

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 6124/05

בפני : כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופטת א' חיות

המערער : ליאור בן נתן

נגד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 26.5.05 בת.פ. 40156/04 שניתן על ידי כבוד השופט צ' גורפינקל

תאריך הישיבה : ט"ו בחשוון תשס"ו (17.11.05)

בשם המערער : עו"ד דן באומן

בשם המשיבה : עו"ד ענת חולתה

פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

1. המערער יחד עם שניים נוספים (להלן: נאשם 1 ונאשם 3) הגיעו למסיבת טראנס לצורך מכירת גז צחוק למשתתפי המסיבה. מארגני המסיבה ביקשו מהם במהלך המסיבה מספר פעמים לעזוב את המקום, אך הנאשמים סירבו והמשיכו למכור את הגז. בשלב כלשהו התפתח עימות בין הנאשמים למארגני המסיבה, שבסופו נמצאו שניים ממארגני המסיבה דקורים בחזה. המערער הואשם כי במהלך העימות דקר את אחד ממארגני המסיבה, יהודה עוז, באמצעות דוקרן אגרופן, ופצע אותו באופן בינוני. נאשם מס' 1 בכתב האישום הואשם בדקירת אחד מחבריהם של מארגני המסיבה, איתי חזקיהו, אף הוא באמצעות דוקרן אגרופן, ופצע אותו באופן בינוני. לאחר האירוע נמלטו הנאשמים מהמקום.

2. ביום 8.5.05 נתן בית המשפט המחוזי (כב' השופט צ' גורפינקל) את הכרעת דינו, בה הרשיע את המערער בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום- גרימת חבלה חמורה בנסיבות מחמירות (בנסיבות של ביצוע בצוותא של העבירה), עבירה לפי סעיף 333 יחד עם 335(א)(2) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), וגרימת חבלה חמורה בנסיבות מחמירות (בנסיבות של נשיאת נשק קר), עבירה לפי סעיף 333 יחד עם 335(א)(1) לחוק העונשין. כמו כן זיכה בית המשפט את נאשם 1 מהעבירות שיוחסו לו, שהינן זהות לאלו של המערער, והרשיע אותו תחתן בעבירה של תקיפה. נאשם 3 זוכה מכל העבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

ביום 26.5.05 גזר בית המשפט המחוזי את דינו של המערער לשנת מאסר לריצוי בפועל בניכוי ימי מעצרו, ולשנת מאסר על תנאי שלא יעבור תוך 3 שנים עבירה של אלימות כלפי אדם אחר שתוצאתה חבלה של ממש. מאסרו של המערער עוכב עד להחלטה בערעור זה, הנסוב על הכרעת הדין המרשיעה.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

3. בית המשפט המחוזי זיכה את נאשם 1 מדקירתו של איתי חזקיהו והרשיע את המערער בדקירתו של יהודה עוז באמצעות דוקרן. את הרשעתו ביסס בית המשפט המחוזי בעיקר על ארבע עדויות שאת עיקריהן, כפי שהביא אותן בית המשפט המחוזי, נפרט להלן:

א. עדותו של יהודה עוז (להלן: יהודה), ממארגני המסיבה - יהודה העיד בבית המשפט כי בשלב כלשהו הבחין במערער ובאחיו, עמיחי עוז, מתקוטטים ביניהם. יהודה נחלץ לעזרת אחיו ובעט במערער. המערער מצידו הסתובב לכיוון יהודה וחבט בחזהו. עקב כך נפל יהודה ולא קם עד שהגיעו לסייע לו. יהודה העיד כי לא חש בדקירה, אלא הבחין שנדקר רק לאחר שהרימו את חולצתו והוא הבחין בדקירה במקום בו ספג חבטה מאגרופו של המערער. כשנשאל בעדותו לגבי הודעתו הראשונה במשטרה, בה העיד כי אינו זוכר מי דקר אותו, אמר יהודה כי באותה עת היה האירוע מעורפל בראשו ולכן לא זכר את הפרטים. יהודה זיהה את המערער ואת שני הנאשמים האחרים במסדר זיהוי תמונות שנערך לו בחקירתו במשטרה, וכן זיהה אותו בבית המשפט. באשר לחשוד נוסף שיהודה זיהה במסדר התמונות במשטרה, העיד יהודה בבית המשפט כי אינו מזהה אותו ואינו זוכר מדוע חתם על תמונתו במשטרה כאישור לזיהויו.

ב. עדותו של עמיחי עוז (להלן: עמיחי), אחיו של יהודה - בבית המשפט העיד עמיחי כי כשהוא רואה את המערער פנים מול פנים הוא בטוח שהוא לקח חלק בקטטה. עמיחי העיד כי הבחין בנאשם 1 מרים יד על אחיו, יהודה, ונחלץ לעזרתו. במהלך הקטטה עמד המערער מאחוריו, ובשלב כלשהו עמד מולו כשבידו דוקרן. כמו כן העיד עמיחי כי בעודו מתקוטט עם נאשם 1 הבחין ביהודה מדדה ברגלו ופצוע. עמיחי מסר כי בחור בשם יניב הצביע על המערער ואמר לו כי הוא זה שדקר את יהודה. במסדר זיהוי תמונות שנערך זיהה עמיחי רק את נאשם 1 ולא זיהה את המערער.

ג. עדותה של עדי ודרובניק (להלן: עדי) - עדי העידה כי שעה ששהתה עם בחור בשם דביר משי בשטח המסיבה המערער רץ לעברם והורה להם להיכנס לרכב ולהסיעו מחוץ לשטח המסיבה. בעקבותיו הגיע נאשם 3 שאמר למערער שישאירו את רכבם שם ויעזבו את המקום. בהודעתה במשטרה מסרה עדי כי הבחינה בדוקרן בידו של המערער, אך בבית המשפט העידה כי לא ראתה דוקרן אלא תנועה של ניגוב חפץ חד שנראה לה דוקרן. עדי הסבירה את הצלחתה לזהות את המערער ונאשם 3, בניגוד לכישלוננו של דביר משי בזיהויים, בכך שראתה את השניים במהלך המסיבה מספר פעמים. עדי זיהתה את המערער ואת נאשם 3 הן במסדר זיהוי תמונות והן בבית המשפט.

ד. עדותו של דביר משי (להלן: משי) - משי העיד בבית המשפט כי הגיע למסיבה וישב ברכב בחנייה יחד עם עדי ודרובניק כשלפתע הבחין בהתקהלות. הוא הבחין בבחור רץ לקראתם, כשבידו דוקרן קרח ארוך ממתכת עם ידית מעץ. הבחור ביקש מהם להסיעו מחוץ לשטח המסיבה אך הם סירבו. לאחר מכן הגיע בחור נוסף בעל מראה של ילד והשניים הלכו לכיוון היציאה משטח המסיבה. משי לא זיהה אף אחד מהנאשמים במסדר הזיהוי או בבית המשפט, אך מסר את תיאורו של הבחור שהחזיק את הדוקרן: מצולק בפניו ואפו לא סימטרי.

4. עדויות נוספות שנשמעו הן של יניב פרץ (להלן: יניב), שהעיד במשטרה כי ראה שני בחורים שמכרו בלוני גז צחוק אוחזים סכין. בבית המשפט הבהיר כי התכוון לדוקרן. על-פי עדותו אף אחד מהם אינו בין הנאשמים. כן העיד כי אחד מהם היה קירח. עדות נוספת היא זו של מארגן המסיבה, דביר וינטרניץ (להלן: דביר). דביר מסר בבית המשפט כי הבחין בנאשם 1 וביהודה מדברים ולאחר מכן מתקוטטים, וכעבור מספר שניות הבחין ביהודה שוכב על הארץ, אוחז ברגלו ודקור בחזהו. כן הבחין בנאשמים נמלטים מהמקום. בשתי הודעות שנמסרו במשטרה על-ידי דביר באותו יום, העיד כי ראה את יהודה מתקוטט עם אחד הנאשמים, אך אינו זוכר מי זה היה. דביר,

אשר הכיר את נאשם 1 בתחילת ערב המסיבה, זיהה רק אותו במסגרת מסדרי זיהוי שנערכו לו. בבית המשפט הסביר את השוני בעדויותיו בכך שבתחילה הבחין בנאשם 1 וביהודה מתקוטטים, ולאחר שהם הופרדו התקוטט יהודה עם אדם אחר. דביר העיד כי לא ראה את הדוקר. עדות נוספת הרלוונטית לערעור זה הינה עדותו של בוריס וולוביק, סייר משטרה שהיה במקום המסיבה, ואשר העיד כי בעקבות מידע שנמסר לו על-ידי אחת ממשתתפות המסיבה אודות חשודים הנמצאים במקום, הגיע לשביל היציאה ועצר רכב הונדה לבן, ובו שלושת הנאשמים ואדם נוסף.

5. המערער העיד כי לאחר שאמר לעמיחי כי בלון הגז שייך לו, חבט עמיחי באגרוף בפרצופו. הוא נפל על הרצפה ואנשים רבים בעטו בו, עד שבחור אחד ניגש אליו וסייע לו לקום. אז נמלט מהמקום, ובדרך פגש את נאשם 1 אשר אסף אותו לרכבו. המערער טען בעדותו כי לא הוריד את חולצתו במהלך האירוע, כי לא החזיק בידו דוקרן ולא התקוטט עם יהודה. בעדותו בבית המשפט הסביר את הכחשתו במשטרה, לפיה לא מכר בלוני גז במסיבה, בכך שחשב כי מכירה כזו אינה חוקית וחשש שהדבר ייודע לאשתו. המערער הסביר הימצאות של סימן כחול על אפו בכך שקיבל אגרוף באפו. עדות זו ראה בית המשפט כמשתלבת עם תיאורו של משי את מראהו של הבחור שאחז בדוקרן.

6. בית המשפט המחוזי הסיק מעדויותיהם המרכזיות של יהודה ועמיחי כי נאשם 1 לא היה מעורב בקטטה בה נדקר יהודה, שכן באותה עת התקוטט עם עמיחי. גם עדותו של דביר בבית המשפט מחזקת את המסקנה כי לא נאשם 1 הוא אשר דקר את יהודה. בית המשפט מוסיף כי דביר העיד בבית המשפט שלא ראה כל חפץ בידיו של נאשם 1. בית המשפט קבע כי המערער הוא זה אשר דקר את יהודה, וזאת הסיק מתוך עדותו של יהודה עצמו, שנתמכת בדבריו של עמיחי שראה בידיו של המערער דוקרן או סכין. חיזוק לעדויות אלו מצא בית המשפט בעדותה של עדי, אשר ראתה את המערער עם דוקרן בידו, ומעדותו של משי שמסר תיאור של מחזיק הדוקרן, המתיישב עם העובדה שהמערער ספג במהלך הקטטה אגרוף בפניו ואפו התנפת. בנוסף קבע בית המשפט כי שבירת רגלו של יהודה נגרמה מנפילה בעקבות המכות שספג, ולא מבעיטה שספג.

נימוקי הערעור

7. הטענה המרכזית אותה מעלה בא-כוחו של המערער עניינה בזיהוי של המערער, ובקשיים שהוא מעלה. הסנגור התמקד בטענה לפיה מהעדויות עולה כי

במקום נכח אדם נוסף אשר אחז בדוקרן ושדומה בחזותו למערער. הסנגור אף העלה סברה כי אותו אדם הינו בחור בשם איציק שמוזכר בעדויותיהם של הנאשמים כמי שהתערב לטובתם בקטטה. הסנגור תומך טענתו זו בעדותו של יניב, לפיה ראה במקום את אחד ממוכרי גז הצחוק, אדם קרח האוחז בסכין, ושאינו אחד משלושת הנאשמים. הסנגור מציין כי המערער היה עם ראש מגולח ביום האירוע, ולפיכך יתכן והעדים התבלבלו בין השניים. כמו כן מציין הסנגור כי המערער הינו היחיד מבין שלושת הנאשמים שניתן להגדירו קרח. עדות נוספת התומכת בטענה זו, לדעת הסנגור, הינה עדותו של יהודה שזכר ארבעה מוכרים של בלוני הגז. כך גם עדותו של איתי חזקיהו, שציין כי מלבד שלוש התמונות שהוצגו בפניו במשטרה היה אדם נוסף. אף העד עמיחי אישר כי יתכן שהיה מעורב באירוע עוד אדם, וכך גם העד דביר.

8. כמו כן קובל הסנגור על הליכי הזיהוי שנערכו לעדים, שהינם לטענתו בלתי תקינים, לא קבילים, ולחילופין חסרי משקל. כך למשל, בפני העדים יהודה ועדי הוצגו שלוש תמונותיהם של החשודים, והם נשאלו מה חלקו של כל אחד מהם באירוע. לטענת הסנגור אין בכך כדי להעמיד את הזיכרון החזותי של העד במבחן, והצגת תצלומים בדרך זו היא סוגסטיבית. הסנגור מציין כי לאחר שהחלה המשטרה לערוך מסדרי זיהוי תקינים, בהם הוצגו 8 תמונות כנדרש, וזאת לאור הנחיית הפרקליטות, לא זיהה אף אחד מהעדים את המערער. מעבר לכך מציין הסנגור את התנאים הקשים לזיהוי המעורבים, הכוללים קטטה המונית רבת משתתפים, אנשים שתויים, ושעת לילה, שבה יש קושי לראות ולזהות.

9. עוד מלין הסנגור על שלא ניתן משקל לעובדה כי העד יהודה טען במשטרה כי פרטי האירוע מעורפלים בזיכרונו, וכי זכרונו התבהר רק לאחר שהציגו בפניו את תמונות הנאשמים, שבוע לאחר האירוע. באשר לתימוכין שמצא בית המשפט לעדותו של יהודה בעדותו של עמיחי לפיה ראה בידי המערער סכין או דוקרן, טוען הסנגור כי לא ניתן להסתמך על כך, שכן במסדר הזיהוי שנערך לעמיחי, כלל לא זיהה העד את המערער. באשר לזיהוי המערער על-ידי העדה עדי, טוען הסנגור כי אף על זיהוי זה לא ניתן היה להסתמך, שכן העדה לא ידעה כלל לתאר את המערער במסגרת עדותה במשטרה. כמו כן, לטענתו בית המשפט לא התייחס לעובדה שהוכחה, לפיה העדים עדי ויהודה שוחחו בבית החולים על תיאורו של הדוקרן ודיברו על כך שהוא גבוה וקצוץ שיער.

10. באת כוח המדינה טענה כי הכרעת הדין מבוססת כדבעי, וכי הראיות כנגד המערער הן ברורות ומובילות להרשעתו של המערער מעבר לספק סביר. לטענתה, הליך

הזיהוי שבוצע לעדים היה מעין הליך הצבעה, שכן לא היה צורך לערוך במקרה זה מסדר זיהוי, וזאת מאחר ששלושת הנאשמים קשרו עצמם לאירוע, והמחלוקת היחידה היא מה היה חלקם באירוע. היא ציינה כי לאורך כל העדויות לא מסרו המתלוננים שהיה בקרב תוקפיהם אדם רביעי מלבד שלושת הנאשמים, ואין כל בסיס לסברה זו.

דיון

11. כידוע, אין ערכאת הערעור נוהגת להתערב בממצאים עובדתיים שקבעה הערכאה הדיונית, בייחוד כאשר מדובר בממצאי מהימנות שנקבעו מתוך התרשמותו הבלתי אמצעית של בית המשפט היושב כערכאה הראשונה מהעדים שהעידו בפניו (ראו למשל ע"פ 9216/03 אלרז נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 16.1.06), בפסקה 14 לפסק הדין). עם זאת, ההלכה הפסוקה היא כי מקום בו האמון אותו נותנת הערכאה הדיונית לעדות מסוימת נובעת משיקולים שבהיגיון, מוסמכת ערכאת הערעור להתערב בקביעתו ולבקרה, שכן בקביעה מסוג זה אין לערכאה הדיונית כל יתרון על-פני ערכאת הערעור (ראו ע"פ 3792/01 פדידה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 25.3.02) (להלן: עניין פדידה)). בעניין שבפנינו מצאתי כי ניתן וראוי יהיה להתערב בקביעותיו של בית המשפט המחוזי, ובשיקולים עליהם התבסס לצורך הערכת העדויות שהביאו למסקנתו המרשיעה. אציין כבר עתה כי אני סבורה שלא קיימות ראיות מספיקות לשכנוע מעבר לספק סביר שהמערער הוא זה שדקר את יהודה.

12. בענייננו, כאמור, מבוססת הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי על ארבע עדויות שנשמעו בפניו. לאחר שעיינתי בטיעוני הצדדים בפני ערכאה זו ובחומר שהונח בפני בית המשפט המחוזי, ובכלל זה העדויות שנשמעו כפי שתועדו בפרוטוקול הדיון, וכן הודעותיהם של העדים בפני חוקרי המשטרה, מצאתי כי בכל אחת מעדויות אלו טמונים קשיים, אשר בהצטברותם מובילים ליצירת ספק סביר באשמתו של המערער בדקירת יהודה. להלן אבחן בנפרד כל אחת מארבע העדויות ואפרט את הקשיים העולים מהן.

עדותו של יהודה

13. יהודה העיד בבית המשפט כי בקטטה השנייה, שהתפתחה במהלך האירוע נשוא כתב האישום, הוא ראה את המערער רב עם אחיו, עמיחי, ואז קפץ על המערער ונתן לו בעיטה. בתגובה חבט המערער באגרופו בחזהו של יהודה. יהודה טוען כי אגרוף זה היה דוקרן, ובעקבותיו נפל על הרצפה ולא קם עד שחילצו אותו (עמוד 8

לפרוטוקול). המערער אמנם מעיד כי לא הרגיש בזמן מתן האגרוף את הדקירה, אך לאחר שניגשו לסייע לו והרימו את חולצתו, היה ניתן לראות חור במקום בו ספג את האגרוף מהמערער (עמוד 9 לפרוטוקול).

לבית המשפט הוגשה הודעתו של יהודה במשטרה. בהודעתו שנמסרה ביום האירוע מציין יהודה כי היו ארבעה מוכרים של בלון גז הצחוק. אחד מהם תואר על-ידו כבחור תימני רזה בעל שיער קצוץ שהיה ללא חולצה. בעדותו במשטרה העיד יהודה כי אותו בחור, אשר בעדותו בבית המשפט הוא מייחס את תיאורו למערער, דקר את חברו (איתי). כמו כן מעיד יהודה כי "הכל מעורפל אצלו" וכי לא שם לב מי תקף אותו ואיך דקרו אותו. כן ציין כי לא ראה את הדוקרן. רק בהודעתו במשטרה, כשבוע לאחר האירוע, ולאחר שהוצגו לו שלוש תמונות של החשודים (ושלוש תמונות אלו בלבד, כאשר יוזכר כי יהודה דיבר בהודעתו הראשונה על ארבעה מוכרים המעורבים בקטטה), ציין יהודה את חלקו של כל חשוד באירוע, וטען כי המערער הוא זה שדקר אותו. בבית המשפט הסביר כי לאחר שראה את תמונות הנאשמים התבהרה לו כל התמונה. יצוין, כי יהודה העיד בבית המשפט כי כאשר שהה בבית החולים באו לבקרו אנשים שהיו מעורבים באירוע, כל אחד סיפר מנקודת מבטו על האירוע, והוא שיחזר באמצעותם את הדברים (עמודים 14, 24 לפרוטוקול). מעבר לכך אף העיד כי הוא וידידתו, עדי, אשר עדותה אף היא עמדה בבסיס הרשעתו של המערער על-ידי בית המשפט המחוזי, דיברו על האירוע כשבוע לאחריו, ועדי אמרה לו כי המערער איים עליה עם סכין שתיקח אותו לכניסה למתחם האירוע. הוא ציין כי בדברם על המערער תיארו אותו כבעל שיער קצוץ וגבוה (עמוד 20 לפרוטוקול).

14. סקירת עדותו והודעותיו של יהודה מעוררת שני קשיים מרכזיים: הראשון הינו ההבדלים המשמעותיים בין הודעתו במשטרה מיד לאחר האירוע, בה לא רק שלא זכר מי דקר אותו, אלא אף ציין כי הבחור שעונה על תיאורו של המערער דקר את חברו, לבין עדותו בבית המשפט, בה העיד כי המערער הוא שדקר אותו. כידוע, זכרונו של אדם נחלש עם הזמן, ולכן ההיגיון מחייב כי מיד לאחר האירוע יכולתו של יהודה להעיד מי דקר אותו תהיה גבוהה מיכולתו לעשות זאת שבוע לאחר מכן (ראו ע"פ 421/71 מימרן נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 281, 287). העובדה כי דווקא עדותו המאוחרת יותר היא זו שביססה את הרשעתו של המערער מעוררת קושי ופוגעת במיהמנות העדות בבית המשפט, עליה השתית בית המשפט קמא את ממצאיו (ראו י' קדמי על הראיות (חלק ראשון, מהדורה משולבת ומעודכנת, תשס"ד), 308). עם זאת אדגיש, כי קושי זה בפני עצמו אין בו כדי לפגום בעדותו של יהודה במידה שיהא בה לעורר ספק סביר באשמתו של המערער, שכן יש לזכור כי יהודה נפצע באירוע,

והודעתו הראשונה ניתנה בבית החולים כאשר הוא תחת השפעת מורפיום, ולפיכך ניתן היה לקבל את הסברו ולהניח כי אכן היה מבולבל. עם זאת, כאמור, ישנם קשיים נוספים המצטרפים יחדיו ליצירת ספק זה. הקושי השני בעדותו של יהודה נובע מכך שהוא עצמו העיד כי שוחח בטרם הזיהוי עם מעורבים אחרים בקטטה, לרבות עמיחי ועדי, שהרשעתו של המערער מבוססת גם על עדויותיהם, ושיחזר בעזרתם את האירוע. החשש שעולה מכך הוא כי יהודה יצר לעצמו את תמונת האירועים המורכבת משברי ידיעות שקיבל על האירוע מחבריו, ולפיכך בשעת הזיהוי, כשבוע לאחר האירוע ולאחר השיחה עם עדי ועם מעורבים אחרים, הצביע על המערער. יש להדגיש, כי בפני יהודה הוצגו שלוש תמונות בלבד, כאשר מביניהם המערער הינו קצוץ השיער היחיד.

עדותו של עמיחי

15. עמיחי העיד בבית המשפט כי נאשם 1 רב איתו ועם אחיו, יהודה, וחבט בהם באגרופיו. כן העיד כי המערער עמד מאחוריו והכה אותו בעורף. כמו כן העיד עמיחי כי ראה שנאשם 1 החזיק משהו ביד, וכי דיווחו לו שאחיו נדקר (עמוד 26 לפרוטוקול). לגבי המערער העיד כי ראה בידו משהו עם שפיץ, וכי מישהו הצביע עליו כדוקר של אחיו (עמוד 27 לפרוטוקול). עמיחי הבהיר בעדותו כי ראה גם את המערער וגם את נאשם 1 מחזיקים דוקרן בידיהם בשלבים שונים של האירוע. עמיחי העיד כי בעדותו במשטרה זיהה את נאשם 1 כ"בוס", כמקבל ההחלטות (עמוד 28 לפרוטוקול). גם עמיחי מעיד כי יתכן והיה מעורב אדם רביעי בקטטה (עמוד 31 לפרוטוקול).

כשבוע וחצי לאחר האירוע נערכו לעמיחי שלושה מסדרי זיהוי תמונות, כאשר בכל אחד מהם נמצאה תמונתו של אחד מהנאשמים יחד עם שבע תמונות של ניצבים. עמיחי זיהה את נאשם 1, אך לא זיהה את המערער וכן לא זיהה את נאשם 3. בהודעתו במשטרה מאותו יום מעיד עמיחי כי האדם שזיהה (דהיינו נאשם 1) היה הדומיננטי באירוע והוא זה אשר התחיל את הקטטה. כן ציין כי מישהו אמר לו כי אותו אדם הוא זה שדקר את איתי חזקיהו.

16. כאמור, עמיחי לא זיהה את המערער במסדר תמונות שנערך לו. אמנם בבית המשפט זיהה עמיחי את המערער כמי שנאמר לו עליו שדקר את אחיו, אך לכך נלווים שני קשיים: ראשית, עמיחי לא ראה בעצמו את הדקירה של יהודה אלא הסתמך על דבריו של אדם אחר. לא ידוע מי היה אותו אדם (אף על פי שעלתה השערה שמדובר בעד יניב, אשר העיד במשפט כי לא ראה את הדקירה אלא ראה אדם עם דוקרן, וכן העיד כי אותו אדם ראה עם הדוקרן אינו יושב בקרב הנאשמים). לפיכך, מדובר

בעדות מפי השמועה אשר לא ניתן להסתמך עליה, כידוע, לצורך הרשעת המערער. שנית, זיהוי בבית המשפט הינו חסר ערך בהעדר זיהוי קודם במשטרה (ראו י' קדמי על הראיות (חלק שני, מהדורה משולבת ומעודכנת, תשס"ד), 308, וההפניות שם (להלן: קדמי, חלק שני)). עם זאת, ייתכנו מקרים חריגים בהם ניתן משקל לזיהוי הנעשה בבית המשפט (ע"פ 5249/01 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 656, 668; ע"פ 5390/96 אבו מדיעם נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 29, 37). במקרה זה יתכן ויש מקום להעניק משקל כלשהו לזיהוי על-ידי עמיחי בבית המשפט, שכן הנאשמים הודו כי היו מעורבים באירוע הקטטה, והמחלוקת נסבה על מה היה חלקם בקטטה זו. לפיכך, העמדת יכולת הזיכרון החזותי של העד במקרה זה, נעשית על-ידי הצורך לבחור באחד מהשלושה כמבצע הדקירה (וראו להלן עוד בעניין זה). עם זאת, העובדה כי המערער זוהה על-ידי עמיחי רק בבית המשפט, ולא זוהה במסדר זיהוי התמונות מעניקה לזיהוי זה משקל נמוך.

עדותה של עדי

17. בבית המשפט העידה עדי כי המערער רץ לעברה עם דוקרן בידו. לאחר מכן הבהירה כי ראתה תנועת ניגוב של דוקרן ולא את הדוקרן עצמו. כן העידה כי ראתה אותו ככל הנראה פחות מחצי דקה, וכי לא יתכן שהיה ערום (עמודים 127, 129 לפרוטוקול). יוזכר כי יהודה העיד כי המערער היה ללא חולצה בעת הקטטה. העדה עומתה עם עדותו של יהודה, לפיה, כאמור, דיברה עימו בבית החולים על כך שהדוקר הינו קצוץ שיער וגבוה. עדי ענתה כי אכן ביקרה את יהודה, שהינו ידידה, בבית החולים, בטרם הזיהוי שביצעה במשטרה, אך לא זכור לה כי דיברו על כך שמדובר בבחור קצוץ שיער וגבוה (עמוד 127 לפרוטוקול).

עדי נחקרה במשטרה שמונה ימים לאחר האירוע והוצגו בפניה שלוש תמונותיהם של החשודים. עדי זיהתה את המערער כמחזיק בדוקרן. עם זאת, בטרם הזיהוי לא ידעה עדי לתת תיאור של אותו אדם שראתה.

18. אף אם נקבל את הזיהוי שנערך על-ידי עדי כזיהוי וודאי, יש לזכור כי כל מה שראתה העדה היה אדם שעשה תנועת ניגוב של דוקרן. עדי לא ראתה את הדקירה, ואף את הדוקרן עצמו לא ראתה. אמנם לא ניתן לשלול לחלוטין את משקלה של ראייה זו, גם אם הינה נסיבתית, אך יש לקחת בחשבון שיתכן ואותו אדם שהחזיק בדוקרן (ויצוין כי העובדה שמדובר אכן בדוקרן מקבלת חיזוק בעדותו של משי) כלל לא היה קשור לדקירתו של יהודה, או שלקח מהדוקר את כלי הנשק על מנת לסייע לו להעלימו מזירת

האירוע (ראו ע"פ 9372/03 וייזל נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 23.9.04)). יצוין, למשל, כי על-פי דו"ח פעולה של שוטר שהיה במקום האירוע, הצביעה מישהי על החשוד הרביעי, שלא הועמד לדין, כמי שנצפה על ידה זורק סכין עם דם (עמוד 69 לפרוטוקול).

קושי נוסף בזיהוי זה מצוי בעובדה שיתכן, כפי שהעיד יהודה, שעדי דיברה איתו על אותו אדם שראתה, והם דיברו על כך שמדובר באדם קצוץ שיער ורזה. לא ברור מי סיפר למי על תיאור זה- עדי ליהודה או יהודה לעדי, אך מכל מקום ברי שיש כאן פגיעה במארג הראיות ובהשתלבותו לכדי זיהוי ברור ואחיד של הדוקר.

קושי אחרון בזיהוי שנעשה על-ידי עדי מצוי בהליך הזיהוי שנערך. כאמור, בפני עדי הוצגו שלוש תמונות בלבד של החשודים באירוע, ולפיכך אף לא היתה הקפדה על דמיון בין התמונות. אמנם יש מקום לטעון שבמקרה בו קשרו עצמם כל המעורבים לאירוע, אך לא ידוע מה חלקו של כל אחד, ניתן היה להציג בפני העדים המזהים את תמונותיהם של המעורבים, מבלי להוסיף את מספר הניצבים הדרוש במסדר זיהוי תמונות סטנדרטי, ומבלי להקפיד על הדמיון בין התמונות, שמטבע הדברים לא קיים בהכרח. עם זאת, הקושי בכך בענייננו הוא שיש רגליים לסברה, שהועלתה אף על-ידי המתלוננים, שהיה מעורב בקטטה אדם רביעי נוסף, מלבד שלושת הנאשמים, ווודאי הוא שהיה חשוד נוסף ששוחרר בשל אליבי שהציג, אליבי שהתברר במהלך המשפט ככזה שלא מנע מהחשוד הרביעי לנכוח אף הוא במקום ובזמן האירוע (עמודים 119-120 לפרוטוקול). במקרה כזה יתכן ועולה קושי להציג את תמונותיהם רק של חלק מהמעורבים באירוע, שכן לעדים, ובמיוחד לקורבנות עבירה, יש עניין למצוא את העבריינין, והחשש הוא כי יטו לזהות את אחד המעורבים שהוצג בפניהם, גם אם הוא רק דומה לעבריינין האמיתי שלא הוצג בפניהם (ראו א' לוי, "התייחסות קצרה ואוהדת ל"טעויות בזיהוי חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה", משפטים לה(2) (תשס"ה) 471, 481). הקושי המתעורר מכך, בניגוד למסדר זיהוי סטנדרטי, הוא שבמסדר מסוג זה אין הקפדה על דמיון בין העומדים למסדר, ולפיכך אין מבחן אמיתי לזיכרונו החזותי של העד המזהה. לכן גובר החשש כי העד יצביע על האדם הדומה ביותר, מבין משתתפי המסדר, לעבריינין האמיתי אותו ראה. כמו כן, זיהוי שכזה לא ניתן לביקורת, שכן במקרה כזה אין "טעות בזיהוי", בניגוד למסדר זיהוי סטנדרטי, מאחר שכל מי שמוצג בפני המזהה היה מעורב באירוע. קושי נוסף שמתעורר מהליך הזיהוי שנערך לעדי, הינו כי האדם שאותו ראתה עדי כבר לא היה בזירת האירוע, ולכן יתכן והוא אינו אחד מהמעורבים בקטטה, כך שהיה צורך לערוך מסדר זיהוי על-פי כל כלליו, כולל מספר התמונות הנדרש, והדמיון בין הניצבים לתמונת החשוד (כפי שאכן נערך לעדים מזהים

אחרים בפרשה). כמו כן יש להזכיר כי משקלו של מסדר זיהוי תמונות נמוך ממשקלו של מסדר זיהוי חי (ע"פ 2180/02 קאסס נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 23.12.02)).

עדותו של דביר משי

19. משי העיד בבית המשפט כי ראה אדם רץ לכיוון החניה ובידו דוקרן קרח ארוך ממתכת עם ידית מעץ. העד תיאר את אותו אדם כבחור בעל צלקות בפנים ואף לא סימטרי שנראה כשבור (עמודים 53-54 לפרוטוקול). עם זאת, כשהוצגו בפניו במשטרה תמונות של שלושת הנאשמים לא זיהה משי אף אחד מהם.

20. אף באשר לעדות זו יש לזכור שמדובר בראייה נסיבתית, שניתן ליישבה גם עם חפותו של המערער. כמו כן, באשר לתיאורו של מחזיק הדוקרן- ראשית, התיאור של צלקות בפנים אינו נתמך על-ידי שום ראיה כתואם את מראהו של המערער לאחר האירוע. שנית, באשר לתיאור אפו של המערער. אמנם עולה מהודעתו של המערער במשטרה כי קיבל מכה באף, אך החוקר מציין רק כי נראה סימן כחול על אפו של המערער. בעדותו של נאשם 3 בבית המשפט ציין הנאשם כי למערער היה פצע באף ואפו היה נפוח. תיאור זה אינו תואם באופן מלא את תיאורו של משי. יתרה מכך, מעדותו של חוקר המשטרה, אשר הציג את התמונות למשי, עולה, כי כאשר הציג בפניו את תמונת נאשם 1, אמר העד שאינו יכול לזהות אותו כבחור שדקר, אך הוא מזהה אותו לפי מבנה האף. לעומת זאת, כאשר הוצגה לו תמונתו של המערער, העיד החוקר כי משי אמר שאינו מזהה אותו בוודאות. יצוין כי בית המשפט העיר, לפי פרוטוקול הדיון, כי על-פי התרשמותו, אפו של המערער לא נראה עקום (עמוד 44 לפרוטוקול). כמו כן יצוין, כי מעיון בתמונתו של המערער שצולמה שעות מספר לאחר האירוע לא ניתן להבחין כי אפו של המערער חורג מהרגיל (אם כי יוער כי התמונה מטושטשת מעט).

סיכום

21. הקושי שעובר כחוט השני דרך כל הראיות המצויות כנגד המערער עניינו בזיהוי המערער כדוקר של יהודה. מדובר בקטטה רבת משתתפים אשר התפתחה במהלך מסיבה. בנסיבות כאלו, הגיוני שיווצר קושי להבחין בין חלקו של כל אחד מהמשתתפים בקטטה. הדקירה בה נדקר יהודה עוזה לא נצפתה ישירות על-ידי אף אחד מהמעורבים או העדים לאירוע. אף הנדקר עצמו לא הרגיש בזמן אמת שנדקר. לקשיים

אלו מצטרפים הקשיים הספציפיים, אותם סקרתי לעיל. עדותו של יהודה שהינה העדות המרכזית מוקשית בשל עדותו הראשונה במשטרה בה העיד כי אינו זוכר מי דקר אותו, וכן בשל העובדה כי הזיהוי שבוצע על-ידו במשטרה, בו זיהה את המערער כדוקר לאחר שהוצגו לו תמונות המעורבים, נעשה לאחר ששוחח עם עדי ועם מעורבים נוספים על האירוע. גם בעדויות התומכות נמצאו כאמור קשיים: עדותו של עמיחי, אשר לא ראה בעצמו את דקירתו של אחיו, ניתנה על בסיס זיהוי בבית המשפט בלבד, בעוד שבמשטרה לא זיהה עמיחי את המערער; עדי ומשי אף הם לא ראו את הדקירה עצמה, ואף לא היו נוכחים במקום הקטטה. הליך הזיהוי שנערך להם, בו רק עדי זיהתה את המערער, הינו הליך בעייתי כפי שהובהר, והשיחה בין עדי ליהודה מעלה גם כאן ספקות באשר לאמיתות הזיהוי.

אשר על כן, לא מצאתי כי יש בפסיפס הראיות שהיו בפני הערכאה הדיונית להוביל למסקנה שהמערער אכן הוא שביצע את המיוחס לו בכתב האישום. במצב דברים זה אני מוצאת כי מתעורר ספק סביר באשמתו של המערער בדקירה של יהודה. יובהר כי אין בית המשפט צריך לפעול בוודאות גמורה או מוחלטת כאשר הוא בא להרשיע, וכי התביעה צריכה להוכיח את אשמתו של הנאשם ברמת הסתברות גבוהה (ראו עניין פדיטה). עם זאת, במקרה דנן לא שוכנעתי מעבר לספק סביר כי המערער הוא זה שדקר את יהודה. מהעדויות והראיות עולה כי אפשרות שהמערער כלל לא החזיק בדוקרן היא אפשרות סבירה, או לחילופין ישנה אפשרות סבירה אף היא, שהמערער החזיק בדוקרן, אך לא דקר בו את יהודה, וכי יהודה נדקר על-ידי אדם אחר שהשתתף בקטטה.

22. עם זאת, אין ספק מחומר הראיות שהוצג לעיל, ומקביעותיו של בית המשפט המחוזי, כי המערער, היה מעורב באופן פעיל בקטטה, וכי תקף את מארגני המסיבה שדרשו ממנו ומחבריו להזיז את בלון הגז. כל העדויות שהובאו, להם האמין בית המשפט המחוזי, תומכות בכך שהמערער תקף את יהודה ואת עמיחי. בעניין זה נתמכות עדויותיהם של יהודה ועמיחי בעדויות של עדים אחרים לאירוע (ובהם דביר ודניאל אמינוב) אשר העידו כי שלושת הנאשמים תקפו את מארגני המסיבה. לפיכך, ניתן לעשות שימוש בסעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982 ולהרשיע את המערער בעבירה של תקיפה. יצוין, כי למערער ניתנה אפשרות סבירה להתגונן מפני הרשעה בעבירה זו, ואכן קו הגנתו היה כי כלל לא תקף איש בקטטה, אלא רק הותקף (כפי שציין אף בית המשפט המחוזי לגבי הרשעתו של נאשם 1 בתקיפה תחת זיכוי מעבירה של גרימת חבלה חמורה).

23. אשר על-כן, לו דעתי היתה נשמעת, הייתי מזכה, ולא בלב קל, את המערער מחמת הספק מהעבירות של גרימת חבלה בנסיבות מחמירות שיוחסו לו בכתב האישום, ומרשיעה אותו תחתן בעבירה של תקיפה, לפי סעיף 379 לחוק העונשין.

גזר הדין

24. לאור התוצאה אליה הגענו, לפיה המערער הורשע בעבירת תקיפה, הפחותה בחומרתה מהעבירה של גרימת חבלה חמורה, בה הורשע בבית המשפט המחוזי, עלינו לבחון מחדש את העונש שהושת על המערער. על המערער נגזרו בבית המשפט המחוזי שנה וחצי מאסר לריצוי בפועל בניכוי 58 ימי מעצרו ושנה מאסר על-תנאי שלא יעבור תוך 3 שנים עבירה של אלימות כלפי אדם אחר שתוצאתה חבלה של ממש. לשם גזירת העונש מחדש יש להביא בחשבון נסיבות מקלות נוספות, אשר אף בית המשפט המחוזי התחשב בהן בגזר דינו, ובהן תרומתם של המתלוננים לאירוע ולהתפתחותו האלימה; העובדה שהמערער נעדר עבר פלילי; היותו של המערער נשוי ואב לשני ילדים ומצבו הכלכלי הלא קל. כמו כן יש לשים לנגד עינינו את העונש שהושת על נאשם 1 בפרשה - 8 חודשי מאסר על תנאי וקנס בסך 5,000 ₪.

עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך שהמערער הורשע בעבירת אלימות, ומחומרת התופעה שהתפשטה בארצנו כאשר בילוי תמים מתפתח לכדי קטטות אלימות שתוצאתן לא אחת פגיעה בגוף ובנפש.

25. בהתחשב בכל אלה, ומאחר שהמערער, בניגוד לנאשם 1, לא היה יוזם האירוע, ובשל מצבו הכלכלי הקשה, אנו גוזרים עליו 6 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור תוך שלוש שנים עבירת אלימות כלפי אדם אחר שתוצאתה חבלה של ממש, וכן קנס בסך 3,000 ₪.

ש ו פ ו ת

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ו ת

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ארבל.

ניתן היום, ב' באדר תשס"ו (2.3.06).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט