

בית המשפט הצבאי לערעורים תיק מס': 2314/15 ואח'

בפני כב' השופט: סא"ל רונן עצמון

**המערערים: 1. זין השאם חליל אבו מאריה, ת"ז XXXXXXXX**

**2. מוחמד אחמד חליל אבו האשם, ת"ז XXXXXXXXXX**  
(באמצעות ב"כ עו"ד נרי רמתי)

נגד

**המשיבה: התביעה הצבאית**  
(באמצעות ב"כ סגן נתנאל יעקב-חי)

ובענין

**התביעה הצבאית**  
(באמצעות סגן נתנאל יעקב-חי)

נגד

**מוחמד אחמד חליל אבו האשם, ת"ז 859493918**  
(באמצעות ב"כ עו"ד נרי רמתי)

ערעורי ההגנה על הכרעות הדין וגזרי הדין של ביהמ"ש הצבאי ביהודה

(בפני כב' השופט רס"ן חיים בלילטי)

בתיק מס' 1767/15 ובתיק מס' 1789/15

וערעור התביעה על קולת העונש בתיק מס' 1767/15

מיום 15.07.15

(ערעורי ההגנה התקבלו והמערערים זוכו מחמת הספק)

תאריך הישיבה: 16 באוגוסט 2015, א' באלול התשע"ה.

חקיקה שאזכרה:

[פקודת הראיות \[נוסח חדש\], תשל"א-1971: סע' 10א](#)

## נימוקי פסק הדין

לאחר ששמעתי את טיעוני הצדדים ועיינתי בחומר הראיות, קיבלתי את ערעורי ההגנה, וזיכיתי את המערערים מחמת הספק. להלן נימוקיי לזיכוי.

### ההליך בערכאה הראשונה

בבית המשפט קמא הואשמו שני המערערים בעבירה של זריקת חפצים, לפי סעיף 212 לצו בדבר הוראות ביטחון. המערער 1 – זין אבו מאריה – הואשם בכך שבמהלך מבצע "צוק איתן" השליך אבנים לעבר כוחות הביטחון בצוותא עם אחרים. לפי כתב אישום מתוקן, המערער 2 – מחמד אבו האשם – הואשם בכך שבתקופה שבין יוני לאוגוסט 2015, במסגרת הפרת סדר המונית, השליך אבנים לעבר חיילי צה"ל.

המערערים כפרו באישומים נגדם ונשמעו עדי תביעה בתיק. כיוון שכתבי האישום הסתמכו על אותה אמרה של עד תביעה, ועל אותם חיזוקים ראייתיים, הסכימו הצדדים לנהל את משפטיהם של שני המערערים במאוחד.

בפרשת התביעה העיד עד התביעה המרכזי, אברהים קוקאס. הוא התכחש לדברים שמסר בחקירתו המשטרתית, וטען כי אינו מכיר היטב את המערערים אלא היכרות שטחית בלבד, אינו זוכר חלקים נרחבים מחקירתו המשטרתית, וכי אם הפליל את המערערים הרי עשה זאת כדי לצאת מן הצינוק ולסיים את החקירה. בשל כך הוכרז העד כעוין לתביעה, והאחרונה ביקשה להגיש כראיה את אמרתו המשטרתית. אקדים ואציין כבר עתה, כי גם בחקירה וגם בבית המשפט איש לא שאל את העד שאלות, היכולות ללמד על יכולתו לזהות את המערערים במועד שבו ראה אותם משליכים אבנים.

החוקר שגבה את אמרתו של קוקאס העיד על הדרך שבה הוא גובה אמרות באופן כללי (שכן החוקר לא זכר את חקירתו המסוימת של העד קוקאס). בסופו של דבר קיבל בית המשפט קמא כראיה את אמרתו של העד קוקאס.

אמרה זו, מיום 4/2/15, היא הראייה המפלילה היחידה במשפטיהם של שני המערערים. העד הודה בביצוע מספר עבירות ביטחוניות חמורות, מסר את שמותיהם של אנשים שפעלו עמו, ופירט את המעשים שעשו יחדיו. סמוך לסוף אמרתו נשאל העד "האם אתה מכיר אנשים מבית אומר אשר השתתפו בזריקות אבנים ומולוטובים על הצבא?" על כך השיב:

"אני הייתי רואה בתקופת המלחמה על עזה האנשים הבאים אשר השתתפו בזריקות אבנים על הצבא בבית אומר: 1 – מוחמד אבו מאריה, כבן 19 שנים לערך, לו אח שמו יוסף. 2... - 3... - 4... – זין אבו חמזה אבו מאריה תושב בית אומר מרכז הכפר בכך 17 שנים לערך עובד בדיר כבשים. 5... - 8... – איהאב עווד – תושב בית אומר מרכז הכפר כבן 20 שנים לערך."

לא הייתה מחלוקת בין הצדדים על כך שהאנשים המוזכרים בחלק זה של האמרה הם המערערים.

בסיכומים להכרעת הדין טענה התביעה, כי יש להעדיף את אמרתו המשטרית של העד קוקאס על פני עדותו במשפט. לאמרה זו יש חיזוקים שונים, לרבות הודאה של איהאב עווד (שמופלל על ידי העד) כי השתתף בהפרות סדר בבית אומר באותה תקופה. העד המפליל מכיר את שני המערערים ואף מסר פרטים מזהים שונים, ולכן אין סכנה ממשית לטעות בזיהוי.

ההגנה העלתה טענות רבות נגד הראיות בתיק, אך ראוי להתמקד בטענתה העיקרית, לפיה האמרה המפלילה אינה כוללת פרטים, שיאפשרו להשתכנע כי העד זיהה את המערערים נכונה. נותרה אפשרות שהעד המפליל שיקר, או טעה – אפילו בתום לב – בזיהויים של המערערים, ולכן יש לזכות אותם מאשמה.

כב' השופט רס"ן חיים בליטאי כתב הכרעת דין מפורטת וברורה. הוא תיאר יפה את הראיות שהיו בפניו ואת מגבלותיהן; נימק היטב מדוע לא נתן אמון בעדויותיהם של העד קוקאס ושל המערער 2, וציין כי לא גיבש ממצאי מהימנות ברורים לגבי עדותו של המערער 1. עם זאת, העדיף את אמרתו המשטרית של העד קוקאס על פני עדויות עדי התביעה במשפט; כב' השופט בליטאי סקר את טיעוני הצדדים ודן בכל אחד מהם בכובד ראש.

פרק נכבד בהכרעת הדין הוקדש לדיון באפשרות של טעות בזיהוי. כב' השופט בליטאי קבע, כי אמרתו של העד קוקאס היא עדות ראייה ולא עדותו של שותף למעשה העבירה, שכן העד לא מסר שפעל **יחד** עמם, אלא רק **שואה** אותם משליכים אבנים. כיוון שהאמרה הוגשה לפי [סעיף 10א](#) **לפקודת הראיות**, נדרש לה חיזוק ראייתי. חיזוקים כאלה נמצאו בראיות התביעה הנוספות שהוגשו בהסכמה, ובהן הודאתו של איהאב עווד, ויומני מבצעים מן התקופה הרלוונטית. ראיות אלה אינן מתייחסות בהכרח לאותם אירועים שבהם מואשמים המערערים, אך הן מחזקות באופן כללי את אמינותה של אמרת העד קוקאס.

עוד נכתב בפרק זה של הכרעת הדין, כי להערכתו של השופט בליטאי, העובדה שהעד קוקאס מכיר את המערערים "מקטינה באופן בלתי מבוטל את החשש לטעות מצידו בזיהויים". הוא שלל את האפשרות שמדובר בתעוועי זיכרונו של העד, מאחר שאין מדובר בהיתקלות אקראית ברחוב אלא בהיכרות רבת שנים, שבמהלכה התראו העד והמערערים לעיתים קרובות. עוד כתב כי לדעתו "הפסיקה שאליה הפנה הסנגור בדבר הצורך בבחינה אובייקטיבית המאפשרת זיהוי הנאשם בעת ביצוע העבירה אינה הדעה הרווחת בקרב שופטי בית המשפט העליון ואינה משקפת את ההלכה הנוהגת הפסוקה". בנוסף ציין, כי כיוון שהעד והמערערים משתייכים לאותה קבוצה "אתנית-חברתית" קטן עוד יותר הסיכון לטעות בזיהוי.

השופט קמא לא התעלם ממחדלים של רשויות החקירה, וציין כי היה צריך להעמיק את החקירה בנוגע לייחודי האבנים, כדי לאפשר בחינה מדוקדקת של נסיבות האירוע. אך כיוון שההגנה לא הציגה ראיות שבכוחן לסתור את מהימנות הפרטים שעלו באמרתו של קוקאס, לא ראה השופט לנכון לשלול את המשקל המפליל של האמרה. עם זאת ציין, כי בכל מקום שבו היעדר פירוט בראיות אינו מאפשר קביעת ממצא ברור, הניח את ההנחה המטיבה עם ההגנה.

לסיכום, כתב השופט קמא כי "גם אם ניתן להעלות אי אלו ספקות באשר לזיהוי הנאשמים על ידי העד קוקאס, הרי שאין מדובר בספקות משמעותיים...". הוא הרשיע את המערערים בעבירות שיוחסו להם, אך ציין כי בהיעדר פירוט, הוא מניח לטובת הנאשמים שכל אחד מהם השתתף באירוע אחד של השלכת אבנים, לא בצוותא עם אחר ולא במסגרת הפרת סדר המונית.

בהתאם להרשעה זו, על המערער מס' 1 גזר השופט קמא 8 חודשי מאסר בפועל, שתחילתם בסיום עונש מאסר קודם, שנשא באותה עת, וכן 9 חודשי מאסר על תנאי וקנס של 1,500 ₪. על המערער מס' 2 גזר 8 חודשי מאסר בפועל, הפעיל מאסר מותנה מתיק קודם, וכן מאסר מותנה שנגזר בתיק ישן עוד יותר, ואשר בשל טעות לא הופעל במשפט הקודם. בנוסף גזר על המערער 12 חודשי מאסר מותנה וקנס של 1,500 ₪.

### טיעוני הצדדים בערעור

ההגנה מיקדה את הערעור באפשרות שהעד המפליל קוקאס שגה – אפילו בתום לב – כאשר זיהה את המערערים כמי שהשליכו אבנים לעבר כוחות הביטחון.

לטענתו של הסנגור המלומד, עו"ד נרי רמתי, פרויקט החפות בארה"ב הוכיח כי יש שיעור ניכר של הרשעות שווא, הנובעות מטעות בזיהוי על ידי עדי ראיה; עד ראיה יכול לדבר בביטחון רב גם על דברים שלא קרו במציאות, ואנשים משלימים פרטים חסרים מניסיונם, ולפי מה שנדמה להם כהגיוני; אנשים טועים גם בזיהויים של אנשים המוכרים להם, וחלק ניכר מן ההרשעות שבוטלו בארה"ב הסתמכו על עדים, שלכאורה הכירו את הנאשם.

בתיק הנוכחי, העד המפליל הזכיר באמרתו רק את הפרטים המזהים את המערערים ולא פירט את מעשיהם, או כיצד זיהה אותם. כיוון שמדובר באנשים שהיכרות ביניהם אינה קרובה, משקלו של הזיהוי נמוך ממשקלו של זיהוי אדם מוכר. אם היה נשאל העד על הדרך בה זיהה את המערערים ייתכן שהיינו יכולים להעריך את טיב הזיהוי, אך הדבר לא נעשה. יש להניח לטובת הנאשם שהזיהוי נעשה בתנאים לא טובים. ייתכן שהעד מתבלבל עם אירועים שעליהם כבר הורשעו המערערים בעבר (המערער 1 הורשע בשנת 2011 והמערער 2 הורשע בשנת 2013, שניהם בעבירות של יידוי אבנים). לטענתו, בית המשפט לא צריך להשלים עם חקירות שאין בהן פרטים מזהים, אלא צריך לזכות נאשמים, ובכך לגרום לחוקרים לעשות את מלאכתם להבא בצורה מקצועית יותר.

לעניין העונש טען הסנגור הנכבד, כי בית המשפט קמא נאלץ להניח שורה ארוכה של הנחות לטובת המערערים, בגלל שלא היו בפניו נסיבות כלשהן של העבירות. על סמך הנחות שכאלה קשה לקבוע מתחם עונש הולם, ומכל מקום על המתחם להיות תואם לעבירות קלות, ועל העונש להיות בצד הנמוך של המתחם.

התביעה הצבאית טענה, כי הגם שאמרתו של העד קוקאס חסרה פרטים שונים, די בה כדי לבסס הרשעה, שכן אמרות אחרות של אותו עד מלמדות כי הוא היה זהיר מאד בדבריו, ולא הפליל

אנשים אלא אם כן היה בטוח בזיהויים: כשסיפר שהשתתף בהשלכת חפצים לעבר עמדה של צה"ל אמר שלא ראה אם היו במקום חיילים, משום שהתאורה הייתה חלשה. כשסיפר העד על מקרה שבו השליך אבנים ביחד עם אחרים, אמר שלא זיהה איש משום שמרביתם היו רעולי פנים. במקום אחר הוא ציין כי שמע דברים מפי אחרים, ולכן אינו בטוח בנכונותם. נראה אפוא, כי מדובר בעד שלא היה מפליל את המערערים לולא היה בטוח בזיהויים. העד זיהה את המערערים, שהם אנשים שהכיר עוד קודם לכן, והדבר מפחית מן הסיכון לטעות. ואכן, אדם אחר שהופלל בידי העד – איהאב עווד – הודה במעשים שייחס לו העד.

הגם שהיו מחדלי החקירה במקרה זה, הם לא פגעו ביכולתם של המערערים להתגונן. ההגנה יכולה הייתה להעלות שאלות בנושאים השנויים במחלוקת, והיא לא עשתה זאת. הפסיקה קובעת, כי גם אם מחדל חקירה פוגע בהגנה, התגובה לכך אינה בהכרח זיכוי וגם לא ההנחה הטובה ביותר להגנה, אלא הנחה סבירה המתיישבת עם עמדת ההגנה. גם אין צורך לחפש ספקות בלתי סבירים, כאשר העובדות ברורות ולא עולה מהן ספק סביר.

בנוגע לערעור התביעה על קולת עונשו של המערער 2 (מחמד), טען התובע, כי גם לאחר שבית המשפט קמא הניח הנחות שונות לטובת המערער לגבי נסיבות ביצוע העבירות, העונש שגזר קל מדי. זאת, בייחוד בהתחשב בעברו הפלילי של המערער. למערער מס' 2 זוהי הרשעה רביעית באותן עבירות, בתוך 3 שנים. לאחר שלא ידע לנצל את ההזדמנויות שנקרו בפניו, היה מקום להחמיר מאד בעונשו במקרה זה. חפיפת עונשי המאסר המותנים שהופעלו – הייתה שגויה.

### דין והכרעה

כפי שצינתי כבר בתיאור ההליך בערכאה הראשונה, כבי' השופט בלילטי ניתח היטב בהכרעת הדין את הסוגיות שעמדו בפניו. לא ראיתי סיבה לחלוק על מסקנותיו בנוגע למהימנותם של העדים והמערערים שהעידו בפניו. לא מצאתי טעות בבחירתו להעדיף את אמרתו המשטרית של העד קוקאס על פני עדותו בבית המשפט. הסכמתי גם עם דבריו על מחדלי החקירה ועל משמעותם של מחדלים כאלה.

אני חולק על כבי' השופט קמא רק בסוגיה אחת: המשקל שיש לתת לאפשרות, שהעד המפליל קוקאס שגה בזיהוי המערערים.

### **טעות בזיהוי נאשמים - כללי**

עדותו של עד, שראה או חווה התרחשותו של אירוע מסוים, היא כיום ראיה כבדת משקל בהליך השיפוטי הפלילי. זיהוי של נאשם בידי עד ראיה לאירוע יכול להכריע משפט ולהוביל להרשעת הנאשם. עם זאת, הולכים ומתרבים הקולות, המטילים ספק במשקל שיש להעניק לעדות ראיה יחסית לראיות נסיבתיות. הם מצביעים על כך ש"זיהוי" הוא עדות סברה (שכן הקביעה כי האדם שנראה באירוע הוא הנאשם ולא אחר, היא **מסקנה** והשערה של העד), וכי הזיהוי עשוי להיות מוטעה בשל מגוון גדול של גורמים. חוקרים שונים טוענים, כי זיהוי שגוי בידי עדי ראיה הוא הסיבה העיקרית להרשעות שווא (ראה מאמרם המעניין של דורון מנשה ורביע עאסי, **טעות בזיהוי**

**חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה** (משפטים לה(1) תשס"ה 205, בעמ' 211 ואילך, ומאמרים המוזכרים בו, בהערת שוליים 15). לפי הערכות שונות, כמחצית מן ההרשעות שהתגלו בדיעבד כשגויות נבעו מטעויות בזיהוי הנאשם בידי עדי ראיה. כחמישית מהן היו בעבירות רצח (ראה מנשה ועאסי, שם, בעמ' 211-212). באתר האינטרנט של פרויקט החפות בארה"ב (innocenceproject.org) נכתב, כי לזיהוי שגוי בידי עדים היה חלק ביותר מ- 70% מן ההרשעות, שבוטלו בעקבות בדיקות DNA.

יכולתו של עד תביעה להצביע על אדם כמי שביצע מעשה עבירה, מושפעת מגורמים רבים. היא מותנית ביכולתו להבחין (לראות או לשמוע) וגם לשים לב למבצע העבירה ולסימנים המזהים אותו; ביכולתו של העד לזכור סימנים אלה לאורך זמן; ביכולת לשחזר אותם בצורה מדויקת (במסירת פרטים מזהים למשטרה, או בגיבוש תמונת קלסטרון); וביכולת להבחין בין סימנים מזהים של הנאשם לבין סימנים דומים, של אנשים שאינם מעורבים במעשי העבירה (למשל, במסדר זיהוי חי או במסדר תמונות). שגיאה בכל אחד מן השלבים הללו עלולה להוביל לטעות בזיהוי.

רבות נכתב בפסיקה על הדרכים בהן יש לנהוג כדי לוודא, שעד תביעה מפליל אכן זיהה נכונה את הנאשם העומד לדין. (ראה למשל הניתוח ב- [ע"פ 2957/10 שחדה אל אטרש נ' מ"י](#) (פורסם בנבו, 30/5/201); ו- [ע"פ 8902/11 ניר חזיזה נ' מ"י](#) (פורסם בתקדין, 15/11/2012). תחילה יש לבחון את מהימנות העד המזהה, ורק לאחר מכן יש לבחון את טיב הזיהוי. אם שוכנע בית המשפט כי העד המזהה אינו מעוניין להטעות את בית המשפט, וכי הוא מהימן מספיק כדי לבסס על דבריו ממצאים בעלי משקל, יש לבחון את יכולתו לזהות, לזכור ולשחזר נכונה את דמותו של הנאשם.

כאן המקום להעיר, כי אני סבור שכב' השופט בלילטי שגה, כאשר כתב בהכרעת הדין כי "הפסיקה אליה הפנה הסנגור בדבר הצורך בבחינה אובייקטיבית המאפשרת זיהוי הנאשם בעת ביצוע העבירה אינה הדעה הרווחת בקרב שופטי בית המשפט העליון". עיון בפסיקה ובספרות המשפטית מלמד, כי הגישה הרווחת אכן מחייבת לבחון את הנסיבות בעת ביצוע העבירה, כדי לבדוק אם העד יכול היה לקלוט את פרטיו של העבריין ולזכור אותם מאוחר יותר. לדעתי, האסמכתאות שהזכיר השופט קמא בהכרעת דינו אינן תומכות בגישתו המסתייגת, אלא דווקא בגישה המחייבת את בית המשפט להשתכנע בכך, שהתנאים בעת ביצוע העבירה מבטיחים זיהוי נכון.

היכולת לזהות נכונה מושפעת הן מן התנאים האובייקטיביים ששררו בעת שהתרחש האירוע הנדון, והן מן היכולת הסובייקטיבית של העד להבחין בפרטים ולזכור אותם לאחר מעשה. גם אם העד בעל זיכרון מעולה, יכולת לשחזר פרטים בדיוק ויכולת להבחין בין אנשים דומים, עדיין אין בכך די כדי להרשיע על פי עדותו. ייתכן שבעת האירוע לא יכול היה העד לראות נכונה את דמותו של העבריין – בשל שדה ראייה חסום, זמן חשיפה קצר, תנאי תאורה גרועים, מרחק רב או ראייה חלשה, זווית עמידתו של העבריין וכו'. ייתכן שתנאי הראות היו מספקים, אך העד לא שם לבו לפרטים הדרושים כדי לזהות נכונה את העבריין, בשל סערת רגשות או בשל אירוע שהתרחש בו-

זמנית והסיח את דעתו. במקרה כזה, הפגם בקליטת הפרטים הנכונים בתודעתו של העד מתרחש בשלב הראשון של תהליך הזיהוי, והוא יפגום משמעותית בנכונות הזיהוי בכל אחד מן השלבים שלאחריו.

מחקרים מן השנים האחרונות ופרויקט החפות בארה"ב מלמדים, עד כמה שברירת היא יכולתו של אדם לזהות נכונה אנשים אחרים. הזיכרון האנושי מושפע מזיכרונות אחרים, מהשלמת פרטים לפי ההיגיון ולפי מה שהיה מצופה שיקרה, מדברי אחרים, ועוד (ראה סקירת מאמרים ב- דורון ועאסי, **טעות בזיהוי חזותי של חשודים**, מעמ' 251 ואילך, וראה ממצאים ומחקרים באתר האינטרנט של פרויקט החפות [innocenceproject.org](http://innocenceproject.org)).

אנשים רבים אינם מודעים לגורמים שעלולים לגרום להם לשגות בזיהוי, והם עלולים לבטא ביטחון רב ובלתי מוצדק בנכונות הזיהוי שלהם. למעשה, מחקרים מעלים שעד המבטא ביטחון רב בזיהוי אינו בהכרח מדויק יותר מעד המבטא פחות ביטחון (ראה א' לוי, **עדות ראיה למשפטנים**, הוצאת אקדמון, 2005 בעמ' 53 והמחקרים המוזכרים שם). מסיבה זו, לא די להסתמך על דברי עד התביעה המפליל, כי הוא "בטוח במאה אחוז" בנכונות הזיהוי, אלא יש לבחון ככל האפשר אם התנאים האובייקטיביים אפשרו זיהוי נכון של העבריין.

כפי שנפסק לא אחת, האחריות לוודא שהזיהוי היה נכון מוטלת על בית המשפט. התביעה אמנם צריכה להביא את הראיות המתאימות, אך **בית המשפט** הוא שצריך להשתכנע כי הזיהוי נעשה בתנאים, שמבטיחים זיהוי נכון ושוללים זיהוי שגוי. בית המשפט העליון כתב על כך גם ב- ע"פ אל **אטרש הנ"ל**:

*"... גם אם השתכנע בית המשפט כי מדובר בעד מהימן עדיין מוטלת על בית המשפט החובה לערוך בחינה נוספת ומדוקדקת באשר לתנאים ולנסיבות האובייקטיביות שהתקיימו בעת ביצוע העבירה, ולשאול את עצמו האם בנסיבות אלה ניתן לסמוך על הזיהוי כעדות יחידה".*

ראיתי לנכון להעיר עוד שתי "הערות אזהרה" בנושאים, שלדעתי לא דייק בהם בית המשפט קמא בהכרעת דינו. האחד הוא המשמעות של היכרות מוקדמת בין העד לבין הנאשם, והשני הוא המשמעות לכך שהעד והנאשם באים מאותו רקע "אתני-חברתי" כהגדרתו של בית המשפט קמא.

כאמור, לאחר שבית המשפט קמא קבע, שהעד המפליל הכיר את המערערים היכרות מוקדמת, הוא ראה בכך גורם המפחית את הסיכון לטעות בזיהוי. יש לשים לב למשמעות המוגבלת של ההיכרות המוקדמת במקרה זה. כאשר אדם מעיד, כי ראה אדם המוכר לו, **אין מדובר בעובדה, אלא במסקנה, המבוססת על סברה**. אדם אינו רואה "אנשים מוכרים"; הוא רואה קווי-מתאר, צבעים ותנועות; מחיבורם של מאפיינים אלה במוחו הוא עשוי **להסיק** כי בפניו אדם, ואם יש בזיכרונו אנשים בעלי מאפיינים דומים, הוא עשוי **להסיק** כי מדובר באדם מוכר. מכאן ברור גם, כי אם היו פגמים בהבחנה הראשונית במאפייניה של הדמות (למשל, משום שהמקום היה חשוך, או שהעד הבחין בחטף בבגד שיש לאדם המוכר לו, ולא לקח בחשבון את האפשרות שאדם אחר לבש פריט דומה), תיתכן טעות גם במסקנות שינבעו מההבחנה הלקויה. עוד אפשר להבין, כי

האמירה, שבשל העובדה שהמדובר באדם מוכר, האפשרות לטעות נמוכה יותר – היא במקרים רבים בבחינת כשל לוגי של הנחת המבוקש.

לכן, נוהרו בתי המשפט וקבעו, כי היכרות מוקדמת בין העד לבין הנאשם עשויה להפחית את הסיכוי לטעות, אולם "סוגיית הטעות 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" (ע"פ 4384/93 מליקר נ' מ"י (פורסם בנבו, 25/5/1994)).

למיטב הבנתי, להיכרות המוקדמת יש משמעות רק כאמצעי לזכור את מכלול הפרטים שהעד ראה, וכאמצעי לשחזר אותם מאוחר יותר. אם העד הסיק כי הדמות שראה היא אדם שמוכר לו, הרי במקרה שיצטרך לשחזר את דמותו של אותו אדם (באמרה משטרתית או במסדר זיהוי) הוא לא יצטרך להתאמץ ולשחזר אוסף של פרטי זיהוי שונים, אלא יוכל להשתמש בדמות הנמצאת בזיכרונו. הדבר מקטין את הסיכון לטעות רק במקרים שבהם אין ספק ביכולתו של העד להבחין בפרטי הדמות שראה ולקשר אותה לדמות שבזיכרונו.

במאמר מוסגר אציין, כי מקרים, שבהם חיילים ירו בחבריהם ליחידה בשל טעות בזיהוי – הם דוגמאות כואבות מאד לכך, שהקביעה אם דמות "מוכרת" או "לא מוכרת" היא **מסקנה**, וכי נכונות המסקנה מותנית בנסיבות בעת הזיהוי. בחלק מאותם מקרים עצובים, למרות ההיכרות המוקדמת והטובה בין היורה לבין הנפגע, תנאים שונים – בעיקר חשיכה, ראות לקויה ולחץ נפשי – גרמו לטעות בזיהוי. היורה הרגיש כה בטוח בזיהוי (השגוי) שלו – עד שהיה נכון לירות ולהרוג את הדמות שבפניו.

לאור זאת, ראוי שבתי המשפט יהיו מודעים לכך שזיהוי של אדם "מוכר", או זיהוי "ודאי", הם **מסקנה וסברה**, ויש לבחון את הבסיס למסקנה זו. בית המשפט צריך להשתכנע, כי הנסיבות האובייקטיביות בעת האירוע מצדיקות מתן משקל גבוה למסקנתו של העד, כי מה שראה היה אדם, וכי אדם זה הוא הנאשם.

הערתי השנייה נוגעת כאמור למשמעותה של השתייכות העד לקבוצה האתנית שאליה משתייך גם הנאשם. מחקרים אכן גילו, כי יש משמעות להשתייכות כזו, אך לא במובן שהזכיר בית המשפט קמא. אנשים מזהים טוב יותר אנשים השייכים לגזע שלהם, ככל הנראה משום שהדמיון הכללי בין המזהה למזוהה גורם לכך שהמזהה מסוגל להתמקד בפרטים משניים וייחודיים, שעשויים לסייע בזיהוי מאוחר יותר; ואילו מזהה שאינו מאותה קבוצה אתנית מתמקד קודם כל בפרטים הבולטים – צבע העור, סוג השיער ומבנה הפנים השונה – ופחות בפרטים המשניים, שיאפשרו לו להבחין בין אנשים שונים בתוך אותה קבוצה אתנית. מסיבה זו, במסדרי זיהוי אנשים לבנים מתקשים לזהות נכונה חשודים אפרו-אמריקנים, ויהודים מתקשים לזהות ערבים. (ראה סקירה במאמרם של מנשה ועאסי, בעמ' 260)



מכאן שהמשמעות של הקבוצה האתנית הדומה תתבטא בעיקר בשלב קיבוע הדמות בזיכרונו של העד, ובשלב שחזור פרטי הדמות, לצורך השוואה עם דמותו של חשוד. לא יהיה בכוחו של הדמיון האתני להתגבר על פגמים בשלב של **קליטת** הדמות בחושיו של העד, (הקודם לשלב הקיבוע בזיכרונו). בדומה לנאמר בנוגע לזיהוי אנשים "מוכרים", גם הקביעה כי המזוהה הוא בן לאותה קבוצה אתנית כמו העד, היא **מסקנה ולא עובדה**. נכונותה של המסקנה הזו תלויה במידה רבה בתנאים שבהם ראה העד את העברין. אם תנאי הראות היו גרועים, ואי אפשר היה להבחין נכונה בגוון העור או במבנה הפנים של העברין, יהיה על בית המשפט להסיק, כי העד לא יכול היה להבחין שהעברין הוא בן לאותו עדה, ולכן לא תהיה משמעות לכך שהעד והנאשם הם בני אותו עם או עדה.

**סיכום ביניים:** עדות ראייה המזוהה את הנאשם כמי שביצע עבירה היא עדות סברה ומסקנה. בית המשפט צריך לבחון את נכונותה של סברה זו על ידי בדיקת העובדות וההנחות שעומדות בבסיסה. זיהוי נכון של נאשם מותנה קודם כל בקיומם של תנאים נאותים לקליטת פרטיו של העברין בעת האירוע. על היכולת לקלוט נכונה את דמותו של העברין משפיעים גם תנאים חיצוניים (תאורה, חסימת שדה הראייה, מרחק, זמן חשיפה, כיוון עמידתו של העברין) וגם גורמים פנימיים (לחץ נפשי, הסבת תשומת הלב לאירוע מסעיר אחר, קשיי ראייה, ערפול ההכרה וכדומה). אם בעת האירוע העברייני שררו תנאים שלא אפשרו את קליטת דמותו של העברין במוחו של העד – יש בכך כדי להשפיע על משקלו של הזיהוי, עד כדי שלילתו המוחלטת.

היכרות מוקדמת בין הנאשם לבין עד הראיה והשתייכות לאותה קבוצה אתנית אינן יכולות להועיל, מקום בו מלכתחילה לא היו תנאים המאפשרים לראות את המאפיינים הייחודיים של העברין.

#### על הספק הסביר – תזכורת קצרה

כידוע, עקרון חשוב של המשפט הפלילי הוא, שאין מרשיעים אדם אלא אם הוכחה אשמתו מעבר לספק סביר. תיקון 45 לצו בדבר הוראות ביטחון עיגן עקרון זה בדיני האזור בסעיף 107ב לצו. נטל השכנוע במשפט הפלילי מונח כל העת על כתפי התביעה. היא שצריכה להוכיח את אשמתו של הנאשם, ולשם כך עליה להציג תשתית ראייתית שאינה מותירה מקום לספקות משמעותיים. אמנם לא נדרשת ודאות מלאה באשמתו של הנאשם, אך נדרשת רמה גבוהה של ודאות. כדי להיות מזוכה בדיון, צריך הנאשם לעורר ספק סביר בנכונותה של התשתית הראייתית, או בנכונות גרסתה של התביעה. רבות נכתב על מהותו של הספק הסביר, מה עשוי לעורר אותו, ואיזה ספק לא יצדיק זיכוי בדיון. לא ראיתי מקום להרחיב בעניין זה, הנדון היטב בספרו של י" קדמי, **על הראיות**, מהדורת 2009, חלק רביעי, עמ' 1674 ואילך (וראה גם גישות שונות למהותו של הספק הסביר בספרם של יורם רבין ויניב ואקי, "**דיני עונשין**", מהדורת 2014, כרך ב' מעמ' 1061)

נפסק לא אחת, כי ספק סביר להיות מעוגן בראיות, ולא די באפשרויות תיאורטיות גרידא. אולם הספק יכול לעלות מראיות התביעה כשלעצמן, או מחסר בראיות התביעה. תנאי ראשון להרשעה הוא, שהתביעה הציגה תשתית ראייתית מוצקה לתמיכה בגרסתה. אם גרסתה של התביעה אינה מבוססת על ראיות בעלות משקל משמעותי, הרי במקרים מסוימים אפשר לסתור

את גרסתה על ידי העלאת טענות הגיוניות, הנסמכות על ניסיון החיים, ולא בהכרח על ראיות סותרות שתביא ההגנה

כך למשל, אם התביעה לא העידה את גובה אמרתו של הנאשם, ולא ביססה את טענתה שהודאתו ניתנה "חופשית ומרצון", יכול הנאשם להסתפק בהעלאת הטענה, כי האמרה לא נגבתה בתנאים כאלה, ולא תמיד יידרש להביא ראיות שיתמכו בטענה זו. הוא הדין במקרה שבו הואשם אדם בהחזקת נשק, אך התביעה לא הוכיחה כי החפץ שהחזיק היה מסוגל להמית אדם. הנאשם יוכל להסתפק בהעלאת הטענה, כי התביעה לא הוכיחה מעבר לספק סביר שמדובר בנשק, ולא בהכרח יצטרך להצביע על עיגון לטענתו בחומר הראיות.

כאשר מדובר בעד ראיה שהפליל את הנאשם, על התביעה להוכיח שאפשר לתת משקל לעדות זו – שהעד אמין, ושהזיהוי נעשה בתנאים המבטיחים את נכונותו. כמו בנוגע לנסיבות גבייתה של הודאת חוץ של נאשם, גם בנוגע לעדות ראיה, אין סיבה להניח מראש לטובת התביעה, כי העד אמין או כי הזיהוי נעשה בתנאים מיטביים. על התביעה לספק ראיות שיבטיחו – לפחות באופן ראשוני – כי אפשר לסמוך על העד ועל הזיהוי. לא בכדי מתנהלים משפטים שלמים ונחקרים עדים בחקירות שתי וערב על הזווית בה ראו את האירוע, על תנאי התאורה בזירה, על מרחקו של העד מן האירוע, ועל טיב ראיתו וזיכרונו של העד. אם לא הוכחו בבית המשפט פרטים כלשהם שבכוחם לשכנע בנכונות הזיהוי, יכולה ההגנה בנסיבות מסוימות ליצור ספק סביר בנכונות הזיהוי גם מבלי להוכיח מה היו התנאים בעת האירוע, או מהי יכולת הזיהוי של העד.

### מנ הכלל אל הפרט

במשפטים של המערערים הוכיחה התביעה הצבאית, שהעד המפליל אברהים קוקאס אמר בחקירה במשטרה כי בתקופת המלחמה על עזה ראה את המערערים "השתתפו בזריקות אבנים על הצבא". בשל הכחשותיהם הגורפות של העד ושל המערערים – אין פרטים נוספים על האירוע ועל הזיהוי מלבד דברים אלה.

הראיות האחרות שבתיק הן הוכחות לכך שהיו אירועי הפרת סדר וזריקת אבנים בכפר בתקופת מבצע "צוק איתן"; איהאב עווד - אחד האנשים שהעד קוקאס הפליל - הודה שהשליך אבנים; יש חיזוקים לפרטים שונים באמרותיו של העד, על עבירות **אחרות** שעבר יחד עם מספר שותפים. בנוסף, טענה התביעה בערעור, כי העד קוקאס לא הפליל אנשים בעבירות כאשר תנאי התאורה לא היו טובים או כאשר הם היו רעולי פנים, וגם בכך ראתה חיזוק למהימנותו של העד. בית המשפט קמא קבע, כי בין העד המפליל לבין המערערים הייתה היכרות מוקדמת, וכי שניהם מאותו רקע אתני וחברתי. עוד קבע, כי במילים "בתקופת המלחמה על עזה" התכוון העד קוקאס למערכה שהייתה בשנת 2014 ולא קודם לכן. לא ראיתי סיבה להתערב בממצאים עובדתיים אלה.

בהיעדר ראיות נוספות על האירוע שבו ראה העד קוקאס את המערערים, הניח כב' השופט בלילטי – בהכרעת הדין ובגזר הדין - מספר הנחות כדי להגיע לממצאים מרשיעים, חלקם סותרים את מילותיו של העד כפשוטן: בית המשפט הניח, כי העד היה עד ראיה בלבד ולא שותף למעשיהם של המערערים; כי העד ראה כל אחד מן המערערים בהזדמנות **אחת**, מיידים **שתי** אבנים (כיוון שהעד

אמר "זריקות אבנים"); כי לא מדובר בהפרת סדר המונית; שהמעשים לא נעשו בצוותא עם אחר; כי האבנים לא פגעו ולא גרמו נזק כלשהו; עוד הניח כנראה בית המשפט, כי העד לא היה מפליל את המערערים לולא היה בטוח בזהותם; וכי אם צדק בהפללתו את איהאב עווד – הוא כנראה צודק גם בהפללתו את המערערים. עוד הניח, כי אם המערערים שיקרו בעדותם בפניו, היה זה משום שהם עברו את העבירות שמיוחסות להם, וכעת הם מנסים לחמוק מאחריות.

על הנחות אלה – שעולות בבירור מפסק הדין – נוספה בהכרח ההנחה, שהעד קוקאס ראה את המערערים בנסיבות שאפשרו לו לזהותם מעבר לספק סביר. ללא הנחה כזו, לא תיתכן הרשעה.

עוד הניח בית המשפט בהכרח, כי לעד קוקאס זיכרון טוב, וכי גם בחלוף 7 חודשים מן האירועים עדיין לא היטשטש זיכרונו את האירוע, והוא לא מבלבל את מה שראה בזמן "צוק איתן" עם דברים שראה לפני כן או לאחר מכן.

במאמר מוסגר אציין, כי למעשה, באופן פרדוקסאלי, העובדה שהמערערים הורשעו בעבר מספר פעמים ביידוי אבנים, דווקא מסייעת להם במשפט זה: ייתכן שהעד המפליל מחבר בזיכרונו בטעות בין מקרים קודמים, שבהם ראה את המערערים משליכים אבנים, לבין אירועי יידוי אבנים שראה במהלך "המלחמה על עזה", כ-7 חודשים לפני שנחקר. ייתכן שהמערערים כבר הורשעו בגין יידויי האבנים שהעד ראה.

כמו כן, בית המשפט נאלץ לחמוק מלתת משמעות מדויקת למילים המעורפלות "השתתפו בזריקות אבנים על הצבא": הוא לא בחן מה בדיוק היה המעשה הפלילי שעשו המערערים. האם עמדו בצד ועודדו את חבריהם, או השליכו אבנים במו ידיהם? האם השליכו אבנים ממרחק רב או ממרחק קצר? האם השליכו לעבר עמדה מבוצרת, או לעבר חיילים חשופים? ושואל לעבר כלי רכב דווקא? האם כלי הרכב היו ממוגנים, נוסעים, או עומדים?

השאלה המרכזית בערעור זה היא אפוא, האם רשאי היה בית המשפט להניח את ההנחות שבבסיס הכרעת דינו, או שמא היה עליו לדרוש מן התביעה להוכיח מה היו הנסיבות בהן ראה העד את המערערים. האם רשאי היה להשתכנע כי הנסיבות מבטיחות זיהוי נכון, וכי העד התמקד במעשים שעליהם המערערים טרם נענשו. על שאלות אלה השבתי בזיכוי המערערים.

אכן, לא כל אמרה משטרתית של עד ראייה כוללת פירוט של נסיבות הזיהוי, ולא בכל משפט פלילי מתעורר ספק בנוגע לטיב זיהויו של העד. כשם שלא בכל משפט בעבירות סמים מתעוררת השאלה אם החומר שהחזיק הנאשם היה סם מסוכן, ולא תמיד עולה השאלה אם "מטען החבלה" שהניח הנאשם אכן הכיל חומר נפץ. אך במקרים שבהם מעלה ההגנה ספקות בנוגע לזיהוי, או בנוגע למהותו של חפץ כלשהו, צריכה התביעה להוכיח את טיבו. אם אין בידי התביעה ראיות להוכחת פרטיו של אירוע עברייני, או להוכחת הנסיבות שבהן ראה העד את האירוע שכתב האישום, **אין למלא חסר בראיות באמצעות הנחות מרשיעות.**

שאלתי עצמי מה צריכה להיות המשמעות לכך, שהסנגור עצמו לא שאל את העד המפליל שאלות על טיב הזיהוי. שהרי כלל ידוע הוא, שצד להליך צריך להביא ראיות לתמיכה בגרסתו, או לפחות

לשאול ולחקור את העדים בשאלה השנויה במחלוקת. הימנעות מלהביא עד או לשאול שאלות בנושא מהותי עשויה ליצור – בנסיבות מסוימות – חזקה כי העדות או התשובה לשאלה היו תומכות בגרסת הצד השני. (ראה י' קדמי, **על הראיות**, מהדורת 2009, כרך רביעי, מעמ' 1890, וכן מעמ' 1903). הסנגור לא שאל את העד המפליל אפילו שאלה אחת על הנסיבות שבהן זיהה - או לא זיהה - את המערערים. האם מכאן יש להסיק לחובתה של ההגנה, כי תשובת העד הייתה תומכת בגרסת התביעה ומלמדת על זיהוי ברור של המערערים?

אני סבור, כי בהימנעותו של הסנגור מלשאול את העדים על הנושא שעומד במרכז טיעוניו בתיק הזה, נטל הסנגור סיכון מסוים. היא גרמה לכך שאין שום בסיס עובדתי לטענותיו של הסנגור על טעות בזיהוי המערערים. אפשר היה לפרש הימנעות כזו לחובת ההגנה, ובמקרים המתאימים לראות בכך חיזוק לגרסת התביעה. לו הייתה התשתית העובדתית של התביעה מוצקה יותר, ייתכן שמחדלה של ההגנה והימנעותה מלברר את העובדות השנויות במחלוקת – היו בעוכריה.

אולם במקרה זה, לא ראיתי לנכון להרשיע את המערערים בהסתמך על התנהלות זו. ראשית, גם לו סברתי כי הסנגור שגה, כלל נקוט הוא בידיי, שטעותו של צד להליך – ותהיה זו התביעה או ההגנה - אינה צריכה להכריע את גורל ההליך הפלילי, כל עוד אפשר לתקן את הטעות (למשל, בהבאת ראיות נוספות שיבהירו את הטעון הבהרה). לו סברתי כי הסנגור טעה בהתנהלותו באופן שעלול להטות את תוצאות ההליך לרעת המערערים ללא הצדקה, הייתי מורה על החזרת התיק לערכאה הראשונה.

שנית, בעדותו בבית המשפט הכחיש העד קוקאס הכחשה גורפת את נכונות דבריו בנוגע למערערים, ציין כי הוא מכירם באופן שטחי בלבד ושלל את הפללתו אותם. לכן, אין סיבה טובה להניח, כי תשובתו לשאלות על הנסיבות בהן ראה את המערערים בהפרות סדר הייתה תורמת לגרסת התביעה דווקא.

שלישית, התשתית הראייתית שהציגה התביעה במקרה זה כה חסרה, עד שאפילו הייתה ההגנה חוקרת את העד על נסיבות הזיהוי (ושואלת בוודאי שאלות מנחות, המיטיבות עם ההגנה ולא עם התביעה), נראה כי הדבר לא היה משנה את תוצאות המשפט.

בהיעדר תשתית ראייתית מוצקה, כל שנדרש מן ההגנה היה להטיל ספק סביר במרכיב כלשהו של המעשה הפלילי, או בזיהויים של המערערים. לדעתי, בנסיבותיו של משפט זה, לא נדרשה ההגנה להביא ראיות משלה כדי להטיל ספק סביר בגרסת התביעה, ודי היה לה בהצבעה על החולשות בתשתית הראייתית של התביעה.

לאור כל זאת, אני סבור כי נותר ספק סביר בשאלה, האם זיהה העד קוקאס נכונה את המערערים כמי שידו אבנים לעבר כוחות הביטחון בשנת 2014. לכן, זיכיתי את המערערים מחמת הספק.

כיוון שהמערערים זוכו ועונשיהם בוטלו, אין צורך לדון בעונשים ובסוגיות שעוררו גזרי הדין.

בשולי פסק הדין ראיתי לנכון להעיר הערה כללית על משקלן של רשימות חשודים (רשימות מכולת") באמרות נחקרים. ההפלה הלאקונית של המערערים באמרתו של העד קוקאס אינה יוצאת דופן במחוזות השיפוט הצבאי באזור. לא אחת זכ"דים מחקירות השכ"כ ואמרות מחקירות המשטרה כוללים רשימות של שמות אנשים, שהנחקר חושד כי ביצעו עבירות; לעיתים מוסיף העד פרטים מזהים הידועים לו על החשודים הללו, אך לרוב לא מתוארים מעשי העבירה באופן מפורט, וגם קשה להבין מהו מקור ידיעתו של העד על המעשים. רשימות כאלה – בדומה להצבעה על חשוד באלבום העבריינים - יכולות להוות בסיס נאות לחקירה; לעיתים הן עשויות להצדיק מעצר לחקירה, ובמקרים מסוימים להוות ראיה לכאורה בשלב המעצר עד תום ההליכים.

אך פעמים רבות – כמו במקרה זה – לא די ב"רשימות מכולת" כדי לבסס הרשעה בפלילים. על הרשויות החוקרות ועל התביעה הצבאית להיות מודעות למגבלות הראייתיות של רשימות כלליות כאלה, ולא להסתפק בהן. יש לחפש עדים וראיות משמעותיות שיאמתו או יסתרו אותן, ויבהירו מה היו נסיבות האירוע וכיצד נודעו לנחקר. אני סבור, כי הגשת כתב אישום על סמך "רשימת מכולת" בלבד, גם אם יש לאמרה חיזוק "כללי", צריכה להיעשות לאחר שקילה זהירה, מתוך יושרה מקצועית, כדי שלא יתנהלו בבתי המשפט הצבאיים הליכים בלתי מוצדקים.

ניתן היום, 9 בספטמבר 2015, כ"ה באלול התשע"ה, בלשכה. מזכירות ביהמ"ש תעביר העתק פסק דין זה לידי הצדדים.

שופט

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

רונן עצמון 2314/15-54678313  
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה