



ע"פ 9528/11/16 - יעקב טאקטוק נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 9528-11-16 טאקטוק נ' מדינת ישראל

בפני כבוד השופטת נאווה בן-אור
כבוד השופט רם וינוגרד
כבוד השופט ארנון דראל

המערער

יעקב טאקטוק
על ידי ב"כ עו"ד רצון דרחי

נגד

המשיבה

מדינת ישראל
באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים (פלילי),
עו"ד אשרת שוהם

פסק דין

ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים (כב' סגן הנשיא, מ' כדורי) בת.פ. 31263-02-14. הערעור מופנה כלפי הכרעת הדין מ- 22.4.205 וכלפי גזר הדין מ- 10.10.2016.

כתב האישום והתשובה

1. לבית משפט קמא הוגש נגד המערער כתב אישום המייחס לו עבירה של ניסיון לתקיפת שוטר בנסיבות מחמירות - לפי סעיף 274(1), (2) ו-(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**), בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין ועבירה של התפרעות - לפי סעיף 152 לחוק העונשין.

2. מתיאור העובדות שבכתב האישום עולה כי לטענת המשיבה ביום 19.8.2014 בסמוך לשעה 22:00, אירעה התפרעות של מפגינים חרדים ברחוב משה זקס בירושלים, במסגרתה הבעירו פחי אשפה, חסמו את הכביש, וידו אבנים לעבר כוחות הביטחון. במהלך אותה התפרעות עמד המערער במרפסת הנמצאת במרחק של כ- 3 מטרים מכיכר זקס, יידה אבן לעבר השוטר שמואל דהן (להלן: **שמואל**) ואחרים שעמדו בכיכר, אך האבן פגעה בעץ.

3. תשובת המערער לכתב האישום אישרה כי במקום הייתה "המולה" אך לא התקיימו הרכיבים האחרים של "התפרעות". בא כוחו של המערער דאז אישר כי המערער היה על המרפסת והסתכל אך כפר בכך שזרק אבן (פרוטוקול הדיון מ- 18.12.2014).



הראיות

4. מטבע הדברים המחלוקת בין הצדדים התמקדה בשאלת זיהוי של המערער כמי שיידה את האבן כלפי השוטרים. מסכת הראיות שהובאה לפני בית משפט קמא הייתה מצומצמת יחסית וכללה שני עדי תביעה, שמואל ופקד אמיר בן קיקי ושני עדי הגנה, הנאשם ומר פנחס פולק (להלן: **פולק**). שמואל תאר בחקירתו הראשית את האירוע כך:

"...תצפת(ת) לרחוב משה זקס, ובמהלך התצפית זיהיתי שני בחורים, אחד לבוש **שחור לבן עם מעיל שחור ארוך**, ובחור השני לבש רק **חולצה לבנה ומכנס שחור**, הם עמדו על מרפסת של ישיבה... במהלך התצפית זיהיתי **בחור שבידו שקית בצבע בורדו חום משליך אבן לעבר כוחות משטרה...** משליך אבן ומתיישב במדרגות המרפסת, שעליתי אחרי זה למרפסת זו כניסה לישיבה ויש שלוש מדרגות שיושבים עליהן מהמרפסת לישיבה, דיווחתי בשלב זה לראש הצוות על זה שזיהיתי זריקת אבן, הוא דיווח את זה לקצין מודיעין אמיר בן גיגי, אמיר נתן אישור למעצר, בשלב זה עלינו עם כוח יס"מ למרפסת, שבעצם אין עוד יציאה משם רק מאיפה שנכנסנו, **הייתי תמיד בקשר עין, ראיתי את החשוד הזה כל הזמן, זיהיתי בוודאות שזה הוא ולא היו לי בזה ספקות**, עלינו למעלה ובצענו את המעצר..."
(עמ' 5, ההדגשה הוספה)

5. שמואל הוסיף כי שמר על קשר עין עם החשוד ועם דלת הכניסה למרפסת שמתוכה נכנסים לישיבה, ראה שאף אחד אינו יוצא ואינו נכנס ולדבריו: **"הגענו וזיהיתי את השקית ואת החשוד בוודאות"** (עמ' 6).

6. בחקירה הנגדית אמר שמואל כי המרחק בין נקודת התצפית למרפסת הוא 3-4 מטרים וכי התאורה הייתה טובה. הוא אישר שכאשר "נכנס לעומק" התאורה "התחשכה", אך זיהה את החשוד. אשר לדרך שבה ידע כי המדובר באותו אדם הוא הבהיר כי עשה כן "באמצעות השקית שהייתה בידו והמעיל הארוך, באמצעות הזיהוי שלי". תשובתו לשאלה כמה זמן נמשכה התצפית הייתה כי פרק הזמן היה מעל חצי שעה וכי כל אותו זמן היו רק שני אנשים על המרפסת. עוד הוברר כי בזמן ביצוע המעצר השקית הייתה על מרפסת אך השוטרים לא תפסו אותה (עמ' 6) וזאת מחמת חוסר תשומת לב (עמ' 8).

7. שמואל אישר כי לא ראה את תווי הפנים של המערער וכי הזיהוי נעשה לפי פרטי הלבוש: "היו שני אנשים, בחור אחד עם מעיל שחור ארוך, חולצה לבנה ומגבעת על הראש, ובחור שני בלי מגבעת" (עמ' 7).

8. בית משפט קמא הקשה, במהלך החקירה הנגדית, על העד באשר לאמינות הזיהוי:

"ש.כ.ה. קודם אמרת שזיהית את החשוד לפי המעיל, השקית וקשר עין.
ת. והמגבעת.

ש.כ.ה. נניח שהוא לא היה מחזיק שקית, ושהיו באזור עוד אנשים שהיו לבושים כמוהו, עם מעיל ארוך ומגבעת, מה מידת הוודאות שאדם שעצרת הוא אותו אדם שהבחנת (בו) זורק אבן.
ת. גם אם לא הייתה שקית הייתי מזהה במאה אחוז שזה החשוד.

עמוד 2



ש.כ.ה. מה מידת השמירה של הקשר עין עם החשוד.

ת. הייתה 99.9%, והאחוז הקטן זה הרגע שהייתי במדרגות, אין לי יציאה אחרת, זו היציאה הראשית.

ש.כ.ה. אולי מי שזרק אבן נכנס לישיבה ויצא ממנה אדם אחר אותו עצרת.

ת. לפי מה שזכור לי שבדקנו הדלת לישיבה הייתה נעולה, לפי מיטב זכרוני. " (עמ' 8-9)

9. העד הנוסף מטעם המשיבה היה פקד אמיר בן קיקי. הוא תאר את הדיווח ששמע בקשר ואת האישור שנתן לביצוע מעצר. בהתייחסו לאי תפיסתה של השקית, שהיא אחד מפרטי הזיהוי, הוא השיב כי "השקית היא פרט נלווה והיא לא ראיה, החשוד שנעצר הוא החשוד שיידה את האבן, והשקית מבחינתי זו לא ראיה, ולכן אין הנחיה להביא את השקית" (עמ' 12).

10. בעת שנחקר במשטרה, המערער שמר על זכות השתיקה (ת/2). בבית המשפט הוא בחר להעיד ותאר את ההתרחשויות כך:

"... אני לומד בישיבה כל היום, בשעה 22:00 אני גומר את הישיבה, עד שאני הולך הביתה לוקח כמה דקות, עד שאני עוזב את הישיבה. באותו ערב הלכתי דרך מאה שערים רח' זוננפלד, נכנסתי לרחוב בית ישראל, שם ראיתי באמצע המולה, המון אנשים, עניין אותי מה יש והלכתי להסתכל, ראיתי מרפסת על ידי כיכר זקס, ראיתי שיש שם כמה בחורים, על המרפסת, וזה היה די רחוק ושקט מההפגנה ומההמולה שהייתה שם, עליתי למעלה למרפסת כדי לא להיות למטה, עליתי להסתכל, רציתי להסתכל כמה דקות ולחזור הביתה. ש. מה היה.

ת. כשעליתי הכרתי בחור אחד בשם פולק ובאמצע שהיינו שם דיברנו, אחרי זה רצו לעלות עוד כמה בחורים למרפסת, והבחורים שהיו במרפסת אמרו להם, לאלו שרצו לעלות, שלא יעלו כאן המקום שקט, פה אין כלום ולא זורקים כלום, שלא יהיה קשר להפגנה שיש למטה. אחרי כמה דקות ההפגנה התחילה להתפזר, השוטרים התחילו ללכת לכיוון כביש 1, הבחורים שהיו למעלה התחילו להתפזר מהמרפסת, ואני פולק נשארנו ודיברנו קצת, אחרי כמה דקות ראינו את השוטרים חוזרים לכיוון הכיכר, חשבתי שאשאר שם לראות מה קרה עוד פעם, ואז ראיתי מישהו, שוטר, מצביע עם היד, וראיתי אותם נכנסים לסמטה מכיוון הפתח של המרפסת, המשכתי להסתכל על הכיכר, ואחרי זה שמעתי מישהו עולה למרפסת, הסתובבתי וראיתי וזה היה נראה לי שוטר, הסתובבתי, קמתי מהכיסא שהיה בצד, ועמדתי בצד לראות מה הם רוצים ולמה הם עלו למרפסת, פתאום כשהגיעו זרקו אותי על הרצפה, התחילו להרביץ לי ושמו לי אזיקים, ואז התחילו לסחוב אותי במדרגות למטה, וכשהגעתי למטה ביקשתי את הכיפה שלי שנפלה שהרביצו לי, היה שם מישהו, שוטר שאני לא יודע מי זה, נתן לי עוד מכות ואמר לי הנה הכיפה ולא החזירו לי אותה. " (עמ' 12-13).

11. המערער לא חלק על כך שהיה במרפסת אך טען שהסתכל ודיבר עם פולק וכן ציין כי עישן (עמ' 13). בתשובה לשאלה האם היו אנשים נוספים במרפסת לפני שנעצר, פרט לפולק, הוא השיב בחיוב ואמר כי חלפו כמה דקות בין עזיבתם של האנשים שהיו על המרפסת לבין הרגע שבו השוטרים עצרו אותו (עמ' 14). הוא שלל את הטענה כי זרק אבן.



12. ההסבר שנתן המערער לכך שבחר שלא למסור גרסה בעת שנחקר במשטרה היה "הייתי מאוד בשוק אז, הייתי בלחץ מהמכות שנתנו לי, מעצם העצירה שעצרו אותי" (עמ' 16).

13. מטעם המערער העיד פולק, שתאר את האירועים שהתרחשו כך:

"בסביבות 21:30 הייתי בתפילה בשטיבלך בבית ישראל, אחרי התפילה חזרתי לחמי שגר ברח' חיים עוזר שבסמיכות לשמואל הנביא כיכר זקס, עליתי הביתה ואחרי כמה דקות שמעתי מהחלון המולה של אנשים, ירדתי למטה התחלתי להתקרב לכיוון כל האיזור בשמואל הנביא כיכר זקס, ראיתי שיש מצד אחד שוטרים ומצד אחד אנשים, ומדי פעם רצים אחד עם השני, חיפשתי תצפית שאוכל לעמוד בשקט מבלי שאתקל בכל הבלגן, ראיתי מרפסת בחצר בית כנסת, עליתי למעלה במדרגות, כשעליתי ראיתי גם כמה חברים שהכרתי, מתוכם הנאשם שאני מכיר אותו, עמדנו שם בתצפית, הכל היה בשקט ורגוע, דיברנו רגיל, אחרי כמה דקות גם עלו כמה בחורים וביקשנו מהם שפה לא עושים שום דבר שלא תהיה המולה, ושאלו לא רוצים התקהלות, המשכנו לצפות, אחרי כמה דקות הקהל למטה התחיל להתפזר, השוטרים התקרבו לכיוון כביש מס' 1, היה יותר שקט, לאט לאט כל החברה שהיו על המרפסת גם התפזרו, אחרי כמה דקות נשארנו אני ויעקב לבד, אני הייתי בטלפון, דיברתי עם אשתי באותו זמן, כמעט כל הזמן דיברתי בטלפון חוץ ממה שדיברתי עם החברים, דיברתי עם אשתי ששאלה מה קורה, אחרי זה נשארנו לבד, פתאום אני רואה שהשוטרים מתחילים להתקרב לכיוון המרפסת, הכניסה למרפסת הייתה בתוך סמטה, מאחורה היו מדרגות ואני ישבתי עליהן והרמתי עוד פעם טלפון לאשתי, אמרתי לה שמתחילים להתקרב לרחוב של חמי, נכנסו לסמטה, ופתאום באמצע השיחה אני שם לב שאחד השוטרים שעדיין עמד על הכביש מצביע לכיוון המרפסת שעמדנו ותוך כדי שיחה אני שומע אחד שעולה למרפסת, ואז ניגש ליעקב שקם ונבהל, מוריד אותו על הרצפה ומתחיל לשאול אותו מה אתה עושה פה, מתחיל להרביץ לו, ואז אחרי כמה שניות עלו עוד כמה, אחד מהם פנה ושאל אותי מה אני עושה פה ואמרתי שאני לא עושה שום דבר ושחמי גר פה והגעתי רק לצפות, הוא אמר לי לך הביתה וכשירדתי למטה גם קיבלתי מאחד השוטרים בעיטה ונפלה לי הכיפה, ביקשתי שיחזירו לי את זה, אמרו לי תעוף מיד לפני שתקבל עוד מכה, ואז הלכתי לבית של חמי בלי הכיפה.
ש. בזמן שהיית במרפסת יעקב זרק אבנים.
ת. לא." (עמ' 16-17).

הכרעת הדין

14. בהכרעת הדין אימץ בית משפט קמא את גרסת העדים מטעם המשיבה ודחה את גרסתו של המערער. הוא הגדיר את עדותו של שמואל כ"אמינה ומהימנה" וציין כי הייתה "עקבית, רציפה וסדורה". על יסוד תיאוריו של שמואל כי זיהה את המערער באופן וודאי כמי שיידה אבן לעבר כוחות המשטרה, לאחר ששמר על קשר עין עמו עד למעצרו וכי תנאי התאורה אפשרו לו להבחין היטב בידי האבן ולשמור על קשר עין, הוא קבע כי מדובר בזיהוי מיידי של מבצע עבירה ומעצרו במקום ולא בזיהוי מאוחר. לפיכך, סבר בית משפט קמא כי אין נפקות של ממש להשתייכות האתנית חברתית של המערער, ולפרק הזמן שחלף מאז הבחין שמואל בידי האבן ועד לביצוע המעצר, במיוחד שעה שמכל מקום אין מדובר אלא בפרק זמן קצר של מספר דקות. בית משפט קמא לא מצא בטענות לעניין היעדר פירוט של זווית הראייה, והיעדר ראייה על טיב התאורה במרפסת כדי להעמיד בספק את גרסתו של שמואל.



15. בהמשך לכך הטעים בית משפט קמא כי הצבתו של שמואל כתצפיתן, במסגרת טיפולה של המשטרה בהתרחשויות, מחייבת את המסקנה כי הבחין במתרחש מתוקף תפקידו זה, ולא באופן אקראי או חטוף, או באופן אחר העלול להעמיד בספק את גרסתו.

16. בית משפט קמא מצא חיזוק להתרשמותו גם בגרסתם של המערער ופולק לפיה המערער נבהל כאשר הבחין בכך ששוטר עולה למרפסת, שכן אם המערער לא ביצע את המיוחס לו, היה אדיש להגעתו הצפויה של השוטר למקום.

17. את גרסת ההגנה הגדיר בית משפט קמא כגרסה כבושה, וכן מצא בשתיקתו של המערער בחקירתו במשטרה, שלא נמצא לה הסבר מניח את הדעת לדעתו, כראיה המחזקת את ראיות התביעה נגדו. בנוסף עמד בית משפט קמא על הפער בין עדות המערער ותשובתו לאישום בדבר קיום 'המולה' לאמירה אחרת שלו במסגרת עדותו.

18. בסיכום הכרעת הדין קיבל בית משפט קמא את גרסת המשיבה ודחה את גרסת המערער, וזאת על אף שהראיה העיקרית העומדת לחובתו של המערער אינה אלא עדותו של שמואל, שאותה מצא לאמץ במלואה וסבר כי די בה כדי להוכיח את אשמתו של המערער מעבר לכל ספק סביר.

19. המערער הורשע אפוא בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

20. אחר הכרעת הדין, הוחלף ייצוגו של המערער. הסנגור האחר שהמערער שכר הגיש לבית המשפט בקשה לאפשר לו הגשת ראיות נוספות שהן בעיקר חוות דעת המנתחת את האפשרות לזהות דמויות ממקום עמידתו של שמואל וכן את אפשרויות התאורה במקום. בית משפט קמא דחה את הבקשה לאפשר את הבאת הראיה הנוספת.

גזר הדין

21. טרם מתן גזר הדין הוגשו לבית משפט קמא תסקיר מאת שירות המבחן וחוות דעת של הממונה על עבודות השירות. מתוך התסקיר נלמד כי המערער בחור צעיר, נעדר עבר פלילי, מנהל אורח חיים תקין בדרך כלל ומבטא מוטיבציה להמשך התנהלות תקינה שומרת חוק. המלצת שירות המבחן בעניינו הייתה לענישה חינוכית, מוחשית ומציבת גבולות בדמות צו שירות לתועלת הציבור. הממונה על עבודות השירות מצא את המערער מתאים לביצוע העבודות.

22. לצד התסקיר וחוות הדעת הובאו מטעם המערער שני עדים לעניין העונש שתיארו אותו ואת אופיו וכן את השלכות ההליך המשפטי על חייו.

23. בגזר הדין עמד בית משפט קמא על שיקולי הענישה השונים וקבע כי מתחם העונש ההולם במקרה זה



כולל מאסר בפועל לתקופה שמתחילה במספר חודשים ועד ל- 12 חודשי מאסר. בהתחשב בשיקולים השונים, בגילו של המערער, בהיעדר עבר פלילי, בחרטה ובבושה שהביע מעצם מעורבותו בפלילים ופרק הזמן שבו שהה בתנאים מגבילים אך מנגד בהימנעותו מליטול אחריות על מעשיו ולהירתם להליך טיפולי, דן בית משפט קמא את המערער למאסר בפועל למשך 4 חודשים בניכוי ימי המעצר בנוסף נדון המערער גם למאסר על תנאי.

הטענות בערעור

24. לצורך הערעור הוחלף ייצוג המערער פעם נוספות ובא כוחו הנוכחי, עו"ד רצון דרחי, הגיש נימוקי ערעור מפורטים וטען בהרחבה כלפי הכשלים שמצא בהכרעת הדין, ולחלופין ביקש להפחית מן העונש שהוטל על המערער.

25. לטענת בא כוח המערער נפלה שגגה של ממש בהכרעת דינו של בית משפט קמא אשר לא זו בלבד שייסד את הרשעת המערער על עדות זיהוי יחידה, אלא שזיהוי כמבצע העבירה נסמך על פרטי לבוש בלבד, נטולי כל ייחוד. כאשר מוסיפים לכך את מחדלי החקירה שנגלו בתיק וכן את עדותו של עד הגנה נוסף, שאף ממנה התעלם בית משפט קמא - אין מנוס מהמסקנה כי לא ניתן היה להרשיע את המערער על יסוד ראיות אלה.

26. באשר לזיהוי מפנה בא כוח המערער לפסיקת בית המשפט העליון, בגדרה נקבע כי את עדות הזיהוי יש לבחון בשני היבטים: מהימנות העד המזהה ומהימנות הזיהוי. את בחינתה של מהימנות הזיהוי יש לחלק לרובד סובייקטיבי ולרובד אובייקטיבי.

27. בהינתן כי שמואל העיד שלא זיהה את תווי פניו של המערער וכי הזיהוי נשען על פרטי לבוש חסרי ייחוד, כאשר מדובר באדם הנמנה על היהדות החרדית ובסביבת מגורים ולימוד של רבים מקרב בני הקהילה החרדית הרי שאין מדובר בזיהוי מספיק לצורך הרשעה בפלילים.

28. לצד טענות אלה מפנה בא כוח המערער לכך שהשעה שבה התרחש האירוע - 22:00 - מעמידה בצל כבד את האפשרות לזהות ולהבחין בין אנשים שונים, עוד הוא תוהה כיצד יכול היה העד המזהה, שמואל, שלא לראות את תווי פניו של מיידה האבן שעה שהוא ניצב במרחק של 3-4 מטרים ממנו וצופה בו משך חצי שעה כעדותו.

29. נקודה נוספת שאליה התייחס בא כוח המערער היא האפשרות שהייתה לאחרים להיכנס ולצאת מאותה מרפסת. בהקשר זה הפנה לכך ששמואל עצמו לא יכול היה לשלול את האפשרות שאדם אחר יכול היה להיכנס ולצאת מהמרפסת - שכן אף שמואל לא היה משוכנע בכך שהדלת לישיבה הייתה נעולה.

30. בית משפט קמא, כך בא כוח המערער, התעלם משיקולים נוספים ובהם קיומם של מחדלי חקירה. אחד מהם הוא ההימנעות מלתפוס את השקית. כעולה מתוך עדותו של שמואל, מיידה האבן אחז בשקית בצבע בורדר חום. שקית זו הייתה במרפסת בעת המעצר אך לא בידיו של המערער. מצופה היה כי השקית תיתפס, תיבדק וכך ניתן היה



לשייך אותה או לשלול אותה השתייכות למערער. ההסבר שניתן לכך לטענת בא כוח המערער הוא בלתי מתקבל על הדעת.

31. כשל נוסף בהכרעת הדין מוצא בא כוח המערער בהתעלמות בית משפט קמא מעדותו של מר פולק. בית המשפט אינו קובע כי עדות זו אינה מהימנה ובמקום היחיד שבו הוא מזכיר אותה הוא בוחר לאמצה. עדות זו מלמדת כי היו במקום אחרים שאחד מהם יידה את האבן.

32. אין די בשתיקתו של המערער, לטענת בא כוחו, בכך כדי להביא להרשעתו והמשקל שניתן לכך שגוי. המערער נתן הסבר סביר מדוע בחר שלא להשיב לשאלות חוקרי המטרה ולא ניתן לצרף את השתיקה לעדות זיהוי יחידה וזיהוי קלוש כל כך כדי לבסס על שני אלה הרשעה.

33. על יסוד כל אלה סבור בא כוח המערער כי קם ספק סביר באשמתו של המערער, שאמור היה להביא לזיכוי.

34. לחלופין מבקש בא כוח המערער להקל בעונשו ולהעמידו על העונש שהוצע על ידי שירות המבחן ולמצער מבלי שהמערער ירצה את עונשי במאסר מאחורי סורג ובריח.

35. המשיבה מבקשת לקיים את הכרעת הדין ואת גזר הדין מטעמיהם. היא מפנה לכך שבית משפט קמא קבע ממצאי מהימנות ברורים אודות מהימנות הזיהוי שזיהה שמואל את המערער וזאת על יסוד התרשמות בלתי אמצעית מעדותו של שמואל והעדפת גרסתו על פני גרסת המערער. באת כוח המשיבה הוסיפה שאין מדובר בזיהוי אקראי או ספונטני על ידי אדם ברחוב שזה אינו תפקידו אלא במי שעמד במקום כדי לזהות מידי אבנים ולעקוב אחריהם, ובסיטואציה כזו, כאשר מדובר בתצפית מקצועי שזה תפקידו, ועל כן היה מרוכז בזיהוי ובשמירת קשר עין עם מיידה האבנים. האפשרות לטעות היא קלושה.

36. באת כוח המשיבה עמדה על כך שבית המשפט יכול היה להתרשם מקרוב מעדותו של המזהה, מכך שערך הבחנה בין השניים שהיו על המרפסת ומהדרך שבה שחזר את האירוע.

37. בהתייחסה למחדלי החקירה השיבה באת כוח המשיבה ש"ברור שטוב היה לו היתה נתפסת השקית". עמדתה היא שאין מדובר במחדל חקירה שיוּרד לשורש העניין כאשר הזיהוי אינו נשען רק על השקית וכאשר השקית נמצאה שם. כל זאת, בהינתן כי גם לפי עדויות ההגנה היו שני אנשים במרפסת.

38. עמדת המשיבה היא כי המשקל שניתן לשימוש שעשה המערער בזכות השתיקה תואם את פסיקת בית המשפט העליון, ואף שהזכות כלשונה, במקומה עומדת, יש בכך כדי לחזק את הגרסה המפלילה.



39. המשיבה סבורה כי העונש שהוטל על המערער אינו חמור ועולה בקנה אחד עם פסיקת בתי המשפט שאליה הפנתה. לדבריה מדובר במגיפה שפושא בעיר ירושלים ונדרש מסר ברור למי שעובר עבירות מסוג זה.

דין והכרעה

40. לאחר שבחנו את טענות הצדדים ואת חומר הראיות הגענו לכלל מסקנה כי דין הערעור על הכרעת הדין להתקבל, כך שהרשעת המערער תבוטל והמערער יזוכה מהעבירות המיוחסות לו נוכח קיומו של ספק סביר.

41. הכרעת הדין נשענת על שני אדנים: האמון שרחש בית משפט קמא לעדותו של שמואל בדבר זיהוי המערער כמי שיידה את האבן ושתיקתו של המערער בחקירתו במשטרה. לכאורה, מדובר בקביעות עובדתיות שקבע בית המשפט על יסוד התרשמותו מהעדים שהעידו בפניו, וזאת בפרט מקום בו המזהה הוא אדם שזה עיסוקו והיה במהלך פעילות מבצעית שכל מטרתה זיהוי מידי אבנים.

42. אלא שבחינה של הראיות שעמדו לפני בית משפט קמא מביאה למסקנה כי ראיות אלה אינן יכולות לבסס כנדרש הרשעה בפלילים, שכן לצד ה"יש", שעליו עמד בית משפט קמא וממנו התרשם, הכרעת הדין חסרה במספר היבטים.

43. מקום בו נשענת הכרעת הדין על עדות זיהוי יחידה "על הערכאה המבררת לנקוט בזהירות מירבית..." (ע"פ 8902/11 ניר ניסים חזיה נ' מדינת ישראל, פסקה 47 (15.11.2012) (להלן: עניין חזיה)). אמינותו של זיהוי נבחנת על פי שתי אמות מידה: אמינותו של העד המזהה ומהימנות הזיהוי כשלעצמו (ע"פ 4524/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (17.6.2013) (להלן: עניין פלוני), עניין חזיה, פסקה 48)). אשר להיבט השני, בחינת מהימנות הזיהוי נעשית בשני רבדים: רובד סובייקטיבי ורובד אובייקטיבי. ברובד הראשון נבחנת יכולתו של העד להטביע בזכרונו רשמים חזותיים, ובפרט את חזותו של מבצע העבירה - ונבחנות הנסיבות שאפפו את הטבעת דמותו של מבצע העבירה בזכרונו של העד ובהם משך הזמן שראה את מבצע העבירה במהלך האירוע או לפניו, התנאים שבהם ראה העד את מבצע העבירה (מרחק, זווית ראייה, מצב תאורה וכו'), השתייכותו האתנית-חברתית של מבצע העבירה ועוד (עניין פלוני, פסקה 11 וההפניות שם). ברובד השני - נבחנת יכולתו של העד לשחזר את חזותו של מבצע העבירה ולבצע את הזיהוי בפועל - כאשר נבחנים פרק הזמן שחלף ממועד הטבעת דמותו של מבצע העבירה בזכרונו ועד לזיהוי בפועל, התנאים הפיזיים ששררו בעת הזיהוי (המרחק בין העד המזהה למזהה, מצב התאורה, משך החשיפה של העד המזהה לפניו של המזהה) והשפעות שונות שעשויות להיות לזיהוי עצמו ולמסגרת שבה נערך על מצבו הנפשי-סובייקטיבי של העד המזהה ועל כושרו לזהות את מבצע העבירה. מוזכרות בין היתר ציפייה אפשרית של העד לפגוש במבצע העבירה, רצונו של העד לסייע לרשויות האכיפה, הקונטקסט שבו מתבצע הזיהוי ואשר עלול להוביל לזיהוי של אדם בשל ה"תפאורה" שבה הוא מופיע לנגד עינו של העד המזהה (עניין פלוני, פסקה 12).

44. אין חולק כי העדות היחידה שעליה ביסס בית משפט קמא את הכרעת הדין היא עדותו של שמואל. בחינת העדות מנקודת מבט ביקורתית יותר מעוררת קושי. ראשית, ספק אם הונחו לפני בית משפט קמא ראיות מספיקות כדי



ללמוד על זווית הראיה ממקום עמידתו של שמואל וההיתכנות לזהות ממנה בצורה מיטבית את מי שנמצא על המרפסת. שנית, אף הראיות לעניין טיב התאורה במקום באותה שעת לילה מאוחרת חסרות, ושלישית - עולה לכאורה כי אף ששמואל חזה במערער באופן רצוף משך כחצי שעה ממרחק קצר, לפי עדותו, לא זיהה את תווי פניו והזיהוי נשען אך ורק על פרטי הלבוש, שאינם, מטבע הדברים, ייחודיים ומאפיינים אנשים רבים מבני העדה החרדית שיכול והיו במקום.

45. לצד זיהוי בעייתי זה, שמבוסס על פרטי לבוש חסרי כל ייחוד, אמר שמואל כי מיידה האבן אחז בשקית בצבע בורדו-חום. שקית זו הייתה יכולה לקשור בין האוחז בה לבין מיידה האבן אלא שבעת שבוע המערער לא אחז בשקית אלא זו הייתה מונחת במרפסת. המשטרה בחרה שלא לטול אותה, שלא לבדוק את טביעות האצבע עליה, ובכך חדלה. את שני ההסברים שניתנו לכך, הסברו של שמואל כי הדבר הוא תוצאה של חוסר תשומת לב או הסברו של פקד אמיר בן קיקי הסביר כי מבחינתו אין מדובר בראיה - לא ניתן לקבל. כפי שציינה באת כוח המשיבה "ברור שטוב היה לו היתה נתפסת השקית", אלא שהדבר אינו מתמצה בכך.

46. כפי שנקבע "...מחדלי חקירה אינם עשויים מקשה אחת. לא הרי מחדל חקירה שלא ניתן לרפא את פגיעתו בהגנת הנאשם, כהרי מחדל חקירה הניתן לריפוי. על מנת לבסס ספק סביר ולהביא לזיכויו של המערער נדרש מחדל מהותי המקפח את הגנתו והיורד לשורשו של עניין" (ע"פ 5073/11 יצחק חנוכה נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (12.11.2014), ע"פ 173/88 מרדכי אסרף נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 792, 785 (1990)). מקום בו הזיהוי אינו זיהוי לפי תווי פנים אלא לפי לבוש חסר כל ייחוד ופריט הזיהוי הייחודי, שאולי יכול לקשור בין האדם שבו צפה שמואל לזה שנתפס על המרפסת, אינו בידי ה"מזוהה" בעת מעצרו, לא נתפס ברשותו, לא נלקח ולא נבדק - מדובר במחדל חקירה מהותי, הפוגע בהגנת הנאשם ויכול להקים הדבר ספק סביר בזיהוי.

47. בית משפט קמא נמנע מלהתייחס לשאלה זו ולמשמעות המחדל החקירתי הנוגע לאי תפיסתה של הראיה המרכזית ביותר לעניין הזיהוי.

48. קושי אחר יש למצוא בהיעדר כל התייחסות בהכרעת הדין לעדותו של פולק. לפני בית משפט קמא עמדה עדות הגנה נוספת שתמכה בגרסת הנאשם שלא ידה אבן וכן כי היו במקום במשך הזמן גם אנשים אחרים. בית משפט קמא לא התייחס לעדות זו כלל, למעט בנקודה אחת, שבה בחר להסתמך עליה כדי להטיל ספק בגרסת המערער כי נבהל בעת השוטרים הגיעו לעצור אותו. הימנעות זו מלהידרש לעדותו של פולק ולהסביר מדוע בית המשפט דוחה אותה אף היא מקשה לקבל את הכרעת הדין. אכן, עולה לכאורה כי העדות אינה מתייחסת באופן ישיר לשלב ידיו האבן ואולם נלמד ממנה על נוכחות אחרים במרפסת בזמן שלגביו מעיד שמואל כי היו בה רק שניים. הכרעת הדין אינה נותנת מענה לשאלות העולות מעדות זו וחסרה בה הבהרה מדוע בית המשפט אינו מקבל את הגרסה.

49. בהקשר זה של עדותו של פולק, נעיר בהתייחס להיבט היחיד שבו הזכיר אותה בית משפט קמא, כי איננו שותפים להנחתו לפיה יש לזקוף לחובת המערער שנבהל כאשר הבחין בכך ששוטר עולה למרפסת שכן אם לא עשה דבר היה מצופה ממנו להיוותר אדיש לכך. הדעת נותנת כי מי שאינו מורגל במגע עם המשטרה אינו מקבל באדישות הסתערות של כוחות המשטרה על המקום בו הוא נמצא גם אם לא עשה דבר ולא נמצא בסיס מוצק להנחת העבודה שהניח בית משפט קמא בעניין זה, לא כל שכן למתן משקל להנחת עבודה כזו לצורך הרשעת אדם בפלילים.



50. מכאן לעניין נוסף - המחלוקת המרכזית שעמדה לפני בית משפט קמא נגעה כאמור לאפשרות שאחרים היו במרפסת לבד מהשניים ששמואל העיד עליהם, שכן זו למעשה טענת המערער. אלא שדווקא בעניין קרדינאלי זה, האפשרות שאחרים נכנסו ויצאו מתוך המרפסת, היה שמואל מהוסס והשיב: "לפי מה שזכור לי שבדקת הדלת לישיבה הייתה נעולה, לפי מיטב זכרוני" (עמ' 9). המעט שניתן לומר על אמירה כזו הוא כי על פניה היא מקימה ספק סביר בשאלת היותה של דלת הכניסה לישיבה פתוחה ולאפשרות כניסה ויציאה של אחרים אל ומהמרפסת.

51. כך הדבר גם באשר לשתיקת המערער בחקירה. אין חולק כי חרף זכות השתיקה העומדת לנחקר, שתיקת נאשם יכולה להוות חיזוק לראיות נגדו, אלא שהדבר חל במיוחד באותם המקרים שבהם לא ניתן הסבר מספק להעלאת הגרסה רק בבית המשפט (ע"פ 3263/13 **דוד בן שטרית נ' מדינת ישראל**, פסקה 84 וההפניות שם (19.3.2017)).

52. גם אם נניח שההסבר שניתן לשתיקה בדיעבד אינו מניח את הדעת, וספק אם לא ניתן לקבל את ההסבר, על רקע תיאור האירועים שאירעו בעת המעצר, על ידי המערער ועל ידי פולק, דומה כי המשקל שניתן לה היה משמעותי יותר מחיזוק לראיות התביעה.

53. מסקנתנו היא אפוא כי על אף ההתרשמות של בית משפט קמא ממהימנות העד המזהה, הרי שנוכח קשיים אפשריים במהימנות הזיהוי שנערך, מחדל חקירתי, ועדויות אחרות, שבית משפט קמא נמנע מלהידרש להן, אשמתו של המערער לא הוכחה מעבר לספק סביר ועל-כן יש לבטל את הרשעתו של המערער בדיון ולזכותו מחמת הספק.

54. בחנו את השאלה האם אין מקום להותיר את הרשעת המערער בעבירת ההתפרעות על כנה ואולם מצאנו כי נוכח קביעותנו לעיל לא ניתן לבסס הרשעה בפלילים בעבירה זו רק מכוח נוכחותו של המערער במרפסת.

55. משהגענו למסקנה זו איננו נדרשים לעתירה הנוספת של המערער בעניין אי קבלת הראיות שנתבקשה הגשתן לאחר הכרעת הדין.

סיכום

56. על יסוד כל האמור, אנו מקבלים את הערעור על הכרעת הדין, מבטלים אותה וקובעים כי המערער זכאי מביצוע העבירות שיוחסו לו בכתב האישום מחמת הספק.



המזכירות תמציא העתק מפסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, כ"ח ניסן תשע"ז, 24 אפריל 2017, בהעדר הצדדים.

ארנון דראל, שופט

רם וינוגרד,
שופט

נאוה בן אור, שופטת