



ע"פ 39118/03/18 - אחמד אבו עאבד נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ע"פ 39118-03-18

בפני כב' ס. הנשיאה השופט י' צלקובניק - אב"ד
כב' ס. הנשיאה השופט א' ביתן
כב' השופטת י' רז-לוי

אחמד אבו עאבד ע"י ב"כ עו"ד סמיר אבו עאבד

המערער

נגד

מדינת ישראל ע"י ב"כ עו"ד טלי פלדמן

המשיבה

פסק דין

סגן הנשיאה, השופט א' ביתן:

כללי

המערער הורשע בבית-משפט השלום קריית-גת, לאחר שמיעת ראיות, בעבירה של חבלה במזיד ברכב, לפי סעיף 413ה' לחוק העונשין תשל"ז-1977.

בכתב האישום שהוגש נגד המערער נטען, כי בתאריך 23.1.14 סמוך לשעה 11:00, הוא, ביחד עם בנו הקטין וקטינים נוספים, השליכו אבנים לעבר רכבו של מחמוד דראיעה (להלן: "המתלונן") וניפצו את החלון האחורי של הרכב ואת הבקלית.

הראיות שבאו בפני בית-המשפט

1. מהראיות שהוצגו בבית-המשפט קמא עולה, כי ביום האירוע התפתחה קטטה בבית-הספר "אלרזי" ברהט בין נערים ממשפחות המתלונן והמערער, הלומדים בבית-הספר. בעקבות הקטטה, מנהל בית-הספר קרא למערער ולמתלונן להגיע לבית-הספר כדי לקחת את הנערים-ממשפחותיהם שהיו מעורבים בתקרית.

2. המתלונן העיד, כי לאחר קבלת ההודעה, נסע ברכבו לעבר בית-הספר ובהגיעו לקרבת החניה ראה את רכבו של המערער ובו המערער ומספר נערים. מיד לאחר מכן המערער והנערים ירדו מהרכב וידו אבנים לעבר רכבו וכתוצאה מכך החלון האחורי ברכב נופץ. המתלונן מסר עוד, שהמערער החזיק במקל שגם אותו זרק לעבר הרכב.

3. גב' סמהאר אבו ג'אמע (להלן: "ס"א") היא אמו של תלמיד בבית הספר "אלרזי", והמתלונן הוא דוד בעלה. ביום האירוע היא היתה בבית-הספר על רקע תקרית שהתרחשה בבית הספר מספר ימים קודם לכן, שבנה היה מעורב בה. ביום האירוע היא מסרה אמרה במשטרה (ת/5), בה בין היתר תיארה את



ידוי האבנים של המערער והנערים ממשפחתו שהיו אתו, לעבר רכבו של המתלון.

ס"א נכללה ברשימת עדי התביעה בכתב האישום. היא זומנה לבית-המשפט ולא התייצבה ואחר כך הגיעה לבית-המשפט על דעת עצמה במועד בו התיק לא היה קבוע לדיון, והודיעה לשופט הדן בתיק כי היא מאויימת על רקע עדותה הצפויה בבית-המשפט ושאל בדעתה למסור עדות. העדה לא התייצבה במועד הבא שנקבע לשמיעת עדותה וניסיונות המשטרה לאתרה ולהביאה לבית-המשפט באותו מועד, לא צלחו.

4. ההגנה העידה את המערער והגיש בהסכמה את אמרת מנהל בית-הספר במשטרה.

המערער העיד, כי ביום האירוע הוא הגיע לבית-הספר לפי הזמנת המנהל. הוא שוחח עם המנהל ואחר כך עזב את שטח בית-הספר עם נערים מבני משפחתו, והוא והנערים עלו לרכבו ונסעו מהמקום. לדבריו, מנהל בית-הספר ליווה אותם לרכב וראה שהם נוסעים מהמקום. טענות המתלון כלפיו הן עלילה. הוא לא היה מעורב בכל תקרית עם המתלון ולא עשה את המיוחס לו בכתב האישום.

מנהל בית-הספר מסר באמרתו במשטרה (נ/1) כי ביום האירוע הוא זימן את המערער ואת המתלון לבית-הספר, על רקע תקרית בה היו מעורבים תלמידים משתי המשפחות. המערער הגיע, הם שוחחו ואחר כך המערער לקח אתו מספר נערים ממשפחתו והמנהל ליווה אותם אל רכב המערער שחנה מחוץ לבית הספר וראה שהם התחילו לנסוע. אחר כך חזר לבית-הספר וליווה את ס"א ואת בנה לרכבה וראה שהם נוסעים מהמקום. הוא לא ראה את התקרית עם המתלון והסביר שלהבנתו התקרית התרחשה במקום אחר ולא בחניית בית-הספר.

עיקרי הכרעת הדין

1. בית-המשפט קבע כי אמצעי פסול שימש להניא את העדה ס"א מלמסור את עדותה בבית-המשפט וקיבל את אמרתה במשטרה כראיה, בהתאם לסעיף 10א(ב) בפקודת הראיות.

2. בית-המשפט קבע כי עדויות המתלון והעדה ס"א מחזקות זו את זו אל מול גרסתו הבעייתית של המערער. הדגיש את הימנעות המערער מהבאת עדים שיכלו לתמוך בגרסתו ואת המשמעות הראייתית שיש לדבר לחובתו, וקבע כי האירוע המתואר בכתב האישום התרחש וכי במסגרתו השמשה האחורית של רכב המתלון נפצה מאבנים שיוזו לעבר הרכב על ידי המערער והנערים ממשפחתו. בית המשפט ציין כי אמנם לא ברור אם דוקא אבן שהמערער יידה היא זו שניפצה את שמשת הרכב, אולם נוכחות המערער במקום עם הקטינים ממשפחתו מאפשרת לייחס לו גם את זריקת האבנים על ידי הנערים.

3. להשלמת התמונה יצוין, כי דינו של המערער נגזר לשלושה חודשי מאסר על תנאי, קנס ופיצוי המתלון.

4. הערעור מופנה נגד הכרעת הדין בלבד.

טענות המערער



המערער כלל בהודעת הערעור שלו טענות מן הגורן ומן היקב, שחלקן סתמי ובלתי מבוסס עד כי קשה לברור את המוץ מן הבר. בכל זאת, טענותיו מתמקדות בעדות מנהל בית-הספר, אשר לפי הנטען סותרת את עדות המתלונן; בעדות ס"א, אשר על פי הנטען לא היה מקום לקבלה כראיה ושמכל מקום היא סותרת את עדות המתלונן; ובעדות המתלונן, אשר על פי הנטען אינה עולה בקנה אחד עם עדויות מנהל בית-הספר והעדה ס"א. עוד נטען, כי לא היה מקום לייחס למערער את מעשי הנערים שהיו אותו.

טענות המשיבה

ב"כ המשיבה טענה כי העובדה שהמערער נמנע מלהזמין לעדות את בני משפחתו שהיו עמו, פועלת לחובתו. ציינה, שנראה לה שיש בעיה בלוחות הזמנים, כשכוונתה היא לעדותה של ס"א. וטענה שהכרעת הדין מבוססת על ממצאי מהימנות. היא הסכימה שקיימים פערים מסוימים בין גרסת ס"א לגרסת המתלונן ושיש פער זמנים בין גרסת ס"א לגרסת מנהל בית-הספר. וציינה את העובדה שהמתלונן וס"א מסרו שראו עם המערער את אותם נערים, דבר המחזק את גרסאותיהם.

דין והכרעה

לאחר עיון בהודעת הערעור, בפרוטוקולים של דיוני בית-המשפט קמא, בסיכומי הצדדים ובהכרעת הדין, ושמיעת טיעוני הצדדים בפנינו, דעתי היא שיש לקבל את הערעור ולזכות את המערער מחמת הספק.

קבלת אמרת העדה ס.א. לפי סעיף 10א'(ב) לפקודת הראיות

1. העדה ס"א זומנה לבית-המשפט למתן עדות ליום 3.11.16. יום קודם לכן היא הגישה לבית-המשפט הודעה בכתב בה ביקשה להתקבל אצל השופט ולספר לו שאביה ביקש ממנה לא להיות עדה במשפט, משום שהוא קיבל מסרים כי אם היא תעיד, יפגעו בה ובמשפחתה. ביום הקבוע להוכחות, העדה לא התייצבה בבית-המשפט והוצא לה צו הבאה. מספר ימים לפני מועד הדיון שנקבע, העדה נכנסה לאולמו של המותב השומע את התיק, בזמן שדן בתיק אחר, ואמרה לשופט כי היא אינה רוצה להגיע לדיון משום שאינה רוצה בעיות ואינה רוצה להרוס את משפחתה. עוד אמרה, שמשפחתה אמרה לה לא להגיע למשפט כי אם היא תגיע יאונה לה רע.
2. ביום הדיון הנדחה, העדה לא התייצבה בבית-המשפט ושטר שנשלח לאתרה ולהביאה, לא מצא אותה. בדיון זה הודיעה התביעה כי צו ההבאה שהוצא לעדה לא בוצע "מחשש לשלומה", וביקשה לבטל את צו ההבאה ולקבל את עדות ס"א בהתאם לסעיף 10א'(ב) לפקודת הראיות.
3. בית-המשפט קבע בהכרעת הדין כי אמצעי פסול הניא את העדה מלהתייצב למסירת עדותה וקיבל את אמרת העדה במשטרה כראיה, על פי סעיף 10א'(ב) לפקודת הראיות.
4. התשתית הראייתית שהוצגה בבית-המשפט בנוגע להימנעות העדה מלהתייצב למסירת עדותה, מבססת במידה ראויה את המסקנה שהעדה קיבלה איומים משמעותיים בקשר למסירת עדותה ובהמשך לכך את קביעת בית-המשפט כי אמצעי פסול שימש להניא את העדה מלמסור עדות. ואולם, אין די בנתון זה כדי לאפשר קבלת אמרה שנמסרה מחוץ לבית-המשפט כראיה במשפט, כאשר מוסר העדות איננו עד במשפט.

סעיף 10א' לפקודת הראיות מאפשר קבלת אמרה בכתב שנתן עד במשפט, מחוץ לבית-המשפט, בהתקיים



תנאים מסוימים. סעיף קטן (ב) מאפשר קבלת אמרה בכתב של מי "שאינו עד" "בין משום שהוא מסרב להעיד או אינו מסוגל להעיד, ובין שלא ניתן להביאו לבית-המשפט משום שאינו בחיים או לא ניתן למצאו..."

בשאלה מיהו "עד במשפט" ואת מי יש לראות כ- "אינו עד", נשברו קולמוסים רבים ובסופו של דבר נקבע בדנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חוסאם חג' יחיא (פורסם בנבו. 5.7.93) כי ההלכה שנפסקה בע"פ 254/88 מדינת ישראל נ' לוי אליהו ואח', פ"ד מד' (4) 673, היא המחייבת.

הדברים הבאים שנקבעו בדעת הרוב בפסק דין לוי הנ"ל, מדברים בעדם -

" 10 . מאידך גיסא, מי שכאמור לא התייצב בבית המשפט, והנסיבות אינן מאפשרות לכפות עליו להתייצב - "אינו עד". כדי שתתקבל אימרתו של זה, על בית המשפט להיות משוכנע "שמנסיבות הענין עולה, כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע את נותן האמרה מלתת את העדות.. המקרים בהם אין אפשרות מעשית להביא את נותן האמרה לבית המשפט, גם אם ייצא נגדו צו הבאה לפי סעיף 73(א)(1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, אף הם מנויים בסעיף-קטן (ב). הדברים ברורים לגבי מי "שלא ניתן להביאו לבית המשפט משום שאינו בחיים או לא ניתן למצאו". אולם אפשר גם שניתן למצוא את נותן האמרה, ואף-על-פי-כן לא ניתן להביאו לבית המשפט כשמסרב הוא להעיד. דוגמה לכך כשנותן האמרה עזב את הארץ, ומקום מגוריו אמנם ידוע, אלא שמסרב הוא להעיד. זאת, בין שהוא מסרב להיענות להזמנה לבוא ארצה ולהעיד בבית המשפט, ובין שמסרב הוא למסור עדות בחיקור דין, באותם מקרים בהם הוא נמצא מאחת המדינות בעלות האמנה האירופית בדבר עזרה הדדית בעניינים פליליים, שנעשתה בשטרסבורג ב- 20.04.59, וראה ע"פ 440/87, 486, 494, 499, 496/88 [11], בעמ' 806-807) **אם, מאידך גיסא, ניתן למצוא את נותן האמרה וניתן להביאו לבית המשפט כשמסרב הוא להעיד, אלא שלא נכפה עליו להתייצב - כי אז לא ייכנס נותן אמר כזה לא לגדר סעיף-קטן (א) ולא לגדר סעיף-קטן (ב)....** הנה כי כן, **המשותף לכל המקרים המנויים בסעיף-קטן (ב) הוא באי-התייצבותו של נותן האמרה בבית המשפט ובחוסר יכולתו של בית המשפט לגרום להתייצבות לפניו, וממילא נבצר אז מבית המשפט להתרשם ממנו. משנעדר נותן האמרה מבית המשפט, מובנת הדרישה שבסעיף-קטן (ב), כי האמרה תהיה קבילה רק לאחר ש"בית המשפט שוכנע שמנסיבות הענין עולה, כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע את נותן האמרה מלתת את העדות"**."

5. המלומד יעקב קדמי סיכם סוגיה זו בדברים הבאים -

"...ישנם עדים שאינם באים בגדר אף אחד מהסעיפים הקטנים (א) או (ב)- ועל כן לא ניתן להציג את אימרתם כראיה מכוח הוראותיו של סעיף 10א' לפקודה, ואלה הם: אותם עדים שאינם מתייצבים למסור עדות, אך ניתן למצאם ולכפות הופעתם; שמי שניתן לכפות את התייצבותו על דוכן העדים ולא עושים כן - כאילו ויתרו על העדותו." (יעקב קדמי. על הראיות. חלק ראשון. מהדורת תש"ע-2009. עמוד 384)

6. המסקנה העולה מהאמור הינה, כי מקום בו ניתן לכפות על עד להתייצב בבית-המשפט והדבר לא נעשה, לא ניתן לעשות שימוש בסעיף 10א'(ב) לפקודת הראיות.

7. במקרה זה, העדה לא התייצבה בבית-המשפט בשני דיונים בלבד. לקראת הדיון השני הוצא נגדה צו



הבאה שהתביעה הצהירה כי היא תדאג לביצועו ובפועל התביעה החליטה שלא לבצעו למרות הוראת בית-המשפט. הקשר עם העדה לא נותק. כתובתה היתה ידועה למשטרה. בני משפחתה מוכרים למשטרה. היא לא "נעלמה". היא התייצבה מספר פעמים במשטרה, כולל עם בעלה, והתייצבה בבית-המשפט. והרושם הוא שניתן היה לכפות אותה להתייצב בבית-המשפט ללא קושי ממשי.

8. בנסיבות הענין, על פי הדין, לא ניתן היה לקבל את אמרת העדה ס"א במשטרה כראיה במשפט, בהתבסס על סעיף 10א'(ב) לפקודת הראיות.

המשקל שבית-המשפט ייחס לעדויות המתלונן וס"א, כל אחת בפני עצמה ובשילובן יחד

1. בית-המשפט אמנם ציין בהכרעת הדין כי עדות המתלונן היא העדות העיקרית וכי "ניתן היה לנהל את התיק כולו גם ללא העדות הנוספת של העדה" (עמ' 8. פסקה 36), אולם לצד זה הוא קבע גם כי עדות העדה ועדות המתלונן מחזקות זו את זו אל מול גרסת המערער (עמ' 11. פסקה 53) וכי "גרסתה של העדה ס"א מהווה חיזוק משמעותי לגרסתו של המתלונן" (עמ' 12. פסקה 56).

2. קשה לכמת במדויק את המידה בה חיזקה העדות של ס"א את גרסת המתלונן בעיני בית-המשפט ואת תרומתה להחלטתו להעדיף את גרסת המתלונן על פני גרסת המערער, ואולם, ניכר כי בית-המשפט ראה בעדויות ס"א והמתלונן כשלובות זו בזו ומחזקות האחת את השניה. הדבר שזור לכל אורך הכרעת הדין. בפסקת הסיום של הכרעת הדין, בית-המשפט אומר את הדברים הבאים, המדברים בעד עצמם (עמ' 14. פסקה 66) -

"כאשר ניצבות בפני **עדויות של הנאשם**, שנמנע מלהביא עדים נוספים, שהיו איתו בעת האירוע, **למול עדויותיהם המשתלבות של המתלונן ושל העדה ס"א** - לא נותר בליבי ספק, כי אכן היה ביום האירוע אירוע של השלכת אבנים..."

המסקנה המתבקשת הינה שתרומת עדות ס"א לחיזוק גרסת המתלונן ולהעדפתה על פני גרסת המתלונן, היתה משמעותית.

3. כעת, משמסתבר כי לא היה מקום לקבל את אמרת העדה ס"א במשטרה כראיה במשפט, יש לנטרל בהתאם את השפעות האמרה על האמון והמשקל שבית-המשפט נתן לגרסת המתלונן.

4. בית-המשפט קיבל, בעיקרו של דבר, את עדויות ס"א והמתלונן לגופן וסבר כי הן מחזקות זו את זו. עיון בכל אחת מהעדויות לעצמה והשוואתה לעדויות אחרות, מטיל ספק בנכונות המסקנות האמורות.

· העדה ס"א מסרה במשטרה (5/ת) כי ביום האירוע היא הגיעה בשעה 09:40 לבית-הספר בו לומד בנה, בקשר לאירוע שהיה יומיים קודם לכן בין בנה לבין תלמיד ממשפחת המערער. היא שוחחה עם המנהל ואחר כך ישבה ברכבה וצפתה על שני בניה שהיו בחצר בית-הספר במהלך ההפסקה. בשלב מסוים היא ראתה נערים ממשפחת המערער דוחפים את בנה, יצאה מרכבה וצעקה לעברם. הם ראו אותה וברחו. כעבור מספר דקות הגיע המערער, הנערים שקודם לכן ברחו, חזרו למקום, הרימו אבנים וזרקו לעברה ולעבר רכבה. היא העבירה את רכבה למקום אחר. למקום הגיע המתלונן ברכבו ואז המערער והנערים - שבשמותיהם נקבה - התחילו לזרוק אבנים על רכבו של המתלונן "ושברו לו את האוטו". המערער החזיק מקל גדול ביד, שהביא מרכבו, והוא רץ לכיוון המתלונן שהיה עדיין ברכבו. אנשים שהיו במקום תפסו את המערער ולקחו ממנו את המקל.



סיפורה של העדה מסופר כהשתלשלות אירועים שהתרחשה ברצף אחד, מתמשך. הסיפור בכללו אינו מתיישב עם גרסת מנהל בית-הספר, מר מתעב אבו נאסר - שהתביעה הסכימה להגיש את אמרתו במשטרה לתיק בית המשפט ללא חקירתו. לפי גרסת המנהל (נ/1), המערער הוזמן לבית-הספר על רקע קטטה בין תלמידים ממשפחתו לתלמידים ממשפחת העדה. המערער הגיע לבית-הספר, לקח את בני משפחתו, המנהל ליווה אותם לרכבו של המערער, הם עלו לרכב המערער והחלו בנסיעה, והוא חזר לבית הספר. כל אותו הזמן העדה ס"א ותלמידים מבני משפחתה היו במשרד סגן המנהל ואחר כך במשרד המנהל, ולאחר שהמערער נסע מהמקום, המנהל לקח את ס"א ואת בנה "עד הרכב וראיתי אותם נוסעים מהמקום".

· התיאורים של המנהל ושל ס"א אינם יכולים לדור בכפיפה אחת. לפי גרסת המנהל, המערער וס"א לא יכלו להיפגש בזמן הרלוונטי וס"א לא יכלה לראות את מעשי המערער. בית-המשפט היה מודע לפערים בגרסאות אולם הוא העריך כי הדבר נובע מ "חלל זמנים" אותו העדה לא תיארה. יתכן שזה אכן ההסבר להבדלים בין העדויות, אולם אפשרות זו אינה עולה מקריאה רגילה של אמרת העדה במשטרה, וישנן גם אפשרויות אחרות. העדה לא נחקרה בנושא זה במשטרה ולא העידה בבית-המשפט וגם המנהל לא נחקר על הענין במשטרה ולא העיד בבית-המשפט, כך שהנוגעים בדבר לא נתנו את הסבריהם לסתירות בין גרסאותיהם.

· בית-המשפט קבע, כי הפגיעה ברכב המתלון נעשתה ע"י "אבן או חפץ דומה" (פסקה 59 עמ' 13) ועל כן התיאור שמסרו המתלון והעדה, לפיו המערער החזיק במקל הוא "תיאור ייחודי שאיננו מתאים וודאי שאיננו הכרחי לעלילה שתקשור את הנאשם לנזק ברכב." "העובדה שגם המתלון וגם העדה ס"א תיארו את הנאשם אוחז במקל, כשהרכב נפגע מאבנים ולא ממקל, מחזקת את גרסאותיהם."

לא ברור על מה נסמך בית-המשפט בקביעתו שהרכב נפגע מאבנים ולא ממקל. המתלון מסר בענין זה מספר גרסאות. באמרתו במשטרה (משורה 7 ואילך) מסר כי המערער והנערים שהיו אתו זרקו אבנים לעבר רכבו וכתוצאה מכך השמשה האחורית של הרכב נופצה. אולם זמן קצר לאחר מכן, במהלך עימות בינו לבין המערער, מסר את הדברים הבאים (ת/4 מש' 2 ואילך) -

"...אתה היה לך מקל ביד ואיתך היו הבן שלך אברהים ועוד אחרים שאני לא מכיר אותם ואת שמותיהם, הייתם ברכב שלך שהגעתי לביה"ס בחנייה, רק עצרתי ורצתם אתה, הבן שלך אברהים ועוד כמה שאני לא מכיר אותם חוץ מהשניים שזיהיתי אותם פה בתחנה שהגעת איתם, שברתם את זכוכית אחורית של הרכב **והסימן של השבירת שמשה אחורית רואים שזה ממקל ולך ולאחרים שהיו גם היו מקלות ואחד מכם שבר לי את המקל שאתה עם מקל מבניהם שברחתי שברתם את השמשה וזרקתם אבנים...**"

בבית-המשפט המתלון מסר גרסה שלישית, לפיה המערער והנערים זרקו אבנים לעבר רכבו, והמערער זרק לעבר רכבו גם מקל (עמ' 12 מש' 22, עמ' 19 מש' 16) ואמר שיכול להיות שהפגיעה בשמשה היתה מהמקל.

עולה איפוא, כי "המקל" איננו זר להתרחשויות ועל כן איזכורו בעדויות ס"א והמתלון, כשלעצמו, אינו מחזק את גרסאותיהם, ובנוסף, וזה העיקר, התיאור של ס"א לפיו המערער החזיק במקל ורץ לעבר רכב המתלון ואנשים תפסו אותו ולקחו ממנו את המקל, איננו מתיישב עם התיאור של המתלון לפיו



המערער זרק את המקל לעבר רכבו.

הגרסאות השונות שמסר המתלון באמרתו במשטרה וזמן קצר אחר כך בעימות שנערך בינו לבין המערער, בנוגע לאופן בו המערער פגע ברכבו, והגרסה השלישית - השונה משתי קודמותיה - שהוא מסר בעדותו בבית המשפט, כמו ההבדלים בין גרסתו לגרסת ס"א בנוגע למקל שהמערער החזיק, נוגעים ללב הענין, והם לא הוסברו על ידי המתלון באופן המניח את הדעת.

בהקשר זה יצוין, כי בית-המשפט קמא נמנע מלקבל את עדות המתלון לפרטיה, לפיה הוא ראה את המערער זרק לעבר רכבו אבנים ומקל, והסתפק בקביעה הכללית שהוכח שהיה אירוע של השלכת אבנים לעבר רכבו של המתלון אשר בו נשברה השמשה האחורית של הרכב.

התמונה, ת/2

1. במהלך עדות המתלון בבית-המשפט, התובעת הציגה בפניו תצלום של רכב שהשמשה האחורית שלו מנופצת וביקשה את התייחסותו. העד אמר כי הרכב בתמונה הוא רכבו ששמשו האחורית נפגעה. התביעה ביקשה להגיש את התמונה כמוצג. הסנגור התנגד, ובית-המשפט קבע שהתמונה תתקבל "בכפוף לעדות העד שצילם אותה". (עמ' 13 לפרוט' מש' 1). בפועל, העד שצילם את התמונה לא העיד בבית-המשפט.
2. משקבלת התמונה כמוצג הותנתה בתנאי שלא התקיים, אין לראות בתמונה שבת/2 כחלק מהראיות שהתקבלו כדין במשפט.
3. בית המשפט התייחס, בסעיפים 40 ו-44 להכרעת הדין, לתמונה ולתרומתה לקבלת גרסת המתלון. גם אם אין המדובר במרכיב מרכזי בהערכת גרסת המתלון, הרי שהתמונה תרמה תרומה מסוימת לחיזוק גרסת התביעה ולהרשעת המערער.

האם הוכחה אשמת המערער מעבר לספק סביר

1. על רקע גרסת המערער הכופרת מכל וכל בעצם קרות האירוע, הימנעות המערער מהבאת עדי הגנה, בני משפחתו, שיכלו לאשר את גרסתו, מטילה צל כבד על המערער ומעמידה את האפשרות שהדברים אכן התרחשו באופן שמסר המתלון, כמשמעותית ובלתי מבוטלת.
2. נימוקי בית-המשפט הם חלק מהותי מהכרעת הדין. הם פותחים צוהר לאופן בו בית-המשפט ראה והבין את הדברים שהוצגו בפניו, ומסבירים את מסקנותיו. לעיתים בית-משפט של ערעור דוחה נימוקים מסוימים בהכרעת דין ובכל זאת מותיר את התוצאה על כנה תוך הטעמתה בנימוקים אחרים, ולעיתים הוא מחזיר את התיק לבית המשפט קמא על מנת שישוב ויבחן את מסקנותיו לאור הקביעות הנוגעות לחלק מהראיות עליהן התבססה הכרעת הדין. כאן, הראיות המרכזיות שבית-המשפט קיבל, כשלעצמן, כרוכות באי התאמה ובאי בהירות המחלישות אותן, והן גם אינן עולות בקנה אחד זו עם זו בצורה חלקה - דבר התורם לחולשה הבסיסית של כל אחת מהן.
3. הרושם שבית-המשפט קיבל מצירוף הראיות שנראו בעיניו כתומכות זו בזו, הוא שהכריע, והסתבר שלא היה מקום לקבל את אחת הראיות המרכזיות ושהראיות אינן תומכות זו בזו. במצב דברים זה ומשנימוקים מרכזיים בהכרעת הדין נדחו, נראה לי שלא יהיה זה נכון למצוא נימוקים אחרים לביסוס



ההרשעה. גם האפשרות להחזיר את התיק לבית המשפט קמא, אינה נראית לי, בהתחשב בכך שמדובר בתיק משנת 2014 ובעבירה יחסית קלה. נראה לי שיש לאפשר למערער ליהנות מהספק שנוצר מהפער שבין הראיות שעל יסודן בית-המשפט קבע את ממצאיו והסיבות שהביאו אותו לגבש את עמדתו, לבין הראיות שניתן היה לקבל, איתנותן והשפעותיהן ההדדיות על קביעת ממצאי בית המשפט והתוצאה.

4. לעניות דעתי, יש לזכות את המערער מחמת הספק, מהעבירה בה הורשע.

בשולי הדברים, ולא בשולי חשיבותם, אני מוצא לנכון להעיר את הדבר הבא -

אין לדין אלא מה שענינו רואות. ומה שענינו רואות הוא בעיקר מה שהצדדים מראים לו. כאן, באופן כללי, האופן בו הוצגו הראיות לבית-המשפט ומיצוי המידע מהעדים שהעידו, רחוק מלהשביע רצון.

סגן הנשיאה י' צלקובניק:

כמו חברי, השופט ביתן, אף אני אינני סבור, בכל הנוגע לעדותה של ס"א, כי בפנינו אחד "המקרים בהם אין אפשרות מעשית להביא את נותן האמרה לבית המשפט", וכי די היה בניסיונות שנעשו לזמן את העדה לעדות, כדי לשכנע בדבר קיומו של תנאי זה, ולהחיל על הודעתה של העדה את הוראת סעיף 10א(ב) לפקודת הראיות. מעבר לאמור, כפי שציין חברי בין הנמקותיו, מתעורר ספק של ממש, נוכח דבריו של מנהל בית הספר שהתקבלו בהסכמה, ומשלא ניתן לתמוך את דברי המתלון בהודעתה של ס"א שאינה קבילה נוכח האמור, כי המשיבה יצאה ידי הוכחתה להצביע על עצם ומהות מעורבותו של המערער בתקרית, ולנוכח הספק המתעורר, הרי שיש לזכות את המערער מהעבירה שיוחסה לו.

השופט י' רז לוי:

אני מצטרפת למסקנת חברי השופט ביתן, ולהערותיו של חברי, השופט צלקובניק. זאת בעיקר בשל כך שאכן אף אני סבורה שלא היה די בניסיונות שנעשו להבאת העדה, כדי לבסס קבלת אמרתה כאמור לעיל ומשכך אותו חיזוק שהיה קיים לעדות המתלון, על הקשיים הקיימים בה, נשמט; וכן לאמור בחוות דעתו של השופט ביתן ובהערת כב' השופט צלקובניק בדבר הקושי המתעורר בכך שאמרת מנהל בית הספר התקבלה בהסכמה. במצב דברים זה אותו פער או חלל מסוים שהיה באשר לזמנים לא בורר, ואף ב"כ המשיבה בדיון בפנינו הסכימה שיש "בעיה בסמיכות הזמנים גם מעדותו של המנהל". אכן כפי שציין כב' בית המשפט קמא, ניתן להסביר את אותו פער בשל כך שכל עדות מתייחסת לנקודת זמן אחרת, אך משלא נחקרו העדים בעניין זה ואמרותיהם הוגשו באופן האמור, לא ניתן לומר שהדברים הובררו די צרכם. סופו של דבר עננה כבדה מרחפת מעל המערער לאור עדות המתלון בה נתן בית המשפט אמון, אך משאין בפנינו את עדותה של ס"א ובשל האמור לעיל, וכאשר כפי שציין חברי השופט ביתן אין לדין אלא מה שענינו רואות ובמקרה זה מה שהצדדים מראים לו, אכן נותר ספק מסוים ממנו רשאי המערער להנות.



נוכח האמור, הערעור מתקבל והמערער מזוכה מהעבירה שיוחסה לו.

ניתן היום, כ"ח תמוז תשע"ח (11 יולי 2018), במעמד הצדדים.

יעל רז לוי, שופטת

אליהו ביתן, שופט
סגן הנשיאה

יורם צלקובניק, שופט
אב"ד