



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 8902/11

לפני :
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערער : ניר ניסים חזיזה

נגד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז מיום
13.11.2011 בתפ"ח 11459-10-09 שניתן על ידי כבוד
השופטים מ' פינקלשטיין, ל' ברודי ופרופ' ע' גרוסקופף

תאריך הישיבה : ב' בחשון תשע"ג (18.10.12)

בשם המערער : עו"ד י' הלוי ; עו"ד א' שלמה ; עו"ד א' אבולעפיה

בשם המשיבה : עו"ד ש' כהן ; עו"ד א' בן ארי

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

עד ראיה – יעד ההתנקשות – זיהה את היורה, עמו יש לו היכרות קודמת, על
פי תנועות גופו וחלק מפניו הגם שהיורה חבש קסדה. האם נפלה בנסיבות המקרה
טעות כנה בזיהוי?

זו השאלה הניצבת לפתחנו בערעור שלפנינו כנגד הכרעת דינו של בית המשפט
המחוזי מרכז (השופט מ' פינקלשטיין, השופטת ל' ברודי והשופט פרופ' ע' גרוסקופף)
בתפ"ח 11459-10-09 מיום 24.10.2011. המערער הורשע ברצח, לפי סעיף 300(א)(2)

וסעיף 20(ג)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) ובניסיון לרצח, לפי סעיף 305 לחוק העונשין. על המערער הושתו מאסר עולם ועשרים שנות מאסר בפועל, שמחציתן תרוצה בחופף למאסר העולם. כן חויב המערער בפיצוי לטובת הורי המנוח בסך של 258,000 ש"ח.

העובדות לפי כתב האישום

1. בין המערער לבין מוריס קריספיל התגלע סכסוך בגין חוב כספי שחב מוריס למערער. עינב כהן הינו חברו של מוריס והמערער ראה גם בו כחייב. על רקע החוב, בשתי הזדמנויות שונות הגיע המערער עם אחרים לדוכן השייך לאביו של מוריס בשוק בעיר ראשון-לציון ודרש בתוקף מעובד במקום כי סכומי כסף יושבו לו. יום לפני האירוע מושא כתב האישום, ביום 4.8.2009 בשעה 15:00, שב המערער עם אחר לדוכן ודרש כספים על חשבון החוב. אחד העובדים בדוכן התקשר למוריס, אשר שהה אותה עת בסין, ואיפשר למערער לשוחח עימו. בתום השיחה הפך המערער את הדוכן וטרם לכתו אמר לעובד: "שבוע הבא תכין לי כסף". בסמוך לאחר מכן, באותו יום, נודע לפאיז אבו גאנם, חברו של עינב, על מה שאירע ובהמשך לכך ביקש עינב את מעורבותו של פאיז בסכסוך. בעקבות כך פנה פאיז טלפונית אל המערער, בשמו של עינב, בנוגע לחוב. בהמשך אותו יום, במהלך שיחות טלפון נוספות, החלו חילופי דברים קשים הכוללים גידופים בין המערער ואחר מטעמו לבין פאיז באשר לחוב ולהתנהגותו של המערער, במהלכם נאמר לפאיז "לא להתערב בדברים לא שייכים לו" (כך במקור – י.ד.).

2. על רקע הסכסוך המתואר לעיל, גמלה בליבו של המערער ההחלטה להמית את עינב. ביום 5.8.2009 בסמוך לשעה 21:30 הגיעו המערער ואחר לרחוב בר-אילן ברמלה כשהם רכובים על קטנוע. האחר נוהג בקטנוע והמערער ישב מאחוריו. באותה העת שהה עינב בקיוסק "סוכריה על מקל" שברחוב בר-אילן ברמלה. בסמוך לקיוסק שהתה קבוצת נערים וביניהם המנוח, יפתח מור יוסף ז"ל. המערער ירד מהקטנוע כשהוא חובש קסדה על ראשו ואוחז בידו אקדח. המערער פסע לעבר עינב תוך שהוא יורה לכיוונו. עינב ניסה להימלט בריצה אך המערער המשיך לדלוך אחריו וירה לכיוונו כ-13 יריות במטרה לגרום למותו. כל אותה עת המתין האחר למערער על גבי הקטנוע במטרה למלטו מהמקום. לאחר הירי נמלטו השניים בנסיעה מזירת האירוע. כתוצאה מהירי שביצע המערער נפצע המנוח בראשו מכדור תועה ולמחרת היום נפטר בבית החולים. כתוצאה מהירי נפצע עינב משלוש יריות שנורו לעברו באזור בית החזה, מעל ומתחת לסרעפת, ונגרמו לו קרעים רבים בסרעפת, בכבד, בכליה ובמעיים.

לפיכך, הואשם המערער כאמור ברצח ובנסיון לרצח.

עיקרי הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי

3. בית המשפט המחוזי קבע כי הוכח לפניו זיהויו של המערער כמבצע הירי מושא כתב האישום. בית המשפט המחוזי הדגיש כי זיהויו של המערער כמבצע הירי נשען על נדבך מרכזי אחד הנתמך בשלושה נדבכי משנה. הנדבך המרכזי הוא הצבעתו העקבית של עינב על המערער כמבצע הירי – עדות הזיהוי של עינב. נדבכי המשנה עליהם הצביע בית המשפט המחוזי הם: המניע המיוחס למערער לפגוע בעינב; עדותו של הנער אביהו שמעוני אודות חילופי דברים בין היורה לבין עינב והתנהלותו של המערער במהלך חקירתו במשטרה ובמהלך עדותו בבית המשפט.

זיהוי המערער כמבצע הירי על ידי עינב

עינב זיהה את המערער כמי שביצע את הירי מושא כתב האישום.

4. בית המשפט המחוזי הדגיש כי זיהויו של המערער על ידי עינב כמבצע הירי היה זיהוי מיידי שנמסר על ידי עינב עוד בזירת האירוע, בסמוך לאחר הירי. בית המשפט המחוזי הפנה לכך שעינב מסר לפאיז, שטיפל בו בעודו מתבוסס בדמו בזירת האירוע, כי "זה ניר, זה ניר". פאיז דיווח למשטרה על אמרה זו יומיים לאחר האירוע במסגרת חקירה בלתי פורמאלית. פאיז הבהיר למשטרה כי אין ספק ש"ניר" הנזכר באמרתו של עינב הוא המערער. אלא שבחקירה הפורמאלית ובעדותו בבית המשפט ניסה פאיז לטשטש את דבריו תוך שהוא נסוג מדברים שמסר בחקירה הבלתי פורמאלית. בית המשפט המחוזי העדיף את גרסתו של פאיז שניתנה בשלב החקירה הבלתי פורמאלית על פני גרסתו המאוחרת.

5. בית המשפט המחוזי קבע כי מצבו הקשה של עינב בעת מסירת האמרה לפאיז והספונטניות בה ניתנה מסירים כל חשש לכך שעדות הזיהוי נועדה לטפול עלילת שווא על המערער. עוד הדגיש בית המשפט המחוזי כי גם לאחר התעוררותו של עינב מתרדמת מסר עינב את שמו של המערער כמבצע הירי. בנוסף לכך הודגש בהכרעת הדין כי גם בעדותו בבית המשפט זיהה עינב את המערער כמי שביצע את הירי. בית המשפט המחוזי הטעים כי זיהויו של עינב את המערער כמבצע הירי הוא עקבי, קוהרנטי וברמת מהימנות גבוהה ביותר.

6. כאשר לזיהויו של המערער על ידי עינב, ציין האחרון כי בינו לבין המערער קיימת היכרות מוקדמת. בעדותו בבית המשפט הדגיש עינב כי זיהה את המערער בפניו, וליתר דיוק, לפי אותו חלק מפניו שהיה חשוף, "מקו האף עד הקו שמעל לגבות", לאור העובדה כי המערער חבש קסדה. עוד הדגיש עינב בעדותו בבית המשפט כי זיהה את המערער גם לפי תנועות גופו. בית המשפט המחוזי הדגיש כי להיכרות המוקדמת בין עינב לבין המערער ישנה חשיבות לעניין הערכת משקלה של עדות הזיהוי. בית המשפט המחוזי שביקר בזירת האירוע, בה בוצעו הדגמות על ידי הצדדים לעיני חברי המותב, לא התעלם מכך שעניב טעה בתיאור הכיוון ממנו הגיע הקטנוע עליו היה רכוב המערער בהגיעו לזירה. כך, ציין בית המשפט כי עינב תיאר בניגוד לכל עדי הראיה ובניגוד להגיון מצב של היפוך תפקידים בו הוא רודף אחרי היורה. בית המשפט מצא הסבר לטעויות אלה בנימוק לפיו אין לצפות מאדם שעבר אירוע כה טראומתי כי יזכור בצורה מדויקת את פרטיו. בית המשפט המחוזי קבע כי לנוכח העובדה שעניב היה עקבי והצביע בביטחון לאורך כל הדרך על המערער כמבצע הירי, יש לקבוע כי מדובר בעדות זיהוי מהימנה.

האם ניתן היה לזהות את היורה?

7. בהקשר לקיומה של אפשרות זיהוי בנסיבות המקרה, טען הסנגור כי לא הייתה כל אפשרות לראות את פניו של היורה מאחר שהיורה חבש קסדה שהסתירה את פניו. למעלה מכך, טען הסנגור כי לפי הודעתו של הנער גיא פלדמן מדובר בקסדה שחורה עם משקף שחור. בנסיבות אלה, כך טען הסנגור, לא יכול אדם מן היישוב לזהות את היורה וכי אין במאפיינים כלליים כגון מבנה גופו וצורת הליכתו או ריצתו של היורה כדי לאפשר זיהוי כאמור.

הנסיבות בזירת האירוע איפשרו זיהוי של היורה על ידי עינב

8. עינב מסר בעדותו בבית המשפט כי כאשר היורה ירד מהאופנוע ופתח בירי לעברו חלק מפניו של היורה היה גלוי – "מקו האף עד הקו שמעל לגבות". המאשימה הסכימה כי ניתן להניח שלקסדה היה משקף שחור אשר יתכן כי הורד לאחר שהחל המרדף. יחד עם זאת, עמדה המאשימה על כך שהמשקף היה מורם בתחילת הירי באופן שאיפשר לעינב לזהות את היורה. לפיכך, קבע בית המשפט המחוזי כי יש לבחון האם בתחילת האירוע עת ניצבו עינב והיורה זה מול זה היה המשקף מורם או מורד. בית המשפט המחוזי קבע כי עדותו של עינב לפיה בשלב הראשוני של האירוע היה המשקף מורם נתמכת בהודעתו של פאיז שאמר כי "הקסדה לא הייתה סגורה". בית המשפט

המחוזי התרשם, גם עקב ביקור בזירת האירוע בה בוצעו כאמור הדגמות, כי פרט לעינב ופאיז לא היו עדים נוספים שראו את מצב המשקף בתחילת האירוע. בית המשפט לא התעלם מכך שהעד יוסף פשה העיד כי ראה שהמשקף היה מורד גם בעת הגעת הקטנוע לזירה, אלא שבית המשפט קבע כי עדותו אינה מהימנה. לאור זאת קבע בית המשפט המחוזי ממצא עובדתי לפיו עינב יכול היה בשלב הראשוני של האירוע לראות חלק מפניו של היורה. בית המשפט התייחס להדגמת הסנגור שבוצעה במהלך הביקור בזירה וקבע כי אין בה כדי לשלול קיומה של אפשרות לזיהוי.

לאור כל האמור, קבע בית המשפט המחוזי כי הזיהוי על ידי עינב היה אפשרי.

הטענה בדבר זיהום עדותו של עינב על ידי החוקרת ענת קצב

המערער טען לזיהום עדות הזיהוי של עינב על ידי החוקרת קצב.

9. תמציתה של טענה זו היא שלאחר שהחל עינב להתעורר מהתרדמת בה היה שרוי, הוא מסר בתשואול שנערך בבית החולים כי זיהה את היורה לפי תנועות גופו ולא הזכיר כלל כי ביצע את הזיהוי גם על פי פניו של היורה. טענת הסנגור הייתה כי אמרתו המאוחרת יותר של עינב לחוקרת קצב, שנמסרה אף היא בבית החולים – לפיה זיהה עינב את המערער גם לפי חלק מפניו של היורה שהיה חשוף – נמסרה בשלב מאוחר יותר ורק לאחר שמספר דקות קודם לכן הצביעה החוקרת קצב על פניה ועיניה ובכך הדריכה את עינב במתן אמרתו.

10. ועתה לטענת הזיהום בפירוט; כעולה מהכרעת הדין, עינב תושאל לראשונה באופן משמעותי על ידי החוקרת קצב ביום 26.9.2009. בשלב זה טרם חזר אליו כושר הדיבור ותשובותיו הכתובות בעניין זה, שהיה קושי לפענחן, כללו באופן ברור התייחסות ל"הליכה" של היורה בלבד. לראשונה, ביום 1.10.2009 מסר עינב בחקירתו בבית החולים כי זיהה את היורה גם לפי אותו חלק של פניו שהיה חשוף. בחקירה זו רשם עינב תחילה כי זיהה את המערער לפיו "תנועות גוף" ואחר כך לשאלתה של החוקרת קצב "מה עוד" השיב עינב כי זיהה את היורה לפי "מבט של עיניים". טענת הסנגור ל"זיהום החקירה" נסמכת על כך שכשתי דקות לפני שמסר עינב כי זיהה את היורה לפי "מבט של עיניים", כאשר נשאל עינב על ידי החוקרת קצב "מה עזר לך לזהות את הבחור שירה בך... איך זיהית אותו, לפי מה", הצביעה החוקרת קצב פעמיים על עיניה באופן שיש בו כדי להדריך את עינב בתשובה שציפתה לשמוע ממנו. בכך

טוען המערער זיהמה החוקרת קצב את עדות הזיהוי של עינב.

11. במהלך חקירתו על ידי הסנגור, באשר לתנועות הידיים הנטענות של החוקרת קצב, הסביר עינב כי "אני לא מאמין שהתייחסתי בכלל למה שהיא דיברה איתי בידיים או משהו כזה" וכי "אני הייתי במצב של טשטוש, אני לא חושב שהייתי מספיק להבין בשביל שהיא מדברת אלי בתנועות ידיים, שאני אבין למה היא מתכוונת". בחקירתה הנגדית של החוקרת קצב היא שללה בתוקף את הטענה כי היא ניסתה להשפיע על תשובתו של עינב בהצביעה על עיניה. החוקרת קצב הדגישה כי:

"מה שהוא [הסנגור – ע.ג.] מייחס זו עבירה פלילית כלפי שבחיים לא קרתה ולא תיקרה, ולא תיקרה בחיים, בחיים, לא ביצעתי ולא אבצע בחיים... אני בן אדם שמדבר עם הידיים, בסדר? וכשבן אדם שוכב וחולה אני רוצה שיבין, אני מדברת עוד יותר עם הידיים, זה סגנון שאני קיבלתי במשטרה... זה משהו שקשור אלי, אם בית המשפט שם לב, אני בן אדם שמדבר עם הידיים, או. קי?...?" (עמ' 40 להכרעת הדין).

ובמהשך הדגישה החוקרת קצב:

"... לא ברמיזה ולא נראה לי שאפשר לרמוז לבן אדם חצי מת משהו. זה לא הגיוני ולא היה פה כהוא זה, עינב הוא בן אדם בר דעת שהוא יודע מה להגיד והוא יודע את האמת..." (שם).

12. לאחר שבחן את טענות הצדדים בסוגיה זו קבע בית המשפט המחוזי כי אין לייחס לפעולת ההצבעה על העיניים מצד החוקרת קצב את המשמעות מרחיקת הלכת שהסנגור ביקש לייחס לה. בית המשפט המחוזי קבע כי התנועות שביצעה החוקרת קצב יכולות להתפרש בצורות שונות, אחת מהן תנועות ידיים טבעיות שנלוו לשאלה שהופנתה לעינב על ידי החוקרת קצב: "מה ראית?". עוד הדגיש בית המשפט כי משנחקר עינב בעניין זה בבית המשפט השיב כי לא סביר שהיה מסוגל לקלוט רמז מסוג זה במצב הרפואי בו היה שרוי וכן השיב עינב כי: "אני לא צריך ממנה את המידע". עוד הוסיף בית המשפט כי לא הונחה לפניו תשתית מדעית שיש בה כדי לבסס את הטענה כי שתילת רעיון באופן כה עמוק במוחו של נחקר יכולה להיעשות באמצעי פשוט מהסוג בו נטען כי החוקרת קצב נקטה, ואילו האפשרות כי עינב שיתף פעולה עם החוקרת קצב באופן מודע אינה אפשרית לאור מהימנותו הגבוהה. לאור זאת, דחה בית המשפט המחוזי את הטענה בדבר זיהום חקירתו של עינב על ידי החוקרת קצב.

הטענה בדבר מחדל חקירה בגין אי ביצוע מסדר זיהוי קסדות

13. הסנגור טען כי בנסיבות בהן רק חלק מצומצם מפניו של היורה היה חשוף, היה מקום לערוך מסדר זיהוי קסדות (מסדר זיהוי בו הניצבים חובשים קסדות) על מנת לבחון את יכולת הזיהוי של עינב. הסנגור טען כי אי עריכת מסדר זיהוי כאמור עולה כדי מחדל חקירה חמור שפגע ביכולתו של המערער לטעון הן כנגד עצם היתכנות הזיהוי בנסיבות האמורות והן באשר לאפשרות קיומה של טעות בזיהוי.

14. בית המשפט המחוזי דחה את הטענה בדבר קיומו של מחדל חקירה. בית המשפט הטעים כי מטבע הדברים כאשר לעד היכרות מוקדמת עם נאשם אין, במקרה הרגיל, טעם בעריכת מסדר זיהוי. בית המשפט ציין כי אף אם היה טעם לסבור כי יש לערוך מסדר זיהוי בנסיבות המקרה דנן, הרי שיש לקבל את נימוקי המשטרה לאי עריכתו. בית המשפט המחוזי הפנה לעדותו של רפ"ק מיכה לויין שהשיב כי אין זה מקובל ואין זה מקצועי לערוך מסדר זיהוי קסדות. עוד הוסיף רפ"ק לויין כי סוג הקסדה אותה חבש המערער לא היה ידוע ולכך משמעות רבה שכן הקסדות נבדלות זו מזו. בית המשפט המחוזי קבע כי ההחלטה לא לבצע מסדר זיהוי קסדות הייתה החלטה סבירה הן משום שסוג הקסדה לא היה ידוע ומשכך עריכת המסדר לא הייתה משרתת את אינטרס חקר האמת, והן משום שמסדר קסדות הוא אמצעי חריג שיש להותיר לרשות החוקרת מרחב שיקול דעת מתי לעשות בו שימוש.

הטענה בדבר טעות בזיהוי

15. באשר לאפשרות התרחשותה של טעות בזיהוי של המערער כמי שביצע את הירי; טען הסנגור כי גם אם ייקבע שמשקף הקסדה היה מורם בראשית האירוע הרי שאותו חלק מפניו של היורה שהיה חשוף היה קטן יחסית ולכן אין זה מן הנמנע כי בנסיבות "מלחיצות" של ירי ישיר תתרחש טעות בזיהוי. עוד טען הסנגור כי עינב היה מאוים על ידי המערער ופחד ממנו בעקבות מסכת האירועים שקדמה לאירוע הירי מושא כתב האישום, ולפיכך לאחר שעניב הבין כי מנסים להמיתו הוא ביצע באופן אינסטינקטיבי קישור בין המערער לבין היורה. לחיזוק תזה זו הפנה הסנגור לחקירתו של עינב מיום 31.12.2009 בה אמר "בגלל זה זיהיתי אותו גם. כי הייתה לי הרגשה".

בית המשפט המחוזי דחה את הטענה בדבר אפשרות התרחשותה של טעות בזיהוי בנסיבות המקרה דנן.

16. באשר לטענה בדבר טעות בזיהוי ככל שזו נסמכת על העובדה כי רק חלק מפניו של היורה היה חשוף; בית המשפט המחוזי קבע כי לאחר שביקר בזירת האירוע הגיע לכלל מסקנה כי חרף הנתונים המוגבלים שעמדו לרשות עינב כדי לזהות את פניו של היורה, זיהוי זה אפשרי. בית המשפט המחוזי נימק קביעתו זו בכך שבין עינב לבין המערער קיימת היכרות מוקדמת; עינב ראה את היורה במרחק קצר ממנו; הזיהוי נעשה בתנאי תאורה טובים וכל תשומת ליבו של עינב הייתה נתונה ליורה.

17. בית המשפט המחוזי דחה את התזה שהעלה הסנגור בדבר "קישור אינסטינקטיבי" בין היורה לבין המערער בשל העובדה כי עינב חשש מהמערער על רקע הסכסוך מושא כתב האישום.

בית המשפט המחוזי נימק קביעתו זו בכך שעינב עצמו לא היה צד גלוי לסכסוך וממילא לא אוים ישירות על ידי איש. עינב נשאל על ידי בית המשפט: "כל הפגיעה הייתה מבחינתך הפתעה?" והשיב: "הפתעה גמורה. לא ציפיתי שיפגעו בי". עוד הדגיש בית המשפט כי לפי כל הגרסאות, לרבות זו של המערער עצמו, הסכסוך שבנדון יושב יום לפני הירי באמצעות התערבותו של צד ג', כך שלפחות על פני השטח לא הייתה יריבות גלויה ביחס לעינב.

בית המשפט המחוזי הטעים כי הסנגור ביקש לייחס לאמירתו של עינב: "בגלל זה זיהיתי אותו גם. כי הייתה לי הרגשה" את אשר אין בה. בית המשפט מצא כי כוונתו של עינב בדברים האמורים היא שאמנם המערער היה בתודעתו בעת הירי. ודוק, בית המשפט קבע כי לא ניתן ללמוד מאמירה זו שעינב זיהה את המערער כמבצע הירי אך בשל "תחושה" או "הרגשה" ולא באמצעות הנתונים הממשיים שקלט בחושיו. בית המשפט המחוזי מצא כי העובדה שהמערער היה בתודעתו של עינב הקלה וסייעה בזיהוי המערער כמבצע הירי באופן מיידי ואינסטינקטיבי לאחר שקלט בחושיו את זהות היורה. בית המשפט המחוזי ציין עוד כי בעדותו לא ידע עינב להסביר אמרתו הנ"ל אך הדגיש כי הזיהוי לא היה בגדר הרגשה אלא ה"עיניים זיהו בוודאות".

בית המשפט המחוזי קבע כאמור כי עדות הזיהוי של עינב אינה עומדת לבדה ותומכות בה ראיות נוספות המחזקות אותה.

(א) המניע המיוחד למערער לפגוע בעינב

המאשימה טענה כי המערער גרס כי עינב אחראי לסכסוך משום שעינב ביקש את התערבותו של פאיז בעניין. עקב כך נטען כי המערער ביקש להמית את עינב.

18. בית המשפט המחוזי קבע כי בתשובתו לכתב האישום הודה המערער במרבית העובדות המבססות את המניע המיוחד לו: המערער הודה כי בינו לבין מוריס, חברו של עינב, היה סכסוך מזה זמן בשל חוב כספי שחב מוריס למערער; סכסוך זה הסלים יום לפני אירוע הירי כשהמערער בא לדרוש את תשלום החוב והפך את הדוכן בשוק; לאחר הסלמה זאת פאיז ניהל שיחות טלפון קשות עם המערער ואחר מטעמו – שיחות שכללו גידופים הדדיים וכן אמירה לפאיז ש"לא להתערב בדברים שלא שייכים לו". המערער אף הודה בכך ש"התעצבן" על כך שפאיז התערב בסכסוך.

19. הנקודה המרכזית בה חלק הסנגור על קביעת בית המשפט המחוזי ביחס למניע שיוחס למערער נוגעת לשאלת הידיעה של המערער אודות חלקו של עינב בפרשה. המערער טען כי לא ראה בעינב חייב או ערב לחובו של מוריס ואף לא ידע על כך שהוא זה שעירב את פאיז בסכסוך. בית המשפט הטעים כי אין ראיה ישירה ממנה ניתן ללמוד שהמערער ידע בפועל שעינב הוא זה שעירב את פאיז בסכסוך. ודוק, בית המשפט המחוזי קבע כי הוכח לפניו שפאיז ועינב היו חברים טובים וכי הדבר היה ידוע למערער. לפיכך, קבע בית המשפט כי ניתן להניח שלא היה קשה למערער להסיק שפאיז הסכים להירתם לסייע לידידו של עינב, מוריס, בתיווכו של עינב. לאור זאת, קבע בית המשפט כי גם בהיעדר ראיה ישירה בדבר ידיעתו של המערער אודות מעורבותו של עינב, המאשימה עמדה בנטל להוכיח כי המערער ידע או הניח שעינב הוא זה שאחראי למעורבותו של פאיז בסכסוך. בית המשפט מצא כי המאשימה עמדה בנטל המוטל עליה באמצעות המחשת הקשרים ההדוקים שהתקיימו בין מוריס לבין עינב מזה, ובין עינב לבין פאיז מזה ועל ידי הצגת מאפייניו של הסכסוך והדמויות המעורבות בו.

20. בעדותו בבית המשפט מסר עינב כי לא היו חילופי דברים בינו לבין היורה. ודוק, הנער אביהו שמעוני מסר בחקירתו הראשונה כי שמע צעקות. הודעתו זו עולה בקנה אחד עם דיווח שמסרה גב' אמסיס, אחת מעדות הראיה, לפיו גם היא שמעה "מישהו צורח". בחקירתו השנייה מסר אביהו כי הצעקות ששמע היו צעקותיו של עינב שכוונו אל היורה. לדבריו, עינב צעק לעבר היורה: "לא, לא, תכבד", בסמוך לפני שהתמוטט בסוף המרדף. בחקירתו השלישית חזר אביהו על כך שעינב צעק לעבר היורה. הן בחקירתו השנייה והן בחקירתו השלישית מסר אביהו כי הוא לא שמע שהיורה אמר דבר מה לעינב.

על רקע האמור קבע בית המשפט המחוזי כי משלוש הודעותיו הראשונות של אביהו עולה כי הוא שמע את עינב צועק אל היורה בשלב האחרון של המרדף, עובר להתמוטטותו, אך לא שמע כי היורה השיב לדבריו של עינב.

21. כחודש לאחר שלוש חקירותיו הנ"ל של אביהו, ביקרה החוקרת קצב בבית המנוח. בביקור זה מסר אחיו של המנוח לחוקרת קצב כי אביהו סיפר לו ששמע את היורה אומר לעינב במהלך המרדף "אתה מערב עלי עֲרָבִים". בעקבות התפתחות זאת התבקש אחיו של המנוח לקיים שיחת טלפון עם אביהו. שיחה זו הואזנה והוקלטה על ידי המשטרה. בשיחה זו אישר אביהו כי אמר לאחיו של המנוח ששמע את היורה אומר לעינב "למה אתה מביא עֲרָבִים". לאור התפתחות זו בחקירה זומן אביהו לחקירה נוספת. בהודעתו הרביעית מסר אביהו פרטים משמעותיים אודות חילופי הדברים בין היורה לבין עינב. בדומה להודעותיו הקודמות מסר אביהו בהודעתו הרביעית כי בסוף המרדף אמר עינב ליורה: "לא, לא, תכבד" או "לא, אל תירה". ואולם, בנוסף לאמור בהודעותיו הקודמות הוסיף אביהו כי בתחילת האירוע אמר היורה לעינב: "אתה לא מכבד... אתה מביא עֲרָבִים". בהמשך חקירתו ציין אביהו כי הוא אינו בטוח בוודאות שהוא מדייק בנוסח הדברים אבל הוא שמע באוזניו את היורה צועק לעינב: "אתה לא מכבד" ו"עֲרָבִים".

22. בית המשפט המחוזי קבע כי התרשמותו מצפייה בקלטת המתעדת את חקירתו הרביעית של אביהו היא שהנער ביקש למסור תמונה מלאה ומדויקת חרף אי הדיוקים שנפלו בגרסתו. הערכאה הדיונית התרשמה כי מדובר בעדות מהימנה. בית המשפט מצא כי הודעתו זו של אביהו נתמכת בראיות חיצוניות. כך, מסר אביהו כי היורה ירה

בעינב ירייה אחרונה ממרחק קצר כשעינב כבר שכב על המדרכה. דברים אלו זכו לאימות הן בהודעתה של הגב' אמסיס והן בהימצאות תרמיל תחמושת במקום מתאים.

23. הסנגור גרס כי אין לייחס משקל להודעתו הרביעית של אביהו;

הסנגור הדגיש כי דברים שמסר אביהו בהודעתו הרביעית לא נאמרו על ידו בשלוש הודעותיו הראשונות למרות שנשאל לגבי חילופי הדברים בין עינב לבין היורה. בית המשפט המחוזי קיבל את ההסבר שמסר אביהו, לפיו חשש לחייו ולכן לא שיתף את המשטרה במידע מוקדם יותר.

כמו כן טען הסנגור כי דבריו של אביהו אינם מתיישבים עם גרסתם של יתר העדים שמסרו כי לא שמעו חילופי דברים בין עינב לבין היורה. עוד הדגיש הסנגור כי עינב עצמו העיד שלא היו חילופי דברים בינו לבין היורה. בית המשפט המחוזי קיבל את ההסבר לו טענה המאשימה לפיו גם עדים אחרים חששו לחייהם ולכן לא מסרו פרטים אודות האירוע. כן הטעים בית המשפט כי אין לתהות שעינב לא זכר את חילופי הדברים בינו לבין היורה לאור הטראומה שחווה.

הסנגור טען עוד כי אביהו עמד בתחילת אירוע הירי כ-50 מ' מהמקום בו עמדו היורה ועינב ולכן לא יכול היה לשמוע את חילופי הדברים ביניהם, ככל שהיו. בית המשפט המחוזי קיבל את ההסבר של אביהו כי שמע את הדברים נוכח העובדה שהם הוחלפו בין עינב לבין היורה ב"צעקות". עוד ציין בהקשר זה בית המשפט כי אביהו לא טען ששמע את חילופי הדברים במלואם אלא רק קטעים מתוכם.

בנוסף לכך טען הסנגור כי אביהו לא חזר על פרטי הודעתו הרביעית בבית המשפט. חרף זאת העדיף בית המשפט את אמרתו של אביהו במשטרה נוכח העובדה כי בעדותו בבית המשפט נמנע אביהו מלשתף פעולה.

זאת ועוד, טען הסנגור כי שעה שאביהו סיפר את הדברים האמורים לאחיו של המנוח, ברמלה "הסתובבו שמועות" אודות הסיבה לירי, קרי העובדה שעינב עירב את פאיז בסכסוך. לכן טען הסנגור כי קיים חשש לפיו דבריו של אביהו הושפעו מ"השמועות". בית המשפט המחוזי קבע כי בטענה זו של הסנגור יש טעם אולם היא משליכה על המשקל שראוי לייחס להודעתו הרביעית של אביהו ולא על קבילותה. בית המשפט המשיך וקבע כי על אף קיומו של חשש כאמור אין בו כדי לרוקן את עדותו של אביהו מכל משקל אלא רק לחייב זהירות בהערכת משקלה. בית המשפט קבע כי לאור

העובדה שלא ניתן לאיין את החשש האמור ולמרות שהגרסה העולה מהודעתו הרביעית של אביהו היא מהימנה, לא יעשה בה שימוש כבסיס מרכזי להרשעה אלא היא תשמש כראיה המחזקת את עוצמת הזיהוי על ידי עינב. בית המשפט הוסיף בהקשר זה כי התרשם שאביהו ביקש למסור מידע אמיתי לחוקרים וכי גרסתו בעניין זה הועלתה כבר בשלב מוקדם יחסית, ימי "השבועה", שעה שמסר אותה לאחיו של המנוח.

(ג) אי שיתוף פעולה בחקירה ושקרים שהתגלו בגרסת המערער במהלך עדותו במשפט

24. בית המשפט המחוזי הדגיש כי המערער שתק בחקירתו ונמנע מלשתף פעולה תוך שהעלה גרסתו לראשונה במשפטו, לאחר שהסתיימה פרשת התביעה. עוד הדגיש בית המשפט כי העובדה שהמערער הסכים להצטלם עם קסדה והעובדה שבסיום חקירתו האחרונה – שגם במהלכה שתק – התריס כי הוא מוכן לעימות, אינן יכולות לשנות ממסקנתו זו. בית המשפט הטעים כי לסירובו של המערער לשתף פעולה בחקירה לא ניתן כל הסבר מעבר לטענה הכללית של חוסר אמון במשטרה.

25. בית המשפט המחוזי הוסיף כי גם כאשר במשפטו בחר המערער למסור גרסה כבושה הוא נמנע ממסירת מידע ביחס למעשיו בליל הרצח וכשנשאל למקום הימצאו בזמן הרלבנטי השיב: "לא זוכר..." ובהמשך: "למה אני אמור לזכור איפה הייתי...". בית המשפט קבע כי הסברו של המערער לכך שאין ביכולתו לתת גרסה בסיסית ביחס למקום הימצאו בליל הרצח הוא מופרך. עוד הדגיש בית המשפט כי המערער שיקר במשפטו עת טען כי אין לו היכרות עם עינב אף לא שטחית, שכן הוכח על ידי המאשימה כי קיימת היכרות בין השניים.

נוכח כל הנימוקים המפורטים לעיל הרשיע בית המשפט המחוזי את המערער בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

כנגד הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי מכוון הערעור שלפנינו;

תמצית נימוקי הערעור

להלן תמצית נימוקי הערעור בלבד, בין היתר, נוכח העובדה שהטענות שהועלו בערעור נטענו לפני הערכאה המבררת ולא מצאתי טעם לשוב ולפרטן. למען הסר ספק יובהר כי עיינתי בהודעת הערעור המתוקנת והמנומקת במלואה וכך אף במסמך נימוקי הערעור והאזנתי למכלול טענותיו של המערער בהשלמת הטיעון בעל-פה.

26. המערער – באמצעות בא כוחו, עו"ד ירום הלוי – טוען כי עדות הזיהוי של עינב אינה יכולה "להיכנס בשעריו של עולם הזיהוי" נוכח העובדה כי פני היורה היו מכוסים לחלוטין על ידי הקסדה והמשקף השחור שהיה מורד כעולה מעדותם של ששה עדים. עוד טוען המערער כי גרסתו של עינב לפיה זיהה את היורה גם לפי אותו חלק של פניו שהיה חשוף, הינה גרסה כבושה שבאה אל העולם לאחר שהחוקרת קצב השפיעה על עינב בהדרכה בוטה ופסולה למסור גרסה לפיה משקף היורה היה מורם וחשף כביכול את קו עיניו. בהקשר להתנהלותה של החוקרת קצב שם המערער יהבו על דברים שצוינו בחוות דעתי בע"פ 10049/08 אבו עצא נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 23.8.2012) (להלן: עניין אבו עצא) לעניין הגינותן של שיטות החקירה שננקטו באותה פרשה על ידי החוקרת קצב. המערער טוען בהקשר זה כי המזכר שכתבה החוקרת קצב (ת/3) לפיו הצביעה על עיניה רק לאחר שעינב מסר לה כי זיהה את היורה גם בפניו, הינו מהלך שנועד להטעות את בית המשפט. המערער מוסיף וטוען כי אין כל היגיון בקביעה שבתחילת הירי המשקף היה מורם, שכן אין מחלוקת בין הצדדים שלפני תחילת הירי המשקף היה מורד וגם בהמשך המרדף המשקף הורד. אם כן, טוען המערער, לא ניתן להבין מה גרם ליורה לחשוף את פניו דווקא בתזמון בו נטען כי המשקף היה מורם.

27. המערער טוען עוד כי גם לפי גרסתו הכבושה של עינב, פניו של היורה נחשפו לעיניו רק למשך שתי שניות. המערער טוען כי הוכח על ידו שהיכרות בינו לבין עינב הייתה שטחית ביותר וכי עינב לא ראה אותו משך פרק זמן ממושך עובר לאירועים מושא כתב האישום. המערער טוען כי בהתחשב בפרק הזמן הקצר שבו נטען כי עינב ראה רק חלק מפניו של היורה, בנסיבות "מלחיצות" של ירי ישיר ולאור הנתונים בזירת האירוע, ספק אם ניתן לייחס משקל משמעותי לעדות הזיהוי של עינב. בנסיבות האמורות טוען המערער כי לא ניתן לשלול אפשרות לטעות כנה בזיהוי. בהקשר זה מפנה המערער לחוות דעתי בע"פ 2957/10 אלאטרש נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 30.5.2012) (להלן: עניין אלאטרש) וסבור הוא כי ניתן להקיש ממנה גם לעניינינו.

28. עוד מוסיף המערער כי עינב סובל מליקוי ראייה והוכח כי בשעת האירוע הוא היה ללא משקפיו. בהקשר זה נטען כי נפלו מחדלי חקירה במקרה דנן היות שלא נערכה לעינב בדיקת עיניים ואף לא בוצע מסדר זיהוי מתאים על מנת לבחון את יכולת הזיהוי של עינב עם משקפיים או בלי משקפיים ולכן נטען כי החקירה המשטרית קיפחה את הגנתו של המערער. עוד טוען המערער כי גם אם לא ניתן היה לערוך מסדר קסדות היה הכרח בנסיבות העניין לקיים מסדר תמונות מתאים. המערער טוען כי במקום לערוך מסדר תמונות הציגה החוקרת קצב לעינב, בעודו מאושפז בבית החולים בראשית

תהליך ההתעוררות מהתרדמת בה היה שרוי, את תמונת המערער כשהוא חשוף פנים. נטען על ידי המאשימה כי במעמד זה זיהה עינב את המערער כמי שביצע את הירי. המערער טוען כי ההקלטה של מהלך-חקירתי זה "אבדה", כמו ראיות נוספות ש"נעלמו", ובכך נמנעה ממנו האפשרות להעמיד למבחן את תגובתו של עינב לזיהוי של המערער. מעבר לכך טוען המערער כי החוקרים נמנעו במכוון מלערוך עימות בין עינב לבין המערער ובין עינב לבין עדים אחרים על מנת "לשמר באופן סטרילי" את עדות הזיהוי של עינב. מטעם זה, כך נטען, החוקרים גם נמנעו במכוון מלדרוש מעינב למסור תיאור מפורט יותר אודות עיניו וגבותיו של היורה או הליכתו שעל פיהם נטען כי בוצע הזיהוי. המערער טוען כי אין באופן הליכתו כל סימן היכר ייחודי, כגון צליעה, שיכול לבדלו מכל אדם אחר ולכן לטענתו לא ברור כיצד ניתן לזהות את הליכתו לפי שני צעדים בלבד, בהתחשב במרחק הקצר שנטען כי היה בין עינב לבין היורה. זאת ועוד, טוען המערער כי לא בכדי נמנעו החוקרים מגביית הודעה מסודרת מעינב והסתפקו בהקלטתו ללא ידיעתו.

29. מוסיף המערער וטוען כי לא ניתן היה לסמוך על עדות הזיהוי לגביו נוכח הטעויות המהותיות שנפלו בגרסתו של עינב בתיאור ההשתלשלות העובדתית במהלך הירי והעובדה כי בית המשפט מצא שעינב לא זכר פרטים משמעותיים שהתרחשו במהלך האירוע לאור החוויה הטראומטית אותה חווה. המערער שב ומעלה אף לפנינו את הטענה כי עינב זיהה את המערער לפי תחושותיו ו"הרגשתו" ולא לפי חושי. טענה זו נסמכת כאמור, על התזה לפיה עינב חשש מהמערער לאור הסכסוך כמתואר בכתב האישום ומשהבין כי מנסים לפגוע בו קישר באופן אינסטינקטיבי את זהות היורה למערער. המערער תומך כאמור טענתו זו בכך שבעדותו עשה עינב, בין היתר, שימוש במילה "הרגשתי" כדי להסביר את אופן הזיהוי של היורה.

30. באשר לראיות התומכות בזיהוי; טוען המערער כי לא היה לו מניע לפגוע בעינב שכן עינב כלל לא היה קשור לדוכן בשוק, בעוד שלאחרים היה מניע מבוסס לפגוע בעינב. המערער טוען בהקשר זה כי אף לפי קביעתו של בית המשפט המחוזי, עינב לא היה צד ישיר לסכסוך שהתגלע בין הצדדים וממילא הסכסוך יושב יום לפני אירוע הירי באמצעות התערבותו של צד ג'. בנוסף לכך, טוען המערער כי לא ניתן לסמוך על גרסתו של אביהו בדבר חילופי הדברים בין היורה לבין עינב, גם נוכח עדותו של עינב לפיה לא היו חילופי דברים בין השניים במהלך הירי, כמו גם לאור העובדה כי אף בית המשפט המחוזי לא שלל אפשרות כי עדותו של אביהו זוהמה לאור "השמועות" שנפוצו בדבר הרקע לירי. המערער מוסיף וטוען כי לא היה בחומר הראיות

יסוד לקביעה לפיה עינב פגש בו בעבר וכי העובדה שלא סיפק גרסת אליבי אינה יכולה לשמש חיזוק לראיות המאשימה.

תמצית תגובת המשיבה

31. המשיבה – באמצעות בא כוחה, עו"ד שאול כהן – אוחזת בנימוקי הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי. המשיבה מציינת כי טענותיו של המערער נטענו כבר לפני הערכאה הדיונית שהתייחסה אליהן ונתנה להן מענה הולם תוך ניתוח ראייתי מקיף ויסודי. המשיבה מדגישה כי הטענות המועלות בערעור תוקפות הלכה למעשה ממצאי עובדה ומהימנות ומשכך יש לדחות את הערעור. המשיבה מוסיפה כי הדרך בה טוען בא כוח המערער, תוך ניתוח פרטני של כל ראיה וראיה, מתאימה לטיעון בערכאה הדיונית, אלא שהמסגרת הדיונית של ההליך בו אנו מצויים – שלב הערעור – אינה מאפשרת זאת ואין זו תכליתה.

32. המשיבה טוענת כי לדידה הערעור צריך להתמקד בשאלה אחת ויחידה והיא הסיכוי להתרחשותה של טעות כנה בזיהוי. בהקשר זה מדגישה המשיבה כי מדובר בזיהוי ספונטני של אדם מוכר. חרף זאת מסכימה המשיבה כי העובדה שהיורה חבש על ראשו קסדה מחייבת בחינת עצם קיומה של אפשרות לזיהוי בנסיבות המקרה. המשיבה טוענת כי בזיהוי של עינב התקיים הן הייסוד הסובייקטיבי – שכן הוכח כי עינב לא טפל על המערער עלילת שווא וכי מהימנותו גבוהה – והן היסוד האובייקטיבי שכן הוכח לפני הערכאה הדיונית כי בנסיבות העניין, לאור מאפייני הזירה והמרחק הקצר בין היורה לבין עינב, התאפשר זיהוי גם אם רק חלק מפניו של היורה נגלה לעיניו של עינב.

33. מבחינת היסוד הסובייקטיבי של הזיהוי; מדגישה המשיבה כי מדובר בזיהוי מוחלט, וודאי ומידי. המשיבה מוסיפה כי לא ניתן לומר שגרסתו של עינב היא גרסה מתפתחת או כבושה שכן שמו של המערער נמסר על ידי עינב לפאיז במסגרת אמרת רס גסטה מייד בסמוך לאחר הירי כשעינב התבוסס בדמו. עוד טוענת המשיבה כי עינב עומת בבית המשפט עם תזת "הזיהוי הספקולטיבי" ודחה אותה כמו גם את הטענה כי זיהה את היורה על פי תחושותיו ולא על פי חושו. המשיבה מוסיפה כי תזת ההגנה לפיה מקור הזיהוי של עינב הוא בספקולציה, שכן עינב חש מאוים על ידי המערער ולכן קישר אותו באופן אינסטינקטיבי לירי, אינה מתיישבת עם הטענה האחרת של ההגנה לפיה המערער כלל אינו מכיר את עינב. המשיבה טוענת בהקשר זה כי הדעת נותנת שקיימת היכרות טובה בין מי שחש מאוים לבין זה שמטיל אימתו.

34. מבחינת היסוד האובייקטיבי של הזיהוי; מדגישה המשיבה כי תנאי התאורה בזירה היו טובים והייתה אפשרות ריאלית לזיהוי כפי שהתרשם בית המשפט המחוזי בביקורו בזירת האירוע. עוד טוענת המשיבה כי פניו של היורה, לפחות מן הקו שמעל השפה העליונה ועד לקו שמעל לגבות, היו חשופים בעת הירי. המשיבה טוענת כי מדובר בחלק הפנים הדומיננטי ולפיכך ניתן לזהות אדם לפיו. לתמיכה בטענתה הגישה המשיבה במהלך הדיון שנערך לפנינו תמונות הדמיה מהן ביקשה ללמוד כי גם כאשר אדם חובש קסדה ניתן לזהות את פניו. אומר כבר עתה, וכפי שהדגשתי בדיון, אין אנו רשאים להיזקק לתמונות ההדמיה שכן מדובר בספקולציה בשים לב לעובדה כי המאשימה עצמה טענה שלא ידוע מהו סוג הקסדה שחבש היורה. אשר על כן, תמונות הדמיה אלה לא תשמשנה לצורך ביסוס חוות דעתי וסבורני כי לא היה מקום להגישן מלכתחילה.

35. המשיבה מטעימה כי עדותו של עינב לפיה המשקף של הקסדה היה מורם בראשית האירוע נתמכת בהודעתו של פאיו. בהקשר זה מציינת המשיבה כי קביעת מצב המשקף היא הכרעה עובדתית שאין מקום להתערב בה, גם בשל כך שבית המשפט המחוזי ביקר בעצמו בזירה האירוע ויכול היה לקבוע כי רק עינב ופאיו יכלו להבחין האם משקף הקסדה היה מורם או מורד ומשכך אין רלבנטיות לאמור בעדויות האחרות ביחס למצב המשקף. המשיבה מוסיפה כי ליקוי הראיה של עינב הוא ליקוי קל מאוד בעין ימין בלבד שאינו מצריך שימוש במשקפיים וממילא הזיהוי נעשה ממרחק של שני מטרים לכל היותר ולכן לליקוי זה אין משמעות בנסיבות העניין. המשיבה מוסיפה כי טענת ההגנה לפיה עינב לא ידע איך המערער נראה לאור היכרות שטחית ביניהם דינה להידחות שכן מדובר בקביעה שיסודה בממצא מהימנות של הערכאה הדיונית שהעדיפה את עדותו של עינב בנקודה זו על פני עדותו הכבושה של המערער. המשיבה מפנה לראיות נוספות התומכות בעדותו של עינב בסוגיה זו. לאור האמור מדגישה המשיבה כי אין סבירות של ממש לכך שמדובר בטעות בזיהוי.

36. המשיבה טוענת כי בית המשפט המחוזי דחה את הטענה לפיה החוקרת קצב הדריכה את עינב במסירת עדותו או זיהמה את עדותו. המשיבה מציינת כי קביעה זו של הערכאה המבררת נעשתה לאחר צפייה בקלטת המתעדת את תנועות ידיה של החוקרת קצב ולאחר שהערכאה הדיונית התרשמה באופן בלתי אמצעי מחקירת העדים באולם בית המשפט בסוגיה זו. כמו כן נדחתה טענת ההגנה בהקשר זה מכיוון שלא הונחה תשתית מדעית לביסוס טענת הסוגסטיה שכביכול נקטה בה החוקרת קצב. המשיבה מוסיפה כי טענה זו בדבר הדרכתו הפסולה של עינב על ידי החוקרת קצב אינה מתיישבת עם יתר הראיות והיא אף אינה סבירה.

37. עוד עומדת המשיבה על נדבכי המשנה המחזקים את ראיית הזיהוי כפי שפורטו בהכרעת הדין ומדגישה כי זיהוי של עינב אינו עומד לבדו. באשר לשקריו של המערער כי אין היכרות בינו לבין עינב; המשיבה טוענת כי בעדותו של עינב בבית המשפט הוא מסר כי הוא מכיר את המערער מזה מספר שנים ויודע איך הוא נראה. המשיבה טוענת כי עדות זו לא נסתרה שכן עינב לא עומת עם גרסתו של המערער בדבר היעדר היכרות בין השניים במסגרת חקירתו הנגדית של עינב. בהקשר זה טוענת המשיבה כי התזה של המערער לפיה עינב לא יודע איך הוא נראה וכי ההיכרות ביניהם היא שטחית הועלתה לראשונה בעדותו הכבושה של המערער בבית המשפט. המשיבה מציינת כי מהחקירה המשטרתית של עינב עולה כי למערער היכרות עם עינב הקשורה בעיסוק בפלילים, בין היתר בהלבנת הון, ובעבודתו של עינב אצל מוריס כבלדר שהעביר כספים ממוריס למערער. המשיבה מבקשת לדחות את טענתו של המערער כי אי עריכת מסדר זיהוי קסדות עולה כדי מחדל חקירה. המשיבה מדגישה בהקשר זה כי סוג הקסדה שחבש המערער לא היה ידוע ולכן לא היה טעם בעריכת מסדר זיהוי. עוד טוענת המשיבה כי לא היה צורך בעריכתו של מסדר תמונות נוכח קיומה של היכרות מוקדמת בין עינב לבין המערער. המשיבה טוענת כי לא נערכו עימותים עם עינב לאור מצבו הרפואי אותה שעה.

דיון והכרעה

38. לאחר שעיינתי בהודעת הערעור המתוקנת והמנומקת, כמו גם בעיקרי הטיעון מטעם הצדדים, באסמכתאות אליהן הפנו ולאחר שהאזנתי בקשב רב להשלמת הטיעון בעל-פה בדיון שנערך לפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות וכך אמליץ לחבריי לעשות.

לא בכדי עמדתי בפירוט על מערך ההנמקה של בית המשפט המחוזי. לאחר שבחנתי את הנמקתה היסודית והמקיפה של הערכאה הדיונית לא מצאתי כי נפלה טעות בקביעותיה העובדתיות או במסקנות הנובעות מהן. זאת ועוד, מקובלת עלי טענתה של המשיבה כי עצם היותה של המסכת הראייתית בתיק דנן מורכבת אינה גוררת בעקבותיה מסקנה הכרחית בדבר זיכוי של המערער. השאלה שניצבת לפתחנו היא האם חרף הנתונים החלקיים שעמדו לרשות עינב, עקב העובדה כי פני היורה היו מכוסים בקסדה עם משקף, ניתן לסמוך על עדות הזיהוי שלו או שמא התקיים יסוד לחשש בדבר טעות כנה בזיהוי. תשובתי לשאלה זו היא שחרף הנתונים החלקיים שעמדו לרשותו של עינב ניתן לסמוך על עדות הזיהוי שלו הנתמכת בראיות מחזקות. בבואנו לדון בשאלה שעומדת על הפרק יש להביא בחשבון את שנסיון החיים והשכל הישר מחייב – כאשר

מתנקש מגיע לזירת האירוע, באופן טבעי טורח הוא להסוות את פניו בעזרים שונים, כמו למשל קסדה, מסכה, כובע וכדומה. משכך, לעיתים קרובות לרשות המזהה עומדים פרטים חלקיים בלבד. ודוק, יתכן כי די יהיה באותם פרטים חלקיים כדי לאפשר זיהוי, בהתחשב בנסיבות המקרה הקונקרטי, מכלול הנתונים העובדתיים ובכפוף למבחנים שהותוו בפסיקתו של בית משפט זה לעניין הערכתה של עדות הזיהוי.

39. עוד אבקש להעיר כי לטעמי לא היה מקום לנסיון להשוות בין המקרה שבנדון לבין עניין אבו עזא.

כאמור טען הסנגור כי החוקרת קצב תדרכה את עינב, באמצעות תנועות ידיה, למסור כי משקף הקסדה היה מורם וכי זיהה את היורה גם לפי עיניו. אלא שהן עינב והן החוקרת קצב נחקרו בשאלה זו בחקירה נגדית ובעניין זה נדחו טענותיו של המערער על יסוד ממצאי מהימנות מובהקים של הערכאה הדיונית בהם אין להתערב. החוקרת קצב שללה בכל תוקף את טענתו של המערער כי זיהמה את גרסתו של עינב. מעבר לכך, הוכח לפני הערכאה הדיונית כי בשלב הנטען עינב לא היה מסוגל לקלוט רמזים מסוג זה בשל מצבו הרפואי והתודעתי. למעלה מכך, מסכים אני עם קביעתו של בית המשפט המחוזי כי לצורך ביסוסה של טענה זו היה על המערער להניח תשתית מדעית הולמת לפיה סוגסטיה כזו אפשרית באמצעים הפשוטים בהם נקטה החוקרת קצב. אף אני צפיתי בהקלטה הרלבנטית ומצאתי כי ההסבר אותו קיבל בית המשפט המחוזי בנוגע לתנועות ידיה של החוקרת קצב אינו בלתי סביר. אכן, תנועות ידיה של החוקרת קצב ניתנות לפירושים שונים אך אין הכרח לאמץ את פרשנותו מרחיקת הלכת של המערער בה ביקש להטיל דופי בחוקרת קצב.

אודות גדר הערעור הפלילי בשיטת המשפט הישראלית

40. במקרה דנן, בנסיונו לקעקע את פסק דינו של בית המשפט המחוזי, בחר בא כוחו המלומד של המערער – הן בטיעונו בכתב והן בהשלמת הטיעון בעל פה לפנינו – בדרך טיעון המאפיינת יותר את זו הנהוגה בערכאה המבררת. משכך, יש טעם רב בטיעונה של המשיבה לפיו מצויים אנו בשלב הערעור, לאחר שכור ההיתוך הראייתי התגבש בהליך שהתנהל לפני בית המשפט המחוזי שקבע ממצאי עובדה ומהימנות.

כידוע, תפקידו של בית משפט שלערעור בהליך הפלילי הוא לבחון את תקינות ההליך בערכאה הדיונית ולוודא כי ניתן היה לקבוע את ממצאי העובדה כפי שנקבעו מבלי שקופחו זכויותיו הדיוניות של נאשם. הבחינה הערעורית מתמקדת בבדיקת

קבילות הראיות ומערך ההנמקה מבלי להידרש לניתוח ראייתי באופן בו הוא מתבצע על ידי הערכאה הדיונית. במסגרת הערעור יטה בית המשפט שלערוור לא להתערב במשקל הראייתי שייחסה הערכאה הדיונית לראיות הקבילות, שכן עסקינן בפרוגטיבה המסורה לערכאה המבררת, פרט למקרים חריגים בהם נפלה טעות קיצונית בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית.

על העקרונות הללו המנחים את עבודתה של ערכאת הערעור בהליך הפלילי עמדתי בפרשה אחרת בה קבעתי כי:

"כידוע, שיטת הערעור בדין הישראלי אינה בגדר "שמיצה מחדש". ערכאת הערעור אינה גובה ראיות, אלא במקרים חריגים, ואינה שומעת מחדש את הראיות שהוצגו לערכאה המבררת. תפקידה של ערכאת הערעור הוא להעביר תחת שבט ביקורת את פסק הדין של הערכאה הדיונית. מדובר במערכת בקרה הבוחנת את ההחלטה שנתנה הערכאה הדיונית, בגדרה נבחנות שאלות כגון: האם הממצאים שנקבעו בפסק דינה של הערכאה הדיונית מעוגנים בחומר ראיות אמין; האם המסקנות שהוסקו עומדות במבחן ההוכחות, ההיגיון ומכלול הנסיבות; והאם התוצאה מתחייבת מבחינת הוראות הדין החלות על העניין [ראו למשל: פסק דינה של כבוד השופטת ד' ביניש (כתוארה אז) בע"פ 3338/99 פקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 667, 678-677 (2000)]" [ראו: ע"פ 3873/08 אטיאס נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.9.2010), פסקה 93].

התערבות בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית

41. בטיעוניו בכתב ובעל-פה בערעור הדגיש בא כוחו של המערער, פעם אחר פעם, כי אין הוא תוקף את ממצאי העובדה והמהימנות שנקבעו על ידי בית המשפט המחוזי בשבתו כערכאה דיונית ולמעשה טענתו הייתה כי הוא מאמץ את מרבית הממצאים. ואולם, בפועל תוקף המערער את הממצאים האמורים שנקבעו על ידי הערכאה המבררת לרבות את הממצא העובדתי לפיו משקף הקסדה היה מורם בראשית האירוע, מה שאיפשר לעינב לזהות את היורה ואת הממצא העובדתי לפיו קיימת היכרות מוקדמת בין עינב לבין המערער; וכן את ממצאי המהימנות לגבי קבלת הסבריה של החוקרת קצב ולפשר תנועות ידיה שעה שתשאלה את עינב בדבר האופן בו זיהה את היורה.

42. כפי שהטעמתי לא אחת, ההלכה הפסוקה היא ברורה ומושרשת ולפיה על ערכאת הערעור למעט להתערב בקביעות עובדה ובמצאי מהימנות של הערכאה הדיונית, שהרי בידי הערכאה הדיונית הופקדה מלאכת ההתרשמות מהנאשם, מהמתלונן ומיתר העדים, משפת גופם ומהתנהגותם של העדים כמו גם מאופן מסירת דבריהם. להתרשמותה הישירה של הערכאה הדיונית, הרואה והשומעת את העדים, יתרון מובן מאליו על פני התרשמותה העקיפה של ערכאת הערעור. נוכח העדיפות הברורה שיש לערכאה הדיונית בקביעת ממצאי עובדה ומהימנות, נקבע הכלל שלפיו ערכאת הערעור לא תתערב בנקל בממצאי עובדה ומהימנות שקבעה הערכאה הדיונית, בעיקר מקום שבו העובדות נקבעו על יסוד התרשמות ישירה מן העדים. יכולתה של הערכאה הדיונית לתור באופן ישיר אחר אותות האמת שנתגלו בעדויות ולהסיק מהם מסקנות בעניינים של מהימנות, מצדיקה כי בית המשפט שלערעור ימשוך ידו מהתערבות בממצאיה, למעט במקרים חריגים [ע"פ 316/85 גרינוולד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 564, 573 (1986); ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 485, 492 (1993); ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 643 (2000)].

43. במקרה דנן להתרשמותה של הערכאה הדיונית ישנה חשיבות מכרעת לאור העובדה כי הערכת עדות הזיהוי תלויה במידה רבה ביכולתה של הערכאה המבררת להתרשם ממהימנותו של העד המזהה. זאת ועוד, התרשמותה הבלתי אמצעית של הערכאה הדיונית מנתוניו האישיים של העד המזהה חיונית על מנת לקבוע שלא נפלה טעות כנה בזיהוי. לא זאת אף זאת, עינב עבר טראומה קשה בעקבותיה אף נפלו אי דיוקים מסויימים בעדותו אליהם התייחס בית המשפט המחוזי. משכך, יש לתת משקל רב להתרשמותה של הערכאה הדיונית מעינב על מנת שניתן יהיה לקבוע כי ניתן להסתמך על עדותו באותם חלקים שהיא נתמכת בראיות חיצוניות, כמו למשל עדותו לפיה משקף הקסדה היה מורם בראשית האירוע. לא זאת אף זאת, במקרה דנן יצאו שופטי הערכאה הדיונית לביקור בזירת האירוע נוכח המורכבות בהבנת מבנה הזירה ועל מנת לבחון את יכולת הזיהוי בנסיבותיה של זירה קונקרטית זו על מאפייניה השונים ולעמוד על זווית הראיה של עדים נוספים שהעידו כי לא ראו את פניו של היורה וכי משקף הקסדה היה מורד. קביעותיה העובדתיות של הערכאה הדיונית במקרה דנן הושפעו במידה ניכרת ומשמעותית מהביקור בזירת האירוע, בה בוצעו הדגמות על ידי שני הצדדים, ובמקרה כזה קשה עד מאוד ואף אין הצדקה להתערב בממצאיה המבוססים של הערכאה הדיונית.

44. לצד ההלכה בדבר אי התערבותה של ערכאת הערעור בממצאי העובדה והמהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, נקבעו במשך השנים שלושה חריגים עיקריים: הראשון, כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על ראיות בכתב ולא על הופעתם, התנהגותם ודבריהם של העדים, שהרי במקרים אלו אין לערכאה הדיונית יתרון כלשהו על פני ערכאת הערעור [ראו: סעיף 4 לפסק דינו של השופט ג' בך בע"פ 398/89 מנצור נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.1.1994)]; השני, כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על שיקולים שבהיגיון [ראו: ע"פ 5937/94 שאבי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 832, 835 (1995)]; והשלישי, כאשר נפלו טעויות מהותיות בהערכת המהימנות של העדויות על ידי הערכאה הדיונית [ראו: ע"פ 4977/92 ג'ברין נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 690, 696 (1993)], או כאשר מוצגות לערכאת הערעור עובדות ממשיות לפיהן לא היה באפשרותה של הערכאה הדיונית לקבוע את הממצאים שאותם קבעה [ראו למשל: ע"פ 3579/04 אפגאן נ' מדינת ישראל פ"ד נט(4) 119, 124 (2004); ע"פ 3352/06 בוזגלו נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 12.6.08); ע"פ 7150/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 26.6.08)].

45. בע"פ 3250/10 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 12.1.2012) השופט (כתוארו אז) א' גרוניס, בדעת רוב וכנגד דעתה החולקת של השופטת ע' ארבל, תמך במדיניות גמישה יותר באשר להתערבות בממצאי מהימנות בהליך הפלילי תוך שהגביל את ההגמשה לחריגים שנקבעו לכלל אי ההתערבות בהלכה הפסוקה [נשם, פסקה 3; השוו לגישתו של השופט צ' זילברטל בע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 26.7.2012); ולעמדתו של השופט י' עמית בע"פ 4487/10 גלילי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.11.2012), פסקה 12]. כפי שהדגשתי לאחרונה, למשל בע"פ 814/12 מדינת ישראל נ' אמיר סויסה (לא פורסם, 25.10.2012), מסכים אני עם גישתו של השופט גרוניס ויישומה צריך שיעשה בזהירות המתבקשת ובכל מקרה לפי נסיבותיו [נשם, פסקה 39; כן ראו: חוות דעתי בע"פ 4054/11 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 30.4.2012), פסקה 32]. יחד עם זאת, איני סבור כי עניינו של המערער נכנס לגדרי אחד החריגים הנ"ל ושוכנעתי כי הרשעתו מבוססת היטב על חומר ראיות קביל ואין מקום להתערב בקביעותו של בית המשפט המחוזי, המנומקות גם בחיזוקים לעדות הזיהוי. סומך אני ידיי על הנמקתו של בית המשפט המחוזי אשר עשה מלאכתו נאמנה באופן יסודי ומקיף תוך ניתוח מכלול חומר הראיות הרב והמורכב ולא הותיר אחריו אבן שלא הפך.

לאחר שהנחנו את היסודות התוחמים את הדיון בערעור נעבור לבחינת מערך ההנמקה של בית המשפט המחוזי, אשר כאמור לא מצאתי כי נפלה בו טעות.

עדות זיהוי – המסגרת הנורמטיבית

לב הערעור דנן ממוקד בסוגיית הזיהוי ובפרט באפשרות התרחשותה של טעות כנה בזיהוי של המערער כמבצע הירי מושא כתב האישום. משכך אעמוד להלן בתמצית על המסגרת הנורמטיבית המסדירה את בחינתה והערכתה של עדות זיהוי כפי שהתגבשה בהלכה הפסוקה.

46. בעניין אלאטרש הנזכר לעיל פרסתי יריעה רחבה באשר למסגרת הנורמטיבית המסדירה הרשעה על בסיס עדות זיהוי יחידה תוך הפניה לאסמכתאות הרלבנטיות בפסיקתו של בית משפט זה (שם, פסקאות 54-62). משכך אסתפק עתה בהצגת עיקרי הדברים בלבד. אציין כי הגם שחבריי למותב בעניין אלאטרש – השופט א' רובינשטיין והשופט ס' ג'ובראן – לא הצטרפו לתוצאה האופרטיבית שהוצעה על ידי, קרי למסקנתי כי יש לזכות את המערער שם מחמת הספק על רקע הממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, הם לא חלקו על קביעותיי בכל הנוגע להצגת ההלכה הפסוקה בדבר בחינתה של עדות זיהוי (ראו: פסקה י' לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין בעניין אלאטרש).

הרשעה על פי עדות זיהוי יחידה

47. ככלל אין מניעה עקרונית לבסס הרשעה בפלילים על עדות זיהוי יחידה, אף בהיעדר תוספת ראייתית התומכת בזיהוי [ראו למשל: פסק דינה של השופטת ע' ארבל בע"פ 10360/03 שדיד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2.3.2006) (להלן: עניין שדיד)], פסקה 12 והאסמכתאות הנזכרות שם]. יחד עם זאת, הודגש לא אחת בפסיקתו של בית משפט זה כי על הערכאה המבררת לנקוט בזהירות מירבית בבואה לבסס הרשעה בפלילים על סמך עדות זיהוי יחידה [ראו למשל: ע"פ 339/80 עדיקה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 106, 109-110 (1980); עניין שדיד, פסקה 12]. הטעם לנקיטת זהירות יתרה בנוגע לעדות זיהוי נטוע במגבלות הזיכרון האנושי [ראו: חוות דעתו של הנשיא מ' שמגר בע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 392-393 (1993)]. השופטת (כתוארה אז) מ' נאור הטעימה בע"פ 3176/03 ווהידי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.6.2007). לכן, "יש לנקוט זהירות יתרה בטרם קובעים שעדות זיהוי יכולה

להוות ראייה שמשקלה כה רב שאינה נדרשת לכל חיזוק" [שם, פסקה 15 ; כן ראו: חוות דעתו של השופט י' טירקל בע"פ 795/80 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם), פסקה 2].

אופן הערכתה של עדות הזיהוי

48. בחינת עדות הזיהוי נעשית באופן דו-שלבי. תחילה נבחנת אמינותו של העד המזהה ובשלב שני נבחנת מהימנותו של "הזיהוי כשלעצמו" [ראו למשל: חוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה בע"פ 9040/05 אוחיון נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 7.12.2006), פסקה 16 (להלן: עניין אוחיון)]. כלומר, תחילה יש לבחון את הרכיב הסובייקטיבי של עדות הזיהוי – מהימנות העד המזהה – ורק לאחר מכן יש לעבור לבחינת הרכיב האובייקטיבי של עדות הזיהוי – "מהימנות הזיהוי כשלעצמו" [ראו למשל: פסק דינו של השופט (כתוארו אז) ח' כהן בע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 729, 758 (1978)]. בהיבט הסובייקטיבי, על בית המשפט לבחון את מהימנותו של העד המזהה, קרי "על בית המשפט לבחון תחילה האם העד רוצה להטעות את בית המשפט או שאמירת האמת היא נר לרגליו" [ראו: חוות דעתו של השופט נ' הנדל בע"פ 2098/08 פרעוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.12.11), פסקה 6 (להלן: עניין פרעוני)]. ודוק, גם אם השתכנע בית המשפט בדבר מהימנותו המוחלטת של העד המזהה עליו להוסיף ולבחון את "מהימנות הזיהוי כשלעצמו" שכן גם אם מדובר בעד מהימן הבטוח בזיהוי יתכן שטעה טעות כנה (ראו למשל: עניין פרעוני, פסקה 6).

49. כפי שהדגישה השופטת פרוקצ'יה בעניין אוחיון, בחינת מהימנות הזיהוי כשלעצמו נעשית אף היא בשני שלבים, ברובד הסובייקטיבי וברובד האובייקטיבי. ברובד הסובייקטיבי, נבחנת יכולתו האישית של העד להטביע בזיכרונו רשמים חזותיים ולזהות מכוחם בני אדם על פי חזותם. ברובד האובייקטיבי, בודק בית המשפט את האפשרות שהעד המזהה טעה טעות כנה. לצורך בחינת שני הרבדים הללו, יש לברר, בצד מהימנותו של העד המזהה, גם את השאלות בדבר מידת הביטחון שהביע העד בזיהוי ואת הנסיבות שאפפו את הטבעת הדמות בזיכרונו של העד (שם, פסקה 16).

50. כפי שצינתי בעניין אלאטרש, קיימת רשימה לא סגורה של פרמטרים אשר עשויים לסייע בידי בית המשפט להעריך האם אין מדובר בזיהוי שיסודו בטעות כנה. בין פרמטרים אלו ניתן למנות: קיומה של היכרות קודמת בין העד המזהה לבין הנאשם, שעשויה להפחית את הסיכוי לטעות בזיהוי; משך הזמן שהעד ראה את הנאשם במהלך האירוע; תנאי הזיהוי: זווית הראייה, האם מדובר ביום או בלילה, תנאי הראות ומצב

התאורה (עניין פרענוני, פסקה 6). נסיבות נוספות אותן יש לבחון הן: המרחק ממנו צפה העד בנאשם; והזמן שעבר בין האירוע לבין הזיהוי (ראו למשל: עניין שדיד, פסקה 11).

51. באשר לשיקול בדבר היכרות קודמת בין העד המזהה לבין הנאשם; כאן המקום להטעים כי בטיעוניה של המשיבה בערעור צויין כי ככל שקיימת היכרות מוקדמת בין העד המזהה לבין הנאשם וככל שהיכרות זו טובה יותר כך רף הבחינה האובייקטיבית, באשר לאפשרות התרחשותה של טעות כנה בזיהוי, יהיה נמוך יותר. טענה זו אין לקבל. קיומה של היכרות קודמת אכן מפחית את החשש לקיומה של טעות בזיהוי. ואולם, היכרות מוקדמת היא רק אחד הפרמטרים להערכת עדות הזיהוי ואין בקיומה של היכרות כאמור כדי להכשיר רף בחינה שונה בנוגע לעדות הזיהוי. כפי שהדגיש השופט י' קדמי בע"פ 4384/93 מליקר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.5.1994) "סוגית ה'טעות הכנה' בזיהוי של אדם, שנחשף 'לרגע' לעיניו של עד בעת ביצועה של עבירה, סוגיה קשה ומורכבת היא לא רק כאשר מדובר בזיהוי של 'זר' אלא גם לעניין זיהוי של 'מכר'" [שם, פסקה 6; כן ראו: חוות דעתי בעניין אלאטרש, פסקה 61].

להלן אצביע על כך שבית המשפט המחוזי פעל במקרה דנן בהתאם למסגרת הנורמטיבית שהותוותה בפסיקתו של בית משפט זה לעניין הערכתה של עדות הזיהוי וכי לא נפלה טעות באופן בו יישם כללים אלו על נסיבות המקרה שלפנינו.

מן הכלל אל הפרט

52. יש לדחות את טענתו של המערער לפיה עדות הזיהוי במקרה דנן אינה יכולה "להיכנס בשעריו של עולם הזיהוי" נוכח העובדה כי פניו של היורה היו מכוסות בקסדה שחורה ומשקף הקסדה היה מורד. אמנם יתכן שנתונים חלקיים בלבד שעמדו לרשות העד המזהה הגבילו את אפשרות הזיהוי על ידו. ברם, חלקיות הנתונים עשויה להשפיע על משקל עדות הזיהוי אך אין בה כדי למנוע את קבלתה כראיה כשרה במשפט. טענותיו של המערער לעניין יכולת הזיהוי של עינב הן טענות שיכול היה בית המשפט המחוזי להביאן בחשבון בעת בחינת "מהימנות הזיהוי כשלעצמו", אך אין בהן כדי להביא לדחייה על הסף של עדות הזיהוי מניה וביה.

היסוד הסובייקטיבי בעדות הזיהוי של עינב

53. בית המשפט התרשם באופן בלתי אמצעי מעדותו של עינב וקבע כי עדות הזיהוי שלו היא מהימנה ברמה גבוהה ביותר. מדובר בממצא מהימנות פוזיטיבי חד

משמעי, שאין מקום להתערב בו לאור היתרון המוקנה לערכאה הדיונית בשים לב לאפשרות שעמדה לרשותה להתרשם מהעד המזהה באופן בלתי אמצעי.

54. זאת ועוד, מהימנות הזיהוי של עינב נגזרת באופן משמעותי ממסירת זיהוי ספונטאני ומידי של היורה בזירת האירוע באופן השולל אפשרות לקיומה של עלילת שווא. כאמור, עינב העיד כי סמוך לאחר הירי הוא אמר לפאיז כי היורה הוא "ניר" – שמו הפרטי של המערער. אמרתו זו של עינב אושרה על ידי פאיז שמסר לחוקרי המשטרה כי עינב אמר לו עוד בזירת האירוע שהיורה הוא המערער.

55. כמו כן תמך בית המשפט המחוזי את ממצא המהימנות הנ"ל בכך שעינב הצביע על המערער כמי שביצע את הירי לא רק כשהתמוטט בזירת האירוע, בסמוך לאחר הירי, אלא גם לאחר שהחל להתעורר מהתרדמת בה היה שרוי בעודו מאושפז בבית החולים ואף לאחר מכן בבית המשפט.

"היעלמות" חומר חקירה וטענות לקונספירציה וסוגסטיה

56. טענתו של המערער ל"היעלמות" תיעוד הוידאו של המעמד בו חתם עינב על תמונתו חשופת הפנים של המערער כשאמר לחוקרת קצב כי זיהה את המערער כמי שביצע הירי, היא הלכה למעשה טענה ל"נזק ראייתי". הסנגור סבר כי באמצעות תיעוד וידיאו זה היה בידו להוכיח כי עינב חתם על תמונתו חשופת הפנים של המערער מבלי שהוא עצמו זכר שהיורה הוא המערער ורק לאחר שהחוקרת קצב אמרה לו באותו מעמד שבזירת האירוע הוא מסר לפאיז שהמערער הוא היורה. הסנגור ביקש ללמוד כי בכך "שתלה" החוקרת קצב את זהותו של המערער במודעותו של עינב ולחלופין כי עינב התקשה בזיהוי של המערער כמבצע הירי. ודוק, עצם העובדה שעינב זיהה את המערער כמבצע הירי באופן ספונטאני ומידי בזירת האירוע, טרם מעורבותה של המשטרה ושל החוקרת קצב, אינו מצוי במחלוקת. כפי שציין בית המשפט המחוזי, לזיהוי ספונטאני זה יש תרומה ממשית להפרכת החשש לקונספירציה במסגרתה כביכול שיתף עינב פעולה עם החוקרת קצב במהלך התשאול שהתקיים בבית החולים. מעבר לכך, אמנם בית המשפט המחוזי נתן משקל גם לזיהוי של עינב שעה שהיה מאושפז בבית החולים, אך המשקל המשמעותי יותר ניתן לזיהוי הספונטאני והמידי של עינב בזירת האירוע כפי שנתמך בדבריו של פאיז במסגרת חקירתו הלא פורמאלית.

משכך, יש לקבוע כי ממצאיו של בית המשפט המחוזי תומכים בהתקיימותו של היסוד הסובייקטיבי בעדות הזיהוי של עינב. עינב נמצא כעד זיהוי מהימן ברמה גבוהה ביותר.

היסוד האובייקטיבי בעדות הזיהוי של עינב – לא הייתה טעות בזיהוי

כאמור, אין די בכך שהעד המזהה נמצא כעד מהימן אלא יש לבחון את היסוד האובייקטיבי של הזיהוי, דהיינו את "מהימנות הזיהוי כשלעצמו". סבורני כי עדות הזיהוי של עינב מקיימת גם את היסוד האובייקטיבי הנדרש ובנסיבות העניין לא בוסס חשש ממשי לקיומה של טעות כנה בזיהוי.

57. המערער מנסה להיבנות בטיעונו על האמור בחוות דעתי בעניין אלאטרש, גם שם נחשף העד המזהה לפניו של היורה למשך מספר שניות בודדות, בנסיבות "מלחיצות" של ירי ישיר לכיוונו. בעניין אלאטרש הגעתי למסקנה כי יש לזכות את הנאשם מחמת הספק שכן נסיבות המקרה הקימו לדעתי חשש לקיומה של טעות כנה בזיהוי בהיעדר אפשרות ממשית לזיהוי. אלא שחבריי למותב בעניין אלאטרש חלקו על מסקנתי זו וגם בשל כך לא יכול המערער להיבנות מהאמור בעניין אלאטרש. מעבר לכך, נסיבותיו העובדתיות של המקרה דנן שונות לחלוטין מהנסיבות שנדונו בעניין אלאטרש.

ראשית, העד המזהה בעניין אלאטרש נהג ברכב שעה שבוצע ירי ישיר לעבר הרכב ומשכך סברתי כי היה עסוק בנהיגה עצמה ובהימלטות ברכב מהיורה ולכן נדמה כי לא יכול היה להתרכז במלוא חושיו ביורה. כמו כן, סברתי בעניין אלאטרש כי קיים בסיס עובדתי לפיו העד המזהה ואחיו שנסעו ברכב כופפו את ראשם על מנת להתגונן מהיריות ולפיכך לא יכלו להתבונן בתשומת לב ביורה. בנוסף לכך, המרחק בין העד המזהה לבין היורה בעניין אלאטרש בתחילת האירוע היה בין 30-40 מטרים ובסוף האירוע לא פחות מששה מטרים. לעומת זאת, במקרה דנן קיים ממצא עובדתי פוזיטיבי של הערכאה הדיונית לפיו תשומת ליבו המלאה של עינב הייתה נתונה ליורה והם עמדו במרחק של שני מטרים לכל היותר האחד מהשני.

שנית, בעניין אלאטרש סברתי כי לא ניתן לקבוע שהזיהוי היה אפשרי נוכח העובדה כי מהדברים שמסר אחיו של העד המזהה, שנסע עמו ברכב וחווה את אותן נסיבות עובדתיות כמו העד המזהה, ניתן היה להסיק שהזיהוי בנסיבותיה של הזירה הספציפית לא היה אפשרי.

ברם, במקרה דנן פאיז שהיה בזירת האירוע מסר למשטרה כי הקסדה "לא הייתה סגורה" וכי מהמקום בו ניצב עינב הוא יכול היה לזהות את היורה, גם לפי תנועות גופו. בית המשפט קבע ובצדק כי אמרתו זו של פאיז מחזקת את עדותו של עינב לפיה בתחילת האירוע המשקף של הקסדה היה מורם ולפיכך חלק משמעותי מפניו של המערער היה חשוף ואיפשר את הזיהוי על ידי מי שעמד במרחק של שני מטרים ממנו לכל היותר כשביניהם היכרות מוקדמת. אכן, בפרשה דנן היו מספר עדים שהעידו כי המשקף של הקסדה היה מורד. ואולם, בית המשפט המחוזי קבע על יסוד הביקור שערך בזירת האירוע כי עדים אלו לא יכלו לראות את מצב המשקף בתחילת האירוע וכי העד פשה אינו מהימן. בממצא עובדתי מובהק זה הנסמך על ממצא מהימנות לא נוכל להתערב. כאמור, הביקור בזירת האירוע ושמיעת העדים באופן בלתי אמצעי הקנו לערכאה הדיונית יתרון משמעותי על פני ערכאת הערעור בקביעת אפשרות הזיהוי בנסיבותיה של זירת האירוע הקונקרטית.

58. המערער שם יתנועע על השגיאות שנפלו בעדותו של עינב ביחס לתיאור השתלשלות האירועים בזירת האירוע וטען כי לאור שגיאות אלה ספק בכלל אם ניתן לבסס ממצא כלשהו על עדות זו. אלא שבית המשפט המחוזי לא התעלם מטעויות אלה בעדותו של עינב ואף קבע כי מדובר בטעויות של ממש שניתן להסבירן בטראומה שחוה עינב. סבורני כי גם אם נפלו טעויות מסויימות בעדותו של עינב, אין בהן כדי לאיין את עדותו בשלמותה שכן ניתן לאמץ מתוכה את אותם חלקים הנתמכים בראיות חיצוניות, שאז החשש לטעות פוחת ואף מתאיין. פילוג זה בין חלקי עדותו של עינב אפשרי על פי הכלל פלגין דיבורא. ברוח זו מורה ההלכה הפסוקה כי אין בסתירות שנפלו בעדותו של עד כדי לשלול את אותם חלקים בעדותו שנמצאו מהימנים [ראו למשל: ע"פ 1258/90 חמידה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 731, 735 (1992)]. העדות של עינב לפיה חלק מהקסדה היה פתוח נתמכת באמרתו של פאיז העומדת בזכות עצמה כמקור עצמאי וחיצוני לעדותו של עינב ומשכך לא מצאתי כי בית המשפט המחוזי טעה או לא יכול היה לקבוע את אשר קבע בסוגיה זו.

משכך, סבורני כי אין להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי לפיו משקף הקסדה היה מורם בראשית האירוע באופן שאיפשר לעינב לזהות את היורה.

מהימנות הזיהוי כשלעצמו

59. כפי שהדגישה השופטת פרוקצ'יה בעניין אוחיון, גם מבחן זה נחלק לשניים. בשלב ראשון יש לבחון את יכולתו האישית של העד להטביע בזיכרונו רשמים חזותיים

ולזהות מכוחם בני אדם על פי חזותם. בהקשר זה טען המערער כי לעינב ליקוי ראייה וכי במהלך הירי מושא כתב האישום עינב היה ללא משקפיים. מקובל עלי הסברה של המשיבה כי בנסיבות העניין אין לייחס לליקוי הראייה הנטען משקל ממשי, זאת לאור הממצא של בית המשפט המחוזי לפיו ליקוי הראייה של עינב הוא ליקוי קל ואין בו כדי לפגוע ביכולת לזהות אדם מוכר ממרחק כה קצר. מעבר לכך, אציין כי אם ביקש המערער להוכיח כי ליקוי הראייה השפיע על יכולת הזיהוי של עינב היה עליו להגיש חוות דעת מתאימה ולדרוש צו שיכפה בדיקה כאמור, משזו לא נערכה על ידי המשטרה. אלא שהמערער מילא פיו מים, שתק בחקירתו ולא העלה בזמן אמת כל דרישה בנדון.

60. כפי שהדגישה השופטת פרוקצ'יה כאמור בעניין אוחיון, במסגרת השלב השני במבחן "מהימנות הזיהוי כשלעצמו" בוחן בית המשפט את מידת הביטחון שהביע העד בזיהוי, ואת הנסיבות שאפפו את הטבעת הדמות בזכרונו. כפי שהדגיש בית המשפט המחוזי עינב היה בטוח ברמת וודאות גבוהה ביותר כי היורה הוא המערער כפי שניתן היה ללמוד מאופן מסירת אמרת הרס גסטה לפאיז. המערער התמיד בהצבעה יציבה ובטוחה על המערער כמי שירה בו החל משלבי התעוררותו הראשונים מתרדמת ובמהלך אשפוזו ולאחר מכן בעדותו בבית המשפט. המערער התמיד בזיהוי גם בחקירתו הנגדית. כפי שהדגיש השופט רובינשטיין בעניין אלאטרש זיהוי ספונטאני ומידי מפיחית בהיקף משמעותי את החשש לקיומה של טעות בזיהוי (שם, פסקאות ט"ו-ט"ז לחוות דעתו של השופט רובינשטיין).

61. באשר ליתר הנסיבות שאפפו את הזיהוי, נשוב לרשימת הפרמטרים הלא סגורה לעניין הערכתה של עדות הזיהוי, כמוזכר בפסקה 50 לעיל. תנאי התאורה בזירה היו טובים כפי שהתרשם בית המשפט המחוזי במהלך הביקור בזירה בשעה הרלבנטית. כמו כן, המרחק בין עינב לבין המערער היה לכל היותר שני מטרים. קיימת היכרות מוקדמת בין השניים על פי ממצא עובדתי של בית המשפט המחוזי. בשים לב לעובדה כי יש בין השניים היכרות מוקדמת הרי שלזיהוי היורה בהתאם לתנועות גופו יש להקנות משקל משמעותי. גם אם המערער צודק ואין כל סימן היכר מיוחד או יוצא דופן באופן הליכתו, הרי שלכל אדם צורת הליכה אופיינית לו. והדברים נכונים ביתר שאת לגבי מבנה גוף שגם אותו ציין עינב כרכיב שסייע לו בזיהוי המערער.

62. באשר לטענה כי גם אם קיימת היכרות בין המערער לבין עינב הרי שזו היכרות שטחית מלפני מספר שנים שאין בה כדי להטות את הכף שעה שעינב ראה את פניו של היורה רק למספר שניות כשבוצע ירי ישיר לעברו על מנת להמיתו; טענה זו נטענה גם

בעניין אלאטרש ונדחתה תוך שהשופט רובינשטיין הדגיש כי "לשם זיהוי אין צורך בהיכרות ממשית, אלא די בהיכרות שטחית" (שם, פסקה ט"ו). בהמשך הטעים השופט רובינשטיין כי:

"כך גם לא מצאתי שבפרק הזמן הקצר שבו התרחש אירוע הירי, ובסיטואציה הלא שגרתית והטראומטית, ועל כך אין חולק, כדי לשמוט את הקרקע תחת לזיהוי המידי והברור של המערער על-ידי אחד מהיבט האובייקטיבי. אכן, פרק זמן של 5 שניות הוא פרק זמן קצר, אך דומני שכאשר קיימת היכרות מוקדמת מסוימת, גם אם לא מעמיקה, די במבט קצר כדי לאפשר זיהוי. אין מדובר באדם שאינו מוכר למזהה, והמזהה אינו נדרש לחרות בזכרונו מבראשית את תוי פניו, אלא מדובר במי שהכירו מקדמת דנא, וכל שנדרש הוא זיהוי האדם המוכר, דבר המצריך, על פי השכל הישר ונסיון החיים, פרק זמן מועט יותר" (שם, פסקה ט"ז).

הדברים הנ"ל תקפים באותה המידה גם במקרה דנן.

63. נוסף על כך טען המערער כי עינב טעה בזיהוי לאור "קישור ספקולטיבי"; המערער טוען כי עינב טעה לחשוב שהמערער הוא היורה שכן עינב חשש ממנו לאור הסכסוך מושא כתב האישום. לכן, נטען כי משהבין עינב שהיורה מבקש להמיתו הוא קישר באופן ספקולטיבי בין זהות היורה לבין המערער. תזה זו נתמכה כאמור בשימוש של עינב בעדותו במילה "הרגשתי" כדי לתאר את האופן בו זיהה את היורה. בית המשפט המחוזי בחן טענה זו והתייחס לאמרתו של עינב "הרגשתי", ומצא כי אין בה המשפט המחוזי בחן טענה זו והתייחס לאמרתו של עינב "הרגשתי", ומצא כי אין בה כדי לכרסם בעוצמתה של עדות הזיהוי, לאור התרשמותו הבלתי אמצעית מעדותו של עינב בה עמד על כך שזיהה את המערער גם לפי עיניו ולא על פי תחושה. מדובר בממצא מהימנות פוזיטיבי שאין מקום להתערב בו. מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט המחוזי כי היותו של המערער בתודעתו של עינב סייעה לו בזיהוי אך קדמה לכך קליטת זהותו של המערער באמצעות חושיו של עינב.

לאור האמור, הסיכוי כי אירעה טעות בזיהוי בנסיבות המקרה הוא קלוש ואינו עולה כדי ספק סביר הדרוש לשם זיכוי של נאשם במשפט פלילי.

64. אלא שאם לא די בכל שנאמר עד עתה, הרי שבנסיבות העניין עדות הזיהוי אינה עומדת לבדה אלא היא נתמכת בראיות מחזקות שפורטו היטב בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי: המניע לרצונו של המערער להמית את עינב; הפרטים שהוספו בהודעתו הרביעית של אביהו; העובדה כי המערער לא שיתף פעולה בחקירתו ושיקר

בעדותו בבית המשפט. צירופם של נדבכים מחזקים אלו לעדות הזיהוי מסירה לטעמי את החשש להתרחשותה של טעות בזיהוי.

יחד עם זאת, אבקש להעיר את הדברים הבאים לעניין הראיות התומכות בזיהוי.

(א) אין מחלוקת כי שתיקת נאשם בחקירתו ושקריו עשויים להוות תוספת ראייתית המחזקת את עדות הזיהוי (ראו למשל: פסקאות ז' ו-ט' לחוות דעתו של השופט רובינשטיין בעניין אלאטרש המהווה יישום של הכלל האמור במקרים בהם ההרשעה מתבססת על עדות זיהוי). ודוק, כפי שהדגשתי בפרשות אחרות, וכפי שאף הטעים בית המשפט המחוזי במקרה דנן, יש להיזהר שלא להרשיע נאשם על יסוד שקריו וכי הגם שהפסיקה הכירה באפשרות כי שתיקת נאשם ושקריו ישמשו כתוספת ראייתית, לדידי יש לעשות שימוש זהיר בכלל זה. כך למשל, יתכן שהמערער שתק בחקירתו, לא סיפק אליבי ושיקר לעניין היכרותו עם עינב משום שלא רצה לחשוף את פעילותו הפלילית עליה הצביעה המשיבה. מעבר לכך, סבורני כי הגם שבית המשפט המחוזי יכול היה לקבוע על יסוד עדותו של עינב ממצא לפיו קיימת היכרות מוקדמת בינו לבין המערער, והגם שמדובר בשקר בעניין מהותי הנוגע לנקודה משמעותית ביריעת המחלוקת, הרי ששקריו של המערער בהקשר זה לא הוכחו בראיה חיצונית ועצמאית. זאת ועוד, בהינתן ראיות החיזוק האחרות איני סבור שיש צורך להידרש לשאלה האם במקרה דנן יכולים היו שתיקתו ושקריו של המערער לשמש תוספת ראייתית לעדות הזיהוי.

(ב) המניע: סבורני כי לאור העובדה שיום לפני הירי הגיע המערער לדוכן בשוק תוך שהשמיע איומים בוטים שכוונו למוריס ואביו עמרם, על רקע החוב, ולאור העובדה כי נוהל באותו יום שיחות קשות בין פאיז לבין המערער ואחר מטעמו בהן הושמעה נימה קשה ביחס למעורבותו של פאיז בסכסוך, ונוכח העובדה כי המערער הודה ש"התעצבן" בגין מעורבותו של פאיז, אשר היה ידוע כי הוא חברו הטוב של עינב ומשכך אם התערב לטובת מוריס, חברו של עינב, חזקה כי היה זה בתיווכו של עינב, הרי שגם לטעמי ניתן היה לקבוע כי המאשימה הוכיחה את המניע שיוחס למערער להמית את עינב, גם אם אין בנמצא ראיה ישירה להוכחתו. אכן, בית המשפט המחוזי קבע כי הסכסוך יושב יום לפני הירי וכי עינב לא היה צד ישיר לסכסוך. לכן, מקובלת עלי טענת המערער כי ישנו מתח מסוים בין קביעתו זו של בית המשפט המחוזי לבין קביעתו בדבר קיומו של מניע בגינו רצה המערער להמית את עינב. אלא שדומני כי ניתן ליישב מתח זה בכך שאמנם מבחינתו של עינב הוא לא סבר כי המערער מעוניין לפגוע בו בהתחשב בכך שהסכסוך יושב יום קודם לכן, אך לא היו אלו פני

הדברים מנקודת ראותו של המערער שלא מוכן היה להניח לעובדה כי עינב הפנה כנגדו את פאיז ועירב אותו בסכסוך מושא כתב האישום. הסבר זה מתיישב עם העובדה כי אביהו שמע את עינב צועק לעבר היורה "תכבד" (דהיינו: תכבד את ההסכם שהושג יום קודם לכן בדבר ישוב הסכסוך).

(ג) השתלבותו של המניע בהודעתו הרביעית של אביהו: מניע זה משתלב היטב ועולה בקנה אחד עם הפרטים שעלו בהודעתו הרביעית של אביהו בה מסר כי שמע את היורה צועק לעבר עינב את הביטויים "אתה לא מכבד" ו"עֲרָבִים". למילים אלו משמעות רבה לאור מוצאו האתני של פאיז ולאור העובדה כי המערער הודה ש"התעצבן" על מעורבותו של פאיז בסכסוך. טענותיו של המערער ביחס ל"שמועות" שנפוצו והשפיעו על אביהו נדונו והוכרעו בידי בית המשפט המחוזי שקבע כי לא ניתן לשלול השפעתן של "השמועות" על אביהו אך אין לומר כי הן מאיינות את הודעתו, מה גם שזו משמשת כראיה תומכת ולא ראיה עליה מתבססת ההרשעה. בית המשפט המחוזי מצא הסבר לעדותו של עינב לפיה לא היו חילופי דברים בינו לבין היורה בטראומה אותה חווה עינב. מאחר וקביעת משקלה של הודעתו הרביעית של אביהו מסורה לפררוגטיבה של הערכאה הדיונית על ערכאת הערעור לכבד קביעה זו משלא נפלה בה טעות.

עולה איפוא כי הראיות התומכות בזיהוי משמשות הן לצורך ייחוס משקל מלא לעדות הזיהוי והן כ"מנגנון ביטחון" שיש בו לסלק חשש לקיומה של טעות בזיהוי.

65. מטדד קטדות: אודה ולא אבוש, בתחילה סברתי כי נפל מחדל בחקירת המשטרה במקרה דנן בכך שלא נערך מסדר קסדות. סברתי כי עריכת מסדר כזה התבקשה בנסיבות העניין לאור העובדה כי התיק כולו מבוסס על ראיית זיהוי כאשר הנתונים שעמדו לרשות העד המזהה היו חלקיים. ודוק, לאחר שהעמקתי בדברים הגעתי למסקנה כי לא מדובר במחדל חקירה של ממש. מסקנתי זו אינה מסתמכת על קביעתו של מיכה לוין כי מדובר באמצעי "לא מקצועי" או על קביעתו של בית המשפט המחוזי כי מדובר ב"אמצעי חריג". אני סבור כי כאשר מדובר בדיני נפשות יש לנקוט בכל הליך חקירתי מתאים, בגדרי החוק, שיכול לסייע בחשיפת האמת. דא עקא, שבמקרה דנן לא היה ידוע סוג הקסדה שהיורה חבש בעוד שקיימים סוגים רבים ושונים של קסדות הנבדלות זו מזו בעיצובן ובמיקום הפתחים וצורתם. בנסיבות האמורות מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט המחוזי כי לזיהוי היורה או לאי זיהויו במסגרת מסדר קסדות אין נפקות ראייתית לאור המימד הספקולטיבי של מסדר כזה. ודוק, אם סוג הקסדה היה ידוע למשטרה דומני כי לא היה מנוס מעריכת מסדר קסדות.

66. באשר לטענה בדבר אי עריכת עימותים בין עינב לבין אחרים, לרבות המערער; דומני כי יש לקבל את ההסבר שבפי המשיבה לפיו לא ניתן היה לערוך בין עינב לבין עדים אחרים עימות בשל מצבו הרפואי של עינב. כעולה מהמזכר ת/18 מיום 13.10.2009, שנכתב על ידי החוקרת קצב, פרופ' אריאל הלוי – מנהל מחלקת כירורגיה ב' בבית החולים אסף הרופא – גרס כי מצבו הרפואי של עינב אינו מאפשר השתתפותו בעימות. יצויין כי גם לאחר ששוחרר מאשפוזו עבר עינב הליך שיקום ארוך ולכך אף התייחס בית המשפט המחוזי בציינו כי עדותו של עינב בבית המשפט ניתנה בשני מועדים וזאת לאחר שהחלים באופן חלקי בלבד מפציעתו הקשה. בית המשפט המחוזי הדגיש כי עדותו של עינב פוצלה לשתי ישיבות מחמת מצבו הפיזי המורכב. סבורני איפוא כי נתונים אלו תומכים בטענתה של המבקשת לפיה מצבו הרפואי של עינב לא איפשר השתתפותו של עינב בעימות אם במהלך אשפוזו ואם לאחר מכן, במהלך שיקומו.

ברם, גם אם ניתן היה לקיים עימותים בין עינב לבין העדים האחרים בפרשה זו, הלכה היא כי מחדלי חקירה אין בהם כשלעצמם כדי להביא לזיכוי של נאשם, אם חרף מחדלי החקירה הונחה תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו בעבירות שיוחסו לו [ראו למשל: ע"פ 7164/07 אלהוושלה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.8.2008)], פסקה 8 והאסמכתאות הנזכרות שם; עוד ראו לאחרונה פסק דינו של השופט נ' סולברג בע"פ 8447/11 סולימאן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 24.9.2012), פסקה 23 והאסמכתאות הנזכרות שם]. יש לבחון בעת בדיקה של טענה בדבר מחדלי חקירה את השאלה האם המחדלים הנטענים הם חמורים במידה המעוררת חשש שהגנת הנאשם קופחה כיוון שהתקשה להתמודד כראוי עם חומר הראיות העומד נגדו או להוכיח את גרסתו שלו. בדיקה זו נעשית תוך שקלול המחדלים הנטענים על רקע התשתית הראייתית שהונחה לפני בית המשפט [כן ראו פסק דינו של השופט נ' סולברג בע"פ 2489/12 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.8.2012), פסקה 25]. ראשית, מסקנתי היא כי במקרה דנן התגבשה תשתית ראייתית מספקת להרשעתו של המערער על אף אי עריכת עימותים. סבורני כי לא ניתן לומר שמדובר במחדל חקירה שקיפח את הגנתו של המערער. מבלי לגרוע מחשיבותו של העימות המשטרתי, שהוכיח עצמו במקרים אחדים ככלי אפקטיבי, הרי שהעדים הרלבנטיים הועמדו לחקירת הסנגור בבית המשפט המחוזי וגם בכך יש לטעמי כדי להפחית מחומרתו של הפגם הנטען. שנית, על אף שבסוף חקירתו האחרונה הסכים המערער לערוך עימות, הרי שבמשך כל חקירתו המשטרית הוא בחר למלא פיו מים ושתק תוך שהפגין אי שיתוף פעולה עם חוקריו. בנסיבות אלה ספק אם ניתן לזקוף לחובת המשטרה אי עריכת עימות בין המערער לבין עינב.

67. אשר על כן, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות וכך אמליץ לחבריי לעשות.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.

כפי שמציין חברי, השופט י' דנציגר, בית המשפט המחוזי עשה מלאכתו נאמנה באופן יסודי ומקיף, ולפי כל אמת מידה אין עילה להתערב בקביעותיו ובמסקנותיו. מצטרף אני לקביעותיו של חברי – המבוססות על ניתוח מפורט של חומר הראיות – באשר למהימנותו של הזיהוי, ובאשר לתוספת הראייתית הקיימת בנסיבות העניין.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי השופט י' דנציגר ולהערוותיו של חברי השופט ע' פוגלמן.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, א' בכסלו תשע"ג (15.11.2012).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט