

# ע"פ 14639/01/23 - עבד אללה עבד אללה נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"פ 23-01-14639 עבד אללה (עוצר) נ' מדינת ישראל

בפני כבוד השופט מרשק מרום, אב"ד  
כבוד השופט כהן  
כבוד השופט ארד-אלון  
**עבד אללה עבד אללה (עוצר) ע"י ב"כ עוה"ד**  
מערער  
קונפורטי  
נגד  
משיבה  
**מדינת ישראל באמצעות פמ"מ וע"י ב"כ עוה"ד**  
**קלינמן-שמעוני**

## פסק דין

**השופט מרשק-מרום, אב"ד:**

1. ערעור על הכרעת הדין מיום 19.10.22 וגזר הדין מיום 21.11.22 של בית משפט השלום בפתח תקווה (כבוד השופט אליאנה דניאל), בת"פ 21-12-49434.

2. המערער הורשע לאחר שמיית ראיות בби�וע עבירות של **כניסה לישראל שלא כחוק** לפי סעיף 12 (1) לחוק הכנסת לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: "חוק הכנסת"); **התפרצויות למקומות מגוריים** לפי סעיף 406 (ב) + סעיף 29 (א) לחוק העונשין, התשל"ג-1977 (להלן: "חוק העונשין") (אישום מס' 1); **גנבה** לפי סעיף 384 + סעיף 29 (א) לחוק העונשין (אישום מס' 1); **ניסיונות להפרצות למקומות מגוריים** לפי סעיף 406 (ב) + סעיף 29 (א) + סעיף 25 לחוק העונשין (אישום מס' 2).

בבית-המשפט קמא השית על המערער 3 חודשי מאסר בפועל והפעיל במצטבר מאסרים על תנאי בני 12 חודשים (מת"פ 16-08-2016) ו- 6 חודשים (מת"פ 19-11-20298) במצטבר האחד לשני ובמצטבר לעונש המאסר הנוכחי, **כך שסך-הכל הושת על המערער עונש מאסר בפועל בן 54 חודשים**; מאסרים על תנאי ממפורט בגזר-הדין; קנס בסך 3,000 ₪ או 30 ימי מאסר תמורה; פיצוי בסך 20,000 ₪ למטלונת באישום הראשון, ופיצוי על סך 1,000 ₪ למטלון באישום השני.

על-פי המפורט באישום 1, בתאריך 03.08.21, בסמוך לשעה 02:00, התרפצו המערער, ששחה שלא כדין בישראל, יחד עם אחר (להלן: האח'/נדיר) אל ביתה של המטלונת, בזמן שהאחרונה לא שתחה בו. המערער והאחר גנבו מהבית כסף בסכום של 30,000 ₪, רמקול נייד, מפתחות רכב, ארנק, תיקים ונעלים. עמוד 1

על-פי המפורט באישור מס' 2, באותו לילה - אף בסמוך לשעה 01:39, הגיעו המערער והאחר אל ביתו של המתלוון, טיפסו על חומת הדירה שלו ופתחו את החלון דלת הממ"ד שבדירה, אולם בשל הרשות שבחלון הם לא הצליחו להיכנס.

### עיקרי הכרעת הדין

.4. לא הייתה מחלוקת כי האירועים המתוארים באישומים התרחשו. עוד הוסכם, כי במסגרת חיפוש שנערך בטלפון של נדר, שותפו של המערער - בקשר לחשודות שעלו נגד נדר בתיק אחר, הופקו מהטלפון סרטונים ותמונה, בהם נראה, לטענת המשיבה, המערער ונדר עם הרכוש הגנוב מהבית נושא אישום מס' 1.

נדיר תושב שטחים והעבירה שהוא חשוד בזבוצה בשטחים. החיפוש בטלפון של נדר נעשה ללא צו חיפוש לאחר ששוחרר.

לאחר שהופקו הראיות מהטלפון פנתה היחידה החקורתה במסגרת תיק זה לבית המשפט בבקשה למתן צו חידרה לטלפון וקיבלה צו כמבקש.

.5. ירידת המחלוקת התמקדה בשאלת האם מבצע העבירות בשני האישומים ובטענת המערער כי התרחש חיפוש בלתי חוקי בטלפון של נדר, ולכן לא ניתן לעשות שימוש בתמונות שהופקו ממנו.

.6. רס"ל רעות ברליןרבולו העידה בעניין החיפוש שביצעה בטלפון שנטפס בתיק الآخر. לדבריה, היא העתיקה באופן טכני את חומר המחשב שנמצא בטלפון, ובמהלך העתקה ראתה קובץ ויידאו בו נראים אנשים סביר שולחן עלי כף רב וסוללה נידת עליה כתוב שם. לאחר חיפוש שביצעה במערכת המשטרתית, גילתה שהתרחש אירוע התפרצויות הנוגע למתלוונת אישום מס' 1, ששם הופיע על הסוללה הנידת, אשר התרחש בשטח ישראל. בשל כך, ורק לאחר שהוזא לתיק זה צו חוק, היא העבירה ליחידה החקורתה את הדוח שערכה.

ברליןרבולו העידה, כי החיפוש בתיק الآخر בוצע ללא צו, בהתאם לדבר הוראת ביטחון [נוסח משולב] (יהודית והשומרון) (מס' 1651, תש"ע-2009 (להלן: צו הוראת ביטחון) ועל פי הנחיה פרקליט המדינה, החלים על חקירת עבירות שבוצעו בשטחים בהם מעורבים תושבי השטחים ולא לפוי חוק המחשבים אשר חול בישראל.

.7. ואכן, דוח החידרה למכשיר מיום 2.9.21 (ת/1), מתעד כי הטלפון שנטפס שייך לנדר, תושב השטחים, ומציין בו כי החומר העתק ללא צו משומש שחוק המחשבים לא חל בשטחים. אף צוין שהתגלה קשר לעבירה שבוצעה בישראל וכן יש צורך בצו חידרה. דוח הפעולה מאותה מועד (ת/2) מעיד על סינון שנעשה בקבצים - תמונות וסרטונים - לשם איתור ראיות הקשורות להתפרצויות ולגניבות רכבים. דוח חידרה למכשיר מיום 3.11.21 (ת/3), מעיד כי הטלפון נבדק לאחר קבלת צו חיפוש כדין, וכי הממצאים הועלו ללא שינוי.

.8. הסרטונים והתמונות שנמצאו בטלפון, וכן סרטוני מצלמות האבטחה משטי הזירות (ת/5), הוצגו לפני בית המשפט כאמור, שקבע כי לא נפל פגם בחיפושים ושמדבר בראות קבילות.

**ב"סרטון 1"** נראים, בין היתר, עריםות שטרות והקופסה עליה רשום שמה של המתלוונת מונחים על שולחנות סלון, ידים סופרות כסף - אחת מהן עם קעקוע על גב יד שמאל, ונשמעים דיבורים בערבית. התמונות שהוגשו מציגות אף הן את המתואר בסרטון, וכן תמונה גבר מחזק בידו שטרות ובעל קעקוע כפי שתואר לעיל.

.9. לפי סעיף 67 לצו הוראת ביטחון ניתן לבצע חיפוש בכל מקום בו יש טעם לחשוד שימושים בו באופן הפוגע בשלום הציבור. הפסיקה מלמדת, שאין צורך בהוצאת צו חיפוש בטרם ערכתו כאשר מדובר בעבירה שבוצעה בשטחים על ידי תושב השטחים. דברים אלו מתיחסים עם עדותה של ברליןרבלו.

.10. בית המשפט קמא קבוע, כי לא ניתן לקבוע שתפיסת הטלפון בזעעה שלא כדין, על אף שהחיפוש מותנה בקיום "טעם לחשוד", לאור העובדה שלא הובאו בפני בית המשפט נסיבות תפיסת הטלפון ולא נתען דבר בעניין. כמו כן, ההגנה לא הפנתה למקור המחיל את דיני החיפוש של ישראל על השטחים ועל עבירות שביצעו תושבי השטחים בשטחים. עוד נקבע, כי על אף שהצוו אינו מתיחס במחשב, העובדה שתוקן מספר פעמים בשנים האחרונות מלמדת על כך שהמחוקק התקoon שהתנאים לחיפוש במחשב יהיו ככל חיפוש.

.11. נדחתה טענת ההגנה לפיה קיימת בעיתות בעיתוי החדרה לטלפון, לאחר שנדר שוחרר ממעצרו, מכיוון שמדובר לבצע פעולות חוקירה אף לאחר שחרור עצורים ממעצרם.

.12. רס"מ רן גיאו זמן עד הגנה, ומסר שאינו זוכר את הטיפול בתיק. הוא אישר כי כתוב את המזכיר מיום 13.9.21 (ג/2), אשר הוגש לבית משפט השלום בפתח תקווה כנספח לבקשת להוציא צו החדרה לטלפון הנייד. המזכיר מפרט את תפיסת הטלפון של נדירה ואת איתור החומר, ומציין בו כי מצורף צו חדרה של תחנת מודיעין עילית, ובית המשפט אישר את הצו שהتابקש. בית המשפט קמא קבוע כי האמור במסמך אינו מדויק, שכן לא יצא צו חדרה על-ידי תחנת מודיעין עילית. עם זאת, על בסיס התרשומות מגיאו, דחה את טענת ההגנה להטעית בית המשפט וקבע כי מדובר ברשנותות באופן הצגת הדברים בבית המשפט שאינה מצדיקה את פסנות החיפוש, ولكن מדובר בראיות קבילות.

.13. ההגנה היפנתה למקרים אחרים (בעניינים של כרייף ונווה), אך בית-המשפט קמא קבוע, כי במקרים אלו החיפוש הראשוני נערך שלא כדין; יתרה מכך, גם אם החיפוש הראשוני היה מתבצע שלא כדין במקרה דנן, יש לעורך איזונים ולשקול את אינטראס שלום הציבור והאמת אל מול זכויות הנאשם ורמת הפגיעה בו. בית המשפט קמא קבוע כי עצמת פגיעת הפגם אינה גבוהה ובמקרה זה יש להעדיף את אינטראס הציבור, בשל העבריות הנדוניות, שהן בבחינת מכת מדינה.

.14. לאור האמור, בית המשפט קמא קבוע כי לא נפל פגם ממשי בחיפוש שנערך בטלפון של נדירה, שבוצע לפי הדין וכמקובל במקרים הנוגעים לתושבי השטחים וביחס לעבריות שהתבצעו בשטחים.

.15. בחיפושים האמורים הופקו ממCSIIR הטלפון של נדירות חומריים, בהם הסרטון **ת/5** והתמונה **ת/8**, המראים

את הרכוש שנגנבו מהמתלוונת באישום 1. נקבע כי המערער זזהה בסרטונים ובתמונהות הללו לצד הרכוש הגנוב, על ידי החוקרים ספקטורובסק (שזיהה אותו לאחר חקירה לאורך שעה) ווונדה (אשר לו היכרות מוקדמת עם המערער). בית המשפט קמא התרשם ממהימנות העדים ומאמינותם זיהויים, אשר יש בהם להוות מסד נכבד במלול הראות בתיק זה.>Zיהוי זה מתישב עם ההלכה הפסקה לפיה היכרות מוקדמת מפחיתה את הסיכוי לטעות.

16. בית המשפט קמא דחה את טענת ההגנה לפיה החוקר ווונדה שיקר באשר לזיהוי המערער וצין כי העובדה שוונדה לא כתוב מזכיר על אודוט הזיהוי תמורה, אך עם זאת, עדותנו נתמכת בעדות שוטר נוספת נוספת אשר העיד כי זכר שהוצאה הכו למעצרו של המערער נבעה מזיהויו על סמך התמונה.

17. בוגוף, נקבעredi בזיהוי ספקטורובסק וכן בזיהוי עצמאי של בית המשפט במהלך הדיון אל מול הסרטון 5 שהציגה המשימה, בה נראית דמות הסופרת את הכסף הגנוב - הכל בהתאם להלכה הפסקה המאפשרת את זיהוי הנאשם גם על-ידי בית המשפט עצמו.

18. רכיב זיהוי נוסף, עצמאי ואובייקטיבי, בדמות סימן שנראה כפצעה טרייה בקרבת המרפק, נמצא על הדמות בתמונה 8 ממועד האירוע ואף זזהה על ידי החוקר ווונדה בחקירה המערער מספר חדשים לאחר מכן.

19. קיימים נדבר נוסף בזיהוי המערער, בדמות קעקוע ייחודי שנמצא על ידו השמאלי של המערער, כפי שנראה בתמונה, הסרטון, וכן נצפה על ידי החוקרים במשטרה ואף בבית המשפט. נדחתה טענת ההגנה על כך שהחוקרים לא ידעו לתאר את הקעקוע, וזאת בשל הסיבה שמדובר בקעקוע ייחודי הממוקם באזור ייחודי בגוף של המערער.

20. בית המשפט קמא קבע כי קיימת התאמה בין לבוש המערער הסרטון שנמצא בטלפון של נדירה לבין לבוש הדמות הנראית מסתובבת באופן מחסיד הסרטוני מצלמות האבטחה מחוץ לשתי הזרות (ת/4). לכן, ניתן לקבוע בסבירות גבוהה כי המערער הוא הדמות המצולמת הסרטוני מצלמות האבטחה.

21. לאור סמיות המקום בין הזרות שנצפו הסרטוני האבטחה לבין מיקום צילום התמונה והסרטון מהטלפון של נדירה, וכן סמיות הזמן (כשעתיים בלבד) משעת הפריצה הנראית הסרטון האבטחה לבין מועד ספירת הכסף, שהוא מועד צילום החומרה מהטלפון של נדירה - הוכחה קיומה של חזקה תקופה, אותה המערער לא הפיר.

22. עדות המערער אופיינה בהעדך מהימנות, בין היתר, כאשר הכחש הימצאות של קעקועים בגוף, ולאחר מכן הציג קעקוע הנמצא על צווארו ולא את הקעקוע הייחודי בכך ידו השמאלי, ואף לא התייחס במשטרה לקעקוע הגדול על ידו היינט. בנוסף, המערער ניסה לשבש מהלכי משפט בטעنته לפיה היה קעקוע גדול על ידו היינט בזמן ביצוע המעשים, באמצעות הBAT שפורסם בחשבון הפיסבוק של אחיו מיום 24.6.21 -

טרם ביצוע העבירות, בו מופיעות תמונות שלו עם הקעקע (**נ/1**); אך במהלך החקירה הנגדית הוברר כי הפווט נערך באופן שהתמונה עם הקעקע צורפו אליו רק בסמוך לעדות המערער (4 ימים לפני העדות, שעה שהמערער שחה במעצר).

המערער התהמק כشنשא על כך, ואילו אחיו לא התיצב בבית המשפט.

.23. בית המשפט קמא לא נתן אמון בעדותו של נדייר, שהuid כדעת הגנה, והוא התAFXינה בהתחמקות בהערכת קשר אל המערער ולביצוע העבירות.

.24. בית המשפט קמא הרשייע את המערער בעבירות המוחסוט לו, אך קבוע, כי יש להרשיעו בגין עבירה אחת של שהיה בלתי חוקית בישראל, בשל העובדה שני האירועים בוצעו במהלך כניסה אחת למדינה.

### עיקרי גזר הדין

.25. בית-המשפט קמא פירט את הערכים שנפגעו, התייחס לעוגמת הנפש הרבה שנגמרה למתלוננת באישום הראשון וכן את העובדה, שהמתلون נושא האירוע השני ישן במיתו שעה שבחרזו הסתובו המערער והאחר. עוד נקבע, שהמכלול מלמד על דבקות במטרה - של מי אשר לא הצליח לבצע את זמנו במסגרת האישום השני (הראשון בזמן), ואשר פנה לפיקר לדירה נוספת, אליה הצליח לפרוץ. בוגדר הנסיבות לחומרהמנה בבית-המשפט קמא את העובדה שנגנבה כסף מזומנים רבים, את מימד התקנון שבאותם ימי ביטוי בהצעידות ואת עצם הביצוע בצוותא.

.26. בית-המשפט קמא התייחס לפסיקה של בית-המשפט העליון ולענישה נוהגת, וקבע מתחם עונש כולל שנע בין 22 עד 44 חודשים מאסר בפועל לצד ענישה נלווה.

.27. לצורך גזרת הדין, בית-המשפט קמא התייחס לנטיותיו האישיות והמשפחתיות של המערער, אדם צעיר נשוי, אשר חווה אירוע משפחתי קשה במהלך המעצר, וכן ציין את תנאיו קליאתו המורכבים יותר מאשר של אזרח ישראלי. עוד שקל לחובתו את עברו הפלילי המכובד בדמות 6 הרשעות קודמות ומאותחרות, הכוללות ריבוי עבירות רכוש ושהייה בלתי חוקית, במסגרתן הוטלו עליו עונשי מאסר בפועל - לרבות לתקופה ממושכת, אשר לא הרתיעו אותו מלשוב לسورו; אך גם מאסרים על תנאי התלוים כנגדו משני גזר-דין שונים לא מנעו ממנו לשוב ולהיכנס לשטחי ישראל ולפוגע ברכושם של אזרחים תמיימים. עוד הודגש, כי העבירות נושא תיק זה בוצעו בזמן קצר בלבד לאחר שחרורו ממאסרו נושא באותו נושא בגין עבירות זהות - כמשמעות רכושם בהליך קודמים בוצעו כולם בסמוך לשחרור ממאסר.

.28. המערער לא לך אחריות על מעשיו ולא חסר בזמן שיפוטו - כשבמקרה זה הגיעו להuid גם המתלוננת נושא האישום הראשון. כן התייחס בית-המשפט קמא לעונש שהוסכם עליו בענינו של שותפו נדייר (30 עונשי מאסר בפועל). על כן, בית-המשפט קמא הטיל עליו את העונשים המתוארים בפתח פסק-דין, שבמרכזם עונש של 36 חודשים מאסר בפועל והפעלת שני המאסרים על תנאי במצטבר.

- .29. שגה בית המשפט קמא בקביעתו לפיה קיימת למשטרה סמכות לבצע חיפוש בטלפון ניד לא צו שופט, וזאת מכוח סעיף 67 לצו הוראת ביטחון. לטענת ההגנה, הסעיף האמור מתיר חיפוש בחזרים ואינו כולל סמכות חדרה לחומרិי מחשב.
- .30. שגה בית המשפט קמא בקביעתו כי היעדר ההתייחסות בסעיף לחיפוש בחומרិי מחשב, על אף שהחוק שונה מספר פעמים, מעיד על כך שתנאי הסעיף חלים על חיפוש בחומרិי מחשב. לטענת ההגנה, מדובר ב"ולולינות פרשנית" ולא בהוראת חוק מפורשת, ובכך בית המשפט קמא התיר פגיעה בזכות יסוד כמו פגיעה בפרטיות. העובדה שהצוו תוקן בעבר ולמרות זאת אינו כולל סמכות חדרה לחומר מחשב מעידה על הסדר שלילי ועל כוונת החוקק להימנע מלהתיר חדרה לחומרិי מחשב ללא צו שיפוטי.
- .31. שגה בית המשפט קמא כאשר קיבל את טענתה הבלתי מבוססת של העודה החוקרת ברליןרבלו, לפיה מתחבעות בתחום השטחים חדרות לחומר מחשב ללא צוים שיפוטיים "דבר בשגרה".
- .32. שגה בית המשפט קמא כאשר לא קיבל את הבדיקה שביצעה ההגנה בין חיפוש לטובת עבירה ביחסונית המצדיק חיפוש ללא צו שיפוטי, בין קירה של עבירה פלילית רגילה המכיבת, במידת האפשר, צו שיפוטי בטרם החיפוש (תוך הפניה לבג"ץ 2189/20).
- .33. שגה בית המשפט קמא כאשר לא נתן משקל לכך, שהחיפוש בטלפון של נDIR בוצע לאחר תום החקירה בעניינו ולאחר שחררו, אשר לא התקיים "טעם לחשוד". הנسبות החריגות במסגרת בוצע החיפוש לטלפון מעוררות חשד כי מדובר ב"mseuDig" ולא בפעולה קירה מתפתחת.
- .34. שגה בית המשפט קמא הן בקביעתו כי הפגם בהוצאה צו חדרה בדיudit ותוך הטיעית בית המשפט בדבר קיומו של צו קודם אינו חמוץ, הן בא-פסילת הראות שהושגו בעקבותיו. קבלת הצו בדיudit תוך ציון כי ניתן בעבר צו קירה, בעוד לא הייתה למשטרה סמכות לחדור לטלפון ללא צו - מהו הפגם היורד לשורשו של עניין.
- .35. לטענת ההגנה, הריאות היחידות שנאספו - התמונות והסרטונים שחולצו מהטלפון שנטפס - אין ממציאות על אשמת המערער מעיל לספק סביר.
- .36. שגה בית המשפט קמא בכך שלא העניק משקל מכריע לחסר בזיהוי הנטען, לפיו אף לא אחד מהשוטרים ציון כי קיימת זהות בין התמונה בת/8 (בה נראה דמות המרכיבה משקפים) לבין המערער.
- .37. שגה בית המשפט קמא בכך שקיבל את עדותו של השוטר ונדיה, לפיה זיהה את המערער כמי שמופיע עמוד 6

בתמונה בת/8 מבלי שדיוח על כך בזמן אמתאו יזם קבלת צו למעצרו, ועל אף שהעbir ביקורת על התנהלותו של השוטר וונדה.

.38. טענתו של השוטר וונדה לפיה זהה את המערער כמי שמופיע בת/8 מיד עם קבלת ההשוואה היא טענה כבושא, הנדרת הוכחה לאמיתותה. טענה נוספת נספת עניינה בכך שזיהוי המערער האמור היא שהבאה להוצאה צו מעצר, כאשר השוטר חזר בו לאחר שהוטח בפנוי שהחומר שהופק מטלפון של נדייר הוא שהביא לכך.

.39. לא ניתן לעשות במקרה זה שימוש בראיה מזהה, בשל העובדה לא ברורה אף לשיטת החוקרים וונדה וסקטורובסקי, אשר טענו כי ראיית ההשוואה אינה ברורה (בהתיחסותם אל הקעקוע שלו ידו של החשוד, ששימש כאובייקט משווה).

.40. שגה בית המשפט קמא בכך שקיבל את טענת החוקר סקטורובסקי, לפיה זהה את המערער לאחר שעה של חקירה, מבלי לספק משקל ראוי לעובדה שהחוקר לא זהה בוודאות בין הדמויות המופיעות בתמונות נ/1 ו - ת/8.

.41. שגה בית המשפט קמא בכך שלא העניק משקל ראוי לעובדה לפיה הקעקוע הקיים על חלקו הפנימי של ידו הימנית של המערער אינו מופיע בראיות המשיבה.

.42. שגה בית המשפט קמא בקביעתו כי המערער הוא שמופיע בתמונה בת/8, בעוד לא ניתן לקבוע קביעה זו, בעיקר נוכח עדותו של החוקר וונדה אשר לא מצא זהות בין הדמויות.

.43. **בשל הפגמים המתוארים והספק הקיים בשאלת זהותו של המערער, מבוקש כי נוראה על זיכוי המערער מכל העבירות בהן הורשע.**

.44. אשר לגור-הדין נטען, כי בית-המשפט קמא השיט על המערער עונש חמיר יתר על המידה - הן ביחס לעבירות שביצעו, הן ביחס לעונש שהוטל על שותפו לעבירות, ומבקש כי נקל בעונשו כך שיעמוד בהלימה לעונש שהושת על שותפו לעבירה.

#### עמדת המדינה

.45. ב"כ המשיבה טענה, כי הכרעת-הדין של בית-המשפט קמא היא מפורטת, קיימת התיחסות לכל הטענות המשפטיות והעובדתיות, ואין מקום להתערבות ערכאת ערעור.

.46 אשר לטענות הקשורות לסעיף 67 לצו הוראת ביטחון נתען, כי כפי שקבע בית-המשפט קמא, חל דין אחר באזור, והסעיף המדובר מהווה את המוגרת הנורמטיבית מכוחו מתבצעים חיפושים גם ללא צו - לרבות במחשב.

.47 החקירה החלה עם בדיקת תלונה על התפרצויות בישוב חמונאים, ועל כן, בצדק, התנהלה היא על-פי דיני האזרע. עם הגילוי על אודוטות התפרצויות בראש העין, החקירה נמשכה לאחר קבלת צו חידרה, ובית-המשפט קמא בבחן בקפידה את ההנהלות ואף התקיים לפגמים נתונים.

.48 אשר לזהוי - הזיהוי של המערער נעשה על בסיס תמונות וסרטון, הימצאות פצע טרי, בגדים דומים, היכרות מוקדמת של אחד השוטרים וזהוי של החוקר אשר חקר אותו במהלך זמן ממושך, זהוי של בית-המשפט קמא עצמו - וכן זהוי על בסיס קעקוע ייחודי במקום ייחודי.

.49 אשר לגזר-הדין, המדובר בעונש ההולם את נסיבות ביצוע העבירות ואת נסיבותו של המערער עצמו; בנוסף, העונש הוא מידתי, גם בהתייחס לגזר-הדין שנית בעניין שותפו של המערער, אשרלקח אחריות על מעשיו ועונשו מבוסס על הסדר טיעון.

### דין והכרעה

.50 דין הערעור להידחות על כל חלקיו.

### החיפוש בפלאפון

.51 סעיף 67 לצו הוראת ביטחון, שכותרתו חיפוש בחצרים, קובע:  
"קצין או חייל שקדין הרשות לכך באופן כללי או באופן מיוחד, רשאים להיכנס בכל זמן, לכל מקום, כלי-רכב, כלי-shit או כלי-טיס, שעלול להיות טעם לחשוד כי משתמשים בהם, או שהשתמשו בהם לכל מטרה, הפגיעה בשלום הציבור, בביטחון כוחות צה"ל, בקיום הציבור, או למטרות התקוממות, מרد או מהומה, או שיש מקום לחשוד בהם כי נמצא שם אדם שעבר על צו זה, או שחורות, חפצים, בעלי חיים, תעוזות, הצפויים לתפיסה לפי צו זה ורשאים הם לחפש בכל מקום, כלי-רכב, כלי-shit או כלי-טיס וכל אדם הנמצא בהם או היוצא מהם".

.52 החקירה ברלינבלו ביצעה את החיפוש במכשור הניד של נדייר מכוח הוראות צו זה, לאחר שהפלאפון של נדייר, תושב הרשות, נתפס אגב חקירה של עבירות רכוש בישוב חמונאים המצוי באזור (הוא אותו "תיק אחר"). בית-המשפט קמא התקיים למערכת הדינים המורכבת הchallenge על תושבי השטחים שהם אזרחי המדינה, ועל תושבי השטחים שאינם אזרחי המדינה (ראו בעיקר פסקה 5 להכרעת-הדין).

.53. כאמור, הטענה המרכזית של ההגנה בהקשר זה היא, כי הסעיף האמור מותר חיפוש בחזרים ואינו כולל סמכות חדרה לחומרិ מחשב, ובהכרעתו התר בית-המשפט קמא פגעה בזכותו לפרטיות.

.54. אכן, המילה "מחשב" כמשמעותה בחוק המחשבים, תשנ"ה - 1995 (להלן: "חוק המחשבים") אינה מופיעה באופן מפורש בצו הנ"ל, ואין בהוראות הצו הסדר ייחודי לחיפוש ב"מחשב" בדומה להסדר אותו קבע המחוקק הישראלי בסעיף 23א'(ב) לפיקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח משולב], תשכ"ט - 1969 (להלן: "פסד"פ") המחייב צו שיפוטי על-מנת לבצע חדרה לפלאפון.

.55. עם זאת, וכך שקבע בית-המשפט קמא, עיון בהוראות הצו מלמד, כי ההגדירות המצוית בו נרחבות יותר מאשר המצוית בפסד"פ; כך, למשל, על-פי הפסד"פ ככל נדרש צו חיפוש מבית-המשפט, ואילו לפי סעיף 67 לצו, קצין או חייל מורשה מוסמך לבצע חיפוש בכל מקום בו יש טעם לחשוד כי משתמשים בו באופן הפוגע בשלום הציבור או בסדר הציבורי - ללא צורך בצו.

.56. lagiשתי, "בכל מקום" - משמעו הרבה ב"מחשב"/פלאפון ואין בסיס לטענות ההגנה מהן משתמש, כי יש להחיל את הדין הישראלי ועקרונותיו גם בשטחים (כשלא נעשה אף נסיך להצביע על מקור נורמטיבי המבוסס זאת). בית-המשפט קמא הינה לבג"ץ 2189/2018 **חAMD ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל** (1.9.21) שעניינו בעתירה של תושבים פלסטינים ואחרים, אשר טענו (בין השאר) כי ההסמכתה הגורפת של גורמי האכיפה לבצע חיפוש בחזרים פרטיהם ללא צורך בצו שיפוטי או בבדיקה שיפוטית טרם ביצוע החיפוש מהוות הפרה של המשפט הבינלאומי. בפסק-דין זה, מתיחס בית-המשפט העליון לפער בין דיני החיפוש החלים על תושבים פלסטינים לבין דיני החיפוש החלים בישראל, וקובע כי הבחנה בין השניים נובעת משוני רלבנטי - המזיאות הביטחונית שבה מדינת ישראל נדרשת למואב מתמיד בפעולותם של ארגוני הטרור באזרה (פסקה 36). אני דוחה את טענת ההגנה לפיה קביעות בית-המשפט העליון לרלבנטיות רק לעבירות בטחון, שכן בית-המשפט העליון קובע במפורש שקיים שינוי בהסדרים פליליים, שינוי הנובע מהמציאות הביטחונית, ואין בקיומו של דין שונה החל על אזרח ישראלי גם בהקשר של דיני החיפוש כדי לפגוע בחוקיות הדין החל על תושב אזרה (פסקה 5 לפסק-דין של כב' השופט פוגלמן).

.57. בית-המשפט קמא הינה, בנוסף, להחלטות של בת-המשפט צבאים (בהן עינתי), מהן עולה, כי אכן הלכת בית-המשפט העליון מושמת בערכאות הדיניות הדלות בעניינם של תושבי האזרה, כשההkBיעה החוזרת היא כי שונים דיני החיפוש באזרה מהדין הקים בישראל (ראו בעמוד 134 להכרעת-הדין).

.58. אכן, טענת ההגנה, הצו תוקן מספר פעמים במהלך השנים, ללא אזכור מפורש של חיפוש ב"מחשב". בית-המשפט קמא קבע, בצדק, כי המסקנה היא שהחוק קמן ומנמק הצו ביקשו שלא לקבוע תנאים מיוחדים לביצוע חיפוש בחומרិ באזרה; בנוסף, משמעות קבלת טענת ההגנה לפיה עדין הנוכחי לא ניתן כלל לעורר חיפוש בחומרិ מחשב באזרה דווקא - אינה הגיונית ואני עונה על תכלית הצו לפיה ניתן לעורר חיפוש בכל מקום גם ללא צו.

- .59. אם כן, צדק בית-המשפט כמו משקיע, כי הדין החל בשטחי ישראל שונה מן הדין החל בשטхи האזרע ביחס לתושבי האזרע; אין בקיומן של מערכות דין שונות כדי לפגוע בחוקיות החיפוש שבוצע טלפון של האחרא, תושב האזרע, אשר נעצר במקור בגין עבירות בשטхи האזרע; אין בהוראות הדין הקיימים החל בשטхи האזרע כל הוראה המחייבת הוצאה צו לצורך ביצוע חיפוש, לרבות לא במחשב, ועל כן החקירה ברליןברג נגעה בדיון משפיעלה לפי הוראות הצו ולא על-פי הפסד"פ, וכל עוד חקרה את העבירה שבוצעה על-ידי נדר בישוב חמונאים, לא נדרש צו לחדרה לפלאפון.
- .60. חרף הקביעה שלא נדרש צו לביצוע החדרה לפלאפון, הרי שمعدותה של החקירה ברליןברג עולה, כי פעולה על-פי הנחיה לצמצום כל פגעה בפרטיות. "הטעם לחשוד", על-פי עדותה, היה המשך חקירת התפרצויות בישוב חמונאים וכן אירועי התפרצויות נוספים. החקירה הקפידה לחפש תכנים הקשורים בתפרצויות וריכוש שנגנבו - תכנים שעוניים תМОנות וסרטונים (ראו, למשל, פרוטוקול עמ' 10, 23, 24). ברגע בו התרחש "הגילוי המגניב" (פרוטוקול עמ' 23 שורה 26) ועלה שהריכוש אשר מצולם בפלאפון של נדר קשור בעבירות אשר בוצעו בשטхи ישראל, פנתה ליחידה החקירה הרלבנטית וראיות אלו הועברו רק לאחר מתן צו מבית-המשפט (ת/3).
- .61. ראוי להזכיר עוד, כי עסוקין בטענת הגנה הנוגעת לפגיעה בפרטיות, כאשר בעל הפלאפון - הוא האדם שלכאורה פרטיו נפגעה - לא טען כל דבר בעניין, אך שלאור החקיקה, ההלכה הפסוקה, והישום הפרטני לעניינו - ברי כי דין הטענה בדבר חיפוש בלתי חוקי בפלאפון של נדר דינה להידחות.
- .62. על כן, אין מקום להטעבותנו בקביעות בית-המשפט קיימת ככל שהן נוגעות לחיפוש שנערך על-ידי החקירה ברליןברג, בעת שחקירה עבירה שהתרחשה באזרע על-ידי תושב אזרע.
- .63. בית-המשפט קיימת דן, בנוסף, בטענה שנייה אשר עלתה על-ידי הגנה לגבי הוצאה צו החיפוש בישראל, שעונייה "הטעית בית-המשפט" בכך שהיחידה החקירה בישראל ציינה בפניה לביית-המשפט כאילו קיימים צו קודם (נ/2). בית-המשפט קיימת קבע על בסיס עדותו של החקירה הרלבנטי (רס"מ רן גיגו, שזמן עד הגנה), כי אין מדובר בניסיון להטעות את בית-המשפט, אלא ככל הנראה בהתרשלות באופן הצגת הדברים לבית-המשפט, שהחוקר נתפס לכלל שגגה. בכל מקרה, גם אם היה מוצג המצב כהווייתו בפני בית-המשפט - קרי כי החיפוש בוצע ללא צו שכן לא היה בו צורך, היה מקום למתן הצו שהתקבש. אין מקום להטעות ערכאת ערעור במסקנות אלו, המבוססת על התרשםות מעדות החקירה ועיוון במסמכים הרלבנטיים, ובמיוחד על ריקע מסקנתה לפיה אכן לא נפל כל פגם בחיפוש הראשון אשר בוצע ללא צו.
- זהות המערע
- .64. כתוצאה מהחיפוש החוקי בפלאפון של נדר, הופקו שני חומרים מרכזיים לעניין זהיאו: ת/5 - הכלל שני סרטונים וכן תמונה - ת/8.

- .65. בשני הסרטונים נראה נדר, יחד עם אדם נוסף (אשר בית-המשפט קבע שהוא המערער) יושבים בתוך דירה, סופרים כסף, כשהזה הוא הסרטון שבו נראה אותו רמקול בו הבדיקה החוקרת ברלינגבול, והתברר בהמשך כרמקול ששיך למתלוננת נושא האישום הראשון לצד רכוש נוסף של המתלוננת (עובדת שלא הייתה עליה מחלוקת - ראו בהכרעת-הדין בעמ' 144). נקבע כאמור, שהסרטונים והתמונה צולמו ביום 3.8.21 - בהמשך אותו יום שבו בוצעו האירועים נושא כתב-האישום (לגביו הסרטונים - לא הייתה מחלוקת באשר לזמן האמת המתועד בהם; ראו ת/23 ועדות פקץ אריאל כהן, בעמ' 78 לפרוטוקול - לפיה ת/8 צולם ביום 3.8.21 בשעה 4:21 - שלוש שעות לאחר התפרצויות נושא האישום הראשון).
- .66. בתמונה ת/8 שהופקה מתוך הטלפון של נדר (עם סימון ל.ס.2) ובסרטון קובץ מספר 68ba475622bd מתרך ת/5, בשניה 13 (מתרך 14) נראה אדם סופר כסף, ועל ידו שמאלית, בין האגודל לצבע, נראה בבירור קעקוע, שקשה לתארו, אך נראה מכך לבבות וחץ.
- .67. מדובר, אם כן, בראיית זיהוי מרכזית שענינה קעקוע המוטבע במיקום ספציפי, הקושרת באופן ברור בין המערער לבין מי שנמצאה סרטון ובתמונה סופר כסף ומכוון לביצוע מטרת מילוי אחר האירועים נושא כתב-האישום.
- .68. ראייה המחזקת את זיהוי המערער, עליה עמד גם בית-המשפט קמא, הם פריטי הלבוש של המערער הסרטונים ובתמונה שהופקו מתרך הפלפון של נדר (ת/5, ת/8) - לעומת הדמיות המתועדות הסרטוני האבטחה של שני הבתים נושא כתב-האישום (מצלמה 12 קובץ f16ea57b1a6f מתרך ת/5, ו - ת/6 קובץ 7c120111be21, מצלמת גינה שמאלית; ראו גם דוח צפיה ת/10 ולוח צילומים ת/11).
- .69. בתמונה ובסרטונים שהופקו מתרך הפלפון של נדר, נראה המערער לבוש בחולצה אפורה נושא סמל של חברת UNDER ARMOUR ומתחתיו לסמל כתוב לבן, וכן במכנסיים שבצדדים שלושה פסים לבנים ומעליהם פס שחור. הסרטון האבטחה מתרך ת/6 נראית אחת הדמיות לבושה בחולצה עם אותו סמל וכיתוב לבן (בשניה 02:00), וכן במכנסיים עליהם פסים באוותה צורה (01:32:06); הסרטון האבטחה מתרך ת/5, נראית בבירור אותה דמות לבושה במכנסיים עם פסים באוותה צורה (שניה 00:22).
- .70. בנוסף לבירור זיהוי המערער בשתים הראשונים לאחר שנעוצר (ת/12). בית-י.רן ספקטורובסק חקר את המערער ביום 16.12.21 בפעם הראשונה לאחר שנעוצר (ת/12).

המשפט קמא קבע על סמך עדותו האמינה וכן על בסיס האמור במצר ת/6, כי לאחר שחקר את המערער במשך שעיה, וראה את פניו היטב - גם ללא מסכה, זיהה כי המדבר באותו אדם המתוועד בתמונה ת/8 - כמובן, שהמדובר במערער. החוקר נחקר בנושא זה בחקירה נגדית, כאמור בית-המשפט קמא קבע כי מדובר בעד מהימן ובזיהוי אמין, של חוקר שি�שב זמן ממושך מול המערער. לא רأיתי מקום להתערב במצבה זה של בית-המשפט, המתיחס למאמינות העד ולאמינותו הזיהוי - כשהעד הסביר בהרחבת מהלך חקירה נגדית כיצד ביצע את הזיהוי תוך הדגשה של הזמן הרוב שישב מולו (פרוטוקול עמ' 32).

.71. החוקר יגאלטו ונדה חקר את המערער ביום 19.12.21 (ת/14), ועודתו גם היא מבססת את זיהוי המערער באופן עצמאי. החוקר ונדה מכיר את המערער מחקירות קודמות (בניגוד לחוקר ספקטורובסקי שהזיהוי שלו התבפס על חקירה ממושכת של שעיה). הוא העיד, כי במהלך חקירת המתלוונת (ת/20 - ביום 3.11.21), כאשר קיבל את התיעוד מהפלפון של נDIR וראה את תמונה האדם שהחזיק שטרות כסף (ת/8) - זיהה את המערער בוודאות של "מלון אחו" (פרוטוקול עמ' 49, ת/22 - בו הסביר ונדה, כי זוכר היטב את המערער מחקירות קודמות שכן כל פעם יש לערער דרישות מקדמיות לגבי "צוג"). אלא, שהסתבר שהחוקר ונדה לא ערכ כל מזכיר בדבר זיהוי זה בזמןאמת.

.72. לעומת היעדר התיעוד, החוקר ונדה עמד על קר, שבהתבסס עליו זיהוי, התבקש צו מעצר בהעדר כנגד המערער. ואכן, מעדות פקד כהן - ראש משרד החקירות בתחנת ראש העין - עלה, כי ל민יט זכרונו ה"טריגר" להוצאה צו המעצר היה זיהוי של החשוד בעבירה על סמך תמונה (עמ' 79 לפרטוקול).

.73. בית-המשפט קמא היה שותף לתמיית הסניגור כיצד לא נכתב כל מזכיר על אודות הזיהוי, שהוא ללא ספק נתן משמעותי בחקירה. עם זאת, הוא דחה את טענת הסניגור לפיה ונדה איננו דובר אמרת ומעולם לא זיהה את המערער, שנקבע שעודתו של פקד כהן תומכת בעודתו של ונדה. חרף הקושי של היעדר תיעוד, לא מצאתי מקום להתערב במצבים אלו מנימוקי בית-המשפט קמא.

.74. בעקבות עדותו של החוקר ונדה, בית-המשפט קמא התיחס גם לפצע בגומץ המרפק, אך אני עצמי לא שוכנעתי שמדובר בראייה שיש בה כדי לתרום לשאלת זיהוי של המערער.

.75. לבסוף, בית-המשפט קמא קבע כך:  
"...ולאחר שהתרשם מהנאשם באולם בית המשפט במסגרת מספר ישיבות הוכחות ובهن בעת עדותו בפניי, ולאחר שהזהרתי עצמי בדבר הקושי הטמון פעמים רבות בזיהוי דמיות, באתי לככל מסקנה כי הנאשם הוא האדם המצוול בתמונות ובסרטון לצד שלל הגנבה." (עמ' 145 להכרעת-הדין).

בקביעות אלו, הוסיף בית-המשפט קמא נדבר עצמאי נוספת המחזק את זיהוי המערער, המבוסס על התרשומותיו שלו מהמערער במהלך זמן לא קצר, תוך שהיפנה להלכה הפסקה (ע"פ 2653/98 **בן דוד נגד מדינת ישראל** (9.9.98)).

לא ראוי מקום להתערב בהתרומות זו, כשבנוספ בית-המשפט קמא הדגש, כי זהיו טוב יותר מזיהוי על-ידי שופט מעצרים או על-ידי שופטי ערכת הערעור, אשר צפו במערער זמן קצר בלבד (ואכן, אנו הרגשנו כי אנו מוגבלים ביכולת לזהות את המערער).

.76. מכלול הריאות המתואר לעיל מעלה, אם כן, כי זהיו המערער מתבסס על קעקוע במיקום ספציפי, פריטי לבוש דומים לאלו המתועדים בסרטוני אבטחה מהזירות, זהיו עצמאי של חוקר שישב מול המערער זמן ממושך, זהיו עצמאי של חוקר אשר מכיר את המערער היטב מעבודתו (חרף העדר תיעוד), וכן התרשומות של בית-המשפט קמא עצמו. מצבור ראיות זה מבסס כי הכוח מעבר לספק סביר, כי האדם המתועד בתמונה ובסרטונים שהופקו מהפלאפון של נDIR הוא המערער.

.77. קביעה זו מאפשרת לשמש בחזקה הטענה, אותה המערער לא הפריך. כאמור, סרטוני מצלמות האבטחה בשתי הזרות והסרטון והתמונה שהופקו מהפלאפון של נDIR, נושאים את אותו תאരיך - 3.8.21, בפרט של שעת הבדיקה המשוערת ועד למספרת הכסף לאחר הגנבה. אזכיר שוב, כי לא הייתה מחלוקת שבסרטונים ובתמונה נראה רכוש המתלוונת נושא האישום הראשון.

.78. בית-המשפט קמא מצא כי עדות המערער אופיינה "בהתחמקיות והעדר מהימנות". בין השאר, המערער ניסה לטען, כי בעת שבוצעו המעשים הנדונים היה לו קעקוע גדול על ידו הימנית, אשר אינו נראה הסרטונים או בתמונה - טענה שאם הייתה מתאפשרת, הייתה למצער מטילה ספק בשאלת זהיו. המערער הציג באמצעות בא-כוחו תמונה מתוך פוסט מהפייסבוק (נ/1) אותו העלה אחיו, לכארה, טרם האירועים נושא כתבי-האישום. עם זאת, בחקירה נגדית מרשימה של ב"כ המשيبة, הובילו כי הפוסט נערך בסמוך לעדות המערער, ורק אז הועלתה אותה תמונה עם הקעקוע. המערער התהמק כשנשאל על אודוטות סוגיה זו, ולמרות שניתנו להגנה מספר הזדמנויות לזמן את אחיו של המערער, האח לא התיצב בסופו של יומם בית-המשפט ועודתו לא נשמעה. בית-המשפט קמא ציין כי מדובר בהתנהלות שיש בה, על פני הדברים, משומן ניסיון לשיבוש מהלכי משפט.

.79. במסגרת פרשת הגנה העיד גם נDIR, שעדותו אופיינה בהתחמקות ועיקרה בהכחשת הקשר אל הנאשם ולביצוע המעשים" (עמ' 148 להכרעת-הדין). ראיו לכך, כי המערער עצמו לא הכחיש קשר עם נDIR ומסר, כי הוא חבר לשעבר, בן כיתתו מבית-הספר, אך טען שראתה אותו לאחרונה לפני שנת 2017 (ת/14).

.80. לאור הריאות המבוססות את זהיו המערער, קיומה של חזקה תקופה, ולאחר שבית-המשפט קמא לא נתן כל אמון בעדי ההגנה, צדק בית-המשפט קמא בהרשינו את המערער בעבירות המיוחסת לו. לאחר שדחתית את טענות ההגנה הנוגעות לשאלת החיפוש בפלאפון של נDIR וקבעתי שהמדינה עמדה בנTEL המוטל עליה להוכיח את זהיו של המערער, הרוי שאני מציעה לחבריו להורות על דחיתת הערעור על הכרעת-הדין.

הערעור על גזר-הדין

- .81. העונש שהוטל על המערער אינו קל. עם זאת, בבחינת נסיבות ביצוע העבירות, בית-המשפט קמא הדגיש, כי המערער - שווה בלתי חוקי - הגיע ייחד עם אחר לשכונת מגורים במטרה לבצע עבירות רכוש. הניסיון הראשון לא הצליח (כמפורט באישום השני), אך בניסיון השני פרצו לבית המטלוננט (נושא האישום הראשון) ואף גנבו שלל רב הכלול סכום כסף ניכר ורכוש נוסף צברה המטלוננט בעמל רב.
- .82. בית-המשפט קמא התייחס לעוצמת הפגיעה בערכיהם המוגנים, לעוגמת הנפש שנגרמה לשני מתלווננים, לעובדה שהעבירות בוצעו בצוותא, תוך תכנון וה策ידות, היפנה לפסיקה לרלבנטית, וקבע מתחם עונש כולל שנע בין 22 - 44 חודשים מאסר בפועל - מתחם שמצוי בהלימה לנסיבות ביצוע העבירות ונטווע היטב בפסקה.
- .83. במסגרת נסיבותו של המערער, ציין בית-המשפט קמא אירוע לא קל אותו חווה המערער תוך כדי המעצר ולא התעלם מהקשי של תנאי המעצר של תושב שטחים. עם זאת הודה, כי הדבר באדם שלחוותו עבר פלילי מכבד הכולל 6 הרשעות קודמות ומאותחרות בריבוי עבירות רכוש ושהיה בלתי חוקית, במסגרת הוטלו עליו, בין היתר, עונשי מאסר בפועל לתקופות ממושכות. עוד ציין בית-המשפט קמא, שעיוון בפלט כליאות והרישום הפלילי מעלה, כי באופן שיטתי המערער שב לסתורו זמן קצר לאחר שחרוריו ממאסר ובוצע עבירות מסוימות סוג (ראו פירוט בעמ' 162 - 163 לגזר-הדין). השחרור האחרון של המערער היה באפריל 2021, כשאת העבירות נושא תיק זה ביצע מספר חדשניים לאחר מכן - בחודש אוגוסט 2021, ובעוד שני מאסרים על תנאי תלויים ועומדים כנגדו.
- .84. המערער אינו לוקח אחריות על מעשיו עד היום, שכמונו זהה זכותו לעמוד בהכחשתו, אך הוא אינו זכאי להקלת של מי שמודה במיוחס לו - כפי שזכה, למשל, נDIR. ואכן, בית-המשפט קמא התייחס לעוניינו של נDIR, למורת שטרם נגזר דיןו, על בסיס הנתון שהוא ידוע אז - ולפיו סוכם שהמאמינה תעתר לעונש ראוי של 30 חודשים. גזר-הדין בעוניינו של נDIR ניתן יומם למחירת (ת.פ. 22-05-46817): יום ידוע, שנDIR הודה והורשע בעבירות נושא האישום הראשון המשותף לו ולמערער, וכן באישום נוסף שעוניינו הצגת מסמך מזויף תוך כניסה לישראל במועד מאוחר יותר. בית-המשפט קמא שקל את הודהתו של נDIR, כמו גם לחובתו עבר פלילי מכבד בעבירות רכוש תוך כניסה לישראל, וכgendzo הוי תלוין ועומדים שלושה מאסרים על תנאי - אם כי ככל הושתו באותו גזר-דין, בניגוד לumarur. סופו של יומם, בית-המשפט גזר על נDIR עונש ממאסר בפועל בן 23 חדשניים, והפעיל את שלושת המאסרים על תנאי בחופף האחד לשני אך במצבם לעונש שהטיל, כך שנDIR נושא ממאסר בפועל בן 30 חדשניים.
- .85. יש לדוחות את טענת ההגנה לפיה יש להקל בדיינו של המערער על רקע גזר-הדין של נDIR. מלבד העובדה שהמערער הורשע באישום נוסף של ניסיון לבצע התפרצויות בבית, הרי שנDIR לוקח אחריות, והודה במיוחס לו במסגרת הסדר טיעון.
- .86. על רקע כל האמור, לא נפלה כל שגגה בהחלטת בית-המשפט קמא להעמיד את עונשו של המערער קרוב לرف העליון של המתחם, תוך התחשבות מסוימת בעונייה שעתידה הייתה להיות מוטלת על נDIR, כשהתואנה היא הטלת עונש ממאסר בפועל לתקופה של 36 חדשניים. בנוסף, לאור עיתוי ביצוע העבירות

העובדת שהמדובר במאסרים על תנאי שהוטלו בשני גזר-דין נפרדים, אין מקום להתערב בהחלטת בית- המשפט כמו להפעיל את שני המאסרים על תנאי במצבו האחד לשני ובמצטבר לעונש שהטיל. כאמור, הענישה שהוטלה אינה קלה, אך אינה מצדיקה כל התערבות של ערצת ערעור, והמערער הוא שהbia על עצמו תוכאה קשה זו.

#### הערה לפני סיום

.87. קראתי לעומק את חוות-דעתו המפורטת של חברי, השופט ארד-אלון, ואין באמור בה כדי לשנות את דעתו. בבסיס חוות-דעתו של השופט ארד-אלון עומדת השווה בין התמונה נ/1 לתמונות ת/5 ו- ת/8 - השווה לה לא נזק כלל בבית-המשפט כמו, וכך גם אני. הטעמים לכך הם שניים, כל אחד בפני עצמו הוא כבד-משמעות.

הראשון - המסמך נ/1, שהוא תמונה שהועלתה ל"פייסבוק", הוגשה על-ידי ההגנה על-מנת להוכיח שבמועד בו בוצעו הUberות הייתה על אמת ידו הימנית של המערער קעקוע, אשר לא נצפה בת/8 או ת/5. ב"כ המשיבה התנגדה להגשת המסמך, בין היתר בעינה, שלא ברור כיצד הופק המסמך, מי תיעד את התמונה והיכן, ובית-המשפט קבע כי תיחס לקבילות המסמך בהכרעת-הדין. בנוסףו, מסר המערער כי התמונה נ/1 הופקה מתוך דף ה"פייסבוק" של אחיו, וכי אחיו הוא שצלם את התמונה (עמ' 82 - 83 פרוטוקול). כפי שפורט לעיל, נקבע כמפורט בהכרעת-הדין, כי חקירה נגדית של ב"כ המשיבה העלה, שהפוסט נערך בסמוך לעדות המערער, וכי רק אז הועלו אליו התמונות עם הקעקוע. בית-המשפט קמא הוסיף, כי המערער התהמק משנשאל על אודות סוגיה זו. בנוסף, הגם שניתנו להגנה מספר הזדמנויות לזמן את אחיו של המערער למתן עדות, האח לא התיאץ. מעבר לקביעת בית-המשפט כי הדבר בהתנהלות שיש בה על פניה משום שיבוש מהלכי משפט עולה, כי נ/1 אינה ראייה קבילה ולמצער עולימ סימני שאליה רבים לגביה - ובוודאי שאין הדבר במסר שיש בו כדי להעלות ספק סביר לטובת המערער.

הטעם השני נוגע לכך, שלגשתי, לא ניתן להצטרף לקביעת המבוססת על השווה בין תמונות ללא חוות-דעת מומחה, בוודאי כאשר לא ידוע דבר על נסיבות הצילום של נ/1, לרבות עיתוי צילום, ובמצב בו זווית הצילום כה שונות. אזכיר, כי בית-המשפט קמא ערך השווה בין התמונות לבין דמותו של המערער שניצבה לפני במהלך דינום רבים, ולא בין תמונות (כשם החוקרים ערכו השווה בין תמונות לבין "זהי חי"). השופט ארד-אלון פירט בהרחבה את זהירות הנדרשת מבית-המשפט עצמו בעודו לזכה חלק בתהיליך זההו, ובכל הבוד אומר, כי לשיטה ראיו ליישם את אותו משנה זהירות בשבתונו בערכאת ערעור, ובמצב בו אנו נדרשים להטיל ספק בזיהוי אשר מבוסס על מראות עינוי של בית- המשפט קמא ועל זהוי של שני חוקרים, לצד מצבור ראיות נסיבותיות, המבוססות בחלקן גם על ממצאים מהימנות.

.88. **סוף דבר: לו תישמע דעתך, יש להורות על דחינת העreau על כל חלקו - הן על הכרעת-הדין, הן על גור-הדין.**

דנה מרשק-מרום, שופטת

1. המערער הורשע בעובדות המוחסנות לו בשני אישומים. על פי האישום הראשון, ביום 3.8.21 בשעה 02:27 או בסמוך, בעת שלא היה לו אישור כניסה בשל העובדה שהוא תושב האזור, התפרץ המערער יחד עם אחר לביתה של המתלוננת בראש העין, וגביה סכום של 30,000 ₪ ופריטים נוספים (להלן: *התפרצות*). על פי האישום השני, ביום 3.8.21 בשעה 1:39 או בסמוך (כ-48 דקות לפני המועד הנקבע באישום השני), ניסה להתרוף יחד עם الآخر לדירת המתלונן בראש העין, אך בשל קיומה של רשות בחילון לא הצליחו השניהם להיכנס לדירה (להלן: *ניסיון התפרצות*). אין חולק, שהאחר הוא נDIR מוסטפא, שהורשע לפי הודהתו במשפט נפרד בעבירות התפרצויות המפוררת באישום הראשון (אך לא בעבירות ניסיון התפרצויות באישום השני).
2. נDIR נעצר ונחקר בתיק אחר והטלפון הניד שלו נתפס. מ"הגלאיה" בטלפון של נDIR, הופקו סרטונים וצלומים. ביניהם שני סרטונים (ת/5), בהם מתועדים נDIR מוסטפא ואדם נוסף עם זקן קצר וחובש במשקפיים, שספר שטרות כסף, ולידו על השולחן מצוי מכשיר שחור הנושא את שם המתלוננת (ככל הנראה רמקול ניד); וכן תמונה (ת/8), בה נחזה אותו אדם, כשהוא מחזיק את השטרות ומהיר אף נראים בו המכשיר השחור ופריטים נוספים.
- אין מחלוקת שהסרטון והתמונה מתעדים אותו אדם ובאותו מעמד, שהם צולמו ביום 3.8.21 שעות ספורות לאחר התפרצויות, והכסף והפריטים המונחים על השולחן נגנבו במהלך התפרצויות.
3. המערער לא חלק בפנינו על כך, שהאדם המתועד בסרטון ובתמונה, אחראי מכוחה של "חזקת תקופה" ובاهדר הסביר לכך, להתרצויות, ואף לא על כך, שפרטיו לבשו של האדם המתועד בסרטון אבטחה, שצולם סמוך לניסיון התפרצויות (ת/6), דומים ביותר לפרטי הלבוש של האדם המתועד בת/5 ובת/8 (וראו לוח השוואת צילומים שסומן ת/11), ועל כן אותו אדם אחראי גם לניסיון התפרצויות.
4. המחלוקת בערעור התמקדה בשאלת אם אדם זה, המתועד בת/5 ובת/8, הוא המערער, קרי בזיהויו של המערער. המערער פרש חזית רחבה של טענות נגד קבילותם של ת/5, ת/8 ושאר הקבצים שהופקו מהטלפון של נDIR. לגופו של התיעוד, טען המערער, שהוא אינו האדם המתועד בת/5 ובת/8, ובבית משפט קמא שגה משמציא שהראיות שהובאו בפניו מוכחות את זהותו מעבר לספק סביר.
5. אשר לקבילות הראיות, אני תמים דעתה המפוררת והמעמיקה של ראש ההרכב, כבוד השופטת דינה מרשק-מרום, כמובא בסעיפים 51 עד 63 לחווות דעתה, שהראיות המצלומות שנאספו מהטלפון של נDIR, נתפסו כדין והן ראיות קבילות.
6. שונה עמדתי בנוגע לזהותו של המערער. לאחר עיון בהכרעת הדין, בתיק בית משפט קמא, בטענות הצדדים בערעור, ובפרט לאחר עיון חוזר ונשנה בת/5 ובת/8 תוך השוואתם לתמונה של המערער, מוצג נ/1, ואף לאחר שהtabonenti במערער במהלך הדיון שהתקיים בפנינו במשך כשעה, יותר בלבי ספק סביר ועיקש, בדבר זהותו של המערערcadem המתועד בת/5 ובת/8. כפי שאבהיר הראיות שovementו בפני בית משפט קמא מצביעות על אפשרות ממשית, על ספק סביר, שמא אין מדובר במערער, אלא אדם אחר, שהמשטרה לא עמדה על זהותו. לאור זאת, אמלץ לחברותי לזכות את המערער.

**הכרעת בית המשפט בתמצית**

.7. בית משפט קמא הגיע למסקנה, שהמערער הוא האדם המתועד בסרטון ובצלום, שנפרקו מהטלפון של נדייר על יסוד מספר גורמים, שחברו זה לזה. **האחד**, הוא זהה הפנים המתועדות עם פני המערער, כפי שמצאו שני חוקרים (**ליין ספקטורובסק ויגאלטו וונדה**), וכפי שמצא בית משפט קמא עצמו על פי התרשומות מהמערער בישיבות הרבות שהתנהלו בפניו; **השני**, קעקוע ייחודי שנמצא על כף ידו השמאלית של האדם המתועד בסרטון הנמצא גם על כף ידו השמאלית של המערער; **השלישי**, סימן שהוא ככל הנראה פצע קטן סמוך במעלה זרועו הימנית של האדם המתועד ושל הנאשם; **הרביעי**, שהדמות שתועדה בת/5 ובת/8 עם רכוש מההתפרצויות הייתה לבושה בגדיים דומים ממד (אפשר שהיימן) לדמות שתועדה במלמת האבטחה בסמוך לניסיון ההतפרצויות, שארע פחות משעה קודם לכן באותו יום (ת/6).

אבל את הגורמים על פי סדר זה.

#### זיהוי הפנים - ראיות המאשימה

.8. ת/8 היא תמונה שצולמה, כאמור, ביום 21.8.2021:

.9. נ/1 היא תמונה פנים של המערער, שפורסמה בפוסט מיומ 21.6.2021, אולם - כפי שהתרבר בחקירהתו הנגידית של המערער - הועלתה לדף רק ביום 22.4.2021, 4 ימים לפני עדותו בעת שהיא במעצר. על-אף שהמערער לא העיד את אחיו באשר למועד הצילום ולנסיבותיו, ברור שנ/1 צולמה לפני שנעצר, קרי לפני דצמבר 2021. הנה נ/1:

.10. אין מחלוקת, שהאדם המצולם בנ/1 הוא המערער (פרוטוקול הדיון ע' 4, ש' 16). בין הדמות בצילום זה לדמות באולם יש דמיון ברור ובולט הקרוב לזהות, כפי שאפשר היה להתרשם גם במהלך הדיון בעברעור כבר מבט חתוּפָה, ואף לאחר כשעה של דיון. מדובר באותו פנים ממש.

.11. מנגד, לאחר עיון בת/5 ובת/8 (הדמות המעורבת בעבירה) ובנ/1 (המערער), זו אחר זו וזה זו, אפשר להצביע על הבדלים של ממש בין שתי הדמויות המצולמות. אין בינהן דמיון הקרוב לזהות. כמו הבדלים בולטים הועלו על ידי ההגנה במהלך הדיון בבית משפט קמא: קו השיער שונה (גם בהתחשב בכך שפחתו של המערער מגולחת), החיור שונה, והחטף האנכי או הקמט הבולט על לחיה הימנית של הדמות בת/8, שאין לו ذכר בדמותו של המערער בנ/1 ובאולם בית המשפט. لكن אפשר להוסיף הבדלים מסוימים, בהם רוחב המצח, מבנה הסנטר וארשת הפנים הכללית.

אכן, אילו הדמיון בין הדמות בת/5 ובת/8 למערער היה ברור ומובהק כדמיון בין נ/1 למערער, אפשר שלא הייתה מחלוקת, שמדובר באותו אדם.

.12. לאחר שענייתי בתמונות פעמיים רבעות עד כדי "היכרות" של ממש עם כל פרט בפנים המצולמות, ובחןתי את המערער במהלך הדיון, מצאתי, שהתמונות כשלעצמם אין יכולות ללמד בוודאות הנדרשת, שמדובר באותו אדם, קרי שהמערער הוא האדם המתועד בהן.

דומה, שגם הייתה אף עמדת בית משפט קמא, שכן את החלטתו בדבר הזההו הוא השתית לא רק על "מראה עינו", אלא כאמור, גם על ראיות נוספות.

.13. בית משפט קמא הסתמך על עדותו של **חוקר ספקטורובסק**, שלא הכיר את המערער קודם לכן, וחקר אותו ביום 21.12.2021 במשך כשעה (ת/13). לדבריו, זהה את המערער אדם הנראה בתמונה, שהוצע בפני המערער בחקירה. את הזההו תיעד החוקר במצר ת/6 (שנכתב ביום 21.12.2021 כשלושה ימים לאחר

החקירה). בעדותו בבית המשפט הסביר: "אני כתבתי בזיכרון שנייה מזוהה שהאדם שি�ושב מולי הוא האדם שנראה בתמונה", והוסיף שיזהה אותו לפי "ראיה פשוטה של אדם שישוב מולי כסא מול כסא זמן רב... שעיה לפי המזכיר" (פרוטוקול הדיון בביבם"ש קמा, 1.5.22 ע' 26-27).

הסתמכות על זיהוי מעין זה היא ראייה קבילה. לא מדובר בעדות סבירה אלא בהציגת "הדברים כפי שאלה נחרתו בהכרתו" של העד (ע"פ 7/07/2008 מדינת ישראל נ' טראבין (2008)). השאלה היא, אם כן, מה משקלו של הזיהוי.

לענין זיהוי על פי עדים, נפסק כי נדרש "זהירות מיוחדת", כאמור בדברי כבוד השופט ניל הנדל (ע"פ 3055/18 אבו רקיק נ' מדינת ישראל (2020)):

"קביעת זיהוי על פי עדים מחייבת זהירות מיוחדת. כפי שקבע בית המשפט העליון ראיית זיהוי טומנת בחובה אתגר. מצד אחד, הניסיון מלמד בצורה ברורה כי עד יכול לזרות אדם אחר. מצד שני, אתה חוי מפיו של העד. זאת אומרת שאין תנאי מעבה שניתן לבחון דרכם את העדות כפי שניתן, לדוגמה, לבחון ראיית DNA . פשיטה כי תhallin החשיבה ומנגנון היזיהוי של האדם מורכבים הם. لكن יש מאפיינים בראייה מעין זו שאינם נחלת ראיות מסווג אחר. למשל, נהוג לשאול את העד המזוהה באיזה מידת ביטחון הוא מזוהה את האדם עליו הוא מצביע כמצבע העבירה. שלב זה של מתן ציון עצמי חשוב הוא אך גם יכול להטעות מפני שהאדם מכמת דבר מה - הביטחון בעדות - שאינו אלא סוג של אומדן אישית. ... נתון נוסף הוא ההיסטוריה בין המזוהה למזוהה - האם מדובר בפגש חד פעמי וראשוני או היכרות יומיומית.Undין, כמו בכל עדות יש לבחון את מהימנותה ומשקללה על פי כללים משותפים לכל ראייה."

14. בחקירה נגדו הוצגה לחוקר ספקטורובסק תמונה הפיסבוק של המערער נ/1, ולשאלה "אתה לא יכול להגיד שעל פניו זה האדון שנמצא בת/8?" השיב בפשטות: "לא", והוסיף: "אני לא יכול להגיד שזו לא הנאשם, אמרתי שאתה לא יכול לזרות לפי התמונה" (ע' 28).

15. החוקר נשאל על זיהוי המערער על ידיו, והוצג לו ההבדלים "בקו השיער", "בחיר", ובמה שנראה כ"קו הבעה בצד שמאל חד ישר וארוך". אביא את עיקר תשובותיו (שם, ע' 30-33):

"ת: [הגדלה 262% של ת/8] נראה כמו התמונה שערכתי של הקעקוע.

ש: אתה יכול להגיד לי מה מקועקעפה?

ת: לא. זה לא מדויק. אני אדיק. אם לא הייתי מכיר את זה, לא הייתי יודע מה זה. בגלל שאני מכיר את זה, אני יודע מה זה.

ש: זאת אומרת שאם לא הייתי מביא בפניך את הפרצוף של הנאשם, אם הייתה לך תמונה בלי הפרצוף של הנאשם, לא היה יכול להגיד מה זה הקעקוע הזה. לא יכולת לדעת לפי התמונות שלך?

ת: כן.

...

ש: האדון בבית משפט מתאים לכך השיער של התמונה בפיסבוק?

ת: ... שאלת אם יש התאמה לך השיער, אני לא יכול לענות על זה.  
ש: אני מציג לך נ/1. קו השיער בתמונה הראשית שבוחבן של סולימן عبدالלה, זהה לנאשם  
כאן?

ת: דומה. אני לא יודע ב-100%.

ש: הקעקע נראה לך דומה?  
ת: כן.

ש: זה נראה לך אותו אדם?  
ת: דומה.

ש: אתה יכול להגיד לי מעבר לכל ספק סביר שהוא הוא?  
ת: לא.

...

ת: ... אמרתי שאדם סביר שיושב בשולחן במשך שעה, חיים מתנהלים, אני זיהיתי אותו כאדם  
בתמונה.

...

ש: ... ועל פניו אמרת לי שהוא לא דומה לתמונה ת/8.

ת: לא אמרתי את זה. לא אמרתי שכן, ולא אמרתי שלא.

16. מהאמור עולה, שבחקירה הנגידית, כשהוזגה לחוקר תמונה, שאין חולק שהיא דומה כדי זהות למעරע  
(נ/1), וכשהמערער נכח באולם, הוא לא חוזר על טענת הזיהוי באותו דרגת וודאות. כשהוזגו לו התמונות  
והבדלים מסוימים ביניהן, הוא השיב שמדובר אדם "דומה", שאינו יכול לומר "מעבר לספק סביר שהוא  
הוא", וכשנטען שאמר שהדמות אינה דומה, השיב "**לא אמרתי שכן, ולא אמרתי שלא**".

בתשובה החוקר בחקירה הנגידית יש נסיגה של ממש מטענה הראשונה, שהוא **זיהה** את המערער כדמות  
המתועדת בת/8. הוא השיב לשאלות בזיהירות, מתוך רצון להציג את עדותו באופן מדויק ולא הטיה. על כן,  
היה מקום לחתם לניגתו מהזיהוי משקל של ממש, ולהימנע מהסתמכות על טענתו המוקדמת, שלפי אבחןתו  
מדובר באותו אדם.

17. בית משפט קמא הסתמן בקביעת הזיהוי גם על עדותו של **החוקר יגאלטו וונדה**, שהכיר את המערער  
מחקרים קודמות. החוקר העיד, שכשען לראשונה בתייעוד שנפרק מהטלפון של נדריר, וראה את תמונה  
האדם המחזק שטרות (ת/8), "**זיהה את הנאשם, אותו הוא מכיר היטב בওדות של מילيون אחוז,**  
**דבריו**".

18. לא נמסרו פרטם באשר לטיב ההיכרות המוקדמת ומועדיה (בין היתר, בשל התנגדות ההגנה, שכןראה  
ביקשה למנוע חישוף עברו הפלילי של המערער). על כן, לא ניתן תשובה לשאלת הנדרשת: "... האם  
ההיכרות מKENNA לעד את יכולת לזהות את החשוד באופן שחרוג מהאפשרות שהייתה בבית המשפט  
או למומחה מטעם התביעה לעשות זאת" (עניןabo רקיע לעיל, פסקה 10).

19. בחקירתו הנגדית של החוקר **וונדה** עלה, שהוא נחשף לצילומים זיהוי את המערער כבר ביום 21.11.2019, אולם לא ערך על כך מזכיר בזמן אמרת. עוד עליה מדבריו, שצו המעצר למעערר הוציא רק בחולף למעלה מחודש, ב-7.12.2019, על יסוד טענת הזיהוי, אולם גם עobar להזאת צו המעצר **וונדה** לא ערך מזכיר (ולו כדי לתעד את עילת המעצר). למעשה, רק ביום 19.12.2019, ביום שבו חקר את המערער לאחר מעצרו, ערך החוקר מזכיר לקוני באשר לזיהוי (ת/22). לא היה בידו הסבר ענייני לשיהוי (פרוטוקול 2.5.2022, ע' 63).

20. בית משפט קמא היה שותף לתמייה, על כך שהחוקר לא ערך מזכיר אודות הזיהוי במועד, אולם קבוע, שאין מקום להסיק מכך שהחוקר **וונדה** לא זיהה את המערער או שיקר, שכן הוא שיתף בזיהוי שוטר אחר בזמן אמרת. קביעה זו מבוססת, ואין מקום להתערב בה. אולם השאלה בדבר דרגת הזיהוי נותרה ללא מענה: האם החוקר **וונדה**, שהכיר את המערער מחקירות קודמות, רק חישד שמדובר במעערר, או שהיה בטוח בכך בוודאות של "מיליון אחוז"?

21. במצר שערך החוקר **וונדה** ביום 19.12.2019 (ת/22) נרשם: "**אני מזהה את הדמות בתמונה כעובד אלה שחקרתי מסpter פעמים**". בחקירה מיום 19.12.2019, הציג החוקר את התמונה למעערר (ת/14, שורה 70), ושאלו: "**אני אומר לך שאני יכול לזהות אותך - ואני אומר לך שברטון שתועד על ידי השותף שלך, אני חושב שאתה, מה יש לך לומר עלך?**"

22. כך, בחקירה המערער, החוקר **וונדה** לא הציג למעערר החשוד את הטענה שהוא מזהה אותו **"במיליון אחוז"**, אלא שהוא **"יכול לזהות אותך"**, והוא **"חושב שאתה"**.

העובדת, שהחוקר **וונדה** לא ערך כל תיעוד עobar לזיהוי או להזאת צו המעצר, והעובדת שלא דיווח עליו החשוד במערכת המחשב, מתישבות יותר עם חישד ברמה נמוכה ("חושב שאתה"), מאשר עם זיהוי ודאי ("מיליון אחוז"). ברור, שתיעוד זמן אמיתי יכול היה לשפוך אור על כך, ובנסיבות אלו העדרו של תיעוד, צריך היה להישקל לחובת המאשימה.

23. אין חולק על קובלותו של זיהוי מעין זה. כפי שנפסק בע"פ 779/19 **אבו מדיעם נ' מדינת ישראל** (2019), "**כאשר קיימת היכרות מוקדמת בין עד לבין נאשם, די בהצבעה על הנאשם הננסכת על מהימנות העד**". באותו פרשה, שוטר זיהה הנג המוכר לו על רקע חקירות קודמות, כשהוא נמלט בנסיעה לאחר התאונה. אולם השוטר יחידת המשטרה פעלן באופן מיידי לאתר את הנג, אף אם ראיות בדבר תיעוד רכב הדומה לרכב של הנג (הוא המערער, ابو מדיעם), במסלול הנסעה וב途 וצמנים רלוונטי, וכשהגיעו לבית אביו, מצאו הרכב דומה, שעליו פגעות שתאמו את האירוע (שם, בפס' 15).

24. שונים פניהם הדברים במקורה שלפניו. הטענה לזיהוי ברמה כה גבוהה, "מיליון אחוז", נכבה והופיעה לראשונה בעדותו בבית המשפט, ללא תיעוד מוקדם, ויש פער בין פועלותיו של החוקר בזמן אמרת (וליתר דיוק: העדר פעולה במשך חודשים), וכשבחקירתו של המערער תועדה טענת זיהוי באופן יותר ("**חושב שאתה**").

25. לאור דברים אלה, כמו בעניינו של החוקר **סקטורובסקי**, לא היה מקום לתת לזיהוי של המערער בידי החוקר **וונדה** משקל של ממש. כך, אין בריאות המאשימה כדי להתגבר על ההבדלים הנחיצים בין הדמות שבתמונה וברטון, לדמותו של המערער בן/1 ובאולם בית המשפט.

ולאור זאת, אין בריאות שהביעה המאשימה באשר לזיהוי פניו של המערער (**הרטון, התמונה ועדויות החוקרם**) כדי **ללמד על זיהויו של המערער בדרגת ההוכחה הנדרשת**.

זיהוי הפנים בידי בית המשפט

26. בית המשפט בחר את הדרך שהתווה בית המשפט העליון באשר לזיהוי על ידי בית משפט בנסיבות דומות (ע"פ 2653/98 **בן דוד נ' מדינת ישראל** (1998)). וקבע כך (ע' 145 להכרעת הדין; הנה התחתי אינו במקור):

"[ה]המואשימה הציגה בפני במסגרת הבאת הראיות את הסרטון (ת/5) מתוך הטלפון של מוסטפא, בו נראהית דמותו בסופרת את הכסף שנגנבה. כשהוקפה הפרימס והדמות נראהית בפרופיל, ניתן לזהות את הנאשם בפרימס זה באופן ברור על סמך מבנה פניו וקימור אפו, ובהתעלם מנתונים בניו שינוי כגון זקן ותשופורת."

...

בהתחשב בהלכה הפסוקה שלעיל, ולאחר שהתרשם מהנאשם באולם בית המשפט במסגרת מספר ישיבות הוכחות ובהן בעת עדותו בפני, ולאחר שהזהרתי עצמי בדבר הקושי הטעון פעמים רבות בזיהוי דמיות, באטי לכל מסקנה כי הנאשם הוא האדם המצוולם בתמונות ובסרטון לצד שלל הגנבה.

מסקנתי זו מצטרפת לזהויו של הנאשם על ידי העד ונודה, לו היכרות קודמת עם הנאשם, ולזיהויו על ידי העד ספקטורובסק אשר חקר את הנאשם משך שעה, ודיהה אותו במסגרת חקירה זו".

27. בפרשת **בן דוד**, אליה הפנה בית משפט קמא, קבע בית המשפט העליון, שהכרעה על יסוד "مرאה עיניו" של בית המשפט "אינה זורה למשפטנו" (שם, בפסקה 6(א) ו-6(ב) סיפא). עם זאת, הצביע (בחווות דעתו של כבוד השופט יעקב קדמי) על הבעיויות הטעונה בדרך זו (שם, בפסקה 6(ב)):

"ראשית, שבפועל, לכואורה לפחות, הופך השופט להיות גם 'עד', ו'עדותו' - הינה עדות מכרעת, במובן זה שאין לצד הנוגע בדבר הזדמנות לערער את ביטחונו של השופט בצדקת עמדתו. בכך ושנית - בסיכון ממשי של טעות, בהתחשב בכך שהזיהוי לא נבחן בחקירה שכнנד, על יסוד 'مرאה עיניו' של בית המשפט".

בית המשפט הפנה לכך שהכרעות רבות מבוססות על התרשומות האישית של בית המשפט ממஹינות, מחפצים ומהשווות תמונות, ולא מצא, שיש מקום להבחין בין אלו לבין זיהוי על ידי בית המשפט. יתרה מכך, הפנה בית המשפט להכרעת בית המשפט העליון בפרשת **דמיאנוק**, אשר דחתה את הטענה, שבזיהוי מעין זה הופך בית המשפט למשמעות "עד" (ע"פ 347/88 **דמיאנוק נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ"ז (4), 221, 329), בכפוף לכך שלא נדרש עדות מומחה:

"אכן נכון הדבר, שבזיהוי על-פי תמונות והשוואת תמונות לדמות הנאשם, על-פי טביעת עינו האנושית של בית המשפט, עלולות ליפול טועיות, ולמסקנה זו איןנו נזקקים לעדות המומחים. אולם, בחשש זה בלבד אין כדי למנוע מבית המשפט להיעזר בחושיו הוא ולהתרשם **שירות מראה עיניו**, בלי תיווך מכלי שני".

28. על יסוד זה, קבע בית המשפט העליון בעניין **בן דוד**, שכן פגם בהכרעה בעניין זיהוי הנאשם על יסוד "مرאה עיניו" של בית המשפט:

"**הבעיות כפולת הפנים - המוצגת לעיל - אינה יורדת, לפי שיטתנו, לכוחו של בית-**

המשפט להכריע על-פי מראה עיניו כאמור, וכוחה מתמקד במידה זהירות שעלה בית- המשפט לנוכח בה, כאשר הוא עושה שימוש בכוחו זה".

29. בבחינת קביעת הזיהוי עצמה (שהערעור עליה נדחה), הוסיף בית משפט העליון קרייה לזרירות יתרה:

"לצד העמדה האמורה, רואה אני להעיר העורות הבאות: ראשית - בית-המשפט המכريع בחלוקת על-פי 'התרשומות' מראיה חפצית, חייב לנ��וט זהרונות יתרה, בהתחשב בכך ש'התרשומות' אינה נבחנת בכור המבחן של החקירה שכגד; ושנית - כאשר מדובר ב'זיהוי', כבקרה דן, "יטיב בית-המשפט לעשות אם יכשיר את עצמו לזיהוי ע"י רcis'ת היכרות' קרובה עם הגורם הטעון זיהוי, 'קול' או 'קלستر פנים'. ה'הכרה המוקדמת' אינה משמשת רק בסיס להכרעה, אלא גם גורם ראשוני במעלה למניעת טעויות."

על דברים אלה הוסיף כבוד השופט אליו מצא:

"נראה לי שהיה מועיל לאמץ הנחיה זו גם בשיטتنا, כאמור כי על השופט - לאחר שעין בראיה האובייקטיבית והתרשם ממנה - להעמיד את שני הצדדים מבעוד מועד על כן שהראיה, מבחינת כשרותה, איכותה ובהירותה, עשויה לקבעת מימצא בדבר זיהויו של הנאשם, וליתן לצדדים הזדמנות להביא ראיות נוספות, לרבות עדויות מומחים, בין לתמיכה במימצא של הזיהוי ובין לסתירתו".

כבוד השופט חיים אריאל הצבע על הצורך בזהרונות מיוחדת ובתוספת ראייתית:

"אני סבור כי על בית-המשפט להיזהר בזהרונות מרבית בזיהוי ישיר של הנאשם היושב על מושב הנאשםם, ללא ראייה כלשהי, מחווץ לקלטת, שעל-פייה נעשה הזיהוי (אף אם מדובר במספר רב של ישיבות) מחשש לטיעות, שאולי לא ניתן לתקן. אמנם, אין בית- המשפט הופך לעד ממש, שהרי הראייה היא הקלטה עצמה, אך הוא קרוב למצב של 'כמובן עד', המזהה את הנאשם בזירת הפשע. לא יהא זה בטוח להרשותו נאשם רק על-פי זיהוי כזה, ללא עובדה המסביר את הנאשם לעבירה או עד המזהה את הנאשם הנמצא בזירת העבירה, על-פי קלטת הוויידאו".

30. בית משפט העליון המשיך ובחן את היקף הביקורת השיפוטית על זיהוי בידי בית המשפט. בסיסו של דבר עומד הכלל בדבר הימנעות מהתערבות במצבו עובדה, ובצדו החריג (פסקה 7(ד) לחווות דעתו של כבוד השופט קדמי):

"מקום שבו לא עומד יתרון כזה לזכותה של הרכאה הדינונית, היקף התערבותה של ערכתה הערעור אינו מוגבל על-פי הכלל האמור, ולמעשה היא רשאית - במקרה המתאים - לשום עצמה בנעלם הרכאה הדינונית".

כך, מצא בית המשפט העליון, שבהתרשומות על יסוד השוואת תМОנות לא עומדת לערכתה הדינונית יתרון על פני ערכתה הערעור, ולעומת זאת, כאשר מדובר בהשוואה בין תМОונת הנאשם עצמו ומתקיימים דיןונים מתmeshים, יש לערכאה הדינונית "יותרו רב משקל" (שם).

31. במקרה שלפנינו, משפטו של המערער התנהל במשך תקופה ממושכת, התקיימו בו כעשרה דיןונים מהם שלושה דיןוני הוכחות, כשבאחד מהם הנאשם העיד (2.5.22), ועל כן הזיהוי בידי בית משפט כמו אינו זיהוי חטוף, אלא תוכאה של התבוננות ממושכת.

מן הצד השני, בית משפט קמא נימק את זהותו, בעיקר בכך שבפרטים אחד מהסרטון ת/5 (שחתימת הזמן שלו לא פורטה), "כשהוקפה הפרטים והדמות נראית בפרופיל, ניתן להזות את הנאשם בפרטים זה באופן ברור על סמך מבנה פניו וקימור אפו, ובהתעלם מנתונים בניו שניי כגון זקן ותספורת." (ע' 145).

בית משפט קמא לא התיחס להבדלים, שהועלו על ידי ההגנה בין הדמות למערער: לחיקוי השונה **ובעיקר לשימן האנכי הבולט, בצד ימין של הפנים בת/8, שהוא חתר או קמט, אשר לא ניכר בפנים של המערער.** למאפיין בולט מעין זה יש חשיבות מיוחדת בזיהוי של אדם. העובדה שאינו מצוי בפנים של בית המשפט היא בעלת משקל, ומミלא העדר ההתייחסות לכך פוגעת בעצם הזיהוי על פי מראות עיניו של בית המשפט (ראו: יניב ואקי, **דיני ראיות, כרך ב'** (ליאור הוצאה לאור), 2020, ע' 1136, והפניות בה"ש 57, לדוח הביניים בנושא עדויות ראייה שגויות וזיהוי מוטעה, שהוציאה הוועדה הציבורית למניעת הרשעות שווא ותיקון, בראשותו של השופט בדימוס יורם דנציגר (ספטמבר 2019))

32. אכן, בבית משפט קמא הייתה אפשרות לרכוש "היכרות" רבה יותר עם המערער עצמו מאשר של ערכאת הערעור. אולם, במקביל לכך עומדת "ההיכרות" עם תМОונתו של המערער, נ/1, אשר גם במבט חתוּף ברורה זהותה למערער. בכל הקשור להשוואה בין התמונות, אין בבית משפט קמא יתרון ממשי על פני ערכאת הערעור.

33. לאור הדברים האמורים, לא מצאתי, שהיא בזיהוי על פי מראות עיניו של בית משפט קמא, כדי להתגבר על ההבדלים הנחוצים בין הדמות בסרטון ובתמונה, לבין דמותו של המערער. כך בפרט, כאשר טענת הזיהוי של כל אחד מהחוקרים נחלשה מכך בעקבות החקירה הנגדית, וזיהוי הפנים על פי "مرאה עיניו" של בית משפט קמא נותר, למעשה, כמוין "ראייה" יחידה לעניין זה.

#### הקעקוע

35. לאחר שבחן את זיהוי הפנים, הוסיף בית משפט קמא, שהחוקרים הבחינו בקעקוע ייחודי על פרק היד השמאלית של הדמות המתועדת בסרטון, וشكעקו דומהמצו גם על פרק ידו השמאלית של המערער, ומ声称 **"עצמם מיקומו הייחודי של הקעקוע, וצורתו הייחודית מהווים אף הם נדבך נוספת בזיהוי הנאשם."** (ע' 146 להכרעת הדין).

קרי, בית משפט קמא לא מצא בקעקוע ראייה המסתפקה לזיהוי המערער, אלא כמעין ראייה מחזקת ("נדבך נוספת", שהובילו לקביעה בדבר זיהוי פניו של המערער כדמות שמתועדת בסרטון ובתמונה).

אכן, יש יסוד לכך, שלא ניתן לטעות בדבר זיהוי פניו של המערער בכוכחו של קעקוע לבדוק להוביל להרשעה. הקעקוע מצביע על אינדיקטיה נסיבתית לזיהות, אולם המבחן המהותי והסופי - במקרים בהם הוא מתאפשר - מצוי בהשוואה בין תיעוד פניו של העבריין לפניו של החשוד או הנאשם בעברית (וכאן המערער).

36. בסרטון ת/5 ובתמונה ת/8 נזהה על פרק ידו השמאלית של המערער קעקוע. לצורך החקירה הנגדית של החוקרים, הציגה הגנה הגדלה של ת/8, שבה ניתן לראות את הקעקוע כדלקמן (נספח י"ד לכתב הערעור; העתק הצלום כאן אינו במלוא הגדלה):

37. במהלך החקירה מצא החוקר **ספקטורובסקי**, שלמערער יש קעקוע דומה במקום דומה, והוא הולך על צילומו כדלקמן (ת/9):

38. תיעוד הקעקוע על פרק היד של הדמות בסרטון ובתמונה מטוושטש למדי, אולם ניתן לראות שמדובר באירוע

של קו, שיש מעין עיגולים לאורכו.

תיעוד הקעקוע של ידו של המערער ברור יותר. מציר בו חז המכוון לרווח שבין האגדול לאצבע המורה, שעלי מעין עיגולים (או לבבות) אחד לכל ציון, ובוסף זנב חז מעובה.

גם ללא מומחיות בדבר, אפשר לראות שמדובר בקעקועים דומים, המצויים באותו מקום דומה.

39. הקייעה, כי מדובר בקעקוע "יהודי", מחייבת זהירות. השאלה אם איור זהה מוכר בעולם הקעקועים ומהו תפוצתו בכלל ובקבוצת התיחסות של המערער בפרט, לא התרירה כלל במשפט. בחקירה הראשונה במשטרה, לאחר שהחוקר שאל אותו האם זה קעקוע יהודי או שיש כמותו אחרים, השיב "כן יש להרבה אנשים קעקוע הזה כי ראיתי אותו על הרבה אנשים..." (ת/12, ש' 107). עדות המערער לא התקבלה כמהימנה, אולם בנסיבות זו - שהיא נזודה עובדתית - לא ננקטה כל פעולה חקירה כדי לברר את אמיתיות דבריו (ראו: פרשת אבו רקייק לעיל, פסקה 13).

עם זאת, לצורך העין בתמונתו של הקעקוע לזהוי הנאשם, די בדמיון באירובים של הקעקוע, אף אם אינו "יהודי".

40. החוקר **ספקטורובסקי** הגיע את התמונות שצילם בחקירה ראשית, אך לא נדרש לזהוי הקעקוע. כשנשאל בחקירה הנגדית האם הוא יכול לומר מה מקועקע על ידה של הדמות שבת/8 (בהתגללה), השיב:

"ת: לא. זה לא מדויק. אני אדיב. אם לא הייתי מכיר את זה, לא הייתי יודע מה זה.  
בגלו שאני מכיר את זה, אני יודע מה זה".

דברים אלה מלמדים, שהחוקר לא יכול היה לקבוע, שמדובר בקעקועים זהים, ואלמלא היה רואה את הקעקוע על ידו של המערער, לא היה יודע מהו הקעקוע על ידה של הדמות בת/8. כך או כך, עולה, שהקעקוע לא שימוש את החוקר כדי לחזק את זהותו של המערער.

41. גם החוקר **וונדה** לא הזכיר בחקירה ראשית את הקעקוע האמור כאמצעי שחייב את זהוי המערער. בחקירה הנגדית, כשנשאל מה הוא רואה בהגדלת הקעקוע, השיב "לא יודע ממש עם לבבות" (דין 2.5.22, ע' 74), ובהמשך: "אני לא זוכר מה בדיק ראיינו אבל דיברנו על הנושא הזה של הקעקוע שיש לו על היד כאלו הוא פירט לי מה זה בחקירה" (שם, ע' 76).

42. גם במקרה זה, משטרת ישראל לא העבירה את תמונות הקעקועים למ"פ כדי לקבל מדדיות מדיקות יותר של גודלו ושל המנה שלו על כף היד, או אף לשפר את התמונה באופן שניינן יהיה לקבוע האם מדובר בקעקועים זהים.

43. יכולה מחקרים בתחום זה, השימוש הפורני לזהוי באמצעות קעקועים עבר משלב ההתבוננות לשלב המדידה ("**from observation to measurements**"). ביום נעשה שימוש פורני בשיטות מדעיות לשם זהוי גופות או אנשים חיים על בסיס קעקועים. ראו למשל(והפניות שם):

Michelle D. Miranda, "**Tattoos and Tattoo Inks: Forensic Considerations**",  
Wiley, Wired Forensic Sciences (2019).  
<https://wires.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/wfs2.1360>

44. על אף הדמיון במבנה ובמקום, לטעמי, השוואה בלתי אמצעית של צילומי הקעקוע לפי "טבחת עין", ללא מדידה ובחינה מksamעתית, אינה מאפשרת קביעת זהות, וכך החוקר **ספקטורובסקי** לא הגיע

למסקנה כזו. על כן, ובהעדר קביעה מומחה בעניין זה, לא ניתן לקבוע זהות בבחינת "זה הקעקוע" (בשאלת מהקביעה "זו הנעל", ראו: ע"פ 1620/10 **מצgorah נ' מדינת ישראל** (2013)).

45. יש לזכור, שבניגוד לטביעה אצבע או לממצא DNA, שהם "יחודיים לכל אדם ( מבין רבים: ע"פ 149/12 **אלמליך נ' מדינת ישראל** (2012)), ואף בניגוד לטביעה נעל משומשת שנחרצו בה סימני שימוש, היכולים להשאיר עקבות ייחודיות (ענין **מצgorah לעיל**, וראו את הדיון באשר לקושי המדע בהעדר בסיס מידע וסתטיסטיקה בחוות דעתו של כבוד השופט נ' הנדל) - אין כל הכרח שקעקוע, גם קעקוע פחות שגור ובמקרה פחות שגור, ימצא רק על אדם אחד. אנשים שונים יכולים לבחור בקעקוע דומה ולבקש להטביעו במקום דומה משלל טעמים, ובכללם קרבה או זיקה ביניהם, ואף סתם בשל טעם דומה.

46. לאור הדברים אלה, אין בדמיון שבין צורת הקעקוע ומקומו על אף היד השמאלית כדי להוות ראייה המסייעת לקביעה, ששתי הדמיות הן אותו אדם, ואף כראה מחזקת, משקל הקעקוע אינו רב.

כאמור, בזיהוי הפנים תמו ספק סביר, לאור האמור אין בקעקוע כדי להסיר ספק זה. בניגוד לטביעה אצבע, לממצא DNA ואף לטביעה נעל ייחודית - יש אפשרות (גם אם הסתברותה נמוכה), שאנשים שונים יהיו בעלי קעקוע דומה באותה מקום דומה.

#### סימן הפשיעה

47. בית משפט קמא מצא בדמיון בין סימן של פצעה טרייה במעלה אמת יד שמאל של הדמות המתועדת בת/8, לסימן של פצעה בהחלמה על ידו השמאלית של המערער בעת החקירה. סימן, שבעת עדותם כבר נעלם (הכרעת דין, ע' 146).

48. אני שותף לumedתת של כבוד השופט מרשק-מרום, שלא מדובר בראיה, שיש בה כדי לתרום לזהותו של המערער.

מדובר בסימן קטן, עגול וככה בחלוקת הפנימי של הזרווע של הדמות בת/8. בצילום שצילם החוקר ונדרה את ידו של המערער ובמצר המלאוה (ת/21), לא ברור, אם הסימן מצוי על חלקה הפנימי של ידו של המערער או על חלקה החיצוני. יתרה מכך, ת/8 צולם ב-3.8.21 ות/21.12.19, ואין כל אינדייקציה, שפצעה מעין זו נשארת על הזרווע זמן כה ממושך. החוקרים לא ביצעו מדידה מדעית של הסימן, ולא ביקשו הערכה של רופא בעניין החלמת הפשיעה. הטענה, שמדובר בפצע שהתחילה "להבריא", אינה אלא סברתו של החוקר ונדרה (דין 2.5.22, ע' 68).

על כן, כאמור, אין בראיה זו כדי לתרום לזהותו של המערער.

#### בגדי הדמיות בת/8 ובת/6

49. בגדי הדמות שבת/8 (הסופרת את הכסף ומזכיה ליד הרכוש שנגנוו בהתפרצויות), בעלי מאפיינים דומים לבגדים של הדמות המתועדת בסרטון האבטחה (הקשרו לניסיון ההתפרצויות).

בית משפט קמא ראה בדמיון זה ראייה, لكن שהאדם שבת/8 הוא האדם שתועד בניסיון ההתפרצויות, והוסיף, כי "ניתן לקבוע בסבירות גבוהה כי האדם המצלום בסרטוני מצלמות האבטחה מחוץ לשני בתי המטלונים ... הוא הנאשם". (ע' 147).

50. בפנינו, המערער לא חלק על האפשרות, שהאדם המתועד בת/8 הוא האדם המתועד בת/6. טענותו הייתה אך שהמערער אינם אותו אדם, ושאין כל ראייה שהבגדים המתועדים בת/8 ובת/6 קשורים למערער.

משקרים, אין בדמיון בין הבגדים האמורים כדי להוות ראייה עצמאית או מחזקת לכך, שהדמות המתועדת בת/6 היא המערער, וממילא אין בכך חיזוק לזריזו של המערער כמי שאחראי להתרצות או לניסיון ההתרצות.

#### עדות הנאשם

51. בית משפט קמא מצא, שעדותו של הנאשם אופיינה בהתחמקיות ובהעדר מהימנות. בפרט הצביע על כך שהנאשם "הכחיש תחילת הימצאות קעוקעים על גופו, ובמהמשך הזמן קעוקע על חזחו ולא את הקעוקע הייחודי שלו פרט לכך ידו, ואף לא היפנה את משטרת לkusko הגדל על ידו הימנית". (ע' 148).

מדובר בקביעת מהימנות מבוססת, שאין מקום להתערב בה.

בעניין זה עיר, כי בטענת המערער שלא הוא האדם המתועד בסרטון ובתמונה, הוא היה עקי לחולוטין. הוא נשאל על כך פעמים רבות בחקירותיו, ושב על תשובתו ללא שינוי.

בכל הקשור להכחשת הקעוקעים, לא מצאת שעניין זה שוקל לחובתו של המערער. המערער נשאל על כך בחקירתו הראשונה, לפני שידע על התיעוד שבידי החוקרים, ולפני שידע שבתייעוד זה מצוי צילום של קעוקע הדומה לשלו בידי השמאלית, עשוי להוביל לזהותו האדם המתועד (ת/12 ש' 100 ואילך). בתשובה לשאלת האם יש לו קעוקעים, השיב, "**לא אין לי פה על החזה**". מדובר בקעוקע, שהחוקר לא היה יכול לראותו. הוא לא תיחס לkusko על ידו, אף שהיה גלויים לחולוטין. כשהחוקר אמר לו שראה קעוקע על ידו, אישר זאת ("זה סתום מהילדות") והציג אותו בפני החוקר. גם את הקעוקע על ידו הימנית - שלימים הוצג על ידו קריאה מזכה - הוא לא הציג. על כן, קשה לראות בתשובותיו מושם הסתרה מכוננת של הקעוקע הגלוי על פרק ידו השמאלית.

שונה הדבר באשר לטענותו, שהקעוקע ביד הימנית, שלא נראה בסרטון, ועל כן הוכיח במשפט כראיה מזכה, העשו לפניו ההתרצות. בעניין זה, כפי שפירט בית משפט קמא, נמנע המערער מלהuid את אחיו או כל עד אחר, שיכל היה להוכיח את מועד עשיית הקעוקע. על כן, בדיון מצא בית משפט קמא, שלא הוכחה טענה המערער בעניין זה.

#### הערה: זיהוי פנים בעניין של מומחיות

51. משטרת ישראל לא העבירה את בירור זיהוי הפנים למז"פ, והמאשימה לא נזירה במומחה. יש לזכור, שמעבר ל/נ/1 (צולמים מטעם המערער והוגש רק במהלך המשפט), אמורים להיות בידי המאשימה תמונות של המערער, צולמו בעת מעצרו וחקירתו, ואף היה בידה לצלמו במיוחד לצורך פועלות זיהוי נדרשת.

52. בחטיבת הזיהוי הפלילי של משטרת ישראל פועלת מעבדת ראייה דיגיטלי, שבין יכולותיה מצויה גם יכולת להשוואת פנים וגוף. כך היה ביכולתה של המאשימה להעביר את הזיהוי במקרה דן לבחינת מומחה (כפי שנעשה, למשל, בפרשת **אבו רקייק** לעיל).

53. הטכנולוגיה בשאלת זיהוי פנים התקדמה מאוד האחרון. כמעט כל אדם נושא בכליו טלפון נייד המצויד בתוכנות להשוואת פנים ולזיהויים. מערכות זיהוי פנים מתקדמות יותר יכולות, בדרגת הסתברות שאפשר להערכתה (ההולכת וגדלה), לזהות אדם בתמונות שונות מגילאים שונים, מידויות שונות, עם או בלי משקפים, כובע או זקן, וכן הלאה. מערכות מתחככות מעין אלה, משמשות לצרכים שונים, ובינם צרכי בטחון וצרכים פורנזיים. ראו:

Ann H. Ross, Academic Editor and Eugénia Cunha, Academic Editor, "**Forensic Facial Comparison: Current Status, Limitations, and Future Directions**", (PubMed Central) (3.12.21).

54. במחקריהם חדשים נטען, שיש בזיהוי פנים ממוחשב כדי להתגבר על חלק מהכשלים הפורנזיים הקיימים, ובכלל זה על הטית האישוש (ההטיה להעדיף ראיות התומכות בהשערה - וכך גם בזיהוי הפנים - על פני אלו המפריכות אותה):

Heyer, R., & Semmler, C. (2013). "**Forensic confirmation bias: The case of facial image comparison**". *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 2(1), 68-70

<https://doi.org/10.1016/j.jarmac.2013.01.008>

55. עניין זה לא התרבר לאשרו בבית משפט אמנם, ועל כן, אין מקום לשקל לחובת המאשימה את העובדה, שאלת הזיהוי לא הועברה לבחינת מקצועית ב厰 או בידי מומחה. עם זאת, בראייה לעתיד, ולאחר התפתחות הטכנולוגיה, אפשר דרך המלך להוכיח זהות בין דמיות (בין קעקועים) היא בהשוואה מקצועית, ולא בהסתמוכות על טביעה עין של חוקרים ושל בית המשפט.

#### ספק סביר

56. לאחר ניתוח כל אחת מהraiות, שבתי ובחנתי את הראיות כמלול. קרי: האם על אף שכ' ראייה אינה מספיקה כשלעצמה, אפשר שבחןופן ייחד - התמונות, עדויות החוקרים, מראה עיניו של בית משפט אמנם, הדמיון בקעקוע והסימן העגול על הזורע, ואף הימנעותו של המערער מהבאת ראיות לסתור - יש כדי למלא את החסר ולהוביל להוכחה מעבר לספק סביר?

57. בעניין זה, יש משקל של ממש לעובדה, שכ' ראיות הזיהוי שהובאו בפני בית המשפט מבוססות על זיהוי (פנים או קעקוע), שנעשה בידעה, שהמעערר חמוד בעבירה. לא הובאה כל עדות של אדם, שבחן את שאלת הזיהוי בלי לדעת, שתਮונת המערער היא תമונתו של חמוד בעבירה שנ所说, כאמור, לנוכח הטענה, שהוא זהה כמבחן העבירה.

בנוסף, המאשימה לא עשתה כל מהלך כדי לנסתות ולנטרל את החשש **מהטיטת האישוש**, ולהעמיד את הזיהוי ככל האפשר "**בתנאי מעבדה**" (כדברי כבוד השופט הנדל בעניין **אבי רקייק**), ولو בדרך של הבאת מומחה לבחינת זיהוי הפנים (והקעקוע) ללא ידיעה על ההקשר.

כידוע, הטית האישוש היא "**הנטיה למצוא ראיות המתישבות עם השערה מוקדמת או ליתן משקל מועט לראיות שאין מתישבות עמה**". (עת"מ (חיפה) 35688-07-18 **עיריית קריית ביאליק נ' ועדת העורף המחויזת לתכנון ובניה - מחוז חיפה** (2018); ובהקשר אחר "**תופעה לפיה בני אדם דבקים בקיום של קווי דמיון ומتعلמים מקיומם של שינויים**". ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (2014)). מחקרים מן השנים האחרונות מלמדים, שבעת הערצת מצאים של בדיקה פורנזית (כולל פוליגרפ), עלולה להיות הטיה לחובת הנבדק, כאשר הבודק ידוע, שהוא הוודה או נעצר (ע"מ (איו"ש) 1965/20 **אבי חדגה נ' התביעה הצבאית** (2015) והפניות למאמריהם שם). למחקר חשוב בתחום ראו:

Kassin, Saul M., Itiel E. Dror, and Jeff Kukucka. "**The forensic confirmation bias: Problems, perspectives, and proposed solutions**." *Journal of applied research*

.in memory and cognition 2.1 (2013): 42-52

58. נתתי דעתם גם לכך, שקיימת היכרות קודמת בין המערער לנדר, שבקשר הנtanן היא ממצאה מחשיד. אולם המשטרה לא עשתה ניסיון של ממש לברר את טיב ההיכרות. אף שהטלפון של נדר היה ברשותה, לא ערכה חיפוש בהודעות ובשיחות היוצאות והכנסות (בין לibrator הקשר ביניהם ובין לibrator העברת התמונות מנדר למערער או לאחר). על כן, אין בעניין זה כדי להעלות או להוריד.

59. במצב זה, כשל אחת מהראיות אינה חזקה דיה, וכולן הtagבשו בידיעה מוקדמת על כך שהמעערער חשור בעבירה, כאמור, לא מצאתי שבצירוף ייחד ואף במראה עיניו של בית משפט קמא במקורה דן, יש כדי להתגבר על העדר הראות העצמאיות למעורבותו של המערער בעבירה, ועל הספק בזיהוי העולה מעין ומהשווות התמונות.

כפי שפסק כבוד השופט ניל הנדל בעניין זיהוי (ע"פ 2098/2008 פרעוני נ' מדינת ישראל (2011)):

**"בבוא בית משפט לבחון משקל של עדות מזהה, חובה עליו להפעיל ביקורת עצמאית. העניין נכון ביתר שאת במשפט הפלילי השואף להימנע מהרשעת החף מפשע."**

60. בלי להידרש לכל רוחב היריעה בדבר הספק הסביר, הלכה היא, כי "ספק שכזה מתקיים כאשר ניתן להסיק מחומר הראות מסקנה המתישבת עם חפות הנאשם, שהסתברותה 'אינה אפסית אלא סובסטנטיבית'. (ע"פ 409/89 רומי נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 465, 471 (1990)..." (ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל (2015); וראו שם גם פסקאות 325, 352).

כן מצאתי להפנות לדבורי הנוכחים של כבוד השופט ניל הנדל בע"פ 273/14 מדינת ישראל נ' פארס (2014):

**"לנוכח חשיבותו של הספק הסביר בדיון הפלילי, בו הוא משמש ככלל-על, אומר זאת: לעיתים הספק 'אובייקטיבי ולעיתים 'סובייקטיבי'. יש שהוא מבוסס על נתונים שאפשר להציג עליו בקלות בראשית תהליכי החקירה, ויש שהוא נגזר מהליך פנימי של השופט, אשר מukan בו ספק שהוא אינו מוכן לוותר עליו לאחר בחינת כל הראות. ראוי לציין כי יש להיזהר ממצב בו תוך כדי השאיפה להגדרת הספק הסביר, בית המשפט משנה את המבחן או מגביל אותו. ודוק, 'סביר' - לא פחות מכך אך גם לא יותר."**

אכן, לדברי הנשיא אהרון ברק בדנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד (1998):

**"יש פעמים שבהן עצם ההתלבטות בשאלת קיומו של ספק סביר, עולה כדי ספק סביר בעצמה ומביאה לזכותו של הנאשם מחתמת הספק".**

61. אין בקביעתי בדבר קיומו של ספק הסביר בעניין זיהוי כדי להוות הוכחה, שהמעערער אינו האדם המתועד בת/5 ובת/8. אולם האפשרות, שיש אדם שאינו המערער, שדמותו זהה ממש, ללא צורך בעיון חזור ומודקדק, לאדם המתועד בסרטון ובתמונה, ושנושא על פרק יד שמאל קעקוע זהה לזה שנחזה בטיבוד, אינה "אפסית". אין בדי להעריך את הסתברותה, אולם אם יופיע אדם כזה, זההתו תהיה אvidנטית, לא נאמר שהוא מתחזה.

62. כן, גם לאחר ש贬תי ועייתי בכלל הראות וב証據 הדין, ממש רקן בלבד ספק, העולה מהשווות הציולמים ומהדמיון הבולט בין נ/1 למערער עצמו, שהוא הדמות המתועדת בסרטון ת/5 ובצלום ת/8, שנתפסו בטלפון של נדר, אינה המערער. במצב דברים זה, כדבריו של כבוד השופט בר בדנ"פ 3391/95 בן אריה נ' מדינת ישראל (1997): "אם אחרי בחינה של מכלול הראות חש השופט, כי אין הוא

**משוכנע באשמה הנאשם מעלה לכל ספק סביר, הרי עליו לזכותו.**

**הערה בעניין המוצג נ/1**

63. חברותי, אב"ד, כבוד השופט מרשך-מרום התייחסה בחווות דעתה לקבילותן של נ/1 ולמשמעותו, ובענין זה ביקש להבהיר את עמדתי.

64. נ/1 הוגש על ידי הנאשם במהלך חקירותו של השוטר **ספקטורוסבק**. הצלום "**התקבל בכפוף להתנגדות המאשימה**", ונקבע כי החלטה בעניין קבלתו "**ניתנת במסגרת הכרעת הדין**" (ע' 29). לМОציג נ/1 התייחסו העד **ספקטורוסבק** (ע' 32-30), והעד ונדה (ע' 71), אשר מצא שהוא דומה למערער. המערער התייחס אליו בעדותו מספר פעמים והעד בעקבות שהוא המצולם בנ/1 (ע' 82, ע' 89). החקירה הנגדית לא עסקה בטעنته שהוא המצולם בנ/1, אלא בשאלת מועד הצלום וממועד פרסום (כדי להפריך את הטענה שהקעקוע השני היה קיים במועד ההתפרצויות).

ב הכרעת הדין, מוזכר נ/1 כמה פעמים, אך לא ניתנה החלטה בעניין קבילותנו, וממילא הוא נותר בגדר **מוזג שהתקבל**. יתרה מכך, משהעדים התייחסו אליו כחלק מהפרוטוקול, אין לטעמי מניעה להפנות להתייחסותם ולתמונה עצמה.

65. לגופו של עניין, אין כל מחלוקת שנ/1 היא תמונה של המערער. מעבר לעדויות החוקרים שמצאו שהוא "דומה" למערער, כאמור, במהלך **הדין שבפנינו אישרה המאשימה, שלא הייתה מחלוקת שהדמות בנ/1 היא המערער** (24.4.23 שורה 16). ובדין כך: הדמיון עד כדי זהות בין נ/1 למערער שישיב בפנינו עולה בהתבוננות מידית ולא הtalbeitot.

66. משנמצא שנ/1 מתעד את המערער - ولو בהסתברות גבוהה - חסיבות התמונה מציה, בכך שככל אחד מהחוקרים לא ראה זהות בינה לבין הדמות בת/8 ובת/5 (**ספקטורוסבק** ע' 31-33 לעיל; **ונדה** ע' 71), ובכך נחלשה במידה ניכרת עדות הזיהוי של כל אחד (כמפורט לעיל).

67. עיון בנ/1 מאפשר בדינה מתחשבת, או "**היכרות**" בנסיבות המקונית לבתו זו בעניין **בן דוד** לעיל, מעבר לשאות בדינום. יתרה מכך, שלא כמו ב"**זיהוי חי**" בידי בית המשפט, בזיהוי על פי תמונה יש יתרון, שכן הדמות של המערער היא ראה נוכחית, שניית לשוב ולבחון הן בערקה קמא והן בערכת העורו.

אכן, כפי שפירטתי, יש להעדייף זיהוי באמצעות מומחה (וכאמור יש כיום ידע רב באשר לזיהוי פנים). בהעדר חוות דעת, דומה שיש יתרון מובהק לזרחי עלי-פי השוואת תמונות על פני זיהוי חי בידי בית המשפט, בפרט בהתחשב בדרישה ל"**זהירות יתרה**". יש לזכור, שהעיוון בנ/1 לא נדרש להוכחת הזהות אלא לבחינת קיומו של ספק סביר בשאלת הזיהוי, שכאמור, מצאתי שמתקיים במקרה הנדון.

68. סוף דבר, לאחר ששבתי ועינתי בחווות הדעת המפורטת של חברותי ובהعروתי, **אםלייך לחברותי להורות על זיכוי של המערער**.

דרור ארד-אלון, שופט

**השופטת עירית כהן:**

1. אני מצטרפת לעדות חברי שהראיות המצלומות שנאספו מהטלפון של נDIR נתפסו כדין והן ראיות קבilioת.

2. בחלוקת בין חברי בשאלת האם האדם המתועד בת/5 ובת/8 הוא המערער, אני מסכימה למסקנת חברותי האב"ד ולכל הנמקותיה. אף אני סבורה שהראיות שהוגשו בתיק מבססות הוכחה מעבר לספק סביר שהאדם המתועד בתמונה ובסרטונים שהופקו מהטלפון הסלולרי של נDIR הוא המערער. זההו הוודאי של翁נה אשר מכיר את המערער מחקירות קודמות, זההו אשר הוביל למעצר המערער; המיקום הייחודי של הקעקע וצורתו, הקשרים בין המערער ובין מי שנצפה בסרטון ובתמונה; פריטי הלבוש של המערער בסרטונים ובתמונה לעומת הדמיות המתועדות בסרטוני האבטחה והזהוי של בית משפט קמא לאחר שהתרשם מהמערער באולם בית המשפט במסגרת מספר ישיבות הוכחות; כל אלה תומכים, כאמור, מעבר לספק סביר בכך שהאדם המתועד בסרטונים ובתמונה הוא המערער.

עירית כהן, שופטת

**סוף דבר: העורoor נדחה על כל חלקיו, כאמור בפסק-דיןה של השופטת מרשק-מרום ובהסכמה השופטת כהן על נימוקיה, וכנגד דעתתו החולקת של השופט ארד-אילון.**

המציאות תמציא את פסק-הדין לב"כ הצדדים ולמערער באמצעות שב"ס; גם הסניגור יdag לכך שפסק-הדין יומצא וiosoבר למערער.

ניתן היום, כ"ז אב תשפ"ג, 13 אוגוסט 2023, בהעדר הצדדים.

דרור ארד-אילון, שופט

עירית כהן, שופטת

דנה מרשק מרום, שופטת

