



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייט

ע"פ 3055/18

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערער: ג'אבר אבו רקייק

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי באר שבע מיום
07.03.2018 בת"פ 42891-01-17 שניתן על ידי כבוד השופט
י' עדן

בשם המערער: עו"ד אסתר בר ציון

בשם המשיבה: עו"ד איתמר גלבפיש; עו"ד אושרה פטל-רוזנברג

בשם שירות המבחן
למבוגרים: עו"ס ברכה וייס

נימוקי פסק-דין

השופט נ' הנדל:

הקדמה

1. נפתח במסגרת. המערער הורשע על ידי בית המשפט המחוזי בבאר שבע (ת"פ 42891-01-17, כב' השופט י' עדן) בביצוע עבירת שוד לפי סעיף 402(א) לחוק העונשין. עונשו כלל מאסר בפועל לתקופה של 48 חודשים וכן מאסר על תנאי ופיצוי. הערעור על שני חלקי פסק הדין נקבע לדיון בפני בית משפט זה. לאחר שמיעת טענות הצדדים והפסקה הודענו על זיכוי המערער והוא שוחרר ממאסר באותו יום. הגיעה העת להציג את נימוקי ההכרעה.

נמשיך בעיקר. מטענות הצדדים עולה כי הרשעת המערער עומדת על עדות זיהוי של שוטר, שזיהה את המערער על סמך תצלומים שצולמו במצלמות אבטחה. העד המזהה

הצביע על המערער כמזוהה. האם נסיבות הזיהוי על היבטו הכפול – הפנימי והחיצוני – מאפשרות להצביע על המערער כמבצע העבירה מעל לכל ספק סביר? מה הערך הראייתי שיש ליחס לעדותו של עד כזה? התשובות לשאלות אלה הן היסוד לקיום ההרשעה או לביטולה.

רקע ופסק דינו של בית המשפט המחוזי

2. במתחם "ביג" בבאר שבע התרחש שוד בצהרי היום. אדם לבוש קפוצ'ון שחור שפניו מכוסות הגיח לעבר המתלוננת, וחטף ממנה את תיקה תוך שימוש בכוח. התיק הכיל, בין היתר, ארנק עם שלושה כרטיסי אשראי. מיד לאחר מכן נמלט השודד מהמקום. כתוצאה ממשיכת התיק נפלה המתלוננת ונחבלה בברכיה. פחות מחצי שעה לאחר מכן התקבל דיווח בחברת האשראי של המתלוננת, לפיו נעשה שימוש באחד מכרטיסי האשראי שנשדדו במכולת בעיירה תל שבע הסמוכה. צילומי מצלמות האבטחה במכולת מגלים כי בזמן הרלוונטי לשימוש בכרטיס האשראי נכנס למכולת אדם לבוש קפוצ'ון שחור. אותו אדם נצפה מסתובב מספר דקות במכולת ורוכש מוצרים שונים.

בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער, וקבע כי הוא זה שחטף את התיק מהמתלוננת. הכרעה זו התבססה על מספר ראיות. המרכזית שבהן היא עדות הזיהוי של שוטר – רס"ר יאיר בובליל – אשר טען כי הוא מזהה את המערער כמי שמופיע בצילומי מצלמות האבטחה שצולמו במכולת. יודגש כי השוטר לא היה חלק מצוות החקירה של המקרה. לפי המזכר שהגיש השוטר, הוא התבקש לצפות בסרטון מחנות המכולת יותר מעשרה ימים לאחר המקרה. לפי עדותו, כפי שהובאה בהכרעת הדין, הוא מכיר את המערער מעבודתו כבלש במשטרת באר שבע, אשר פועלת אף בעיירה תל שבע. הוא הוסיף כי זיהה את המערער בסרטון לפי שתי אינדיקציות – פניו וצורת הליכתו. נכון לציין כבר עתה כי פניו של מי שצולם במצלמות האבטחה היו מוסתרות באופן מלא או כמעט מלא, כך שלא ניתן היה לזהותן באמצעות צפייה בצילומי האבטחה. מכל מקום, לדברי השוטר הוא פגש את המערער מעל עשר פעמים בשנתיים האחרונות, בין היתר בביקור בביתו עת זה שהה במעצר בית בתיק אחר. עוד צוין כי השוטר זיהה את המערער מבלי שנאמר לו שמו של החשוד קודם לכן.

3. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי שתי ראיות נוספות מחזקות את ראיית הזיהוי.

אחת, חוקר שחקר את המערער "זמן רב", כלשונו, וצפה גם הוא בסרטוני מצלמות האבטחה. חוקר זה ציין כי הדמות שנקלטה בעדשת המצלמות "עונה לתיאורו" של המערער. בתגובה לשאלה בחקירה הנגדית, האם יש ספק בליבו כי מדובר במערער, השיב כי לא אמר שמדובר במערער, אלא כי הדמות "עונה לתיאור" שלו, וכי "תווי הפנים שלו עונים על תיאור של תווי הפנים של הבחור, הן מבחינת גובה, הן מבחינת פנים והן מבחינת הכל" (עמודים 65-66 לפרוטוקול). בית המשפט המחוזי קבע כי יש לתת לראיה זו "משקל בדמות חיזוק" לעדות הזיהוי של השוטר.

שנייה, עדות מומחה שהשווה בין פרטי לבוש שנמצאו בביתו של המערער לבין פרטי הלבוש שעל גופו של האדם שצולם במצלמות האבטחה. בביתו של המערער נמצאו ארבעה פרטי לבוש הדומים לפרטי הלובר של האדם שצולם במצלמות האבטחה – קפוצ'ון שחור, חולצה שחורה, מכנסי אדידס ונעלי ריבוק. ביחס לכל פריט קבע המומחה כי "אפשרי שמדובר באותו פריט הלובר". מסקנתו הסופית הייתה כי "עקב ריבוי פריטים בלתי תלויים קיימת סבירות גבוהה מאוד שמדובר באותם פרטי הלובר". המומחה ציין כי מסקנתו מתייחסת לתפוצת בגדי לבוש אלה "ברמה ארצית ביחס לכלל האוכלוסייה", ולא השיב לשאלת ההגנה כיצד הייתה עמדתו משתנה תחת ההנחה כי בנסיבות העניין מדובר בפרטי לבוש נפוצים. לנוכח זאת, קבע בית המשפט המחוזי כי אין לקבל את מסקנת המומחה, שכן קיימת חשיבות לשאלה האם פרטי הלובר נפוצים בקרב האוכלוסייה הרלוונטית. למרות זאת, קבע בית המשפט כי קיימת "סבירות גבוהה" (להבדיל מ"סבירות גבוהה מאוד") שמדובר באותם פרטי לבוש, וזאת על יסוד תשובת המומחה לפיה אם היה נמצא דמיון ביחס לשלושה פרטי לבוש במקום ארבעה, הייתה יורדת מידת הסבירות מ"סבירות גבוהה מאוד" ל"סבירות גבוהה".

לא למותר לציין כי בין הראיות הוצגה עדות של מומחה מטעם התביעה לזיהוי פנים, שהשוואה בין פני המערער לפנים שנצפו במצלמות האבטחה. מסקנת המומחה הייתה כי "לא ניתן לשלול שהחשוד הוא זה שמצולם בסרט מצלמות האבטחה". בית המשפט המחוזי קבע כי ראייה זו היא ניטרלית ולא פועלת לרעת הנאשם או לטובתו, דהיינו אין בה כדי לחזק את המסקנה שהמצולם הוא המערער, אולם אפשרות זו אף לא נשללה.

לבסוף נציין כי נותחו בערכאה קמא ראיות נוספות, שלא זכו למשקל רב, אם בכלל, או ששימשו להוכחת העובדה שמי ששדר את המתלוננת הוא אכן מי שהשתמש לאחר מכן בכרטיס האשראי. מכיוון שראיות אלה אינן עומדות במוקד ההליך ואינן שנויות במחלוקת בין הצדדים, נסתפק באמור עד כה.

4. בפנינו מיקדו הצדדים את טיעוניהם בעדות הזיהוי של השוטר. המערער ביקש לטעון כי סרטוני האבטחה אינם מאפשרים את זיהויו. לעמדתו, איכות הסרטונים והעובדה כי פניו של החשוד אינם מופיעים באופן מלא וגלוי לחלוטין באף שלב, לא מאפשרים להגיע למסקנה כי מדובר במערער מעבר לכל ספק סביר. עוד מדגיש המערער כי הסרטונים נשלחו לחוות דעת מקצועית על ידי המדינה ולפי האמור בה לא ניתן לקבוע ממצא פוזיטיבי לגבי זהות האדם. מתוך 9 רמות וודאות נקבע כי השוואה בין הדמות בסרטון לפניו של המערער מציבה את האפשרות שמדובר באותו אדם בדרגה הרביעית בלבד, לפיה "לא ניתן לשלול" שמדובר באותו אדם. משכך מבקש המערער לטעון כי אם שימוש בטכנולוגיה לצורך זיהוי פנים לא הולידה תמונה בהירה מספיק של האדם החשוד, לא ניתן לבסס הרשעה על סמך זיהוי של שוטר מצפייה רגילה בסרטון. לבסוף מעלה באת-כוחו של המערער טענה לפיה יש חשש ממשי שהזיהוי שבוצע על ידי השוטר "זוהם" בעקבות מידע מודיעיני שהתקבל יממה קודם לכן.

המשיבה, מנגד, סומכת ידיה על נימוקיו של בית משפט קמא ועל התוצאה. לגישתה, ההרשעה מבוססת על מציאת עדות השוטר כמהימנה. עוד מדגישה המשיבה כי עדותו של המערער עצמו נמצאה בלתי מהימנה, וכי קיימות ראיות נסיבתיות נוספות אשר תומכות במסקנה מרשיעה. כך, בהצטברות כלל הראיות יש בסיס איתן להרשעת המערער. לצד זאת, הן בטיעוניה בכתב והן בדיון בפנינו הסכימה באת כוח המשיבה שללא ראיות הזיהוי לא היה מקום להגיע למסקנה כי המערער הוא זה שביצע את השוד. זאת שכן הוצאת עדות הזיהוי מסל הראיות משאירה ראיות נסיבתיות בלבד, שאינן מאפשרות במקרה זה להסיק מעבר לכל ספק סביר את אשמתו של המערער.

עינינו הרואות: גורלה של עדות הזיהוי הוא שיחרוץ את גורלו של הערער.

מסגרת נורמטיבית – ראיית זיהוי

5. ראיית זיהוי טומנת בחובה אתגר. מצד אחד, הניסיון מלמד בצורה ברורה כי עד יכול לזהות אדם אחר. מצד שני, 'אתה חי מפיו' של העד. זאת אומרת שאין תנאי מעבדה שניתן לבחון דרכם את העדות כפי שניתן, לדוגמא, לבחון ראיית DNA. פשיטא כי תהליך החשיבה ומנגנוני הזיהוי של האדם מורכבים הם. לכן יש מאפיינים בראיה מעין זו שאינם נחלת ראיות מסוג אחר. למשל, נהוג לשאול את העד המזהה באיזה מידת ביטחון הוא

מזהה את האדם עליו הוא מצביע כמבצע העבירה. שלב זה של מתן ציון עצמי חשוב הוא אך גם יכול להטעות מפני שהאדם מכמת דבר מה – הביטחון בעדות – שאינו אלא סוג של אומדנא אישית. אף יש מורכבות נוספת, כגון נתוניו האישיים של העד המזהה: האם יש הבדל בין עד רך בשנים לבין אדם מבוגר? עוד דוגמאות הן אדם שמתקשה לראות לעומת עד שאינו זקוק למשקפיים, או מידת התאורה והמרחק בין העד לחשוד. נתון נוסף הוא ההיסטוריה בין המזוהה למזהה – האם מדובר במפגש חד פעמי וראשוני או היכרות יומיומית. ועדיין, כמו בכל עדות יש לבחון את מהימנותה ומשקלה על פי כללים משותפים לכל ראייה.

כדי לגשת למלאכה נראה לי שנכון יהיה להסתייע במבחן כפול – פנימי וחיצוני. המבחן הראשוני הוא בחינה פנימית של עדות הזיהוי. השני, בחינה חיצונית. הראשון יחייב כניסה לתוך פרטי העדות: מידת בהירותה, קיומן של סתירות או היעדרן, תוכן העדות ובאיזה מידה בית משפט מאמין שהעד מתאר את מה שאכן ראו עיניו. לא הרי עד שטען כי הוא בטוח בעדותו ב-"30% כהרי עד שבטוח בעדותו ב-"99%. בית המשפט יכול לדחות את עדותו של עד מזהה על פי המבחן הפנימי, כגון קביעה שהעד מטעם התביעה משקר וכלל לא היה במקום הזיהוי. במקרה כזה העדות לא תסייע לתביעה.

ברם, אף אם העדות מתקבלת מבחינה פנימית, עדיין יש צורך במבחן השני – בחינה חיצונית. דרכה בית משפט בוחן, בהנחה שהעד אומר אמת, מה המשמעות שיש לתת לעדות ומשקלה: נתונים אישיים של העד, נסיבותיו אירוע הזיהוי, היכרות מוקדמת בין העד לחשוד, תנאי הראות והתאורה, המרחק והזווית ממנה בוצעה הזיהוי ועוד. ודוגמה אחרונה – האם יש בתהליך הזיהוי פגם שעלול להפחית ממשקלו. כך למשל, עד שזיהה את הנאשם לאחר ששמע את שמו מידי המשטרה או מגורם אחר. כל אלה יכולים להצביע על כך שגם אם העדות צולחת את המבחן הפנימי, עדיין בטעות יסודה: ודוקן – בטעות ולא בשקר, דהיינו החלטה מכוונת שלא לומר את האמת. "במצב כמו כאן... שהעד המזהה חפץ לומר את האמת ומאמין בעדותו – יש להתמקד בעיקר בקושי השני והוא האם חרף רצונו של העד לדייק, טועה הוא" (ע"פ 2098/08 פרעוני נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (28.12.2011) (להלן: עניין פרעוני)). השוו בנוסף: ע"פ 9040/05 אוהיון נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (7.12.2006); ע"פ 8902/11 חזיזה נ' מדינת ישראל, פסקאות 49-50 (15.11.2012) (להלן: עניין חזיזה)).

ומהכללים אל יישומם

6. בית המשפט המחוזי קבע כי עדות הזיהוי של השוטר הייתה מהימנה. לפי הכרעת הדין, לא עלה בכוחו של המערער לסתור עדות זו ואף חקירתו הנגדית הארוכה של השוטר לא פגעה במהימנותו. בטיעוניה בכתב ובעל-פה ביקשה הסניגורית לערער על קביעת מהימנות זו. הכרסום במהימנות, לשיטתה, נובע מכך שיום לפני שהשוטר התבקש לצפות בסרטון, התקבל מידע מודיעני במשטרה הנוגע לתיק וקושר את המערער לביצוע מעשה השוד. לעמדתה, עובדה זו מעלה אפשרות סבירה לפיה מדובר בזיהוי "שהוזמן" מראש, שכן השוטר לא היה חלק מצוות החקירה של התיק והיה ידוע שהוא בעל גישה לעיירה תל שבע. לכן טוענת הסניגורית כי ייתכן שעדות הזיהוי זוהמה על ידי המידע המודיעיני. יצוין כי בקשה לגילוי ראייה בעניין המידע המודיעיני נדחתה על ידי בית משפט קמא. עוד טוענת הסניגורית כי עדות השוטר לגבי מידת היכרותו עם המערער ומספר הפעמים שפגש בו לא נתמכה באף מסמך, דבר שגם בו יש לפגום במהימנותו.

כידוע, מלאכת קביעת הממצאים העובדתיים וממצאי המהימנות הינה מלאכה אשר נמצאת בלב ליבו של שיקול הדעת של הערכאה המבררת. ערכאת הערעור תטה שלא להתערב בממצאים אלו. דבר זה נובע מהיתרון המוקנה לערכאה המבררת. ערכאה זו, בניגוד לערכאת הערעור, רואה ושומעת את העד ומתרשמת ממנו ישירות. כך השופט בערכאה הדיונית מתרשם באופן בלתי אמצעי מאותות האמת והשקר הקיימים בעדות ויכול לעמוד על מהימנותה (ראו סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971).

בענייננו, כפי שמצוין בהכרעת הדין, השוטר העיד על כך שזיהה את המערער ואף נחקר ארוכות בעניין. לפי הכרעת הדין, בית משפט קמא ייחס לעדות מהימנות רבה. בהכרעת הדין צוין כי העדות הייתה עקבית וברורה. השוטר העיד כי שמו של המערער לא נאמר לו לפני שהתבקש לצפות בסרטון ולזהות את הדמות המופיעה בו. בית המשפט המחוזי התרשם באופן ישיר מהעדות, מאופן מסירתה ומהתנהגות השוטר. זאת ועוד, השוטר העיד כי הוא בטוח בכך שהאדם הנראה בסרטון הוא הנאשם, והתייחס לזיהוי כ"וודאי": "חד משמעית, זהו הוא, ברגע שאתה מכיר את הבן אדם... אתה יכול לדעת". הנה כי כן, הערכאה הדיונית עשתה את מלאכתה ולא מצאתי בסיס להתערב בקביעת המהימנות לגבי העד המזוהה. אין בפנינו מקרה חריג המצדיק התערבות של בית משפט זה בממצא המהימנות במובן הבא. לא יהיה נכון לקבוע כי העד מסר את עדותו מתוך רצון להטעות את בית המשפט אלא על ערכאת הערעור לצאת מתוך הנחה שהעד התכוון

למסור עדות אמת. משכך יש לקבוע כי העד צולח את המבחן הראשון בבחינת עדות זיהוי – המבחן הפנימי. ומכאן נפנה לבחינת המבחן השני – המבחן החיצוני.

7. במבחן החיצוני טמון עיקר הקושי בתיק זה, שלו שני ראשים. האחד, האמצעי שבו ראה העד את החשוד – סרטון מצלמת אבטחה. השני, מידת החשיפה של החשוד לעד המזהה, במובן זה שלא ניתן היה לראות את פניו. אשר לקושי הראשון, אין אנו עוסקים בראיית זיהוי "רגילה". בטחונו העצמי הגבוה של השוטר ביחס לזיהוי לא נובע מהתרשמות ישירה וחיה של האירוע אלא מצפייה בהקלטה. הוא לא נכח במכולת ביחד עם החשוד. לא הייתה לו את היכולת לעקוב אחר החשוד או לבחון את הליכתו, פניו וגופו מזוויות שונות וממרחקים שונים. הוא לא שמע את קולו. אפילו כמות הזמן בה היה יכול לצפות באותו אדם ברציפות לא הייתה נתונה לשליטתו. כל שהיה לו הוא המצלמות שמותקנות בחנות – מצלמות אשר מותקנות במקום אחד ומצלמות מזווית אחת ללא תזווה. כמובן שגם איכות הצילום אינה דומה להתרשמות ישירה וחיה של עד הרואה בעיניו את החשוד.

הקושי השני בתיק זה הוא המידה שבה ניתן לראות את פני החשוד בסרטונים. כפי שנכתב בעניין פרעוני "בבוא בית משפט לבחון משקל של עדות מזהה, חובה עליו להפעיל ביקורת עצמאית. העניין נכון ביתר שאת במשפט הפלילי השואף להימנע מהרשעת החף מפשע" (פס' 6 לחוות דעתי, ההדגשה הוספה). אצלנו סרטון מצלמות האבטחה, שבית המשפט יכול לעיין בו בדומה לעד המזהה, מהווה כלי לערוך ביקורת עצמאית זו באופן אפקטיבי. צפינו מספר פעמים בסרטונים הקצרים. ברם – וכאן נעוץ הקושי המרכזי – לא ניתן לראות את פניו של החשוד בסרט. במשך כל הזמן שהיה החשוד מצולם, בכל המצלמות השונות, הוא לבש קפוצ'ון שכיסה את ראשו והסתיר את פניו. בחלקים קצרים מאוד של הסרטונים ניתן להבחין, לכל היותר, בצורת פנים כללית ומטושטשת. אך בשום אופן לא ניתן להצביע על מאפיינים אישיים של החשוד, שניתן לזהות באמצעותם כי מדובר במערער. נפרט:

8. החשוד נצפה בשלוש מצלמות אבטחה המותקנות במכולת. במצלמה מספר 14 ניתן לראות את החשוד נכנס לחנות לראשונה. במשך מרבית הזמן בו נראה החשוד בסרטון זה הוא עומד ליד דלפק המכירה ונשען עליו. לאורך כל הצילום הוא עוטה את הקפוצ'ון לראשו. פניו אף פעם לא נחזים מעל לקו האף כאשר הוא נשען אל הדלפק, ומרבית הזמן הם מכוסים לחלוטין. המצלמה ממוקמת מעל הקופה כך שניתן לראות בה את עמדת המוכר ואת הדלפק אליו מגיעים הלקוחות בעת התשלום. הצילום נעשה ממרחק קרוב יחסית, כך שאפשר להבחין בברור בפניהם של המוכר והלקוחות האחרים

הנמצאים בקרבת מקום. ניתן לראות אף את דלת וחלק קטן מהמדרכה שמחוץ לדלת. אור היום הנכנס מהדלת הפתוחה הופך את אזור הכניסה למכולת לבהיר מאוד, באופן שמקשה על הבחנה בפרטי הדמויות העומדות בצמוד לדלת. במהלך הסרטון ממצלמה מספר 14 החשוד נע הלוך ושוב בין הדלפק לפנים החנות, ובכל פעם מניח מוצרים שונים על הדלפק. גם כאשר הוא מתרחק מהדלפק, ניתן לראות רק את אפו ואת לחיו. הקפוצ'ון מסתיר את שאר פניו. במהלך דקות אלה החשוד אף יוצא מהחנות וחוזר אליה לאחר כ- 20 שניות. הפעם היחידה שבה פניו נגלים מעט מעל קו האף היא כאשר החשוד נכנס בשנית למכולת לאחר יציאה זו. עם זאת, גם בשלב זה פניו רחוקים מלהיות גלויים במלואם וכלל לא ניתן לראות את עיניו, מה גם שאנשים נוספים העומדים באזור מסתירים אותו באופן חלקי. כמו-כן, בשלב זה הוא מרוחק מעט מהמצלמה, ועומד באזור שמואר באור בוהק, המקשה להבחין בתווי פנים ברורים. שלב זה, שבו החשוד נכנס לחנות ומגיע מדלת הכניסה אל הדלפק, אורך כשלוש שניות. יצוין גם כי זווית הצילום חדה – מלמעלה כלפי מטה – כך שלא ניתן לקבל תמונה ברורה של פני החשוד, הדומה לאופן שבו היה רואה אותו עד ראייה הנוכח במקום. זווית הצילום אף מצומצמת יחסית, ומכסה רק מרחק של צעדים בודדים – שמשכם פחות משתי שניות – בתוך החנות. דבר זה מקשה על הבחנה בתנועות גוף כאלו או אחרות.

מצלמה שנייה שבה נראה החשוד היא מצלמה מספר 12, שעוקבת אחר שטח גדול יותר ממצלמה מספר 14 ומצלמת לעומק החנות. האזור הקרוב למצלמה מצולם בתנאים יחסית טובים מבחינת תאורה ואיכות הצילום, אך ככל שמעמיקים לעומק החנות הצילום מטושטש יותר וניתן להבחין בהבדלי תאורה משמעותיים. גם כאן זווית הצילום חדה, כלפי מטה, וגם כאן החשוד עוטה את הקפוצ'ון לאורך כל הצילום. בשלב מסוים החשוד נכנס לזווית הצילום ונראה בתחתית המסך חוצה את החנות לרוחבה, כאשר ניתן לראות רק את פלג גופו העליון וכל פניו מכוסים, מלבד אפו שמופיע מבעד לקפוצ'ון במשך כמה עשיריות השנייה. חצית החנות לרוחבה לוקחת קצת פחות משתי שניות אשר בסופן הוא מצוי לחלוטין בגבו למצלמה, עת הוא בוחר מוצרים מתוך מקרר. בדרכו חזרה אל הקופה שוב רק אפו נגלה למצלמה למשך פחות משנייה. לאחר מכן הוא נכנס לעומק החנות כאשר הוא בגבו למצלמה. שם הוא אוסף מוצרים שונים מהמדף ומתחיל לצעוד לעבר הקופה. בצעדיו הראשונים לכיוון הקופה, שאורכים כשתי שניות, פניו חשופות עד מעט מעל קו האף, מבלי שניתן להבחין בעיניו. עם זאת, בשלב זה הוא נמצא בתוככי החנות, יחסית רחוק מהמצלמה, כך שפניו חשוכים ומטושטשים. בהמשך הליכתו לעבר הקופה – כשתי שניות נוספות – ראשו שמוט כלפי מטה ומופנה הצידה כך שניתן לראות אך מעט מצידי פניו.

המצלמה השלישית היא מצלמה מספר 9. המצלמה ממוקמת מעל דלפק המוכר אך מכוונת לחלקה האחורי של החנות וניתן לראות בקצה הרחוק שלה את הדלת האחורית. בשלב מסוים ניתן לראות חלק מפני החשוד בעודו חוצה את החנות, אך רק עד לקו האף. חציית החנות אורכת כשלוש שניות. איכות הצילום במצלמה זו יחסית נמוכה וגם חלקי הפנים החשופים נראים מטושטשים, גם לנוכח המהירות שבה החשוד פוסע. בשלב אחר פני החשוד נראות מבעד לקפוצ'ון עד לקו העיניים למשך כשנייה וחצי. ואולם, החשוד רחוק בשלב זה מהמצלמה ואיכות הצילום נמוכה ומטושטשת. לא ניתן להבחין בתווי פניו או בדבר מה מלבד צורה כללית של פנים אנושיות. ליד החשוד אף עומד בשלב זה ילד אשר פניו חשופות לחלוטין, אך לאור המרחק ואיכות הצילום גם פניו מטושטשות באופן שלא ניתן להבחין בצורה חדה כיצד הוא נראה. כך או כך, לאחר צעד או שניים החשוד מרכין את ראשו וכאשר הוא מגיע לאזור הקרוב יותר למצלמה לא ניתן להבחין בפניו. בהמשך – ושוב כאשר הוא במרחק רב מהמצלמה – פניו נחשפות לפחות משנייה אחת עד לקו העיניים. גם בשלב זה פניו מטושטשים והחשוד נמצא בתזוזה מהירה, כך שקשה להתמקד בפניו ולזהות אותו. לאחר מספר שניות החשוד חוצה בפעם האחרונה את טווח הצילום של המצלמה. בחלק זה הוא מרים מעט את ראשו כך שניתן לראות מעל לקו העיניים שלו למשך שנייה אחת. למרות זאת, גם בחלק זה הוא מצוי בתנועה ופניו מטושטשים מאוד. יצוין כי גם כאן זווית הצילום חדה, כך שלא ניתן לראות את פניו של החשוד באותו אופן בו היה ניתן לראותם אילו היה מישיר מבט אל אדם אחר. צילום זה נמשך פחות משתי שניות.

לבסוף יצוין כי החשוד נראה במצלמה נוספת, מצלמה מספר 7. בסרטון מצלמה זו, אשר ממוקמת מחוץ לחנות, ניתן לראות את גבו של החשוד, שיוצא מהחנות ונכנס לרכב שהגיע לאסוף אותו. בסרטון זה אי אפשר לראות את פניו.

על רקע קשיים אלה במישור האובייקטיבי נשוב ונבחן את עדותו של השוטר, אשר טען, כזכור, כי הוא מצליח לזהות את המערער בוודאות.

9. הזמן הקצר בו ניתן לראות חלקי פנים של החשוד, והזמן הקצר באופן כללי שבו החשוד נראה בסרטונים, מעלים חשש ממשי לכך שעדות הזיהוי יסודה בטעות. לאמיתו של דבר, הקושי שורשי יותר. הדגש אינו מצוי באפשרות לטעות בזיהוי, אלא בעצם האפשרות לזיהוי. מצפייה בסרטונים עולה כי הנסיבות החיצוניות לא משאירות אפשרות ממשית לזהות את החשוד על פי פניו. לאלו מצטרפים מצב התאורה, איכות הסרטונים וזווית הצילום שגם הם מערימים קשיים על אפשרות כלשהי להבחין בתווי הפנים של החשוד. ושוב לזכור, הנסיבות החיצוניות נלמדות באופן ישיר מצפייה בסרטונים ואלו

אותן הנסיבות אשר עמדו בפני השוטר שזיהה את המערער. הואיל והזיהוי נערך על ידי צפייה בסרטונים, לבית המשפט גישה בלתי אמצעית לכלל התנאים שאפפו את נסיבות הזיהוי. כל אלו מלמדים בברור כי אין אפשרות לזהות את האדם המופיע בסרטון על פי פניו.

לא ייפלא כי גם המומחה מטעם המדינה, שבחן את הסרטון בדקדקנות רבה, הגיע למסקנה שמבחינה אובייקטיבית ניתן להסיק לכל היותר כי "לא ניתן לשלול שהחשוד הוא זה שמצולם בסרט מצלמות האבטחה". האמת תיאמר כי קביעה כזו ניתן לקבוע גם כאשר החשוד כלל לא נראה במצלמות, ואין בה כל תוספת אינפורציה שתסייע להכרעה בהליך. פני החשוד מכוסים או שאפשרות הצפייה בהם היא כה כללית, עד שלא ניתן להסיק מסקנה פוזיטיבית כלשהי מן הצפייה בסרטונים.

10. לצד הטענה בדבר זיהוי הפנים, טען השוטר גם כי זיהה את המערער לפי תנועות גופו ואופן הילוכו. יש להדגיש שלא נטען כי קיים פרט מסוים בהתנהגותו וצורת הליכתו של החשוד שניתן למצוא גם אצל המערער, או כי קיים סימן היכר ייחודי באופן בו המערער מתנועע. הדגש הושם בכך שהשוטר מכיר את המערער, ולכן ביכולתו לזהות, ככל הנראה לפי ניואנסים נסתרים כאלה ואחרים, שלא ניתן להדגים לבית המשפט באמצעות צפייה בסרטון וצפייה במערער בבית המשפט. ברם, איני סבור כי הונחה תשתית לקיומה של היכרות מספקת לשם כך.

כפי שהוזכר לעיל, השוטר העיד כי פגש במערער מעל 10 פעמים בשנתיים האחרונות. למרות זאת, מעדותו בפני בית המשפט המחוזי מתעורר קושי לעמוד על טיב ההיכרות. לדברי השוטר, הפעם האחרונה שבה פגש במערער הייתה פחות מחודש לפני הצפייה בסרטון, אך הוא ציין כי אינו זוכר באילו נסיבות מפגש זה אירע. לדבריו, ייתכן שאך ראה את המערער תוך כדי נסיעה ברכב בעוד המערער הולך ברחוב. הוא לא יכול היה לפרט האם היה מדובר ביום או בלילה. גם ביחס למפגשים קודמים עם המערער לא פורטו נסיבות המפגש – אורכם, מקומם ותנאי התאורה. כאשר נשאל השוטר האם וכיצד תיקשר עם המערער במהלך ביקורי מעצר הבית שערך לו בעבר ענה שאינו זוכר בדיוק.

לנוכח עדות זו, לא ברור באיזו מידה, אם בכלל, ניתן לכנות את האינטראקציה בין השניים בעבר "היכרות". כמובן, זה עניין של הקשר ועוצמה. השאלה אינה האם פגשו זה את זה אלא האם ההיכרות מקנה לעד את היכולת לזהות את החשוד באופן שחורג מהאפשרות שהייתה לבית המשפט או למומחה מטעם התביעה לעשות זאת. נראה כי בשנתיים האחרונות – זמן קצר יחסית – אירעו מספר מפגשים ספורדיים בין השניים,

בנסיבות שאינן ברורות אשר ייתכן וכוללות אף מקרים בהם חלפו השניים אחד על פני השני ברחוב במהלך נסיעה – ביום או בלילה. עוד לא קיימת בהירות לגבי מספר הפעמים בהם נפגשו השניים. "מעל 10 פעמים" – ללא תיאור של זמן ותנאים, מקשה מאוד על קבלת הזיהוי של החשוד שלא ניתן לראות את פניו. היכרות ממשית בין השניים לא קיימת כאן. מעדותו של השוטר לא ניתן לקבוע כי ראה את המערער במגוון נסיבות או התרחשויות ולמשך מספיק זמן באופן המספיק בכדי להכיר את התנהלותו ותנועות גופו של האדם, ולזהותו לפיהם. כך באופן כללי, וכך במיוחד במקום שבו בית המשפט צפה אף הוא בסרטונים ולא הוצג מאפיין מובחן כלשהו של הליכה או תנועת גוף ייחודית אחרת. ייתכן שהעד בטוח בזיהויו. אך כפי שנאמר לעיל, האמונה של המזהה חייבת לסגת בפני קיומם של קשיים אובייקטיביים שמערערים את הציון החיובי שהעד קיבל מעצמו.

אכן, הפסיקה מכירה בחשיבות שיש להיכרות קודמת בין נאשם לעד אשר זיהה אותו. כך, במיוחד עת הזיהוי מבוסס על תנועות גופו של הנאשם, וכך גם אם מדובר בהיכרות יחסית שטחית (ראו לדוגמה עניין אלטראש, בפס' 59 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר ופסקה ט"ז לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין; עניין חזיזה, בפס' 50 ו-61). המדינה אף הפנתה לפסיקה במסגרתה הורשע אדם על סמך צפייה בסרטוני אבטחה בה רואים אותו אך ורק מגבו בהתבסס על היכרות מוקדמת בינו לבין העדים שצפו בסרטון (ע"פ 7679/14 זאדה נ' מדינת ישראל, פורסם בתאריך 15.8.2016). ואולם מקרים אלו אינם דומים למקרה. באותם מקרים דובר על מערכות יחסים ארוכות שנים (עניין אלטראש), או על בת זוג ובת של הנאשם שזיהו אותו (עניין זאדה). אין להשוות אפוא בין המקרים. לא ניתן לקבוע שההיכרות הדלה וקצרת המועד בין השוטר למערער אפשרה לו לזהות מעבר לכל ספק סביר את המערער בסרטון על פי תנועות גופו. כך על אחת כמה וכמה כאשר אין בצורת הליכתו או התנהגותו דבר מה מיוחד אשר ניתן להצביע עליו כייחודי לו. זאת ועוד, היכרות מוקדמת היא פרמטר אחד בלבד המשמש את בית המשפט להעריך את עדות הזיהוי (עניין חזיזה, פס' 51). כלומר, אף בהינתן היכרות מוקדמת יש צורך בבחינת הנסיבות האובייקטיביות הנוספות. כאמור לעיל, במקרה זה הנסיבות האובייקטיביות – רובן ככולן – מעוררות ספק סביר בדבר האפשרות שנפלה טעות כנה בזיהוי המערער כמי שמופיע בסרטוני מצלמת האבטחה.

לסיכום נקודה זו, הן בחינה של הסרטונים שעל יסודם נעשה הזיהוי, הן בחינה של נסיבות ההיכרות בין המזהה למזוהה מובילים למסקנה שהזיהוי אינו עומד בבחינה החיצונית של עדות הזיהוי. הזיהוי נעשה על יסוד סרטון שבו לא ניתן לראות את פני החשוד באופן שמאפשר זיהוי. אף לא הוצג סימן זיהוי ייחודי אחר, למשל בקשר להתנהגות או ההליכה של החשוד. בין השוטר המזהה למערער קיימת היכרות שרוקה

מלהיות עמוקה, ואף ניתן להגדירה כשטחית. בכל מקרה, טיבה המלא של היכרות זו לא הובהר. בנסיבות כאלה, וגם מתוך הכרה בשכנוע העמוק של השוטר, לא ניתן לקבוע כי הוא יכול היה לזהות את המערער כמי שהשתמש בכרטיסי האשראי הגנובים.

11. מה דינה של ראיית הזיהוי, לנוכח המסקנה בדבר כשלון העדות במבחן החיצוני? סבורני כי הפגם המהותי במבחן החיצוני של ראיית הזיהוי מוביל למסקנה כי משקלה של ראיית הזיהוי הוא אפסי. זאת, למרות היותו של העד מהימן ובטוח בעדותו לחלוטין. אסביר וארחיב.

כפי שנכתב לעיל, לו הייתה העדות נכשלת כבר בשלב הראשון, הפנימי, ניתן היה לדחותה כבלתי מהימנה או לקבוע כי משקלה הוא אפסי. אצלנו עברה העדות את מבחני השלב הראשון, אולם מרביתן של הראיות החיצוניות, אם לא כולן, מצביעות על כך שאין אפשרות ממשית לזהות את האדם המופיע בצילומי מצלמת האבטחה. כלומר, ניתן לקבוע כי הערכתו העצמית הנחרצת של השוטר אין לה על מה להישען בעולם המעשה. מכאן שהטענה לפיה יש להעניק משקל לעדות הזיהוי על אף הפגם ברובד החיצוני, מבססת את המשקל הראייתי אך ורק בהסתמך על מהימנות העד והעובדה כי הוא בטוח בזיהויו. לכך אין בידי להסכים בנסיבות מקרה זה. אני מוצא קושי רב בקביעה לפיה יש להעניק משקל ראייתי לעדות הזיהוי על פי המבחן הפנימי בלבד, גם כאשר הכשלון במסגרת המבחן החיצוני הוא נחרץ וברור.

ציינתי לעיל שהרובד החיצוני הוא המאפשר לבית המשפט לערוך ביקורת עצמאית כלפי עדות הזיהוי. מפאת חשיבותם של הדברים אביא אותם שוב: "בבוא בית משפט לבחון משקל של עדות מזהה, חובה עליו להפעיל ביקורת עצמאית. העניין נכון ביתר שאת במשפט הפלילי השואף להימנע מהרשעת החף מפשע. לדוגמא, אין די בכך שעד מזהה מצהיר כי הוא בטוח בזיהויו 'במאה אחוז' (עניין פרעוני, פס' 6 לחוות דעתי, ההדגשה הוספה). רוצה לומר, טול מעדות הזיהוי את הרובד החיצוני ונטלת מבית המשפט את הכלי המרכזי בעזרתו הוא בוחן אותה ומעניק לה את משמעותה ומשקלה. מתן משקל לעדות זיהוי על סמך המבחן הפנימי והערכתו העצמית של העד בלבד היא למעשה קבלת דבריו של העד מבלי לדרוש דבר מה שבכוחו לאמת את דבריו. הדבר משול לכך שבית המשפט יכסה את עיניו וייתן לעד להוליך אותו בחשכה לאן שזה יחפוץ. על התפקידים להיות הפוכים בתכלית – על בית המשפט אכן לצעוד בעקבותיו של העד, אך זאת בעיניים פקוחות לרווחה ותוך הפעלת ביקורת עצמאית. עליו לבחון צעד אחר צעד בדרך העובדתית והאובייקטיבית בה הלך העד בדרכו אל היעד הסופי בו שוכנת מסקנתו העצמית בדבר הזיהוי.

לא ניתן להשתמש ברובד הפנימי של העדות, לרבות ההערכה העצמית של העד, במנותק מהרובד האובייקטיבי שלה, ובטרם נערכה הביקורת העצמאית של בית המשפט. הרובד החיצוני, על ממצאיו ומסקנותיו, הוא המפרש את הרובד הפנימי ומעניק לעדות כולה את משמעותה. יכול שהרובד החיצוני יחזק ויאמת את הרובד הפנימי ויכול שיחליש. בענייננו, הרובד החיצוני מאיין את הרובד הפנימי ואת הערכתו העצמית של השוטר. בנסיבות הייחודיות של המקרה בית המשפט נחשף לנסיבות החיצוניות באופן ישיר וכך יכול היה לערוך את ביקורתו העצמאית באופן אפקטיבי. ביקורת זו מעלה שלא ניתן לראות פניו של החשוד כלל בשלמותם, אלא רק חלקים מהם ובאופן כללי ומטושטש; חלקי הפנים נחשפים לזמן מועט בכל פעם וחוזרים להסתתר מאחורי הקפוצ'ון במהירות בזק; צילומי האבטחה מוגבלים מבחינות רבות ומהותיות כגון זווית צילום ואיכות התמונה; התאורה אינה מיטבית; וההיכרות הקודמת של המערער עם העד המזהה לאו היכרות היא. הביקורת המשפטית הלכה אפוא בדרך בה צעד השוטר אל הערכתו העצמית, בעיניים פקוחות ובוחנות. למען האמת יהיה נכון יותר לומר כי הביקורת ניסתה ללכת בדרך זו, אך ללא הצלחה. הביקורת העצמאית, תוך בחינת הנסיבות החיצוניות, הובילה אותנו למסקנה שונה משלו: לא ניתן להעניק משקל לעדותו.

12. המקרה שלפנינו מאיר כלל נוסף בדיני הראיות, שכותרתו – איכות הראיה. נושא זה עוסק ביחס בין עדותו של השוטר ליתר הראיות בתיק. לשם הבהרת הכלל, נתייחס לשתי דוגמאות – ראיות נסיבתיות ועדויות ראיה שהעד אינו בטוח בנכונותן. נפתח בדוגמא הראשונה. המשפט הפלילי מכיר באפשרות להרשיע נאשם על סמך ראיות נסיבתיות. לאמור, גם במקום שבו אין ראיה ישירה המפלילה את הנאשם, כגון עדות ראיה, יתכן שיש מספר ראיות מהימנות שכל אחת מהן אינה מספיקה להרשעה בפני עצמה, אך כוחן המצטבר יכול להוביל להרשעה. כך כאשר המסקנה ההגיונית היחידה העולה ממכלול הראיות היא כי הנאשם ביצע את העבירה המיוחסת לו. כמובן, תנאי מקדמי הוא שכל אחת מהראיות הנסיבתיות הוכחה בפני עצמה על פי אמות המידה של המשפט הפלילי. בבוא בית המשפט לבחון את משקלה של כל ראיה, ובטרם יצרפה למארג הראייתי התלוי נגד הנאשם, חייב הוא לוודא כי איכות הראיה בעלת משקל בפני עצמה.

לשם הדוגמא, נניח שעד ראיה לא ראה את הפנים של החשוד אלא הספיק לראות רק כי מדובר בגבר. לא מדובר בראיה ישירה נגד הנאשם, שכן העד לא ראה אותו ואינו יכול להעיד על זהותו. הראיה היא נסיבתית – מגדרו של החשוד. השאלה היא האם נתון זה מצטרף ליתר הראיות הנסיבתיות נגד הנאשם, ונושא משקל ביחס לאפשרות הרשעתו.

זווית אחרת שבה יכולה השאלה להתעורר היא מקרה בו יש ראייה ישירה נגד הנאשם אולם יש צורך בתוספת ראייתית, כגון אמרת עד מחוץ לבית המשפט אשר מפלילה את הנאשם, הדורשת כתנאי להרשעה על בסיסה חיזוק נוסף (ראו סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971). חיזוק כזה עשוי להימצא גם בראיה נסיבתית נגד הנאשם. האם ראייה נסיבתית בדמות מגדרו של המבצע יכולה להיחשב לתוספת ראייתית כלשהי, או לראיה נסיבתית בעלת משקל בתוך מארג של ראיות נסיבתיות נוספות? לשיטתי לא יהיה זה נכון להסתפק לעניינים אלה בזהות מגדרית נכונה. הראייה היא כה חלשה עד שיש לתת לה משקל זניח – ובפועל אפסי – להבדיל ממשקל נמוך. אכן, עדות מהימנה ביחס למגדר מוסיפה מידע ביחס למבצע. היא אף מסייעת לצמצם את מספר החשודים בעשרות אחוזים – במקום האוכלוסיה כולה, רק חצי מהאוכלוסיה. אך קשה לצפות דוגמא בה נתון זה הוא שיוצר את ההבדל בין זיכוי להרשעה, דהיינו שמדובר בנתון בעל משקל, ולו מסוים. נכון הוא כי בהנחה שיש ראיות נסיבתיות גם ללא נתון זה, ידיעת מגדרו של המבצע משתלבת עם ההרשעה, אך למעשה תוספת זו מלכתחילה אינה נחוצה. ודוקו, ראייה מעין זו יכולה להיות בעלת חשיבות רבה מהכיוון הנגדי. לאמור, היא עשויה לשלול את אשמת הנאשם. כך למשל אם נאשם בשוד הוא גבר, ואילו לפי עד ראייה החנות נשדדה בידי אישה. החשיבות היא לנוכח האפשרות לזכות, ולא כנתון נוסף המסייע להרשיע.

דוגמא שנייה עוסקת, כאמור, בעדות ראייה שהעד אינו בטוח בנכונותה: שני עדי ראייה צפו בחשוד מבצע את העבירה, והם סבורים שמדובר בנאשם. כאשר הם נשאלים מהי מידת הבטחון שלהם בזיהוי, כל אחד מהם עונה כי התאורה לא הייתה טובה וכי לא היה יכול לראות טוב את החשוד. שניהם מוסיפים כי בנסיבות העניין מידת הבטחון שלהם בזיהוי היא "50%". אמנם החיבור של האחוזים ביחד מגיע ל-100%, אך לטעמי גם משקלן של עדויות כאלה הוא אפסי, ולא רק מועט. כמובן, אפשר להשיב לקביעה זו בצורה "אריטמטית", ולומר שהעד המזהה אומר גם, למעשה, כי יש סיכוי של 50% שלא מדובר בנאשם. ברם, לא רק במספרים עסקינן. ביתר דיוק, עסקינן בהערכה עצמית של העד המזהה. משלא הגיע לרמה מינימלית – לא ניתן להכניס את הזיהוי כבעל משקל למארג הראיות המרשיעות. איכותו נמוכה מדי. הבטחון של הראיה, בתור שכזו, אינו מקדם את ההליך של קביעת האמת, ואף עשוי להטעות במהלך מלאכה זו. כמובן, אין בכך משום הבעת עמדה לגבי המקרה הכללי של עד שאינו בטוח במאה אחוזים בעדותו, ויש מקרים יותר מורכבים יותר מדוגמא פשטנית זו. העיקר הוא בהצגת הכלל שלפיו לא כל ראייה – נסיבתית או "ישירה" – שיש לה משקל אינפורמטיבי מסוים יכולה להשתבץ בתצרף הראיות המרשיעות. ישנן ראיות שמשקלן כה נמוך ואיכותן כה דלה, עד שיש להתירן מחוץ לכף המאזניים המרשיעה.

13. לטעמי בתיק זה חשוב להדגיש עד כמה יש לבחון כל ראייה, לא רק מבחינת קבילותה אלא גם מבחינת איכותה. ודוקו, יש ראיות שיכולות לתרום לתשתית נסיבתית למרות שאין בכוחן להרשיע, יש ראיות שאינן יכולות להרשיע אך הן יכולות להוות תוספת ראייתית כגון סיוע, אך יש ראיות שאינן כאלה ואינן כאלה. אצלנו הנני סבור כי גם אם היה נקבע שעדות הזיהוי עשויה להוסיף אינפורמציה מסוימת, ביחס לפנים או לשפת הגוף, איכות הראייה בנסיבות העניין אינה מצדיקה לתת לה כל משקל.

בטרם סיום, אתיחס בקצרה לאחת מן הראיות שבית משפט קמא קבע כי הן מחזקות את ראיית הזיהוי – עדותו של המומחה שהשווה בין פרטי לבוש שנמצאו בביתו של המערער לבין פרטי הלבוש שעל גופו של האדם שצולם במצלמות האבטחה. התייחסות זו היא מעבר לנדרש, שכן אם אין משקל לראיית הזיהוי, ממילא אין די ביתר הראיות שהוצגו כדי להוביל להרשעה לבדן. עם זאת, לנוכח הכרעתו של בית משפט קמא בנקודה זו נדרשים הבהרה וחידוד. כזכור, בביתו של המערער נמצאו ארבעה פרטי לבוש שמתאימים לאלה שלבש החשוד שצולם במצלמות. המומחה קבע כי פריטי לבוש אלה אינם ייחודיים כשלעצמם, אולם הצירוף של ארבעתם מצביע על "סבירות גבוהה מאוד שמדובר באותם פרטי הלבוש". עם זאת, המומחה ציין כי נתוניו מתייחסים לרמה הארצית, ולא השיב לשאלת ההגנה האם יתכן כי פרטי הלבוש המדוברים – כגון חולצה שחורה ומכנסי אדידס – נפוצים יותר בקרב בני גילו של המערער וביישובו, ומהי משמעות הנתון. לנוכח זאת, קבע בית המשפט המחוזי כי אין לקבל את מסקנת המומחה, אך הוא הוסיף וקבע כי קיימת "סבירות גבוהה" (להבדיל מ"סבירות גבוהה מאוד") שמדובר באותם פרטי לבוש. בית המשפט הגיע למסקנה זאת לנוכח תשובת המומחה במהלך חקירתו, לפיה אם היה נמצא דמיון ביחס לשלושה פרטי לבוש במקום ארבעה, הייתה יורדת מידת הסבירות מ"סבירות גבוהה מאוד" ל"סבירות גבוהה".

בעבר הסתייגתי מהקושי המצוי בהצגת מסקנתו של מומחה בצורה מילולית, כגון "סביר מאוד", "סביר ביותר" וכן הלאה, לעומת תיאור סטטיסטי. האם "סביר ביותר" מלמד שאין ספק סביר ביחס למסקנה המרשיעה? ואם נותר ספק סביר לנוכח "סבירות גבוהה" שמציג המומחה, מהו המרחק שנוותר בין שתי המסקנות? מכל מקום, במקרה שלנו הקושי מצוי בעיקר בקביעתו של בית המשפט קמא, שקבע מיוזמתו וללא עדות המומחה את הדרגה הרלוונטית על פני סולם הדרגות. ככל שמדובר בעדות מומחה, הנשענת על מומחיותו ועל המסקנה שאליה הגיע באמצעות כליו המקצועיים, בית המשפט יכול לקבלה, לדחותה לנוכח קשיים שנפלו בה, או לקבוע את משקלה; אולם

אין מקום לכך שבית המשפט "יתערב" בעבודת המומחה בצורה של קביעת מסקנה עצמית ושונה מזו של המומחה. כך, למשל, אם ישנו ציר המכיל תשע דרגות של התאמה, שנעות בין 1 (שונות רבה) ל-9 (זהות מוחלטת), והמומחה קובע שמידת הדמיון היא 7 (דמיון רב), על בית המשפט להעריך את המשקל שיש לתת למסקנה זו על יסוד ליבון חוות הדעת, השיטה, אופן עריכתה וכדומה. ניתן, למשל, לקבוע שלחות הדעת אין משקל, שיש לראות בה תוספת ראייתית, או שמדובר בראייה נסיבתית שמשתלבת במארג הראיות הנסיבתיות. אולם אין מקום לכך שבית המשפט יאמר כי לנוכח קושי כזה או אחר בחוות הדעת, יש לקבוע שמידת הדמיון היא 5 (דמיון מסוים). קביעה כזו היא מלאכתו של המומחה, ולבית המשפט אין כלים – וגם אין זה מתפקידו – להציג מסקנה כזו. אצלנו בית המשפט המחוזי קבע כי במקום הדרגה של "סבירות גבוהה מאוד", יש לקבוע דרגה נמוכה יותר של סבירות – "סבירות גבוהה". זאת על סמך קביעה אחרת של המומחה, שהתייחסה למעבר מארבעה פריטי לבוש דומים לשלושה פריטי לבוש כאלה. בכך חרג בית המשפט מתפקידו. כאמור, בנסיבות תיק זה יש להורות על זיכוי המערער בין כך ובין כך, אולם ראוי לתת את הדעת ליחס שבין תפקידו של בית המשפט לתפקידו של המומחה.

להשלמת התמונה, נכון לזכור נקודה נוספת במסגרת שקלול נתונים מעין אלה. בית המשפט המחוזי התייחס לקיומם של ארבעה פריטי לבוש, כמספר העומד בפני עצמו. אך מספר הפריטים כשלעצמו עלול להטעות, בשל קשר שעשוי להיות ביניהם. למשל, יתכן שנהוג יותר ללבוש יחד עם מכנסי אדידס חולצה שחורה, לעומת חולצות בצבעים אחרים. לא באתי להביע עמדה ביחס לדוגמא זו דווקא או לגבי המקרה הקונקרטי, אלא להדגיש כי לעיתים קיומם של שני סימני זיהוי דומים עלול לאבד מכוחו המספרי, שכן מבחינה סטטיסטית יש אחוז גבוה של התאמה בין הפריטים. המונח המקצועי הוא קיומה של תלות סטטיסטית בין הנתונים, והדבר מוכר במחקר.

14. סוף דבר, ללא ראיית הזיהוי נותרנו עם צבר בלתי מספיק של ראיות נסיבתיות שאינן יכולות לבסס הרשעה מעבר לכל ספק סביר. לנוכח המסקנה שראיית הזיהוי היא חסרת משקל, דין הערעור להתקבל. התוצאה היא שפסק דינו של בית המשפט המחוזי בטל והמערער מזוכה מאשמה. האמור בחוות דעת זו מציג את נימוקיי לכך.

השופט י' עמית:

אני מסכים.

שופט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.

שופט

אשר על כן, הוחלט כאמור בחוות דעתו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, י"ד באב התש"ף (4.8.2020).

שופט

שופט

שופט

