוטוקול, ש' 9). לשאלתו, באיזה אורך, השיבה: "**זה היה בינוני כזה, קוצים**" (עמ' 23 לפרוטוקול, ש' 13). לשאלתו, אם היה ג'ל, השיבה כי אינה יודעת ולא שמה לב, ולא נגעה והוסיפה: "**...זה מה שאני זוכרת מהמראה הכללי שלו, ככה אני בסופו של דבר – ...זיהיתי אותו, כי אם לא הייתי זוכרת בדיוק, לא הייתי מזהה אותו בתמונה**" (שם, ש' 24-27). המתלוננת העידה בחקירתה הנגדית, כי בסיום מסדר הזיהוי, נשאלה על ידי החוקר: "**אם אחד מהם היה נראה לי לפחות דומה למי שהיה שם. אמרתי לו שאני לא זיהיתי אף אחד ושהם כולם עם גלח כאילו בראש, אז אני לא בדיוק, זה לא, זה קצת מפריע, למרות שחשבתי שאני כן אזהה, הודיעו לי שהם כולם יהיו מגולחים**" (עמ' 33 לפרוטוקול, ש' 25-28). לשאלתו, אם מה שניסתה לזהות, זה בעצם תספורת ולא פנים: "**פנים יחד עם תספורת, כי זה משנה את המראה. אם רואים בן אדם פעם אחת ורואים אותו עם תספורת מסוימת, אז יותר קל לזהות אותו יחד עם השיער**" (שם, ש' 30-32). לשאלת ב"כ הנאשם, מה זכור לה יותר, תווי הפנים או השיער, הדגישה: "**ביחד, לא הסתכלתי רק על השיער. הסתכלתי גם על הפנים**" (עמ' 34 לפרוטוקול, ש' 4). לשאלתו, למה התספורת חשובה, אם החשוד היה עם כובע, השיבה: "**כי ראיתי את הפנים שלו ביחס לשיער, יחד עם השיער. ראיתי עד לפה היה כובע בערך, זה לא כיסה לו עד המצח את השיער, זה היה, ראו את זה**" (שם, ש' 6-8). בחקירתה הנגדית נשאלה, על כך כשנשאלה ספציפית לעניין השיער, אם זה משפיע על יכולת הזיהוי שלה את החשוד, השיבה: "**אני נשאלתי, בהתחלה אמרתי להם שלא, כי חשבתי שאני אזכור את פניו**" (עמ' 40 לפרוטוקול, ש' 22-23).

לכך יש להוסיף את העובדה, שהאירוע התרחש בסביבות השעה ארבע לפנות בוקר. כפי שהעידה המתלוננת: "**היה די חשוך כי לא היה, אין פנסים ליד הספסל אבל יש מעבר לכביש, כאילו הייתה תאורה אבל חלקית כזאת**" (עמ' 13 לפרוטוקול, ש' 11-12). היא העידה כי השעה הייתה בסביבות השעה ארבע לפנות בוקר, והוסיפה כי זוכרת זאת: "**כי בדיוק חזרתי, עוד דיברתי בטלפון אז הייתי כל הזמן בטלפון, הסתכלתי**" (שם, ש' 18-19).

36. במזכר של החוקרת דנה מיום 22.8.2012, ציינה לגבי שיחתה עם המתלוננת: "**...אמרה שהיא לא כל כך זוכרת פרטים מדוייקים כי היה חושך אבל ממה שהיא זוכרת מדובר בגבר בסביבות גיל ה-25-27, שחום, שיער כהה, גובה 1.75-1.80, לבש חולצה קצרה בצבע כהה ומכנס ג'נס כהה, לא היה לו משקפיים, לא מכירה אותו ושהוא דיבר איתה היא שמעה שמדובר בבן מיעוטים**" (ת/13).

הנאשם בעצמו, בחקירתו במשטרה מיום 30.8.2012 בשעה 16:59, העיד על עצמו: "**גובה 1.85 בערך, גוף בינוני, פנים רגילות ושיער קצר צבע שחור, זיפים**" (ת/20, ש' 127).

37. המתלוננת בעדותה, הצביעה על הנאשם, שישב על ספסל הנאשמים כמי שביצע את העבירות, אך מאידך ביקשה לציין "**…אבל אני לא בטוחה, כי אני זוכרת רק –לפי פרטים מסוימים, לא לפי הפנים**" (עמ' 11 לפרוטוקול, ש' 2-3). בהמשך, העידה לגבי מסדר הזיהוי החי: "**...לא זיהיתי שם אף אחד, כולם היו מגולחים כאילו גלח עם השיער, אז לא הצלחתי לזהות אף אחד, כולם היו נראים לי אותו הדבר וזהו, פשוט לא, לא הצלחתי ... להצביע על מישהו מסוים**" (עמ' 12 לפרוטוקול, ש' 29-31).

בחקירתה הנגדית העידה, כי ביקשה מהניצבים להסתובב לצד, "**כי לא זיהיתי אותם מקדימה, אז רציתי לנסות אולי אני אזהה אותם מהפרופיל, לא היה לי משנה איזה פרופיל פשוט רציתי קצת יותר להסתכל, מזווית אחרת**" (עמ' 32-33 לפרוטוקול, ש' 31-1 בהתאמה). היא אף העידה, "**נתנו לי מספיק זמן, אמרו לי שאני יכולה להישאר שם כמה שאני רוצה אבל בגלל שהם עמדו כולם מולי, אז אני הייתי ממש לחוצה, לא רציתי להישאר שם**" (עמ' 33 לפרוטוקול, ש' 4-6).לשאלת ב"כ הנאשם האם היא בטוחה, שהיה לה מספיק זמן לקבל את ההחלטה הסופית, בזיהוי במסדר החי, השיבה: "**אני לא בטוחה, אני לא בטוחה בגלל שאני רציתי ללכת משם, אני אמרתי גם לשוטר או מי שהיה לידי. אמרתי שאני לא מזהה גם לפני שנכנסנו אמרתי לו שאני מפחדת להיות שם, הוא אמר תנסי להישאר שם כמה שיותר זמן בשביל לזהות אותו. ובכל זאת רציתי לצאת משם**" (שם, ש' 9-12). לשאלתו אם התייאשה, השיבה: "**לא התייאשתי, פחדתי, פחדתי לעמוד שם. זה הלחיץ אותי כי הם כולם היו מולי וכולם הסתכלו עלי, כולם כאילו הרוב חייכו אלי וזה ממש הלחיץ**" (שם, ש' 14-16). היא אישרה כי בסוף המסדר החי, ענתה ללא כל היסוס, כי לא זיהתה מי מהניצבים כחשוד באירוע, "**אני בגלל זה הסתכלתי כמה פעמים, בגלל שהיססתי וגם כשעניתי אמרתי אני לא רוצה להגיד סתם בגלל שאני באמת לא זיהיתי**" (עמ' 40 לפרוטוקול, ש' 9-10).

38. בהמשך אישרה, כי לפני מסדר התמונות ולאחר מסדר הזיהוי החי, נשאלה מדוע לא זיהתה אף אחד מהניצבים, והאם ייתכן שהשיער השפיע על רמת היכולת שלה לזהות, "**...אמרתי שאני חושבת שלא, ואז הוא אמר אם תראי תמונה שלו, כמו אם תראי תמונה עם אותו השיער כמו שהוא היה באותו היום, את חושבת שאת תצליחי יותר לזהות, יחד עם שיער, תמונה כללית עם שיער, אמרתי שאני חושבת שכן. זוכרת מראה כללי...**" (עמ' 54 לפרוטוקול, ש' 2-5). הובהר בחקירת המתלוננת, כי נאמר לה שהנאשם יכול להיות בין הניצבים במסדר החי.

**גרסת המתלוננת –מסדר זיהוי התמונות**

39. לאחר מסדר הזיהוי החי, בו לא זיהתה כאמור המתלוננת את הנאשם, שהיה אחד מהניצבים, בוצע למתלוננת מסדר זיהוי בתמונות(ת/1, ת/35). כפי שצוין בדו"ח מסדר הזיהוי, המתלוננת הצביעה על תצלום מס' 6 במסדר התמונות שהוצג לה ואמרה "**זה האדם שתקף אותי**" (ת/36).

בהודעתה השלישית של המתלוננת במשטרה, לאחר ביצוע מסדר הזיהוי בתמונות, העידה כי זיהתה את החשוד שתקף אותה, בתמונה מספר 6 (ת/1), (ת/35 – פלט התמונות הצבעוניות במחשב), לשאלת החוקר אלבוכר, איך זיהתה אותו, השיבה: "**לפי הפרצוף**" והוסיפה כי לקח לה "**כמה שניות**" לזהות אותו. לשאלתו האם זיהתה רק אותו, או התלבטה בין כמה תמונות, השיבה: "**לא התלבטתי, אלא רק אותו**". לשאלה עד כמה היא בטוחה, כי התמונה עליה הצביעה, היא החשוד שתקף אותה, השיבה: "**אני בטוחה מאד, אני לא התלבטתי הוא ישר קפץ לי לעין**" (ת/6, ש' 8, 10, 12, 14 בהתאמה). לטענת החוקר, כי אותו אדם עליו הצביעה בתמונות, היה גם באותו בוקר במסדר זיהוי חי, ואיך היא זיהתה אותו עכשיו, אבל לא בבוקר, השיבה: "**כי לא היה לו שיער וחוץ מזה בבוקר זה היה מלחיץ כי זה היה מול אנשים ואני אמור לזהות זה היה מפחיד**" (ת/6, ש' 17-18).

40. המתלוננת העידה: "**כשהראו לי תמונות אז ראיתי כבר כמה אנשים שעם שיער באמת איך ש – ככה הוא היה אמור להיראות באותו הערב והצבעתי הדבר הראשון שהצבעתי עליו זאת הייתה תמונה לא זוכרת איזה מספר אבל על תמונה מסוימת, שאלו אותי אם אני בטוחה, אמרתי שכן, שאלו אותי בכמה אחוזים משהו כזה אמרתי להם שתשעים ותשע, כי זה לפי מה שאני זוכרת זה הוא, וזהו, שאלו אותי עוד כמה פעמים אני בטוחה וסימנו משהו ואמרו לי שזהו**" (עמ' 13 לפרוטוקול, ש' 24-30). לשאלת ב"כ המאשימה, על מה יושב האחוז הנותר, השיבה: "**כי חשבתי על זה שלא זיהיתי אותו במסדר ואמרו לי בסופו של דבר שהוא היה במסדר החי... בגלל זה, כשזיהיתי אותו אני ידעתי שזה הוא, זה התמונה הראשונה שהצבעתי עליה ואז ברגע ששאל אותי למה לא זיהיתי אותו, אז אמרתי כנראה בגלל השיער, ואז שאלו אותו אם זה במאה אחוז, אז כן היססתי בגלל שלא הייתי בטוחה בעצמי בכלל אם אני מזהה**" (עמ' 18 לפרוטוקול, ש' 7-10).

41. בחקירתה הנגדית, העידה כיצד הוצגו לה תמונות שמונה חשודים במחשב כולן יחד, ופלט התמונות של המחשב הוגש לבית המשפט בשחור לבן (ת/1). היא אישרה שזה מה שהוצג לה ושמעבר לכך, לא הוצגו לה תמונות אחרות, והיא גם לא התקרבה למחשב לפני כן. עוד העידה, כי תוך שתי שניות לערך, מרגע שהוצגו לה התמונות, היא זיהתה את החשוד: "**כי ישר תפס לי את העין, את התשומת לב, הסתכלתי בפניו ישר**" (עמ' 55 לפרוטוקול, ש' 31). בהמשך העידה, כי ברגע שזיהתה את החשוד בתמונות במסדר התמונות, עדיין לא קישרה את בינו לבין החשוד שהיה במסדר החי, אף שעברו שעתיים בין מסדר אחד לשני, והוסיפה, "**... כשהוא היה מגולח אני לא זיהיתי אותו, הוא היה נראה לי אחרת, גם אחרי שראיתי את התמונה**" (עמ' 56 לפרוטוקול, ש' 9-10).

42. ב"כ המאשימה הציגה לבית המשפט קטע מסרט, מסדר הזיהוי החי למתלוננת. לשאלתה, מה היה ההבדל בין המסדר החי, לבין מסדר התמונות, השיבה: "**בתמונות הוא יהיה בדיוק כמו שהוא היה באותו לילה, בגלל זה גם זכרתי קצת מהשיער שלו ואיך הפנים שלו נראות יחד עם השיער**" (עמ' 15 לפרוטוקול, ש' 1-2), "**כשראיתי את הצילום, כן, אז – הראשון שאני ראיתי זה אותו, כאילו, אני לא יודעת לפי מה בדיוק זיהיתי אבל השיער נורא עזר לזהות אותו ולהיזכר**" (שם, ש' 12-14).

43. ב"כ הנאשם בחקירתו הנגדית של המתלוננת, ביקש להוכיח כי המתלוננת לא זיהתה במדויק את החשוד באירוע. המתלוננת העידה, **"... אני שמתי לב שהוא, לא שמתי לב איך הוא מגיע... כי הייתי באמצע השיחה... אני בדיוק ניתקתי את השיחה היינו באמצע ריב וראיתי שהוא עומד מולי**" (עמ' 19 לפרוטוקול, ש' 11-17). עוד העידה כי הופתעה לראות את החשוד, "**... הוא שאל אותי אם אני בסדר**", "**כשסיימתי את השיחה הרמתי את הראש**", "**הסתכלתי עליו והוא שאל אותי אם אני בסדר**", "**אני ראיתי אותו, אבל בגלל ש – כאילו יחד עם זה שהייתי נסערת והיה חשוך אז לא בדיוק הסתכלתי וניסיתי לזכור וכאילו להבליט איזה שהם דברים מהפנים שלו**" (עמ' 20 לפרוטוקול, ש' 7-18). המתלוננת אישרה כי הסתכלה על החשוד, כשעוד הייתה ישובה, והחשוד עצמו עמד. היא הוסיפה: "**הסתכלתי על כל הפנים פשוט לא התמקדתי על משהו**" (עמ' 21 לפרוטוקול, ש' 10). בנוסף העידה, "**הוא... גובה ממוצע, לא ממש גבוה, כאילו גבוה יותר גבוה ממני**", וציינה כי גובהה מטר ושישים שש סנטימטרים (שם, ש' 14). לשאלת ב"כ הנאשם, כיצד אם היא ישבה והחשוד, שהוא גבוה, עמד, היא הצליחה לזהות את כל תווי פניו, השיבה: "**אני לא אמרתי שאני מצליחה לזהות את כל תווי פניו, אלא את המראה הכללי שלו**" (עמ' 22 לפרוטוקול, ש' 4-5). המתלוננת העידה כי מה שבלט לה בעין, הם בגדים כהים, והוסיפה: "**לא בדיוק זכרתי, לא זוכרת בדיוק מה ראיתי מתווי פניו, כן, פשוט ראיתי אותו לא, לא בלט לי משהו, לא איזה נקודת חן או משהו או לא איזה משהו מסוים**" (שם, ש' 15-17) ולשאלת בית המשפט, האם משהו בתווי פניו של החשוד, היה מיוחד, השיבה: "**לא, פשוט הסתכלתי עליו כמה שניות, לא, לא בלט לי שום דבר**" (שם, ש' 19-20). לטענת ב"כ הנאשם כי לא נוח לו עם ההנחה, שהחשוד היה עם כיסוי ראש, ובכל זאת היא הצליחה לזהות את כל שיערו, השיבה: "**לא אמרתי שהצלחתי לזהות את כל השיער**" והוסיפה, "**אמרתי שראו מספיק שיער, בשביל-**", "**היה מספיק שיער בשביל לעשות את התמונה הכללית של גם שיער וגם פנים**" (עמ' 23-24 לפרוטוקול, ש' 2-3, 30, 32, בהתאמה, ראו גם עמ' 61 לפרוטוקול, ש' 11). היא המשיכה והעידה לגבי השיער, "**חשבתי שזה לא ישפיע בכלל, לא בצורה חותכת, לא, זה לא היה אור** (צ"ל: "אמור") **להשפיע בצורה חותכת, אבל זה עזר לי אחרי זה לזהות אותו בתמונה**" (שם, ש' 29-30) בהמשך לשאלות בית המשפט, העידה המתלוננת כי אמרה שלחשוד היו מעין קוצים, לא דבוק לראש, אך השיער עמד באיזו שהיא דרך.

44. המתלוננת הבהירה בעדותה, כי הגיעה למסדר החי מתוך מטרה ועם רצון לזהות את החשוד באירוע (עמ' 35 ,38 לפרוטוקול, ש' 10 ,14). אולם, לא התעקשה לשהות זמן רב במעמד המסדר החי, כי פחדה מהסיטואציה. זאת, אף שלוותה בשוטרים, ושהעולם המשטרתי אינו זר לה בשל התנדבותה בעבר, "**...לא פחדתי שהם יעשו לי משהו פיזית אבל לא היה לי נוח עם המבטים שלהם וזה שאני נמצאת... לא היה נעים**" (עמ' 35 לפרוטוקול, ש' 27-30), "**...וגם זה היה מסדר זיהוי שקשור אלי, זה לא שצפיתי מהצד**" (עמ' 37 לפרוטוקול, ש' 16), "**גם המקום, אבל גם האנשים שעמדו, ידעתי שאולי אחד מהם זה אותו האדם שהיה באותו לילה**" (עמ' 37-38 לפרוטוקול, ש' 32-1 בהתאמה).

45. לטענת ב"כ הנאשם, כי ייתכן שדמיינה את תמונתו הכללית של החשוד, השיבה: "**לא חושבת**". בהמשך, העידה כי היא עוסקת באומנות ובציור והוסיפה, "**כן, בגלל זה אני זוכרת את המראה, כן**" (עמ' 24 לפרוטוקול, ש' 7). לטענת ב"כ הנאשם, כי יש לה זיכרון חזותי, אילוסטרציה חזותית ויכולת לדמיין, השיבה: "**אבל זה לא לדמיין...**" (שם, ש' 20) ושבה וטענה, כי לא דמיינה וכי לא כל השיער היה מכוסה, "**פשוט היה לו גוש שיער וזה ראיתי ככה בערך, את התמונה הזאת**" (עמ' 25 לפרוטוקול, ש' 16). בהמשך העידה: "**... פשוט זכרתי את הפנים שלו כללי, בלי שום דבר...**"(עמ' 31 לפרוטוקול, ש' 22). עוד העידה, כי החשוד שחום "**... לא שחום, ממש, שחום כמו ש – אני לא יודעת... לא כמוני, לא לבן ממש... זיפים, כמו שאני זוכרת... לא זקן...**" (עמ' 32 לפרוטוקול, ש' 13-25). כשנשאלה כיצד במשטרה אמרה שעיניו של החשוד "**יכול להיות בצבע חום",** אם היה חשוך ובקושי ראתה את פניו, השיבה: "**כי זה היה בולט אם זה היה יותר בהיר מהרגיל**" (עמ' 47 לפרוטוקול, ש' 13) והוסיפה, כי ראתה את פניו, "**נכון שהיה חשוך אבל הוא היה מספיק קרוב כשהוא עמד מולי**" (שם, ש' 19), "**אני ראיתי את פניו - ... לא מדויקת אבל אם היו לו עיניים כחולות למשל, אז הייתי יותר שמה לב לזה**" (שם, ש' 22-25).

46. בנוסף, ניסה ב"כ הנאשם לשלול את היתכנות הזיהוי בהתחשב בזמן הקצר שבו התקיים המפגש וכן במרחק ובזווית שהיו בין המתלוננת לבין החשוד. לשאלתו את המתלוננת, האם החשוד הרכין פניו כששוחח עמה, בעוד הוא עמד והיא ישבה, השיבה שכן, "**... בטח הוא הסתכל עלי כשהוא דיבר אלי**" והוסיפה, "**חצי דקה, עשרים שניות, הוא לא התעכב בעמידה, פשוט התיישב**" (עמ' 26 לפרוטוקול, ש' 18, 24). בהמשך העידה, כי לא הסתכלה על החשוד, בזמן שישב לידה, "**... כי הוא היה די קרוב כאילו לא צמוד, אבל די קרוב, לא רציתי להפנות אליו את הראש**" (עמ' 29 לפרוטוקול, ש' 31-32). המתלוננת העידה, כי ראתה את החשוד רק לכמה שניות בהתחלה, ובסוף, לפני שברח והעריכה את משך זמן, כדקה וחצי או שתי דקות. בחקירתה החוזרת העידה, כי לא הסתכלה על החשוד, כשהתיישב לידה, "**כי פחדתי להפנות את הראש, כי היה, הסתכלת יותר על היד, שהייתה על הרגל שלי**" (עמ' 67 לפרוטוקול, ש' 22-23). בחקירתה הנגדית, העידה המתלוננת ואישרה, כי קל לה יותר לזהות תווי פנים ודמות בתמונה, מאשר "דמות חיה", כיוון שהיא עוסקת בציור (עמ' 38 לפרוטוקול, ש' 26, 30).

47. אשר לצבע עיניו של הנאשם, לשאלת ב"כ הנאשם למה התכוונה כשאמרה במשטרה שצבע עיניו היו כהה, הסבירה: "**יכול להיות חום... זה לא כחול...**" (עמ' 47 לפרוטוקול, ש' 6-8), "**... כשאמרתי שהעיניים שלו היו לא יודעת מה כהות, חומות, אני מתכוונת ל- או שחור, או חום או אפור כהה**" (עמ' 49 לפרוטוקול, ש' 25-27). לשאלת בית המשפט, כמי שעוסקת באומנות, היא אמורה להבחין בין שחור לחום, השיבה: "**בטח שיש הבחנה, אבל בגלל החושך ולא היה מספיק אור, אי אפשר בדיוק לראות**" (שם, ש' 31-32) והוסיפה, "**זה מה שהצלחתי למסור באותו הרגע, לא יכולתי לדייק יותר מדי. זה הייתה התשובה הראשונה שחשבתי עליה. אני לא יכולה בדיוק להגיד איזה גוון מדויק היה לשיער שלו**" (עמ' 50 לפרוטוקול, ש' 5-7), והוסיפה, "**נכון היה חשוך אבל הוא היה מספיק קרוב כשהוא עמד מולי**", "**... אם היו לו עיניים כחולות למשל, אז הייתי יותר שמה לב לזה**" (עמ' 47 לפרוטוקול, ש' 19, 24-25 בהתאמה), "**ראיתי את הפנים שלו, בצורה כללית, לא ראיתי את התווי פנים, אני לא יכולה עכשיו לצייר לך אותו, בצורה מדויקת, לפחות עכשיו כן אבל אז לא**" (עמ' 48 לפרוטוקול, ש' 2-4). לשאלת ב"כ הנאשם מדוע אמרה שהחשוד ערבי, השיבה: "**כי הזהות הייתה נראית לי ערבית... והמבטא שלו גם, כשהוא דיבר איתי**" (שם, ש' 23-25).

48. בנוסף, ביקש ב"כ הנאשם לתלות את זיהוי החשוד כנאשם במסדר התמונות, בעובדה שהמתלוננת נחשפה לפניו של הנאשם קודם לכן, במסדר החי:

"**ש. מדוע את לא מצליחה לזהות את תווי הפנים במסדר החי?**

**ת. כי אני ראיתי אותו לפני זה לכמה שניות. ועכשיו יש לי מולי תמונה ויש את הבן אדם מולי.**

**ש. אה, יפה, זה מתחבר,**

**ת. זה מתחבר כי את התמונה אני כבר זיהיתי.**

**ש. וזה גם מתחבר במסדר החי, עם מסדר התמונות עם התמונות.**

**ת. המסדר החי עוד לא מתחבר לי, לא הראו לי את הדבר הזה לפני זה... את המסדר המצולם...**" (עמ' 60 לפרוטוקול, ש' 12-20).

לשאלת ב"כ הנאשם, מדוע לא זיהתה את הנאשם במסדר החי, אך זיהתה אותו בתמונה, השיבה: "**אם היה לו את אותו שיער כמו בתמונה, אם הוא היה מוצג מולי עם השיער שהוא היה איתו באירוע"** (שם, ש' 27-28).

**עדות החוקר אלבוכר**

49. החוקר אלבוכר העיד, כי ההחלטה לערוך מסדר זיהוי תמונות נתקבלה על ידי החוקר הממונה על החקירה, שהכיר את התיק והחליט ולאחר התייעצות, הוא אף ערך אותו ונכח בו. לשאלת ב"כ הנאשם, האם אינו חושב שעריכת מסדר זיהוי תמונות, לאחר שהמתלוננת נחשפה לתווי פניו של החשוד, היא עניין של מה בכך, השיב: "**לא אמרתי שזה עניין של מה בכך, אמרתי שהתייעצתי**" (עמ' 92 לפרוטוקול, ש' 23-25). בהמשך העיד, כי במהלך שירותו, לא ערך הרבה "מסדרים חיים", אבל זהו המקרה היחיד, בו ערך מסדר חי ואחר כך בתמונות.

**עדות קצין החקירות משה**

50. לעניין עדותו של משה, קצין החקירות של תחנת עוז יוער, כי הוא לא רוענן לקראת עדותו. לטענת המאשימה, הדבר נעשה על מנת שעדותו תהיה אובייקטיבית מאחר והוא אינו חתום על אף מסמך או ראיה בתיק. משה העיד כי אינו זוכר מדוע בתיק זה דווקא, בוצע מסדר תמונות, לאחר מסדר זיהוי חי (עמ' 124 לפרוטוקול, ש' 23-26). הוא הוסיף, כי בדרך כלל, כשמבצעים מסדר תמונות לאחר מסדר חי, מדובר במקרה, שככל הנראה, היו בו נסיבות מיוחדות וחריגות, "**... שאנחנו חושבים שיש שיבוש או שיש סירוב מצד החשוד לבצע את המסדר הזה... שיבוש זה יכול להיות סירוב של העד לצאת מהתא שלו לצורך ביצוע... סליחה של החשוד להיות ניצב במסדר, שינוי חזות, כל דבר בסגנון הזה שמונע מאיתנו זאת אומרת להעמיד את העד המזהה במצב הכי אופטימאלי מבחינת העבר ולזהות**" (עמ' 125 לפרוטוקול, ש' 12-30).

**עדות החוקרת דנה**

51. החוקרת דנה העידה לגבי טופס העברת/קליטת עצור/ אסיר, מיום 31.8.2012 (ת/17), הכוללת את תמונת הנאשם, "**... המון פעמים שאנחנו עושים זימונים אז אוטומטית מופיעה תמונה, זה יכול להיות גם אם בעבר, זה לאו דווקא תמונה שמצלמים באותו יום, זה עולה אוטומטית במערכת אם הייתה לו תמונה קודמת**" (עמ' 96 לפרוטוקול, ש' 29-32), הוסיפה, "**... בתום חקירה ראשונה אנחנו עושים לחשוד צילום והטבעה ולא תמיד זה מתעדכן באותו יום לפעמים זה מתעדכן כמה ימים אחרי כי המז"פ עושה את זה, אז אם יש תמונה שבעבר הוא כבר נחקר אז התמונה הזאת עולה אוטומטית, אז זה יכול להיות תמונה שהייתה בעבר**", במערכת (עמ' 97 לפרוטוקול, ש' 18-22). דנה אישרה, כי מדובר בבקשה שיצאה, זמן קצר לאחר מעצרו של הנאשם. היא העידה, שכשחשוד מגיע, עושים לו צילום והטבעה: "**... אם יש הטבעה והיא בסדר, אין צורך לעשות לו שוב. אם הצילום לפני תקופה מסוימת, נניח חצי שנה יש כאלה ששנתיים זה עולה במערכת קופץ...אז הוא רושם לעשות לו שוב ואז אנחנו עושים שוב**" (עמ' 98 לפרוטוקול, ש' 23-27).

**עדות איש המז"פ**

52. איש המז"פ מאיר, חוקר בתחנת מוריה מזה עשר שנים, העיד כי במסדר התמונות שנערך למתלוננת, היא הצביעה על תמונה מספר 6, מתאריך 22.5.2011, כאשר המסדר נערך בתאריך 2.9.2012, בשעה 4:48:38, והוא סימן אותה במסגרת בצבע כחול (צילום פלט במחשב, בצבעוני- ת/35), לאחר שהמתלוננת זיהתה. "**... המשפט הראשון שיוצא מפי הקורבן זה מה שאני רושם גם בדוח שמופק בסוף. המשפט הראשון שיצא לאותה מתלוננת, זה זה האדם שתקף אותי**".

עיקר עדותו של מאיר, הייתה לגבי הליך בחירת תמונת חשוד למסדר התמונות, הזנת הפרמטרים וחיפוש תמונה מתאימה במאגר ובעיקר, העובדה שלבוחר התמונה, אין כל השפעה על התקריב (הזום) של התמונה והרקע עליו מופיע החשוד (עמ' 144 לפרוטוקול, ש' 11-13, עמ' 148 לפרוטוקול, ש' 19-21, עמ' 150 לפרוטוקול, ש' 20-21, עמ' 151 לפרוטוקול, ש' 27,29-30 בהתאמה). מאיר העיד, כי הוא לוקח את התמונה העדכנית, מבין אלו שצולמו, של החשוד ושנמצאות במערכת, ולאחר מכן, החוקר מאשר שהתמונה היא של החשוד ושאין איזה שינוי מהותי בין התמונה, לחשוד שנתפס (עמ' 147 לפרוטוקול, ש' 6-8), והוא מתחיל במסדר.

מאיר העיד, כי חשוב שהקורבן לא ייחשף לתמונת החשוד קודם למסדר, על מנת לא לחרוץ את גורל החשוד, ואם הדבר נעשה, הרי הוא פסול (עמ' 154 לפרוטוקול, ש' 1, 6, 8 בהתאמה). בחקירתו החוזרת, כנשאל מה הייתה תשובתו, אם היה יודע שחשוד גילח את שיער ראשו מרגע שנעצר ועד שנערך המסדר החי, השיב כי חשוב למצוא תמונה עדכנית, ללא שינוי מהותי, ונכון לבצע לטעמו, מסדר נוסף (עמ' 157 לפרוטוקול, ש' 26-32). מאיר העיד, כי הוא טכנאי זיהוי מזה עשר שנים ואין לו כל נגיעה ל"חווית הזיהוי" ולאופן בו אנשים מזהים, אלא רק לגבי האמצעים והעזרים, באמצעותם מזהים, כמו "מערכת פלא", פיתוח טביעות אצבע וכד' (עמ' 158 לפרוטוקול, ש' 4-10). מאיר העיד, כי חשוב שהחשוד שיוצג לקורבן במסדר יהיה זהה ככל שניתן במראהו לחשוד שהקורבן תאר, עם או בלי שיער (עמ' 159 לפרוטוקול, ש' 21-29).

**מסדרי הזיהוי וזיהוי הנאשם – הכרעה**

53. זהותו של נאשם כמבצע העבירה הינה מרכיב בסיסי של אחריותו הפלילית, ובתור שכזו, התביעה נושאת בנטל הוכחתה ועליה להוכיח את זהות הנאשם כמבצע העבירה, במידה שלמעלה מכל ספק סביר. כאשר, די בעדות יחידה, לזיהוי נאשם. לעניין הוכחת זהות הנאשם, יש להבחין בין עד "המכיר" את הנאשם "היכרות מוקדמת", פורמאלית או לא, לבין עד "שאינו מכיר" את הנאשם הכרות כזו, אך טוען שהוא מסוגל לזהותו, על פי הדמות שנחרתה בזיכרונו. הראשון אינו "מזהה" את הנאשם, אלא "מצביע" עליו כעל מבצע העבירה, בעוד השני, "מזהה" אותו כמבצע העבירה.

54. בחינת כושרו ויכולתו של אדם "לזהות" אחר, נעשית על ידי העמדת יכולת הזכרון החזותי שלו במבחן. החשוד מוצג בפני העד, כשהוא מצוי יחד עם אחרים ה"דומים" לו, והעד מתבקש "לבודדו". זוהי למעשה, תמציתו של מסדר הזיהוי. מטבע הדברים, שמבחן כזה, טוב לו שיערך מוקדם ככל האפשר, ובתנאים המבטיחים קיום מבחן אובייקטיבי ככל שניתן.

**"מסדר זיהוי הוא מכשיר אובייקטיבי לבדיקת כושר זיכרונו החזותי או הקולי של העד, המזהה נאשם שלא הכירו קודם ואשר ראה או שמע אותו במהלך האירוע הפלילי. על-כן גם נקבעו כללים מנחים לעריכת מסדר זיהוי, המונעים רימוזים (**ע"פ 648/77 **קריב נ' מדינת ישראל [9], בעמ' 741-745;** ע"פ 420/81 **כהן ואח' נ' מדינת ישראל [10], בעמ'37-39). ברם, כאשר חזות הנאשם בעת האירוע נקלטה בעדשת המצלמה, או קול הנאשם הוקלט בעת השיחה, או הנאשם היה מוכר לעד, אין נזקקים למסדר הזיהוי" (**[**ע"פ 4211/91 מדינת ישראל נ' אל מצרי**](http://www.nevo.co.il/case/17922450)  **מז (5), 624, 642(1993)).**

ראו: יעקב קדמי **על הראיות** חלק שלישי 1177-1179 (מהדורה משולב ומעודכנת תש"ע, 2009) וההפניות שם (להלן: "**על הראיות**").

55. כפי שקרה במקרה זה, למתלוננת אין הכרות קודמת עם הנאשם, ולכן בוצע לה מסדר זיהוי חי. מסדר הזיהוי החי בוצע על פי הכללים, במבחן אובייקטיבי ככל שניתן, תוך הצגת שמונה ניצבים, ביניהם הנאשם, כחשודים. אולם, המתלוננת לא זיהתה את הנאשם במסדר הזיהוי החי.

מן הראיות, כפי שיפורט בהמשך, בפרק העוסק בשינוי חזותו של הנאשם, עולה בבירור, כי הנאשם, שהיה מודע מראש לכוונה לערוך מסדר זיהוי חי שבו ישתתף, שינה את חזותו באופן יזום לקראת המסדר, באופן שגילח את שיער ראשו וגידל את זקנו שהיה מגולח קודם לכן. בעניין זה, אני מקבל את גרסת המתלוננת כי יכלה להבחין, בתנאי התאורה ששררו במקום הן בעובדה שלנאשם בעת שעמד מולה לפני שהתיישב לידה, היה שיער ראש (על אף שכשני שליש מראשו כוסו בקפוצ'ון) והן בעובדה, שפניו היו מגולחות בעת האירוע. בעניין זה, אני מקבל את עמדת המאשימה המבוססת על גרסת המתלוננת, כי שינוי החזות היה גורם מרכזי לתוצאה לפיה, המתלוננת לא זיהתה את הנאשם במסגרת מסדר הזיהוי החי. בנוסף לכך ומצפייה אישית בדיסק תיעוד המסדר החי (ת/2) וכן בתמונות שהוצגו במסדר התמונות (ת/1 ו-ת/35), בהשוואה לדמותו כפי שהתרשמתי ממנה בדיונים בבית המשפט, ברור כי במסדר הזיהוי החי שינה הנאשם את חזותו באופן משמעותי, בדרך שיש בה כדי להקשות על זיהויו.

56. לעומת זאת, אני מתקשה לקבל את הטענה, כי המתלוננת לא זיהתה את הנאשם בשל מצב הלחץ שבו היתה שרויה במהלך המסדר. יתכן שבמישור הסובייקטיבי, אכן המתלוננת חשה תחושת לחץ ואי נעימות, אולם תחושה זו אינה שונה מן התחושה הצפויה שעימה מתמודד כל מתלונן אחר, המתבקש להשתתף במסדר זיהוי. יתר על כן, מדברי המתלוננת עצמה עולה, כי לא חשה מאויימת באופן ישיר על ידי המשתתפים במסדר. מה גם, שלאור עברה כמתנדבת במשטרה, העולם המשטרתי ומגע עם חשודים בביצוע עבירות, אינם זרים לה. בנוסף, אני דוחה את טענת ההגנה, כי במישור האובייקטיבי, בשל תנאי התאורה במקום, המרחק וזווית הראיה של המתלוננת כלפי התוקף, לא יכלה המתלוננת להבחין בתווי פניו של החשוד כלל. טענה זו, מתייחסת הן לסיבת אי הזיהוי במסדר החי, והן לגבי יכולתה של המתלוננת לזהות את הנאשם במסדר התמונות. השתכנעתי מגרסת המתלוננת, כי בנסיבות התאורה ששררו במקום, היא יכלה להבחין ואכן הבחינה בפועל בתווי פניו של התוקף .

57. על פי הפסיקה, כישלונו של עד בזיהוי חשוד במסדר זיהוי, אינו חורץ סופית את גורל הזיהוי, כל עוד יש בפי העד המזהה הסבר מתקבל על הדעת ל"כישלונו", ובית המשפט מוכן לקבל הסבר זה כמהימן. זאת ועוד, אם יש ראיות אחרות, המוכיחות כי הנאשם הוא זה שביצע את מעשה העבירה, רשאי בית המשפט להרשיעו, על אף כישלונו של העד לזהותו במסדר זיהוי. מן הפסיקה, ניתן להצביע על שני סוגי מקרים של "כישלון זיהוי" שנמצא לו תרופה: האחד, כאשר כישלון הזיהוי היה נעוץ בפחד של העד מפני החשוד – והעד אזר אומץ וגילה זאת לאחר מכן לחוקריו, שאפשרו לו לזהות את החשוד במסדר זיהוי פורמלי נוסף או במסדר זיהוי מסוג אחר. השני, כאשר כישלון הזיהוי היה נעוץ בכך, שהחשוד שינה חזות פניו (כגון: גילח את שפמו) והעד זיהה אותו לאחר מכן במסדר זיהוי תמונות (ראו: על הראיות, עמ' 1218-1219 וההפניות שם).

58. כך למשל, אף אם נמצא החשוד, אך הוא נקט פעילות המשנה את חזותו, **"לא נערך מסדר זיהוי חי, כיוון שסמוך לאחר מעצרו גילח המערער את שער ראשו והופעתו שונתה עקב כך..."** ([ע"פ 2776/97 מדר נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/5856612), פ"ד נג(3) 236, 238 (1999)). בענייננו, ניתן לקבוע כממצא, כי כישלון הזיהוי, אכן נבע משינוי חזות פניו של הנאשם לקראת המסדר החי, במובחן מהזיהוי המאוחר יותר, שנעשה על סמך תמונה שהיתה קרובה יותר לחזותו בעת האירוע, טרם שינוי החזות. לפיכך, עצם כשלון הזיהוי במסדר החי, אין בו כדי לחרוץ סופית את גורל הזיהוי.

59. אמנם, העובדה שהמתלוננת לא זיהתה את הנאשם במסדר זיהוי החי, אך זיהתה אותו במסדר התמונות שנערך לה בסמוך לאחר מכן, הופכת את הזיהוי המאוחר, לזיהוי כבוש. על עד הכובש את זיהוי הנאשם בהליך של זיהוי חזותי, נאמר, כי אינו מאבד את כוחו לשמש עד בהקשר זה, וזאת, אם יש בידו להסביר מדוע נמנע מלזהות את הנאשם באותו הליך, ואם יינתן אמון בהסבר כאמור. נתמלאו שני תנאים אלה, רשאי יהיה בית המשפט ליתן אמון בזיהוי שעושה עד כאמור בהליך נוסף, מאוחר יותר. זאת ועוד, נפסק, כי פגם בהליכי הזיהוי אינו פוסל את תוצאות ההליך, אלא רק מכרסם במשקלן הראייתי: "**הייתה אסכולה שקבעה, כי במקרה כגון זה זיהויו של החשוד במסדר הזיהוי החי יש לראותו כבלתי קביל; אך בהלכה בארץ לא נתקבלה דעה זו, ונקבע, כי הפגם אינו פוסל קבילות אלא אך פוגם במשקל הראיה**" ([**ע"פ 4095/91 עבדאל כאדר נ' מדינת ישראל**](http://www.nevo.co.il/case/17922039), מו (3) 190(1992) (ראו גם: **על הראיות**, בעמ' 1185-1187).

60. הראיות שהוצגו והעדים שהעידו, כמו גם הפסיקה, תומכים בכך שנכון היה במסגרת פעולות החקירה בתיק זה, לבצע מסדר זיהוי בתמונות. זאת בעיקר, בהסתמך על הקושי שהיה קיים, נוכח השינוי בחזות פניו של הנאשם – שיער הראש ושיער הפנים – ממועד המעצר ועד למועד המסדר. אמנם, ניתן עדיין לקיים מסדר זיהוי בתמונות "מאוחר" למסדר החי, שמשקלו יהיה בהתאם לנסיבות. בין היתר, כאשר העד המזהה נכשל בזיהוי במסדר זיהוי חי, ויש מקום לחשש שהחשוד שינה מראש את מראהו מאז ביצוע העבירה או כאשר העד המזהה נמנע מלזהות את החשוד במסדר זיהוי החי, מחמת פחד (או מסיבה אחרת), וניתנת לו הזדמנות נוספת לזיהוי (ראו: על הראיות, בעמ' 1221-1228). יחד עם זאת כאשר המניעה לזיהוי ידועה, ומתועדת מראש, כמו שינוי חזות ברור היזום ע"י החשוד, לאחר שנודע לו על הכוונה לקיים מסדר חי, ניתן לטעמי להימנע מהמסדר החי ולהסתפק במסדר תמונות.

61. על אף שמקובל עלי, כי סיבה מרכזית לכישלון הזיהוי במסדר החי, עשויה להיות שינוי החזות היזום של הנאשם, עדיין יש בעובדה שהמתלוננת נחשפה, משך זמן לא קצר לתווי פניו של הנאשם, במסדר הזיהוי החי, מסדר שנערך שעות ספורות בלבד לפני מסדר הזיהוי בתמונות, כדי לפגום במידה לא מבוטלת, באמינות הזיהוי ולכל הפחות, להקטין במידה משמעותית את משקלו. שותף אני לדעתו של ב"כ הנאשם, כי בנסיבות העניין, קיים קושי לא מבוטל לבודד את חשיפתה של המתלוננת לקלסתר פניו החי של הנאשם במהלך המסדר החי, מיתר הגורמים שהביאו אותה לזהותו במסדר התמונות. גם ניסיונה של המאשימה להסביר, באמצעות עדות המתלוננת, כי המתלוננת זיהתה את הנאשם בתמונה, מבלי שקישרה והבינה כי אותו נאשם הופיע קודם לכן במסדר החי, אינה מרפאה פגם זה. במישור האובייקטיבי, לא ניתן היה לקבוע כממצא, כי לא היתה כל השפעה בפועל של המסדר החי על הזיהוי במסדר התמונות, ולו ברמת הספק. מדובר בהסברים סובייקטיביים של המתלוננת בלבד, ולא ניתן לקבוע על פיהם, ברמת הוודאות הנדרשת בהליך פלילי, ממצא לפיו לחשיפתה של המתלוננת לדמותו של הנאשם במהלך המסדר, לא היתה השפעה על זיהויו במסדר התמונות.

62. ידוע, ועל כך נכתב רבות בספרות ובפסיקה, כי סוגיית זיהוי חשוד, כנאשם, היא סוגיה סבוכה, תלויה ומושפעת ממשתנים רבים. בין היתר, תלוית זמן, תאורה, הבדלים מגדריים ותרבותיים, בין המזהה למזוהה וכדומה. בד בבד, זיהוי של חשוד כנאשם על ידי המתלוננת, הוא שיכול לחרוץ גורלו של אדם, ולכן יש להקפיד כי התנאים לזיהוי, יהיו סטריליים ככל שניתן. דבר שלא ניתן לומר, שנעשה במקרה זה. לפיכך, למרות שקיבלתי את זיהוי הנאשם במסדר התמונות על ידי המתלוננת, כראיה קבילה, אני נותן לו משקל נמוך עד מאוד, לאור הנסיבות הקונקרטיות של המקרה. אטעים, כי לו הייתי נדרש להכריע בסוגיית הזיהוי, בתיק זה, רק על סמך הזיהוי במסדר זיהוי התמונות, כראיה יחידה, לא היה בכך כדי להביא לקביעה, מעבר לכל ספק סביר, לגבי זיהוי הנאשם על ידי המתלוננת, כמי שביצע את העבירה. יחד עם זאת, למרות משקלו הנמוך בזיהוי במסדר התמונות, ניתן לראות בו לטעמי, ראיית חיזוק מסויימת לקביעה, כי הנאשם הוא זה שביצע את העבירות, קביעה המבוססת על הלכת החזקה התכופה, כפי שיפורט בהמשך.

63. אוסיף, למעלה מן הצורך, כי עדותו של מאיר, שהציגה באופן מפורט את הליך בחירת התמונות במסדר הזיהוי בתמונות, חיזקה את העובדה, שהליך בחירת התמונה הספציפית שנכללה במסדר, לא לקה בפגם. על אף שהוצגה למתלוננת תמונה ישנה יחסית של הנאשם, שצולמה כשנה לפני האירוע, היא ייצגה נכונה את תיאורו בזמן האירוע, יותר מאשר חזות הנאשם במעמד מעצרו, לאחר שגילח את שיער ראשו וגידל את זקנו. בנוסף, אף שנוכחתי לראות, כי התקריב (ה"זום") של התמונה, כמו גם חיתוכיה, שונים במידה מסויימת מיתר התמונות שהוצגו במסדר התמונות, מקובלת עלי עדותו של מאיר, כי בהליך בחירת התמונה אין מקום להתערבות בנתונים אלו, שנקבעים מראש בעת שהתמונה מצולמת, כאשר המערכת הממוחשבת משבצת באופן אוטומטי את התמונות ללא מגע יד-אדם. משכך, התרשמתי שהליך מסדר התמונות בוצע על ידי גורמים מקצועיים, במטרה לסייע לחקר האמת, ולא נפל בו כל פגם.

64. לעניין הפגמים במסדר, אוסיף, כי במעמד מסדר הזיהוי לא נכח סנגורו של הנאשם, ולא היתה על כך מחלוקת (ראו: מזכר ת/11 של החוקר אלבוכר, ועדותו בעמ' 72 לפרוטוקול, ש' 20-28). אולם, תרומה מרכזית לכשל זה נעוצה בסניגור, שטען, כי הטלפון הנייד שלו כבה, ואישר כי הגיע באיחור למשטרה. זאת בנוסף לעובדה, שבתאום עמו, אף נדחה המסדר לבקשתו, מהשעה שלוש לשעה ארבע, והמסדר נערך בשעה חמש.

כבר נפסק, כי מחדל המשטרה, המתבטא באי הזמנת סניגורו של נאשם למסדר, מפחית ממשקלן של תוצאות מסדר התמונות כראיה, אבל אין הוא חמור עד כדי פסילת ראיה זאת ([**ע"פ 416/71 עווד נ' מ"י**](http://www.nevo.co.il/case/17946793), פ"מ כו (1) 775 (1972)). אולם, היה ונעשו מאמצים סבירים להבטחת נוכחות עורך דין, אך זה לא יכול היה להתארגן, באופן שהמסדר יוכל להתקיים במועד המתחייב מן החקירה, לא יהיה באי נוכחות סניגור כשלעצמה, לפגום במשקלו הראייתי של המסדר והזיהוי שנקבע במסגרתו (ראו: **על הראיות**, בעמ' 1200-1202).

**סוגיית גילוח השיער**

**הראיות**

**פרוטוקול דיון המעצר**

65. בפרוטוקול דיון המעצר של החשוד, מיום 31.8.2012 בפני כב' השופטת אנה שניידר, עלה, כי המאשימה התכוונה לבצע מסדר זיהוי לנאשם:

"**ש. אתם מתכוונים לבצע מסדר זיהוי?**

**ת. מופיע בפני בית המשפט, מה הפעולות שאנו צריכים לעשות. חלק מהפעולות זה גם מסדר זיהוי.**

**ש. מסדר זיהוי צריך להתבצע מוקדם?**

**ת. חלק מהפעולות זה מסדר זיהוי וזה יתבצע**" (ת/15, עמ' 2, ש' 20-23).

בנוסף, לדברי ב"כ המשיב באותו דיון מעצר: "**... אני סבור שההלכה (צ"ל: "ההארכה") צריכה להיות לפרק זמן קצר מאוד למעצר, מאחר ואין גרסה של המשיב אולי יש לו טענות אליבי או היו איתו אנשים במעצר הבית. מסדר זיהוי זה הדבר הראשוני והבסיסי ביותר. נשים זרות למשיב, צריך לעשות מסדר זיהוי**" (שם, עמ' 3, ש' 5-7).

**גרסת החוקרת דנה**

66. במזכר של החוקרת דנה מיום 2.9.2012, ציינה: "**ביום שישי ה-31.8.12 יצאתי לבית המשפט על מנת להאריך מעצר לחשוד... שהייתי בדיון בבית המשפט החשוד היה עם שיער בדיוק כמו ביום לפני, יום חמישי ה-30.8.12 ביום שעצרו אותו השוטרים והביאו אותו לתחנה לחקירה**" (ת/14).

**גרסת החוקר אלבוכר**

67. במזכר של החוקר אלבוכר מיום 2.9.2012, ציין: "**היום ביחד עם פקד משה כהן הגענו לבית המעצר על מנת לערוך מסדר זיהוי חי כשהגיע החשוד לחצר בה נערך מסדר הזיהוי מצאנו כי החשוד הסתפר ועשה קרחת זאת לאחר שהערכת במעצר ביום שישי היה עם שיער. לשאלתנו מתי הסתפר אמר כי ביום הראשון שנכנס למעצר הוא הסתפר ועשה קרחת**" (ת/9). במזכר נוסף, ציין: "**היום כשהגעתי לבית המעצר על מנת לערוך מסדר זיהוי חי הובא החשוד ... לחצר הקטנה בבית המעצר והנל היה מגולח בראשו. הנ"ל ענה לשאלה מתי הסתפר בתשובה ביום הראשון שנכנסתי למעצר**" (ת/10).

68. החוקר אלבוכר העיד על הפרטים שרשם בזכ"ד מיום 2.9.2012 (ת/9), כי הנאשם טען שהסתפר ביום הראשון למעצרו (עמ' 70 לפרוטוקול, ש' 20-22, עמ' 70-71 לפרוטוקול, ש' 30-1 בהתאמה). בחקירתו הנגדית העיד: "**... ראיתי אותו** (את הנאשם) **רק אחר כך אחרי שהוא גילח את שיער ראשו. כשאני שאלתי אותו על התספורת שהוא עשה, הוא אמר לי ביום הראשון שנכנסתי למעצר, גילחתי את ראשי**" (עמ' 75 לפרוטוקול, ש' 14-16), והסביר, כי היה לו חשוב להעלות את נושא התספורת של הנאשם על הכתב, כיוון שהיה חשד לשיבוש ושהמתלוננת לא זיהתה את הנאשם, בשל כך (שם, ש' 18-22, עמ' 79 לפרוטוקול, ש' 14-17). בהמשך, העיד כי לא בדק את טענת הנאשם, לפיה, הגילוח נעשה במכונה של בית המעצר, כיוון שכך נהוג בתא, והעיד כי אין משמעות לבדיקה כזו, האם הוא או אחרים גילחו אותו, מה גם שנוהג כזה אינו מוכר לו מעבודתו רבת השנים כחוקר(עמ' 75-76 לפרוטוקול, ש' 30-3, ש' 18-26 בהתאמה). בהמשך העיד, כי חומר הראיות שעמד כנגד הנאשם, לא הסתכם בשיערו של הנאשם, צורתו וצבעו (עמ' 80 לפרוטוקול, ש' 21-24).

**גרסת הנאשם במשטרה**

69. בחקירת הנאשם במשטרה, העיד "**לגבי הקרחת זה משהו רגיל**". הוא נשאל מתי גילח את ראשו והשיב: "**ביום הראשון של המעצר**", ואישר כי מדובר ביום חמישי: "**כן, הייתה מכונת גילוח בחדר וכולם התגלחו**" (ת/7, ש' 7 ,9 בהתאמה). הנאשם העיד כי הוא מתגלח כל חודשיים או חודש, ולגבי זקנו, העיד: "**לפעמים יש לי איך שבא לי. לפעמים אני שם אותו לפעמים מוריד**" (ת/7, ש' 13). בהמשך, לטענת החוקר כי הוא לא עושה קרחת "כל הזמן", ועשה זאת, אחרי המשפט ביום שישי, כיוון שידע שהם עומדים לעשות מסדר זיהוי, השיב: "**לא, זה לא אמת. יש לי כמה תמונות בבית וגם בדרכן הירדני יש לי קרחת. זה לא בגלל מסדר זיהוי ולא בגלל זה אני עושה קרחת**" (שם, ש' 42-43). לשאלת החוקר, מתי הפעם האחרונה שעשה קרחת לפני כן, השיב הנאשם, לפני שלושה חודשים.

**עדות הנאשם בבית המשפט**

70. גרסת הנאשם מנגד, כפי שהציגה בחקירתו הראשית, היא כי התגלח כשנעצר המגרש הרוסים, "**כשנכנסתי לתא היו שם מספר אנשים, הם לקחו מכשיר וגילחו לי את השיער באמרה שזה כלל בתא**" (עמ' 168 לפרוטוקול, ש' 5-6). בחקירתו הנגדית, נשאל כל כמה זמן הוא נוהג לגלח את שיער ראשו, והשיב: "**כשאני הייתי במעצר הבית הייתי מתגלח כל שבוע, שבועיים, בזמן החגים אני משאיר אותו ארוך**", לגבי ה- 30.8, יום המעצר, העיד: "**היה לנו חג שזה חג אל – פיטר, זה שבא אחרי רמדאן, בדיוק אז התגלחתי כמו שאני עכשיו ובחג אל – אדחה, חג הקורבן, עד לחג הקורבן כשבעים ימים השארתי את השיער שלי כמו שהוא**" (עמ' 177 לפרוטוקול, ש' 9-14). הוא העיד כי התאריך הלועזי של חג הקורבן, הוא 26.10, באותו זמן הוא היה במגרש הרוסים. לשאלת ב"כ המאשימה, אם שבעים יום לפני, לא מתגלחים, השיב: "**זה דבר רגיל אצלי, לא קשור לדת**" (עמ' 177 לפרוטוקול, ש' 20). הוא שב והעיד, כי ההרגל שלו, להיות בחג הקורבן, חג אל–אדחה עם שיער ארוך, וכי הוא היה בבית ולא ידע שהוא יילך לבית הסוהר ואישר, כי אז היה עם שיער ארוך, אך לא ארוך מדי, לקראת חג הקורבן. לשאלתה אם תוך שלושה ימים גילח שיער ראשו, לפני חג הקורבן, השיב: "**כמו שאמרתי מקודם, כשנכנסתי למגרש הרוסים והחברה בתא אמרו שזה הכלל שלהם לגלח את הראש ואני לא רציתי ללכת נגד הזרם, נגד החברה. אני לא מעניין שם בבעיות**", לטענת ב"כ המאשימה כי לא אמר זאת במשטרה, השיב: "**מה, כולם התגלחו, מה זאת אומרת? יש חוק בתא**" (עמ' 178 לפרוטוקול, ש' 5-7, 10). לשאלת ב"כ המאשימה בשנית, כל כמה זמן הוא מגלח את השיער, השיב: "**כשאני הייתי במעצר בית, כל שבוע – שבועיים, כל פעם שמתאריך אני גוזר**", לטענתה כי במשטרה (ת/7 ש' 10), אמר חודשיים או חודש, וכיצד זה מסתדר, השיב: "**אני לא זוכר שאמרתי דברים כאלה**" (עמ' 178 לפרוטוקול, ש' 16, 20).

71. לשאלת ב"כ המאשימה, אם הוא זוכר שנשאל במשטרה כמה זמן יש לו זקן, השיב: "**אני כמו שאני נראה עכשיו, אני התגלחתי אתמול לכבוד בית המשפט אבל אני בדרך כלל משאיר. אני מתגלח עם המכונה, אני לא מתגלח עם סכין",** לשאלתה אם לפעמים יש לו זקן ולפעמים לא, השיב: **"לא, אין לי זקן במאה אחוז, אבל יש לי זיפים**" (שם, ש' 25).

הנאשם שב והעיד כי הסתפר ביום הראשון למעצר, כשנכנס למגרש הרוסים, וחבריו לתא גילחו אותו. כשעומת על ידי ב"כ המאשימה עם דברי החוקרת דנה לפיהם בימים חמישי ושישי, היה עם אותו שיער, כשדיון המעצר היה ביום שישי, ונשאל מדוע תאמר זאת, השיב: "**לא זוכר, אני לא יודע**" (עמ' 179 לפרוטוקול, ש' 5), ושב וטען כי החברה גילחו אותו כאשר נכנס למגרש הרוסים. הנאשם המשיך והעיד, כי ככל הנראה נכח בדיון הארכת מעצר, אך טען שלא היה מרוכז כי אשתו הייתה בחוץ לארץ עם הילדים. לשאלת ב"כ המאשימה, האם שמע כי החוקרת ציינה במעמד הדיון כי יש בכוונתם לבצע מסדר זיהוי, השיב: "**אני לא זוכר במאה אחוז**" (עמ' 180 לפרוטוקול, ש' 1).

**סוגיית גילוח השיער - הכרעה**

72. השתכנעתי מחומר הראיות, כי הנאשם ביקש לגלח את שיער ראשו ולגדל זקן זיפים מעוצב – "זקן צרפתי" כשלחייו מגולחות, על מנת לשבש את מסדר הזיהוי שהיה מתוכנן לבצע לו, כפי שעלה בדיון בתיק המעצר מיום 31.8.2012. החוקרת דנה במזכר ת/14 ציינה, כי בימים חמישי ושישי, ה-30-31.8.2012, היה הנאשם עם שיער בדיוני המעצר בעניינו, והמזכר מהימן עלי.

73. ביום 2.9.2012, יום ראשון, ביקש החוקר אלבוכר לבצע מסדר זיהוי, ומצא את הנאשם ללא שיער כשראשו מגולח (כפי שתיעד בת/9). כעולה מהקלטת מסדר הזיהוי ת/2, גם גידל הנאשם זקן צרפתי, לעומת תיאור המתלוננת את הנאשם כמגולח. בעניין זה יש לזכור, כי לטענת הנאשם, עמדה לרשותו מכונת גילוח ולא מצאתי כמהימנים את הסבריו, לגבי הסיבה מדוע לא גילח את פניו גם בתקופת המעצר. ראיה נוספת לחוסר המהימנות עולה מדברי הנאשם, הן באמרה שנגבתה טרם מסדר הזיהוי החי (ת/7) והן בעדותו בבית המשפט, כי גילח את שערות ראשו כבר ביום המעצר הראשון (30.8.2012), בהנחיית חבריו לתא המעצר. גרסה זו, עומדת בסתירה קוטבית לגרסת השוטרת דנה על סמך מזכר שערכה (ת/14), לפיה, שני דיוני המעצר, ב-30 וב-31 לאוגוסט, לא היה ראשו של הנאשם מגולח. אינני מקבל את טענת ההגנה, כי אי חקירת העצורים שנכחו בתאו בהתאם לגרסת הנאשם בדבר הגילוח הקולקטיבי, שנעשה לטענתו בתא ביום 30.8.2012, מהווה מחדל חקירתי. בפני האחראי על החקירה ובהמשך בפני הפרקליטות, עמדה הגרסה הברורה של השוטרת דנה שהובאה לעיל, ולא היתה בעניין כל אי בהירות. אילו רצתה ההגנה בכך, היא יכלה לבקש להעיד בעניין זה את שותפיו של הנאשם לתא בזמן הרלוונטי, כדי לחזק את גרסתו, אך לא עשתה כן.

אשר על כן, אני קובע כממצא, כי לאחר שנודע לנאשם במסגרת דיון המעצר ביום 31.8.2012, כי בכוונת החוקרים לשתפו במסדר הזיהוי החי, גילח באופן יזום את שיער ראשו וכן נמנע מגילוח פניו, בניסיון לשבש את הליך החקירה ולפגוע בהליך הזיהוי. מהלך זה מצביע על תחושת אשם ברורה של הנאשם, ועל ניסיון לטשטש את מעורבותו בביצוע העבירה. עצם שינוי החזות כהכנה למסדר הזיהוי החי, לא די בו לשיטתי כדי לאמת את הזיהוי במסדר התמונות שכאמור, ניתן לו משקל נמוך, ולהשתית על פיו קביעה ודאית בדבר זיהויו של הנאשם על סמך אותו מסדר. יחד עם זאת, תחושת האשם המגולמת במעשה, מחזקת אף היא את זיהויו של הנאשם כמי שביצע את המעשים המיוחסים לו באישום הראשון. זאת, בהסתמך על הלכת החזקה התכופה, עקב הימצאות הנייד של הנאשמת בחזקתו, ובשימושו ממועד הסמוך ללקיחת המכשיר מהמתלוננת ועד לתפיסתו במרפאת השיניים בה טופל ביום 30.8.2012, כפי שיפורט וינותח בהמשך.

**חוקיות החיפוש במרפאה**

74. להכרעה בסוגיה זו חשיבות רבה, שכן במסגרת החיפוש במרפאת אחיו של הנאשם, שבה טופל הנאשם באותה עת, נתפס על-ידי החוקרים מכשיר הטלפון הנייד מסוג "סמסונג גלקסי", שזוהה בהמשך על ידי המתלוננת, כמכשיר השייך לה ואשר נלקח ממנה בכוח, במהלך האירוע נשוא כתב האישום. בתוך אותו מכשיר נמצא גם כרטיס סים, שאין חולק כי הוא שייך לנאשם. ההגנה מבקשת לפסול את הליך החיפוש והתפיסה של מוצגים אלה במרפאה, בטענה שהחיפוש היה בלתי חוקי. זאת, שעה שלטענת המאשימה לא נפל באותו הליך כל פגם.

**הראיות**

75. כנגד הנאשם, עמד צו מעצר מיום חמישי, ה-30.8.2012, של כב' השופטת אנה שניידר מבית משפט השלום (ת/39). באותו יום, ה- 30.8.2012, בוצע חיפוש במרפאת השיניים (להלן: "**המרפאה**"), בו טופל הנאשם בזמן שנעצר, מרפאה השייכת לאחיו, ד"ר גאנם משאהרה, וכן בוצע חיפוש בביתו של הנאשם.

**עדויות השוטרים**

76. בדוח הפעולה של השוטר זוסמן, מיום 30.8.2012, בין השעות 14:30-15:15, צוין: "**ג'בל מוכבאר, היום בין השעות הנ"ל יצאנו על מנת לעצור חשוד בשודים ותקיפות אשר כנגדו יש צו מעצר... הגענו לביתו של החשוד בכפר ג'בל מוכבאר שם ראינו את אביו של החשוד אשר טען כי בנו עיסא (הנאשם) נמצא במרפאת שיניים בכפר, ביקשנו מהנ"ל שיוביל אותנו למרפאה והוא הסכים ועלה לרכב הבילוש וביחד איתו נסענו למרפאה. כאשר הגענו למקום הבחנו בחשוד כאשר הוא בטיפול שיניים, הזדהינו כשוטרים בפניו... והודענו לו כי בסיום הטיפול הוא עצור... בשעה 15:00 לערך הנ"ל סיים את הטיפול והתלווה אלינו כעצור להמשך טיפול חקירות שם הוצג בפניו צו מעצר כנגדו, לא היו אירועים חריגים, וכמו כן אחיו גאנם משאהרה אחיו של החשוד ובעל המרפאה התלווה לתחנת עוז ברכבו הפרטי ולא על ידינו**" (ת/34).

77. השוטר זוסמן, העיד: "**אני זוכר שהייתי ביחד עם רכז המודיעין של הכפר, התבקשנו להגיע לבית של עיסא משהרה (הנאשם), בכפר ג'בל מוכבר, הגענו לבית והבחור הנ"ל לא היה בבית, היה אבא שלו בבית. דיברנו איתו כמה דקות והוא מסר שהבן שלו נמצא בטיפול שיניים, שאלנו אותו אם הוא יכול להתלוות אלינו להראות לנו איפה המקום הוא אמר כן. הוא עלה אתנו ברכב, נסענו כמה דקות מרחק לא רחוק מהבית, וירדנו למרפאת שיניים שמה זיהינו אותו את עיסא (הנאשם) ואמרנו לו שהוא – והוא היה באמצע טיפול, זה היה לקראת סוף הטיפול אמרנו לו שהוא מסיים אז הוא עצור בחשד לשודים ותקיפות**", לגבי המרחק בין הבית למרפאה, העיד: "**... בדיוק אני לא זוכר... זה היה – לא, לא מרחק גדול יותר מדי, בתוך הכפר זה היה...המרפאה היא לא בבית מגורים שלהם... לפי הזיכרון שלי זה היה לפני כמה חודשים, זה שלוש ארבע דקות נסיעה אולי, לא יותר מזה, ממה שאני זוכר**" (עמ' 141-142 לפרוטוקול, ש' 14-1 בהתאמה). בחקירתו הנגדית, הוסיף: "**אני מה שאני זוכר מאז שנסענו בערך שלוש דקות**" (עמ' 142 לפרוטוקול, ש' 23).

78. החוקר עזרא, תיעד: "**ביצוע חיפוש בהסכמה, מרפאת שיניים + תפיסת מוצגים ומעצר חשוד... בתאריך: 30/8/2012, בשעה 15:30-16:00, ביחד עם אלירן... ראובן... משה... בתאריך ובשעות הנ"ל במהלך פעילות בילוש ובהמשך למעצרו של (הנאשם)... בהוראת רמח"מ צמצמנו לעבר מרפאת שיניים אשר בג'בל מוכבר וזאת על פי הכוונתו הטלפונית בעת הגיענו למקום הבחנתי בשני אנשים... אחד מבוגר והשני צעיר הזדהיתי בפניהם על ידי תעודת מנוי משטרתית אשר ברשותי... המבוגר הציג בפניי את ת.ז. שלו העונה לשם האשם משאהרה... לאחר הזדהותו שאלתי "מי אתה?" וענה "אני האבא של העצור עיסה (הנאשם"). לאחר מכן ביקשתי את ת.ז. של הצעיר... הזדהה באמצעות ר.נ. שברשותו והוברר כי הינו מחמוד וראסנה..." ... עובד... של בעל הקליניקה" ביקשתי מהאבא לערוך חיפוש בקליניקה, ענה: "כן, תעשה עבודה שלך" הודעתי לו כי בזכותו להביא למקום שני עדים לחיפוש", ענה: "אני ומחמוד פה"... ברגע זה תם החיפוש במקום ונמסר העתק ממנו לידי האשם משאהרה..."** (ת/25). דו"ח החיפוש שמילא עזרא, פירט את שמות העדים שנכחו בחיפוש, האשם משאהרה, אביו של הנאשם ומחמוד וראסנה ואת המוצגים שנתפסו (פלאפון מסוג סמסונג, כרטיס סים, סים נוסף ויו אס בי). אכן צוינה במזכר השעה 18:00, אולם החיפוש כפי שתועד, נערך ב- 30/8/2012 בין השעות 15:30-16:00. מובן כי הדו"ח מולא לאחר מעשה ולא בזמן אמת, אך תיעד את שהתרחש באירוע (ת/27).

79. הבלש עזרא העיד על החיפוש שבוצע במרפאה, כי הרמח"מ משה ביקש להגיע למרפאה, על ידי תדרוך טלפוני. כשהגיעו, "**... היה שמה את הרופא ואת הסטז'ר או מתמחה, לא יודע. כשהגענו לשמה שאלתי מי, נכנסנו שאלתי מי בעל המקום מי מחזיק המקום, ענה לי הזה, הזדהיתי כמובן בתור שוטר, הוא אמר לי..., הדוקטור... זה המרפאה שלי, אני אבא של עיסא, ביקשתי ממנו תעודת זהות לזיהוי**" (עמ' 101 לפרוטוקול, ש' 17-25). הוא המשיך והעיד, "**... לאחר מכן ראיתי את המתמחה הזה, הצגתי בפניו, הזדהיתי בתור שוטר, ביקשתי ממנו שוב תעודת זהות כדי לראות מי הוא, שאלתי אותו מה אתה עושה פה, אומר לי אני מתמחה עובד פה, שאלתי את מחזיק המקום אם אנחנו יכולים לעשות חיפוש בהסכמה, אמר שכן, תעשו את העבודה שלכם. פתחנו את הדוח חיפוש והתחלנו לחפש..."** (עמ' 108-109 לפרוטוקול, ש' 29-1 בהתאמה). עוד העיד, כי האשם משאהרה, אביו של הנאשם, **"... היה לבוש חליפה... על פי מיטב זיכרוני, והדוקטור... הסטאז'ר לבש כזה משהו דק דק ירוק...**" (עמ' 110 לפרוטוקול, ש' 7-15). בחקירתו הנגדית, נשאל לגבי חוקיות החיפוש במרפאה, והעיד: "**על פי דוח החיפוש, זה היה בהסכמה... מחזיק המקום שהיה שם... שאלתי אותו... הוא אמר לי כאן אני עובד, והסטאז'ר גם כששאלתי אותו אם אני יכול לערוך חיפוש, אמר תעשה את העבודה שלך. שאלתי אותו אתה רוצה עדים, הוא אמר לי שאני ומחמוד פה וזה מספיק לו**", לשאלת ב"כ הנאשם האם הוא בטוח שדובר בהאשם משאהרה, השיב: "**כן, מה שראיתי בתעודת זהות על פי תעודת זהות**" (עמ' 111 לפרוטוקול, ש' 20-32). עוד העיד: "**אם אני רשמתי שזה על פי הסכמה, כנראה שלא היה צו**" (עמ' 112 לפרוטוקול, ש' 2). עזרא העיד כי הם היו שלושה שוטרים, ביניהם ראש צוות, והוא שפעל כחניך, על פי ההנחיות: "**ניגשתי למקום, נכנסתי למקום, הזדהיתי בתור שוטר, ביקשתי תעודות זהות שיזדהה בפני, הזדהה בשם כמו שנרשם בדוח פעולה, שאלנו את הסכמתו שאלתי את הסכמתו והוא ענה לי שתעשה את העבודה שלך. זהו, שאלתי אם יש עדים, אם הוא רוצה עדים הוא ענה לי שיש את שניהם**" (עמ' 114 לפרוטוקול, ש' 9-13). עזרא העיד על המזכר שכתב (ת/25), כי כתב אותו במחשב, מזיכרונו ממה שהיה בשטח. עם זאת דוח החיפוש, נערך ב"זמן אמת". לשאלת ב"כ הנאשם מדוע בדוח הפעולה היו דברים שלא נרשמו, השיב כי את דוח הפעולה, הוא רושם מיד כשהוא מגיע לתחנה. עזרא אישר שהשעה המופיעה בדוח החיפוש היא 18:00, בניגוד לשעה 15:30-16:00, המופיעה בדוח הידני, והוסיף, "**אמרתי לך, שוב פעם, טעות מה זה טעות זה לא טעות... מלכתחילה אמרתי שוטר חדש, בחניכה, כמו ששכחתי להחתים את הזה, אותו דבר, טעות... לפעמים... אין מה לעשות... קורה לבן אדם טעות, מסתכל בשעות שבהם נערך החיפוש 15:30 עד 16:00**" (עמ' 118 לפרוטוקול, ש' 13-18), הוא שב והעיד: "**המסמך הזה לא נרשם בשעה שש, נכון שהוא רשום בשעה שש, זה טעות שלי. כי החיפוש התחיל בשעה 15:30 עד 16:00 לא יכול להיות שבשעה שש אני ארשום את הזה, אותם הדברים**" (שם, ש' 29-31).

80. השוטר אלירן, במזכר מיום 30.8.2012 בשעה 17:35, תיעד את החיפוש שנערך בבית הנאשם, על פי צו חיפוש. פירט כי בבית היו שתי נשים, אחת שזוהתה כאימו של הנאשם. השתיים ביקשו שימתין לבעל שיגיע, ואז הגיע אדם שענה לשם מג'די סרור, שהעיד על עצמו שהוא מהמשפחה וליווה את החיפוש. לאחר מכן הגיע אביו של הנאשם, "**...התחלתי לערוך חיפוש ולא נתפס דבר בשלב זה הגיע עיסה אבא של נשוא הצו ולמרות הכרותי עימו בחיפוש קודם במרפאה שלבנו...ביקשתי זהותו...",** הסביר לו שצו החיפוש אצל מג'די (העתק הצו ת/32). לאחר מכן, נעשה חיפוש בדירת הנאשם, נתפסו מספר מכשירים ניידים, כפפות ומחשב נייד (ת/30 + ת/33 א'-ג'), את המוצגים סימן השוטר ראובן מזרחי בדו"ח חיפוש, בנוסף צוין בדו"ח:"**...היה שיתוף פעולה מלא של האשם משאהרה ...**"**.** אולם צוין, כי המחזיק "**מסרב לחתום**" על דו"ח החיפוש (ת/31).

81. משה, קצין החקירות, העיד כי אכן היה צו חיפוש בתיק, אך כתובתו הייתה לדירת החשוד- הנאשם, ולא למרפאה. כאשר התברר לשוטרים מפי האב, שהנאשם שוהה במרפאה ולא בבית, התעורר הצורך לבצע את המעצר ואת החיפוש הנלווה במרפאה: "... אם הבן אדם שהלכתי לחפש בביתו או אני צריך אותו גם כן לחקירה ואני צריך לעצור אותו ויש לנו גם צו מעצר, אז גם אם לא נתפס שום דבר, אז אני אעצור אותו ואביא אותו לחקירה. יש מקרים בהם החיפוש הוא פעולת חקירה נלווית לתיק" (עמ' 130 לפרוטוקול, ש' 6-9). בהמשך חקירתו הנגדית, הבהיר כי המשטרה פועלת בהתאם לחוק, אם יש צורך בצו, יכנסו רק כשיש צו, וההחלטה אינה על פי תחושות. משה אישר כי החיפוש במרפאה ומעצרו של הנאשם, כחשוד, נערך, לפני החיפוש בבית הנאשם, שכאמור, לבית הנאשם היה צו מוגדר לביצוע חיפוש. לגבי החיפוש במרפאה, העיד משה כי היה במרפאה וגם ליווה את פעולת החיפוש שם, והוסיף כי הייתה "הסכמה של האבא (של הנאשם) לערוך חיפוש - " (עמ' 137 לפרוטוקול, ש' 7). לשאלת ב"כ הנאשם מדוע החיפוש במרפאה נערך, לפני החיפוש בביתו של הנאשם, לגביו היה צו חיפוש, השיב: "... אני רואה פה שהיה נגדו גם צו מעצר... אז אנחנו מתברר לנו שהוא במרפאה, אנחנו מגיעים למרפאה הוא נעצר במרפאה... על פי ההסכמה של האבא אנחנו מבצעים חיפוש. מוצאים – " (עמ' 137-138 לפרוטוקול, ש' 28-3 בהתאמה). אעיר, כי העד משה לא הוכן לעדותו על ידי ב"כ המאשימה ואף הערתי לה על כך בדיון. העד כלל לא זכר את המקרה הספציפי, והעיד על דרך ההתנהלות הכללית במקרים מעין אלה. במהלך עדותו רוענן זכרונו והוצגו לו ראיות. ב"כ המאשימה הבהירה, כי העד לא תודרך מראש, מתוך כוונה, על מנת שיעיד על ההתנהלות בתיקים באופן כללי, ולא בתיק הנדון, ספציפית.

**גרסת האח ד"ר גאנם**

82. בהודעתו של ד"ר גאנם משאהרה, אחיו של הנאשם, במשטרה, העיד כי לגבי המרפאה בג'בל מוכבר: **"... אני בעל המרפאה**" (ת/ 40, ש' 6), הוא העיד כי יש לו עובד נוסף שעושה אצלו התמחות, מחמוד, תושב ג'בל מוכבר, שאינו מקבל ממנו משכורת. האח העיד כי לא היה במרפאה, בזמן שאחיו הנאשם הגיע, "**...אני הגעתי אחריהם, כשהגעתי המשטרה היו שם כבר**" (שם, ש' 20).

**גרסת העד מחמוד**

83. העד מחמוד, רופא שיניים שמתמחה במרפאת הרופא גאנם, אחיו של הנאשם, העיד בחקירתו הראשית, לגבי היום בו הגיע הנאשם למרפאה. הנאשם הגיע על מנת לקבל טיפול, ובזמן שהוא טיפל בנאשם, הגיעה המשטרה. מחמוד העיד כי הנאשם נלקח על ידי המשטרה וגם הוא, ובוצע חיפוש במרפאה. בחקירתו הנגדית, העיד כי לא זכור לו אם הוצג צו כלשהו בחיפוש, אולם, "**ערכו חיפוש בכל המרפאה, פתחו את הארונות, איפה שיש חומרים ששייכים למרפאה חיפשו, גם מחטים חיפשו... זבל.. מגירות... חדר ההמתנה... על הכיסאות וגם בשירותים...".** הוא הוסיף "**הם נכנסו ואמרו שאנחנו רוצים לעשות חיפוש, לא ביקשו אישור על כך**" (עמ' 121 לפרוטוקול, ש' 15-18 ,23-24 בהתאמה). עוד העיד, כי הבעלים של המרפאה הוא ד"ר גאנם, אחיו של הנאשם, ולא אביו של הנאשם: "**...כי הוא עשה את המרפאה הוא קנה, הוא פתח, הוא הכין, והמרפאה הזו שלו, שלו לבדו**" (עמ' 121 לפרוטוקול, ש' 30-31) אולם ד"ר גאנם לטענתו, כלל לא היה במקום וכלל לא ביקשו לשוחח עימו, או לקבל את הסכמתו. בחקירה חוזרת טען, כי היה נוכח כל זמן שארבעת השוטרים ביצעו את החיפוש. הוא אישר, כי אביהם של גאנם ושל הנאשם, היה במעמד החיפוש, והעיד כי האב הגיע יחד עם המשטרה, "**בתחילת החיפוש הוא היה בחדר ובזמן שערכו את החיפוש הוא נכנס למרפאה**" (עמ' 122-123 לפרוטוקול, ש' 32-1).

**גרסת האב האשם משהארה**

84. אביו של הנאשם , האשם , העיד בחקירתו הראשית, כי אין לו שום קשר למרפאה, מלבד בנו, והוסיף, "**...אני לא הבעלים של הבניין**" (עמ' 182 לפרוטוקול, ש' 25). בחקירתו הנגדית, פרט את השתלשלות האירועים ביום החיפוש. הוא העיד, כי הגיעו לביתו שלושה או ארבעה שוטרים ושאלו על אחד הבנים שלו. לטענתו, "**השוטר לא ידע את מי הוא מחפש**", "**הוא שאל אותי מי הילדים שלך, מי זה, ומי זה ומי זה? הוא אמר לי שזה הבן שלך עיסה (הנאשם), האם יש לך תמונה שלו? איפה הוא?**", לטענת ב"כ המאשימה האם השוטר אמר את השם עיסה, השיב: "**לאחר חמש או שבע דקות הוא הזכיר. לאחר שהוא שאל איפה גר עיסה וזה וזה**" (עמ' 183 לפרוטוקול, ש' 4-12). האב המשיך והעיד, כי אמר שבנו (הנאשם) במרפאה, הוא נתבקש להתלוות לשוטר, ועשה כן. במרפאה שאלו על אחיו של הנאשם – עיסאם - שהלך לעבודה, והנאשם ישב בכסא, והוא הציג את בנו הנאשם לקצין.

85. האב העיד, כי אף אחד לא ביקש ממנו להציג לו תעודת זהות, ואף לא התבקשה רשותו לערוך חיפוש במרפאה, "**הם לגביהם הם עשו חיפוש וגם אין להם צו חיפוש**" (עמ' 184 לפרוטוקול, ש' 12) וטען כי הוא אף כעס, על כך שביצעו את החיפוש. לשאלת ב"כ המאשימה אם קיבל דו"ח של החיפוש, והיא אף הציגה לו דוגמא, השיב: "**לא, לא ראיתי דבר כזה. לא חתמתי, החתימה שלי שונה מכל החתימות**" (עמ' 184 לפרוטוקול, ש' 18). לטענת ב"כ הנאשם כי עזרא בדו"ח הפעולה שלו (ת/34), ציין כי האב נכח במקום ואף מסר את תעודת הזהות שלו, הוא ביקש ממנו לערוך חיפוש במרפאה והאב אישר ואמר לו "**תעשה את העבודה שלך**", ועזרא אף מסר לו העתק של דו"ח החיפוש, השיב העד: "**עם כל הכבוד לשוטר, הדברים האלה לא נכונים לגמרי**", הוא המשיך והעיד, "**כשהם נכנסו לקחת את עיסה (הנאשם) ראו שעובדים על השיניים שלו, יצא הקצין החוצה, ישב על הרצפה אני והוא, עברו שתיים, שני שוטרים והם הפכו את כל הניירות כל... לא שאלו אותי, אני שאלתי את הקצין, אמרתי לו למה הם מחפשים במרפאה**". לשאלת ב"כ המאשימה כיצד השיגה המשטרה את תעודת הזהות שלו, השיב: "**כשהגעתי לבית הוא** (השוטר) **הראה לי את האישור של הבית ושאל אותי מה השם שלך? אני אמרתי לו אני אביו של עיסה (הנאשם), ביקש ממני את תעודת הזהות שלי, לקח את מספר תעודת הזהות מתעודת הזהות שלי**".

86. לטענתו, קרה הדבר אחרי שבוצע החיפוש במרפאה (עמ' 185 לפרוטוקול, ש' 7-21). האב הכחיש כי נתבקש לחתום על דו"ח החיפוש, כדבריו: "**אחד שרוצה לקחת קבלה או נייר צריך לחתום עליו, איפה החתימה שלי?**", לטענת ב"כ המאשימה כי כתוב שהוא סרב לחתום, השיב: "**תשאלי את השוטר או השוטרים שהגיעו אלי, הם אמר לכל האנשים וגם לבית משפט אני הייתי האדם האדיב ביותר שלוקחים את הבן שלו מהבית. את יכולה לשאול את כולם**", והוסיף, "**הם אמרו לי שאין להם אישור לערוך חיפוש במרפאה, איך אני אחתום להם?**", "**לא הציעו לי לחתום ולא הציגו לי אישור**" (עמ' 185 לפרוטוקול, ש' 23,25-27,29,31 בהתאמה).בהמשך העיד, כי לגבי החיפוש בבית, "**...לא לקחו כלום. לקחו כמה פלאפונים ישנים, זהו , לא יודע יותר מזה. הוא אמר לי לחתום על זה, חתמתי לו על מכסה המנוע של הרכב, שם ביקש ממני לחתום וחתמתי לו. גם הקצין שהגיע באותו יום לשם הוא לא נכח כאן בבית המשפט**", הוא שב וטען כי "**אני לא סירבתי לגמרי. אני לא סירבתי לחתום בשום דבר, כמו שאני אמרתי במרפאה לא היה להם אישור חיפוש**" (עמ' 186 לפרוטוקול, ש' 20-24 ,27-28 בהתאמה), לטענת ב"כ המאשימה, כי לגבי החיפוש בבית כתוב שסרב לחתום על ת/31, בניגוד למה שהוא טוען כיום, השיב: "**כשהייתה הבעיה של המרפאה והגיעו לבית והפכו את הבית היה מג'אדי או כמאל, והוא עשה את כל, יכול להיות, אני לא זוכר, אני לא זוכר אם חתמתי או לא חתמתי**" (עמ' 187 לפרוטוקול, ש' 1-3).

לטענת ב"כ המאשימה לגבי החיפוש בבית, כי האב הגיע אל הבית לאחר שהשוטרים כבר הגיעו אליו, הגיב, שאולי היה צריך לעלות לעבודה והוא אינו זוכר ואולי השוטרים הלכו כשהוא עוד היה במשטרה.

87. לגבי השתלשלות האירועים, חלוקים הצדדים בשאלה מה קדם למה: החיפוש בבית הנאשם או החיפוש במרפאה. מהשתלשלות האירועים, כפי שעלתה מחומר הראיות ניתן ללמוד, כי ביום 30.8.2012 הוציאה כב' השופטת שניידר צו מעצר כנגד הנאשם (ת/39). באותו יום, בין השעות 14:30-15:15, תיעד השוטר זוסמן, כי הגיעו לביתו של הנאשם. אביו של הנאשם טען שהוא במרפאה, ואף ליווה את השוטרים לשם (ת/34). מצאתי את עדותו של זוסמן מהימנה, ואין לי סיבה לפקפק בה. לאחר מכן, הגיעו השוטרים למרפאה, ובין השעות 15:30-16:00 כפי שתיעד החוקר עזרא (ת/25), בוצע החיפוש במרפאה, הנאשם נעצר ונתפס הנייד מסוג סמסונג גלקסי. אין מחלוקת, כי לא היה צו חיפוש למרפאה, אלא צו חיפוש לביתו של הנאשם בלבד. חיפוש בבית הנאשם, בוצע לאחר החיפוש במרפאה, בשעה 17:35, ובו נתפסו מספר מכשירים ניידים, כפפות ומחשב נייד (ת/30, ת/31 ות/33 א'-ג'). אביו של הנאשם הגיע לחיפוש בבית, והשוטר אלירן ציין מפורשות, כי הכיר את האב כבר מהחיפוש במרפאה, שבוצע קודם לכן.

**החיפוש במרפאה –הכרעה**

88. ב"כ הנאשם טען, כי החיפוש שבוצע במרפאה אינו חוקי, ולכן הנייד שנתפס בו הוא ראיה שאינה קבילה. אכן, כאמור, אין מחלוקת כי לא היה קיים צו חיפוש למרפאת הנאשם, אלא צו חיפוש לביתו של הנאשם בלבד. אקדים ואומר, כי [פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט–1969](http://www.nevo.co.il/law/74918) (להלן: "**הפסד"פ**"), קובעת במסגרת ה[פרק השלישי](http://www.nevo.co.il/law/74918/3C), את הסמכויות למתן צווי חיפוש לגבי חפצים ([סעיף 23](http://www.nevo.co.il/law/74918/3C23)) וכן את הסמכות לערוך חיפוש בלא צו ([סעיף 25](http://www.nevo.co.il/law/74918/3C25)). יש להדגיש, כי הן בנוגע לעריכת חיפוש בבית על פי צו שניתן מאת בית המשפט, והן בחיפוש בבית שנערך בלא צו, על פי העילות המנויות ב[סעיף 25](http://www.nevo.co.il/law/74918/3C25), אין צורך בהסכמת המחזיק במקום על מנת לבצע את החיפוש רק מקום שאין הוראת חוק ברורה, המסמיכה את השוטר לבצע את החיפוש, בנסיבות המקרה, נדרש השוטר המבקש את הסכמת האזרח לעריכת החיפוש, להבהיר לו כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכי הסירוב לא יפעל לחובתו. בנסיבות אלה, תיחשב הסכמת האזרח לביצוע החיפוש למקור סמכות עצמאי, שיש בו כדי להכשיר את הפגיעה בזכות החוקתית לפרטיות, הכרוכה בביצוע החיפוש. [**רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל**](http://www.nevo.co.il/case/5714221) (פורסם בנבו, 6.3.2012) בחוות דעתה של כב' הנשיאה (בדימוס) בייניש (ראו באותו עניין, גם דעתו החולקת של כב' השופט דנציגר, לפיה, אין מקום לקביעה כי הסכמתו של מושא החיפוש כשלעצמה, לביצוע חיפוש, מקימה סמכות לעריכת החיפוש, מקום בו לא מתקיימות הנסיבות המנויות בדין לעריכת חיפוש). לפיכך, לטעמי, הדיון המפורט והנרחב שניהלו הצדדים בסוגיית הסכמה לחיפוש הנדון, כתנאי לחוקיותו ולגבי זהותו של הזכאי לתת את ההסכמה, כלל איננו רלבנטי.

בענייננו, לעניין הסמכות לערוך חיפוש ללא צו במרפאה, ישימה הוראת [סעיף 25(4)](http://www.nevo.co.il/law/74918/3C.4.25) לפסד"פ, לפיה: **"שוטר רשאי, בלא צו חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם – השוטר רודף אחרי אדם המתחמק ממעצר או נמלט ממשמורת חוקית" .**

89. בענייננו, עמד כנגד הנאשם צו מעצר בתוקף, על כך שנמלט ממשמורת חוקית והפר את תנאי מעצר הבית. אביו של הנאשם, שהיה אחד המפקחים עליו, הוא שהוביל את המשטרה מביתו של הנאשם – שם חיפשו השוטרים את הנאשם, למרפאת אחיו - בה ידע האב כי בנו הנאשם נמצא בטיפול שיניים, תוך הפרה של תנאי מעצר הבית. ברור, כי מדובר במרדף אחר אדם, המתחמק ממעצר או נמלט ממשמורת חוקית. לפיכך, רשאים היו השוטרים, מאחר שהחיפוש נעשה במסגרת אותו מרדף, לבצע בבית חיפוש ללא צו, ולא נדרשה להם הסכמת המחזיק במקום.

90. אמנם, [סעיף 45](http://www.nevo.co.il/law/74918/45) לפסד"פ קובע, כי: "**אדם הגר בבית או במקום שמותר להיכנס אליו מכוח רשות לעצור או לחפש, או הממונה על בית או מקום כאמור, ירשה, לפי הדרישה, כניסה חפשית ויתן כל הקלה סבירה; נדרש וסירב להרשות כניסה כאמור, מי שזכאי להיכנס רשאי לבצע את הכניסה בכוח".** להבנתי, סעיף זה לפי מיקומו הגיאוגרפי לפסד"פ בפרק ההוראות הכלליות, ולפי תכליתו, נועד להטיל על האדם הגר בבית או הממונה עליו, חובה לשתף פעולה עם החיפוש - בין חיפוש כדין על פי צו ובין חיפוש כדין ללא צו – ולהסמיך את השוטרים המחפשים לבצע את הכניסה בכח, במידה ואותו אדם נדרש, אך מסרב להרשות את הכניסה. סעיף זה לא בא להוסיף תנאי נוסף של הסכמה לסמכות החיפוש. פרשנות אחרת, תעקר את תכליתה של סמכות החיפוש, בין לפי צו ובין בהעדרו, ותיתן לאדם הגר בבית או הממונה עליו, זכות וטו עצמית על קיומו של החיפוש, אף בניגוד לצו בית משפט, ועשויה להוביל לסיכולו. לפיכך, יש לדחות את טענת ההגנה לפיה, החיפוש במרפאה היה בלתי חוקי, מעצם העובדה שלא ניתנה מראש הסכמה לחיפוש של המחזיק במרפאה, קרי, ד"ר גאנם, אחיו של הנאשם.

91. לאחר שהוסרה מן השולחן סוגיית סמכות החיפוש ללא הסכמת התופס או המחזיק בבית, נותרה לדיון סוגיית הנוהל של עריכת החיפוש, בין על פי צו ובין שלא על פיו, התחומה ב[סעיפים 26](http://www.nevo.co.il/law/74918/26), [27](http://www.nevo.co.il/law/74918/27), ו-[28](http://www.nevo.co.il/law/74918/28) לפסד"פ. [סעיף 26](http://www.nevo.co.il/law/74918/26) קובע בעיקרו, את החובה שהחיפוש ייערך בפני שני עדים שאינם שוטרים, אלא אם התקיימו התנאים החריגים המפורטים בס"ק 1-3. הדיון בעניין זה אינו רלוונטי בענייננו, שכן אין חולק שהחיפוש נערך בפני שני עדים, אביו של הנאשם ומחמוד, שאינם שוטרים.

92. [סעיף 27](http://www.nevo.co.il/law/74918/27) לפסד"פ, קובע את החובה לערוך רשימה של החפצים שנתפסו אגב החיפוש והמקומות בהם נמצאו על-ידי מי שביצע את החיפוש, וחובת העדים להיות חתומים עליה. אין חולק, כי במקרה זה בוצעה רשימה כאמור (ת/27), אף כי לא נחתמה על ידי העדים. בעיני, אכן מדובר בפגם, ואף בפגם שאיננו מבוטל, לאור התכלית של ההוראה למנוע העלמה של חפצים על ידי השוטרים המחפשים, או הוספת חפצים שלא נמצאו במסגרת החיפוש. יחד עם זאת, יש לבחון את הפגם ומשקלו, וכן את היכולת לרפאו, בנסיבות העניין. בענייננו, לא הייתה מחלוקת כי המוצגים הרלוונטיים, הנייד וכרטיס הסים נמצאו במקום, ומעדות העד מחמוד אף עלה, כי הנייד הועבר אליו מידי הנאשם, והוא התבקש אף לטעון כי מדובר בנייד שלו. מכאן, שעצם החתימה לא הייתה מעלה או מורידה, לעניין הוכחת הימצאותו של המוצג העיקרי במקום, ותפיסתו במהלך החיפוש. לעניין זה, ראה גם הדיון בהמשך, בעניין הפסלות החוקתית והשפעתה, גם במקרה של קביעה, שאופן החיפוש היה פגום.

93. [סעיף 28](http://www.nevo.co.il/law/74918/28) לפסד"פ, קובע: "**תופש הבית או המקום שמחפשים בו, או אדם מטעמו, יינתן לו להיות נוכח בחיפוש, ולפי דרישתו יימסר לו העתק של רשימת החפצים שנתפסו, חתום בידי העדים או בחותמתם**". בהקשר זה יצויין, כי בטופס המשטרתי הסטנדרטי שעליו ערוך דו"ח החיפוש (ת/27), ישנו סעיף ספציפי, סעיף ו', שכותרתו: "אישור המחזיק במקום". לפיו, מצהיר המחזיק, כי בשעת החיפוש לא נגרם לו ולרכושו כל נזק, ולא נלקחו דברים מלבד הדברים המפורטים בדו"ח וכן, כי עומדת לו הזכות לערור ולבקש מבית המשפט, להחזיר לידיו את המוצגים שנתפשו. בנוסף, למשטרה זכות לבקש מבית המשפט, להאריך את תקופת ההחזקה, במוצגים שנתפשו.

94. בענייננו, עולה, כי ד"ר גאנם לא זומן להיות נוכח במהלך החיפוש ולחתום על הדו"ח. גם אבי הנאשם ומחמוד, לא נתבקשו לעשות כן ברובריקת המחזיק. מעבר לכך, השוטרים רשמו את שמם של האב ושל מחמוד כעדים, אף כי חתימתם, כאמור, לא מופיעה על הטופס. מכאן, ובשל קיומו של הסעיף הנפרד בטופס, המתייחס בנפרד לנוכחות המחזיק ולחתימתו, ניתן להסיק כי הם לא סברו שהעדים, האב ומחמוד, הם גם המחזיק בנכס. יש לזכור בענייננו, כי כעולה מן הטופס, אישורו של המחזיק בניגוד לאישורם של העדים, מתייחס גם לשלילת טענות מצידו לגבי גרימת נזק לו ולרכושו. עובדה, שהעדים שאינם קשורים לנכס, אינם יכולים בדרך כלל לאשרה וכן העובדה, שלא נלקח מן המקום, מעבר למה שפורט בדו"ח. מעבר לכך, יש חשיבות לנוכחות המחזיק, בכל הנוגע ליידועו לגבי זכותו לערור ולבקש את החזרת המוצגים שנתפשו וכן, לגבי זכותה של המשטרה לבקש הארכה של תקופת ההחזקה.

95. מתעוררת השאלה, האם העובדה שהשוטרים לא ניסו לזמן את ד"ר גאנם, שהוא המחזיק העיקרי במרפאה, והסתפקו בנוכחותם של אבי הנאשם ושל מחמוד במהלך החיפוש, מבלי שנעשה ניסיון למלא את הסעיף המתייחס לאישור המחזיק, יש בה כדי לענות על הדרישה של נוכחות המחזיק, או של מיופה כוח מטעמו, לפי [סעיף 28](http://www.nevo.co.il/law/74918/28) לפסד"פ. המונח "תופש הבית או המקום" שבסעיף הנ"ל, טרם זכה לפרשנות בפסיקה. השאלה הנשאלת, היא האם יש לתת לו משמעות מתחום הדין האזרחי ודיני הקניין, כך שעל השוטרים לדאוג לכך שרק מי שהוא הבעלים, השוכר או מחזיק אחר כדין בנכס, עונה על דרישת "התופש", או שניתן להסתפק גם באדם אחר, שיש לו לפי התרשמות השוטרים, זיקה הדוקה לנכס לבית או למקום, ויכולת שליטה בו. אין המדובר בדיון בעלמא, שכן יכולים להיווצר מצבים לא מעטים שבהם הבעלים הרשום של הנכס, או מי שמחזיק בו כדין, אינו מצוי בקרבת מקום ואינו בר השגה. הדעת נותנת, שעקב הדחיפות בביצוע החיפוש, בוודאי במקרה שבו נמצא בנכס עציר נמלט, שאולי הביא עמו מוצגים הדרושים לחקירה, כגון כלי נשק, סמים, רכוש גנוב ועוד, והחביאם בתוך נכס שאינו שלו, בין חפצים אחרים המצויים במקום, נדרשת פעולה מהירה שאינה מאפשרת להמתין עד לעריכת בירור משפטי ממצה בסוגיית הבעלות. לטעמי, במקרה כזה, על השוטרים המחפשים לנסות באמצעות הכלים המידיים העומדים לרשותם, לברר את זהותו של בעל הנכס או של מי שתופש בו כדין, ולברר את מידת זמינותו כדי להגיע ולהיות נוכח בחיפוש. במידה והוא איננו בר השגה, או שברור כי לא יוכל להגיע למקום תוך פרק זמן סביר וקצר, או שהוא מתחמק משיתוף פעולה, ניתן להסתפק באדם אחר הנמצא במקום, שלפי התרשמות השוטרים יש לו יכולת שליטה מעשית בנכס, כגון: עובד של בית עסק כשמדובר בבית עסק, או קרוב משפחה שיש לו זיקה הדוקה לתופש הנכס, כשמדובר בבית, כדוגמת בן משפחתו של התופש המתגורר עמו. להבנתי, ניתן לראות במקרה זה את אותו אדם כ"אדם מטעמו" של תופש הבית או המקום האמור בסעיף, גם אם אין לו יפוי כח מפורש ורשמי מאת התופש. פרשנות זו מתחייבת להבנתי, מן האיזון שיש לערוך בין זכויותיו של תופש הנכס, להגנת פרטיותו ולהגנת קניינו שהן זכויות בעלות אופי חוקתי, לבין האינטרס הציבורי המובהק שבאיסוף ראיות רלוונטיות, לשם מיצוי הדין עם עבריינים, והגנה על שלום הציבור. ודוק, העיכוב המסויים העשוי להגרם בשל כך בחיפוש, איננו פוגע כלל באפשרות לבצע מעצר מיידי של החשוד, וכן לערוך חיפוש מיידי על גופו, בבגדיו ובכליו, ללא קשר לחיפוש בבית או במקום (ראו: [סעיף 22](http://www.nevo.co.il/law/74918/22) לפסד"פ).

96. יחד עם זאת, גם כאשר נופל פגם בחיפוש, במובן זה שהוא נעשה ללא נוכחות תופש הבית או המקום או אדם מטעמו, עדיין יש לבדוק, במקרה שבו נתפסת במהלך החיפוש ראיה חפצית רלבנטית כמו בענייננו, האם ראוי לפסול אותה, מטעם זה, בהסתמך על כלל הפסלות הפסיקתי שנקבע בפרשת יששכרוב (ראו: [ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי](http://www.nevo.co.il/case/5883040), פ"ד סא(1) 461 (2006)). בעניין זה, שותף אני לדעתו של כב' השופט כבוב, שהכריע במקרה דומה ב[**ת"פ 40206/05 מדינת ישראל נ' בללי**](http://www.nevo.co.il/case/2236249)  (פורסם בנבו, 10.6.2009), כי הימנעות רשויות החקירה מקיום הוראת [סעיף 28](http://www.nevo.co.il/law/74918/28) לפסד"פ, לא תביא באופן גורף לפסילת הראיות שנתפשׂו כתוצאה מאותו חיפוש, ללא הידרשות וּבחינה של הנסיבות, שהביאו את חוקרי המשטרה להימנע מלהקנות לתופש הנכס את הזכות האמורה. עוד שותף אני לדעה, כי לפי ההלכה הפסוקה, יש להבחין בין אי-חוקיות אשר בעטיה נתפסו ראיות חפציות אובייקטיביות, לבין אי-חוקיות שבעטיה נגבתה הודאת נאשם, ראיה מילולית וכל ראיה אחרת. בנסיבות ענייננו, כאשר מכשיר הנייד וכרטיסי הסים, נתפסו במרפאה מידיו של מחמוד אשר שייך אותם באופן מיידי לעצמו ולא לבעל המרפאה (גרסה ששינה בהמשך), לא מתקיים חשש שמדובר בחפצים העשויים להיות שייכים לבעל המרפאה. זאת, שעה שהדרישה לנוכחותו בחיפוש, נועדה בעיקר לאפשר לו לטעון קניינית לגביהם. לפיכך יש לקבוע, כי הראיות שנתפסו במהלך החיפוש במרפאה קבילוֹת, כאשר משקלן של אלה ייקבע, בהתאם למהימנוּתה של כל ראיה בפני עצמה, ללא קשר לסוגיית החיפוש.

97. זאת ועוד, לנוכח הנסיבות, שבהן האב הוא זה שהוביל את השוטרים למרפאה השייכת לבנו - אחיו של הנאשם, והשוטרים יכלו להבין מהתנהגותו, שיש לו זיקה קניינית למרפאה וכן, לנוכח הימצאותו של מחמוד, שלא היה מבקר במרפאה אלא עובד במרפאה, שאף ביצע את הטיפול הרפואי בנאשם, לא ניתן לבוא בטרוניה לשוטרים, על כך שביצעו את החיפוש ללא נוכחות האח והסתפקו בנוכחות האב ומחמוד, אלא לכל היותר, ניתן לקבוע כי מדובר בטעות בתום-לב. כמצוין בפּרשׁת יששכרוב, סוגיית תום-ליבם של החוקרים הינה אינטגראלית לשיקולי בית-המשפט:

**"... לא הרי אי-חוקיות חמורה שבוצעה במכוון על-ידי גורמי החקירה לשם השגת הראיה, כהרי פגם זניח בהליכי החקירה שנעשה בתום-לב וללא השפעה ממשית על זכויותיו של הנחקר."**

(פרשת יששכרוב שלעיל, פסקה 62 לחוו"ד הנשיאה בייניש)

98. בפרשת יששכרוב גם נתן בית-המשפט העליון דעתו, לאבחנה בין סוגי הראיות השונים ואופן תפיסתן:

**"לבסוף, ניתן לבחון האם הראיה הייתה מתגלית או מושגת על-ידי רשויות אכיפת החוק, גם לולא השימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים. כאשר התשובה לשאלה זו חיובית, עשוי הדבר להפחית מעוצמת הפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן אם תתקבל הראיה המשפט."**

(שם, בפסקה 70).

ובהמשך:

**"בעניינן של שתי השאלות האמורות עשויה להיות חשיבות רבה לאופיה של הראיה בה מדובר - חפצית, מילולית או אחרת. ראיות חפציות, כגון: נשק, סם או רכוש גנוב, הן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגתן, ובדרך-כלל לא יהא באי-החוקיות האמורה כדי לפגום באמינותן של ראיות אלה. לפיכך, משקלם של השיקולים המצדדים בקבלתן של ראיות חפציות הוא בדרך-כלל רב"** (הדגשות שלי – מ.ה.) (שם, בפסקה 71).

עוד ראו, באשר לאבחנה המתבקשת בהקשר זה בין ראיות חפציות לראיות מילוליות: [**ע"פ 9897/05 אלמגור נ' מדינת ישראל**](http://www.nevo.co.il/case/5684383)**, (**פורסם בנבו, 23.11.2006). כן ראו: יעקב קדמי **על סדר הדין בפלילים** חלק ראשון, 671 (מהדורה מעודכנת, 2008):

**"מאז פסק הדין בפרשת יששכרוב, תיבחן קבילותה של ראיה שהושגה בחיפוש בלתי-חוקי באמות המידה שקובעות דוקטרינת הפסילה הפסיקתית; כאשר זו מעניקה "יחס מיוחד" לקבילותן של ראיות חפציות - המדברות בעד עצמן - שנתגלו ונתפסו בחיפוש בלתי-חוקי".**

99. בענייננו אין חולק כי מדובר בראיות חפציות, אובייקטיביות, שהיו קיימות במרפאה. כאשר, תגובתו המיידית של מוחמד היתה, כי הן שייכות לו. כך, שנוכחות האח התופש במרפאה בעת עריכת החיפוש, לא היה בה כדי להעלות או להוריד מאופיין וטיבן. לאור כל האמור לעיל, אני קובע, כי הראיות שנתפסו במהלך החיפוש במשרד קבילוֹת, כאשר משקלן של אלה ייקבע בהתאם למהימנוּתה של כל ראיה בפני עצמה, ללא קשר לסוגיית החיפוש.

**מציאת הנייד והסים וקביעת החזקה התכופה**

בפרק זה אבחן, אם אכן מכשיר הנייד שנתפס במרפאה, הוא מכשיר הנייד שנגנב מהמתלוננת, והאם ניתן לקבוע, כי הוא הוחזק בידי הנאשם, בתכוף לאירוע שבו נגנב מהמתלוננת.

**הראיות**

**גרסת המתלוננת**

100. בחקירת המתלוננת הראשונה במשטרה, העידה כי הנייד שנגנב לה הוא: "**פלאפון גלאקסי שחור...**" (ת/4, ש' 24). בחקירתה השנייה, הוצג לה הנייד שנתפס במרפאה, והיא העידה: "**כן אני מזהה לפי השריטות במסך, על המכשיר. ובשומר ך** (צ"ל: "מסך") **יש את התמונה של אחי בן השנתיים**" (ת/5, ש' 12). **הערת חוקר הנייד נבדק על פי ה- IMEI שנמספר לנו והמספר IMEI של הנייד שנתפש ושניהם תואמים.)** (שם, ש' 19). במזכר של החוקר אלבוכר מיום 2.9.2012, תועדה הצהרת המתלוננת: "**... קיבלתי לידי את הנייד מסוג סמסונג קלסי 2 אשר ניגנב לי באירוע עליו התלוננתי. ואני מזהה אותו כשלי. מהחוקר אלבוכר... ואין ולא יהיה לי כל טענות כלפי משטרת ישראל על תקינות המכשיר. ללא הכרטיס סים שהיה במכשיר**" (ת/12).

101. בעדותה בבית המשפט, מסרה המתלוננת, כי הנייד הוחזר לה כשבועיים לאחר האירוע. לשאלת ב"כ המאשימה בחקירתה החוזרת, כיצד היא יודעת שמדובר במכשיר שלה, השיבה: "**דבר ראשון לא הצליחו לשנות את התמונה הראשונה שהייתה בנעילת מסך, הצליחו רק את הטפט כשפותחים"** והוסיפה, כי הייתה שם תמונה של אחיה הקטן, "ובגלל זה הייתי בטוחה שזה שלי וגם היו כמה שריטות, שכבר הרבה זמן השיטות האלה היו על המכשיר" (עמ' 67 לפרוטוקול, 2-8).

**גרסת הנאשם**

102. הנאשם נשאל בחקירתו במשטרה מיום 3.9.12 למי שייך מכשיר הגלקסי, שנתפס במרפאה, והשיב: "**לא יודע**" (ת/7, ש' 37). לשאלה כיצד הוא מסביר את העובדה שהפלאפון שנגנב באירוע בו הוא חשוד שנגע בבחורה, נמצא במרפאה, במקום בו נתפס, כשהמספר שלו היה על מכשיר הנייד שלה, השיב: "**הטלפון שלי נאבד מיום שני הייתי בתסקיר מבחן ונאבד לי הפלאפון. ולמה כשמצאו את הטלפון למה לא הוציאו את זה על ידי אלא אחר כך הביאו אותו**" (שם, ש' 48-49). כשנשאל מה מספרי הפלאפונים שלו, העיד: "**0545847768 והשני שאשתי לקחה אותו איתה לירדן 0522090726**" (ת/7, ש'52).

103. בחקירתו במשטרה מיום 30.8.2012 בשעה 16:59 נשאל הנאשם מה מספר הפלאפון שלו, והשיב: "**הטלפון אבד ממני אבל המספר נמצא... 0545847768**", מספר שיש לו "**מזמן שבע שנים**" (ת/20, ש' 40-42 ,50), לטענתו היה לו מכשיר נוקיא קטן, שאבד ביום שני שעבר, לפני שלושה ימים. לשאלת החוקר מזיאד האם היה לו מכשיר אחר, מלבד זה, השיב: "**כן נוקיא סליידר בבית**" (שם, ש' 48). הנאשם אישר בחקירתו, כי עד יום שני שעבר הוא השתמש בפלאפון שלו, כשנשאל איך הסתדר מאז, השיב שמאז הוא בבית ואין לו מה לעשות עם הפלאפון.

104. בחקירתו השנייה של הנאשם במשטרה, מיום 30.8.2012 בשעה 18:05, הציג החוקר מזיאד לנאשם את הנייד, מסוג גלאקסי 2 שנתפס, וזה טען כי אינו מזהה אותו. לטענת החוקר כי על פי החקירה, המכשיר היה בשימוש שלו בתקופה האחרונה, השיב: "**אני לא השתמשתי במכשיר הזה**". לטענת החוקר, כי במכשיר נתפס כרטיס סים, שהוא טען שאבד לו, השיב: "**זה מאצלכם מאיפה אני יודע מה עשיתם**" (ת/21, ש' 12,14), ושב וטען כי לא השתמש באותו מכשיר. לטענת החוקר, מה הוא אומר על כך שעובד המרפאה (מחמוד) בחקירתו, אמר כי הוא בא אליו, מסר לו את הפלאפון, וביקש שישאיר אותו אצלו ויגיד שהוא שלו, השיב: "**אני לא אמרתי את הדברים האלה**" (ת/21, ש' 25),

"**ש. אז הוא משקר?**

**ת. אני לא יודע.**

**ש. אם אתה לא יודע אם הו** (צ"ל: "הוא") **משקר או לא אז יש מצב שהוא כן אומר את האמת?**

**ת. אני לא יודע.**

**ש. מה את כן ודע** (צ"ל: "יודע")

**ת. כלום**" (ת/21, ש' 26-31).

105. הנאשם שב וטען כי הפלאפון לא שלו. החוקר חייג למספר שמסר הנאשם, כמספר שלו, והפלאפון צלצל. הנאשם הגיב: "**הסים שלי מאיפה הבאתם אותו**" (שם, ש' 35). אולם בהמשך נשאל שוב, למה אמר לעובד (למחמוד) לקחת את הפלאפון ולומר שזה שלו, והשיב: "**באתי אליו ניקיתי את השיניים ולא אמרתי לו את זה**" (שם, ש' 37). לטענת החוקר, מה יש לו לומר על כך שהפלאפון שייך למישהי מאירוע שוד חמור, השיב כי אינו יודע. לשאלת החוקר, כיצד הוא מסביר את העובדה שעכשיו התקשרו למספר שלו, והפלאפון עם המספר שלו צלצל, השיב: "**אני רוצה לדעת למה אחרי תקופה ארוכה הגעתם אליי**" (שם, ש'41). החוקר העיר: "**חייגתי לאחיו של החשוד הדוקטור גאנם ושאלתי אותו מתי פעם אחרונה הוא דבר עם החשוד הוא מסר כי היום בסביבות השעה 12:00 למספר 0545847768, ושאלתי אותו מה לגבי איזה מכשיר הוא משתמש הוא מסר כי כל יום יש לו מכשיר אחר...**" (שם, ש' 44-46). הנאשם שב וטען, כי המכשיר לא שלו.

106. גרסת הנאשם כפי שנמסרה בעדותו בבית המשפט, הייתה כי הנייד- מכשיר מסוג גלקסי, היה ברשותו והוא קנה אותו בשער שכם, "**ברגע שהפלאפון שלי אבד ביום שני והלכתי, אני חייב שיהיה לי מכשיר פלאפון בגלל אשתי, אז הלכתי וקניתי אחד משער שכם**" (עמ' 167 לפרוטוקול, ש' 28-29). בחקירתו הנגדית נשאל מדוע אמר במשטרה כי הוא אינו מכיר את הנייד שהציגו לו, והשיב: "**למה שבכלל לא היה טלפון והם הראו לי מכשיר שאני לא יודע של מי זה**" (עמ' 168 לפרוטוקול, ש' 16). לשאלת ב"כ המאשימה, מדוע לאחר שהציג לו החוקר את הנייד, הוא טען שאינו מזהה אותו וכשחייג למספר שלו הנייד צלצל, טען שהסים שלו ושאל את החוקר, מהיכן הביא אותו, ומה האמת, השיב: "**את האמת שאת הפלאפון אני קניתי בשער שכם, כרטיס הסים שלי מבוטח ואם אני מאבד אותו יש לי את הזכות שישחזרו ליאת כרטיס הסים, לאחר שדיברתי עם החברה, חבר שלי לקח את תעודת זהות שלי וזה בן דוד שהלך לחברה לאחר שהתקשרתי לחברה והביא לי משם את הסים. הפלאפון שקניתי משער שכם אני הכנסתי את הסים למכשיר שקניתי בשער שכם**" (עמ' 169 לפרוטוקול, ש' 1-6). הנאשם העיד כי התקשר לחברת הסלולר, שאל אם הוא יכול לשלוח אדם במקומו על מנת שיעשו לו כרטיס סים, ואמרו לו שאין בעיה, אם הוא יגיע עם תעודת זהות. לשאלת ב"כ המאשימה, האם יש לו מסמך על כך, השיב: "**מאיפה אני אביא לך עכשיו ניירות? הניירות שלי בבעת, אני לא יודע אם לקחו ניירות או לא**" (עמ' 169 לפרוטוקול, ש' 23-24). לטענתה, כי בהאשמות כה חמורות, מדוע לא אמר לעורך דינו שימציא אישור או ישחזרו מחברת הסלולר, השיב: "**שיוציא**".

107. הנאשם שב והעיד, כי את הנייד מסוג גלקסי קנה בשער שכם, בסכום של בערך 1,800-2,000 שקלים. לטענתו, לא קיבל קבלה: "**אצל ערבים לא מוכרים לפי קבלה**". לשאלתה מה היה עושה אילו היה מגלה שהוא מקולקל, השיב: "**מה כבר יכול להתקלקל בו, הטלפון שקניתי מהחנות והוא חדש... הם נתנו לי אותי בניילון שלי**" והוסיף, "**אין אצלנו קבלות, גם אצלנו אין מס הכנסה**" (עמ' 174 לפרוטוקול, ש' 15-17, 21). לגבי עדותו של מחמוד, נשאל הנאשם מדוע אמר למחמוד להשאיר את הנייד אצלו, הראה לו את קוד הפתיחה ואף פירק אותו מהבטרייה, קודם לכן, והשיב: "**אני לא פירקתי פלאפונים ולא זה, הפלאפון שלי היה בבית, בבית שלי. זה מה שאמרתי בחקירה, אין לי פלאפון בכיס שלי, אז עשו לי חיפוש ולא מצאו משהו ועשו חיפוש אצלי בבית ולא הייתי אני נוכח בבית**" (שם, ש' 30-32), הוא המשיך והעיד, "**סליחה, את כנראה משהו לא הבנת. הפלאפון שלי אבד עם הסים שהיה איתו, הפלאפון עבד עם כרטיס הסים. אני שלחתי את בן דוד שישחזר לי את כרטיס הסים... יש לי רק אחד (כרטיס סים) שלקחו אותו המשטרה... ביום החקירה שמצאו את הפלאפון הסים שלי, הפלאפון שלי אני, הפלאפון שלי שלקחו המשטרה, בפלאפון הזה הסים שנעשה פעם שנייה, שוחזר**" (עמ' 175 לפרוטוקול, ש' 8-15), לטענה כי הסים לא נמצא, השיב כי הסים המקורי, אבד עם הפלאפון.

108. לטענת ב"כ המאשימה כי בכל המכשירים שנתפסו בתיק, לא נמצא כרטיס סים עם המספר שלו, פרט לנייד מסוג הגלקסי, השיב: "**מאיפה אני יודע שמכשיר הגלקסי שהם הביאו זה שלי או לא שלי?** " (שם, ש' 30). הוא שב והעיד "**... סים אחד אני אומר לך, המילה הזאת חזרתי ארבע פעמים על זה להגיד לך שסים אחד יש לי ואת מתארת אותי כאילו החזקתי עוד כרטיס, אני לא החזקתי עוד כרטיס, שיחזרתי. נאבד לי הטלפון והלכתי לחברת אורנג'**". לטענת ב"כ המאשימה, כי אמר שבן דודו הלך, השיב: "**הבן דוד שלי הלך, אני אומר לך את זה ואמרתי שבן דוד שלי הלך לשם אחרי שהתקשרתי אני לחברת אורנג' ואמרתי להם אם אני יכול לשלוח בן אדם אחר בגלל לעשות סים, אמרו לי אם יש תעודת זהות שלך, תעודת זהות מזוהה והכל**" (עמ' 176 לפרוטוקול, ש' 6-9). לשאלת ב"כ המאשימה, מדוע שמחמוד ימציא עליו כזה סיפור, השיב: "**אני לא הייתי בזמן החיפוש, יכול להיות שגם הם איימו עליו והפחידו אותו...למה? אני לא יודע**" (עמ' 176 לפרוטוקול, ש' 18-21).

**גרסת אחיו של הנאשם**

109. החוקר מזיאד ציין במזכרו מיום 30.8.2012 את גרסת אחיו של הנאשם הד"ר גאנם לגבי מספר הפלאפון של הנאשם: "**... פגשתי... גאנם אח של עיסא (הנאשם)... מסר כי הוא רופא שיניים ושי** (צ"ל: "שיש") **שלו** (צ"ל: "לו") **מרפאה בכפר... שאלתי אותו מה מס' הפלאפון של אח שלו עיסא (הנאשם), הוא הוציא את המס' מהזיכרון של הפלאפון שלו ומסר לי 054-5847768.... הוא מסר כי יש לו (לאחיו הנאשם) אותו הרבה זמן, והוא לא יודע איזה סוג של מכשיר זה..."** (ת/23).

110. גם בהודעתו של ד"ר גאנם, אחיו של הנאשם, במשטרה, הוא מסר את אותו מספר **"0545847768**" שנשאב מתוך הזיכרון של מכשיר הפלאפון שלו. לשאלת החוקר אם יש לאחיו הנאשם, עוד טלפונים, השיב: "**אני לא יודע, ידוע לי שלא**", לשאלה אם בדרך כלל הוא מתקשר למספר הזה, השיב: "**כן ותמיד עונה לי**" (ת/40, ש' 31 ,33).

**אופן התפיסה של המכשיר במרפאה**

111. לגבי נסיבות תפיסת המכשיר על שולחן במרפאה ליד מחמוד, במהלך החיפוש, ציין החוקר עזרא: "**... על השולחן היו מונחים פלאפון שחור עם הכיתוב סמסונג (באנגלית) אשר הבטרייה שלו הייתה מחוץ למכשיר בצמוד אליו ושני כרטיסי סים אורנג וסלקום... שאלתי את החשוד מחמוד של מי הפלאפון" ענה בגמגום תוך מילמל ורעד חזק בידיו "זה שלי קניתי אותו לפני חודשיים ב 2,000-2,200 שקל אני לא זוכר. שאלתי את החשוד "מאיפה קנית את הטלפון?" ענה: "נראה לי מהעיר העתיקה אני לא זוכר" ראוי לציין שכל זמן ששאלתי אותו את שאלות החשוד היה רועד כולו ואינו מסתכל בעניי. שאלתי אותו " של מי כרטיס הסים?" ענה: "שלי אחד והכרטיס השני של המרפאה". ברגע זה הודעתי לחשוד כי היינו עצור בחשד להחזקת רכוש החשוד כגנוב וסימנתי את המוצג בדו"ח החיפוש כמוצג מספר 1...ברגע זה תם החיפוש במקום ונמסר העתק ממנו לידי האשם משאהרה. ברגע זה הובלתי את העצור יחד עם הבלש... תוך שאנו אוחזים אותו בכתפו... הנ"ל לא נכבל באזיקיי יד עד להגעה לרכב על מנת לא ליצור פרובוקציות מיותרות במקום בעת הגיעי לרכב... אני יושב עם העצור מאחור ברכב הודעתי שוב לעצור שהוא חשוד בחשד להחזקת רכוש החשוד כגנוב ואזקתי אותו... ברגע זה החשוד החל לומר לי "הטלפון לא שלי שיקרתי", ברגע זה עצרתי ואמרתי לו: "אני שוטר כל דבר שאתה אומר אני רושם וזה ישמש נגדך". ואז החשוד התעלם מדבריי והמשיך ואמר: "אני לא רוצה להסתבך אני למדתי רפואה, הטלפון לא שלי עיסה** (הנאשם) **בא לפני שעתיים למרפאה ואמר לי שמור לי על הפלאפון הזה הוא הראה לי את הקוד של הפתיחה ואז פירק את הבטרייה מהטלפון ושם על השולחן והלך**" (ת/25). בדו"ח מעצר שמילא החוקר עזרא, לגבי מחמוד, צוין כי מחמוד נעצר ב"**חשד** **בהחזקת רכוש גנוב**", ותגובתו הייתה, "**אני רוצה לדבר**" (ת/26).

112. החוקר עזרא העיד בבית המשפט לגבי נסיבות התפיסה, "... **התחלנו לחפש. אני מצאתי על השולחן בחדר הפנימי, סליחה בחדר השמאלי מצאתי שמה על השולחן פלאפון עם בטרייה בחוץ ולידו... שני כרטיסי סים, דיסק און קי לבן..."** (עמ' 109 לפרוטוקול, ש' 1-5). הוא המשיך והעיד כי שאל את בעל המקום האם זה שלו, ואז המתמחה "**אמר זה שלי... שאלתי... כמה כסף שילמת... אמר לי בערך אלפיים אלפיים מאתיים שקל אני לא זוכר, שאלתי אותו מאיפה קנית, אמר לי אני לא זוכר. מהעיר העתיקה נראה לי משהו כזה. ואז הבנתי שהוא גם הוא לא הסתכל לי בעיניים, הוא רעד כל הזמן, כאילו היה לו פחד. זה מה שאני זוכר מהתיק... זה העלה לי את החשד אמרתי לו שהוא כרגע עצור באחזקת רכוש גנוב... יצאתי ליווינו אותו, לא עצרתי אותו... כדי לא ליצור פרובוקציה שמה... אני אקח אותו ובאוטו יעשה את זה... נכנסנו לאוטו, אמרתי לו שהוא עצור שוב פעם, שמתי לו אזקתי אותו מלפנים... התחלנו בנסיעה... הוא פשוט התחיל כזה לגמגם... ואז הוא אמר – שיקרתי, הטלפון לא שלי... אמרתי... כל מה שתגיד ישמש נגדך כראייה בבית משפט, הוא פשוט לא, הוא פשוט המשיך ברצף של הדיבור, הוא אמר שעיסא בא לפני שעתיים שם את הטלפון הראה לו איך פותחים הוציא את הבטרייה והלך אמר לו תשמור עליו, משהו כזה...**" (שם, ש' 10-31).

**גרסתו של מחמוד**

113. בהודעתו של מחמוד במשטרה, העיד כי הוא סטאז'ר במרפאה של ד"ר גאנם ושהפלאפון שנמצא במרפאה, אינו שלו, אלא שייך לנאשם (ת/24, ש' 6-9), אח של ד"ר גאנם. לשאלת החוקר, מדוע אמר שזה שלו במרפאה, השיב: "**עיסא** (הנאשם) **אמר לי תשאיר את הפלאפון הזה איתך וזהו**", "**רק אמר לי כך תשאיר את הטלפון אצלך"**, **"אני הייתי במרפאה לא זוכר בדיוק מתי משהו כמו חצי שעה לפני שהמשטרה באו, עיסא (הנאשם) בא ואמר לי כואבות לי השיניים...לפני שהתחיל הטיפול נתן לי את הטלפון, ואמר לי תשאיר את זה אצלך, הבנתי אחר כך כי אתם לא הייתם צריכים להבין שיש לו טלפון ואמרתי לכם כי זה שלי**" (שם, ש' 13-20). לשאלת החוקר מזיאד, כיצד הבין שהמשטרה לא צריכה לדעת שיש לנאשם פלאפון, השיב: "**קישרתי בין החיפוש של השוטרים והדיבורים של עיסא (הנאשם), אם הייתי שיש בעיות על הטלפון לא הייתי עושה את זה**" (שם, ש' 22-23). מחמוד המשיך והעיד כי הנאשם לא אמר לו למה להשאיר את הטלפון אצלו, והעיד שמדובר בסאמסונג בצבע שחור. מחמוד טען כי הנאשם הוא אח של ד"ר גאנם, והוא ראה אותו כמה פעמים במרפאה. לשאלה מדוע הסכים לעשות מה שביקש, השיב: "**אני מכיר אותו הכרות רגילה, וזהו**" (שם, ש' 33).

114. בחקירתו הראשית בבית המשפט העיד מחמוד על מכשיר הסמסונג - הנייד שמצאה המשטרה, שאותו הוא קיבל מהנאשם, ברגע שנכנס למרפאה (עמ' 117, ש' 2, 5). הוא הוא מסר, כי כשנשאל על ידי המשטרה של מי הנייד, ענה שהוא שלו, "**התשובה הראשונה שיצאה ממני**", "**סיפרתי להם אחר כך שזה של עיסא** (הנאשם)" (עמ' 118 לפרוטוקול, ש' 27, 31). ב"כ המאשימה רעננה את זכרונו של העד, לגבי מה שאמר במשטרה (ת/24), והוא אישר כי הסבר זה, נכון יותר ממה שאמר קודם. לשאלת ב"כ המאשימה מדוע הסכים לשמור על הנייד, השיב: "**בלי סיבה, כי אני יודע שעיסא** (הנאשם) **אחר** (צ"ל: "אח") **של הרופא ראנם, וזהו**" (עמ' 119 לפרוטוקול, ש' 28). לשאלת ב"כ המאשימה מדוע אמר כי הנייד היה שלם, אם שוטר אחר העיד כי הנייד היה "**מפורק מהבטרייה**", השיב: "**אכן מפורק, אבל כל החלקים היו, זו הכוונה**", ואישר כי הבטרייה הייתה בנפרד מהנייד (עמ' 120 לפרוטוקול, ש' 3-5).

115. מחמוד הוסיף והעיד, כי אינו זוכר מה אמר לשוטר עזרא, שעצר אותו. אך אישר כי רעד וגמגם, "**ש. הוא אמר שאתה הסברת לו שקנית את הפלאפון (הנייד) הזה באלפיים אלפיים מאתיים שקלים בעיר העתיקה.**

**ת. כן. נכון,**

**ש. למה אמרת לו את זה?**

**ת. כי אמרתי לו שהטלפון (הנייד) שלי.**

**ש. אז שיקרת,**

**ת. כן,**

**ש. למה שיקרת?**

**ת. כדי שהטלפון (הנייד) לא יראה כטלפון של עיסא** (הנאשם).

**ש. למה זה היה חשוב לך?**

**ת. אין סיבה,"** (שם, ש' 11-21).

כשנתבקש להסביר את דבריו במשטרה לפיהם, מסר לו הנאשם את קוד הפתיחה לטלפון, טען: "**אני ידעתי את זה לפני, ראיתי את עיסא** (הנאשם) **פותח את הטלפון לפני**" (שם, ש' 26).

**מחקר התקשורת**

116. העד דניאל, מנהל מחלקת מניעת הונאות בחברת תקשורת אורנג' - פרטנר, הגיש תעודה מוסדית של חברת התקשורת אורנג' (ת/28) ופלטים של פירוט שיחות למספרו של הנאשם 054-5847768 (להלן: "**המספר**"), בין המועדים 1.5.2012 ל-30.8.2012 (ת/29 א'-ד'). דניאל העיד כי קיבל מהמאשימה ארבעה פלטים של המספר, הכוללים פירוט שיחות יוצאות ונכנסות. עוד העיד כי למכשיר מספר בן 15 ספרות, שנקרא IMEI - מספר ברזל והוא מספר יחיד. ב"כ הנאשם ביקש מדניאל להצביע על שיחת טלפון שהתקיימה ממכשיר שנושא את מספר הברזל, מתאריך 21.8, והוא הפנה לעמ' 56 בפלט שיחות נכנסות (ת/38), לשיחה אחת מאותו תאריך, בשעה 21:30: "**... התקבלה שיחה מטלפון – 057-2209303 כשהציוד ה IMEI שבו הסים שלנו היה, הוא 357395040945690, אני גם מרחיב ואומר שעל פי עמוד 56 כל השיחות הנכנסות שהסים הזה קביל, במקרה דנן, היו מאותו ציוד... הסים הוא למעשה הרכיב הטלפוני שמכיל את המספר של הצו... מספר המכשיר הוא מספר ה IMEI**" (עמ' 114-115 לפרוטוקול, ש' 30-6 בהתאמה).

117. לפי מחקר התקשורת של חברת סלקום, לגבי מספר המנוי של המתלוננת 050-268089 (ת/38), מספר ה- **IMEI** של מכשיר הסמסונג השייך למתלוננת הוא 358867043129420, ועל כך לא היתה מחולקת. לפי אותו מחקר תקשורת החל מיום ה-21.8.2012 בשעה 04:16, הופסקו השיחות ממספר ה-**IMEI** של המתלוננת, באמצעות מספר המנוי שלה. כאשר, אירוע לקיחת הפלאפון מהמתלוננת בוצע, וגם על כך אין מחלוקת, ביום ה-21.8.2012 בשעה 04:00 לערך. על פי מחקר התקשורת של חברת אורנג', בפלט שיחות **יוצאות** מהמנוי של הנאשם, בוצעו 10 שיחות יוצאות ממכשיר ה-IMEI של המתלוננת, ביום 22.8.2012 בשעה 23:54:37, ביום 23.8.2012 בשעה 22:57:44 ובשעה 23:00:23 וכן בין הימים 25.8.2012 בשעה 00:26:35 ל-29.8.2012 בשעה 21:29:45. בפלט שיחות נכנסות לגבי המנוי של הנאשם, נכנסו 6 שיחות למנוי הנאשם שהתקבלו במכשיר המתלוננת על פי זיהוי ה-**IMEI** שלה, בין התאריכים 24.8.2012 בשעה 23:00:42 ועד ל-26.8.2012 בשעה 05:42:04. בנוסף, בין התאריכים ה-26.8.2012 בשעה 22:24:19 ועד ליום ה-30.8.2012 בשעה 14:20:58, נכנסו 33 שיחות למנוי הנאשם שהתקבלו במכשיר המתלוננת על פי זיהוי ה-**IMEI** (ת/29ג, בעמ' 39-41; ת/29ד, בעמ' 57-59).

**מציאת הנייד - הכרעה**

118. **ראשית**, השתכנעתי, כי מכשיר הנייד מסוג סמסונג גלקסי, אשר נתפס במרפאה, הוא המכשיר השייך למתלוננת. קיבלתי בעניין זה את עדותה המהימנה של המתלוננת, כי זיהתה את המכשיר, בין היתר, על פי שריטות ייחודיות עליו, ויותר מכך, עקב עובדת הימצאות תמונת אחיה על גבי בשומר המסך, שככל הנראה, הנאשם לא הצליח להסיר. **שנית**, אני דוחה את טענת הנאשם, שנסתרה אף על ידי אחיו, ד"ר גאנם, כי מספר הטלפון שלו אינו המספר – 0545847768 (ת/21, ת/23). יתרה מכך, הנאשם בעצמו מסר מספר זה, כמספר שלו מזה שבע שנים, במשטרה (ת/7 ו-ת/20). **שלישית**, על פי עדותו המקצועית של דניאל, ניתן לקבוע, כי לכל מכשיר נייד, יש מספר ייחודי של IMEI, "מספר ברזל" - שניתן לאכנו, ללא קשר למספר כרטיס הסים שבתוכו. כך זוהה מכשיר הנייד של המתלוננת, בפלטי השיחות של חברת אורנג' . בנוסף, לפי עדותו של דניאל, לכל טלפון נייד, יש כרטיס סים, עליו מוטבע מספרו של המנוי והוא ניתן להעברה ממכשיר למכשיר. **רביעית**, על סמך מחקרי התקשורת של חברות הסלולר, שעל תוקפם הראייתי ומשקלם לא היה חולק, ניתן לקבוע, על פי השיחות שנכנסו למספר המנוי של הנאשם ויצאו ממנו על גבי מספר ה- IMEI של מכשיר המתלוננת, בין ה-22.8.2012 ל-30.8.2012, זמן קצר לפני שנתפס בחיפוש, כי המכשיר אשר נתפס במרפאה, הוחזק ביד הנאשם משך כל אותה תקופה, עד אשר ביקש להיפטר ממנו, והעבירו למחמוד, מחשש שישוייך אליו על ידי החוקרים. מהודעתו של מחמוד במשטרה, עלה כי הנאשם, בתחכום, ביקש ממנו לשמור על הנייד, הפריד את הסוללה מהמכשיר וביקש שיטען כי הוא שלו. ניסיונותיו של מחמוד, עובד של ד"ר גאנם, אחיו של הנאשם, לסייע לנאשם, בין אם ברצון מלא, או מתוך חשש למעמדו בשל קרבת הנאשם למעסיקו, מחזקים את אשמו של הנאשם. הנאשם ביקש להעלים את הראיה, ולפגוע בחיפוש שערכו השוטרים. מחמוד - שיקר. תחילה, ניסה למזער את חלקו של הנאשם מחד, אך חשש לשאת באשמה לשווא. כשהבין כי נעצר בחשד להחזקת נשק החשוד כגנוב, החליט לספר את הגרסה האמיתית, כי הנייד אינו שלו וכי הוא ניתן לו מהנאשם שביקש לכפות עליו. זאת ועוד, לא ניתן שום הסבר המניח את הדעת, מדוע יעליל מחמוד על הנאשם, כי הנייד שלו, וכי הנחה אותו כאמור, לומר שהנייד שלו. נהפוך הוא, ניתן הסבר המתיישב עם חומר הראיות, כי מחמוד ביקש לכפות על הנאשם, בהנחייתו, כיוון שהוא אחיו של מעסיקו.

119. בנוסף, גרסתו המתפתחת והכבושה של הנאשם, קלעה אותו לדרך ללא מוצא. תחילה במשטרה, הכחיש הנאשם כל קשר לנייד שנתפס במרפאה. לאחר מכן, משמסר את המספר שלו לחוקר, שחייג לאותו מספר ומכשיר הנייד שנמצא צלצל, ביקש לתלות את הדבר במעשים של המשטרה. במשפט, טען הנאשם שמדובר בנייד שרכש בשער שכם, בניילון, כשלטענתו, אין לו כל קבלה על כך. מעבר לכך, ביקש להסביר את איכון כרטיס הסים שלו בתוך המכשיר השייך למתלוננת, בכך שכרטיסו נגנב, והוא ביקש מחברת הסלולר באמצעות בן דודו, לשכפל לו כרטיס נוסף. ההגנה לא המציאה כל ראיה לשכפול כרטיס הסים, טענה שכלל אינה מתיישבת עם שלל גרסאותיו הקודמות של הנאשם בחקירה. אילו היה שבב של אמת בטענת הנאשם, לא היה לו כל קושי להמציא מחברת הסלולר, אישור על שכפול כרטיס הסים לבקשתו, במועדים הרלבנטיים. הנאשם בחקירותיו במשטרה, לא מסר כל הסבר הגיוני מדוע נתפס כרטיס הסים שלו, בנייד שנתפס, ושנתגלה כשייך למתלוננת. כמו כן, לא הסביר מדוע מחמוד טען שהנייד שלו, ולמה לו לשקר למשטרה, ולטעון, שהוא עצמו מסר לו אותו וביקש שיטען כי הוא שלו. גירסתו של הנאשם אינה ראויה לאמון ואני דוחה אותה.

120. אין כל ספק, שמציאת הנייד של המתלוננת במרפאה בו נמצא הנאשם, העובדה שמאותו מכשיר בוצעו והתקבלו מספר רב של שיחות טלפון, באמצעות כרטיס הסים השייך לנאשם, כפי שהוכח במחקר התקשורת. זאת, ממועד הסמוך לאחר שנלקח המכשיר מהמתלוננת ועד סמוך למועד החיפוש במרפאה, וכן הודעתו של מחמוד לפיה, המכשיר נמסר לו על ידי הנאשם, תוך הוראה לומר שהוא שייך לו, מאפשרים לקבוע כממצא, כי הנייד הוחזק במשך כל אותה תקופה על ידי הנאשם. המדובר ב"חזקה תכופה", היוצרת זיקה ראייתית משמעותית בין הנאשם לבין לקיחת המכשיר.

121. מהותה של החזקה התכופה היא, הנחה המבוססת על ניסיון החיים ועל ההיגיון הפשוט, שלפיה, מי שמחזיק ברכוש גנוב בסמוך לאחר גניבתו, הוא מי שגנבו או היה שותף לגניבתו. החזקה ניתנת כמובן לסתירה, אך הנטל בעניין זה (במאזן הסתברויות) מונח לפתחו של הנאשם, שאם לא ירימו, ייחשב כמי שביצע את גניבת הרכוש (ראו: [**ע"פ 522/71 בחג'אן נ' מדינת ישראל**](http://www.nevo.co.il/case/17935849)**,** כו(2) 158. וכן [ע"פ 15/78 ביבס נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/17935977), פ"ד לב(3) 64, 79).

122. באשר למשך הזמן הנדרש, בין מועד הגניבה לבין מועד מציאת הרכוש הגנוב בחזקתו של נאשם, לשם הקמת חזקה תכופה, קבעה הפסיקה כי אין לקבוע מסמרות וזהו עניין הנקבע לפי נסיבותיו של המקרה, לאור ניסיון החיים ושורת ההיגיון, ר' [ע"פ 391/70 בן הרוש נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/17938818), פ"ד כה(1) 283, וכן [ע"פ 679/78 כהן נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/17930061), פ"ד לד(1) 480. בסופו של תהליך, כנגד הראיות הנסיבתיות, המצביעות על אשמתו של נאשם, נדרש בית-המשפט לשקול לפי מבחני היגיון וניסיון החיים, גם הסברים חלופיים, למסכת הראיות הנסיבתיות בין על-פי גרסתו של הנאשם, ובין אפשרויות סבירות אחרות המובאות בפני בית המשפט. הרשעה בדין תתאפשר, רק אם המסקנה המפלילה הנה המסקנה ההגיונית היחידה המתבקשת ממכלול הראיות הנסיבתיות (ראו: [ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/17921630), פ"ד מז(2) 565 (1993);[**ע"פ 6527/94 עזיז נ' מדינת ישראל**](http://www.nevo.co.il/case/17929589)**,** (16.10.96); [ע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/17937212), פ"ד לה(1) 113, 140 (1980); [ע"פ 728/84 חרמון נגד מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/17930873), פ"ד מא(3) 617, 620 (1987)).

123. בנסיבות ענייננו, לאור המסקנות העובדתיות כפי שקבעתי לעיל, דחיית גרסתו של הנאשם בעניין כמפורט לעיל, וכן היעדר הסברים סבירים חלופיים אחרים להמצאות המכשיר במרפאה, ולגרסתו של מחמוד, ניתן לקבוע באופן חד משמעי, כי המכשיר שנמצא במרפאה נלקח בכוח מידי המתלוננת על ידי הנאשם בזירת העבירה, באופן המתואר על ידה והחזקתו, ממקמת אותו בזירת העבירה ומזהה אותו כמי שביצע את העבירות נשוא האישום הראשון. חיזוק מסוים לראיות הסוגרות על הנאשם בעניין זה, ניתן למצוא כאמור גם בזיהויו של הנאשם על ידי המתלוננת במסדר זיהוי התמונות וכן בשינוי החזות היזום על ידו לקראת מסדר הזיהוי החי.

**שוד או גניבה**

124. לאחר שנקבע כממצא, כי הנאשם הוא זה שלקח את המכשיר מהמתלוננת, ביום 21.8.2012, יש לקבוע האם מבחינה משפטית מהווה המעשה שוד כגרסת המאשימה או גניבה כגרסת ההגנה.

**הראיות**

125. בהודעת המתלוננת הראשונה במשטרה, העידה: "**... בזמן שהרחקתי אותו ממני, הוא דחף אותי וצידה כשאני יושבת על הספסל והטלפון שלי היה על הספסל ואני תפסתי את הטלפון שלי והוא חטף לי את הטלפון שמספרו... מיד שמאל והתיק היה לידי וגם אותו הוא גנב ואז הוא התחיל לרוץ לכיוון המתנס...** " (ת/4, ש' 6-8). לבקשת החוקר, כי תתאר לו איך החשוד חטף לה את הנייד, השיבה: "**הטלפון היה לידי בספסל וכשאני הזזתי אותו שלא יגע בי הוא דחף אותי ואני אחזתי את הטלפון וביד שמאל בחוזקה והוא עם כל הגוף בא לכיוון הטלפון שלי ומשך לי אותו בחוזקה מהיד שלי וגם לקח את התיק שלי**" (שם, ש' 13-14). בהמשך נשאלה אם התנגדה, כשהחשוד ניסה לשדוד לה את הנייד, והשיבה: "**כן דחפתי אותו וניסיתי למנוע ממנו לקחת את הטלפון שלי והוא השתמש בכוח ומשך לי את הטלפון מהיד כשאני מחזיקה אותו בחוזקה**" (שם, ש' 37-38). בחקירתה השנייה, נשאלה האם החשוד הפעיל כח, על מנת לקחת את החפצים ממנה, והשיבה: "**כן הוא לקח לי את זה מהיד בכח הוא תפס לי את היד**" (ת/5, ש' 31).

126. במשפט, העידה המתלוננת: "... **ניסיתי להזיז לו את היד, והוא לא הזיז אותה, וניסיתי קמתי הפלאפון היה לידי, ישר תפסתי אותו והתיק היה לידי בספסל, והוא לקח לי את הטלפון מהיד ואת התיק ופשוט התחיל לברוח ולא ניסיתי לרדוף אחריו אבל צעקתי לו שיעצור ויחזיר לי את הפלאפון הוא פשוט ברח לכיוון השני**" (עמ' 11-12 לפרוטוקול, ש' 31-3 בהתאמה). כשנתבקשה להדגים, העידה: "**... נגיד החזקתי את הטלפון שלי... כן, ביד שמאל, והוא פשוט לקח לי אותו, לא בדרך מיוחדת**" (עמ' 12 לפרוטוקול, ש' 7-9). לבקשת המאשימה כי תתאר פיזית מה קרה, העידה: "**... אני קמתי אז ברור הוא הזיז את הידיים אבל הוא היה נורא קרוב אלי ואז דבר ראשון... הוא גם קם, שנינו קמנו, ואז ישר לקחתי את הפלאפון כי אני חשבתי על זה שאולי הוא הולך לקחת אותו, איך שלקחתי אותו התיק נשאר על הספסל, הוא בא, לקח כאילו בצורה מהירה, כן, פשוט לקח את הטלפון ואת התיק והתחיל לרוץ כאילו לא ניסה אחרי זה עוד איכשהו לגעת בי או לפגוע בי, פשוט לקח את זה וברח**" (עמ' 15-16 לפרוטוקול, ש' 29-4, בהתאמה).

127. ב"כ המאשימה ביקשה לדעת, האם היה מעורב במעשה כוח והמתלוננת העידה: "**כשקמתי התנגדתי לזה כאילו שהוא נוגע לי ברגל, קמתי וניסיתי להזיז את היד, אבל זה כבר קרה אוטומטית כשקמתי אז זזה לו היד כי כבר לא ישבתי, וזהו, ואני החזקתי את הפלאפון, וכן היה כוח כי הוא איכשהו לקח אותו וזהו... "** (עמ' 16 לפרוטוקול, ש' 6-9). לשאלת המאשימה האם חששה שהוא ייקח לה את הפלאפון, השיבה: "**כן, חשבתי בגלל זה לקחתי אותו מהספסל, הוא היה מונח על הספסל קודם**" (שם, ש' 11-12). המתלוננת הבהירה, כי הנאשם לא ישב לידה מעבר לעשרים שניות, ושהכל קרה, הוא **"...פשוט לקח וברח, לא היה הרבה זמן**" (שם, ש' 18-19). לשאלת ב"כ המאשימה, האם היא זוכרת מה אמרה במשטרה, העידה: "**אמרתי שהוא לקח את זה בכוח, שהתנגדתי, וכאילו בשביל שהוא ילך כשקמתי, ברור שזזתי, כאילו הזזתי אותו אבל – תוך כדי זה שאני קמה מהספסל...**" (שם, ש' 27-29). ב"כ המאשימה הבהירה וביקשה לדעת, "**... אותי מעניין הכוח שהחשוד, נאשם, הבחור שיושב כאן, הפעיל עליך**" (שם, ש' 30-31) אם זה אכן הוא, ולא הכוח שהיא הפעילה כנגד, והמתלוננת השיבה: "**... הכוח היחיד שהוא הפעיל זה לקחת לי בכוח את הטלפון. הוא לא סתם כאילו לקח אותו בעדינות, הוא די כאילו, הוא גם נגע ביד שלי, הוא לקחת את זה מתוך היד וזהו**" (עמ' 17 לפרוטוקול, ש' 3-5). המתלוננת העידה כי לא נפלה, פשוט זה אחורה, כשהוא התקרב אליה לקחת את הטלפון.

128. בחקירתה הנגדית העידה המתלוננת, התיק "**... היה צמוד אלי, די צמוד אלי, לא היה עוד הרבה מקום על הספסל. לקחתי אני לוקחת את הפלאפון, הוא מנסה לקחת אותו מהיד שלי, מצליח באיזה שהוא שלב ותוך כדי שהוא לוקח יש איזה שהיא דחיפה הוא לא לקח את זה בעדינות, ולוקח את התיק שלי ובורח**" (עמ' 30 לפרוטוקול, ש' 12-15). לטענת ב"כ הנאשם, כי אמרה שהחשוד לא לקח את הנייד בדרך מיוחדת, השיבה: "**אבל אמרתי גם שזה לא היה בעדינות, הוא לא ביקש אותו או לקח אותו ככה ובחופשיות ואני שחררתי את היד. אני ידעתי שהוא הולך לקחת אותו בגלל זה אני לקחתי אותו מהספסל. הרמתי אותו,**" והוא, "**... לקח אותו בכוח**", בידו השמאלית (שם, ש' 18-22). המתלוננת אישרה כי החשוד קם אחרי שהיא קמה, הסתובב לכיוונה ולקח את הפלאפון מידה. בהמשך נשאלה האם החשוד דחף אותה, והיא השיבה: "**זאת לא הייתה דחיפה בשביל לפגוע, זה מה שהיה נראה לי, אלא בשביל לקחת את הפלאפון... מהיד... אני אחזתי בכוח בפלאפון... והוא תפס את היד עצמה, עם הפלאפון כאילו ככה - ... ביד אחת...**" (עמ' 41 לפרוטוקול, ש' 9-19). לשאלת בית המשפט, אם דובר בתנועה של שליפה מהיד של המתלוננת, השיבה: "**כן, כן, אני לא הצלחתי להחזיק אותו עד הסוף, בסופו של דבר הוא לקח אותו**" (שם, ש' 29-30). ב"כ הנאשם ביקש לדעת אם ייתכן והמכשיר נשמט מידה, כיוון שמדובר במכשיר דק וחלק, ואף היה לה קרם על הידיים. המתלוננת העידה כי היא אכן משתמשת בקרם, אך לא נראה לה שבלילה והוסיפה, "**... אבל זה היה בכוח, הוא לא תפס ומשך בעדינות, הוא לקח את זה בכוח, בכוונה של –** ", לשאלתו אם הייתה התנגדות מצידה, השיבה: "**כן, משכתי לצד שלי והוא היה יותר חזק**" (עמ' 42 לפרוטוקול, ש' 6-7,12 בהתאמה).

**שוד או גניבה - הכרעה**

129. כידוע, מאחר והנאשם הרחיק עצמו לחלוטין מן האירוע, ויריעת המחלוקת כה רחבה, לא קיימת גרסת הנאשם בנוגע להתרחשות האירוע. ב"כ הנאשם ביקש לקבוע כי היה ויקבע אשמו של הנאשם במיוחס לו בכתב האישום, הרי שיש לקבוע כי מדובר בעבירת גניבה ולא בעבירת שוד.

[סעיף 402(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/402.a) לחוק העונשין קובע:

**"הגונב דבר, ובשעת מעשה או בתכוף לפניו או לאחריו מבצע או מאיים לבצע מעשה אלימות באדם או בנכס כדי להשיג את הדבר הנגנב או לעכבו אצלו או כדי למנוע התנגדות לגניבת הדבר או להתגבר עליה, הרי זה שוד, ודינו של השודד - מאסר ארבע-עשרה שנים".**

הגדרת הסעיף של עבירת השוד, מהווה עבירת גניבה שנעברה ב"נסיבות מחמירות". לאמור, כאשר בשעת המעשה, או בסמוך לפניו או לאחריו, נוקט הגנב אלימות, או מאיים לנקוט אלימות, כלפי אדם או כלפי נכס, על מנת להשיג את הדבר הגנוב, או על מנת לעכבו אצלו, או על מנת למנוע התנגדות לגניבה, או על מנת להתגבר עליה.

130. יסודות עבירת השוד, הם כדלהלן:

רכיבי היסוד העובדתי הם:

"**מעשה הגניבה**", גניבה, כאמור ב[סעיף 383](http://www.nevo.co.il/law/70301/383) לחוק העונשין.

"**ובשעת מעשה או תכוף לפניו או לאחריו**", לאמור במועד שבו קיימת "זיקה" בין הצלחת משימת הגניבה, לבין הנקיטה באלימות.

"**מבצע או מאיים לבצע אלימות באדם או בנכס**".

היסוד הנפשי הדרוש, הוא "כוונה" לשלול את הדבר נשוא הגניבה, מבעליו שלילת קבע.

131. המחלוקת בין הצדדים היא בעיקרה, לגבי הרכיב העובדתי של "מבצע או מאיים לבצע אלימות באדם או בנכס", והאם בעצם קיימת הזיקה בין רכיב זה, לשעת המעשה, תכוף אליו או לאחריו. היינו, האם קיים קשר סיבתי בין האלימות, לגניבה. יובהר, כי על פי הפסיקה :

"**על-מנת שיוכח קשר סיבתי בין האלימות לגניבה, אין נדרש שהאלימות תתרחש בד בבד עם נטילת הנכס. על-פי נוסחו של סעיף 402(ב), די שהאלימות תתרחש בתכוף לפני הגניבה ואפילו לאחריה, ולעתים יהיה די גם באלימות שנוקט נאשם שלא למטרת שוד, אם בסמוך להשגת המטרה האחרת הוא עושה שימוש ביודעין באותה אלימות – על-ידי הפחד שאלימות זו כבר נטעה בלבו של קורבנה – על-מנת לגנוב דבר מקורבן האלימות**" ([ע"פ 5974/00 ערקאן נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/case/6043029), פ"ד נה (3), 265, 269-270 (2001) וההפניה שם).

הנאשם, כפי שקבעתי, גנב את הנייד מהמתלוננת, באירוע כפי שתואר בכתב האישום. לנאשם הייתה הכוונה לשלול ממנה את הנכס לצמיתות, והדבר לא נסתר, ובכך מתקיים גם היסוד הנפשי של העבירה.

**האיום**

132. בנסיבות ענייננו יש לשאול, אם מעשי הנאשם מהווים איום באלימות, שימוש באלימות או שניהם גם יחד. לגבי ה"איום" הרי שהוא יכול להיות איום מילולי, מפורש או משתמע, או איום בהתנהגות. אולם, נדרש שיהא זה איום, שאובייקטיבית יש בכוחו להטיל פחד בלב האדם הממוצע, במידה המאלצת אותו "להיפרד" מרכושו בניגוד לרצונו. בהקשר זה, נוכחתי מעדות המתלוננת, המהימנה עלי, כי במעמד בו ישב הנאשם לידה, ליטף את ירכה, היא חשה פחד, ובזמן המועט בו התרחש האירוע, בהתנהגותו, היא חשה מאויימת. אכן, מבחן האיום, הוא מבחן אובייקטיבי של האיום הסביר, ואין להסתפק בתחושה סובייקטיבית של המתלונן. נראה, כי האדם הסביר, או האישה הסבירה, יחושו באיום סביר, עת בשעת בוקר כה מוקדמת, פונה אליה זר, שואל להרגשתה, יושב צמוד לידה ומלטף את ירכה, אף שהתבקש להפסיק. במקרה דנן, מצטרפת תחושת האיום הסובייקטיבית שהיתה אצל המתלוננת, לאיום האובייקטיבי שהתקיים באופן שבו נעשו מעשי הנאשם.

**השימוש בכוח**

133. לגבי יסוד השימוש בכוח, עוד נקבע בפסיקה, כי שימוש בכוח לצורך הסרת דבר הצמוד לגופו של אדם, עשוי להיות שימוש באלימות, בהתאם לנסיבות. במקרה זה, היה הנייד בידיה של המתלוננת, הנאשם ביקש להסיר אותו מידה, ולקחת את הנייד אליו. בנוסח החדש של חוק העונשין מתשל"ז שהחליף את הפח"פ המנדטורי, הושמטה הדרישה שהאלימות תהיה "**ממשית**", ונותרה בעינה משמעותו העניינית של מושג האלימות, כמבטא כוח פיזי במידה המצדיקה את התואר "ממשי", באופן שמידת כוח "זעומה", אינה עולה על הדרישה. בפסק הדין ב[**ע"פ 877/84 גאלי נ' מדינת ישראל**](http://www.nevo.co.il/case/17932398), מ(4) 169 (1986) (להלן: "**גאלי**"), נדונה סוגיית משמעותה של "אלימות" בהקשרה של עבירת השוד והשלכתה על השמטת הדרישה, שתהא זו אלימות ממשית.

כב' השופט אלון פסק בענין זה: "**החוק זנח את הדרישה לאלימות ממשית, וכל מה שדרוש למעשה לימות הוא שיהא קיים שימוש בכוח פיסי, גם אם כוח זה מועט הוא"** (גאלי, בעמ' 197-198).לעומתו, הביע כב'השופט לוין דעה לפיה, פסק: **"אין למעשה שוני מהותי, מבחינת תוכנם של דברים, בין הנוסח המקורי לנוסח דהיום. מה שמתכוונים היום באמירה "מעשה אלימות" אינו שונה מהותית ממה שהתכוונו בשעתו בדיבור "מעשה אלימות ממשי" "להבנתי, כל שנדרש הוא שתיעשה בפועל פעולה פיסית אלימה על-ידי העבריין כנגד קרבן העבירה ממנו נגנב דבר**" (גאלי, בעמ' 206). אולם, כב' השופט ברק, כתוארו דאז, שעמדתו היא שהכריעה באותה פרשה סבר כי ניתן להשאיר את הסוגיה בצריך עיון: **הטעם לגישתי זו הינו, כי גם על-פי הפסיקה הקיימת... מתקיים בעניין שלפנינו היסוד של "אלימות ממשית". על-פי העובדות, כפי שנקבעו ל-ידי הערכאה הראשונה, הבחין המתלונן במערער והיה מודע למעשיו. בנסיבות אלה הפעיל המערער כוח, שהיה בו אכן כדי להתגבר על האחיזה בקופסה - הפעלה שהייתה עיקר למעשה הגניבה ולא טפל לה**" (גאלי, בעמ' 207).

134. הגישה הרווחת היא, כי פסק הדין בפרשת גאלי לא שינה שינוי משמעותי, את ההלכה הפסוקה בדבר טיבה של דרישת ה"אלימות" ומבחני יישומה, אלא רק פיתח והבהיר את ההלכה הפסוקה שקדמה לו. עם זאת, יש שגורסים כי ההלכה בפסק דין גאלי, מבטלת למעשה את המתחייב מן התואר "ממשית", ומאפשרת הרשעה על פי כל מידה של כוח פיסי ובלבד, שהשימוש בכוח "תרם" בנסיבות המקרה להשלמת משימת הגניבה.

**מושא האלימות**

135. "באדם או בנכס" – לשון החוק לא פירשה, האם מדובר בנכס השוד, או שמא בנכס "אחר", והאם עליו להיות שייך לקרבן השוד, או לאו. אולם, מגמת הפסיקה היא, כי מדובר ב"נכס" כלשהו, שאינו הנכס נושא הגניבה, והנקיטה באלימות ממשית כלפי הנכס נושא הגניבה, אינה מספקת על מנת להפוך גניבה לשוד. עם זאת, הנקיטה באלימות באותו נכס "אחר", צריך שתהא על מנת "לאלץ" את המחזיק "להשלים" עם הגניבה. וכן, כאשר ננקטה אלימות כלפי הנכס נושא השוד, כשהוא "קשור" לגוף קורבן השוד, באופן שהאלימות "נוגעת" בגופו, כי אז, אין לדבר על אלימות כלפי הנכס, אלא על אלימות כלפי הגוף. זאת ועוד, יכול שה"נכס" יהיה של קרבן העבירה, או שייך לאחר. ניכר, כי בענייננו, אין מדובר ב"נכס", אלא על פי הפסיקה, מאחר והנייד היה "קשור" – היינו, מוחזק, בידה של המתלוננת, המדובר באלימות כלפי הגוף.

**חטיפת חפץ מאדם – שוד או גניבה?**

136. על "חטיפת חפץ מאחיזתו של אדם" או "מעל גופו", נכתב רבות. ההלכה בסוגיה, התפתחה במשך השנים, מבלי שנקבע בסופו של דבר, מבחן כולל מוסכם לעניין ההבחנה בין "חטיפה", הבאה בגדר גניבה בלבד, לבין "חטיפה" הבאה בגדר שוד".

עד לפסק הדין בפרשת הררי ([**ע"פ 5299/92 הררי נ' מדינת ישראל**](http://www.nevo.co.il/case/17926219), מט (3) 485(1995)), פסק הדין המרכזי בסוגיה, ניתן בפרשת אלחרר ([**ע"פ 70/73 אלחרר נ' מדינת ישראל**](http://www.nevo.co.il/case/17930546), כז (2) 561 (1973)), במסגרתו נקבע **מבחן "ההתנגדות הפעילה**" לחטיפה, לפיו, יש להבחין בין מצב שבו העבריין:

**"...חטף לפתע, ועל דרך ההפתעה. את החפץ שאדם פלוני נשא עליו או החזיק בידו, כך שלא היה לזה סיפק להביע התנגדות, כי אז העבירה שנעברה על-ידי הראשון איננה שוד אלא גניבה בלבד**..." לבין מצב שבו: "**...בשעת החטיפה גילה בעל החפץ התנגדות פעילה בכך שהמשיך לאחוז בו, או גילה פעילות פיסית דומה לגביו, כך שהתפתח בין השניים מאבק על החזקת החפץ, ממנו יצא העבריין כאשר ידו על העליונה, כי אז הפך מעשה-החטיפה להיות עבירת-שוד..."** (פרשת אלחרר, עמ' 573).

137. מאוחר יותר בפרשת גאלי, הוצע על ידי כב' השופט אלון, **מבחן** **ה"מודעות" לחטיפה** לפיו, חטיפת פתע של חפץ, מגוף הקורבן, שהקרבן מודע לה, אך לא הספיק להתנגד לביצועה, היא בגדר שוד. ואילו בפסק דין בפרשת חוזה ([**ע"פ 2013/92 מדינת ישראל נ' חוזה**](http://www.nevo.co.il/case/17914222), מח(2) 818 (1994)), נקבע **מבחן האחיזה,** לפיו:"**גניבת דבר מעל גוף אדם היא שוד, אם הקורבן אחז בדבר הנגנב באופן שלצורך ביצוע הגניבה היה על העושה להשתמש בכוח מיוחד כדי לנתק את הקורבן מאחיזתו**".

בפרשת הררי, הציג הנשיא שמגר, מבחן "אחיד", "מעין "משולב" בסוגיה, והוא, כי מי שחטף במשיכה כוחנית נכס המוחזק בידי אחר ­בגלוי, ותוך מודעות של הקורבן עובר למעשה או מיד לאחר ביצועו - מבצע שוד, גם אם קורבן העבירה אינו מספיק לגלות התנגדות פעילה למעשה העבירה. מבחן זה, כפי שהעירה גם כב' השופטת שטרסברג-כהן, בפרשת הררי, אינו זהה לשלושת המבחנים שנקבעו קודם לכן, והוא ממחיש את ריבוי המבחנים ואת מגוונם לאורך השנים. לפיכך, בית המשפט במקרה של "גניבה מגופו של אדם", במקום שאין די במבחן שנקבע בעניין הררי, ייעזר בשלושת המבחנים הבסיסיים, שניתנו לפניו, הכל על פי נסיבותיו המיוחדות של המקרה, בכפוף לצורך להבטיח הגנה על גופו ובריאותו הפיזית והנפשית, וכן על קניינו של הקורבן לעבירת גניבה מעל גופו.

(ראו: יעקב קדמי **על הדין בפלילים** חלק שני 746-768 (מהדורה מעודכנת תשס"ו, 2005) וההפניות שם) (להלן: "**על הדין בפלילים**").

138. טענתו של ב"כ הנאשם, בענייננו, היא כי "חטיפת" הנייד, באה בגדר גניבה. לאחר שבחנתי את הראיות לאור המבחן המשולב, שנקבע בפרשת הררי, וכן לאור שלושת המבחנים שנקבעו לפניו, הגעתי לכלל מסקנה, כי אכן מדובר בעבירת שוד, במקרה זה. הנאשם חטף במשיכה כוחנית את הנייד, שהמוחזק בידי המתלוננת בגלוי, ותוך מודעות שלה עובר למעשה, כי הוא יעשה כן. יתרה מכך, השתכנעתי מעדותה, כי היא ביקשה לגלות התנגדות פעילה למעשה העבירה. המתלוננת הבינה, בזמן המועט שהיה לה להבין, כי היא עשויה להיות קורבן לשוד, החזיקה בזריזות את הנייד, אותו ביקש הנאשם למשוך מידה, תוך הפעלת כוח.

139. מעדות המתלוננת, המהימנה עליי, עלה בבירור, כי על מנת לקחת את הנייד, עשה הנאשם שימוש בכוח. יתרה מכך, בהודעותיה במשטרה, צוין, לא אחת, הכוח שהופעל. המתלוננת אף ביקשה למנוע את חטיפת הנייד, אך לשווא. ב"כ המאשימה אכן התעכבה בחקירת המתלוננת על שאלת השימוש בכוח, אולם, איני מקבל את טענת ב"כ הנאשם, כי היא ניסתה לשתול בפי המתלוננת את השימוש במינוח שיש בו להצביע על עבירת השוד. התרשמתי, כי כל שביקשה ב"כ המאשימה, הוא להבהיר לבית המשפט, באמצעות חקירת המתלוננת, את שכבר העידה המתלוננת קודם לכן במשטרה, לגבי האופן בו נלקח ממנה הנייד. מחומר הראיות עלה, כי לא בוצע אמנם שימוש מכוון בכוח על מנת לפגוע במתלוננת פיזית. אולם, ללא ספק, בוצע כלפי שימוש מסויים בכוח, על מנת ליטול ממנה את הנייד.

סיכומו של דבר, אני קובע כי הנאשם אכן עבר עבירה של שוד, כנטען בכתב האישום, ולא עבירת גניבה.

**מעשה מגונה או הטרדה מינית**

140. השאלה האחרונה שיש להכריע בה היא האם נגיעתו של הנאשם בגופה של המתלוננת היא בגדר מעשה מגונה או רק בגדר הטרדה מינית.

**הראיות**

141. בהודעת המתלוננת הראשונה במשטרה, העידה: "**... ישבתי על הספסל הציבורי... ניגש אליי בחור ערבי וישב לידי... שאל אותי אם אני בסדר כי אני בכיתי בגלל שרבתי עם חבר שלי אבי רגואן ואני אמרתי לערבי שאני בסדר ושהוא לא חייב לשבת לידי והוא נגע לי ברגליים ואני אמרתי לו שלא יגע בי והוא המשיך לגעת בי כמה פעמים עד שהרחקתי אותו ממני עם היד. (ה"ח מראה לי איך החשוד נגע לה ברגל החשוד ליטף את הברך ומעלה את היד לכיוון המפשעות כשהחשוד נוגע עם כל היד..."** (ת/4, ש' 2-6).

במשפט העידה המתלוננת: "... **הוא התיישב לידי ושם את היד שלו על הרגל שלי. אמרתי לו שהוא לא חייב, שהוא לא ישב לידיד שהוא ילך בבקשה והוא לא הלך הוא המשיך לגעת לי ברגל..."** (עמ' 11 לפרוטוקול, ש' 9-12). המתלוננת הדגימה, ובית המשפט ציין לפרוטוקול: **"... העדה הניחה את כף ידה הימנית על חלק הירך העליון שלה, הקדמי**..." (שם, ש' 29-30). המתלוננת הוסיפה: "**... ניסיתי להזיז לו את היד, והוא לא הזיז אותה, וניסיתי קמתי הפלאפון היה לידי, ישר תפסתי אותו ..."** (שם, ש' 31-32). לשאלת ב"כ המאשימה כמה זמן היד של הנאשם הייתה על ירכה, השיבה: "**הייתה עשרים שניות האלה שהוא ישב לידי, כל עוד הוא ישב לידי, היד שלו הייתה כל הירך שלי**...הוא הזיז אותה כזה כמו ליטף, הייתי עם מכנס קצר, זה היה, זה היה כאילו על הרגל עצמה" (עמ' 17 לפרוטוקול, ש' 12-16).

142. בית המשפט ציין לפרוטוקול: "**העדה עושה תנועת הזזה של כף היד, מכיוון הברך לכיוון פרק הירך לכיוון המפשעה בחלק הקדמי של הירך הימנית... לכיוון החלק היותר פנימי כשהאצבעות מופנות לכיוון החלק – כף היד היא על החלק המרכזי והאצבעות מכוונות לכיוון החלק היותר פנימי של הירך ועל המפשעה, כן**" (עמ' 17 לפרוטוקול, ש' 20-21, 30-32, בהתאמה). המתלוננת המשיכה והעידה כי בכתה, וסביר להניח, כי הנאשם שמע זאת. הוא שאל אותה אם היא בסדר, היא השיבה שכן ושילך, אבל הוא התיישב לידה מימינה. אחר כך, שם את ידו. המתלוננת הדגימה מרחק של כ- 40 סנטימטרים, בינה לבין הנאשם שישב לצידה. לשאלת ב"כ הנאשם האם הנאשם ניסה להיצמד אליה, השיבה: "**לא, הדבר היחיד שנגע בי ממנו זה היד**" (עמ' 29 לפרוטוקול, ש' 3). לשאלה האם מדובר בנגיעה ספונטאנית, השיבה: "**לא, לא חושבת שזה בצורה ספונטאנית איך בדיוק הוא יכל להניח את היד על הרווח שהיה בינינו. הוא היה צריך כאילו להושיט את היד...**" (שם, ש' 8-9). היא המשיכה ותארה, כי ניסתה להוריד את ידו, אם כי לא בכוח, כי פחדה שיעשה משהו, וגם אמרה לנאשם ללכת, "**הוא בהתחלה לא מזיז אותה הוא ממשיך ללטף, ואז אני קמה**" (שם, ש' 18).

**מעשה מגונה או הטרדה מינית – הכרעה**

143. כפי שציינתי לעיל, לא קיימת גרסה של הנאשם לאירוע, מאחר והוא מכחיש את עצם הימצאותו במקום. לכן, קיימת רק גרסת המתלוננת וטענת ב"כ הנאשם, כי האירוע כפי שתואר בכתב האישום, ובהסתמך על הראיות, אינו עולה כדי עבירה של מעשה מגונה, אלא לכל היותר הטרדה מינית.

התרשמתי מהודעת המתלוננת במשטרה ומעדותה בבית המשפט, כי היא לא נטתה להגזים, לא הפריזה בתיאוריה וביקשה לתת תיאור מדויק ככל שניתן, לאופן בו נגע בה הנאשם.

[סעיף 348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) לחוק העונשין, קובע: "**העושה מעשה מגונה באדם בלא הסכמתו, אך שלא בנסיבות כאמור בסעיפים קטנים (א), (ב) או (ג1), דינו - מאסר שלוש שנים"**. כאשר, מעשה מגונה, הינו "**מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיני**" ([סעיף 348(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f) לחוק העונשין). העמדה הרווחת היא, כי מעשה מגונה אינו כולל "החדרה" לגופו של אדם. עוד נקבע, כי היסוד העובדתי בעבירה של עשיית מעשה מגונה, הוא מעשה שבנסיבות העניין, מהווה בעיני האדם הסביר מעשה מגונה, ובלבד שנעשה הוא למטרה של גירוי, סיפוק או ביזוי מיני (ראו: **על הדין בפלילים**, בעמ' 1417-1426, וההפניות שם).

144. מחומר הראיות שהובא לפני, כולל תיאוריה הפרטניים של המתלוננת, כי מעשיו של הנאשם עולים כדי מעשה מגונה. ועדותה המהימנה של המתלוננת, בה הודגמה הדרך בה נגע הנאשם בירכה, מכיוון פרק הירך לכיוון המפשעה. אין כל ספק, שנגיעה זו, בנסיבות שבהן נעשתה, היא בעיני האדם הסביר, נגיעה מן הסוג המכוון להשגת סיפוק מיני מצידו של העושה ועולה גם כדי ביזוי מיני של קורבן העבירה, כשהיא נעשית שלא בהסכמתו. אין חולק, שמעשהו של הנאשם בהקשר זה נעשה שלא בהסכמת המתלוננת, והיא אף הביעה סלידה ברורה ממנו, בכך שביקשה ממנו לא אחת, להפסיקו. לא-זו-אף-זו, ברור מן התיאור של המעשה, שהוא לא נעשה בהיסח הדעת או באופן אגבי או מקרי, אלא בכוונת מכוון ולפיכך, מתקיים גם היסוד הנפשי הנדרש.

לאור האמור, אני קובע, כי הנאשם עבר גם עבירה של מעשה מגונה.

**האם הופרו תנאי מעצר הבית**

**הראיות**

145. בהתאם להחלטת כב' השופט סובל, בפרוטוקול דיון המעצר של הנאשם, ב[**מ"ת 26377-10-11 מ"י נ' משאהרה**](http://www.nevo.co.il/case/2774837), מיום 10.11.2011, שוחרר הנאשם בתנאים הבאים:

"**...1. מעצר בית מלא בבית משפחתו בשכונת ג'אבל מוכבר בירושלים.**

**2. לכל אורך שעות היממה ישהה יחד עם המשיב באחת מדירות הבניין אחד מהמפקחים הבאים: אביו, האשם משאהרה; אמו, מרים משאהרה; אחיו, עסאם משאהרה; גיסתו, סאמר משאהרה; אחיו, ג'אנם משאהרה.**

**3. מובהר כי נאסר על המשיב לצאת מהבית לכל פרק זמן שהוא, ולכל מטרה שהיא, להוציא התייצבות למשפטו. על המפקח להתקשר מיד למוקד המשטרה במקרה של יציאת המשיב מהבית.**

**4. מובהר למשיב כי הפרה של מעצר הבית עלולה להוביל למעצרו עד תום ההליכים. ..**".

יובהר, כי צוין בפרוטוקול, שבדיון נכחה הגב' הייא, מתורגמנית בית המשפט לשפה הערבית.

146. בכתב האישום נטען, כי בין התאריכים 30.5.2012-30.8.2012, במספר רב של הזדמנויות, שהה הנאשם מחוץ לביתו, בניגוד להחלטת בית המשפט. המאשימה פירטה עשרה תאריכים שונים. אולם, על פי חומר הראיות שהוגש לבית המשפט, באיכון של השיחות הנכנסות למספר הסלולרי של הנאשם (ת/29ב) ואשר הוגש ללא התנגדות, מצאתי כי יש ראיות לכך, שהמספר האמור אוכן במקומות שאינם ביתו של הנאשם, במועדים כמפורט להלן:

א. ביום 31.5.2012, אוכן המספר באזור רחוב יהודה הלוי, במבשרת ציון (עמ' 41 לת/29ב).

ב. ביום 1.6.2012, אוכן המספר במעלה אדומים, באזור בנין הדואר במזרח העיר ירושלים (שם, עמ' 42).

ג. ביום 19.8.2012, אוכן המספר במעלה אדומים (שם, עמ' 158-159).

ד. ביום 22.8.2012, אוכן המספר באזור רחוב יהודה בן גמלא, במעלה אדומים, ברחוב דרך שכם, ובאזור תעשיה עטרות (שם, עמ' 160-161).

ה. ביום 23.8.2012, אוכן המספר באזור רחוב יהודה בן גמלא, ברחוב האומן ובכיכר ספרא (שם, עמ' 162).

ו. בימים 25.8.2012 ו-26.8.2012, אוכן המספר במעלה אדומים (שם, עמ' 163-164).

בנוסף ביום 30.8.2012 נעצר הנאשם במרפאת שיניים בג'אבל מוכבר תוך הפרה של תנאי מעצר הבית.

אעיר, כי בדוחות האיכון הופיעו אירועים נוספים, שבהם אוכן מספרו של הנאשם במקומות אחרים ובתאריכים אחרים שלא פורטו בכתב האישום, ולא זכו להתייחסות של הצדדים, ולפיכך איני מוצא מקום להידרש אליהם.

147. איכון מספר הטלפון של הנאשם במקומות האמורים, יוצר הנחה עובדתית שהנאשם שהה באותם מקומות במועדים האמורים. במקרה כזה, עובר הנטל על הנאשם להסביר מדוע אוכן מספר הטלפון שלו באותם מקומות על אף שלטענתו הוא עצמו לא שהה בהם (ראו והשוו: [**ע"פ 9338/08 מוחמד אלעוקה נ' מדינת ישראל ואח'**](http://www.nevo.co.il/case/5811474), (לא פורסם, 29.6.10).

148. הנאשם העיד כי מספר הנייד שלו, הוא: "**0545847768**", והוא מספרו כעשר שנים. לטענת ב"כ המאשימה כי במשטרה אמר שבע שנים, השיב: "**בערך, ככה. אמרתי עשר אולי קצת פחות"** (עמ' 171 לפרוטוקול, ש' 18). לטענת ב"כ המאשימה, כי האנטנות של חברת פרטנר, קלטו את מספר הטלפון שלו, עליו העיד, בין מאי לאוגוסט, במספר מקומות בירושלים, והאם הוא עדיין טוען שכל אותה תקופה יש בבית, ולא הפר את תנאי המעצר, השיב: **"אני אמרתי בחקירה שהפלאפון היה עם אשתי, היא יוצאת עם האחיות שלה לקניות והיא מסתובבת בכל מיני מקומות, האחיות שלי, היא יוצאת עם האחיות שלי, היא יוצאת לכמה מקומות, היא יוצאת יחד עם הורי, עם אבא שלי ועם אימא שלי לקנות, יש איתה את הפלאפון שלה"** (עמ' 172 לפרוטוקול, ש' 1-4), לטענת ב"כ המאשימה כי בחקירתו במשטרה לא אמר זאת, ואף מסר את המספר הפלאפון של אשתו, השיב: **"הפלאפון של אשתי אני אמרתי שזה כמו פלאפון של הבית שהוא נשאר כל הזמן בדירה"**, לטענתה כי גם זה לא מופיע בחקירתו במשטרה, השיב: **"אני את הדברים האלה אמרתי בתחנת עוז ב- 30.8"** (שם, ש' 7-8 ,10). לטענתה, כי אחיו טען כי זה המספר שלו וכל פעם שהוא מתקשר, הוא עונה לו, ואיך ייתכן אם הטלפון אצל אשתו, השיב: **"הוא מתקשר אלי, אני כל הזמן בבית אז אני חייב לענות לו" (**שם, ש' 23). לטענתה, כי בחקירתו (ת/7, ש' 52) מסר את המספר שלו והשני, זה שאשתו לקחה איתה לירדן - 0522090726, השיב: **"לא, זה לא היה איתה בירדן. הפלאפון הזה לא יוצא מפתחו של הבית",** לשאלתה, אם אמר שהיא לקחה אותו לירדן, השיב: **"לא, לא אמרתי, היא לקחה מספר אחר**" (שם, ש' 26, 28 בהתאמה), לטענתה כי לא ציין שאשתו לוקחת את הפלאפון, שנחקר במשטרה וטען שעד יום שני שעבר, השתמש בפלאפון כל הזמן, השיב: "**למה אני צריך למסור פרטים אישיים על החיים שלי"** (עמ' 173 לפרוטוקול, ש' 10).

149. הנאשם אישר כי כשהיה יוצא לפגישה עם קצין המבחן, או כל סידור אחר, היה משתמש בפלאפון שלו "**כן מה שהיה לי"** (ת/20, ש' 104) והכחיש כי השתמש בפלאפון אחר, מאז ששלו אבד (ביום שני לטענתו). הנאשם לא זכר מתי אבד לו המכשיר, אך העיד כי קצין המבחן שלו נמצא בתחנה מרכזית (סנטר 1 קומה 2) וכי הנייד היה אצלו ביום שני כשהגיע אליו, וכנשאל אם היה אצלו כשחזר לבית, השיב: **"לא חיפשתי אותו כשהגעתי הבית לא מצאתי אותו**" (שם, ש' 116), אך שב וטען כי אינו יודע איפה אבד לו, וציין כי נסע עם אחיו.

150. בחקירת הנאשם במשטרה, נשאל האם ידוע לו, שהוא היה אמור להיות במעצר בית מלא, השיב: "**כן אני יודע אני יצאתי למרפאה כי השיניים שלי היו כואבים בגלל זה**", לשאלה האם הוא יודע מה הכוונה למעצר בית מלא, השיב: "**כן, זה אומר לא לצאת מהבית בשום אופן גם לא לכביש רק אני יצאתי כי יש לי השתלה והשיניים היו כואבים לי בגלל זה יצאתי**", לטענתו הוא ביקש אישור, "**מאבא שלי ולקח אותי אח שלי הגדול עיסאם**" (ת/7, ש' 55 ,57 - 58 ,60). בהמשך טען, כי המרחק בין ביתו למרפאה "**קרובה כאילו שתי דקות ברגל**" והכחיש כי היו עוד פעמים, פרט לפעם הזו, בהן יצא מהבית. לטענת החוקר, כי יודעים שהוא יוצא מהבית פעמים רבות, ולא רק למרפאה, השיב: "**אני לא יוצא מהבית בשום אופן חוץ מהפעם שהיתה השתלה ואז הלכתי**" (שם, ש' 69), לטענתו, את ההשתלה עשה, "**לפני איזה עשרה חודשים מתי שהוציאו אותי מבית המעצר הוא עשה לי אותה ושמו אותי בבית**" (שם, ש'71).

151. בחקירתו הראשונה של הנאשם במשטרה, כשעומת על ידי החוקר מזיאד, עם העובדה שהוא יצא מהבית, גם בהזדמנויות אחרות ובשעות לא שגרתיות, בלילות, השיב: "**אני לא יצאתי מהבית**" והוסיף, "**יא עמי אני לא יצאתי מהבית בכלל**" (ת/20, ש' 67, 69 בהתאמה). גם לשאלת החוקר האם בתקופה האחרונה, יצא להסתובב בירושלים או באזור הכפר שלו, השיב שלא. לשאלת החוקר, מה הוא אומר על מצלמות, השיב: "**מצלמות יש בכל מקום אתה יכול לעשות מה שאתה רוצה בהם**" (שם, ש' 88). הנאשם שב והכחיש כי יצא מהבית, או כי היה בתקופה האחרונה באיזור תלפיות, ארמון הנציב והעיר העתיקה.

אשר לשאלת החוקר, האם הוא במעצר בית מלא, השיב שכן, ולשאלה אם הגיש בקשה להקלה בבית משפט, השיב: "**העורך דין שלי הגיש ואני לא יודע מה התשובה**" (שם, ש' 125).

152. בחקירתו השנייה של הנאשם במשטרה, נשאל מה הוא אומר על כך שעובד של המרפאה, אמר כי הוא הגיע לבד למרפאה, והוא השיב כי אחיו הוא זה שהוריד אותו במרפאה, והוא נכנס לבדו. לטענת החוקר מזיאד, כי אחיו אמר שהיה בפגישה, רחוק מהמרפאה, והגיע למרפאה רק לאחר שאימם התקשרה אליו ואמרה לו שיש שוטרים במרפאה, השיב שאינו יודע ולא היה נוכח באותו זמן.

153. בחקירתו הראשית, נשאל הנאשם מדוע במשטרה, אמר שלא יצא כלל מהבית, והשיב: "**בגלל שהייתי מפוחד והיה לי מעצר בית**" (עמ' 168 לפרוטוקול, ש' 8). בחקירתו הנגדית חזר על תשובתו לאישום, לפיה, בזמן השוד היה בביתו בג'אבל מוכבר. לשאלתה, מי העדים שהיו אז איתו בבית, השיב: "**אימי, ואחיותי ואשתי ואחים שלי**" (עמ' 170 לפרוטוקול, ש' 13). עוד העיד כי הוא גר אצל הוריו, בדירה משלו. לשאלת ב"כ המאשימה כיצד מסתדרת תשובתו לאישום, בה טען שהמרפאה נמצאת באותו בניין, ושיש גדר המקיפה את בניין המגורים והמרפאה, לעובדה שעדים אחרים העידו, שמדובר על מרחק של כמה דקות נסיעה בין המרפאה לבניין, השיב: "**אני הלכתי למרפאה, אחי ליווה אותי לשם המרפאה במרחק נסיעה לא רחוק, במרחק של דקה וגם כשאני נמצא בבית וכשאני יוצא מהבית ההורים שלי יכולים לראות**" (שם, ש' 25-27). הנאשם טען כי אינו זוכר את תנאי המעצר שלו והמאשימה הגישה את ת/41 והפנתה לעמ' 11, סעיף 3, הנאשם העיד: "**אני לא יודע לקרוא עברית במאה אחוז, לי היו כאבים עזים בשיניים והלכתי לשם לשם השתלה, לא יכולתי לחכות**" (עמ' 171 לפרוטוקול, ש' 5-6). הנאשם העיד כי אינו זוכר את במדויק את פרטי הדיון בו נקבעו תנאי המעצר והוסיף, כי אינו זוכר שהייתה מתורגמנית.

154. אביו של הנאשם, העיד בחקירתו הנגדית, כי הוא ואשתו, אם בנו, היו ערבים לבנו הנאשם, והוסיף "**...אני הייתי מקפיד מאוד שיהיה איתו מישהו**" (ב"כ המאשימה העירה, כי מדובר במפקחים). לשאלת ב"כ המאשימה, כיצד הוא מסביר את העובדה שבנו היה במרפאה, מחוץ לבית, השיב: "**אני מה שאני יודע לגבי מעצר הבית שאם הוא יוצא בליווי של אחד מהבית אין שום בעיות או איזושהי מניעה**" (עמ' 183 לפרוטוקול, ש' 24, 26-27). זאת, בניגוד לאמירתו של בית המשפט בתיק המעצר בעניין.

**האם הופרו תנאי מעצר הבית - הכרעה**

155. אין מחלוקת, כי הנאשם היו אמור להיות במעצר בית מלא, על פי החלטת כב' השופט סובל בדיון המעצר. כמו כן, השתכנעתי, כי הנאשם היה מודע היטב, לתנאי מעצר הבית שהוטלו עליו. בניגוד לדברי הנאשם, הוכח, כי בדיון הייתה נוכחת מתורגמנית לשפה הערבית שתרגמה את תוכן הדיון. חיזוק נוסף לכך, הוא העובדה שהנאשם אישר כי ידע שסנגורו ביקש מבית המשפט להקל בתנאי מעצר הבית ואף הגיש בקשה בעניין. אף על פי כן, הנאשם נעצר ונתפס במרפאת אחיו. כאמור שוכנעתי על פי הראיות, כי בניגוד לטענת הנאשם, אותה מרפאה כלל אינה נמצאת במתחם ביתו של הנאשם, אלא במרחק של מספר דקות נסיעה ממנו, ומוטב לטענה זו, שלא היתה נשמעת.

בנוסף, האיכונים שבוצעו למספר הסלולארי של הנאשם, שכאמור, הוא ואחיו אישרו שהוא המספר שלו, מוכיחים כי בתקופת מעצר הבית, נכח הנאשם במקומות שונים, שאינם ביתו, כפי שהוגדר בתנאי מעצר הבית. עדותו של הנאשם בעניין היתה מלאה סתירות ופיתולים, ואינני נותן בה כל אמון. מעבר לכך, על אף שטענתו המרכזית היתה שאשתו היא שהשתמשה במכשיר הנושא את המספר ויצאה עמו מהבית למקומות שונים, הנאשם לא מצא לנכון להביא את אשתו שתאשר את אותה טענה. בנסיבות הספציפיות של המקרה, העובדה שהנאשם נמנע מלהביא את אשתו לעדות, על מנת שתאשר את גרסתו, מבלי שניתן לכך הסבר, שוקלת לחובתו ומלמדת שאילו הוזמנה להעיד, לא היתה תומכת באותה גרסה, אלא דווקא מפריכה אותה.

156. לאור כל האמור, המסקנה המתבקשת היא שהנאשם שהה פיזית במקומות המפורטים בפסקה 146 לעיל במועדים המפורטים שם, תוך הפרה של תנאי מעצר הבית שנקבעו בתיק [מ"ת 26377-10-11](http://www.nevo.co.il/case/2774837).

**סוף דבר**

157. אני מרשיע את הנאשם בעבירה של שוד, לפי [סעיף 402(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/402.a) לחוק; בעבירה של מעשה מגונה, לפי [סעיף 348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) לחוק ובשמונה עבירות של הפרת הוראה חוקית, לפי [סעיף 287(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/287.a) לחוק.

**<#4#>**

**ניתנה והודעה היום, י"ח בחשון תשע"ד, 22/10/2013, במעמד הנוכחים.**

|  |
| --- |
|  |
| **משה יועד הכהן, שופט** |

<#5#>

**החלטה**

1. נקבע לשמיעת טיעונים לעונש **ליום 18.11.13 בשעה 09:00**.

2. הנאשם יובא באמצעות שב"ס.

3. **המזכירות** תזמין מתורגמן לשפה הערבית למועד האמור.

<#6#>

**ניתנה והודעה היום, י"ח בחשון תשע"ד, 22/10/2013, במעמד הנוכחים.**

|  |
| --- |
|  |
| **משה יועד הכהן, שופט** |

5129371

54678313

הוקלד על ידי נורית ביבי

משה יועד הכהן 54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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