

## ע"פ 930/22 - פלוני נגד מדינת ישראל

### בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 930/22

לפני: כבוד השופטת י' וילנר  
כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ  
כבוד השופטת ר' רונן

המערער: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט  
המחוזי בנצרת בת"פ 30032-10-19 מיום  
29.9.2021 ומיום 6.1.2022 שניתנו על ידי כב'  
השופט ג' צפריר

תאריך הישיבה: י"ד בתמוז התשפ"ב (13.7.2022)

בשם המערער: עו"ד גיל דביר; עו"ד שמואל ברזני

בשם המשיבה: עו"ד נועה עזרא רחמני

**פסק-דין**

השופטת ר' רונן:

עמוד 1

1. ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין שניתנו על ידי בית המשפט המחוזי בנצרת (כב' השופט גדי צפריר) בת"פ 19-10-30032, מיום 29.9.2021 ומיום 6.1.2022, בהתאמה. בהכרעת הדין הורשע המערער בעבירה של נשיאה והובלת נשק לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) ובעבירה של הסתייעות ברכב לביצוע פשע לפי סעיף 43 לפקודת התעבורה [נוסח חדש] (להלן: פקודת התעבורה). במסגרת הכרעת הדין, זוכה המערער מעבירת סחר בנשק לפי סעיף 144(ב2) לחוק העונשין. בגזר הדין, הוטל על המערער עונש של 23 חודשי מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו; מאסר על תנאי של 7 חודשים למשך 3 שנים (בתנאי שהנאשם לא יורשע בעבירות נשק נוספות); פסילה בפועל של רישיון הנהיגה של המערער למשך 11 חודשים מיום שחרורו ממאסר; וקנס בסך 3,000 ₪.

הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט המחוזי

2. המערער הועמד לדין עם נאשמים נוספים. כתב האישום נגדם מתאר כיצד בחודש ספטמבר 2019 קשרו מי מהנאשמים קשר עם עאצם אגבריה (להלן: עאצם), תושב הרשות הפלסטינית, במטרה שעאצם ימכור להם נשק בלתי חוקי.

כמה ימים לפני יום 1.10.2019, שוחחו תאמר כריים (להלן: תאמר) ועלי טארק חטיב (להלן: טארק) עם עאצם, וסיכמו איתו שימכור לטארק נשק. במקור קבעו הצדדים כי תאמר וטארק הם שיפגשו עם עאצם ביום 1.10.2019 לצורך העברת הנשק, אך בהמשך הודיע תאמר כי לא הצליח להשיג רכב. המערער החליף את תאמר כנהג הרכב שיצא למפגש העברת הנשק, אליו הוא נסע יחד עם טארק. השניים יצאו מאזור כפר כנא לכיוון המשולש ברכב השייך לאחיו של המערער. כתב האישום מציין כי טארק והמערער פגשו את עאצם או מי מטעמו באזור הסמוך ליישוב זמר, ושם הם קיבלו אקדח חצי אוטומטי ומחסנית ריקה תואמת. לאחר שהאקדח והמחסנית החליפו ידיים, התיישב עליהם טארק במכונית במטרה להחביאם. השניים החלו בנסיעה חזרה לכיוון כפר כנא, ובסמוך לבית זרזיר נעצרו במחסום משטרת.

במסגרת כתב האישום הואשם המערער בעבירה של סחר בנשק לפי סעיף 144(ב2) לחוק העונשין, וכן בעבירה של הסתייעות ברכב לביצוע פשע, לפי סעיף 43 לפקודת התעבורה.

3. יתר הנאשמים בפרשה הורשעו על פי הודאתם במסגרת הסדר טיעון ולפי כתב אישום מתוקן. המערער מצדו כפר באשמה, בטענה כי לא ידע על הימצאות האקדח ברכב וכי נסיעתו עם טארק נועדה למטרה תמימה. הכרעת הדין בעניינו של המערער עסקה בשתי שאלות עיקריות: הראשונה, האם הוא ידע על קיומו של הנשק במכונית; והשנייה, באילו עבירות יש להרשיע אותו ככל שהתשובה לשאלה הראשונה היא בחיוב.

4. ראשית קבע בית המשפט המחוזי כי האקדח שהועבר לטארק ביום 1.10.2019 אכן מהווה כלי נשק, כהגדרתו בסעיף 144(ג1) לחוק העונשין. מכאן המשיך בית המשפט לבחון האם ניתן לראות במערער כמי שהחזיק בנשק. לעניין זה, ציין בית המשפט את סעיף 144(ד) שקובע כי "מקום שנמצא בו נשק, רואים את מחזיק המקום כמחזיק הנשק כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר". בית המשפט הסביר כי לפי הפסיקה הנוהגת, גם רכב יכול להוות "מקום" לעניין החלת החזקה הקבועה בסעיף 144(ד) לחוק העונשין. הרכב בו נהג המערער הוא אמנם בבעלות אחיו, אך

המערער אישר במסגרת חקירתו במשטרה ובעדותו בבית המשפט כי כל משפחתו נוהגת להשתמש בו. בהקשר זה, צוין בפסק הדין כי אין חולק כי המערער הוא ששלט ברכב במועד האירועים שפורטו בכתב האישום. לאור כך נקבע כי המערער הוא "מחזיק המקום" לעניין החזקה המעוגנת בסעיף 144(ד), ושיש לראות אותו כמי שהחזיק בנשק, אלא אם כן הוא יצליח להוכיח אחרת.

5. בית המשפט קבע כי לא עלה בידי המערער לעשות כן. מסקנה זו נסמכה על מספר הנמקות: ראשית, נקבע כי הוכח כי בין המערער לבין טארק שררה חברות חזקה ורבת שנים, וכי המערער נהג לסייע לטארק בעניינים משפטיים ואחרים. שנית, בית המשפט קבע כי גרסתו של המערער לא הייתה עקבית לכל אורכה. כך, המערער הציג גרסאות משתנות לשאלה מה הייתה מטרת הנסיעה המשותפת, וממילא הוא כשל להוכיח לאיזו תכלית היא נועדה. חוסר יכולתו של המערער לספק הסבר הגיוני למטרת הנסיעה מהווה ראיה, כך נקבע, למודעותו להימצאות הנשק ברכב. המערער הציג גרסה בלתי עקבית גם ביחס לשאלה מה הוא עשה ביום הנסיעה בטרם החל לנסוע עם טארק. גרסתו של המערער אף לא הייתה עקבית בכל הנוגע למפגש בו הועבר הנשק. כך, בחקירתו טען המערער כי טארק יצא מן הרכב בהגיעם למקום המפגש, וכי הוא לא ידע או ראה מה טארק עשה. בהמשך שינה המערער את גרסתו מספר פעמים, ובסופו של דבר הוא אישר כי ראה את טארק יורד מהרכב ופוגש מספר אנשים. גרסאות המערער באשר למפגש העברת הנשק עצמו אף נסתרו מהדוחות שהפיקו שוטרי יחידת העיקוב המשטרתית, שעקבו אחר הרכב במהלך נסיעתו. כמו כן, המערער מסר גרסאות שונות בשאלה כמה פעמים עצרו הוא וטארק במהלך נסיעתם. בסיכומם של דברים, מצא בית המשפט המחוזי כי הגרסאות הסותרות הרבות שסופקו על ידי המערער בכל הנושאים הללו, פגעו במהימנותו והקשו על קבלת עמדתו לאירועים. שלישית, בית המשפט ציין כי טארק נעצר כשהוא לבוש כפפות לטקס חד פעמיות לידי. אף סרטונים שנקלטו במצלמות האבטחה בתחנת דלק בכביש 6 ושצולמו כ-20 דקות לפני שנעצרו השניים, מראים את טארק עוטה כפפות. המערער הציג גרסאות משתנות בשאלה האם ראה את טארק עוטה את הכפפות, וממילא הוא לא הציג הסבר מניח את הדעת לשאלה כיצד לא עוררה עטיית הכפפות את חשדו. רביעית, בית המשפט המחוזי ייחס מהימנות לגרסת השוטרים שעצרו את הרכב בו נסעו המערער וטארק.

בית המשפט המחוזי דחה את טענות המערער ביחס למחדלי חקירה מהותיים מצד גורמי החקירה. כך, נקבע שאין במחדלם הלכאורי של רשויות החקירה לבדוק את גרסתו של המערער לפיה מכוניתו הייתה במוסך ביום האירוע כדי לסייע למערער, שהרי אין מחלוקת כי הוא היה זה שנהג במכונית וששלט בה במהלך האירועים הרלוונטיים. טענה נוספת של המערער שנדחתה נגעה למחדלם הלכאורי של גורמי החקירה לתפוס את מצלמות הדרך הנמצאות בסמוך למקום המפגש בו החליף הנשק ידיים. בית המשפט המחוזי קבע כי אמנם היה מקום לתפוס את המצלמות הללו, אך אין מדובר במחדל מהותי מפני שגם לשיטת המערער, המפגש נערך בדרך עפר חשוכה שהייתה רחוקה מהכביש וממיקום המצלמות הרלוונטיות.

בסיכומם של דברים, נקבע כי המערער לא הציג כל הסבר מתקבל על הדעת כיצד הגיע הנשק לרכבו, ולא עלה בידו לסתור את החזקה המעוגנת בסעיף 144(ד) לחוק העונשין.

6. מכאן המשיך בית המשפט המחוזי לבחון את השאלה השנייה שעל הפרק, והיא מהן העבירות שראוי לייחס למערער. בית המשפט מצא כי יש לזכות את המערער מעבירת הסחר בנשק לפי סעיף 144(ב2) לחוק העונשין, מפני

שלא הוכח כי מעשיו מקיימים את יסודות העבירה הזו. קביעה זו התבססה בין היתר על דחיית קבילותן של האזנות סתר שהקליטו רשויות החקירה, ושתיעדו שיחות שערך טארק במהלך הנסיעה.

בית המשפט המשיך וקבע כי יש להרשיע את המערער בעבירה לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין, וזאת למרות שכתב האישום לא כלל אישום בעבירה זו ולמרות שהמשיבה לא ביקשה לייחס אותה למערער. בית המשפט ביאר כי הסמכות לעשות כן מעוגנת בסעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי) המסמיך את בית המשפט להרשיע נאשם על פי עובדות שהוכחו בפניו גם אם הן לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן טרם ההרשעה.

לגישת בית המשפט, יסודות עבירת נשיאה והובלת נשק המעוגנת בסעיף 144(ב) לחוק העונשין הוכחו במלואן, ואף לא קיים חשש שמא לא ניתנה למערער ההזדמנות להתגונן בפני הרשעתו בעבירה זו, שכן קיים קשר "ענייני הדוק וממשי" בינה לבין העבירה בה הואשם (הכרעת הדין, בפסקה 26). כפי שהובהר לעיל, המערער אף הורשע בביצוע עבירה לפי סעיף 43 לפקודת התעבורה, שנכללה במסגרת כתב האישום נגדו.

7. בגזר הדין נקבע כי מתחם העונש ההולם את העבירה אשר ביצע המערער נע בין 16 חודשי מאסר ל-30 חודשי מאסר, בצירוף עונשים נלווים. במסגרת הנמקת מתחם העונש, הסביר בית המשפט המחוזי כי בשל הסכנה הרבה הטמונה בעבירות הנשק, יש להעניק משקל רב לאינטרס הציבורי בגזירת עונשו של המורשע בהן. לאחר שבחן את הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה (לרבות העובדה כי המערער לא הודה במעשיו ולא נטל עליהם אחריות), גזר בית המשפט המחוזי על המערער את העונש שצוין בפתח פסק הדין.

טענות הצדדים

8. לטענת המערער, שגה בית המשפט המחוזי כאשר הרשיע אותו בעבירה שלא יוחסה לו בכתב האישום, תוך שימוש בסעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי. לגישתו, לא נתמלאו התנאים שנקבעו בפסיקת בית משפט זה לעניין תחולת הסעיף, ובכלל זה התנאי המחייב מתן הזדמנות סבירה לנאשם להתגונן מפני הרשעתו בעבירה שאינה כלולה בכתב האישום. למערער ניתנה לטענתו הזדמנות להתגונן רק מפני האישומים שהיו נגדו בגין עבירת הסחר בנשק, ולא מפני עבירת נשיאת הנשק והובלתו. ממילא לא הוכחו גם לא יסודות עבירה זו, שכן לא הוכחה מודעות המערער להתנהלות הפלילית שיוחסה לו בכתב האישום. לשיטת המערער, המשיבה כשלה מלהוכיח את מודעותו לכך שטארק נשא עמו נשק ברכב, בין היתר לאור מחדלה להכשיר כראיה את האזנות הסתר שהוקלטו על ידי גורמי החקירה.

לחלופין נטען כי גם אם בית המשפט המחוזי לא שגה כשקבע כי ניתן להרשיע את המערער בעבירה שלא יוחסה לו בכתב האישום, היה עליו לעשות שימוש זהיר בסמכותו זו, ולהרשיעו לכל היותר בעבירה של סיוע לנשיאת הנשק והובלתו. בהודעת הערעור נסקרו המבחנים השונים המשמשים להבחנה בין מבצע עיקרי למסייע, ונטען כי יישומם במקרה דנן מוביל למסקנה כי חלקו של המערער היה של מסייע.

המערער אף טען כנגד המחדלים שנפלו לגישתו בחקירתו. לעמדתו, שגה בית המשפט המחוזי כשקבע כי מחדל המשטרה לתפוס את מצלמות האבטחה שהוצבו בסמוך למקום המפגש אינו מהותי. לפי הנטען, החומרים במצלמות אלה היו יכולים לאמת את גרסת המערער לפיה טארק ירד מהרכב בנקודת המפגש והתרחק עם גורמים אחרים מן הרכב למקום בו הוא לא נראה. הצילומים אף היו מוכיחים שטארק חזר לרכב כשהנשק מוסתר במכנסיו, הרחק מעיניו של המערער.

לגבי גזר הדין טען המערער כי בית המשפט המחוזי שגה כשהטיל עליו עונש כה חמור. המערער ייחס חשיבות לכך שעל טארק הוטל עונש של 20 חודשי מאסר בפועל בלבד, כלומר שלושה חודשי מאסר פחות משהוטלו עליו. לגישת המערער, בית המשפט התעלם בגזר דינו משיקולי אחידות הענישה. בהקשר זה נטען כי בית המשפט המחוזי שגה והחמיר עם המערער מאחר שהוא בחר לנהל את משפטו ולא להודות באחריות במסגרת הסדר טיעון.

9. מנגד, סמכה המשיבה את ידיה על הממצאים העובדתיים שבהכרעת הדין ובגזר הדין של בית המשפט המחוזי, וטענה כי יש לדחות לכן את הערעור על שני חלקיו. עם זאת, המשיבה סבורה כי בית המשפט שגה כשפסל את האזנות הסתר מהן עלה תוכן דבריו של טארק במהלך הנסיעה המשותפת. לגישת המשיבה, יש להסיק גם מהאזנות הסתר אודות מודעותו של המערער לנשק שנמצא ברכב בו נהג.

המשיבה סבורה כי בדין הפעיל בית המשפט את סמכותו מכוח סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי. לגישתה, העובדות המבססות עבירה של נשיאה נשק והובלתו נטענו בכתב האישום, אלא שהמשיבה בחרה מלכתחילה לייחס למערער, על בסיס עובדות אלה, עבירה חמורה יותר. במצב דברים זה לא קיים חשש לפגיעה בזכותו של המערער להתגונן, שהרי כל העובדות פורטו מראש בכתב האישום. לגישת המשיבה, בבסיס שתי העבירות - זו שבה הואשם המערער בכתב האישום וזו שבה הורשע בפועל - עומדת מודעות המערער להחזקת הנשק. המערער טען בהרחבה כי הוא לא היה מודע לקיומו של הנשק, ולכן אין הוא יכול לטעון שלא הייתה לו הזדמנות ראויה להתגונן. ממילא לא טען המערער כיצד היה מתגונן אילו הייתה מיוחסת לו מלכתחילה עבירת הנשיאה וההובלה. לפי הפסיקה די בכך כדי להביא למסקנה כי דין טענות המערער בערעור להידחות.

המשיבה אף דחתה את טענתו החלופית של המערער, לפיה היה ראוי לכול היותר להרשיע אותו בהסתמך על סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי רק כמסייע. לגישתה, הוכח כי המערער הוא שהיה המבצע הישיר של עבירת ההחזקה, וזאת משלא עלה בידי להפריך את החזקה שבסעיף 144(ד) לחוק העונשין.

אשר לטענה בדבר מחדל המשטרה לתפוס מצלמות ביישוב זמר, נטען כי אין לו כל נפקות. כך, לא ידוע האם נקודת המפגש בה הועבר הנשק תועדה על ידי המצלמות. כמו כן, אף לו ניתן היה לראות שטארק הגיע עם הנשק מוסתר במכנסיו, לא עולה מכך שהמערער לא היה מודע לכך שהוא נושא עמו נשק, וזאת בשים לב לכך שהנשק היה ברכב עוד כ-50 דקות עד שהצדדים נעצרו; לכך שטארק עטה כפפות 20 דקות לפני המעצר; ולכך שהנשק לא נתפס על גופו של טארק אלא על המושב עליו ישב. בנסיבות אלה, קיימת תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו של המערער גם בהינתן המחדל הנטען.

עוד טענה המשיבה כי גם בגזר-הדין לא נפלה כל שגגה. לעמדתה, העונש שנגזר על המערער משקף את המחויבות של מערכת אכיפת החוק למאבק בתופעת התרבות כלי הנשק הבלתי חוקיים, בדרך של החמרת הענישה ביחס לכל חוליות השרשרת העבריינית. לגישת המשיבה, המערער לא נענש על ניהול משפטו, אלא שהוא לא היה זכאי להתחשבות לה זוכה מי שהודה במיוחס לו וקיבל אחריות על מעשיו. המשיבה הוסיפה כי לאחר מתן גזר הדין התברר שבזמן שהתנהל נגד המערער ההליך הנוכחי, הוא הפר את תנאי שחרורו וביצע עבירות נשק ורכב נוספות. עבירות אלה לא עמדו לנגד עיני בית המשפט המחוזי, אך יש בהן כדי ללמד כי המערער לא הורתע במאומה כתוצאה מההליך הנוכחי ולא הפנים כלל את חומרת מעשיו.

## דיון והכרעה

10. עניינו של הערעור בשלוש שאלות עיקריות: ראשית, האם צדק בית המשפט המחוזי כשקבע כי יש לראות בנאשם כמי שהחזיק בנשק, לעניין החזקה הקבועה בסעיף 144(ד) לחוק העונשין; שנית, האם צדק בית המשפט המחוזי כאשר הרשיע את המערער בעבירה שלא יוחסה לו בכתב האישום, וזאת בהתאם לסעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי; ושלישית, האם יש להתערב בעונש שגזר בית המשפט המחוזי על המערער.

11. כפי שאפרט להלן, אני סבורה כי הכרעתו של בית המשפט המחוזי בשלוש השאלות שלעיל מבוססת מבחינה עובדתית ומשפטית, ולפיכך אין להתערב בה. אילו תישמע דעתי, יידחה אפוא הערעור כל חלקיו.

האם יש להחיל את החזקה שבסעיף 144(ד) לחוק העונשין בעניינו של המערער?

12. בדיון שהתקיים בפנינו ביום 13.7.2022, טען סנגורו של המערער בהרחבה כי קיים קושי בהחלת החזקת שבסעיף 144(ד) לחוק העונשין בנסיבות המקרה דנן. לגישתו, סעיף 144(ד) לחוק העונשין לא נועד לחול במקרים בהם אדם אחר, שאיננו מחזיק המקום, הוא שהביא למקום את הנשק שנתפס. אלה הם פני הדברים במקרה דנן, כאשר טארק הוא שנשא פיזית את הנשק אל תוך הרכב ובתוכו, ולא המערער.

13. החשש שמעלה המערער שמא השימוש בסעיף 144(ד) יביא להרחבה בלתי רצויה של מעגל האחריות בפלילים אינו חדש. לא אחת טענו סנגורים בפני בית משפט זה כי שימוש רחב בסעיף 144(ד) עלול להביא להרשתתם של מי שכלל לא ידעו כי אדם אחר הביא עמו נשק למקום שבחזקתם, למשל בנסיבות בהן הנאשם הוא אדם המחזיק במקום גדול שאנשים רבים באים ויוצאים משעריו מדי יום. הקושי האמור מתחדד לאור כך שסעיף 144(ד) למעשה מעביר לכתפי הנאשם את הנטל להוכיח עובדה שלילית, ולא עובדה חיובית שאותה לרוב קל יותר להוכיח.

ואולם, הפסיקה כבר התייחסה בעבר לחשש זה, וקבעה כללים שנועדו להפחיתו. כך, בע"פ 4941/90 מדינת ישראל נ' אלוש, מו(4) 181 (1992) (להלן: עניין אלוש), התייחס בית המשפט למקרה של אדם שיחד עם בני משפחה אחרים החזיק בחצר בה נתפסו כלי נשק שונים. בית המשפט היה ער לקושי הנשק מן השימוש בסעיף בנסיבות כאלה. הוא מצא את הפתרון לא בביטול החזקה עצמה - כי אם בהתאמת מידת ההוכחה שהנאשם יידרש לעמוד בה, לנסיבות

המקרה הספציפי. כך נקבע באותו עניין:

"הקושי עליו מצביע הסינגור עשוי אמנם להתעורר בנסיבות עובדתיות שונות הנתונות לשליטתן של חזקות שבדין. אך הדרך להתגבר על הקושי הזה איננה בהסתלקות מן החזקה, אלא בקביעת מידת ההוכחה הנדרשת לסתירתה. ידוע, אמנם, שחזקה שבדין מעבירה לכתפי הנאשם את נטל השכנוע, ומשמעות הדבר היא, שעליו להביא הוכחה לסתירת החזקה במידה הנדרשת מתובע במשפט אזרחי, ואין הוא יוצא ידי חובה בהבאת ראיה שיש בה אך כדי לעורר ספק (ע"פ 127/50 [2]), בעמ' 969-972). אך ברי, שמידת ההוכחה הנדרשת עשויה להשתנות ממקרה למקרה (ע"פ 232/55 [3], בעמ' 2063), ובקביעתה יש להתחשב, בין היתר, גם ביכולתו האובייקטיבית של הנאשם להוכיח, על רקע הנסיבות העובדתיות הקונקרטיות, את העובדה השלילית הנדרשת לסתירת החזקה" (ור' גם ע"פ 4495/03 וואהב נ' מדינת ישראל פסקאות 20-21 (12.01.2004), רע"פ 3652/17 איפרח נ' מדינת ישראל בפסקה 5 (07.05.2017) וע"פ 1094/17 מסיקה נ' מדינת ישראל פסקאות 35-36 (30.01.2018)).

ואם זהו הדין לגבי מקום המוחזק על ידי כמה אנשים, ודאי שזהו הדין גם במקרים בהם מוחזק המקום על ידי אדם אחד, שלטענתו נמצאו בו אנשים נוספים פרט אליו. גם בנסיבות כאלה, תיקבע מידת ההוכחה תוך התחשבות ביכולתו האובייקטיבית של הנאשם להוכיח כי הוא לא היה מודע להימצאות הנשק במקום, ולאורה יבחן האם די בראיות שהוצגו על ידיו בפועל כדי לסתור את החזקה שבסעיף 144(ד). מבחינה זו, לא דומה מקום הומה אדם לבית קטן; ולא דומה מונית המסיעה מדי יום עשרות אנשים למכונית פרטית.

יש להבהיר היטב: בכל המקרים בהם הוכחה חזקתו של הנאשם במקום בו נתגלה הנשק, תחול החזקה שבסעיף 144(ד) ותחייב את הנאשם להציג ראיות על מנת להפריך אותה; התשובה לשאלה מה מידת הראיות שיספיקו על מנת לסתור את החזקה, היא שתשתנה בין מקרה למקרה בהתאם לנסיבותיו, אך לא עצם תחולתה של החזקה.

14. דומני כי כלל מעין זה אף משרת את התכלית שלמימושה נועד סעיף 144(ד). ניתן לחשוב על שני טעמים עיקריים לחזקה המעוגנת בסעיף: הטעם הראשון הוא ראייתי. אמנם נטל ההוכחה במשפט הפלילי רובץ כעקרון לפתח המאשימה, אך ישנן נסיבות בהן לנאשם עדיפות ראייתית באשר לנסיבות התרחשות האירועים. כך כאשר נמצא נשק במקום שהנאשם מחזיק בו, ונשאלת השאלה כיצד הגיע לשם הנשק מלכתחילה והאם היה הנאשם מודע לכך. בנסיבות אלה, ישנה אפוא הצדקה לדרוש מן הנאשם להציג את אותן הראיות שנגישותו אליהן עדיפה מזו של המאשימה.

הטעם השני הוא מהותי וענייני בהכוונת התנהגות. החזקה שבסעיף 144(ד) יכולה לתמרץ נאשמים פוטנציאליים לנקוט זהירות במקומות בהם הם מחזיקים וכאשר יש להם שליטה בהם. ההנחה היא כי אדם יכול לשלוט על באי ביתו ועל מי שבא בגדרי נכסים אחרים בהם הוא מחזיק. שליטה זו מקנה לו בדרך כלל אפשרות למנוע הכנסה של כלי נשק אל המקומות המוחזקים על ידיו. הדרך לתמרץ את המחזיק בנכס לעשות כן איננה מתמצית רק בדיני העונשין, שהרי גם דיני הראיות מסייעים להכווין את התנהגותם של בעלי הדין (להרחבה, ראו: טליה פישר "דיני הראיות בראי התיאוריה" עיוני משפט לט 107, 123-129 (2016)). סעיף 144(ד) רותם את הפוטנציאל של דיני הראיות להכוונת התנהגות

יעילה, באמצעות חזקה המתמרת את הנאשם להקפיד על המתרחש בנכסים בהם הוא מחזיק. אם לא יעשה כן, הוא יידרש להוכיח כי לא הוא החזיק בפועל בנשק בלתי חוקי שהוכנס לנכסים אלה.

15. ואולם, שני הטעמים הללו נשענים במידה רבה על טיבו של הנכס המוחזק על ידי הנאשם. הם אינם יפים לכל הנסיבות והמצבים. כך, כאשר מדובר בנכס גדול שאנשים רבים מרבים לפקוד, הרי שלא זו בלבד שאין לנאשם עדיפות ראייתית מכרעת בהוכחת גרסתו לאירועים, אלא שגם שליטתו לגבי החפצים שנושאים עמם המבקרים מוגבלת. בנסיבות כאלה, מוצדק להקל מאוד את מידת ההוכחה המצופה מן הנאשם, כדי שניתן יהיה לקבוע כי הוא סתר את החזקה שבסעיף 144(ד). פני הדברים הם שונים כאשר מדובר בנאשם ששהה לבדו ללא נוכחות של אחרים במקום ששטחו מצומצם ושנתפס בו נשק. הנטל שיוטל על נאשם כזה לסתור את החזקה יהיה משמעותי יותר. בדרך זו ניתן להפיג במידה רבה את החשש אליו התייחס בית המשפט בעניין אלוש להרשעת אנשים שאינם קשורים בפועל להחזקת הנשק הבלתי חוקית.

16. לסיכום: על מנת לקבוע האם עלה בידו של המערער לסתור את החזקה שבסעיף 144(ד) לחוק העונשין, יש להתייחס לנסיבות המקרה הספציפי בכללותו, לקבוע את מידת ההוכחה שיש להטיל עליו לאורן, ולבחון האם הראיות שהציג הנאשם ממצות את יכולתו האובייקטיבית להפריך את החזקה בנסיבות המקרה הספציפי.

17. וחזרה לענייננו. ראשית, אני סבורה כי אין לקבל את טענות המערער ביחס לטעותו של בית המשפט המחוזי בהחלת החזקה בסעיף 144(ד) בעניינו. כאמור, שעה שהתגבשו מן הבחינה הטכנית יסודות החזקה שבסעיף 144(ד), היה על בית המשפט להחיל אותה על המקרה שלפניו. כפי שציין בצדק בית המשפט המחוזי, גם רכב מהווה "מקום" לעניין סעיף 144(ד) (ע"פ 1964/91 בן דוד נ' מדינת ישראל, מו(3) 070 (1992), בפסקה 7). משמצא בית המשפט כי הרכב האמור היה בחזקתו של המערער, וכי נמצא בו נשק, ממילא גם צדק בקביעתו כי חלה בנסיבות העניין החזקה המעוגנת בסעיף 144(ד).

18. אני סבורה שבית המשפט המחוזי צדק אף בקביעתו כי לא עלה בידי המערער לסתור את החזקה שבסעיף. המערער לא הציג כל ראיה שהיא לכך שבפועל הוא לא היה מודע לכך שהנשק נמצא ברכב שבשליטתו. לכן, תהיה מידת ההוכחה שהמערער נדרש לעמוד בה לאור מכלול נסיבות המקרה אשר תהיה, המערער לא הרים את הנטל ולא עמד בה. כפי שציין בית המשפט המחוזי, גרסאותיו השונות של המערער סתרו זו את זו, והוא לא הציג כל הסבר מניח את הדעת לאופן בו התרחש האירוע נושא כתב האישום.

בהקשר זה, אוסיף כי לא השתכנעתי שאילו הייתה המשטרה תופסת את מצלמות הדרך, הן היו עשויות לספק ראיה שתבסס את גרסת המערער. המערער עצמו טען כי המפגש נערך בשעת לילה מאוחרת, "חשוכה לחלוטין" [...]. [1] כי המסירה מתבצעת בתוך פרדס סבוך שכלל לא ניתן להבחין בנעשה בתוכו" (פסקה 32 לעיקרי הטיעון של המערער). לפיכך, הדעת נותנת כי אף לו היו נתפסות מצלמות הדרך - התיעוד בהן לא היה יכול לשפוך אור על שהתרחש בנקודת המפגש, וממילא גם לא כדי לבסס את גרסת המערער.



19. החלק הארי של הטיעונים שהגיש המערער בכתב, נגע לשאלה האם צדק בית המשפט בהרשעתו בעבירה שלא יוחסה לו בכתב האישום מכוח סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי. כפי שיפורט, אני סבורה כי יש לדחות גם את טענות המערער בהקשר זה.

20. סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי מקנה לבית המשפט את הסמכות "להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן". כזכור, המערער הואשם במקור בעבירה לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין. לאחר שזוכה מעבירה זו, מצא בית המשפט כי יש להרשיע אותו בעבירה לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין, וזאת בהתאם לסמכותו מכוח סעיף 184 האמור.

21. סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי מציב בפני בית המשפט תנאי עיקרי בטרם יפעל בהתאם לסמכות המעוגנת בו: על בית המשפט להרשיע נאשם בהתאם לסעיף רק אם השתכנע כי ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן בפני כל אותם רכיבים שעמדו בבסיס הרשעתו ושלא צוינו במקור בכתב האישום. כפי שצוין לא אחת בפסיקת בית משפט זה, המבחן העיקרי לעניין יכולת ההתגוננות של הנאשם בערכאה הדיונית, הוא בשאלה כיצד היה משתנה קו ההגנה של הנאשם אילו היה יודע מראש את העובדות שיעמדו בבסיס הכרעת הדין (ע"פ 5102/03 מדינת ישראל נ' קליין (04.09.2007) בפסקה 45 (להלן: עניין קליין); ע"פ 8702/12 זאוי נ' מדינת ישראל בפס' ל' (28.07.2013); ע"פ 3263/13 בן שטרית נ' מדינת ישראל בפסקה 78 (19.03.2017)). ויובהר: על מנת לשכנע את בית המשפט כי לא ראוי היה להרשיעו בהתאם לסעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי, על המערער להציג קו הגנה קונקרטי שהיה נוקט בו אילו היה יודע בהתאם לאילו עובדות ועבירות יורשע, ולא די בהצגת טענות ערטילאיות.

22. עיון בטענות הערעור אינו מגלה כל קו הגנה אלטרנטיבי שהיה ננקט על ידי המערער אילו היה יודע כי הוא עלול להיות מורשע בעבירה בה הורשע בפועל. למעשה, מעיון בשתי העבירות - זו בה הואשם המערער וזו בה הורשע - לא נראה כי הייתה אפשרות שהמערער היה מתגונן אך בפני הראשונה ולא בפני השנייה.

כאמור, המערער הורשע בעבירה מכוח סעיף 144(ב) לחוק העונשין, שלשונה כך: "הנושא או מוביל נשק בלא רשות על פי דין לנשיאתו או להובלתו, דינו - מאסר עשר שנים". יסודותיה העובדתיים של העבירה הם במעשה הנשיאה או ההובלה, והנסיבה המכוננת אותה היא קיומו של נשק. היסוד הנפשי של העבירה הוא מודעות כלפי טיב המעשה, כלומר כלפי הנשיאה או ההובלה של הנשק (יעקב קדמי על הדין בפלילים חלק רביעי 1973 (2006) (להלן: קדמי)).

העבירה בה הואשם המערער מעוגנת בסעיף 144(ב), הקובע כך: "המייצר, מייבא או מייצא נשק או הסוחר בו או עושה בו כל עסקה אחרת שיש עמה מסירת החזקה בנשק לזולתו בין בתמורה ובין שלא בתמורה, בלא רשות על פי דין לעשות פעולה כאמור, דינו - מאסר חמש עשרה שנים". בכתב האישום, האשימה המשיבה את המערער בכך שסחר בנשק אותו קיבל טארק מעאצם (כתב האישום, בסעיף 6). המעשה הרלוונטי בו הואשם המערער הוא מעשה

הסחר, והיסוד הנפשי הוא מודעות כלפי טיב המעשה (קדמי, בעמוד 1975). מכאן, שבנסיבות המקרה דנן, המודעות נושא סעיף 144(ב2) - לסחר בנשק ולמסירת החזקה בו, כוללת בחובה את המודעות הנדרשת לצורך ההרשעה בסעיף 144(ב) (מודעות לנשיאה ולהובלה של הנשק).

בנסיבות מעין אלה, בהן הורשע לבסוף המערער בעבירות שהן רחבות פחות מן העבירות שיוחסו לו במקור, פוחת החשש שמא לא עלה בידיו להתגונן מפני הרשעתו. יפים לענייננו הדברים שנקבעו בעניין קליין, בפסקה 45:

"ככלל, אין דומה מקרה בו מורשע אדם על פי מערכת עובדות חדשות שזיקתה לגרסה העובדתית עליה התבססה האשמה מלכתחילה הינה רפה וקלושה, למקרה בו קיים קשר ענייני הדוק וממשי בין העובדות על פיהן הואשם הנאשם לבין העובדות החדשות שנתגלו במהלך הדיון, ושעליהן נסמכת ההרשעה. במקרה הראשון, הסיכוי להרשעה קלוש; במקרה מן הסוג השני, עשוי בית המשפט להיווכח כי אף שהנאשם לא הועמד, מבעוד מועד, על האפשרות שיוורשע על פי תשתית עובדתית שונה מזו שעל פיה הואשם, "נמצא כי הוא מתגונן למעשה - ככל שהיה בידו להתגונן לא רק מפני האישום במתכונתו המקורית, אלא גם מפני האישום במתכונת שהיוותה נושא להרשעתו בדין" [...]."

דברים אלה נכונים ביתר שאת במקרה דנן, כאשר אין מדובר בעובדות חדשות שלא הוצגו בכתב האישום והתגלו במהלך הדיון, אלא בעובדות נושא כתב האישום, ובהרשעה בעבירה אחרת, שלא יוחסה למערער במסגרתו (ור' גם ע"פ 10545/04 מדינת ישראל נ' אלדנקו בפסקה ח(12) (06.02.2006)).

המסקנה לפיה המערער התגונן בפועל מפני האפשרות כי היה מודע להימצאות הנשק במכונית כאשר הוא נהג בו ממקום המפגש, נלמדת במישרין גם מעיון בפרשת ההגנה שהעמיד המערער בפני בית המשפט המחוזי. כך למשל נכתב בסעיף 44a לסיכומי המערער שם: "לנאשם לא הייתה כל מודעות או ידיעה בדבר אותה עסקה בנשק, בטח ובטח לא לפני הנסיעה (על כך אין מחלוקת) בטח לא תוך כדי ובטח לא במעמד מסירת הנשק (דבר שלא הוכח, שכן יכול והנשק שכן יכול והנשק היה עם טארק שכבר עלה לרכב [...]);" ובפסקה 70: "התנהלותו של טארק מעידה כי הסתיר מן הנאשם את הנשק ולנאשם אין שום נגיעה לעסקת הנשק או להחזקה בו".

23. לאור כל האמור לעיל, אני סבורה כי לא קופחה זכותו של המערער להתגונן בפני העבירה בה הורשע, ולפיכך צדק בית המשפט בהרשעתו בה בהתאם לסעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי.

24. לאור המסקנה לפיה בית המשפט המחוזי פעל כדין כשהרשיע את הנאשם בעבירה בה הרשיע אותו בהתאם לסעיף 184, אין מקום להידרש לטענתו של המערער לפיה היה על בית המשפט להרשיע אותו בעבירת הסיוע בלבד. כאמור, בית המשפט המחוזי מצא כי יש להחיל בנסיבות המקרה את החזקה שבסעיף 144(ד) לחוק העונשין, ולראות במערער כמי שהחזיק בנשק כאשר הוא נהג במכונית בה הנשק הובל ממקום המפגש. בנסיבות אלה, המערער לא רק סייע לטארק בביצוע עבירת ההובלה והנשיאה של הנשק, אלא שהוא ביצע את העבירה על כלל יסודותיה כמבצע עיקרי (ע"פ 2549/19 מדינת ישראל נ' זעאתרה בפסקה 20 (25.01.2022) וכן ע"פ 1244/17 פלוני נ' מדינת ישראל

הערעור כנגד גזר הדין

25. המערער העלה כאמור גם טענות ביחס לחומרת העונש שהוטל עליו. בכלל זה הוא טען כי בית המשפט החמיר עמו רק משום שבחר לנהל את משפטו עד תום. זאת לעומת נאשמים אחרים וביניהם טארק, שהגיעו עם המשיבה להסדר טיעון וזכו לעונש קל יותר. ואולם, עיון בגזר הדין של בית המשפט המחוזי מגלה אחרת, שהרי נקבע בו במפורש כי "מאליו מובן כי אין להחמיר עם הנאשם בשל ניהול המשפט, ובאותה המידה אין להקל עימו מחמת שנטל אחריות או הקים אופק שיקומי כלשהו" (גזר הדין, בפסקה 12). מכאן שאין זה נכון כי בית המשפט החמיר עם המערער לאור בחירתו לנהל את משפטו עד תום, אלא שבית המשפט לא מצא להקל עם המערער לאור כך שלא נטל אחריות על מעשיו. כלל מעוגן היטב בפסיקה הוא שבעוד שאין מקום להחמיר עם נאשם מחמת מיצוי זכותו לנהל הליך משפטי מלא, ברי כי הוא לא יזכה להקלה בעונשו שייתכן ויזכה לה נאשם אחר שנטל אחריות על מעשיו והביע חרטה עליהם (ע"פ 8827/20 פלוני נ' מדינת ישראל בפסקה 10 (10.07.2022); ע"פ 5832/20 פלוני נ' מדינת ישראל בפסקה 27 (22.08.2021); ע"פ 3853/17 זנו נ' מדינת ישראל (05.09.2021)).

26. לטעמי, אין גם מקום להתערב בעונש לגופו. הלכה היא כי "התערבות ערכאת הערעור בגזר דין שניתן על ידי הערכאה הדיונית אינה נעשית כדבר שבשגרה, והיא מוגבלת למקרים חריגים ולנסיבות שבהן הערכאה הדיונית נכשלה בטעות או שהעונש שנגזר על ידה חורג במידה משמעותית מן העונש הראוי" (ע"פ 3619/14 פלוני נ' מדינת ישראל בפסקה 26 (03.09.2015) והפניות שם). במקרה דנן, לא הוכיח המערער כי עונשו חרג במידה ניכרת ממתחם העונש ההולם.

27. כך, הפסיקה שהפנה אליה המערער אינה מוכיחה את טענתו כי העונש שנגזר עליו היה מופרז. המערער עצמו מכיר בכך שהעונשים שנגזרו בגזרי הדין אליהם הפנה בפסקה 65-66 לעיקרי הטיעון שהגיש הושפעו גם משיקולי שיקום. בענייננו לא הצביע על המערער על כל הצדקה להקל את עונשו מטעם זה. מפסקה 41 לעיקרי הטיעון של המשיבה אף עולה כי המערער הורשע בעבירות נוספות מאז ניתן גזר הדין נושא הערעור. עובדה זו לא עמדה כמובן לנגד עיני בית המשפט המחוזי אך ברי כי היא מקשה מאד על ערכאת הערעור להשתכנע כי ראוי להקל כעת בעונשו של המערער לאור פוטנציאל השיקום שלו.

אף פסק הדין אליו הפנה המערער בעניין ע"פ 6469/19 מחמוד אבו דקה נ' מדינת ישראל (27.11.2019) במטרה להוכיח כי מדיניות הענישה בבתי המשפט מקלה ביחס לעונש שנגזר עליו בפועל, אינו מסייע לו. עיון בפסק הדין מגלה שבאותו עניין ציין בית המשפט העליון כי העונש שגזר בית המשפט המחוזי על המערער הקל עמו מאד בהתחשב בחומרת מעשיו (שם, בפסקה 12). לכן מובן כי אין בעניין זה כדי לבטא מגמה לענישה מקלה עם אנשים שביצעו עבירות נשק. אדרבה, באותו פסק דין עמד כב' השופט י' אלרון על הצורך החברתי להחמיר עם מי שביצע עבירות בנשק, וזאת כדי להרתיע מהתנהגות מעין זו. כך אף עשה בית המשפט המחוזי במקרה דנן (גזר הדין, בפסקה 11), ואין לומר כי הוא שגה בנקודה זו. לבסוף, חשוב לציין כי בית המשפט המחוזי גזר את עונשו של המערער באמצע מתחם הענישה שקבע ולא בקצהו העליון, וגם עובדה זו מביאה למסקנה כי יש לדחות את הערעור בנושא.

28. סיכומם של דברים: אם תשמע דעתי, ידחה הערעור על כל חלקיו.

29. בשולי הדברים אציין כי אינני סבורה כי יש להיעתר לבקשת המשיבה לקבוע כי האזנות הסתר שהוקלטו ברכב מהוות ראיה קבילה. המשיבה לא ערערה על הכרעת הדין ולא דרשה להרשיע את המערער בעבירה ממנה זוכה. שעה שנדחה ערעורו של המערער, הרי שהרשעתו בעבירות בהן הורשע נותרה על כנה במנותק משאלת קבילותן של האזנות הסתר, ולפיכך ההכרעה בקבילותן מיותרת מעיקרה.

ש ו פ ט ת

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופטת ג' כנפי-שטייניץ:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ר' רונן.

ניתן היום, ג' באב התשפ"ב (31.7.2022).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת