



ע"פ 34737/04/18 - מדינת ישראל נגד גלאל שעבנה

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
בפני כב' השופטים ארנון דראל, ענת זינגר, חגית מאק-קלמנוביץ
ע"פ 34737-04-18 מדינת ישראל נ' שעבנה
31 אוקטובר 2018

בעניין: מדינת ישראל
ע"י עוה"ד זוהר גיאת, נתנאל דגן
פרקליטות מחוז ירושלים-פלילי
נגד

המעוררת

גלאל שעבנה
ע"י עו"ד עבד דראושה
המשיב

פסק דין

השופטת ענת זינגר:

1. בפנינו ערעור על הכרעת דינו של בית משפט השלום בירושלים (כבוד השופט ד' פולוק) מיום 7.3.2018 במסגרת ת.פ. 21929-02-11. ביהמ"ש קמא זיכה את המשיב, מחמת הספק, מביצוע של עבירות התפרצות למקום מגורים בכוונה לבצע עבירה או פשע, עבירה לפי סעיף 406(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "החוק"), וגניבה, עבירה לפי סעיף 384 לחוק. בצד האמור הרשיע ביהמ"ש קמא את המשיב בביצוע כניסה לישראל שלא כחוק, עבירה לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: "חוק הכניסה לישראל"). בגין האמור נגזר על המשיב ביום 7.3.18 לחתום על התחייבות כספית בסך ₪ 2,500 כי לא יעבור בתוך 18 חודשים מאותו מועד עבירה על חוק הכניסה לישראל. המדינה, היא המערערת, טוענת כי היה זה מין הדין להרשיע את המשיב בכל המיוחס לו, על יסוד הראיות שהוצגו. כתב האישום:

2. בכתב אישום אשר הוגש כנגד המשיב לבית משפט השלום בירושלים, עוד ביום 13.2.11 - נטען כי ביום 7.2.2011 בשעה 20:00 לערך, ברחוב חכמי יוסף דירה 5, בבנין 6, בירושלים, התפרץ המשיב לדירה בה שוהה מאיר סיגאוי, המתלונן, בכוונה לבצע גניבה או פשע, וגנב מתוכה. המשיב התפרץ אל הדירה באמצעות עקירת הסורג ופתיחת חלון חדר השינה. לאחר מכן, נכנס לדירה והחל לחטט בארונות שבחדרים והפך את תכולתם. בהיותו בדירה, גנב המשיב ממנה רכוש אשר פורט באישום. בהמשך, בעת שהמשיב יצא מהדירה דרך הדלת המובילה לחצר, הבחין בו המתלונן וצעק לו לעצור. המשיב נמלט דרך חצר השכנים ובשלב זה החלה האזעקה לפעול. המשיב נמלט בריצה דרך מרפסת הבית והחליק תוך כדי ירידתו במדרגות. כאשר אלעד אללוף, בן השכנים, שמע את האזעקה ואת



צעקות המתלונן - צעק למשיב לעצור. המשיב קם וברח מהמקום ונעצר בהמשך על ידי שוטרים. המשיב, תושב האזור, שהה אז בתחומי מדינת ישראל מבלי שהחזיק באישור כניסה ו/או שהייה כדין ומעבר לייחוס העבירה הכרוכה בכך, יחס לו כאמור כתב האישום גם עבירות של התפרצות למקום מגורים בכוונה לבצע גניבה או פשע וכן גניבה. הדיונים בבית משפט קמא:

3. המשיב לא התייצב לדיונים רבים. ההיעדרויות היו בחלקן מחמת קושי לתאם כניסתו לישראל, ומחמת ישיבתו במאסר ברשות - במשך למעלה מחצי שנה (עד שלפי הנטען זוכה שם). עת התייצב המשיב לבסוף ביום 21.4.13 התבקשה אורכה להשלמת מו"מ בין הצדדים. לאחר מכן הוקרא כתב האישום ביום 30.3.14 והראיות החלו להישמע ביום 23.3.15. מאחר ומטעם המאשימה הוגשה באותו מועד חוות דעת של מומחית מז"פ ביחס לטביעות נעלים שנמצאו בדירה, ציין ב"כ המשיב כי הם ישתדלו מטעמם להגיש חוות דעת נגדית לפחות 20 יום לפני מועד שנקבע להמשך שמיעת הראיות. אף ששמיעת הראיות נקבעה ליום 1.11.15, לא הסתייע הדבר מאחר והמשיב לא התייצב לדיון ובית המשפט מצא באותה עת לשופטו בהעדרו ולהרשיעו. גם לאחר שהמשיב הורשע הוא לא התייצב למספר דיונים נוספים ובכלל זה דיון ביום 25.5.16, עת ביקש בא כוחו שוב אורכה כדי לנסות להגיע להסדר. המשיב התייצב לבסוף ביום 11.7.16 ובית המשפט בחר אז לבטל את הרשעתו. השלמת שמיעת הראיות התקיימה לבסוף בימים 23.11.16 ו- 11.12.17 והכרעת הדין ניתנה ביום 7.3.18. כאמור המשיב זוכה מהמיוחס לו למעט שהיה בישראל שלא כדין. הכרעת הדין דלמטה:

4. בהכרעת הדין הפנה בית משפט קמא לכך שהמערערת מבססת את זיהוי המשיב כפורץ לדירה על יסוד שתי ראיות נסיבתיות - האחת, טביעת נעל שנמצאה בדירה; והשנייה, זיהוי המשיב כפורץ על ידי העדים אללוף וסיגאוי. אף שבית המשפט היה מודע לכך שחוות הדעת קובעת את רמת הוודאות הגבוהה ביותר של "זאת הנעל", הוא הפנה לפסיקה הקובעת כי ראיה של השוואת טביעות נעליים היא מוגבלת וכי לא ניתן לבסס עליה הרשעה כראיה יחידה אלא רק לשקללה עם יתר הראיות. מכאן פנה בית משפט קמא לשאלת זיהוי המשיב על ידי הנוכחים במקום. בית המשפט בחן את דברי שני העדים, סיגאוי ואללוף והבהיר מדוע לטעמו לא ניתן להסתפק בעדויות שני הנ"ל כדי לחזק באמצעותם את זיהוי המשיב. לאחר ניתוח גרסאות הנ"ל הייתה מסקנת בית המשפט כי נותר ספק בדבר אפשרות של טעות בזיהוי וכי משקל זיהוי המשיב על ידי אותם שני עדים, הוא אפסי ומעורר הרבה מעבר לספק סביר. מכאן הוסיף והגיע למסקנה כי בנסיבות אלה הרשעה על בסיס טביעת הנעל תהווה למעשה הרשעת אדם בעבירה פלילית על יסוד ראיה נסיבתית ללא סיוע של ממש. בית משפט קמא התייחס עוד בהכרעתו לגרסה שהעלה המשיב ובמידת הצורך אפנה לדברים בהמשך. טענות הצדדים:

5. המערערת טוענת כי יש מקום להתערב בהכרעה ולהרשיע את המשיב. אכן מדובר בראיות נסיבתיות אך לטענת המערערת אין בנמצא הסבר סביר לשרשרת צירופי הזמנים והמקרים בהם נמצאה נעל המשיב בזירה (בוודאות הגבוהה ביותר), המשיב בעצמו אותה בשכונה בסמוך לאחר הנסת הפורץ מהדירה, על מכנסיו הייתה רטיבות התואמת את העובדה שנרטב בעת נפילה במהלך הבריחה ומר אללוף מצא שיש לעוצרו כאדם שנס וזאת על יסוד טעמים שמנה בעדותו. נטען כי המסקנה ההגיונית היחידה ממכלול הראיות שהוצגו הינה שהמשיב אכן היה זה שהתפרץ לדירה. נטען עוד כי בית משפט קמא שגה בכך שלא נתן משקל של ממש לחוות דעת המומחית בעניין עקבת הנעל שנמצאה בזירה. בהקשר זה נדרש הערעור הן לקביעות אשר בפסיקה באשר למשקל חוות דעת שכזו והן לאמור בחוות הדעת לגופה ובעדות המומחית. עוד נדרש הערעור לעדויות שני העדים מהזירה ומנגד לגרסת המשיב. המערערת ביקשה להרשיע וטענה כי יש בראיות שנשמעו די לכך.

6. מנגד המשיב תומך בהכרעת בית משפט קמא מטעמיה. נטען כי לא נפלה טעות משפטית או אחרת



במשקל הנמוך שניתן לחוות הדעת באשר לטביעת הנעל וכי לא נפלה גם שגגה בקביעה העובדתית כי לא ניתן לסמוך על זיהוי השניים שהיו בזירה. הודגש כי מי מהם לא ראה את הפורץ באופן רציף מרגע בריחתו מהזירה ועד שנתפס והודגש עוד כי לא נמצאו טביעות אצבע הקושרות את המשיב לזירה. ב"כ המשיב הפנה לכך שעל יסוד דברי מר אללוף אף נעצר אדם נוסף אשר עלה כי אין לו קשר למקרה והוא ראה בכך תמיכה לעמדתו שלא ניתן לסמוך על זיהויו. לטענת המשיב אין בראיות שהוצגו וגם בהצטברותן, די כדי להרשיעו. הודגש כי מדובר במחוסר עבר פלילי אשר אף "סטודנט שנה א' ואביו ראש המועצה" (ר' בשולי עמ' 2 ובראש עמ' 3).

הכרעה:

7. ראוי לפנות תחילה לראיות שהונחו בפני בית משפט קמא. כאמור נשמעו לבסוף הראיות בשלושה דיונים וזאת בימים 23.3.15, 23.11.16 ו- 11.12.17;

8. במועד הראשון נחקרה רפ"ק אסיה וינוקורב אשר מטעמה הוגשה חוות דעת בענין טביעות הנעליים שנמצאו בדירה. בהתאם לחוות הדעת היא בחנה אל מול נעלי המשיב שלושה מעתקים מהזירה; **במעק שסומן 1ג'** - נמצא עקבה חלקית של נעל שמאלית אשר מתאימה בדגם, בגודל, במידת השפשופים ובמיקומם ובמספר פגמים המצויים בסוליה לחלקים מקבילים בנעל השמאלית של המשיב ונקבע על בסיס זה כי "הנעל השמאלית הנ"ל, הותירה את העקבה הנ"ל" (ר' סעיף 1א בחלק של חוות הדעת העוסק בממצאי הבדיקות ופירושים). באותו מעק נמצאה גם עקבה חלקית וקלושה של נעל ימנית המתאימה בדגם, בגודל ובמידת השפשופים ומיקומם לחלקים המקבילים בנעל הימנית של המשיב. נקבע כי אפשרי שהנעל הימנית של המשיב היא שהותירה את העקבה.

במעק שסומן 1ב' - נמצאה עוד עקבה של נעל ימנית אשר אפשרי כי היא הנעל הימנית של המשיב **ובמעק אשר סומן 1א'** - נמצאו עקבות של דגם שונה.

המומחית בעלת ניסיון של 21 שנה, הסבירה בעת חקירתה בבית המשפט כי זיהוי ודאי יכול להיעשות על בסיס פגמים אקראיים שהינם לכן ייחודיים לנעל ובמקרה דנן נמצא מקבץ של לא פחות משמונה פגמים שכאלה. כך לדוגמא במקום בו רשמה 5 לגבי אותה עקבה של נעל שמאלית, קיימת שריטה ארוכה ומעוגלת עם תוספת של עיגול בחלק אחד שלה. מדובר בפגמים אקראיים שנעשים תוך כדי שימוש בנעל. בעדותה הראשית אמרה כך -

"במקרה זה סימנתי שמונה פגמים אם אפילו אנחנו רואים פגם אחד שיש בו הרבה אינפורמציה, אנחנו יכולים להגיע לזיהוי ודאי, כאן מצאתי שמונה פגמים אקראיים. במקרה זה ראינו את הפגמים טוב שאפילו בדו"ח ראשוני שנשלח בתחילת החודש נרשם שנמצא עקבה ברמה שזאת הנעל ברמה של וודאות, הנעל השמאלית שקבלנו הותירה את העקבה הנ"ל".

(ר' עמ' 16 החל מש' 8).

במענה לשאלה מה המשמעות של קביעה כי "זו הנעל", השיבה: "המשמעות של קביעת 'זאת הנעל' שאת ודאית שהנעל השמאלית שקיבלתי השאירה את עקבת הנעל במקום, בוודאות אפילו גבוהה יותר מט.א. ו-D.N.A ששם יש סטטיסטיקה" (ר' עמ' 16 ש' 16-19). בעת החקירה הנגדית, במענה לשאלת ב"כ המשיב האם לשיטתה זאת הנעל היחידה שיכולה להתאים בארץ להטבעה שבדירה, השיבה כי עת מדובר בפגמים אקראיים שכאלה ניתן אכן לקבוע שזאת הנעל היחידה ואין נעל זזה לה (ר' בשולי עמ' 17 ובראש עמ' 18). עת הופנתה לכך שלא נמצאו בזירה טביעות אצבע או DNA, ציינה כי יותר קשה להיזהר שלא להותיר טביעות נעליים מאשר טביעת אצבע. המומחית שבה מספר פעמים בעת עדותה על ההסבר שלא מדובר בזיהוי של סבירות גבוהה מאוד, אלא בזיהוי ודאי.

9. ביום 23.11.16 נשמעה עדות מאיר סיגאווי ועדות מר אלעד אללוף;

העד סיגאווי - העיד כי בעת שהתקרב לדירה ראה אדם יוצא עם דברים בידיים והחל לצעוק. הוא ראה את אותו אדם



מנסה לברוח עת החל לקפוץ מעל הגדר. שכן ששמע את הצעקות רדף אחריו והוא מצידו צעק "גנב" גנב" (ר' עמ' 33 ש' 20). כאשר הגנב קפץ, הופעלה אזעקה של השכנים והגנב מצדו קפץ ונפל על הטוסיק. הוא קם והמשיך לברוח. לדבריו הוא היה במרחק של כ- שישה - שבעה מטרים מהגנב ואף שהיה מדובר בשעת ערב יש במקום תאורת רחוב. חרף העובדה שאמר ברורות כי ראה את הגנב רק מאחור, היה לילה והוא לא זיהה את תווי פניו, הוא הצביע בעת העדות על המשיב וזאת אף שישב לידו אדם נוסף. בעת עדותו אמר כי זיהה שהגנב לבש קפוצ'ון, נעלי ספורט ובאשר חלפו מאז 6 שנים" (ר' עמ' 34 ש' 13-14). בעת עדותו אמר כי זיהה שהגנב לבש קפוצ'ון, נעלי ספורט ובאשר למכנסיו אמר כי "זה היה משהו כחול בהיר, משהו בהיר" (ר' עמ' 36 ש' 23). עת נשאל אם הגנב לבש גינס הוא אמר שיכול להיות שזה היה טרנינג או ג'ינס אבל הוא כן זוכר את הצבע כחול בהיר. מעדותו עולה הרושם כי אם אמר במשטרה שדובר בג'ינס היה זה אולי בגלל הצבע שזכר אך הוא לא ידע אם אכן דובר בג'ינס או בטרנינג בהיר (ר' בין השאר עמ' 37 ש' 3). העד לא הבחין האם לפורץ היו כפפות. הוא לא ראה כפפות ואישר כי לקחו מעתקים של ט.א. מהזירה ואף נתפסו החפצים שנשמטו בבריחה. הוא ראה רק פורץ אחד ושמע כי מר אללוף יצא בריצה אחרי הפורץ לאחר ששמע את צעקותו. בנוגע למרחק עד למקום בו נעצר המשיב אמר כי בהליכה לא איטית מדובר ברבע שעה. הוא שמע כי המשיב נעצר כעשר או אחת עשרה דקות לאחר ההתפרצות. הודעת עד זה במשטרה לא הוגשה כראיה.

10. העד אללוף - העיד כי לאחר ששמע את אותן צעקות של "גנב" גנב", הוא פתח את הדלת וראה את הגנב במדרגות. "ראיתי את האדון מכנס טרנינג בהיר, קפוצון שחור כחול כהה, קפוצ'ון על הראש ככה שלא רואים את הפנים אבל הטרנינג בהיר, ירד גשם כנראה באותו היום, הוא נפל... אז הוא נפל על התחת וברגע שהוא נפל על התחת הטוסיק נרטב מהמים, קל לזיהוי. אמרתי לו "תעצור" והוא מיד קם, לא ראיתי את הפרצוף שלו שמכוסה עם הקפוצ'ון. קם והמשיך בריצה" (ר' עמ' 42 ש' 1-8). בהתאם לדבריו, הוא פנה להתלבש, לקח את מפתחות רכבו ונסע ברחוב לאתרו. עד לעליה לרכב חלפו כשתי דקות. העד לא איתר את הגנב ברחוב יוסף חכמי אך בבואו לעשות פרסה לכיוון רחוב עוזיאל ראה את אותו אדם עומד בתחנה. מאחר וראה אותו מדבר עם אדם נוסף הוא חשב שגם האחר מעורב. באשר למשיב דן אמר - "אני כמובן מזהה אותו עם הטרנינג והקפוצ'ון" (ר' עמ' 42 ש' 19). בתשובה לשאלה לפי מה החליט כי מדובר באותו אדם השיב: "חד משמעית המכנסיים נרטבו והטרנינג שנרטב כל התחת..." (שם, ש' 23). הוא מוסיף כי ראה את אותו אדם כאשר הוא משוחח עם בחור נוסף ולכן חשב שהם משתפים פעולה. למרות זאת, עת נפרדו השניים הוא המשיך במעקב אחר המשיב (ולא אחר האחר) עד שהמשטרה הגיעה ועצרה את המשיב בתחנה סמוכה. דרך מקרה הגיע לאותה תחנה קו 21 ובתוך האוטובוס היה גם אותו אחר נוסף עמו שוחח קודם המשיב (זה יקרא להלן - "מר כהן"). מאחר וסבר שהם ביחד אמר למשטרה "הנה השני והם עצרו את האוטובוס והורידו את השני" (ר' עמ' 42 ש' 30). גם עד זה ציין כי לא ראה כפפות על ידי המשיב. העד אישר בצורה ברורה כי לא היה עם המשיב כל הזמן בקשר עין (הדבר עולה גם ברורות מעדותו כי התלבש ורק לאחר מכן יצא ברכבו), לדבריו עברו כשלוש דקות מאז יצא מהבית ועד שראה את המשיב, אותו זיהה לפי לבושו. העד הדגיש כי זיהה את המשיב לפי בגדיו ולפי הרטיבות באחוריו (ר' עמ' 44 ש' 23) והוא סבר כי זיהויו על בסיס הביגוד הוא ב- "100 אחוז" (ר' עמ' 44 ש' 3). בחקירה הנגדית עת נשאל מה לבש הפורץ השיב - "סווצ'ר כחול או כהה, קפוצ'ון סגור על הראש ומכנס אפור, הטרנינג ונרטב לו הטרנינג בתחת. אם מרטיבים את הטרנינג את המים רואים ממש טוב..." (ר' עמ' 46 ש' 15-16). העד אמר עם זאת ברורות - "אני אמרתי שלא ראיתי את תווי הפנים שלו" (שם, ש' 23).

לבית המשפט הוגשה הודעת מר אללוף במשטרה מיום 7.2.11. בהודעה זו הוא תיאר את המשיב כ"מבנה גוף בינוני, גובהו כ 1.80 מ' לערך לבש סווצ'ר שחור עם כובע (קפוצ'ון), מכנס טרנינג בהיר, את הבחור ראיתי מאחור כשהוא נמלט בריצה מהירה במדרגות של הבניין, לציין שאין גג למדרגות והמדרגות נרטבו מהגשם, תוך כדי בריחה



של החשוד הוא החליק במדרגות שהיו רטובות והוא נפל על הגב, צעקתי לחשוד שיעצור והוא הבין שאני מאחוריו הוא קם והחל לברוח במהירות" (ר' ש' 5-8 להודעה, אשר סומנה נ/1). לדבריו כאשר הסתובב עם הרכב בניסיון לאתרו עבר ליד הבניין והבין משכנו שפרצו לו והוא המשיך בחיפוש עד שראה את החשוד. גם כאן ציין כי זיהה אותו לפי בגדיו ובפרט על בסיס הרטיבות מאחור. העד מסר גם במשטרה את הבנתו כי מאחר והחשוד שוחח עם האחר, מר כהן, באופן שהיה נראה כי הם מכירים, הוא חשד שמר כהן גם מעורב ולכן הסתכל גם עליו. העד אללוף אכן נתן תיאור גם של מר כהן ולגביו, בשונה מהמשיב, תיאר כי לבש מכנס ג'ינס כהה וכן היה עם כובע גרב. עת נשאל במשטרה האם זיהה את החשוד בוודאות בזמן שעמד בתחנה השיב - "חד משמעית כן. אני זיהיתי אותו לפי מבנה גופו, לפי הבגדים שלבש ולפי הכתם מים שהיה על מכנסיו מאחור וזאת שנרטב בזמן שהחליק במדרגות" (שם, ש' 47-48). העד ציין כי המשיב עמד בתחנה ולא ישב. אין חולק כי מר אללוף אמר במשטרה כי לא יוכל לזהות את החשוד במסדר זיהוי שכן לא ראה את פני החשוד אלא רק את גופו ופרטי לבושו.

11. במועד האחרון ביום 11.12.17 נשמעה עדות המשיב. בעדותו ציין כי בעבר למד באוניברסיטה ומצבו היה "על הפנים" (ר' עמ' 56 ש' 9). בזמנו אביו (שהיה מוכתר הכפר) נפטר והוא הלך לחפש עבודה כדי שיוכל להמשיך בלימודיו. לטענתו הוא היה במקום מאחר וחיפש עבודה. הוא הסתובב ברחובות ונכנס למסעדות וסופרים אגב אותו חיפוש. כספו ותעודת הזהות שלו נפלו באוטובוס ולכן לקח לו הרבה זמן לחפש עבודה. הוא טען שנתפס ליד תחנת אוטובוס שם חיכה שמשהו יתן לו כסף. בעוד בהודעתו במשטרה טען כי בגדיו נרטבו עת המתין בישיבה בתחנה, הרי שבעת עדותו השתנתה הגרסה והוא טען כי השוטרים הפילו אותו לרצפה והרטיבות בבגדיו יסודה בכך (ר' עמ' 57 ש' 8-9 ור' גם עמ' 59 ש' 20-21, שם במענה לשאלה האם נכון שהיה לו מים על הישבן השיב - "כשהפילו אותי, כן". אעיר כי מר אללוף העיד כי ראה את המשיב עומד בתחנה ולא יושב והדבר מוסיף קושי להסברו הראשון). הוא שלל אפשרות שהחליק על יושבו באותו יום. לטענתו נסע באוטובוס וירד במקום בו ראה מהחלון חנות או מסעדה. הוא ידע באיזה קו לנסוע מחבריו. הוא טען כי למד באוניברסיטה שנתיים ונותרו שנתיים שאותם לא יכול היה לממן. הוא נכנס לארץ עם 50 שקל בכיסו ועת שילם על הנסיעה קיבל עודף של 44 שקל. הוא אישר כי הנעליים שנבדקו הן נעליו. המשיב טען כי באותו יום עבר בכ 30-50 מקומות עבודה ולטענתו אף הצביע בפני השוטרים על חנות בה עבר, אך הם סירבו לרדת.

12. הוגשו שלוש הודעות של המשיב במשטרה;

מההודעה מיום 7.2.11 עולה כי בעת מעצרו הוא לבש חולצה שחורה עם קפוצ'ון וכן מכנס טרנינג אפור ונעלי ספורט. מתחת לגופיה הייתה שחורה גופיה לבנה ועליה סימן בוץ בצד ימין אחורי וכן רטובה קצת ממים ויש סימן לכלוך על המכנס. עת נשאל האם הסתובב באזור יהודי או ערבי השיב "באזור לא יודע" (שם, ש' 20). הוא אמר שלא נכנס לדירות אלא רק לחנויות וסופרים וטען כי נכנס ליותר משלושים חנויות. הוא לא ידע להגיד את שמות החנויות. לדבריו כחצי שעה לפני שנעצר הוא רצה ללכת לבית אך אף אחד לא הסכים לתת לו כסף. עת הופנה לרטיבות על בגדיו טען - "זה ממושב האוטובוס, אני חיכיתי לאוטובוס בתחנה וזה מתחנת האוטובוס" (שם, ש' 52). הוא טען שזה מאותה תחנה בה נתפס (שם, ש' 56). לא היה עליו פלאפון והוא טען כי אחד בתיקון ואחד לא בשימוש.

בהודעה מיום 9.2.11 (9:33) - שב על דבריו כי כבר באוטובוס שהכניס לישראל, איבד את תעודת הזהות ואת כספו ופנה ליהודים שיתנו לו כסף. הפעם טען שאין הוא יודע באיזה קו נסע ואין הוא יודע מה המקום בו ירד אך ידע להגיד כי זה "אצל יהודים" (ש' 21). לדבריו הלך כחמש שעות בעת חיפוש העבודה, הוא לא נכנס לדירות, אך הלך בין דירות. במענה לשאלה איזו עבודה הוא יודע לעשות דיבר על "ניקיון גינון, מדרגות" (שם, ש' 44). כאשר נשאל אם ניתן ללכת איתו למקומות בהן חיפש עבודה השיב "אני לא יודע איפה האזור אבל אם אתם לוקחים אותי למקום שהייתי שם אז אני מכיר אותם" (שם, ש' 53). הוא שב מספר פעמים על כך שהוא לא מכיר את האזור. הוא אישר כי



הוא למד באוניברסיטה בעבר ואינו לומד כעת "קרתה לי בעיה באוניברסיטה" (ש' 80). הוא לא יכל לתת מענה כיצד לא אותו באוטובוס כספו ותעודת הזהות שלו ולא הובאו למשטרה. לאחר שטען כי חיפש ערבי שיבין את בקשתו לכסף לנסיעה, לא נתן הסבר משכנע כיצד לא פגש בירושלים אף ערבי עד לשעה 20.00 "לא ראיתי אף ערבי, באלוהים" (ש' 116). הוא הכחיש שדיבר עם אדם מסוים במשך כמה דקות לפני שנעצר.

בהודעה נוספת מיום 9.2.11 (14:17) - הוא לא ידע ליתן מענה כיצד הגיעה עקבת נעלו לדירה ואמר כי אין לו הסבר לכך והדבר אינו נכון. הוא הוסיף וטען "הנעל הייתה אצלכם ואתם שמתם את זה שמה שהשופט יראה את זה" (ש' 11).

13. בדוח פעולה אשר סומן ת/15 נרשם כי המודיע ציין שהוא רודף אחרי החשוד וזה לובש בגד כהה וכי החשוד רטוב בעקבות הבריחה ואכן כאשר נעצר החשוד היו בגדיו רטובים.

14. בטרם אפנה לאופן השונה בו יש לטעמי לבחון הראיות הנ"ל, אתייחס עוד בקצרה לקביעות הפסיקה באשר למשמעות של איתור עקבות נעל בזירה;

אכן, כפי שציין בית משפט קמא, בנסיבות פרשת מצגורה (ע"פ 1620/10 מצגורה נ. מדינת ישראל (3.12.13)), אף שהרשעה שם נותרה על כנה על בסיס ראיות נסיבתיות, נקבע כי המשקל שיש לחוות הדעת שניתנה שם בעניין טביעות הנעל הוא אפסי. נאמרו שם הדברים הבאים:

"מה עלה, אפוא, בידינו, מיישומם של המבחן הפנימי והחיצוני? הסנגוריה גייסה מאמץ ניכר כדי להוכיח כי השוואת טביעות הנעל איננה ראיה קבילה. עקרונית זהו קו טיעון לגיטימי. אמנם נכון הוא שהתביעה איננה נדרשת להוכיח בכל פעם מחדש ראיה מדעית אשר כבר עברה את "מבחני האש", והפכה לקבילה. ברם באותה מידה נכון הוא שהסנגוריה רשאית, אם תבחר, לנסות ולהעמיד למבחן מחדש את תוקפה של ראיה מדעית פלונית. אומר עם זאת שההשגה איננה יכולה להיטען בעלמא. על הסנגוריה לבסס את טיעונה.

הסנגוריה התבססה על חומרים ופרסומים כתובים שהצדיקו לשיטתה בחינה מחודשת של ראיות טביעות הנעל. לאחר עיון מדוקדק, סבורני כי אין מקום על סמך החומר שהוגש לפסול את הראיה ברמה הכללית. השוואת טביעות נעליים, כפי שעולה מהחומר הרב שהוצג בפנינו, היא טכניקה מדעית מקובלת ומצוטטת בהרחבה בפסיקה. טענה זו איננה מכריעה, אך היא בעלת משקל. מעבר לכך, לא השתכנעתי ברובד הכללי כי הראיה איננה מספקת את הסחורה עד כדי פסילה מעתה ואילך. יודגש כי הסנגוריה לא הביאה מומחה מטעמה. היא התמודדה בצורה עניינית עם הראיה הנידונה, אך הפער קיים בין כך לבין מסקנה שמשמעותה פסילת הראיה במקרים עתידיים. מבלי לקבוע מסמרות לגבי התיקים הבאים, לא השתכנעתי כי החומר והתהיות שהוצגו עומדים בנטל להוציא את הראיה החוצה בכל מקרה ומקרה. נראה כי ראיות טביעות נעל מאופיינת במרכיבים שונים שעשויים לענות על הדרישה של קבילות, או לפחות לא הוכח אחרת. שיטות רבות בעולם ואף מחקרים ביקורתיים הכירו בכשרותה של הראיה, לפחות במובן זה שלא ניתן לשלול אותה באופן כללי באמצעות הטענות שהוצגו.

מהצד השני, נראה כי יש לקבוע שראיה זו היא מוגבלת. ככל שעלה מהחומר שהונח בפניי, הסולם המילולי רב-הדרגות איננו מעוגן ומובהר דיו. בהגיעי למסקנה זו, הנני נותן משקל של ממש לבחינת הראיות על פי שבע אמות המידה שהוזכרו לעיל: (1) העדר סטטיסטיקה; (2) הפילוג בדעות המומחים; (3) שיטת ההכרעה; (4) העדר שיח בין המומחה לבין בית המשפט; (5) שיעור הטעות; (6) הביקורת במשפט המשווה; (7) הקשר בין הראיה המדעית למשפט הפלילי. כל אחת מהסתייגויות אלו עומדת בפני עצמה, משתלבת עם יתר ההסתייגויות ומחזקת אותן. לדעתי,



הסתייגויות אלו אינן עומדות בשולי העניין אלא בליבתו. בבואי לגבש את המסקנה, שקלתי את תוצאות המבחן הפנימי על שני חלקיו - שיטת המומחה והשלכות ההוכחה, והמבחן החיצוני על שני חלקיו - גישת המדע וגישת הביקורת השיפוטית. במקרה הנוכחי אף יש להעניק משקל רב לביקורת השיפוטית, שעשויה להיות שונה מגישת המדע. החידוש העיקרי בהלכת Daubert הוא שאין להסתפק רק בגישת המדע, אלא יש להפעיל גם את הביקורת השיפוטית בצורה עניינית, כחלק מתפקידו של בית המשפט כשומר סף.

מסקנתי היא שהגם שאין לשלול את קבילותה של הראיה באופן כללי, במקרה דנא משקלה הוא אפסי. תוצאה זו מתבקשת מהניתוח לעיל. השאלות מרובות על התשובות, ורוב הנסתר על הנגלה. הפגמים שהוצגו יורדים לשורש עניין המשקל. נדמה כי אף מתן משקל נמוך יהא תוצאה מלאכותית שאיננה משקפת נכונה את תוצאות מבחני הביקורת.

אין להתפלא כי בסופו של שיקול החלטתי שאינני מוכן לשלול את קבילות הראיה, אך בכל זאת סבורני כי משקלה אפסי. ההחלטה לשלול את קבילות הראיה במישור הכללי איננה מוצדקת בהתחשב בחומר שהוגש בתיק זה. לעומת זאת, מתבקשת המסקנה בדבר משקל הראיה, כאשר ברמה הפרטנית המומחה חיווה דעתו כי ההתאמה היא ברמה של "אפשרי" עד "אפשרי בהחלט". אכן נכון הוא כי מבחן Daubert נועד להתמודד עם קבילות הראיה. זאת הייתה עתירת הסנגוריה. ברם היא טענה לחלופין כי יש לקבוע שמשקלה של הראיה הוא אפסי. לעיתים, בדיקת הקבילות תשליך על המשקל. טול לדוגמא את עניין אבו-חמאד: באותו עניין בית המשפט בדק את קבילות ראית ה-DNA, אך תוך כדי בדיקה זו עלתה המסקנה כי הראיה היא בעלת משקל רב. זו איננה האפשרות היחידה. כאמור, בענייננו התוצאה המתבקשת איננה שלילת הראיה כקבילה בכל מקרה, אלא קבלת הראיה תוך קביעה כי בתיק זה משקלה הוא אפסי."

(ההדגשות שלי - ע.ז. ר' פסקה 22 שם)

15.

בהמשך אותה פסקה נאמר עוד -

"תוצאה זו, לפיה הראיה היא קבילה אך משקלה הוא אפסי, נועדה גם לאפשר לשני הצדדים להתמודד בעתיד עם ההסתייגויות שתוארו. ייתכן שבתיק אחר יצליח המומחה להתמודד עם הטענות. ייתכן גם שהסנגוריה תחריף את ביקורתה. אין בתיק זה הבעת עמדה מחייבת לגבי תיקים אחרים, בהם התשתית העובדתית עשויה להיות שונה. בשלב זה, יש מקום לבדוק כל ראיה מדעית על פי נסיבותיה בתיק הקונקרטי. ברור שמבחינתי עשויה להיות לעמדותי שהוצגה בתיק זה השלכה מסוימת לגבי תיקים אחרים, אך לא מן הנמנע כי הניתוח לעיל עשוי להיות מנוף לפיתוח או שכלול הראיה המדעית הנידונה באופן שתענה טוב יותר על הקריטריונים הרלבנטיים".

(ההדגשה שלי - ע.ז.).

16.

עת נדחתה בקשה לדין נוסף בפרשת מצגורה (ר' דנ"פ 8512/13 מדינת ישראל נ. מצגורה (5.6.14)), שבה והבהירה כב' הנשיאה (כתוארה אז), מ' נאור כי הראיה של טביעות נעלים לא נפסלה באופן גורף ולא נקבעה עמדה מחייבת לתיקים אחרים. וכך נאמר שם:

"בהקשר זה, יוזכר, כי בפסק הדין הובהר במפורש כי אין הוא מבקש לקבוע עמדה מחייבת לגבי מקרים אחרים אף אם עשויה להיות לקביעות שם השלכות מסוימות לגבי תיקים אחרים. כן, נקבע בפסק הדין כי אין מקום לפסול באופן גורף את הראיה של טביעות נעל (ראו פסקה 22



לפסק הדין). אשר על כן, ככל שיחפצו לעשות כן, פתוחה הדרך בפני הגורמים הרלוונטיים להתמודד בעתיד במקרים המתאימים לכך, עם ההסתייגויות שהובעו בפסק הדין ביחס לראיה זו"

(ההדגשה שלי - ע.ז. ר' פסקה 17 שם).

17. בע"פ 7939/10 זדורוב נ. מדינת ישראל (23.12.15), עת שגם שם דובר על טביעת נעל בדרגה שבין "אפשרי" לבין "אפשרי בהחלט", הציג כב' השופט י' עמית (בעניין זה בדעת יחיד), עמדה שונה מזו שהביע כב' השופט נ' הנדל בפרשת מצגורה וכך אמר -

"אקדים ואומר כי אני סבור שפסק הדין בעניין מצגורה סתם את הגולל על התחום של השוואת טביעות נעליים. הדברים עולים במפורש מפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) השופט נאור, בבקשה לדין נוסף (דנ"פ 8512/13), [פורסם בנבו] שם נאמר כי אין ללמוד מפסק הדין בעניין מצגורה כי הוא מבקש לקבוע עמדה מחייבת לגבי מקרים אחרים. עם זאת, אין לחדד כי על אף שפסק הדין בעניין מצגורה לא סתם להלכה את הגולל על התחום של השוואת טביעות נעל, ואף נקבע במפורש כי מדובר בראיה קבילה, הרי שלסופו של יום, פסק הדין דש בעקבו את התחום של השוואת טביעות נעליים. הביקורת שנמתחה בפסק הדין על תחום זה, עלולה למעשה להשליכו אל פח ההיסטוריה, משל מדובר ב"מדע זבל" (בועז סנג'ור ומרדכי הלפרט "ראיות מדעיות מול 'junk science'", עלי משפט יא 425 (2014) (להלן: סנג'ור ראיות מדעיות)).

משכך, אכנס דרך הפתח שפתחה הנשיאה בדיון הנוסף בעניין מצגורה באומרה כי "ככל שיחפצו לעשות כן, פתוחה הדרך בפני הגורמים הרלוונטיים להתמודד בעתיד במקרים המתאימים לכך, עם ההסתייגויות שהובעו בפסק הדין ביחס לראיה זו".

כשלעצמי, ואומר את הדברים בקול צלול וברור - אני מסכים עם גישתו של חברי ושל השופט הנדל בעניין מצגורה. לטעמי, יהא זה מרחיק לכת לסלק מפתחו של בית המשפט את התחום של השוואת נעליים, תחום שמקובל מזה שנים בארצות בעלות שיטות משפט מפותחות כמו ארצות הברית, קנדה ואנגליה. המדובר בתחום "חי ובוט" - המקובל עדיין בקהילת המומחים... הניתוח המעמיק של השופט הנדל בעניין מצגורה, נעשה באספקלריה של ראיה מדעית. אך יש להבחין בין מדע לבין מומחיות כפי שעולה במפורש גם מסעיף 20 לפקודת הראיות כאשר אנו עוסקים בדנ"א או בזיהוי חומרים והרכבם - ענייננו במדע. כאשר אנו עוסקים בפיענוח תצ"א, פיענוח תצלום רנטגן והדמייה, השוואת תרמילים וקליעים, השוואת טביעות נעליים, השוואת טביעות צמיגים והשוואת כתבי יד - כל אלה עניינים שבמומחיות. אכן, המומחיות בהשוואת כל נשק או בהשוואת טביעות נעליים היא מומחיות בתחום הפורנזי, אך אין מדובר במדע פורנזי. דומני כי השימוש המוטעה במונח מדע, הוא שמביא למתקפה על "מדעי הזבל" (סנג'ור ראיות מדעיות), מתקפה שהיא לטעמי התפרצות לדלת פתוחה, באשר תחומים אלה אינם יכולים להיות עניין שבמדע אלא עניין שבמומחיות. אין מדובר במדע וממילא אין מדובר בפסבדו-מדע, אלא במה שאינו מתיימר מלכתחילה להיות כלל מדע, אלא מומחיות. ...

להבחנה בין מדע לבין מומחיות, יש השלכה-רבתי על דרך הניתוח של הדברים, בכל הנקודות אליהן התייחסו חברי ובית המשפט בעניין מצגורה, ולכך אתייחס להלן. סטטיסטיקה: בעניין מצגורה עמד השופט הנדל על הצורך בסטטיסטיקה. אנו נזקקים לסטטיסטיקה כאשר אנו עוסקים בעניין שבמדע כמו DNA, ואך לאחרונה הדגשתי כי חוות דעת בנושא DNA ללא חוות דעת סטטיסטית, היא חסרת נפקות ((ע"פ 5459/09 אדריאן שוורץ נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (20.7.2015) (להלן: עניין שוורץ)). אך אין מקום לסטטיסטיקה כאשר ענייננו במומחיות הנוגעת להשוואה. כאשר מונחות לפנינו שתי תמונות של אנשים ואנו



נדרשים לומר אם מדובר באנשים דומים או זהים, אין מקום לסטטיסטיקה. אנו יכולים להשוות ויזואלית בין תווי הפנים של האנשים, לומר כי יש להם סנטר מרובע, אף נשרי, עיניים כחולות וכיוצא בזה. בדומה, כאשר אנו נדרשים, מעשה של יום ביומו, להשוואת כתבי יד, המומחה מצביע על הבדלים או על תכונות כתיבה דומות או שונות בין כתבי היד, ולסטטיסטיקה אין דריסת רגל בכגון דא. כאשר עוסקים אנו במומחיות בהשוואת קליעים, ההנחה היא שכל קנה של כלי נשק מותיר סימן ייחודי על הקליע שנורה ממנו, וכך גם לגבי תרמילים, בשל המגע בין התרמיל לנוקר או לשן החולצת. אותם סימנים מהווים "טביעות אצבע" של הנשק, אך יהא זה מרחיק לכת לטעון כי ההשוואה בין הסימנים היא עניין שבמדע. ודוק: נושאים הקשורים בתנועה בליסטית של קליע או טיל, הם עניין שבמדע, אך השוואה בליסטית של קליעים ותרמילים, היא עניין למומחיות. כך גם המומחיות הנוגעת לתחום השוואת נעליים. בסופו של יום, מדובר בראיה נסיבתית גרידא, שעוצמתה ומשקלה תלויים במידת הדמיון והזהות שהמומחה מביא בפני בית המשפט, ואין חולק כי מדובר בראיה שכוחה חלש מזה של ראיית דנ"א או טביעת אצבע. כאשר עד מספר כי הרוצח לבש חולצה צהובה, מכנסיים שחורים וחגורה לבנה, והחשוד לבש אותם בגדים, איננו נדרשים לשאלה מה שכיחות החולצות הצהובות, המכנסיים השחורים והחגורות הלבנות באוכלוסייה. עניינו בראיה נסיבתית גרידא שמשקלה יבחן על פי מכלול הראיות".
(ההדגשות שלי - ע.ז., ר' פסקאות 35-38 שם).

18. בדנ"פ 1329/16 זדורוב נ. מדינת ישראל (5.7.16), לאחר שכב' הנשיאה מ' נאור התייחסה לכך שטביעת הנעל באותו מקרה לא הייתה הכרחית להרשעה, היא שבה וציינה את דבריה בדנ"פ מצגורה. כשם ששם לא מצאה כי מדובר במקרה המתאים למתן רשות לדיון נוסף, להתמודדות עם סוגיית טביעת הנעל, כך גם לא מצאה כי נדרש לקיים דיון נוסף בעניין זדורוב. היא הטעימה כי - "פתוחה הדרך להתמודד בעתיד ובמקרים המתאימים עם ההסתיוגויות שהובעו בפסק הדין בעניין מצגורה ביחס לראיה מסוג טביעת נעל".

19. בעת בחינת הדברים יש לתת את הדעת לעובדה שבמקרים דלעיל נקבעה דרגה של "אפשרי בהחלט", או "אפשרי". כאשר הדרגה של אפשרי בהחלט, היא דרגה 4, בעוד דרגת "זאת הנעל", היא הדרגה הגבוהה ביותר, דרגה 7. כמו כן, בפרשת מצגורה, נדרש בית המשפט בהכרעתו בהרחבה לראיות שהובאו שם, באותו מקרה ספציפי ולקשיים שנפלו בהם. כך, לאחר ניתוחם הייתה מסקנתו כי אף שאין לשלול את הראיה, משקלה באותו תיק היה אפסי. יוער כי בשונה מכך, הרי שבמקרה דנן, לא נותר ספק של ממש בתום חקירת המומחית באשר לנכונות קביעותיה ונחרצותה. אף בית משפט קמא ציין בהכרעתו כי - "אני מתרשם הן מחוות דעתה של המומחית והן מן ההסברים שנתנה במהלך עדותה בבית המשפט שבחינת העקבות שנמצאו בזירה נעשתה בצורה מקצועית ורצינית במקרה דנן" (ר' בפסקה האחרונה אשר בעמ' 4 להכרעה).

20. עולה מן המקובץ;

אף בהתאם לדעת כב' השופט הנדל בפרשת מצגורה לא נפסלה קבילותה של הראיה באשר לטביעת נעל. הובהר ברורות כי כל מקרה יבחן לגופו על יסוד העובדות שבאותו מקרה, חוות הדעת שתוגש, אמינותה, קביעותיה והמשקל שינתן לה. עת נדחו פעמיים בקשות לדיון נוסף מאחר וסוגיה זו לא הייתה ברת נפקות לנאשם באותם מקרים, הובהר שוב ושוב כי אין בפרשת מצגורה קביעות מחייבות לגבי מקרים אחרים ואין בפרשיית מצגורה פסילה גורפת של ראיית טביעת הנעל. לא רק זאת, אלא עומדים עוד ברקע דברי כב' השופט עמית כי יש לתת את הדעת לכך שהיה מקום לנתח את סוגיית משמעות טביעת הנעל, לא כעניין מדעי, אלא כעניין של מומחיות. כפי שהבהיר כב' השופט עמית, מדובר למעשה בראיה נסיבתית אשר אותה יש לשקול בכל מקרה לגופו לפי נסיבותיו. בהקשר זה ראוי להוסיף כי יש לתת את הדעת גם להבדל אשר בין קביעת התאמת טביעת נעל בדרגת ביניים פחותה, לבין קביעת התאמת טביעת נעל ברמה של "זאת הנעל", הדרגה הגבוהה ביותר. מטבע הדברים מדובר בראיה נסיבתית חזקה יותר.



21. ומכאן נפנה לענייננו;

- כאמור לעיל, בעוד באותן פרשיות דובר על דרגת זיהוי נמוכה משמעותית, במקרה דנן מדובר על דרגת זיהוי של "זאת הנעל", אשר הובהר בפרשת מצגורה שהיא הגבוהה ביותר והיא קובעת למעשה בוודאות כי מדובר באותה הנעל.
- יתרה מכך, אף שניתן להגיע לקביעה של "זאת הנעל" וזאת אף על בסיס פגם אחד, אשר בו הרבה אינפורמציה, במקרה דנן לא נמצא רק פגם אחד שכזה אלא שמונה פגמים. אכן עת נשאלה המומחית בעדותה האם היא יכולה לומר שלא תמצא עוד נעל שכזו גם בסין או תאילנד השיבה - "8 פעמים אלה ביחד, לא נמצאת נעל כזו" (ר' עמ' 18 ש' 11).
- לא נותר ולו בקיע בעדות המומחית וקביעותיה, בתום חקירתה וכאמור אף בית משפט קמא הסכים כי מדובר בעבודה וקביעה מקצועית (ר' המובא בשולי סעיף 19 לעיל).
- המשיב מצדו לא נתן כל הסבר לעובדת המצאות טביעת נעלו בדירה ולא ניתן לשער הסבר לכך, אלא עצם הימצאותו בה.

22. מסכימה אני עם המערערת כי אין יסוד בפסיקה שהובאה לעיל, להנחת בית משפט קמא כי עליו למצוא "סיוע" לראיות טביעת האצבע וזאת כדי להרשיע את המשיב (ר' האמור בסעיף 11 להכרעת הדין). על בית המשפט לערוך בסופו של יום בחינה כוללת האם כלל הראיות הנסיבתיות שהונחו בפניו ובכלל זה גם ראיות טביעת האצבע (בעוצמה הקיימת במקרה דנן, כמובא לעיל) - מובילות למסקנה הגיונית אחת והיא כי המשיב ביצע את המיוחס לו.

23. אפנה אפוא לבחינת יתר הראיות הנסיבתיות; אכן אין חולק כי העדים סיגאוי ואללוף לא ראו את המשיב באופן שאפשר להם לזהותו במסדר זיהוי. אללוף ציין מפורשות כי לא ראה את פניו וסיגאוי אף לא ידע להגיד בוודאות האם הפורץ לבש גינס או טרנינג. עוד אין חולק כי דובר בשעת חשיכה ומטבע הדברים זיהוי קשה יותר בשעת לילה, אף אם קיימת תאורת רחוב. בנוסף - לא רק שלא היה קשר עין רציף בעת המרדף אחר המשיב אלא מדובר בנתק של פרק זמן לא מבוטל (כאשר אללוף נכנס לבית לנעול נעליו).

עם זאת ומנגד - יש לתת משקל לכך שסיגאוי תרם את המידע שהפורץ נפל בעת מנוסתו והוא לבש קפוצון בחלק העליון ומכנס בצבע בהיר והעד אללוף (אשר הוא שאיתר את המשיב בקרבת מקום ובחלוף זמן קצר) - העיד נחרצות כי איתר המשיב על בסיס העובדה שהוא לבש טרנינג בהיר וקפוצון כהה (במשטרה הוא אף דייק בכך שהמשיב לבש טרנינג אפור), היה במרחק סביר מהמקום ועל אלה ראה את הרטיבות אשר תאמה את הרטיבות שנוצרה על הבגדים, עת ראה את הפורץ נופל אגב בריחתו.

אין מקום לטענה כי אללוף שגה אף בתיאור בגדי המשיב. הן בבית המשפט והן במשטרה הוא מסר דברים דומים והתיאור תאם את ביגוד המשיב בעת מעצרו. יש להיזהר מבלבל את התיאור שמסר העד ביחס למשיב, עם תיאור אחר ונפרד, אשר מסר העד ביחס למר כהן (זאת מאחר וסבר כאמור כי גם מר כהן מעורב, כפי שהבהיר, מחמת השיחה שקיימו השניים). מר אללוף מסר תיאורים נפרדים ושונים ביחס לכל אחד מהנ"ל. עיון מלמד כי הוא תיאר נכונה את לבוש המשיב דנן, הן במשטרה והן בבית משפט.

ב"כ המשיב טען כי יש לתת משקל לעובדה שמר כהן נעצר על לא עוול בכפו, על יסוד עדות אללוף. לטעמו הדבר מאיין את האפשרות לסמוך על תיאור אללוף. איני מקבלת טענה זו - מר אללוף לא שגה בתיאור בגדי מי מהשניים ואין אינדיקציה לקבוע כי שגה בזיהוי מי מהם (הוא נתן תיאור שונה ומובחן בין השניים). הנחת מר אללוף כי די בעובדה שמר כהן שוחח ממושכות עם הפורץ, כדי ללמד שהם פועלים יחדיו - הייתה אכן הנחה שגויה. ברם, לא די בטעות זו, כדי להוליד את המסקנה שיש לפסול באופן מלא את הזיהוי שמסר. מר אללוף לא ניסה לטעון כי ראה את



פני הפורץ והוא דייק בעדותו.

עולה ממכלול דבריו כי הוא זיהה שהמשיב הוא הפורץ - על בסיס הצירוף של מבנה גופו, חולצתו ומכנסיו ובתוספת הרטיבות בה הבחין בעת הנפילה ולאחר מכן כאשר איתר שוב את המשיב, והכל בסמיכות מקום וזמן. אכן, לא מדובר בבגדים ייחודיים במיוחד ואכן רטיבות יכולה להיות על בגדים מסיבות שונות, אך אין מקום שלא ליתן כל משקל - להצטברות הדברים הבאים; הימצאות המשיב בסמיכות זמן ומקום, היותו לבוש באותם בגדים כלליים תואמים ובנוסף היות בגדיו רטובים, בהתאמה לנפילת הפורץ בעת המנוסה. הדברים יפים עוד יותר, עת שהמשיב נתן הסברים שונים לדבר המצאות רטיבות על בגדיו ולא התמיד בגרסה עקבית ומשכנעת. וכאשר סיפורו בדבר שוטטות כביכול לחפש מקום עבודה בחנות, מסעדה או מרכול וזאת דווקא בשכונת מגורים, אינו משכנע מלכתחילה. האמור יפה אף מבלי להידרש לקשיים נוספים בעדותו כאילו מצד אחד ידע את מספר קו האוטובוס מחבריו, אך מאידך לא ידע כלל אם הסתובב באזור ערבי או יהודי; כאילו לא איתר במשך מספר שעות בירושלים, ערבי שיסייע בידיו; כאילו בחר לרדת דווקא בשכונה זו כשראה מהחלון חנות או מסעדה - בעוד עסקינן בשכונת מגורים מובהקת ולא באזור מסחרי; כאילו הספיק לעבור שם 30 מקומות עבודה, כאשר ספק אם יש מספר המתקרב למספר זה, באותה שכונה ועוד.

24. בית משפט קמא ניתח בנפרד את דברי שני העדים מהזירה וקבע כי באלה נותר ספק באשר לזיהוי. אכן עת עומדות רק שתי עדויות אלה לבדן, משקלן אינו מספק להרשעה פלילית. ברם, נראה כי הדרך בה היה מקום ללכת, אינה בחינה נפרדת של אותן שתי עדויות ובחינה מנותקת, אחרת ונפרדת של טביעת הנעל, תוך קביעה כי כל אחת מהן אינה מספקת. לטעמי היה זה מין הדין לערוך בחינה כוללת של שני הדברים (העדים מהזירה ביחד עם טביעת הנעל ומשמעותה) יחדיו, בתוספת התייחסות גם לגרסת המשיב, לרבות העדר הסבר ממשי מצדו לשאלה כיצד הגיעה טביעת נעלו לזירה. כפי שנאמר לעיל לא היה צורך בראיה בדרגת סיוע לראיה בעניין טביעת הנעל, אלא היה צורך לבחון כמרקם אחד את כלל הראיות הנסיבתיות שהוצגו.

25. אין חולק כי ניתן לבסס הרשעה גם על יסוד ראיות נסיבתיות בלבד. כפי שהובאו הדברים ע"י כבוד השופט א' שוהם בע"פ 3731/12 סוילם נ' מדינת ישראל (11.11.14): "ראיה נסיבתית נועדה להוכיח קיומה של נסיבה, אשר ממנה ניתן להסיק באופן הגיוני על דבר קיומה של עובדה הטעונה הוכחה. כוחן של ראיות נסיבתיות כמוהו ככוחן של ראיות ישירות, ובית המשפט יכול לבסס הרשעה על יסודן. נקבע, כי על בית המשפט לבחון את מכלול הראיות הנסיבתיות במבחי השכל הישר וניסיון החיים, ולאחר ששמע את הסבריו של הנאשם, על בית המשפט להכריע בשאלה, האם המסקנה המפלילה הינה המסקנה ההגיונית היחידה העולה מחומר הראיות".

26. בע"פ 8962/12 נחמיאס נ' מדינת ישראל (31.08.16), הוסיף כב' השופט שוהם באומרו -

"הלכה היא, כי תהליך הסקת המסקנות על יסוד ראיות נסיבתיות, מבוסס על מבחן תלת-שלבי. בשלב הראשון, יש לבחון כל ראיה נסיבתית בפני עצמה, בכדי לקבוע האם ניתן להשתית עליה ממצאים עובדתיים. בהמשך, על בית המשפט לבחון, במסגרת השלב השני, את השאלה האם מסכת הראיות, בכללותה, מקימה מסקנה לכאורית, המצביעה על אשמתו של הנאשם במיוחס לו. נקבע, כי בחינה זו תיעשה תוך הערכה מושכלת של הראיות, המבוססת על ניסיון החיים, ההגיון והשכל הישר. במידה שהמאשימה צולחת את המשוכה הזו, בשלב השלישי יעבור הנטל אל



כתפי הנאשם, לנסות ולהקים ספק סביר לגבי ההנחה המפלילה העומדת נגדו (ע"פ 8422/14 מוגאהד נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (10.5.2015); ע"פ 6294/11 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (20.2.2014); ע"פ 9372/03 ויזל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 745 (2004)). נקבע, לא אחת, כי בשלב השלישי, על הנאשם להציג הסבר אמין, מבוסס, ומניח את הדעת, בכדי לעורר ספק סביר בדבר אשמתו.

הנאשם עשוי לעורר ספק סביר כאמור, כאשר ניתן להסיק מן הראיות הנסיבתיות מסקנה המתיישבת עם חפותו, ובלבד שמסקנה זו הינה סבירה, הגיונית, ובעלת אחיזה בחומר הראיות (עניין סבאענה; ע"פ 6359/99 מדינת ישראל נ' קורמן, פ"ד נד(4) 653 (2000); ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 565 (1993)). עוד נקבע, כי גם במקרה שבו הנאשם אינו משכיל לספק הסבר, אשר יש בו כדי להקים ספק סביר בדבר אשמתו, על בית המשפט לבחון ביוזמתו האם קיימת אפשרות סבירה כזו, ככל שהיא עולה ממכלול הראיות (ע"פ 2661/13 יחייב נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (18.2.2014); עניין מקדאד; ע"פ 5706/11 רון נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (11.12.2014)).

יודגש, כי הרשעה אשר מתבססת על ראיות נסיבתיות הינה אפשרית אף במצב שבו כל אחת מהראיות הנסיבתיות, כשלעצמה, איננה מספיקה לצורכי הרשעה, ובלבד שמשקלן המצטבר של הראיות הנסיבתיות אינו מותיר ספק סביר בדבר אשמתו של הנאשם (ע"פ 2304/12 מטר נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (13.1.2015); ע"פ 60/12 עמר נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (7.11.2012); ע"פ 6073/11 סגל נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (11.6.2012)). נקבע לבסוף, כי רק כאשר המסקנה המפלילה היא בגדר האפשרות ההגיונית היחידה העולה מחומר הראיות, ניתן להרשיע נאשם על בסיס הראיות הנסיבתיות, גם אם אין בנמצא ראיות ישירות המלמדות על אשמתו של הנאשם (ע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריא [פורסם בנבו] (21.1.2015); ע"פ 2406/09 אלבו נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (15.9.2010); ע"פ 10479/08 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (11.6.2009)).

(ההדגשה שלי - ע.ז.)

ר' עוד; ע"פ 334/02 סיבובי נ' מדינת ישראל (13.01.03); ע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נו(5), 221 (2002); ע"פ 6864/03 רוקנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 657 (2004).

27. בסופו של יום, צבר הדברים המונח על הכף הוא כזה - נמצאה בזירה עצמה טביעת נעל של המשיב. מדובר בטביעה אשר לגביה קיימת קביעה בדרגת "זאת הנעל". קביעה זו אינה מסתמכת רק על ממצא אחד (שהיה ניתן להסתפק בו לאותה דרגה), אלא על לא פחות משמונה ממצאים. אף בית משפט קמא מצא את ממצאי חוות הדעת כאמינים ומקצועיים. ההסברים שמעלה המשיב להמצאות הנעל שם, אינם מספקים זאת, בין אם נתייחס לטענה כאילו שוטר לקח את הנעל והטביעה שם, או כי לשוטר הייתה נעל דומה. הסברים אלה אינם משכנעים וממילא גם לא נעשה ניסיון אמיתי להביא ראיות ביחס לאיזה מהם. מר אללוף אשר היה בזירה, ראה את הפורץ מאחוריו וכן ראה אותו מועד בעת ניסיון הבריחה וראה את הרטיבות שנפלה בבגדיו עקב כך. בחלוף מספר דקות מזהה מר אללוף בסמיכות מקום זמן את המשיב כאותו אדם אשר אותו ראה במנוסה עובר לכך. הוא מעיד בצורה הגונה כי לא ראה את פניו, אך מעיד עדות משכנעת כיצד חרף העדר צפייה בפנים, ידע כי ניצב בפניו אותו הפורץ אשר ראה במנוסה בסמוך.

יש צורך בהסבר משכנע כיצד הצטברו להם דרך מקרה שלל הדברים הבאים; טביעת נעל המשיב הייתה בזירה,



המשיב היה בסמיכות מקום, המשיב לבש בגדים התואמים לבגדים שהיו לפורץ (כפי שאלה תוארו על ידי שני עדים), כבדרך מקרה הייתה בנוסף לכלל האמור, גם רטיבות על בגדיו ובמיקום התואם את מיקום הרטיבות שנגרם לפורץ במנוסתו. בנוסף, חזותו נראתה למי שדלק אחריו, תואמת את חזות הפורץ.

היתכנות אקראית לצבר דברים אלה באדם אחד הינה נמוכה ביותר, אם בכלל. חרף זאת לא הצליח המשיב להציג גרסה העשויה לשלול את המסקנה המפלילה. גרסתו אינה עקבית ואף תמוהה ובנוסף - אין בה מענה אפשרי לשאלת המצאות נעלו בזירה. הכרעת הדין לא התייחסה להגיונה ואמינותה של גרסת המשיב. המשיב נותר רחוק מלתת הסבר אמין, מבוסס, מניח את הדעת, היוצר ספק באשמתו ומבסס מסקנה חלופית למארג הראיות הנסיבתיות בעניינו. הכרעת הדין אינה מסבירה, באופן מנומק את היתכנות התצרף הנסיבתי האמור וניסיון החיים וההיגיון מביאים למסקנה כי המשיב דן הוא אכן מי שפרץ לדירה.

28. אף שאין חולק על חלק ניכר מניתוחו של בית משפט קמא, אני מוצאת כי היה צורך לבחון באופן כולל את מארג הראיות הנסיבתיות ולא לבחון בשתי קבוצות נפרדות לחלוטין מחד גיסא - את עדויות שני העדים ומאידך גיסא - את משמעות טביעת הנעל שנמצאה. אין צורך ב"סיוע" לממצא באשר לטביעת הנעל, אלא מדובר בממצא נסיבתי נוסף. ממצא נסיבתי בעל משמעות אשר בראיה כוללת ביחד עם העולה מיתר העדויות, לרבות גרסת המשיב והעדר מענה בה לצורך הנסיבתי העולה - מולידים את המסקנה כי הוא אכן מי שפרץ לדירה. אטעים בשולי הדברים כי אין במקרה דנן התערבות בממצאים העובדתיים של בית משפט קמא אלא במסקנותיו מאותם ממצאים ובאופן בו בחן את משמעות הצטברותם.

בהמשך לכל המפורט לעיל עמדתי הינה כי דין הערעור להתקבל. אציע אפוא לחבריי לקבל את הערעור, להרשיע את המשיב גם ביתר המיוחס לו בכתב האישום ולהחזיר את התיק לבית משפט קמא על מנת שישלים המלאכה ויגזור את דינו בהתחשב באמור.

ענת זינגר, שופטת

השופט ארנון דראל:

אני מסכים.

ארנון דראל, שופט

השופטת חגית מאק-קלמנוביץ:

אני מסכימה.

**חגית מאק-קלמנוביץ,
שופטת**



הוחלט כאמור בחוות דעתה של כב' השופטת ע' זינגר לקבל את הערעור, להרשיע את המשיב גם ביתר המיוחס לו בכתב האישום ולהחזיר את התיק לבית משפט קמא על מנת שישלים המלאכה ויגזור את דינו של המשיב בהתחשב באמור בפסק דין זה.

ניתן היום, כ"ב חשוון תשע"ט, 31 אוקטובר 2018, בהעדר הצדדים.

המזכירות תשלח את פסק הדין לבאי כוח הצדדים (בהסכמתם).

**חגית מאק-קלמנוביץ,
שופטת**

**ענת זינגר,
שופטת**

ארנון דראל, שופט