|  |  |
| --- | --- |
| **בית משפט השלום בירושלים** | |
|  |  |
| ת"פ 47-02-13 מדינת ישראל נ' גברהוורה(עציר) | |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **בפני** | שופטתדנה כהן-לקח | | |
| **בעניין:** | | מדינת ישראל |  |
|  | |  | **ה**מאשימה |
|  | | **נגד** | |
|  | | אדהנאם גברהוורה (עציר) |  |
|  | |  | **ה**נאשם |

כתבי עת:

[נגה שמואלי-מאייר, אורי פרייסמן, "בעקבות ד"ר דורון מנשה", עלי משפט, כרך ח 317](http://www.nevo.co.il/safrut/book/7052)

[דורון מנשה, "זכות הייצוג של חשוד", עלי משפט, כרך ה 29](http://www.nevo.co.il/safrut/book/7015)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25), [184](http://www.nevo.co.il/law/70301/184), [345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4), [348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a), [348(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f), [381(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/381.a.3), [406(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/406.b)

[חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002](http://www.nevo.co.il/law/98639): סע' [8](http://www.nevo.co.il/law/98639/8)

[חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982](http://www.nevo.co.il/law/74903): סע' [184](http://www.nevo.co.il/law/74903/184)

|  |
| --- |
| **הכרעת דין** |

החלטתי לזכות את הנאשם מהעבירה של ניסיון לביצוע מעשה מגונה שיוחסה לו בכתב-האישום, ולהרשיעו בעבירה של תקיפה כדי להתנגד ללכידה כדין אשר אשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניי. עוד החלטתי להרשיע את הנאשם בעבירה של כניסה והתפרצות למקום מגורים שיוחסה לו בכתב-האישום.

כתב-האישום

1. כנגד הנאשם הוגש כתב-אישום המייחס לו עבירות של כניסה והתפרצות למקום מגורים לפי [סעיף 406(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/406.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק); וכן ניסיון לביצוע מעשה מגונה לפי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) בנסיבות של [סעיף 345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) בצירוף עם [סעיף 25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25) לחוק.

לפי הנטען בכתב-האישום, ביום 25.1.2013 בסביבות השעה 03:30 לפנות בוקר, נכנס הנאשם לדירה ברחוב ... ב... דרך אחת מדלתות הדירה שהיתה סגורה. אותה עת, ישנה במיטתה המתלוננת, תיירת אמריקאית כבת 26 (ילידת 29.5.1987). הנאשם התקרב למתלוננת, הסתכל עליה ונשען על מיטתה במטרה לבצע במתלוננת מעשה לשם גירוי או סיפוק מיני. המתלוננת התעוררה ושאלה את הנאשם מי הוא וצעקה לו לצאת החוצה. הנאשם בתגובה, שם את ידו בחוזקה על פיה של המתלוננת, חיבק אותה מאחור והרים אותה. המתלוננת השתחררה מאחיזתו של הנאשם, נפלה על הרצפה והחלה לצעוק. בתגובה לצעקות המתלוננת, יצא הנאשם מהדירה דרך מרפסת חדרה של המתלוננת וברח מהמקום. לפי הטענה, במעשיו אלה ניסה הנאשם לעשות מעשה לשם גירוי וסיפוק מיני באישה תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האישה או מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית; וכן נכנס והתפרץ למקום המשמש למגורי אדם בכוונה לבצע גניבה או פשע.

המענה לאישום ויריעת המחלוקת

2. ההגנה אינה כופרת בעיקרי עובדות האירוע המתואר בכתב-האישום. בסיכומיו ציין הסנגור בהגינותו כי אינו חולק על אמינות המתלוננת לעניין האירוע שקרה והטראומה שחוותה (עמ' 101 ש' 21-22 לפרוטוקול). המחלוקת בין הצדדים נסובה על שתי נקודות עיקריות: ראשית, זהות מבצע העבירות. לטענת ההגנה, נפלה טעות בזיהוי שכן הנאשם אינו מי שביצע את העבירות עליהן העידה המתלוננת. שנית, מהות העבירה שבוצעה כלפי גופה של המתלוננת. בעוד המאשימה עומדת על כך שהוכח מעבר לספק סביר כי מבצע העבירות ניסה לבצע במתלוננת מעשה מגונה, הרי טענת הסנגור היא כי הדבר לא הוכח ברמת ההוכחה הנדרשת בפלילים. לחלופין בלבד, הסכימו באי-כוח הצדדים בסיכומיהם בעל-פה כי אם בית-המשפט יסבור כי לא הוכח ניסיון למעשה מגונה "לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים", כי אז גרסת המתלוננת לאופן השתלשלות האירוע בתוך חדרה, מקימה עבירה של תקיפה כדי להתנגד ללכידה כדין לפי [סעיף 381(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/381.a.3) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) (עמ' 100, 106 לפרוטוקול).

מסכת הראיות

3. מטעם המאשימה העידו המתלוננת וכן שמונה שוטרים. מטעם ההגנה העיד הנאשם לבדו.

יוער כי המתלוננת הינה אזרחית ארה"ב שהגיעה לארץ למשך מספר חודשים במסגרת תוכנית "מסע", והיתה אמורה לעזוב את ישראל בתחילת חודש פברואר. לפיכך, נגבתה ממנה עדות מוקדמת לפני כב' השופט הבכיר שמעוני ביום 10.2.2013. עוד יוער כי ראיות מרכזיות בתיק הינן מצולמות: מסדר זיהוי התמונות במסגרתו זיהתה המתלוננת את הנאשם צולם בוידאו (ת/ 7). העימות שנערך בין המתלוננת לנאשם בחקירה המשטרתית צולם בוידאו אף הוא (ת/ 12). זאת ועוד; עדותה המוקדמת של המתלוננת לפני כב' השופט שמעוני, תועדה בהקלטה ובצילום חזותי מטעם בית-המשפט (הדיסקים הרלוונטיים מצויים בתיק המוצגים).

4. בחינת הראיות בתיק תיערך בנוגע לכל אחת משתי השאלות השנויות במחלוקת: תחילה, זהות מבצע העבירות. ולאחר מכן, מהות העבירה שבוצעה כלפי גופה של המתלוננת.

המחלוקת לעניין זהות מבצע העבירות

5. התזה המפלילה של המאשימה לעניין זהות מבצע העבירות, מבוססת על משקלן המצטבר של הראיות הבאות: ראשית, זיהוי ודאי של המתלוננת את הנאשם במסדר זיהוי תמונות (צילומי פנים), וכן זיהוי הנאשם כמבצע העבירות וזיהוי לבושו בעימות שנערך בין המתלוננת לנאשם בתחנת המשטרה. שנית, דמיון נטען בין התיאור שמסרה המתלוננת לשוטר שהגיע לדירתה זמן קצר לאחר האירוע לעניין המראה והלבוש של מבצע העבירות, לבין המראה והלבוש של הנאשם שנתפס כעשרים דקות לאחר מכן ברחוב סמוך לזה בו התגוררה המתלוננת. שלישית, התמיהות שמעלה גרסת הנאשם.

מנגד, טען הסנגור בסיכומיו בעל-פה וכן בסיכומיו המשלימים בכתב (שניכר כי הושקעו בהם מחשבה ומאמץ) כי יש מקום לזכות את מרשו מכל אשמה. לפי הנטען, תוצאה זו מתחייבת עקב קשיים באמינות הזיהוי על-ידי המתלוננת; פגמים בעריכת מסדר הזיהוי; חשש לזיהום עדויות בתיק; מחדלי חקירה שונים; וכן פערי תרבות ושפה המשפיעים על בחינת התיק בשים לב לכך שהנאשם הינו נתין זר מאריתריאה הדובר את השפה הטיגרית.

שקלתי בכובד ראש את חומר הראיות על רקע מכלול טיעוני הצדדים. בסופה של שקילה, ולאחר שבחנתי בזהירות את חומר הראיות על רקע טיעוני הסנגור כפי שיפורטו להלן, אני סבורה כי עלה בידי המאשימה להוכיח כי הנאשם הוא שביצע את העבירות, וזאת מעבר לספק סביר. על-מנת לנמק מסקנה זו, אנתח את הראיות עליהן ביקשה באת-כוח המאשימה לבסס את התזה המפלילה, לפי סדרן.

(א) שאלת אמינות זיהוי המתלוננת את הנאשם במסדר זיהוי תצלומי פנים ובעימות

6. הנאשם נעצר ברחוב אגריפס בירושלים, ליד מסעדת סימה, ביום 25.1.2013 בסביבות השעה 04:20 בבוקר. מעצרו של הנאשם בוצע על-ידי ניידת סיור שחיפשה חשודים העונים לתיאור המראה והלבוש שמסרה המתלוננת למשטרה מספר דקות לאחר האירוע (לסוגיה זו אתייחס בהמשך דבריי).

כשלושה ימים לאחר מכן, ביום 28.1.2013, הוזמנה המתלוננת בהסכמתה לעריכת מסדר זיהוי בתחנת המשטרה. מלכתחילה, הכוונה היתה לערוך מסדר זיהוי חי. עם זאת, רפ"ק דודי קץ האחראי על החקירה, העיד לפניי כי מאחר שהנאשם כהה-עור (נתין אריתריאה) היה צורך בניצבים כהי-עור, אולם היה קושי לאתר מספיק ניצבים העונים לדרישה זו. בנסיבות אלה, הורה השוטר קץ על ביצוע מסדר זיהוי תמונות שהתבסס על תצלומי פנים (עמ' 44 ש' 6 לפרוטוקול; ראו גם: עמ' 80 ש' 14 לפרוטוקול).

מסיבות עליהן אעמוד בהמשך הדברים, נערך מסדר זיהוי התמונות ללא נוכחות סנגור, אולם תועד בוידאו (ת/ 7). למתלוננת הוצגו על-גבי מסך מחשב שמונה תצלומים של חזית פנים (ללא גוף), והוסבר לה כי יתכן שהחשוד מופיע ביניהם ויתכן שלא. המתלוננת הצביעה על צילום פניו של הנאשם (ניצב מס' 3) מתוך שמונת תצלומי הפנים שהוצגו לה, והשיבה כי היא בטוחה שזהו האיש שתקף אותה (ת/ 8, ת/ 9). יוער כי בעדותה המוקדמת בבית-המשפט, העידה המתלוננת: "ברגע שראיתי את פניו [של הנאשם - ד.כ.ל] על המסך, זיהיתי אותו מיידית. עברתי על התמונות האחרות כדי להיות בטוחה אבל זה היה הוא" (עמ' 9 ש' 22-23 לפרוטוקול). המתלוננת הוסיפה והעידה כי היא בטוחה בזיהוי "במאה אחוז", וכי יש לה זיכרון טוב לאנשים ולאירועים (עמ' 9 ש' 25 לפרוטוקול). עוד אמרה בעדותה המוקדמת: "אני לא טועה בזיהוי שלו" (עמ' 13 ש' 8 לפרוטוקול).

אוסיף כי בהמשך אותו היום (28.1.2013), נערך בתחנת המשטרה עימות פנים מול פנים בין המתלוננת לבין הנאשם, והוא צולם בוידאו (ת/ 11, ת/ 12). באותו עימות, עמדה המתלוננת על גרסתה וזיהתה את הנאשם כמי שנכנס לדירתה וניסה לתפוס אותה (ת/ 11, ש' 87). זאת ועוד; כשהחוקר ביקש מהנאשם להוריד את הז'קט שלבש, זיהתה המתלוננת את הכיתוב על הבגד שלבש הנאשם ואת הצורה של סימן עגול על הבגד, והשיבה כי זהו האדם שהיה בחדרה ולאחר מכן זיהתה אותו במסדר זיהוי התמונות (ת/ 11, ש' 102). היא הוסיפה: "אני מזהה אותו ואת הפנים שלו מרגע שראיתי אותו" (ת/ 11, ש' 106).

7. בפתח הדיון, אומר כי צפיתי במסדר זיהוי התמונות המצולם (ת/ 7) ובקלטת העימות שנערך בין המתלוננת לבין הנאשם (ת/ 12). אף צפיתי במלוא הקלטת של העדות המוקדמת של המתלוננת לפני כב' השופט שמעוני. עדותה של המתלוננת הותירה רושם אמין של אדם מאופק ומיושב בדעתו. עוד התרשמתי כי המתלוננת הקפידה לדייק בתשובותיה. כך למשל, המתלוננת השיבה בחקירה נגדית כי אינה זוכרת שהגבר שנכנס לדירתה לבש מעיל או ז'קט עור. זאת, על-אף שראתה כי הנאשם לבש מעיל עור בעימות שנערך מולה בתחנת המשטרה (עמ' 14 ש' 9-17 לפרוטוקול). דוגמה נוספת: המתלוננת השיבה בכנות שלא הרגישה שהגבר הזר נגע בה לפני שהתעוררה משנתה (עמ' 22 ש' 8-9 לפרוטוקול). אוסיף כי ניתן היה להבחין בנקל בתגובותיה הרגשיות של המתלוננת - הבכי וסערת הרגשות - כאשר זיהתה את הנאשם במסדר זיהוי תצלומי הפנים ובעימות, וכן כאשר תיארה את האירוע הטראומתי בעדותה המוקדמת בבית-המשפט. נוכח כל אלה, אני סבורה כי מדובר בעדה אמינה. אין לי ספק בדבר עצם קרות האירוע והטראומה שחוותה. כפי שצוין לעיל, אף ההגנה אינה חולקת על כך. זאת ועוד; אני סבורה כי המתלוננת היתה משוכנעת בכל ליבה כי זיהויה את הנאשם במסדר זיהוי התמונות וכן בעימות הינו זיהוי בטוח וודאי.

8. הנה כי כן, עסקינן בעדה מזהה אמינה. לראיית זיהוי יכול להיות משקל מכריע במשפט, כאשר עד מצליח לזהות פוזיטיבית את האדם החשוד בביצוע העבירה. במקרים מתאימים אף ניתן להרשיע נאשם על-סמך ראיית זיהוי, גם אם מדובר בעדות יחידה. דא עקא, בהתאם להלכה הפסוקה, על בית-המשפט להשתכנע לא רק באמינות העד המזהה, אלא גם באמינות הזיהוי כשלעצמו. הטעם לבחינה של מהימנות הזיהוי בנפרד מבחינת אמינותו הכללית של העד המזהה, הוא רצון להימנע מטעויות אפשריות של העד ביחס לזיהוי, אף אם מהימנות עדותו ביחס לאירוע הפלילי עצמו אינה מוטלת בספק. על בית-המשפט לוודא כי העד, בהאמינו לתומו שכל עדותו אמת, לא טעה במישור הזיהוי מתוך היסח-הדעת, מתוך מגבלות הזיכרון האנושי או מתוך השפעות חיצוניות או תת-הכרתיות. בחינה זו נעשית בשני רבדים: ברובד הראשון נבחנת יכולתו של העד להטביע בזיכרונו רשמים חזותיים, ובפרט את חזותו של מבצע העבירה. ברובד השני, נבחנת יכולתו של העד לשחזר את חזותו של מבצע העבירה ולזהותו בפועל. וכך תיאר לאחרונה כב' השופט זילברטל את אמות-המידה המסייעות לעניין זה:

"ברובד הראשון – בחינת יכולתו של העד להטביע בזיכרונו רשמים חזותיים, ובפרט את חזותו של מבצע העבירה – נבחנות הנסיבות שאפפו את הטבעת דמותו של מבצע העבירה בזיכרונו של העד, ביניהן משך הזמן שהעד ראה את מבצע העבירה במהלך האירוע או לפניו, התנאים בהם ראה העד את מבצע העבירה (מרחק, זווית ראיה, מצב תאורה וכו'), השתייכותו האתנית-חברתית של מבצע העבירה ועוד ...

...ברובד השני – בחינת יכולתו של העד לשחזר את חזותו של מבצע העבירה ולבצע את הזיהוי בפועל – נבחנים הן פרק הזמן שחלף ממועד הטבעת דמותו של מבצע העבירה בזיכרונו של העד המזהה ועד למועד הזיהוי בפועל..., הן התנאים הפיזיים ששררו בעת הזיהוי (כגון המרחק בין העד המזהה למזוהה, מצב התאורה, משך החשיפה של העד המזהה לפניו של המזוהה, האם היה זה מסדר חי או מסדר תמונות ועוד) והן ההשפעות השונות שעשויות להיות לזיהוי עצמו ולמסגרת שבה נערך על מצבו הנפשי-סובייקטיבי של העד המזהה, ומכאן גם על כושרו לזהות את מבצע העבירה...".

([ע"פ 4524/11](http://www.nevo.co.il/case/6245704) פלוני נ' מדינת ישראל (17.6.2013), בפסקאות 11-12; ההדגשות אינן במקור – ד.כ.ל).

9. בהמשך לדברים אלה, ומתוך הזהירות המתבקשת בנסיבות העניין, אוסיף ואומר שניים: ראשית, קיימת כתיבה מחקרית על כך שמידת הוודאות בה נוקב עד מזהה באשר לביטחונו בזיהוי, איננה בהכרח אמת-המידה באשר ליכולת להסתמך על הזיהוי. מחקרים מצביעים על קיומו של קשר רופף בין מידת הביטחון של העד בזיהוי, לבין מידת ההצלחה של הזיהוי. לפי אותם מחקרים, רמת הביטחון שהביע עד בזיהוי על-ידו, קשורה יותר לתכונות אישיוּת של העד המזהה מאשר לדיוק הזיהוי בפועל. לפיכך, יש לנקוט בעניין זה בזהירות המתבקשת (ראו: [ע"פ 4524/11](http://www.nevo.co.il/case/6245704) פלוני הנ"ל, בסוף פיסקה 12 מפי כב' השופט זילברטל; [ע"פ 8529/11](http://www.nevo.co.il/case/5608132) אטקישייב נ' מדינת ישראל, בפיסקה 6 (24.5.2012) מפי כב' השופט הנדל; וכן ראו: דורון מנשה ורביע עאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" משפטים לה(1) 205 (2005); נגה שמואלי מאייר ואורי [פרייסמן "בעקבות ד"ר דורון מנשה](http://www.nevo.co.il/safrut/book/7052)  ורביע עאסי: 'תלות בשדה' והשפעתה על מהימנותו של הזיהוי החזותי" עלי משפט 317 (תש"ע)).

שנית, מחקרים מלמדים כי זיהוי אדם מקבוצה אתנית שונה ביחס לזו אליה משתייך העד המזהה, נגוע בשיעור טעות גבוה יותר מזה של זיהוי אדם מאותה קבוצה אתנית של המזהה. ניתן להציג סיבות שונות לתוצאה זו. נראה כי היא בין היתר נובעת מכך שכאשר אדם נחשף לאדם המשתייך לקבוצה אתנית אחרת, הוא נוטה יותר להתמקד בפרטים הראשוניים הבולטים במיוחד (שיער, צבע עור, עיניים וכו') באופן שהוא עלול להיקלע למצב בו מבחינתו "כולם דומים" (ראו: [ע"פ 10360/03](http://www.nevo.co.il/case/6169037) שדיד נ' מדינת ישראל, פיסקה 11 (2.3.2006) מפי כב' השופטת ארבל; עוד ראו: מנשה ועאסי הנ"ל, בעמ' 260-261). אף בהקשר זה נדרשת, אפוא, זהירות.

10. על רקע כל אלה, ותוך מודעות למכלול הנתונים שצוינו לעיל, בחנתי את שאלת אמינות הזיהוי של המתלוננת את פניו של הנאשם במסגרת מסדר זיהוי תצלומי הפנים.

בכל הנוגע לרובד הראשון שעניינו בחינת יכולתו של העד להטביע בזיכרונו רשמים חזותיים, ובפרט את חזותו של מבצע העבירה - קיימים פנים לכאן ולכאן. מחד גיסא, מעדות המתלוננת האמינה בעיניי, ניתן ללמוד כי היא הצליחה לראות את הגבר הזר שחדר אל דירתה ממרחק קרוב יחסית, תוך שהתקיים מגע פיזי בין השניים והמתלוננת אף הדפה ממנה את הגבר הזר באזור החזה. נראה כי החדר לא היה חשוך לגמרי, שכן המתלוננת הצליחה למסור תיאור של פרטי מראה ולבוש של מבצע העבירות, ולכך אוסיף ואתייחס בהמשך הדיון.

מאידך גיסא, לא ניתן להתעלם מקשיים אפשריים במישור שאלת יכולתה האובייקטיבית של המתלוננת להטביע בזיכרונה את חזותו של מבצע העבירות, ובעיקר את מראה פניו. בכל הנוגע למשך החשיפה ולתנאיה - מעדותה של המתלוננת, שכאמור אין חולק על אמינותה, עולה כי בליל האירוע היא נרדמה בסביבות השעה 02:00. המתלוננת העידה ביושר כי אינה בטוחה מה העיר אותה. היא הסתכלה וראתה שדלת המרפסת פתוחה על-אף שכאשר הלכה לישון, הדלת היתה סגורה (אך לא נעולה). היא הסתכלה מסביב לחדר, וראתה גבר זר עומד מול המיטה שלה ומסתכל עליה. לפי עדותה של המתלוננת, היא צעקה "צא מכאן, צא מכאן", וזינקה מהמיטה. הגבר הזר אחז בה, שם את ידו על פיה כדי להשתיק אותה, והיא דחפה אותו עם החזה ככל יכולתה (עמ' 5 לפרוטוקול). מתיאור זה עולה כי המתלוננת הצליחה לצפות בגבר הזר למשך פרק זמן מסוים, ואף היתה במגע פיזי עימו והדפה אותו באזור החזה. עם זאת, האירוע התרחש מיד לאחר שהמתלוננת התעוררה משינה, כשהיא אחוזת בהלה עקב האירוע הטראומטי אליו נקלעה. בהמשך האירוע, הגבר הזר תפס את המתלוננת מאחורה, המתלוננת חושבת שנתנה לו מרפק בצלעות ואז היא נפלה קדימה. היא הצליחה לפתוח את דלת הכניסה לחדר (עמ' 6 לפרוטוקול). בשלב זה, ספק אם המתלוננת יכולה היתה להתבונן בפניו של הגבר הזר שכן מבטה היה מופנה לכיוון הנגדי לו. באותו שלב, אחת השותפות לדירה של המתלוננת שמעה את צעקותיה ושאלה בקול מה קרה. הגבר הזר שמע שיש מישהו נוסף בבית, ואז ברח דרך דלת המרפסת. לפי עדותה של המתלוננת, כאשר היא הצליחה לפתוח את הדלת ושמעה את קול שותפתה לדירה, היא הבחינה בדמותו של הגבר הזר בורח דרך דלת המרפסת (עמ' 6-7 לפרוטוקול). מטבע הדברים, מדובר במראה של פנים וגוף הנמצאים בתנועה למרחק, לאו דווקא כאשר חזיתם מופנית אל המתלוננת אותה עת. מספר דקות לאחר מכן, צלצלה אחת השותפות בדירה למשטרה (ת/ 1, ש' 30-31). הן מהודעתה המשטרתית של השותפה לדירה של המתלוננת, הגב' דבורה שמוביץ, והן מעדות השוטר ישראל בן-נתן שהגיע לדירה בעקבות הקריאה למשטרה, עולה כי מיד לאחר האירוע, המתלוננת היתה נסערת והיה צריך להרגיע אותה (ת/ 1, ש' 29; עמ' 55 ש' 27, עמ' 56 ש' 6 לפרוטוקול).

הנה כי כן, מתיאור השתלשלות האירוע בתוך חדרה של המתלוננת ניתן לומר כי החשיפה של המתלוננת למראה פניו של הגבר הזר נעשתה בשלב הראשון של האירוע ממרחק קרוב ותוך מגע פיזי חזיתי בין השניים. יחד עם זאת, נראה כי משך החשיפה לא היה רב. החשיפה ארעה כשהמתלוננת התעוררה משנתה והיתה נתונה בפחד ובבהלה גדולה. יוער כי מעדותה של המתלוננת עולה כי לא היתה היכרות מוקדמת כלשהיא בינה לבין הגבר הזר, וזו היתה הפעם הראשונה שנפגשה בו. מטבע הדברים, הדבר עלול להקשות על קליטת פרטים חזותיים.

אשר למצב התאורה בחדר - בהודעתה המשטרתית אמרה המתלוננת כי כשהתעוררה "היה חשוך" (נ/ 2, ש' 15). משנשאלה על כך המתלוננת בחקירתה הנגדית, היא טענה כי החוקר תרגם את דבריה שלא כהלכה, שכן לא אמרה לחוקר שהיה חשוך, אלא אמרה שהיה לילה. לדברי המתלוננת, בחדר בו ישנה בעת האירוע לא היה וילון, ולשכנים ממולהּ יש אור חזק שחדר לתוך החדר שלה (עמ' 7 ש' 12-13 לפרוטוקול). לדבריה, "החדר שלי די בהיר גם באמצע הלילה" (עמ' 20 ש' 7 לפרוטוקול). עם זאת, המתלוננת אישרה בעדותה כי עקב תנאי התאורה, לא הצליחה להבחין האם הסווצ'ר שלבש הגבר הזר היה בצבע כחול או אפור (אף כי הבחינה שלא היה מדובר בסווצ'ר בצבע שחור) (עמ' 20 ש' 5-15 לפרוטוקול). הנה כי כן, אף אם אניח שהחדר לא היה חשוך לגמרי, ברור כי עסקינן בשעת לילה, כאשר תאורת החדר היתה כבויה, והאור הסתנן לחדר מבחוץ. לא מדובר, אפוא, בתנאי תאורה מיטביים.

בכל הנוגע לרובד השני שעניינו בחינת יכולתו של העד לשחזר את חזותו של מבצע העבירה ולבצע את הזיהוי בפועל - האירוע התרחש ביום 25.1.2013 לפנות בוקר. מסדר זיהוי התמונות נערך ביום 28.1.2013 בסביבות השעה 13:30, כך שלא חלף זמן ניכר בין האירוע לבין הזיהוי (כשלושה ימים). צפייה בקלטת מסדר הזיהוי (ת/ 7) מלמדת כי המתלוננת צפתה בעיון בתצלומי הפנים שהוצגו לה על-גבי מסך המחשב, וזיהתה בוודאות את תצלומו של הנאשם.

11. סיכומם של דברים עד כה; ניתן להצביע על פנים לכאן ולכאן בסוגית אמינות הזיהוי. בסופה של שקילה, אני סבורה כי לצד אמינות המתלוננת כעדה מזהה והביטחון שהפגינה בנוגע לאמינות הזיהוי שבוצע בסמוך לאחר האירוע; ובלא להתעלם מכך שלמתלוננת היתה אפשרות להביט בפניו של מבצע העבירות מקרוב תוך מגע פיזי בין השניים, והיא אף הבחינה בפרטי לבושו של הגבר הזר ומסרה תיאור לגביהם בסמוך לאחר האירוע; אין להתעלם מכך שמשך החשיפה לחזית פניו של מבצע העבירות לא היה רב. זאת ועוד; החשיפה אירעה כשהמתלוננת במצב בו זה עתה התעוררה משנתה, היא אחוזת בהלה ופחד, ואין היכרות מוקדמת בינה לבין הגבר הזר. תנאי התאורה לא היו מיטביים. מטבע הדברים, כל אלה מקשים על יכולת הקליטה של רשמים חזותיים. אם נוסיף לכך את החשש הכרוך בזיהוי בין-עדתי כמבואר בפיסקה 9 לעיל, מתבקשת המסקנה כי יש לנקוט בזהירות בכל הנוגע לזיהוי הפנים של הנאשם במסגרת מסדר זיהוי תצלומי הפנים. לפיכך, אף שלגישתי יש לתת לראיית הזיהוי משקל ממשי בנסיבות העניין, היא אינה יכולה לשמש ראיה בלעדית או מכרעת לתזה המפלילה, וזאת עקב קשיים עליהם עמדתי במישור אמינות הזיהוי (להבדיל מאמינות העדה המזהה).

12. בהמשך לכך, אני רואה לציין כי זיהוי הנאשם על-ידי המתלוננת במהלך העימות ביניהם פנים מול פנים בתחנת המשטרה, ואף התגובות הרגשיות של המתלוננת למראה הנאשם במהלך העימות, יכולים לחזק את ההתרשמות כי המתלוננת אמנם היתה משוכנעת בינה לבין עצמה בוודאות זיהויה את הנאשם. עם זאת, כבר ציינתי כי ודאות הזיהוי בעיני העד המזהה, אינה חזות הכל. זאת ועוד; אני רואה להזכיר את הכלל לפיו זיהוי חשוד במסגרת עימות עם העד המזהה, כשלעצמו, אינו בגדר זיהוי בעל משקל ראייתי עצמאי, שהרי אין מדובר בבחירה בין חלופות (ראו: יעקב קדמי על הראיות - חלק שלישי 1183 (2009)). לפיכך, נזהרתי מלייחס משקל ראייתי משמעותי לעצם זיהוי המתלוננת את הנאשם במסגרת העימות ביניהם בתחנת המשטרה.

(ב) טענות לפגמים בעריכת מסדר הזיהוי

13. עד כאן דנתי בשאלת אמינות זיהוי המתלוננת את פניו של הנאשם במסגרת מסדר זיהוי תצלומי הפנים, וזאת נוכח הנסיבות האובייקטיביות שאפפו את הטבעת דמות פניו של מבצע העבירות בזיכרונהּ של המתלוננת. אפנה כעת לדון בטענות הסנגור לגבי פגמים שנפלו בעריכת מסדר הזיהוי עצמו.

14. ככלל, מטרתו של מסדר הזיהוי היא לבדוק באמצעות מבחן אובייקטיבי את כושר קליטתו ואת זכרונו החזותי של העד. ברגיל, הדרך העדיפה לצורך כך הינה מסדר זיהוי חי. עם זאת, מקום בו המשטרה נקטה באמצעי זיהוי אחר, כגון מסדר זיהוי תמונות כפי שאירע במקרה דנן, אין הדבר פוסל את קבילותה של הראיה. הטעם לעריכת מסדר זיהוי תמונות ולא מסדר זיהוי חי, ייבדק במישור בחינת משקל הראיה.

כפי שצוין בפיסקה 6 לעיל, הסיבה לעריכת מסדר זיהוי תצלומי פנים במקרה דנן, נבעה מכך שלא נמצאו מספיק ניצבים כהי-עור על-מנת לבצע מסדר זיהוי חי. מקובלים עליי הסבריו של האחראי על החקירה, השוטר קץ, כי החקירה היתה נתונה בסד זמנים צפוף - הן עקב היותו של החשוד עצור, והן עקב העובדה שהמתלוננת היתה אמורה לחזור לארה"ב והיה צריך להספיק להשלים את החקירה, ובמידת הצורך להותיר זמן מספיק להגשת כתב-אישום ולגביית עדות מוקדמת מהמתלוננת טרם עזיבתה את הארץ (עמ' 46 לפרוטוקול). בשים לב לסד הזמנים הנטען, ומאחר שלא נמצאו די ניצבים כהי-עור על-מנת לבצע מסדר זיהוי חי, אני בדעה כי עצם ההחלטה לערוך מסדר זיהוי תמונות היתה סבירה. אף הסנגור לא טען אחרת בסיכומיו.

15. דא עקא, במקרה דנן מסדר זיהוי תצלומי הפנים נערך ללא נוכחות סנגור. כידוע, ההלכה הפסוקה קובעת את זכותו של חשוד לנוכחות סנגור מטעמו במסדר זיהוי. זכות זו עומדת לחשוד אף כאשר מדובר במסדר זיהוי תמונות. נוכחות עורך-הדין נועדה לוודא שהמסדר נערך לפי הכללים, תוך הגנה על תקינות המסדר ועל מראיתו. תכלית החובה לנוכחות סנגור במסדר הינה למזער חשש מפני פעולה שלא כדין מטעם עורכי המסדר, מדעת או שלא מדעת; וכן לתת לבית-המשפט אפשרות להתרשם ממקור נוסף בדבר ההתרחשויות שאירעו בעת עריכת מסדר הזיהוי (על חשיבות הייצוג של חשוד בהליכי מסדר, ראו גם: דורון [מנשה "זכות הייצוג של חשוד](http://www.nevo.co.il/safrut/book/7015)  בהליכי מסדר" עלי משפט ה 29 (תשס"ו)).

בהתאם להלכה הפסוקה, עריכת מסדר זיהוי ללא נוכחות סנגור, ומבלי שתהיינה נסיבות חריגות המצדיקות זאת, עלולה בנסיבות מתאימות להוביל להפחתה במשקלה הראייתי של תוצאת מסדר הזיהוי (ראו: [ע"פ 5249/01 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז](http://www.nevo.co.il/case/5689593)(1) 656 (2002); [ע"פ 4514/10](http://www.nevo.co.il/case/5785030) דיבה נ' מדינת ישראל, פיסקה 45 ואילך (3.9.2012)). אוסיף ואומר כי אין לשלול אפשרות לפיה במקרים חמוּרים המצדיקים זאת, קיום מסדר זיהוי ללא סנגור יוביל אף לפסילת קבילותה של תוצאת המסדר, אם וככל שיוכח כי היא הושגה שלא כדין עקב פגיעה משמעותית בזכות הייצוג, וכי קבלתה כראיה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן (ראו והשוו: [ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא](http://www.nevo.co.il/case/5883040)(1) 461 (2006); [ע"פ 2180/02 קאסם נ' מדינת ישראל, פ"ד נז](http://www.nevo.co.il/case/5816492)(1) 642, 654 (2002)).

16. במקרה דנן, מעדויות השוטרים קץ, סידיס ושנהב וכן מהתכתובות בתיק (נ/ 3, נ/ 4, נ/ 5) עולה כי המתלוננת הוזמנה לעריכת המסדר בשעה 10:30. בפועל, שעת עריכת מסדר זיהוי התמונות התעכבה, בשל קשיים טכניים שעיקרם קושי להזין את פרטי הנאשם במחשב עקב היותו נתין זר. בינתיים, הסנגור שהמתין לעריכת המסדר בתחנת המשטרה, נאלץ לצאת לדיון בערר מעצר בעניינו של הנאשם, אשר נקבע לאותו היום בבית-המשפט המחוזי בשעה 14:00. אין מחלוקת כי הסנגור, עו"ד ענבוסי, הותיר את פרטי הטלפון הנייד שלו בידי החוקר שערך את המסדר, וביקש כי יצלצלו אליו טרם עריכת המסדר כדי שיהיה נוכח בו. כך סוכם עם הסנגור כאשר הלה יצא לדיון בבית-המשפט המחוזי (נ/ 5; עמ' 73 ש' 14-16 לפרוטוקול). דא עקא, בעת שהסנגור נכח בדיון המעצר, החליט האחראי על החקירה, השוטר קץ, לערוך את מסדר זיהוי התמונות בלא להמתין לסנגור. התוצאה היתה כי המסדר נערך בסביבות השעה 13:30 (ת/ 8, ת/ 9), בלא שנוכח בו עו"ד ענבוסי המייצג את הנאשם, או לחלופין עורך-דין תורן מטעם הסנגוריה הציבורית.

השוטר קץ נחקר על כך בעדותו בבית-המשפט. לפי הטענה, החלטתו לערוך את מסדר זיהוי תמונות ללא נוכחות סנגור, נבעה הן מלחץ זמנים בחקירה (כאמור, החשוד היה עצור והמתלוננת היתה צפויה לעזוב את הארץ); והן מתקלה באותו היום במערכת התקשורת של חברת פלאפון, שלפי הנטען הקשתה לאתר טלפונית את הסנגור לאחר שיצא לבית-המשפט המחוזי (עמ' 44, 46 לפרוטוקול).

בחנתי את עמדת השוטר קץ כאחראי על החקירה, ואני סבורה כי לא היתה הצדקה מהותית להורות על עריכת המסדר ללא נוכחות סנגור: ראשית, אף אם המתלוננת גילתה קוצר רוח עקב ההמתנה המתמשכת בתחנת המשטרה לעריכת המסדר (כך עולה מעדותו של השוטר סידיס - עמ' 69, 72-73 לפרוטוקול), אין לוותר בגין כך על זכותו של חשוד לנוכחות סנגור במסדר זיהוי. כך במיוחד, בשים לב לעובדה שממילא המתלוננת שהתה בתחנת המשטרה באותו היום עד שעה מאוחרת, וזאת לצורך עריכת עימות פנים מול פנים עם הנאשם (ראו: ת/ 11 ממנו עולה כי העימות בין המתלוננת לנאשם נערך ביום 28.1.2013 בשעה 21:21. מסדר זיהוי התמונות נערך מוקדם יותר באותו היום, בסביבות השעה 13:30. בהתחשב בכך, לא ברור מדוע לא ניתן היה להמתין לשובו של הסנגור מבית-המשפט המחוזי).

שנית, מפרוטוקול הדיון בבית-המשפט המחוזי מיום 28.1.2013 (נ/ 6), עולה כי במסגרת הדיון בערר המעצר שהוגש מטעם הנאשם, הודיעוּ הצדדים על הסכמה לפיה מסדר הזיהוי ייערך בהמשך היום, וכי במידה והעורר (הנאשם) לא יזוהה, הוא ישוחרר. על רקע זה, הוסכם על מחיקת ערר המעצר. אף מכאן מתבקשת המסקנה כי ניתן היה להמתין לשובו של הסנגור לתחנת המשטרה על-מנת לבצע את המסדר.

שלישית, אף אם השוטר קץ כאחראי על החקירה סבר בשעת אמת כי קיים לחץ זמנים המצדיק את עריכת המסדר ללא דיחוי, ואף אם סבר כי אין להמתין לשובו של עו"ד ענבוסי מבית-המשפט המחוזי, היה על גורמי החקירה לנסות לכל הפחות ליצור קשר עם הסנגוריה הציבורית המחוזית, על-מנת שיישלח סנגור ציבורי תורן לצורך ליווי עריכת מסדר הזיהוי. טענת השוטר קץ לפיה לא ניתן היה להשיג את עו"ד ענבוסי בטלפון הנייד עקב נפילת מערכת התקשורת של חברת פלאפון באותו היום, אין בכוחה להסביר מדוע לא נעשה שימוש בטלפון קווי (בזק) בניסיון ליצור קשר עם הסנגוריה הציבורית המחוזית (יוער כי אין תיעוד לביצוע ניסיון כאמור ואף אין טענה כי ניסיון כאמור נעשה). הטענה לפיה גורמי החקירה היו נתונים בסד זמנים לחוץ עקב ערר המעצר בבית-המשפט המחוזי (עמ' 47 לפרוטוקול), אינה יכולה להצדיק עריכת מסדר זיהוי בלא לנסות לדאוג לזימון סנגור, ולוּ סנגור ציבורי תורן.

17. הנה כי כן, עריכת מסדר זיהוי תמונות ללא נוכחות סנגור במקרה דנן, היתה שלא כדין. מהי המשמעות הראייתית של פגם זה? מחומר הראיות שהוצג לפניי, שוכנעתי כי השוטר קץ לא פעל מתוך זדון או כוונה נסתרת פסולה כלשהיא כאשר הורה על עריכת מסדר ללא סנגור. דומה כי מדובר בשיקול-דעת מקצועי שגוי. אף בא-כוח הנאשם נמנע מלטעון אחרת. השאלה שיש לבוחנה כעת בשים לב להעדרו של סנגור במסדר, הינה האם נפלו באופן עריכת מסדר זיהוי התמונות פגמים מהותיים שבכוחם לקפח את הגנת הנאשם, לגרום לעיוות דין או לפגוע בזכות להליך הוגן.

18. בנסיבות העניין, גורמי החקירה דאגו לתעד את מהלך עריכת מסדר זיהוי התמונות בוידאו (ת/ 7). אמת, אין מדובר בתחליף לעריכת מסדר זיהוי בנוכחות סנגור. עם זאת, צילום הוידאו של מסדר הזיהוי מאפשר בקרה בדיעבד, ולוּ חלקית, על אופן עריכת המסדר (ראו: [ע"פ 2180/02](http://www.nevo.co.il/case/5816492) קאסם הנ"ל, בעמ' 649).

צפיתי, אפוא, בקלטת המתעדת את עריכת מסדר זיהוי התמונות (ת/ 7). בנוסף, עיינתי בדו"ח המסדר ובמסמך שצורף לו (ת/ 8, ת/ 9), וכן בחנתי את עדות עורך המסדר, השוטר דדי סידיס, ואת עדות החוקר שמואל שנהב, שנכח בעת עריכת המסדר. בכל הנוגע לתמונות הניצבים במסדר - השוטר סידיס העיד כי בחר אותן לבדו לפי הבנתו המקצועית, ללא מעורבות של מי מהחוקרים בתיק (עמ' 69, 71-72 לפרוטוקול). התרשמתי כי הניצבים שנבחרו לצורך מסדר תצלומי הפנים, דומים למאפייניו החיצוניים של הנאשם, וכי הנאשם לא הוצג באופן בולט ביחס לניצבים האחרים. כל הניצבים במסדר זיהוי התמונות הם כהי-עור, ורובם עם שיער באורך דומה לזה של הנאשם. אצל חלקם ניתן להבחין בשפם ו/או זקן קטן. בנוגע לחלק מהניצבים אף ניתן להבחין בפריט לבוש הדומה לסווצ'ר או קפוצ'ון שמבצבץ מתחת לצוואר (ראו גם: עמ' 74 לפרוטוקול).

לא נעלמו מעיניי טענות נוספות שהעלה בא-כוח הנאשם כנגד תקינות אופן עריכת מסדר זיהוי התמונות. כך למשל, הסנגור יצא חוצץ כנגד כך שדלת החדר בו נערך המסדר היתה מעט פתוחה כאשר השוטר סידיס שישב בקצה אותו חדר, הציג למצלמה בקול ברור את סידור הניצבים ואת מספרו הסידורי של הנאשם במסדר (ניצב מס' 3 בין ניצבים מס' 2 ו- 4). כל זאת, בעת שהמתלוננת - שאינה דוברת עברית - המתינה במסדרון ציבורי שליד החדר. לטענת הסנגור, אין לדעת בביטחון מלא האמנם המתלוננת לא שמעה את דברי עורך המסדר כאשר המתינה במסדרון, ואף אין לדעת האם אין בפיה עברית בסיסית שאפשרה לה להבין את שמות המספרים שעורך המסדר ציין לאוזני המצלמה על-מנת להבהיר את מיקום הנאשם במסדר. (במאמר מוסגר, יוער כי המתלוננת לא נחקרה על סוגיה זו בחקירה נגדית במסגרת עדותה המוקדמת. עם זאת, באותה עת הסנגור טרם צפה בצילום הוידאו של מסדר זיהוי התמונות שכן הקלטת טרם הועברה לידיו). הסנגור אף יצא חוצץ בטיעוניו לפניי כנגד כך שהשוטר שנהב שנכח בחדר בתחילת המסדר, ושמע את מספרו של הנאשם כניצב מס' 3 טרם כניסת המתלוננת לחדר, הוא זה שיצא לקרוא למתלוננת מהמסדרון, בלא שהמצלמה צילמה מקטע זה. למותר לציין כי השוטר שנהב שלל בעדותו לפניי כל ניסיון לומר או לרמוז למתלוננת דבר לעניין מיקום החשוד במסדר הזיהוי (עמ' 76, ש' 7-10 לפרוטוקול). אוסיף ואציין כי השוטר סידיס שערך את המסדר, אישר כי שוחח עם המתלוננת טרם עריכת המסדר ואף סיפק לה אוכל ושתייה עקב כך ששעת המסדר התעכבה. עם זאת, הוא שלל כי שוחח עימה באופן כלשהוא על התיק (עמ' 69 ש' 15, עמ' 72 ש' 22 לפרוטוקול).

מטעמים עליהם עמדתי לעיל, קבעתי כי המתלוננת הינה עדה אמינה. לא מצאתי בסיס ממשי לחשוד כי המתלוננת זיהתה את הנאשם במסדר זיהוי התמונות עקב כך ששמעה את מספרו הסידורי בעת שהמתינה במסדרון, או כי זיהתה את הנאשם עקב השפעה או עזרה כלשהיא מצד מי מהשוטרים. אף לגבי השוטרים סידיס ושנהב לא מצאתי בסיס סביר לחשד מפני התנהלות בלתי כשרה שתכליתה להשפיע על המתלוננת. זאת ועוד; על-אף ניסיונות הסנגור לטעון אחרת, אני מוצאת כאמינה את עדות המתלוננת לפיה בשום שלב לא ראתה או נתקלה בנאשם בתחנת המשטרה טרם עריכת מסדר זיהוי התמונות (עמ' 17 ש' 6-16; עמ' 24 ש' 27; עמ' 25 ש' 3, 10, 15 לפרוטוקול). בכל העניינים האלה, אני סבורה כי אין בטענות הסנגור יותר מאשר העלאת ספקולציות חסרות בסיס ממשי.

יחד עם זאת, יש בטענות בא-כוח הנאשם ובעצם הצורך להתייחס אליהן, משום המחשה מדוע חשוב להקפיד על נוכחות סנגור בעריכת מסדר זיהוי, בהיותו עין מפקחת נוספת בשעת אמת - אם לשם מניעת פגיעה אפשרית בזכויות החשוד, ואם לשם מניעת לזות שפתיים. זאת, נוכח הצורך להגן על עצם תקינותו של הליך עריכת מסדר הזיהוי, וכן על מראית פני הדברים במהלך עריכתו.

19. משמצאתי כי בנסיבות המקרה לא היה מקום לעריכת מסדר זיהוי תמונות ללא נוכחות סנגור, ולוּ סנגור ציבורי תורן; אך גם מצאתי כי לא נפלו פגמים מהותיים באופן ניהול מסדר הזיהוי שתועד בוידאו, וכי אין בסיס ממשי לחשש שמא הגנת הנאשם קופחה או נגרם עיוות דין; אני סבורה כי אין לפסול את קבילוּת תוצאת המסדר כראיה, ואף אין לאיין את משקלה. עם זאת, מן הראוי להפחית במידת-מה ממשקל הראיה וזאת עקב ניהול המסדר ללא נוכחות סנגור בלא הצדקה מהותית לכך. מדובר בסעד שתכליתו להבהיר כי בית-המשפט לא יתייחס בקלות ראש להפרת החובה לנוכחות סנגור במסדרי זיהוי, מקום בו לא נמצאה הצדקה מהותית להפרה זו.

ודוק, ההפחתה ממשקלה הראייתי של תוצאת מסדר הזיהוי בשל כך שהמסדר נערך ללא נוכחות סנגור, מצטרפת לקשיים אפשריים במישור אמינות הזיהוי (להבדיל מאמינות העדה המזהה) עליהם עמדתי בדבריי לעיל. שני אלה בהצטברם יחדיו, מובילים למסקנה כי בנסיבות העניין אין לראות בזיהוי המתלוננת את פניו של הנאשם במסגרת מסדר זיהוי תצלומי הפנים, כשהוא לעצמו, משום ראיה בלעדית או מכרעת. אף-על-פי-כן, אני סבורה כי עלה בידי המאשימה להציג ראיות נוספות, שבמשקלן המצטבר מוכיחות מעבר לספק סביר את התזה המפלילה.

(ג) סוגית המראה ופרטי הלבוש

20. בעדות המתלוננת וכן בעדות חברתה דבורה שמוביץ (ת/ 1) נאמר כי לאחר שמבצע העבירות ברח מהדירה דרך המרפסת, השותפות לדירה של המתלוננת התעוררו מצעקותיה. הן לא ידעו למי להתקשר, עד שאחת השותפות לדירה שמעה מה קרה וצלצלה למשטרה. מת/ 5 עולה כי האירוע נפתח במשטרה בשעה 04:01. מכאן שהאירוע עצמו התרחש לקראת השעה 04:00 (ולא בסביבות השעה 03:30 כנטען בכתב-האישום).

השוטר בן-נתן קיבל את הקריאה בשעה 04:02 והגיע לדירת המתלוננת בשעה 04:06. במהלך התחקור הראשוני שביצע השוטר בן-נתן בדירה, מסרה המתלוננת תיאור של מראה ופרטי-לבוש של הגבר שנכנס לחדרהּ. השוטר בן-נתן העביר את הדיווח לניידות הסיור (עמ' 56 ש' 16 לפרוטוקול). הנאשם נעצר ברחוב אגריפס-פינת רחוב ניסים בכר על-ידי השוטר יוני ריקנר, וזאת כ- 20 דקות לאחר פתיחת האירוע במשטרה (עמ' 63 ש' 19 לפרוטוקול). מדובר ברחוב סמוך לרחוב ... שם התגוררה המתלוננת.

לטענת המאשימה, מראהו ופרטי לבושו של הנאשם, תאמו את התיאור שמסרה המתלוננת לשוטר בן-נתן זמן קצר לפני כן. יתרה מזאת; לפי הטענה, מדובר בפרטי מראה ולבוש ייחודיים המבססים את התזה המפלילה. מה דינה של טענה זו? לשם כך יש לבחון שתי שאלות מקדימות: ראשית, מה היה התיאור שמסרה המתלוננת מיד לאחר האירוע לעניין המראה ופרטי הלבוש של מבצע העבירות. ושנית, מה היה מראה הנאשם ולבושו בעת שנעצר.

קביעת ממצאים בשאלת התיאור הראשוני שמסרה המתלוננת

21. שאלה מרכזית הנתונה במחלוקת בין הצדדים הינה מהו התיאור שמסרה המתלוננת לשוטר בן-נתן בסמוך לאחר האירוע, שהועבר לניידת הסיור שאיתרה את הנאשם. המאשימה ביקשה להסתמך בעניין זה על המזכר שרשם השוטר בן-נתן ת/ 5 וכן על העדויות של השוטר יוני ריקנר ושל המתלוננת עצמה. מנגד, טענת הסנגור היא כי קיים חשש לזיהום העדויות בהקשר הנדון באופן שלטענתו אינו מאפשר קביעת ממצאים בסוגיה.

בחנתי את חומר הראיות בקפידה. נוכח טיעוני הסנגור כפי שיפורטו להלן, ראיתי לנקוט זהירות ולבסס את הממצאים בשאלת התיאור הראשוני שמסרה המתלוננת לשוטר בן-נתן, על דברים שמסרה המתלוננת בפתח עדותה המוקדמת בבית-המשפט. אבהיר נימוקיי לכך.

22. נקודת המוצא הינה כי אין בחומר הראיות הקלטה של הדיווח שנמסר בגל הקשר לניידות הסיור, לאחר שהמתלוננת מסרה תיאור ראשוני של מבצע העבירות לשוטר בן-נתן בסמוך לאחר האירוע. לטענת המאשימה, יש ללמוד על התיאור הראשוני שמסרה המתלוננת בראש ובראשונה מת/ 5, שהינו מזכר שרשם השוטר בן-נתן והוגש לבית-המשפט כראיה מכוח כלל הקפאת הזכירה שבעבר (עמ' 55 לפרוטוקול). במזכר ת/ 5 רשם השוטר בן-נתן כדלקמן:

"...פגשנו את המודיעה...מסרה כי התעוררה משנתה וראתה חשוד גבר מעליה שחסם את פיה וניסה להפשיט אותה. כשזאת השתחררה ממנו החלה לצרוח והחשוד קפץ מהמרפסת לגג רעפים ממול...

המודיעה לאחר שנרגעה הוציאה תיאור לבוש של החשוד. לטענתה לבש קפוצ'ון כחול עם סימנים אפורים. זוכרת כי היה כיתוב מקדימה על הבגד באנגלית. זוכרת את האות A וכן זוכרת צורה עגולה על החולצה מקדימה. מסרה כי לבש מכנס ג'ינס בהיר וכמו כן מסרה כי אולי היו לו נעליים כמו מגפיים וכן מסרה כי היה לו זקן צרפתי קצר והיה עם גוון עור כהה...".

(ההדגשות אינן במקור - ד.כ.ל)

המזכר הנדון מתאר דברים שמסרה המתלוננת באוזני השוטר בן-נתן דקות ספורות לאחר האירוע (ראו: בפיסקה 20 לעיל). אין חולק כי המזכר ת/ 5 מהווה ראיה קבילה לעצם אמירת הדברים באוזני השוטר. בתגובתה בכתב מיום 24.9.2013, הוסיפה וטענה באת-כוח המאשימה כי המזכר ת/ 5 מהווה ראיה קבילה גם לעניין אמיתות תוכנו, נוכח חריגי הרס-גסטה. הסנגור התנגד לכך. בלא להביע עמדה בסוגיה האחרונה, אני סבורה כי השאלה המרכזית המתעוררת לגבי המזכר ת/ 5 היא שאלת משקלו הראייתי. בעניין זה, ראיתי לנקוט זהירות.

בחקירתו הנגדית, אישר השוטר בן-נתן כי המתלוננת דיברה עימו באנגלית וכי הוא מבין אנגלית "ברמה 7". השוטר בן-נתן הוסיף וציין כי מצא את המתלוננת נסערת, וכי החברות שלה שהיו עימה בדירה ודוברות עברית "עזרו לנו עם התיאור של החשוד...היה צריך להוציא תיאור עם פרטים קטנים ולכן נעזרנו גם בחברות" (עמ' 56, ש' 5-8 לפרוטוקול). מכאן עולה שהתיאור שנרשם בת/ 5 הינו תרגום לעברית של דברים שנאמרו באנגלית ולא נכתבו בשפת המקור. זאת ועוד; התרגום לא נעשה על-ידי השוטר בן-נתן לבדו, אלא בסיוען של החברות שהקיפו את המתלוננת שהיתה אותה עת נסערת. בנסיבות כאלה, עלול להתעורר חשש לא מופרך מפני חוסר דיוק או אי הבנות בתרגומו של התיאור המקורי שנמסר על-ידי המתלוננת בשעת אמת. דוגמה ניתן למצוא בכך שבמזכר ת/ 5 רשם השוטר בן-נתן כי החשוד ניסה להפשיט את המתלוננת. זאת, על-אף שאין מחלוקת כי המתלוננת עצמה לא העלתה טענה מסוג זה בשום שלב - לא בהודעותיה המשטרתיות (נ/ 1, נ/ 2), לא בעימות עם הנאשם (ת/ 11) ולא בעדותה המוקדמת במשפט. משנשאל על כך השוטר בר-נתן בחקירה נגדית, השיב הלה כי: "הדברים הראשונים שהקורבן מסרה בשטח והחברות שלה תרגמו זה מה שנרשם בת/ 5" (עמ' 58, ש' 12 לפרוטוקול). העובדה שבת/ 5 נרשם כביכול מפי המתלוננת כי החשוד ניסה להפשיט אותה, על-אף שברור שהמתלוננת עצמה לא טענה כך בשום שלב לאחר מכן, תומכת בטענת הסנגור כנגד מידת הדיוק של הדברים שנרשמו בת/ 5 כביכול מפי המתלוננת. יוער כי חברותיה של המתלוננת ששמעו את התיאור שמסרה המתלוננת בשעת אמת וסייעו במלאכת התרגום, לא התבקשו למסור עדות במשטרה ולא נחקרו אודות הדיווח שנמסר.

אוסיף ואומר כי אין חולק שהשוטר בן-נתן, לא היה נוכח בעת תפיסת הנאשם על-ידי השוטר יוני ריקנר שישב בניידת הסיור. עם זאת, המזכר ת/ 5 מסתיים במלים: "תוך כדי סריקות אותר חשוד העונה לתיאור ע"י אופק 1, ראה דוח פעולה מצורף. המודיעה הובלה לתחנה להגשת תלונה. דווח למוקד". מהמשפט הנ"ל עולה לכאורה כי המזכר לא נרשם סימולטנית בעת שהמתלוננת מסרה תיאור של מבצע העבירות, אלא הוא נרשם מאוחר יותר - לאחר שהנאשם כבר נעצר והמתלוננת הובאה לתחנת המשטרה. פער זמנים זה בכתיבת המזכר עלול אף הוא לחזק את החשש שמא התיאור המופיע במזכר עלול להיות לא מדויק בפרטיו.

יתרה מזאת; בחקירתו הנגדית מסר השוטר בן-נתן כי לאחר שהביא את המתלוננת לתחנת המשטרה למסירת עדות, הוא שמע בקשר כי נעצר חשוד שלפי הנטען עונה לתיאור שמסרה המתלוננת בעת שתחקר אותה בדירתה. בשלב זה, פנה השוטר בן-נתן אל משרדו, וראה את החשוד יושב ליד המשרד (עמ' 56, ש' 22-27; עמ' 57, ש' 6-10, ש' 31-32; עמ' 58, ש' 5-7, ש' 25-27 לפרוטוקול). על-גבי המזכר ת/ 5 לא מצוינת השעה בה נרשם המזכר, אולם מעדותו של השוטר בן-נתן עולה אפשרות ממשית כי המזכר נרשם לאחר שבן-נתן כבר ראה את הנאשם שהמתין ליד משרדו. בנסיבות אלה, העלה הסנגור חשש ל"זיהום" התיאור המופיע במזכר ת/ 5: שמא פרטים ממראהו של הנאשם כחשוד היושב ליד משרדו של השוטר בן-נתן, השתרבבו בדיעבד - ולוּ בלא משים - לתוך פרטי המזכר שרשם השוטר לגבי התיאור שמסרה המתלוננת באוזניו מלכתחילה.

23. החשש האחרון, שבמבט ראשון עלול להראות ערטילאי, יכול לקבל המחשה מסוימת בעדותו של השוטר יוני ריקנר. השוטר ריקנר הינו מתנדב במשטרה שאיתר את הנאשם ברחוב ועצר אותו. השוטר ריקנר העיד כי האירוע זכור לו מאחר שלא בכל משמרת בבילוש הוא מעורב בתפיסת חשודים, וכן מאחר שמדובר באריתראי היחיד שהוא היה מעורב במעצרו מתחילת עבודתו במשטרה ועד היום (עמ' 64 לפרוטוקול). השוטר ריקנר העיד בפתח החקירה הראשית כדלקמן:

"נתקבל דיווח על אדם אשר בגובה 1.80 לערך, פנים כהות, שיש לו זקן צרפתי קטן וג'ינס בהיר וסווצ'ר בצבע כהה עם האות "איי" (לא זכור לי אם איי גדולה או קטנה), וציור של אליפסה אשר פרץ לדירה..."

(עמ' 63 ש' 14 לפרוטוקול; ההדגשה אינה במקור – ד.כ.ל).

הנה כי כן, השוטר ריקנר העיד כי קיבל דיווח בין היתר על "ציור של אליפסה". עם זאת, מעיון במזכר ת/ 5 ובעדותו של השוטר בן-נתן במשפט; וכן מעיון בהודעותיה של המתלוננת במשטרה (נ/ 1, נ/ 2) וכן בעדותה המוקדמת במשפט; עולה בבירור כי הן השוטר בן-נתן והן המתלוננת לא עשו בשום שלב שימוש בביטוי "אליפסה". כל העת, דובר על "הדפס עגול" או על "צורה עגולה". אוסיף ואומר כי גם בעימות שנערך בין המתלוננת לנאשם, כאשר החוקר ביקש מהנאשם להוריד את ז'קט העור שלבש, ולעיניי המתלוננת נגלתה צורת האליפסה שעל הקפוצ'ון שלבש הנאשם, אמרה המתלוננת כי היא "מזהה את הכיתוב על הבגד ואת הצורה של הסימן העגול על הבגד" (ת/ 11, ש' 102; ההדגשה אינה במקור - ד.כ.ל). כלומר, אף כאשר המתלוננת ראתה צורה של אליפסה, היא אמרה "סימן עגוֹל". השוטר ריקנר נשאל בחקירה נגדית כיצד יתכן שלטענתו הוא קיבל דיווח ראשוני על "אליפסה", בעוד השוטר בן-נתן והמתלוננת לא עשו מעולם שימוש בביטוי זה. השוטר ריקנר עמד על כך שזכור לו שקיבל מלכתחילה דיווח על "אליפסה", ואף עמד על כך שאין לו כל אינטרס שלא לומר את האמת (עמ' 67 לפרוטוקול).

השוטר ריקנר העיד לפניי והתרשמתי כי מדובר בעד שאינו אומר דבר-שקר מכוון. יחד עם זאת, עדותו יכולה לשמש דוגמה לעד המשוכנע באמיתות דבריו, בלא להיות מודע להשפעות לא מכוונות על זכרונו. העובדה כי הן השוטר בן-נתן והן המתלוננת לא עשו בשום שלב שימוש בביטוי "אליפסה" - לא במשטרה ולא בעדותם בבית-המשפט - מעוררת חשש ממשי שמא השוטר ריקנר ראה את צורת האליפסה על-גבי הקפוצ'ון שלבש הנאשם כאשר האחרון נעצר על-ידו, ובלא משים הביטוי "אליפסה" הוטבע בזיכרונו כאילו היה חלק מהדיווח הראשוני שנמסר מלכתחילה. זאת, באופן העלול ליצור טשטוש בעייתי בין התיאור שנמסר על-ידי המתלוננת טרם תפיסת הנאשם, לבין מראה הנאשם לאחר תפיסתו.

24. הנה כי כן, שני השוטרים - בן-נתן וריקנר - העידו על הדיווח הראשוני שמסרה המתלוננת לעניין המראה ופרטי הלבוש של מבצע העבירות. על-אף שהמאשימה סברה כי יש לתת את מלוא המשקל הראייתי לעדויות הנדונות, העדפתי בנסיבות העניין לנקוט בגישה זהירה. אדגיש כי אינני קובעת כי מכלול התיאור הראשוני עליו העידו השוטרים אינו מדויק. בוודאי שאינני קובעת כי מי מהשוטרים מסר במודע מידע שלא שיקף את התיאור שמסרה המתלוננת. יחד עם זאת, מהטעמים עליהם עמדתי, ונוכח העובדה שעסקינן במשפט פלילי, העדפתי מחמת הזהירות שלא להישען על עדויות אלה לצורך קביעת ממצאים בשאלה מה היה התיאור שמסרה המתלוננת מלכתחילה - טרם תפיסת הנאשם - לעניין המראה ופרטי הלבוש של מבצע העבירות.

25. אפנה, אפוא, לבחון את עדותה של המתלוננת עצמה. בפתח עדותה המוקדמת בבית-המשפט, נשאלה המתלוננת בחקירה ראשית מה היה התיאור שמסרה לשוטר שהגיע לדירתה. המתלוננת השיבה לשאלה זו כדלקמן:

"פנים צרות, אף ישר, זקן קצר בסגנון גותי. הוא לא היה מאוד גבוה. אני אמרתי בערך בגובה של חמישה פיט ושמונה אינצ'. הוא לבש קפוצ'ון בצבע של כחול ואפור. היה איזה כיתוב באזור החזה, איזשהו הדפס עגול, מתחת לכיתוב היה הדפס עגול. צבע עור כהה. עיניים חומות. הוא לבש סווצ'ר וג'ינס".

(עמ' 7 ש' 28 עד עמ' 8 ש' 2 לפרוטוקול).

בהמשך לדברים אלה, מופיע בפרוטוקול הדיון כדלקמן:

"ב"כ המאשימה: אני שוב מבקשת לרענן את הזיכרון מהמזכר – בעניין התיאור אני מבקשת לצטט...

ב"כ הנאשם: אני מתנגד.

ב"כ המאשימה: התיאור לבוש של החשוד לטענתה לבש קפוצ'ון כחול עם סימנים אפורים. זוכרת שהיה כיתוב מקדימה על הבגד באנגלית. זוכרת את האות איי וצורה עגולה.

ב"כ המאשימה: הספקת לקלוט את כל מה שאמרה?

א.ג [המתלוננת באמצעות המתורגמנית מאנגלית לעברית – ד.כ.ל]: אני אמרתי לה רק את הסוף.

ב"כ המאשימה: אוקי אז תתרגמי מההתחלה – אני זוכרת כי היה כיתוב מקדימה על הבגד באנגלית. זוכרת את האות איי, זוכרת צורה עגולה. את זוכרת את הדברים האלה?

א.ג [המתלוננת – ד.כ.ל]: כשדחפתי אותו מהחזה ראיתי את זה"

(עמ' 8 ש' 3-14 לפרוטוקול; ההדגשות אינן במקור – ד.כ.ל).

יובהר מיד כי התנגדויות הסנגור לשאלות באת-כוח המאשימה במסגרת העדות המוקדמת של המתלוננת לא הוכרעו על-אתר, שכן כב' השופט שמעוני קבע כי בית-המשפט שידון בתיק עצמו הוא שיכריע בהן (עמ' 7, ש' 1-3 לפרוטוקול).

על רקע כל אלה, עיינתי בהודעותיה המשטרתיות של המתלוננת (נ/ 1, נ/ 2). משם עולה בבירור כי המתלוננת לא מסרה בהודעותיה המשטרתיות כי היה על הבגד של מבצע העבירות כיתוב באנגלית דווקא, ואף לא מסרה שהבחינה באות "איי" על הבגד. בהתחשב בכך, ונוכח העובדה שבאת-כוח המאשימה עשתה שימוש במילה "מזכר" כאשר ביקשה לרענן את זיכרונה של המתלוננת במהלך מתן העדות המוקדמת, הרי כפי הנראה "רענון הזיכרון" בקטע שצוטט לעיל, לא נעשה באמצעות הודעותיה המשטרתיות של המתלוננת, אלא באמצעות המזכר ת/ 5 שרשם השוטר בן נתן ואשר אליו התייחסתי כבר בפיסקה 22 לעיל. יוער כי באת-כוח המאשימה נשאלה על-ידי בית-המשפט על אפשרות זו במסגרת סיכומיה בעל-פה. היא מסרה כי אינה זוכרת באמצעות איזה מסמך רעננה את זיכרונה של המתלוננת במהלך מתן עדותה המוקדמת, אך לא שללה אפשרות כי הדבר נעשה באמצעות המזכר ת/ 5 שרשם השוטר בן-נתן (ראו: עמ' 105 לפרוטוקול וכן תגובת המאשימה בכתב מיום 23.9.2013). טענתה של באת-כוח המאשימה בהקשר זה היתה כי אף אם כך אמנם נעשה, הרי מותר היה לרענן את זיכרונה של המתלוננת באמצעות המזכר ת/ 5, שכן באותו מזכר רשם השוטר בן-נתן את תיאורו של מבצע העבירות כפי שהמתלוננת מסרה באוזניו.

טענתה האמורה של באת-כוח המאשימה מעוררת קושי. אף אם לצורך הדיון אניח כטענת המאשימה כי המזכר שרשם השוטר בן-נתן (ת/ 5) מהווה עדות קבילה לעניין אמיתות התוכן בהיותו מתייחס לאמרת המתלוננת בסמוך לאחר ביצוע עבירת אלימות כנגדה (וכאמור אינני מכריעה בסוגיה זו), עדיין יש צורך להכריע בעניין משקלו הראייתי של המזכר. לעניין זה אפנה לקשיים אליהם התייחסתי לעיל בפיסקה 22 ואילך. מכל מקום, אני בדעה כי לא היה מקום להצגת שאלותיה של באת-כוח המאשימה בדרך שבה הוצגו למתלוננת. מנוסח הדברים בפרוטוקול (המתועדים גם בדיסק ההקלטה של העדות המוקדמת מטעם בית-המשפט) השתמע לכאורה כי המתלוננת מסרה בהודעותיה במשטרה, כי מבצע העבירות לבש בגד עם כיתוב מקדימה באנגלית ועם האות "איי". כפי שצוין לעיל, לא כך היו פני הדברים, שכן המתלוננת לא מסרה פרטים אלה בהודעותיה המשטרתיות (נ/ 1, נ/ 2). זאת ועוד; פרטים אלה לא הוזכרו על-ידי המתלוננת בעימות מול הנאשם (ת/ 11, ש' 102). הכיתוב באנגלית והאות "איי" גם לא הופיעו בתיאור פרטי הלבוש שהמתלוננת מסרה בפתח עדותה המוקדמת במשפט.

אם וככל שבאת-כוח המאשימה התכוונה לשאול את המתלוננת על דברים שנרשמו במזכר ת/ 5, היה עליה להבהיר במפורש למתלוננת כי אין מדובר ברענון זיכרון באמצעות דברים שהמתלוננת אמרה בהודעותיה המשטרתיות, אלא מדובר בדברים שנרשמו במזכר של השוטר בן-נתן. והכל - במסגרת מאפייניה וגבולותיה של חקירה ראשית (או חקירה חוזרת בנסיבות המאפשרות זאת). לא זו היתה דרך ההילוך במקרה דנן. בנסיבות אלה, לא ניתן להתעלם מהחשש שמא הדרך השגויה של הצגת הדברים, עלולה היתה להדריך או להשפיע על זיכרונה על המתלוננת במסגרת המשך העדות המוקדמת (אף שלא במכוון או שלא במודע).

26. בהתחשב בחשש האמוּר, ראיתי לנקוט בזהירות אף בהקשר הנדון, ונמנעתי מלסמוך על תשובותיה של המתלוננת בנוגע לפרטים אליהם היא התייחסה בעדותה לאחר אותו "רענון זיכרון" מעורר קושי. כך למשל, נמנעתי מליתן כל משקל לדברי המתלוננת בהמשך העדות המוקדמת - לאחר שהוקראו לה פרטים מתוך ת/ 5 - לפיהם "אני חושבת שהיה שם האות איי...אני זוכרת שאמרתי את זה" (עמ' 8 ש' 14; עמ' 15 ש' 27-30 לפרוטוקול).

27. בסופה של בחינה, אני סבורה כי ניתן וראוי לקבוע ממצאים בשאלה מה היה התיאור שמסרה המתלוננת מלכתחילה לעניין המראה ופרטי הלבוש של מבצע העבירות, על-סמך דבריה של המתלוננת עצמה בפתח עדותה המוקדמת, טרם "רענון הזיכרון" הבעייתי אליו התייחסתי. התיאור שמסרה המתלוננת בפתח עדותה המוקדמת צוטט בפיסקה 25 לעיל, אולם למען נוחות הקריאה אביאו שוב כלשונו:

"פנים צרות, אף ישר, זקן קצר בסגנון גותי. הוא לא היה מאוד גבוה. אני אמרתי בערך בגובה של חמישה פיט ושמונה אינצ'. הוא לבש קפוצ'ון בצבע של כחול ואפור. היה איזה כיתוב באזור החזה, איזשהו הדפס עגול, מתחת לכיתוב היה הדפס עגול. צבע עור כהה. עיניים חומות. הוא לבש סווצ'ר וג'ינס".

(עמ' 7 ש' 28 - עמ' 8 ש' 2 לפרוטוקול).

מדובר בתיאור שנמסר בעדות מוקדמת לפני בית-המשפט ביום 10.2.2013, כשבועיים בלבד לאחר המקרה. כבר עמדתי על כך שהמתלוננת הינה עדה אמינה בעיניי. אינני סבורה כי דבריה בפתח העדות המוקדמת לוקים בחשש ממשי לאי דיוק או ל"זיהום" מסוג כלשהוא. זאת ועוד; התיאור שנמסר בפתח העדות המוקדמת תואם ברובו הגדול לתיאור שהמתלוננת מסרה בהודעתה המשטרתית הראשונה (נ/ 1) שנגבתה ממנה כשעה ורבע לאחר האירוע, טרם עריכת מסדר זיהוי התמונות וטרם עריכת העימות עם הנאשם. אוסיף כי בחקירתה הנגדית הבהירה המתלוננת ש"זקן קצר בסגנון גותי" הכוונה לזקן צרפתי (עמ' 13 ש' 13 לפרוטוקול). יוער כי צפייה בקלטת העדות המוקדמת מלמדת כי במענה לשאלה מה הכוונה בזקן גותי, הדגימה המתלוננת שפם מעל הפה וזקן בסנטר, אך לא בצידי הפנים.

במאמר מוסגר, ולמען שלמות התמונה, אציין כי בהודעתה במשטרה (נ/ 1) התייחסה המתלוננת לפרטים נוספים כגון: תיאור נעליים וכן מבנה-גוף ורוחב כתפיים של מבצע העבירות. פרטים אלה לא הוזכרו כלל בעדותה של המתלוננת בבית-המשפט, אלא רק בהודעתה המשטרתית. הודעה משטרתית זו הוגשה כראיה על-ידי ההגנה במישור האמינות בלבד, להבדיל מראיה לאמיתות התוכן. לפיכך, ראיתי להתעלם מאותם פרטי תיאור. מטעמים עליהם עמדתי לעיל, ומחמת הזהירות, גם לא ראיתי להישען על פרטי התיאור שהופיעו בעדויותיהם של השוטרים בן-נתן וריקנר, ככל שאלה לא הופיעו בתיאור שנמסר בפתח העדות המוקדמת של המתלוננת (כגון כיתוב באנגלית והאות "איי").

מראה הנאשם ולבושו בעת מעצרו

28. לאחר שקבעתי ממצאים בשאלה מה היה התיאור שמסרה המתלוננת מיד לאחר האירוע, עולה השאלה כיצד נראה הנאשם כאשר נעצר כעשרים דקות לאחר מכן, ברחוב הסמוך לדירת המתלוננת. בעניין זה, הגישה המאשימה את התצלומים ת/ 6 שהינם תצלומים בשחור-לבן. אין מחלוקת כי לא ידוע מי צילם תצלומים אלה ומה היה מועד צילומם. נראה כי הם צולמו בתחנת המשטרה, וזאת לפי המכונות ומספרי החדרים הנראים ברקע (עמ' 77-78 לפרוטוקול). עם זאת, אין לכך חשיבות ממשית מהטעם שיובהר להלן.

הנאשם אישר בעדותו במשפט כי הוא זה אשר מצולם בתצלומים ת/ 6. בנוסף אישר הנאשם כי הבגדים אותם הוא נראה לובש בתצלומים, נרכשו על-ידו טרם המעצר, וכי הוא לבש בגדים אלה ביום בו נעצר (עמ' 89-91 לפרוטוקול). אוסיף ואומר כי הנאשם נראה לבוש באותם בגדים בצילומים שצולמו לקראת מסדר זיהוי התמונות (ת/ 4; עמ' 70 ש' 25 לפרוטוקול). זאת ועוד; הנאשם היה לבוש באותו אופן במהלך העימות המצולם עם המתלוננת, שם ניתן להבחין גם בצבעי הבגדים (ת/ 12, דיסק 2). בעדותו בבית-המשפט אישר הנאשם כי מרגע שנעצר ועד העימות המצולם עם המתלוננת ביום 28.1.2013, לא החליף את בגדיו (עמ' 91 לפרוטוקול). אוסיף כי השוטרים יוני ריקנר וישראל בן-נתן אישרו בעדותם בבית-המשפט כי ביום 25.1.2013 (יום האירוע שהוא גם יום המעצר), הנאשם היה לבוש בבגדים בהם הוא נראה לבוש בתצלומים ת/ 6 (עמ' 60, 64 לפרוטוקול).

משקיימים מספר עדים – ובראשם הנאשם עצמו – המאשרים זאת, אני קובעת כי על-אף שלא ברור מי צילם את התצלומים ת/ 6 ומה מועד צילומם המדויק, הרי הם מהווים ראיה קבילה ובעלת משקל לעניין מראהו של הנאשם בעת מעצרו (לעניין קבילותו של צילום, ראו גם: יעקב קדמי על הראיות - חלק שלישי 1307 (2009)). יוער כי למיטב הבנתי, גם הסנגור נמנע מלטעון אחרת בסיכומיו.

29. עיון בתצלומים ת/ 6 וכן במראהו ובפרטי לבושו של הנאשם בקלטת העימות עם המתלוננת (ת/ 12), מעלה כי הנאשם היה לבוש בקפוצ'ון בצבע כחול כהה ועליו כיתוב באנגלית "MASTER" בצבע לבן. מתחת לכיתוב באנגלית, בצד שמאל של החולצה, קיימת צורה אליפטית, כששני פסים חותכים אותה לאורך, ומימינה כיתוב נוסף באנגלית באותיות קטנות יותר. על הקפוצ'ון הנ"ל לבש הנאשם ז'קט עור, וכן לבש ג'ינס כחול. אשר למראה פניו של הנאשם – מדובר באדם כהה-עור, עם צבע עיניים כהה. מתחת לאפו של הנאשם, מעל השפה העליונה של הפה, קיים שפם (ראו גם עמ' 94 ש' 12 לפרוטוקול). כמו-כן, ניתן להבחין בזקן קטן באזור הסנטר (יוער כי הזקן לא נראה בבירור בתצלומים ת/ 6 וכן בקלטת ת/ 12, אולם כך עולה מתצלום פניו של הנאשם במסדר זיהוי התמונות - ת/ 9 תמונה מס' 3).

מידת ההתאמה בין התיאור שמסרה המתלוננת לבין מראה הנאשם בעת שנעצר ומשמעותה הראייתית

30. שתי שאלות עומדות לפתחי כעת: האחת, מהי מידת ההתאמה בין התיאור שמסרה המתלוננת מיד לאחר האירוע לבין מראה הנאשם. והשנייה, מהי המשמעות הראייתית של התאמה זו ככל שקיימת.

31. בכל הנוגע לשאלה הראשונה - מעיון בתצלומים ת/ 6 ובמראהו של הנאשם בקלטת העימות ת/ 12, ניתן לומר כי הנאשם עונה לעיקרי התיאור הראשוני שמסרה המתלוננת, וכי מידת ההתאמה גבוהה. ניתן להבחין שלנאשם פנים צרות, גוון עור כהה, ועיניים כהות (המתלוננת אמרה "חומות"). לנאשם שפם דק סביב השפה העליונה של הפה וכן זקן קטן על הסנטר, באופן היכול להתאים לתיאור של "זקן קצר בסגנון גותי" או "זקן צרפתי". הנאשם לבש קפוצ'ון בצבע כחול וג'ינס. הצורה האליפטית המופיעה מתחת לכיתוב "MASTER" על-גבי הקפוצ'ון אותו לבש הנאשם, יכולים להתאים לתיאור שמסרה המתלוננת בדבר כיתוב באזור החזה והדפס עגול מתחתיו.

לא נעלמה מעיניי טענת הסנגור לפיה בהודעתה המשטרתית נ/ 1 מסרה המתלוננת כי צורת העיגול הופיעה באמצע החולצה, בעוד שעל הקפוצ'ון אותו לבש הנאשם מודפסת צורה אליפטית וזאת בצד שמאל של החולצה. עם זאת, אינני סבורה כי מדובר בהבדל מהותי. ראשית, אליפסה יכולה להיחשב צורה עגולה. שנית, המתלוננת העידה כי הדפה את מבצע העבירות באזור החזה ויתכן כי בעת ההדיפה, נראה היה למתלוננת כי הצורה העגולה ממוקמת באמצע החולצה. שלישית, במהלך העימות בין הנאשם למתלוננת בתחנת המשטרה, ביקש החוקר מהנאשם להוריד את הז'קט שלבש, ואז מסרה המתלוננת: "אני מזהה את הכיתוב על הבגד ואת הצורה של הסימן העגול על הבגד" (ת/ 11, ש' 102; עמ' 9 ש' 30-31 לפרוטוקול; ההדגשה אינה במקור – ד.כ.ל). אמת, מדובר בזיהוי שאין לתת לו משקל משמעותי שכן אין מדובר בבחירה בין חלופות (ראו: פיסקה 12 לעיל). עם זאת, מדובר באינדיקציה לכך שגם כאשר המתלוננת ראתה את הצורה האליפטית על הקפוצ'ון שלבש הנאשם בעימות, היא כינתה אותה "סימן עגול" וזיהתה אותה ככזאת.

32. אשר לשאלה השנייה - צבע עור כהה, עיניים חומות, סווצ'ר וג'ינס, פנים צרות ואף ישר, כל אחד לעצמו וכולם יחדיו, אינם פרטי מראה או לבוש ייחודיים דים. עם זאת, פרט התיאור הנוסף של זקן קצר בסגנון גותי (זקן צרפתי) וכן פרט התיאור הנוסף של קפוצ'ון עם כיתוב באזור החזה ומתחתיו הדפס עגול, נושאים אופי ייחודי. העובדה כי הנאשם נעצר כשהוא עונה למכלול התיאור האמור בשעת בוקר מוקדמת מאד (בסביבות השעה 04:20) ברחוב הסמוך לדירתה של המתלוננת כעשרים דקות לאחר המקרה, מהווה בעיניי ראיה נסיבתית משמעותית, התומכת בתזה המפלילה של המאשימה. זאת, בכפוף לבחינת ההסבר שהוצג על-ידי הנאשם ובו אדון בהמשך הדברים.

אוסיף ואומר כי מדובר בראייה נסיבתית משמעותית בנסיבות העניין, בין היתר מאחר ויש בכוחה להתמודד עם החשש עליו עמדתי בתחילת הדברים בדבר זיהוי בין-עדתי (ראו פיסקה 9 לעיל). חשש זה רלוונטי במיוחד בכל הנוגע לזיהוי פנים על-ידי עד מזהה המשתייך לקבוצה אתנית שונה, מחשש שבלא משים הוא ייקלע למצב בו מבחינתו "כולם דומים". חשש זה פחות רלוונטי כאשר מדובר בקליטה חזותית של צורת שפם וזקן וכן פרטי לבוש, שאינם קשורים להבדלים בין-עדתיים.

33. בסיום דברים אלה, אעיר כי לא נעלם מעיניי כי כאשר הנאשם נתפס ונעצר, הוא לבש ז'קט עור בצבע כהה על-גבי הקפוצ'ון. המתלוננת אישרה בחקירתה הנגדית כי אינה זוכרת שמבצע העבירות שנכנס לחדרהּ לבש ז'קט או מעיל (עמ' 14, ש' 9-20 לפרוטוקול). לכאורה, ניתן לטעון כי מדובר באי-התאמה בין התיאור שמסרה המתלוננת לבין הלבוש בו נתפס הנאשם. יחד עם זאת, ז'קט הינו פריט לבוש שאפשר להסיר, להניחו במקום מסוים, ואז ללובשו מחדש. מעדות המתלוננת עולה כי מבצע העבירות נאלץ לטפס למרפסת ומשם אף ברח. מכאן שאין לשלול אפשרות כי הז'קט הושאר למטה לפני הטיפוס למרפסת הדירה, ונאסף לאחר הבריחה ממנה.

(ד) גרסת הנאשם

34. הנאשם שלל באופן עקבי כל מעורבות באירוע נשוא כתב-האישום – הן בהודעותיו המשטרתיות, הן בעימות פנים מול פנים שנערך בינו לבין המתלוננת, והן בעדותו במשפט. לאורך כל הדרך, טען הנאשם כי הגיע מאריתריאה לישראל וביקש בה מקלט מדיני. לטענת הנאשם, עד מעצרו שהה בישראל כשמונה חודשים, מתוכם עבד כארבעה חודשים במפעל למחזור נייר בעיר מודיעין. לפי גרסת הנאשם, ביום נשוא כתב-האישום הוא יצא בשעה 04:00 ממקום מגוריו בתלפיות, והלך ברגל לכיוון רחוב אגריפס. ליד מסעדת סימה באותו רחוב, אמורה היתה לאסוף אותו מונית המסיעה אותו ועוד 10 עובדים מירושלים, למפעל במודיעין. בעדותו במשפט טען הנאשם כי ההסעה יוצאת בסביבות השעה 04:20 (בהודעתו המשטרתית ת/ 3 ש' 6 טען הנאשם כי ההסעה יוצאת בסביבות השעה 04:50). העבודה במפעל מתחילה בשעה 05:00 (עמ' 83, ש' 7-9 לפרוטוקול). לדברי הנאשם, ביום האירוע הוא נעצר על-ידי שוטרים בשעה 04:20 ליד מסעדת סימה כאשר המתין להסעה. הנאשם שלל כל קשר לאירוע נשוא כתב-האישום. וכך העיד הנאשם בחקירתו הנגדית:

"ת. הגעתי לישראל לגור, ביקשתי מקלט מדיני, קיבלו אותי, נתנו לי ויזה, הייתי עובד וחי. אם אני מוצא עבודה עובד, אם אני לא מוצא אני לא עובד. פגעתם בכבוד שלי כשתפסתם אותי...אמרה לי שבאתי אליה הביתה, מול המשטרה, היא פגעה בכבוד שלי, היא אמרה שניסיתי לאנוס אותה. נעצרתי ל- 8 חודשים וגם אמשיך עכשיו... לא פחדתי שאני אחזור לאריתריאה, אני רוצה שייצא האמת. ממנה אני לא מרוויח שום דבר. היא פגעה לי בכבוד. לא מכיר אותה. תפסו והביאו אותה, אמרה שכן ניסיתי. גם מישהי שבאה לא מכיר אותה, באה תבעה אותי.

ש. מי הגישה תלונה, הבחורה הזו או אחרת?

ת. אני לא מכיר את הבחורה, המשטרה עצרו אותי. היא הגיעה אחרי 3 ימים, אני מה שחשבתי בראש שלי, כל הזמן רצו לראות לי את הבגדים, חשבתי שיגידו לי גנבת בגדים. היום השלישי היא באה, הודיעו לי שאני ניסיתי להיכנס לבית. זה בשבילי יותר גרוע משאני אמות".

(עמ' 93 ש' 26 עד עמ' 94 ש' 4 לפרוטוקול).

35. בחנתי את עדות הנאשם לפניי בזהירות המתבקשת בשים לב לפערי תרבות ושפה אפשריים. כך למשל, הנאשם התקשה במשך דקות ארוכות במסגרת החקירה הנגדית להבין כיצד יתכן שהוא רואה בתצלומים ת/ 6 את מראה פניו, אולם בגדיו מופיעים בתצלומים בצבעי שחור-לבן, על-אף שבמציאות ואף בקלטת העימות ת/ 12 בגדיו הם בצבעים. רק כאשר בית-המשפט חשש שמא מדובר בפער תרבותי, והבהיר לנאשם באמצעות המתורגמן כי קיימת אפשרות שמדובר במכונת צילום שצילמה את התצלומים ת/ 6 בשחור-לבן, אישר הנאשם כי בתצלומים הנדונים ניתן לראות גם את גופו ובגדיו, ולא רק את פניו (ראו: מעמ' 90 ש' 13 עד עמ' 91 ש' 7 לפרוטוקול).

זאת ועוד; נזהרתי מלייחס משקל משמעותי לסתירות מסוימות בין פרטים שמסר הנאשם במשטרה לבין פרטים שמסר בבית-המשפט. כך למשל, בהודעה המשטרתית ת/ 2 ש' 25 נכתב כי הנאשם אמר שאחיו אבבה ראה אותו יוצא מהבית בבוקר של יום האירוע נשוא כתב-האישום. לעומת זאת, בבית-המשפט טען הנאשם כי אבבה אינו אחיו אלא בן-דודו (עמ' 85 ש' 1-4 לפרוטוקול). סתירות מסוג זה יכולות להיות תולדה של אי הבנות או אי דיוקים בתרגום של דברי הנאשם בחקירת המשטרה. יצוין כי על-אף ההסדר הקבוע [בסעיף 8](http://www.nevo.co.il/law/98639/8) ל[חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים)](http://www.nevo.co.il/law/98639), התשס"ב-2002, ועל-אף פערי השפה בין הנאשם לחוקרים שרשמו את ההודעות המשטרתיות, חלק מחקירות הנאשם (למשל ת/ 2) לא תועדו במשטרה בתיעוד חזותי או קולי. בנסיבות אלה, לא ניתן לבדוק בדיעבד את דיוק התרגום של חלק מהדברים שנאמרו. הדבר צריך לפעול לטובת הנאשם בכל הנוגע לסתירות לכאוריות בין חקירה משטרתית שלא תועדה חזותית או קולית, לבין דברים שנמסרו במשפט.

נוכח האפשרות לפערים תרבותיים, נהגתי בזהירות גם בעת בחינת תגובותיו של הנאשם. כך למשל, באת-כוח המאשימה טענה לפניי כי צפייה בקלטת העימות בין הנאשם למתלוננת (ת/ 12) מלמדת כי בעוד המתלוננת היתה נסערת רגשית למראהו של הנאשם (ולעניין זה התייחסתי כבר בפיסקה 12 לעיל), הרי הנאשם נראה מאופק מאד ולא נראה מופתע או נדהם מהאשמות שהוטחו בפניו. בנסיבות העניין, אינני רואה לתת לטענה זו משקל ממשי. כבר נקבע בפסיקתו של בית-המשפט העליון כי: "...שפת הגוף, הבעות הפנים, נימת הקול, הנכונות ליצור קשר עין ויתר סממני הדיבור שאותם נהוג לקשר עם כנות או חלילה כזב, הם במידה רבה גם תולדה של הקשר תרבותי. על-פי-רוב, אדם שינסה להעריך את מהימנותו של דובר שהינו בן תרבות זרה ידייק בהערכתו פחות מהרגיל, בשל אי-הבנה של מחוות וסממני דיבור שהמשמעות המיוחסת להם בתרבותו של הדובר שונה מזו המיוחסת להם בתרבותו של המאזין..." ([ע"פ 8649/11](http://www.nevo.co.il/case/5608534) אבום נ' מדינת ישראל, פס' 26 ואילך מפי כב' השופטת ד' ברק-ארז (20.12.2012)). בהמשך לדברים אלה, אוסיף כי תרבויות שונות יכולות להיבדל האחת מרעותה גם בעוצמה ובדרך שבה רגשות מוּחצנים ומוּבעים כלפי חוץ. בהתחשב בכך, אינני סבורה כי יש לייחס משקל משמעותי למוּפנמוּת הרגשית של הנאשם בעימות מול המתלוננת, בשים לב לכך שהנאשם הוסיף לעמוד על טענתו כי אינו מי שביצע את העבירות הנטענות.

36. אף-על-פי-כן, ולמרות כל הזהירות המתבקשת, עליי לומר כי עדות הנאשם הותירה רושם מתחמק ובלתי אמין. זאת ועוד; ההסבר התמים שהציג הנאשם לנוכחותו בסמיכות זמנים ומקום לאירוע נשוא כתב-האישום, לא נתמך ולוּ בבדל ראיה חיצונית, באופן שאינו מעורר אמון.

ראשית, אומר כי ספק בעיניי האם ניתן להגיע רגלית בתוך 20 דקות מתלפיות (קניון הדר) לרחוב אגריפס כנטען על-ידי הנאשם. אוסיף כי גרסת הנאשם לפיה מונית אמורה היתה לאוספו למפעל בשעה 04:20 (או בשעה 04:50) וכי העבודה במפעל מתחילה בשעה 05:00, קרי- בשעת בוקר מוקדמת מאד, מעוררת אף היא תהייה, משלא הובאה שום ראיה חיצונית בתמיכה לכך.

שנית, הנאשם לא הביא כל עד או ראיה מטעמו לטענה כי יצא מהבית בשעה הנטענת. זאת, על-אף שהנאשם מסר בחקירתו כי הוא מתגורר ביחד עם קרובי משפחה. לא נעלמה מעיניי טענת הנאשם לפיה הוא איבד את הטלפון הנייד הישן שלו, וכי בטלפון הנייד החדש שקנה, לא מופיעים מספרי טלפון של קרובי משפחה וחברים. יחד עם זאת, בחקירתו הנגדית אישר הנאשם כי צלצל מבית-המעצר לחבר בשם "ברחני" שגר בתל-אביב, ושוחח עימו. אף-על-פי-כן, לא ניסה הנאשם להיעזר באותו חבר או למצוא דרך אחרת כדי לנסות לאתר את קרובי משפחתו, שמא אחד מהם שמע או ראה את שעת יציאתו מהבית ביום הרלוונטי.

שלישית, הן בחקירת המשטרה והן בבית-המשפט לא ידע הנאשם למסור שום פרט על שם המפעל במודיעין בו לפי הנטען הוא עובד, שם המעסיק, שם הנהג שאמור היה להסיעו למפעל, שם האדם שלפי הנטען משלם לו את המשכורת, או שמות ופרטים של עובדים במפעל, מלבד חבר בשם "עימנואל" שבתחילה טען הנאשם כי הוא נמצא בתל-אביב ואחר-כך טען כי הוא גר בירושלים (עמ' 85 ש' 16; עמ' 88 ש' 2 לפרוטוקול). יתרה מזאת; עיון בהודעה המשטרתית ת/ 3 מעלה כי החוקר שבתאי רצה לצאת עם הנאשם לשטח ולהובילו למחנה-יהודה או לאזור בניין כלל, שם לטענת הנאשם נמצא המשרד של מי שמשלם לו משכורת. בתגובה, טען הנאשם שאותו אדם נמצא שם עד השעה 12:00. בעדותו בבית-המשפט הסביר החוקר שבתאי כי נוכח תשובת הנאשם, ומאחר שהחקירה בוצעה בשעה 15:30, הוא נמנע מלצאת עם הנאשם לשטח (עמ' 51 ש' 28 לפרוטוקול). בחקירתו הנגדית בבית-המשפט נשאל הנאשם, בין היתר, כיצד משרד של מפעל גדול עובד רק עד השעה 12:00. לשאלות אלה השיב הנאשם כי לא אמר לחוקר המשטרתי כי המשרד נסגר בשעה 12:00. כשנשאל הנאשם מדוע הגביל את החוקר לשעה 12:00 דווקא, השיב: "חשבתי שלחוקר יהיה טוב את השעות האלה...אמר לי [החוקר] שייקח אותי מחר אז אמרתי טוב, שייקח אותי מחר" (עמ' 87 ש' 7 ו- 14 לפרוטוקול). תשובה זו של הנאשם כאילו דאג לנוֹחוּת החוקר נראית על-פניה תמוהה, והיא סותרת את עדותו של השוטר שבתאי. הימנעותו של הנאשם לצאת עם החוקר לשטח על-מנת להראות לו את המשרד של מקום עבודתו, חותרת תחת אמינות גרסתו.

רביעית, השוטר ריקנר העיד כי כאשר איתר את הנאשם ברחוב, הנאשם הלך בצורה מתנדנדת ונדף ממנו ריח חזק של אלכוהול (עמ' 63, ש' 26 לפרוטוקול). יוער כי בהודעתו הראשונה של הנאשם במשטרה (ת/ 2) לא נרשמה הערת-חוקר כלשהיא בעניין זה. עם זאת, הנאשם נחקר כ- 11 שעות לאחר שנעצר, ויתכן כי עד אז ריח האלכוהול התנדף. הנאשם עצמו שלל במשטרה ובעדותו במשפט כי שתה אלכוהול, וטען באופן סתמי כי הרופא אסר עליו לעשות כן. יתכן כי בכך ניסה להרחיק עצמו הנאשם מכל חשד. מכל מקום, בנסיבות העניין לא מצאתי סיבה ממשית לדחות את עדותו של השוטר ריקנר לעניין ריח האלכוהול החזק שנדף מהנאשם בעת מעצרו. ריח זה אינו מתיישב עם גרסת הנאשם לפיה היה בדרכו לעבודה.

37. למען שלמות התמונה, אני רואה לציין כי בעניין אחר לגביו נחשד הנאשם במהלך חקירתו המשטרתית, הוא נמצא דובר-אמת. כוונתי לכך שבעת שהנאשם נעצר, נמצא באמתחתו כרטיס אשראי שאינו שלו. בחקירתו המשטרתית טען הנאשם כי: "הכרטיס מצאתי בזבל בקרטונים, מצאתי במודיעין" (ת/ 2, ש' 37; ת/ 11, ש' 48). בחקירת המשטרה מול בעלת כרטיס האשראי, היא אישרה שתוקפו של כרטיס האשראי פג ויתכן שהשליכה אותו לזבל, באופן העשוי לתמוך בטענת הנאשם בהקשר זה (נ/ 13; עמ' 79 ש' 3 לפרוטוקול).

דא עקא, לא ניתן להתעלם מכך שעדות הנאשם בכללותה הותירה רושם מתחמק ובלתי אמין, וכי הנאשם לא מסר הסבר אמין ומשכנע הנתמך בראיות חיצוניות לגבי סיבת נוכחותו בשעת בוקר מוקדמת ובלתי שגרתית, בסמיכות זמנים ובקרבת מקום לזירת האירוע נשוא כתב-האישום.

38. בהמשך לדברים האמורים, אני רואה להדגיש כי אף אם אניח כי הנאשם נעצר בסביבות השעה 04:20 בבוקר כשהוא ממתין להסעתו לעבודה ליד מסעדת סימה כנטען על-ידו, אין בכך כדי למנוע אפשרות כי הנאשם ביצע את העבירות בדרכו לעבודה. לא נעלמה מעיניי טענת הסנגור לפיה לא סביר כי הנאשם יבצע את העבירות ואז יוותר בסביבה הקרובה לדירת המתלוננת, במקום להתרחק מהזירה. עם זאת, אין בטענה האמורה כשלעצמה כדי לתת מענה מספק ליתר התהיות העולות מגרסתו העמומה של הנאשם לעניין הימצאותו בשעת בוקר כה מוקדמת בסמיכות מקום ובקרבת זמנים לאירוע, כאשר מראהו ולבושו תואמים בפרטים ייחודיים את התיאור הראשוני שמסרה המתלוננת מיד לאחר האירוע.

(ה) סיכומם של דברים בשאלת זהות מבצע העבירות

39. בחנתי את חומר הראיות שנפרס לפניי בזהירות המתחייבת. מטעמים עליהם עמדתי לעיל, ראיתי לקבוע כי הזיהוי הוודאי של המתלוננת את פניו של הנאשם במסגרת מסדר זיהוי תצלומי הפנים, כשהוא לעצמו, אינו מהווה ראיה בעלת משקל בלעדי או מכריע. יחד עם זאת, שילובה של ראיית הזיהוי ביחד עם העובדה שהנאשם נתפס בשעת בוקר מוקדמת מאד, בקרבת מקום ובסמיכות זמנים לאירוע, כאשר מראהו ולבושו תואמים את אלה עליהם דיווחה המתלוננת גם בפרטים ייחודיים (כדוגמת זקן צרפתי-גותי וכן קפוצ'ון עם כיתוב באזור החזה ומתחתיו צורה עגולה), מוכיחים במשקלם המצטבר את התזה המפלילה של המאשימה מעבר לספק סביר. גרסתו התמוהה של הנאשם לעניין סיבת נוכחותו במקום, אינה מעוררת אמון ואינה נתמכת ולוּ בבדל ראיה חיצונית. אין בכוחה לעורר ספק סביר בראיות המפלילות לעניין זהותו של הנאשם כמבצע העבירות.

המחלוקת בדבר מהות העבירות

40. כפי שפורט בראשית הדברים, בכתב-האישום יוחסו לנאשם שתי עבירות: האחת, כניסה והתפרצות למקום מגורים. והשנייה, ניסיון לביצוע מעשה מגונה.

41. בכל הנוגע לעבירת הכניסה וההתפרצות למקום מגורים – אני סבורה כי יסודותיה של עבירה זו הוכחו מעבר לספק סביר בשים לב לעדות המתלוננת שאף ההגנה אינה חולקת על אמינותה. בכל הנוגע ליסוד הנפשי הנדרש בעבירה זו (מודעות לטיב ההתנהגות ולנסיבות העבירה לצד כוונה לבצע גניבה או פשע), הרי שאלה נלמדים מעצם הכניסה לדירת מגורים לפנות-בוקר מתוך דלת מרפסת סגורה, בחשאי וללא רשות, וכן מעצם הבריחה מדלת המרפסת בסיום האירוע, והכל בלא שהנאשם סיפק הסבר סביר לכך. למען הסר ספק, ועל-אף שלא הועלתה כל טענה בעניין זה, אבהיר כי העובדה שלא נגנב דבר מחדרה של המתלוננת, אין בה כשלעצמה כדי לשלול את היסוד הנפשי הנדון. זאת, הן מאחר שמדובר בעבירה התנהגותית שאינה מחייבת תוצאה; הן מאחר ולא ידוע כמה זמן שהה הנאשם בחדר בטרם התעוררה המתלוננת; והן מאחר שאין הכרח בכוונה לביצוע גניבה דווקא.

42. אשר לעבירה של ניסיון לביצוע מעשה מגונה – בעניין זה אני סבורה כי יש לזכות את הנאשם, שכן לא הוכח שתקיפת המתלוננת נעשתה "לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים" כנדרש לפי הגדרת "מעשה מגונה" [בסעיף 348(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f) לחוק. בחינת עדות המתלוננת בבית-המשפט מלמדת כי המתלוננת לא טענה שהנאשם נגע בה בטרם התעוררה משנתה (עמ' 5-7, 22 לפרוטוקול). זאת ועוד; השמת היד על פיה של המתלוננת נעשתה רק לאחר שהמתלוננת החלה לצעוק. מתיאור האירוע על-ידי המתלוננת עולה כי הנאשם אחז בה עד שהיא הדפה אותו באזור החזה. לאחר מכן, הנאשם תפס את המתלוננת מאחורה והיא נפלה קדימה, ואז הנאשם שמע קולות נוספים בבית וברח דרך המרפסת. למותר לציין כי בשום שלב לא טענה המתלוננת כי הנאשם ניסה להפשיט אותה (על-אף שכך נכתב במזכר של השוטר בן-נתן – ת/ 5). מכל אלה עולה כי המטרה המינית לא הוכחה כלל. אעיר כי אף אם הנאשם נשען על מיטתה של המתלוננת (עמ' 6 ש' 7 לפרוטוקול) אין בכך בלבד כדי להוכיח מעבר לספק סביר כי המעשים בוצעו "לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים".

43. יחד עם זאת, אני סבורה כי הוכחה מעבר לספק סביר אשמתו של הנאשם בעבירה של תקיפה לפי הוראת-[סעיף 381(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/381.a.3) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) שזו לשונה:

381. תקיפות שונות

(א) העושה אחת מאלה, דינו - מאסר שלוש שנים:

...

(3) תוקף חברו כדי להתנגד למעצר או ללכידה כדין, שלו עצמו או של זולתו, בשל כל עבירה, או למנוע לכידה או מעצר כאמור.

במקרה דנן, הוכח שלאחר שהנאשם התפרץ לדירתה של המתלוננת וזו הבחינה בו והחלה לצעוק, סתם הנאשם את פיה בידו. לאחר מאבק פיזי בין השניים, המתלוננת נפלה ואילו הנאשם שמע קולות של אנשים אחרים בבית, ואז הוא נמלט דרך המרפסת. בנסיבות אלה, אני סבורה כי הוכחו היסודות העובדתיים והנפשיים של העבירה הנדונה, שכן הנאשם תקף את המתלוננת מיד כאשר החלה לצעוק, וזאת כדי למנוע את לכידתו לאחר שהתפרץ לדירתה שלא כדין. הבריחה מדלת המרפסת בסיום האירוע, מלמדת אף היא על היסוד הנפשי שהתקיים בנאשם.

לנאשם ניתנה הזדמנות להתגונן מפני עבירה זו כעולה מסיכומיו בעל-פה של הסנגור (ראו: עמ' 106 לפרוטוקול). אציין כי נוכח קו ההגנה בו נקט הנאשם אשר הכחיש כל מעורבות באירוע נשוא כתב-האישום, ובשים לב לכך שהרשעתו הינה בעבירה שעונשה קל יותר מעונשה של העבירה שיוחסה לו מלכתחילה, הרי אין בהפעלת הסמכות לפי [סעיף 184](http://www.nevo.co.il/law/74903/184) ל[חוק סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law/74903) [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 בנסיבות העניין, כדי לקפח את הגנת הנאשם. לפיכך, אני רואה להרשיע את הנאשם בעבירה לפי [סעיף 381(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/381.a.3) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), וזאת בהתאם להסדר הקבוע [בסעיף 184](http://www.nevo.co.il/law/70301/184) הנ"ל.

5129371סוף דבר

5467831344. אני מרשיעה את הנאשם בעבירת כניסה והתפרצות למקום מגורים, לפי [סעיף 406(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/406.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). אני מזכה את הנאשם מעבירה של ניסיון למעשה מגונה שיוחסה לו בכתב-האישום, אך מרשיעה אותו תחתיה בעבירת תקיפה כדי למנוע לכידה כדין בשל עבירה, לפי [סעיף 381(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/381.a.3) לחוק.

ניתנה היום, ה' חשון תשע"ד , 09 אוקטובר 2013, במעמד הצדדים

דנה כהן לקח 54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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