

ת"פ 46952/11/16 - מדינת ישראל נגד אמית בר און

בית משפט השלום בקריות

ת"פ 46952-11-16 מדינת ישראל נ' בר און(עצור בפיקוח)
בפני כבוד השופט יוסי טורס

בעניין: מדינת ישראל

המאשימה

נגד

אמית בר און

הנאשם

הכרעת דין

כתב האישום, תשובת הנאשם ויריעת המחלוקת

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירות של התפרצות לדירת מגורים וכן גניבה ממנה, לפי סעיפים 406(ב) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977 (להלן - "חוק העונשין") וכן סעיף 384 לחוק העונשין. בהתאם לעובדות כתב האישום, ביום 11.11.16 בשעה 19.47 לערך, פרץ הנאשם לדירה בנהריה, בכך שהרים את תריס הדירה ונכנס לתוכה בכוונה לבצע גניבה. בהמשך, גנב הנאשם מהדירה סך של 4,000 ₪ וכן מצלמת אבטחה בשווי 250 ₪.
2. כן כולל כתב האישום אישום נוסף, במסגרתו נטען כי ביום 4.11.16 בשעה 06.26 לערך, גנב הנאשם מבית מלון בנהריה מכשיר טלפון מעץ, בכך שנטלו ועזב את המקום בכוונה לשלול אותו מבעליו שלילית קבע.
3. אעיר כבר עתה, כי ספק רב אם נכון היה לצרף יחדיו שני אישומים אלו, שהרי אין מחלוקת שלא מדובר באישומים "המבוססים על אותן עובדות או על עובדות דומות או על סדרת מעשים הקשורים זה לזה עד שהם מהווים פרשה אחת" ואין למצוא אף כל חוט מקשר בין האירועים, כפי שנדרש בפסיקה (ראו סעיף 86 לחוק סדר הדין הפלילי; קדמי, **על סדר הדין בפלילים**, חלק שני, עמ' 938). בענייננו, אף אם ניתן היה עקרונית לאחד בין האישומים (וכאמור ספק אם כך הדבר), לאור גרסאות הנאשם בכל אחד מהמקרים השונים, כפי שהובאו עוד במשטרה (שהן חריגות במקצת כפי שיפורט להלן) נכון היה ביתר שאת להקפיד על הגשת כתבי אישום נפרדים על מנת למנוע עיוות דין אפשרי. ואולם כאשר ההגנה לא טענה לקיפוח כלשהו בהגנתה בשל כך ולא ביקשה את הפרדת האישומים, הדברים נאמרים במאמר מוסגר בלבד (לבחינת נושא עיוות הדין כתוצאה מצירוף כדון, ראו: ת"פ (ת"א)

4. בתשובתו לאישום הראשון לא חלק הנאשם על כך שנכנס לדירה אך טען שעשה כן ברשות וממילא שלא גנב דבר. ביחס למצלמה נטען כי היא נשברה אך לא ניטלה לצורך שלילת קבע. בעניין זה טען הנאשם כי הופל בפח על ידי המתלונן בשל סכסוך. ביחס לאישום השני, הנאשם הודה שנטל את מכשיר הטלפון, אך טען שעשה זאת שלא מתוך כוונה לשלילת קבע.

5. לאחר שמיעת הראיות ובשים לב לעמדת הנאשם בסיכומיו, ניתן לקבוע ביחס לאישום הראשון כי אין מחלוקת שהנאשם אכן נכנס לדירת המתלוננים תוך הרמת תריס וכניסה דרך החלון וכי חיטט בדירה כמחפש דבר מה. שהייתו של הנאשם בדירה מתועדת במצלמת אבטחה ומכאן שנושא זה לא היה כלל במחלוקת. בסיכומיו טען הנאשם לקו הגנה ראשי ובצדו קו הגנה חלופי. משום מה הקו החלופי הועמד ב"קדמת הבמה" ונטען בתחילת הסיכומים. אולם, לאור כך שקו הגנה החלופי אינו מביא (אף לשיטת ההגנה) לחפות מלאה, אלא להרשעה בעבירות שונות על בסיס מערכת עובדתית שונה (להבדיל מקו ההגנה הראשי הטוען לחפות מלאה), מובן כי סדר הדיון הנכון הוא תחילה קו ההגנה הראשי וככל שהוא יידחה יהיה מקום לדון בקו החלופי.

6. קו ההגנה הראשי של הנאשם הוא שנכנס לדירה באישורו של בעל הדירה, חנן אלמדווי (להלן - "חנן") אשר ביקש ממנו להיכנס לדירה על מנת להוציא משם את מפתח הדירה וכן קופסה ובה סמים השייכים לאחת מדיירות הדירה (להלן - "הילה"). בכל מקרה, הכחיש הנאשם שנטל מהדירה כסף מזומן או דבר מה אחר. ביחס למצלמה, מודה הנאשם שפירק אותה מהדירה, אך טענתו היא שעשה כן לאחר שהבין כי נפל קורבן "לתרגיל" של חנן וביקש למנוע ממנו ראיות נגדו.

7. קו ההגנה החלופי של הנאשם הוא שנכנס לדירה ללא אישורו של חנן, אך עשה כן שלא על מנת לגנוב דבר מה, אלא על מנת לחפש אחר רכוש שלו שנעלם והוא סבר שהוא מצוי בדירה זו. גם על פי קו הגנה זה מסכים הסנגור כי הנאשם פירק את המצלמה, וגם כאן נטען שהדבר לא נעשה על מנת לשלול אותה שלילת קבע, אלא "לשם הסוואת עצם נוכחות הנאשם בדירה ללא רשות". על פי קו הגנה זה, מסכים הסנגור שיש להרשיע את הנאשם בעבירה של הסגת גבול. יצוין כבר עתה כי קו הגנה זה כמובן שלא הועלה על ידי הנאשם בעדותו (שהרי הוא כולל טיעון עובדתי הסותר את הקו הראשי), אלא הנאשם מסר עדות המתיישבת עם קו ההגנה הראשי בלבד. את קו ההגנה החלופי העלה הסנגור בסיכומיו תוך שטען שקיימת לו אחיזה ממשית בראיות המאשימה עצמה.

8. ביחס לאישום השני, אף אירוע זה מתועד במצלמת אבטחה והנאשם אינו מכחיש שאכן נטל את המכשיר. טענתו היא שעשה כן במטרה לתקנו ומתוך כוונה להשיבו למקום, ללא ידיעת הבעלים.

דיון והכרעה

9. אבחן להלן אם המאשימה הציגה ראיות שיש בהן להוכיח את האישומים, תוך זיקה כמובן לטענות הנאשם ויריעת

המחלוקת המצומצמת. בתחילה אדון באישום הראשון ובקו ההגנה הראשי. ככל שקו זה יידחה, אדון בקו ההגנה החלופי.

אישום מס' 1

קו ההגנה הראשי, הטענה שהכניסה הייתה באישורו של חנן

10. אקדים מסקנה לדיון ואומר כי טענת הנאשם לפיה נכנס לדירה באישורו של חנן, הייתה בעיני בלתי אמינה לחלוטין והיא אף נסתרה בבירור על ידי יתר הראיות שהציגה המאשימה, לרבות ראיות פורנזיות מהימנות, עד כי לא ניתן לקבלה ולו מחמת הספק. לאחר בחינת הראיות כולן יכול אני לומר בוודאות הנדרשת כי הגרסה היא גרסת בדים, פנטזיה בדויה, מתוחכמת יחסית, אך בלתי נכונה בעליל. להלן אפרט את נימוקי למסקנה זו.

11. טרם דיון בשאלת מתן היתר הכניסה לדירה, ראוי לציין כי סעיף 406 לחוק העונשין אינו רואה כלל חשיבות לשאלת הסכמתו של הבעלים לכניסה לדירה. ראו:

406. כניסה והתפרצות למקום מגורים או תפילה או ממנו

(א) הנכנס למקום המשמש למגורי אדם או לתפילה, או הנמצא בהם, בכוונה לבצע גניבה או פשע, דינו - מאסר חמש שנים.

(ב) המתפרץ למקום כאמור בסעיף קטן (א) בכוונה לבצע גניבה או פשע, או המתפרץ מתוכו לאחר שביצע בו גניבה או פשע או נכנס אליו לשם כך, דינו - מאסר שבע שנים.

12. מדובר בעבירת התנהגות בעלת יסוד נפשי מסוג מטרה (ראו: קדמי, **הדין בפלילים, חוק העונשין**, בעמ' 793; להלן - "קדמי"). המטרה הנדרשת היא לביצוע עבירת גניבה או עבירה מסוג פשע. המונח גניבה שבסעיף זה, הוא כמשמעות המונח בסעיף 383 לחוק העונשין (קדמי, בעמ' 793).

13. לענייננו יצוין כי הסעיף אינו כולל רכיב של היעדר הסכמת הבעלים בכל הנוגע לשאלת הכניסה לדירה. די כי אדם נכנס או התפרץ לדירה במטרה לבצע גניבה או פשע, על מנת שיתקיימו יסודות העבירה, ללא קשר לשאלת הסכמת הבעלים לכניסה. מנגד, אין די בכניסה לדירה, אף ללא רשות, אם הכניסה לא לוותה במטרה לבצע בדירה עבירה מסוג פשע או לגנוב. לאור כך, אדם הנכנס (או מתפרץ) לדירה של אחר, ללא הסכמה, אך שלא על מנת לבצע גניבה או עבירה מסוג פשע, אינו עובר עבירה לפי סעיף 406 (ואפשר כמובן שמדובר בעבירה אחרת, לרבות הסגת גבול לפי סעיף 447 לחוק העונשין).

14. עם זאת, מובן שלשאלת ההיתר להיכנס לדירה, וליתר דיוק - העדרו - חשיבות רבה. החשיבות היא לצורך הוכחת מטרת הכניסה, שהיא יסוד מיסודות העבירה אותם צריכה המאשימה להוכיח מעבר לכל ספק סביר. יסוד נפשי,

בוודאי מסוג מטרה, הוא קשה להוכחה, שכן לרוב לא ימצאו ראיות ישירות וברורות בדבר צפונות לבו של הנאשם. לאור כך, נוהג בית המשפט להסיק מהנסיבות החיצוניות ומניסיון החיים את היסוד הנפשי. ראו:

"במרבית המקרים, היסוד הנפשי מוסק מכלל הנסיבות החיצוניות, מהגיונם של הדברים, מראיות נסיבתיות ומניסיון החיים המצטבר" (ע"פ 5150/93 סריס נ' מדינת ישראל (15.3.94)).

כמו כן, נוהגים בתי המשפט להתבסס על חזקות עובדתיות לצורך קביעת היסוד הנפשי. ראו:

"הוכחת יסוד נפשי הינה משימה מורכבת, ולא בנקל ניתן לחדור לנבכי נשמתו של האדם ולעמוד על צפונות לבו. אי לכך, כאשר הרכיב ההתנהגותי מוגדר בעבירה, יש שבית- המשפט, הנדרש לקבוע קיומה של מחשבה פלילית, מסתפק בחזקות עובדתיות, ויש שהוא נסמך על ראיות נסיבתיות. כאשר הרכיב ההתנהגותי עמום, ובית-המשפט נדרש להתחקות אחר מניעיו של הנאשם, אזי גובר הצורך להסתייע בראיות נסיבתיות." (בג"צ 2534/97 יחב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3), 1, 18)

15. לענייננו, ניתן לומר כי אדם שנכנס לדירה של אחר ללא הסכמת הבעלים, בנסיבות המלמדות על מטרה שאינה תמימה (כגון כניסה מהחלון, בוודאי אגב שבירת חלק מהמבנה), קמה נגדו חזקה שבעובדה, שעשה כן במטרה לבצע גניבה או עבירה כלשהי אחרת. מדובר במסקנה הגיונית המבוססת על ניסיון החיים והשכל הישר. ברי כי מדובר בחזקה הניתנת להפרכה (ברמת ספק סביר בלבד) ואולם היא מחייבת את הנאשם להטיל ספק בהנחה הגיונית זו על ידי מתן הסבר בדבר סיבת נוכחותו במקום. אין בכך הכבדה על הנאשם, שכן כל העובדות הנדרשות לשם כך מצויות בידיעתו ובשליטתו (ראו: קדמי, **על הראיות**, חלק רביעי בעמ' 1683) בעניין משמעות הכניסה לדירה של אחר, ראו:

"כאמור, העובדות אינן שנויות במחלוקת, המערער התפרץ לדירה. עובדה זו בפני עצמה יוצרת נוכחות לא תמימה בדירה ונוכחות לא תמימה זו מחייבת אותו למתן הסבר. לשיטתנו, נסיבות מעין אלה מטילות על המערער את הנטל הטקטי להבאת ההסבר ... המערער פתח דלת בדירה לא לו, המערער גם ככל הנראה נכנס לתוך הדירה שהרי הצליח לראות את המתלונן שהיה בשירותים ללא בגדים באותו שלב ועליו לספק הסבר כלשהו להימצאותו בדירה." (ע"פ 11352-05-14 סלמן נ' מדינת ישראל (27.10.14)).

16. סיכומו של דבר. אדם הנכנס לדירתו של אחר, ללא היתר, בנסיבות המקימות מסקנה הגיונית שעשה כן במטרה לגנוב או לבצע בדירה עבירת פשע אחרת, קמה נגדו חזקה שבעובדה שזו אכן הייתה מטרתו. כלל זה חל רק כאשר הכניסה היא שלא בהיתר ומשכך, ברי כי לטענת הנאשם שעשה כן בהיתר חשיבות רבה. לנושא זה אעבור כעת.

17. אציין כבר עתה שטענת הנאשם בנושא זה אינה "בחלל הריק". הנאשם אינו טוען כי אדם זר התיר לו להיכנס לדירתו דרך החלון. מהראיות שהובאו עולה כי בין הנאשם לדיירי הדירה קיימת היכרות מסוימת (ושטחית יחסית), על

רקע העובדה שהנאשם הוא מחוסר דיור שהחזיק במועדים הרלוונטיים במחסן המצוי בסמוך לדירת המתלוננים. בשל קרבה גיאוגרפית זו נפגש הנאשם מספר פעמים עם דיירי הבית ובדרך זו נוצרה ביניהם היכרות מסוימת.

18. מספר הכניסות לדירה - טרם דיון, אציין שכתב האיטום מייחס לנאשם כניסה אחת בלבד לדירה ואולם הנאשם טען בעדותו שנכנס לדירה פעמיים אותו יום. באופן מרומז נטען כך גם על ידי העדים (בעמ' 65). טענת העדים באה על רקע עדותו של אחיו של חנן, אלי (להלן - "אלי") לפיה המצלמה הייתה מנותקת מהחשמל (או מהאינטרנט בלבד) בין השעות 16.44 ועד 19.40 (בעמ' 19). פרק זמן זה נלמד לפי שעות יצירת הקבצים במחשב והעובדה שלא נוצרו קבצים משך כשלוש שעות. פער זמנים רב זה (של כשלוש שעות) הביא את אלי לכלל חשד שרשת האינטרנט לא פעלה בשעות אלו, ואפשר שבשל ניתוק החשמל מהדירה (בעמ' 21). טענתו של אלי הייתה שמדובר בפעולת הכנה של פורצים במסגרתה מנתקים את זרם החשמל של הדירה באמצעות הורדת המפסק הראשי וממתנים לראות אם מישהו ייצא מהדירה להרים אותו. אם לא יצא איש לאחר פרק זמן סביר, אות הוא שהדירה ריקה. ואולם, ברי כי לא ניתן לקבוע כממצא שאכן כך היה, ממילא שלא ניתן לקבוע שהנאשם קשור לנושא בדרך כלשהי והמאשימה כאמור לא טענה כך כלל.

19. בסיכומי הצדדים לא קיימת התייחסות לשאלת מספר הכניסות ודומה שהנאשם זנח טענה זו ולא ראה בה עוד חשיבות לעניינו. לאור כך, אינני סבור שיש להכריע בה במסגרת הכרעת הדין. אציין שבכל מקרה עדותו של הנאשם בעניין מספר הכניסות לדירה הייתה מבולבלת ושתי הכניסות הנטענות על ידו "התערבבו" לא אחת זו בזו (ראו למשל דבריו בעמ' 81-83 בעניין, כאשר ניתן היה להבין שאת המצלמה השליך בכניסה הראשונה, כאשר ברור שהדבר אינו אפשרי שכן המצלמה תיעדה את הכניסה השנייה). אציין גם שהנאשם טען בעדותו שבעת החקירה במשטרה הוצג בפניו סרטון המתעד את הכניסה מהחלון ולטענתו ניתן היה לראות בסרטון זה גם את חנן (בעמ' 81). ברי שמדובר בטענה רלוונטית וחשובה. לעניינו בפרק זה אציין שלא ברור היה מעדות הנאשם האם מדובר בכניסה הראשונה הנטענת או השנייה. עם זאת, דומה שהכוונה הייתה לכניסה ראשונה, שכן לטענת הנאשם הכניסה השנייה הייתה דרך הדלת ולא דרך החלון. ואולם, החוקר נדיר הכחיש מכל וכל קיומו של סרטון שכזה וציין שכל הסרטונים שהיו ברשות המשטרה עדיין קיימים והעתק מהם הועבר להגנה. הסנגור אישר שההגנה קיבלה רצף קבצים של 24 שעות לפני האירוע ובסיכומים לא נטענה עוד הטענה בדבר היעלמות קובץ רלוונטי כלשהו ועל כן יש לראות גם טענה זו כטענה שנזנחה.

20. לאור כך, אינני רואה צורך להכריע בשאלה אם הנאשם נכנס לדירה פעם אחת או פעמיים באותו יום. כאמור, המאשימה טוענת לפעם אחת בלבד והנושא לא הועמד בסיכומי ההגנה כנקודה הטעונה הכרעה. בנוסף, הנושא אינו בעל חשיבות רבה לאור קו ההגנה של הנאשם, שכן אם אקבע שלא קיימת כל אפשרות סבירה שחנן אישר לנאשם להיכנס לדירה, ממילא אין חשיבות לשאלה אם הנאשם נכנס לדירה פעם אחת או פעמיים, שהרי טענת הנאשם בעדותו היא לקבלת אישור בשתי הפעמים. כפי שייראה להלן, לא נתתי כל אמון בגרסת הנאשם בדבר קבלת אישורו של חנן וקיימות ראיות למכביר השוללות אפשרות שגרסה זו נכונה ולו ברמת הספק הסביר. משכך, אינני רואה צורך להכריע אם הנאשם אכן נכנס לדירה גם מספר שעות קודם לכן, שכן אין בכוחה של שאלה זו לסייע לנאשם בכל דרך שהיא.

21. קבילות ומשקל הסרטונים - בסיכומיו טען הנאשם כי הסרטונים "חסרי כל משקל ראייתי כל עוד המשטרה נמנעה מלבדוק את אמינותם בבדיקה ישירה". הטענה נטענה בשפה רפה יחסית ובכל מקרה דומה שאינה מתייחסת לקבילות אלא למשקל בלבד. איני סבור שיש ממש בטענה. הסנגור לא פירט מה חשש רואה הוא באמינות הסרטונים והסתפק בטענה כי לא הוכח שהם "אותנטיים". ככל שהטענה היא שהנראה בהם אינו תואם את המציאות (היינו ביטול וביום) די להפנות לחקירותיו של הנאשם שם הראו לו את הסרטונים והוא אישר שכך היו הדברים במציאות. עוד אציין כי הסנגור לא טען להיעדר קבילות בעת הגשת הראיה וכאמור דומה שאינו טוען כך גם כעת. בנוסף, ומעבר לדרוש אציין כי הסרטונים עומדים במבחני הקבילות כאמור בהלכת שניר הידועה (ע"פ 869/81 שניר נ' **מדינת ישראל**, פ"ד לח(4) 169 (1984)); וכן ראו בעניין הצורך בהגמשת הכללים לאור השינויים הטכנולוגיים בימנו, ע"פ 4481/14 **ג'סי בראונלי נ' מדינת ישראל** (16.11.16)). עם זאת, נקודה אחת, והיא השעה בה צולם האירוע המתועד בסרטון, ראוייה לדין מפורט יותר והדבר יעשה מיד.

22. שעת הכניסה לדירה - לשעה בה נכנס הנאשם לדירה חשיבות לצורך השאלה אם ייתכן שחנן היה בנהרייה אותה עת. לצורך מענה על שאלה זו יש להסביר שהמצלמה שהייתה בדירה וצילמה את כניסתו של הנאשם לדירה, היא מצלמה ביתית הפועלת במצב של זיהוי תנועה. העד אלי תיאר כי הוא שרכש את המצלמה והתקין אותה זמן קצר לפני האירוע. כן תיאר עד זה כי המצלמה תוכנתה על ידו כך שתשדר באמצעות רשת האינטרנט למחשב שבביתו, שם נשמרו הקבצים על גבי דיסק קשיח. העד הסביר כי תכנת את המצלמה כך שתיצור קבצים בני דקה במקרה של גילוי תנועה. עדותו של עד זה הייתה אמינה ביותר בעיני. העד עשה עלי רושם אמין ומקצועי, והגם שאין זה מקצועו, התרשמתי שהוא מבין היטב בתוכנת המצלמה ובתפעולה באופן המאפשר לסמוך על עדותו בנושא. כן התרשמתי שהוא דייוק בדבריו ונצמד לאמת.

23. הסרטון הרלוונטי הראשון לענייננו הוא בקובץ בשם "19.47" ומדובר למעשה על השעה בה נוצר הקובץ, היינו 19.47. ההגנה לא חקרה את העד על אפשרות שמדובר בשעה שאינה תואמת את "זמן האמת" והשלכת העניין על כך שהכניסה לדירה הייתה בשעה שונה וגם בסיכומים לא נטענה טענה זו. אמנם, בסיכומים טען הסנגור שלא נערכה בדיקה ראוייה לשלול אפשרות שהקבצים מבושלים, אך דומה שהדבר לא נטען ביחס לשעה ובכל מקרה הטענה לא פורטה ונטענה באופן סתמי יחסית. כך או כך, אלי מסר שהמחשב מצוי בידו וניתן לבצע בדיקות גם כיום אך הדבר לא התבקש. בעניין זה יפים הדברים הבאים:

"באשר לאיתור תכנים שצולמו על ידי מצלמות האבטחה [...] גם אם נאמר שהיה על המשטרה לבדוק את העניין, הרי טענת אי ביצוע חקירה מאבדת מכוחה כאשר עסקין בנתון אובייקטיבי שאף הסניגור יכול לבדוק אותו לאחר מעשה" (ע"פ 8529/11 **אטקיישיב נ' מדינת ישראל** (24.5.2012)).

כן ראו בעניין זה, ע"פ 2099/15 **פלוני נ' מדינת ישראל** (22.5.16).

24. בנוסף, חוקר הסייבר סער כנפי, העיד כי ביצע בדיקה של המחשב ומצא כי אין כל הפרש זמנים בין השעה שבמחשב ל"זמן אמת" (ת/16). עדותו של העד המומחה לא נסתרה ולא התבקשה, כאמור, על ידי ההגנה כל

בדיקה של המחשב, כדי להראות שקיימת אי התאמה בין הזמן האמתי לשעון המחשב.

25. לאור כך, אני קובע כי השעות הנראות בקבצים הן שעות אמת. כניסתו של הנאשם לדירה, המתועדת בצילומים, הייתה אפוא לפני שעה 19.47 ובסמוך לכך. אינני יכול לקבוע את השעה המדויקת שכן רגע כניסתו של הנאשם מהחלון לא תועד. הסיבה היא שהמצלמה ממוקמת בסלון והכניסה לדירה הייתה מחלון המרפסת שמוביל לחדרים שם המצלמה אינה קולטת את המרחש. רק כאשר הנאשם עבר מהחדרים לסלון החלה המצלמה לצלם. מכאן שסביר שהנאשם נכנס לדירה מספר דקות לפני השעה 19.47. בעניין זה ראיתי להבהיר כי העד אלי הסביר כי לעיתים המצלמה מצלמת ויוצרת קובץ בעוד שלא נראית כל תנועה בחדר. התופעה הוסברה בנורית החיווי של הטלוויזיה המצויה בטווח הצילום של המצלמה. הוסבר כי המצלמה מזהה לעיתים את ריצוד הנורית כתנועה ויוצרת קובץ, אך בפועל לא נראית כל תנועה בחדר. העד אף הדגים את ריצוד נורית החיווי באמצעות ניסוי פשוט באולם בית המשפט והסבר זה היה אמין עלי. בכל מקרה, ההגנה לא עשתה כל מאמץ לסתור את ההסבר ונראה כי אף לשיטתה לא היה מדובר בנתון משמעותי לנקודת המחלוקת. עוד אציין כי המצלמה ממוקמת בסלון הדירה ומשקיפה לעבר תריסי המרפסת. בין הסלון למרפסת חוצצת דלת זכוכית בעלת שתי כנפיים. בשל התאורה שבדירה תפקוד דלתות זכוכית אלו כמעין מראה באופן שהמצלמה קלטה גם את הנעשה מאחוריה, וזאת באמצעות צילום ההשתקפות שבדלתות הזכוכית.

26. גרסתו של חנן - כאמור הטענה היא שחנן אישר לנאשם להיכנס לדירה. אפתח ואומר כי עדותו של חנן בעניין זה עשתה עלי רושם מהימן. חנן הכחיש מכל וכל את גרסתו של הנאשם וכאמור עדותו בנושא זה הייתה אמינה בעיני (כפי שיראה בהמשך, בעניין אחר לא שוכנעתי שניתן לקבוע ממצא עובדתי על בסיס עדותו של חנן בלבד, אך לא היה בכך לפגום במהימנותו שכן לא דחיתי את גרסתו בנושא האחר, אלא רק קבעתי שהוא לא יודע את מלוא העובדות). חנן מסר הסברים ברורים היכן היה אותו יום ועדותו בעניין זה אומתה על ידי אחרים ואף בראיות פורנזיות. חנן גם ביצע עימות עם הנאשם בנושא זה וגם שם עמד על גרסתו שלא היה באזור כלל. הנאשם לא התעמת כלל עם חנן בנושא זה (שהוא לב לבו של העניין) אלא השיב "אין לי מה להוסיף". מעיון בתמליל העימות הרושם הוא שהנאשם לא עמד עוד על גרסתו לפיה חנן התיר לו להיכנס. בעניין זה אדגיש כי מהתרשמותי מהנאשם במהלך הדיונים, מדובר באדם דעתן ונבון שאינו נאלם דום בקלות מפני עובדות המוטחות בו. הנאשם התערב בדיונים לא אחת, ואף התעקש לשאול בעצמו שאלות את חוקרי המשטרה ואת חלק מהעדים (לרבות חנן). לאור כך, העובדה שלא הטיח בחנן בעת העימות כי הוא היה במקום והתיר לו להיכנס, מחלישה בצורה משמעותית את האפשרות שאכן כך היה ומחזקת בבירור את הכחשתו של חנן. יצוין כי גם בחקירה (שהייתה יומיים לפני העימות), כאשר עומת הנאשם עם העובדה שחנן היה בשעות אלו בהוד השרון, שינה את גרסתו וטען כי "היה שם חשוק והבחור...דומה לחנן" (ת/36, בש' 65) וברי שיש בכך ללמד על חזרה מגרסה זו, גם אם באופן מסויג משהו. תשובה זו מלמדת על חוסר אמונה בגרסה ועל השארת "פתח מילוט" לפיו לכל היותר הנאשם טעה לחשוב שמדובר בחנן. עוד אציין כי לו אכן חנן היה מתיר לנאשם להיכנס לדירה, התקשיתי לראות סיבה שהיה מכחיש זאת בצורה כה נחרצת ואף פועל להגשת תלונה בו ביום נגד הנאשם, תוך שהוא "גורר" לעניין זה את שני אחיו, אחותו ושותפה נוספת לדירה. אכן, הנאשם טען שחנן התיר לו לחפש לא רק מפתח אלא גם קופסה עם גראס השייכת גם לשותפה. מקובל עלי שאם כך אכן היה, הגיוני שחנן היה מבקש להסתירה מהשותפה. ואולם, דווקא בשל כך אין היגיון בהתנהגותו של חנן, אשר יחד עם השותפה פעל מיד להגשת תלונה במשטרה נגד הנאשם.

27. חנן אוכן במקום אחר - להתרשמותי מעדותו של חנן בעניין זה יש להוסיף כי המאשימה הגישה ראיות בדבר איכונן של חנן באזור הוד השרון בשעות הרלוונטיות. חנן העיד כי לא היה כלל באזור נהריה ביום האירוע, אלא היה בביתו של אחיו אלי בנתניה לצורך חגיגת יום ההולדת של בתו ולאחר מכן נסע לביתו של אח אחר (אבי; (להלן - "אבי")) בהוד השרון. המשטרה פעלה לקבלת איכון מכשיר הטלפון של חנן ופלט בעניין הוגש בהסכמה (ת/20). מפלט האיכון עולה כי מכשירו של חנן אוכן ביום האירוע מספר פעמים באזור מרכז הארץ. כך, בשעות 09.17 ו- 12.30 אוכן המכשיר בנתניה. בהמשך אוכן המכשיר בהוד השרון בשעה 21.01 ומשעה זו ניתן לזהות תנועה לכיוון כללי צפונה עד שבשעה 22.26 אוכן המכשיר בסמוך למנהרות הכרמל ובהמשך בשעה 22.46 בנהריה.

28. אכן, פלט זה אינו כולל איכונים בין שעות 12.30 ועד 21.00 (הסיבה לא הובהרה ואפשר שלא בוצעו שיחות בשעות אלו). שעות אלו הן השעות הרלוונטיות לענייננו ואולם האיכון בשעה 21.00 דומה שמאפשר קביעה ברמה לא מבוטלת של הסתברות שחנן לא היה יכול להיות בנהריה בשעה 19.47 וגם בהוד השרון בשעה 21.00. מדובר בפרק זמן גבולי מאוד לאור המרחק בין שני המקומות ובנוסף יש להביא בחשבון כי לפי גרסת הנאשם עצמו, חנן נשאר במקום גם לאחר רגע הכניסה לדירה (19.47) כך שהסבירות שהגיע להוד השרון עד השעה 21.00 אינה גבוהה. בכל מקרה, ההגנה לא התמודדה כלל עם נתונים אלו ולא טענה שאפשרי שחנן היה בנהריה בשעה 19.47 (ואף לאחר מכן במהלך שהיית הנאשם בדירה) ועם זאת הגיע להוד השרון עד השעה 21.00.

29. זאת ועוד, אבי (אחיו של חנן) העיד כי פגש ביום האירוע בחנן בשעה 11.00 בנתניה, בביתו של האח אלי. אבי העיד כי היה עם חנן אצל אלי עד השעה 18.00 לשם חגיגת יום ההולדת של בתו של אלי, שאז נסעו לביתו בהוד השרון ושהו שם עד השעה 21.00 - 22.00 (המועד בו גילו את הכניסה לדירה ונסעו צפונה). עדותו של אבי הייתה אמינה בעיני והתרשמתי כי מסר אמת. עדותו התיישבה כאמור עם עדותו של חנן ושל האח אלי בעניין קיומה של מסיבת יום הולדת לבת אותו יום. העדות גם התיישבה עם פלט האיכונים. אכן, צודקת ההגנה שניתן היה לבקש תמונות מהאירוע (שחנן טען בבית המשפט שקיימות בידו). ואולם, לעולם תתכן ראיה טובה יותר ואינני סבור שיש לראות מחדל כלשהו מטעמה של המשטרה בכך שלא ביקשה מחנן בשלב החקירה להוכיח בראיות טובות יותר את שהייתו מחוץ לנהריה אותו יום. לאור תמונת הראיות שהייתה בידי החוקרים, אינני רואה כל פגם בכך שהם סברו שטענתו של חנן הוכחה בראיות טובות דיין. היה די לדעתי, בעת החקירה, בעדויות העדים ובנתוני האיכון, לצורך סתירת טענת הנאשם ואזכיר את חזרתו מגרסה זו בעת החקירה ואת עמדתו בעימות. בכל מקרה, דבר לא מנע מההגנה לדרוש מהעד להמציא את התמונות לאחר שהעיד על קיומן בבית המשפט. ככל שהדבר היה מתבקש ולא היו מתקבלות תמונות, ניתן היה להסיק מסקנות מהמחדל. הימנעות ההגנה מכך (אף אם לא הייתה מוטלת עליה חובה כלשהי בנושא) אינה מאפשרת לה לטעון למחדל בנושא (ע"פ 8529/11 **אטקשייב נ' מדינת ישראל** (24.5.2012)).

30. בסיכומיה טענה ההגנה כי נתוני האיכון אינם מוכיחים באופן מדעי שחנן עצמו היה במקום בו אוכן מכשירו, אלא רק שהמכשיר היה שם. טענה זו בוודאי נכונה (ע"פ 2884/12 **אופיר חביבה נ' מדינת ישראל** (18.6.14)) שהרי נתוני האיכון מוגבלים להוכחת מיקום המכשיר בלבד. ואולם, אין בה לשנות את המסקנות שיש להסיק מנתוני האיכון, שכן נתתי אמון בגרסת חנן והעדים לפיה חנן היה עמם בנתניה ובהוד השרון אותו יום. עדותו של חנן הייתה כאמור אמינה בעיני בעניין זה ואינני רואה אפשרות סבירה שמדובר בתרגיל הונאה כה מתוחכם עד כי חנן דאג מראש שמכשיר הטלפון שלו יהיה בהוד השרון, בעוד שהוא יישאר בנהריה ויפיל את הנאשם בפח. הונאה שכזו מצריכה שיתוף פעולה

עם יתר האחים והעדים והדבר נראה בעיני בלתי סביר לחלוטין.

31. סיכומו של דבר, הוכח לדעתי שחנן לא היה כלל בנהריה בשעה בה בוצעה הכניסה לדירה. הוכחה זו מונעת אפשרות לקבוע כי גרסת הנאשם אפשרית כלל ולו מחמת הספק וזאת בשים לב למכלול הנתונים שהובאו לעיל.

32. אופן גילוי העבירה - ואם אין די בכך, אזי כאן המקום להתייחס לאופן בו התגלתה כניסת הנאשם לדירה, אשר אף בכך יש כדי ללמד שגרסת הנאשם אינה הגיונית ואף אינה אפשרית. כל העדים (חנן, אלי, אבי, הילה ומרים) העידו כי העובדה שאדם זר נכנס לדירה התגלתה לאחר שהילה הבחינה שקיבלה התרעה מהמצלמה לטלפון הסלולרי שלה ולאחר שניסתה לצפות במצלמה דרך האפליקציה בטלפון, הבינה שהמצלמה כבויה (ת/12 שהוגש כחקירה ראשית; בעמ' 39, בש' 12). הילה סיפרה כי בשלב זה התקשרה לחנן ולאחר מספר דקות (בשעה 21.09) היא קיבלה מחנן תמונה לטלפון הנייד שלה והיא זיהתה בה את הנאשם (מדובר בתמונה שהיא צילום מסך של מה שנראה במצלמות, כפי שהוגש בת/10). גם מרים העידה שהיא והילה היו בעבודה אותו ערב ובשלב מסוים הילה מסרה לה שחנן התקשר ואמר שיש מישהו בדירה ושיזמינו משטרה. מרים יצאה לכיוון הדירה והילה הזמינה משטרה. כאשר הגיעה לדירה נכנסה בנוכחות שוטרים. אחיה (אבי וחנן) הגיעו למקום רק לאחר מכן. אבי העיד כי חנן היה בביתו בהוד השרון ובשעה 21.00 הוא קיבל שיחה שיש מישהו בדירה. לאחר שחנן שוחח עם אלי הוא קיבל ממנו תמונה של האדם שנכנס לדירה וחנן טען שהוא מכיר אותו. בהמשך נסעו אבי, חנן ואלי לכיוון נהריה להגיש תלונה במשטרה. גם אלי תיאר תיאור דומה לפיו לאחר שהילה עדכנה את חנן בדבר ההתרעה, הוא נכנס לצפות במחשב בסרטוני המצלמה ואז הבין שהמצלמה לא עובדת וחיפש בסרטונים הקודמים עד שראה בדירה אדם שאינו מוכר לו. בשלב זה הוא שלח לחנן תמונה של אותו אדם (כלומר צילום מסך מתוך הסרטון; בעמ' 15) וזה השיב כי מדובר בפורץ וכי הוא מזהה אותו. אמנם, במהלך העדויות היו מספר אי דיוקים ביחס לאופן בו הדברים התרחשו (היינו מי התקשר למי ומתי בדיוק) ואולם, בסופו של יום שוכנעתי כי כך אכן התרחשו הדברים. העדים היו נאמנים עלי והתרשמתי שהעידו את האמת וככל שהיו אי דיוקים כאלו או אחרים, לא היה זה בשל רצון לשקר או להסתיר את העובדות, אלא בשל מגבלות הזיכרון האנושי ובסופו של דבר נמסרה גרסה אחידה על ידי כל העדים.

33. האופן בו התגלתה העבירה מצביע בצורה ברורה על חוסר הסבירות שהדברים אכן היו כגרסת הנאשם. ראשית, ואם נחזור לנושא הקודם, עולה מעדויות אלו שחנן אכן היה בהוד השרון כאשר הדברים התגלו ויש בכך לחזק את המסקנות שיש להסיק מנתוני האיכון, היינו שלא רק מכשיר הטלפון של חנן היה בהוד השרון, אלא גם הוא עצמו. אכן, העבירה התגלתה בשעה 21.00 לערך והכניסה המתועדת לדירה הייתה בשעה 19.47 ואולם על משמעות הדברים עמדתי לעיל, היינו שמדובר בפרק זמן גבולי מאוד המקטין עד מאוד את האפשרות שזהו תרחיש סביר. שנית, מעדויות אלו ניתן ללמוד על ההפתעה שאחזה בחנן כאשר הבין שהנאשם נמצא בדירה. תגובתו של חנן, כפי שעולה מהעדויות, מחלישה עוד יותר את האפשרות שגרסת הנאשם נכונה. התרשמתי כי העדים תיארו באופן אמין ואותנטי את תגובתו של חנן, ואינני סבור שהגיוני שחנן העמיד פנים כמופתע וגרם לכך שאחותו (מרים) והילה יחשבו שאכן אירעה התפרצות לדירה ויזמינו משטרה, כמו גם שיגרום לשני אחיו לעזוב את משפחותיהם בשעת לילה מאוחרת ולנסוע לצפון לצורך הגשת תלונה והבאת המחשב למשטרה.

ודוק: על מנת שגרסת הנאשם תהיה נכונה, יש לקבוע (ולו ברמת ספק סביר) כי חנן היה בנהריה בעוד שמכשיר הטלפון

שלו היה בבית אחיו בהוד השרון; הוא פגש בנאשם בדירתו וביקש ממנו להיכנס כנטען; בהמשך (מעט לפני השעה 20.00) הוא עזב את המקום והגיע במהירות הבזק לאחיו בהוד השרון, שם קיבל מיד את השיחה מהילה והעמיד פנים מופתעות שהנאשם נכנס לדירה ללא רשות, גרם לכך שתוזמן משטרה למקום וגרר את שני אחיו בשעת לילה מאוחרת לנהריה להגשת תלונה שקרית (שהרי בתסריט זה שני אחיו יודעים שחנן משקר והם "יישרו" איתו קו). תסריט זה נראה בעיני כדמיוני ובלתי סביר ואני דוחה אפשרות שכך היה מכל וכל.

34. הודעות הטקסט בין הנאשם לחנן לאחר האירוע - ראה נוספת שמחלישה את האפשרות לקבל את גרסת הנאשם כהגיונית וסבירה, היא ההתכתבות שבינו לבין חנן לאחר האירוע. ראשית אציין כי אני מקבל כסבירה את גרסת הנאשם לפיה אכן האמין שהוא מתכתב עם חנן, בעוד שהיה זה הטלפון של האח אבי (להלן יכונה הכותב בפרק זה - "בעל הדירה"). עם זאת תוכן ההודעות אינו מתיישב כלל וכלל עם אפשרות שהנאשם נכנס לדירה באישורו של חנן (עמו סבר שהוא מתכתב) אלא דווקא להיפך. ההודעות הוגשו במסגרת ת/8 (והנאשם הגיש אותן כצילום מסך מהטלפון שלו - נ/4). הדו-שיח נפתח בהודעה בשעה 02.04 מטעם בעל הדירה בשאלה "מה קורה אתה חושב שלא נפגש". לאחר שלא נשלחה תשובה, נשלחה הודעה נוספת על ידי בעל הדירה בשעה 04.37 "אתה רוצה להיפגש בבולגרי מתחת לבית שלך ולהחזיר לי את מה שגנבת". הנאשם השיב בשעה 10.34 למחרת "אני רוצה את מה שנעלם מהמחסן שלי" ובעל הדירה השיב מיד "אז איפה המצלמה" והנאשם השיב מיד "איזה מצלמה? זה לא מה שנעלם" וכן "יש לכם מזל שזה לא היה אצלכם אבל אין מי שיגע במחסן ובטח לא יקח אותו" וכן "חוץ ממנו יש שם בגדים ושטויות מי שלקח ידע מה הוא חיפש והיה אצלך שאריות שלו". בהמשך יש הודעות נוספות ברוח זו וכן כתב הנאשם "על הכניסה שלך והסדר במחסן אני אלמד אותך להתנהג". לאחר מכן קיימות גם שתי הודעות קוליות (ת/10) בהן נשמע הנאשם כעוס מאוד ומקלל את בעל הדירה וזמן קצר לאחר מכן הודעת טקסט נוספת "בבוקר אם הגלשן לא שם אתה בבעיה. לילה טוב" (במאמר מוסגר אציין כי המילה גלשן להתרשמותי היא שם קוד ואין הכוונה לגלשן גלים באמת (ראו בהודעה האמירה כי "היה אצלך שאריות שלו")).

35. הודעות אלו אינן מתיישבות עם אפשרות שהנאשם נכנס לדירה בהסכמת חנן ובנוכחותו. להיפך, יש בהן התרסה של הנאשם כלפי בעל הדירה, באופן שאינו מתיישב בשום פנים ואופן עם אפשרות שהכניסה הייתה באישורו לבקשתו ולמעשה אף סותרת אפשרות זו. לו הייתה הכניסה באישורו של חנן, הרי שהשיחה עמו (והנאשם סבר שהוא הדובר) הייתה שונה לחלוטין והדברים ברורים.

36. התנהגות הנאשם בדירה - גם מעיון בסרטונים המתעדים את האירוע, עולה תחושה ברורה שהנאשם מצוי בדירה שלא ברשות ונוכחותו מתיישבת היטב עם כניסה לצורך חיפוש דבר מה, שאינו לבקשת בעל הדירה ובאישורו. בקובץ 19.47 נראה הנאשם מגיע מאזור החדרים, מתבונן לעבר המרפסת כמחפש דבר מה, מחטט מאחורי הטלוויזיה, מוצא שקית טבק ומחטט בה. בהמשך הוא פותח ארונית מתחת לטלוויזיה ומחפש בה. בקובץ 19.48 נראה הנאשם ממשיך לחפש בארונית, בהמשך הוא מחפש מתחת לשולחן הסלון ובאזור הספות ואז פונה למטבח ומחפש במקרר (הדבר נראה דרך ההשתקפות בחלונות). בקובץ 19.49 נראה הנאשם בתחילה (דרך ההשתקפות) ממשיך לחטט במטבח ובהמשך הוא נעלם מזווית הראיה של המצלמה ומופיע שוב בקובץ 19.50 בו הוא נראה דרך ההשתקפות מטפס על דבר מה ומפרק את המצלמה שבהמשך מפסיקה לצלם.

התנהגות זו אינה מתיישבת עם אפשרות שנוכחותו בדירה הייתה לצורך חיפוש מפתח, שהרי לשם מה חיפש אפוא במקרה, מאחורי הטלויזיה וכיוצא ב'. אמנם הנאשם הוסיף וטען כי גם בפעם זו (אם נניח שהיו פעמיים כגרסתו) המשיך לחפש אחרי קופסת הגראס שלא מצא בפעם הקודמת, אך גרסה זו אינה אמינה ואינה הגיונית, שהרי בשלב זה הדירה לשיטתו כבר הייתה פתוחה ומדוע אפוא שחנן לא יחפש זאת בעצמו ולמצער שייכנס עמו לדירה. בכל מקרה, אופן הליכתו של הנאשם והתנהגותו, אינם כשל אדם הנמצא במקום ברשות. התנהלותו אינה שלוה, אלא תזזיתית ומהירה והיא מתיישבת היטב עם תחושה של אדם הנמצא במקום שאינו רשאי להיות בו.

37. ניתוק המצלמה ונטילתה - אין מחלוקת בין הצדדים כי הנאשם ניתק את המצלמה מהחשמל ומהרשת לאחר שגילה אותה מוסתרת. טענת הנאשם היא שעשה כן על מנת שלא יהיו בידי חנן ראיות מפלילות נגדו להצגה בפני הילה. הגיונה של הטענה נעוץ בכך שחנן ביקש מהנאשם (לפי הטענה) להיכנס לדירה להביא בין היתר קופסה עם סם אשר חלקו היה שייך, כך ניתן היה להבין, להילה. אני מוכן לקבל שיש היגיון כלשהו בטענה זו. ואולם מהראיות עולה בבירור כי הנאשם נטל עמו את המצלמה ומשכך, אין הדבר מתיישב עם הטענה שחנן היה במקום. הנאשם טען בעדותו כי לא לקח עמו את המצלמה אלא השליך אותה על חנן בכעס ועזב את המקום (בעמ' 82). ספק אם פעולה שכזו מתיישבת עם המטרה שביקש להשיג (השמדת הראיות) ואולם גם אם אניח שהנאשם טעה כשעשה כן (היינו שהדבר לא קידם את מטרתו למרות שלכך שאף) גרסה זו הייתה בלתי אמינה בעיני והיא אף סתרה גרסאות אחרות של הנאשם. בעדותו הראשונה (ת/36) לא הזכיר הנאשם כלל שהבחין במצלמה וניתק אותה. כאשר הוטח בו שגנב את המצלמה, הכחיש וביקש עימות עם חנן. בעימות הודה הנאשם שפירק את המצלמה אך טען כי השאיר אותה בדירה ושחנן הוא שהעלים אותה (ת/32, בש' 56). מדובר במספר גרסאות המקשות על מתן אמון בנאשם. סיכומי של דבר, לא נתתי כל אמון בגרסת הנאשם לפיה השליך את המצלמה על חנן או שהשאיר אותה במקום והמסקנה היחידה ההגיונית היא שהנאשם נטל עמו את המצלמה. משכך, אין הדבר מתיישב כלל ועיקר עם נוכחותו של חנן במקום או עם אישור כניסה לדירה.

38. **סיכומי של דבר:** ממכלול הנתונים שפורטו לעיל, ניתן לקבוע ברמת הוודאות הנדרשת כי לא עלה בידי הנאשם לשכנע, ולו ברמת הטלת ספק סביר, כי הוא נכנס לדירה באישורו של חנן. כאמור, הנאשם נכנס לדירה באמצעות הרמת תריס ויצא ממנה דרך דלת הכניסה (בעלת מפתח פרפר קבוע). נסיבות אלו מקימות בבירור חזקה עובדתית שמטרת הכניסה הייתה לבצע גניבה או עבירה אחרת. לאור כך, נדרש הנאשם לתת הסבר לשם מה נכנס לדירה אשר יתקבל ולו ברמת ספק סביר. הנאשם לא נתן הסבר כאמור במהלך עדותו (שכן ההסבר הקשור באישורו של חנן נדחה על ידי). הסבר חלופי ניתן על ידי סנגורו במסגרת קו ההגנה החלופי. האם עלה בידו לסתור את החזקה העובדתית שקמה נגדו? לנושא זה אעבור כעת.

בחינת קו ההגנה החלופי - כניסה לדירה לצורך חיפוש אחר רכושו של הנאשם

39. טרם דיון בשאלה אם הנאשם הצליח להפריך את החזקה העובדתית הקמה מהתנהגותו, יש לדון בשאלה אם המאשימה הוכיחה שהנאשם גנב מהדירה את שטוען חנן שגנב ממנה. ברי כי אם יוכח שהנאשם גנב מהדירה סך של 4,000 ₪, ממילא שיקשה עליו עוד יותר להפריך את החזקה, שהרי הכוונה הנסתרת קיבלה ביטוי חיצוני וישיר.

40. האם הוכח שנגנב מהדירה סך של 4,000 ₪ - לא ניתן לראות בסרטונים את הנאשם נוטל מהדירה דבר מה (למעט המצלמה אותה ניתק). חנן טען כי החזיק בחדר של מרים סך של 4,000 ₪ בתוך קופסה וכי הסכום נעלם. הנאשם הכחיש כי נטל מהדירה דבר מה זולת המצלמה, אותה השליך לטענתו. אכן, אין קושי לקבל שחנן החזיק בדירה סכום זה. אין מדובר בסכום בלתי סביר ומקובל עלי שאפשר שהיה בדירה סכום כסף במזומן. עדותו של חנן נמצאה על ידי כאמור לעיל אף מהימנה. ואולם, חרף כל זאת נותר בי בנושא זה ספק סביר בשל הנימוקים הבאים.

41. נקודת המוצא היא שאין די בכך שהנאשם נכנס לדירה ללא רשות על מנת לקבל כל טענה בדבר היעלמותו של רכוש שהיה בדירה כמוכחת. גם בנתונים אלו על המאשימה להוכיח שהרכוש אכן היה בדירה ונעלם. לעיתים יהיה די בעדות בעל הדירה בנושא ולעיתים הדבר לא יספיק מטעמים אלו ואחרים. בענייננו, נותר בי ספק סביר אם אכן הכסף היה מצוי בדירה בעת שהנאשם נכנס אליה. אנמק מסקנתי.

42. חנן לא התגורר בדירה בתקופה הרלוונטית והיה מגיע רק בסופי שבוע. האירוע היה ביום שישי ואין מחלוקת שחנן לא היה בדירה כל השבוע וכי את הכסף הניח בדירה שבוע וחצי קודם לכן (בעמ' 64, 76). לפי הטענה, הכסף היה בחדרה של מרים, אך זו הודתה שלא הייתה מודעת כלל לדבר. ממילא אפוא שלא הייתה יכולה למסור שראתה את הכסף לפני האירוע (בעמ' 32). גם השותפה הילה טענה שלא הייתה מודעת כלל להימצאות סכום כסף בדירה (בעמ' 44). חנן עצמו העיד שאיש לא ידע על קיומו של הכסף (בעמ' 64). מדובר בדירה שכורה של צעירים. הכסף לא היה בתוך ארון או במקום מסתור אחר, אלא בתוך קופסה בחדר. לא ניתן לדעת מי היה בדירה בשבוע שחלף (באישור השותפות כמובן) ואין זה בלתי סביר כי הסכום ניטל על ידי אחר מבלי שהשותפות הבחינו בדבר, והכל כאשר שתיהן כלל לא היו מודעות לקיומו ומשכך אינן יכולות להעיד מתי ראו אותו לאחרונה. מערכת נסיבות זו, מקשה על האפשרות לקבל ברמה הנדרשת שהכסף אכן היה בדירה כאשר הנאשם נכנס לשם.

43. לכך יש להוסיף שאין מחלוקת שבדירה היו לא מעט חפצים יקרי ערך (טבעות, מחשבים, עדשות מצלמה) אך הנאשם לא נטל דבר מחפצים אלו. אכן, אין בכך ערובה שהנאשם לא נטל את הכסף המזומן שחנן טוען שנגנב, אך התנהגות זו מחייבת בדיקה קפדנית יותר של הטענות תוך גישה "אוהדת" לאפשרות הנראית במבט ראשון בלתי הגיונית.

סיכומי של דבר: הספק הקיים בדבר הימצאותו של סכום הכסף בדירה במועד האירוע, בשילוב עם התנהגות הנאשם ביחס ליתר חפצי הערך שבדירה, מביא למסקנה שנותר ספק סביר ביחס לשאלה אם הנאשם גנב את סכום הכסף ואני קובע אפוא שלא הוכח שהנאשם גנב מהדירה את סכום הכסף הנזכר בכתב האישום. ודוק: ראיתי להבהיר שאין להבין מכך שאינני נותן אמון בגרסתו של חנן, אלא שלאור היעדרותו מהדירה, הוא אינו יכול להעיד בדבר הימצאותו של סכום הכסף בדירה במועד האירוע וכך גם השותפות לדירה ומטעם זה בלבד אינני מקבל את טענתו בנושא.

44. וכעת לדיון בדבר קו ההגנה החלופי של הנאשם. בפסיקה קיימות גישות שונות ביחס לאפשרות לטעון טענות עובדתיות חלופיות ודומה כי הגישות השונות קשורות למערכת הנסיבות הקונקרטית. כך למשל ביחס לנקיטה בקו הגנה קיצוני המכחיש את קיומו של האירוע כלל, צוין כי "על פי אחת הגישות המקובלות בפסיקה, משבחר נאשם בגרסה עובדתית, לפיה הוא לא נטל חלק באירוע פלילי כלשהו, אין הוא יכול להעלות טענה חלופית, ממנה עולה כי

הוא אכן השתתף באירוע, אך עומדת לו הגנה מפני הרשעה בפלילים" (ע"פ 6834/12 **תימור קבלאן נ' מדינת ישראל** (20.8.15)). מנגד, במקרה אחר צוין כי "בין הגישות השיפוטיות הנוהגות בהלכה הפסוקה, גישתי היא כי גם אם הטענה העובדתית החלופית לא נשמעה מפי הנאשם עצמו אלא מפי סגורו, מן הראוי שהערכאה הדיונית תבחן אותה. הטעם שביסוד גישתי הוא כי בדיני נפשות עסקינן ומשכך יש להקפיד על בירור והכרעה בטענות השונות המועלות על ידי נאשם ו/או מטעמו .. על פי הגישות השונות צריך שהטענה העובדתית החלופית תהיה מגובה ומעוגנת בחומר הראיות" (פסק דינו של השופט דנצינגר בע"פ 4795/13 **אמיר בזינסקי נ' מדינת ישראל** (20.1.14)) וכן ראה עמדתו של השופט רובינשטיין בעניין זה "משעסקינן בדיני נפשות, אין הדלת נעולה בפני העלאת טענות חלופיות, אם לאלה עיגון בחומר הראיות". (וראו עוד בעניין זה, ע"פ 6952/07 **אמיל רפאלוב נ' מדינת ישראל** (28.6.10)).

45. בנסיבות ענייננו דעתי היא שאין מקום להימנע מבדיקת קו ההגנה החלופי שהעלה הסגור בסיכומיו, אף אם הנאשם לא טען כך בעדותו. **ראשית**, הנאשם לא נקט בקו הגנה קיצוני. הוא לא טען שלא היה כלל במקום. טענתו הייתה שנכנס באישורו של בעל הדירה. אין זה קו הגנה קיצוני. ההבדל בין הגרסאות מסתכם ביסוד נפשי שונה, היינו מטרת הכניסה. אכן, הנאשם לא אמר אמת כאשר טען שקיבל את אישורו של בעל הדירה. בעניין זה נקבע כי "גירסה שקרית של נאשם אינה מטילה, מינה וביה, חובה על בית המשפט להעלות גרסאות אחרות, שיש בהן כדי לגרום לזיכוי. ואולם, ייתכנו מקרים בהם יהא על בית המשפט לבחון אפשרויות סבירות שונות, אף אם לא הועלו על ידי הנאשם ואין הן מתיישבות עם קו ההגנה שבחר הנאשם ... ראוי, כי גם במקרה בו ברור לבית המשפט שהגירסה אותה מסר הנאשם שקרית היא, יבחן את מכלול הראיות נגדו בקפידה, שמא עולה ספק סביר באשמתו... במקרים בהם ניתן להסביר את הראיות על דרך תרחיש תמים, יש לזכות את הנאשם מחמת הספק. ברם, באותה מידה פשיטא, כי גם תרחיש תמים זה יבחן בתנאי שקיימת תשתית ראייתית עובדתית לו בחומר הראיות ... אין די בהעלאתה של אפשרות חלופית, שאינה מעוגנת במציאות ... להשלמת התמונה אוסיף, כי כאשר בפני הערכאה הדיונית עמדו עדויות ראייה ישירות, קבלתה של גירסה חלופית המועלית בערכאת הערעור תהיה קשה עשרת מונים מאשר מקרה בו הונח לפני הערכאה הדיונית אך מכלול של ראיות נסיבתיות" (ע"פ 9613/04 **בן סימון נ' מדינת ישראל** (4.9.06)).

46. **שנית**, העובדות מהן עלי להסיק את מטרת כניסתו של הנאשם לדירה הן נסיבתיות. אין בפני ראיות ישירות בנושא. לאור כך, מתחדד הצורך לבחון תרחיש חלופי מזכה. ראו:

"על בית-המשפט לשאול עצמו אם הנסיבה או הנסיבות שהוכחו פותחות פתח למסקנה שונה מזו שהתביעה טוענת לה, קרי מסקנה שאינה מפלילה, לפיכך נאמר כי כאשר מוצגות ראיות נסיבתיות של ממש לחובתו של הנאשם, עליו ליתן הסבר תמים, שאינו מסבכו בעבירה (ע"פ 233/89 גרסטל נ' מדינת ישראל [4]). עם זאת אף אם הנאשם איננו מציע הסבר המתיישב עם חפותו, על בית-המשפט לבחון מיוזמתו שלו הסברים אפשריים כאלה (ע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל [5], בעמ' 140. והשוו ע"פ 240/84 חטיב נ' מדינת ישראל [6], בעמ' 36). יתרה מזו, על בית-המשפט לבחון אפשרויות סבירות שונות, אפילו אין הן מתיישבות עם טענות ההגנה (ע"פ 410/71 הורוביץ נ' מדינת ישראל [7], בעמ' 628; ע"פ 728/84 חרמון נ' מדינת ישראל [8], בעמ' 632. וראו גם ע"פ 50/64 אל-נבארי נ' היועץ המשפטי לממשלה [9], בעמ' 80-81). במקרים שניתן להסביר

בהם את הראיות הנסיבתיות על דרך תרחיש תמים, יש לזכות את הנאשם מחמת הספק. מובן שגם תרחיש תמים ייבחן על-פי שיקולי היגיון וניסיון חיים, ואין די באפשרות דמיונית ויוצאת-דופן כדי להביא לזיכוי" (ע"פ 1888/02 **מדינת ישראל נ' מקדאד** (3.7.02)).

47. **שלישית**, ובעיני זהו הנימוק העיקרי, במקרה זה הגרסה החלופית לה טוען הסנגור נסמכת על ראיות לגביהן אין מחלוקת ובהן הסרטונים שהציגה המאשימה; העובדה שהנאשם לא נטל דבר מהדירה (על פי קביעתי); וההודעות שהוחלפו בינו לבין חנן. לאור כך, אין לנעול את הדלת בפני בחינת הגרסה החלופית שהציג הסנגור ויש לבחון אם יש לה עיגון ממשי בחומר הראיות עד כדי יצירת ספק סביר והפרכת החזקה העובדתית העולה מעצם הכניסה לדירה ללא אישור. לנושא זה אעבור כעת.

48. כפי שצוין בתחילת הכרעת הדין, בין הנאשם לדיירי הדירה קיימת היכרות מסוימת על רקע העובדה שהנאשם מחזיק במחסן המצוי סמוך לדירה זו. על כך העידו הילה וחנן ועובדה זו אינה במחלוקת (ראו נ/3, פרוט' בעמ' 68). טענת הסנגור היא שהנאשם נכנס לדירה על מנת לבדוק אם מצוי שם ציוד השייך לו. דעתי היא שמסקנה זו מעוגנת בצורה ממשית בחומר הראיות.

49. רובד ראשון של תמיכה ניתן למצוא בדברי חנן עצמו. חנן הודה בבית המשפט בהיכרות שטחית עם הנאשם על רקע יחסי השכנות, אך הכחיש אינטראקציה כלשהי שיכולה הייתה להביא את הנאשם לחפש דבר מה ששייך לו בדירתה (בעמ' 77). עם זאת בחקירתו במשטרה (נ/3-חקירה מיום 13.11.16) ציין חנן כי הנאשם "מאשים אותי שאני לוקח לו דברים מהמחסנים". עדותו הוגשה להוכחת סתירות ואכן נמצאה בה סתירה מסוימת לעמדתו בבית המשפט (ע"פ 10121/09 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (3.4.13)). לא ניתן להבין מהעדויות אם כוונתו של חנן הייתה שההאשמות היו עוד לפני האירוע או שהוא למד עליהן לאור גרסת הנאשם בחקירה. המאשימה לא שאלה כל שאלה בחקירה חוזרת בעניין ולא ניסתה להסביר את האמרה. אכן הנאשם טען בחקירתו אותו יום כי הוא חושב שחנן שגנב לו דברים מהמחסן (ת/36) אך איש לא טען שהדברים הובאו לידיעתו של חנן ואין לכך זכר בחקירתו. אפשר וחנן התכוון שלמד על כך מהודעות הטקסט שרשם הנאשם לאחר האירוע לאחיו (ת/8) ואולם עדין הנושא היה טעון הבהרה והנאשם ראוי ליהנות מהספק בנושא. לאור כך, ניתן למצוא בגרסת חנן עצמו רמזים לכך שהנאשם חשד שהוא נטל דבר מה מהמחסן שלו.

50. רובד שני לתמיכה באפשרות זו מבוסס על התנהגות הנאשם בדירה. מעיון בסרטונים עולה כי הנאשם מחפש אחר דבר מה מסוים. התנהגותו אינה כשל גנב המחפש ליטול מכל הבא ליד. הוא מחפש היטב בדירה אך אינו נוטל מאומה. אכן אפשר והוא מחפש דבר מה שאינו שלו (נניח חפץ מסוים השייך לחנן) ואולם, עוסקים אנו בבחינת השאלה אם קיים ספק סביר בתזה מפלילה ולא מעבר לכך. דעתי היא שהאופן בו נהג הנאשם בדירה, היינו חיפוש אחר דבר מה מסוים, תוך שהוא נמנע מלקחת חפצי ערך שהיו בדירה, לכל הפחות מתיישב עם הגרסה החלופית.

51. רובד שלישי לתמיכה בתזה החלופית מקורו בהודעות הטקסט שהוחלפו לאחר האירוע (ת/8). בפרק שדן בבחינת התזה הראשית, ציינתי שיש בהודעות אלו לשלול אפשרות שהנאשם קיבל את אישורו של חנן להיכנס לדירה. כעת אראה שיש בהודעות אלו תמיכה של ממש לאפשרות שמטרת הכניסה לדירה הייתה לצורך חיפוש רכוש השייך

לנאשם. כזכור, את ההודעות שלח לנאשם אחיו של חנן - אבי - והנאשם לא ידע זאת, אך אין בכך לשנות את המסקנות שניתן להסיק מהודעות אלו. גם בפרק זה אכנה את כותב ההודעות "בעל הדירה" לצורך הנוחות. הדו-שיח נפתח בהודעה בשעה 02.04 מטעם בעל הדירה בשאלה "מה קורה אתה חושב שלא נפגש". ובהמשך בשעה 04.37 "אתה רוצה להיפגש בבולגרי מתחת לבית שלך ולהחזיר לי את מה שגנבת". הנאשם השיב למחרת בשעה 10.34 וכתב "אני רוצה את מה שנעלם מהמחסן שלי" וכן "יש לכם מזל שזה לא היה אצלכם אבל אין מי שיגע במחסן ובטח לא יקח אותו" וכן "חוץ ממנו יש שם בגדים ושטויות מי שלקח ידע מה הוא חיפש והיה אצלך שאריות שלו". בהמשך כתב הנאשם "על הכניסה שלך והסדר במחסן אני אלמד אותך להתנהג". לאחר מכן קיימות גם שתי הודעות קוליות (ת/10) בהן נשמע הנאשם כעוס מאוד ומקלל את בעל הדירה וזמן קצת לאחר מכן הודעת טקסט נוספת "בבוקר אם הגלשן לא שם אתה בבעיה. לילה טוב" (ושוב אזכיר כי להתרשמותי המילה "גלשן" היא שם קוד בלבד ולא מדובר על גלשן אמיתי). כפי שציינתי בפרק שדן בתזה העיקרית, הודעות אלו מלמדות על הודאה ברורה של הנאשם על כך שהיה בדירה ללא אישור הבעלים. ואולם, עולה מהן גם בבירור שהנאשם עשה כן על מנת לחפש דבר מה ששייך לו ושסבר שנמצא בדירה. אינני סבור שהודעות אלו "מפוברקות" או שמדובר בניסיון מתוחכם לבנות גרסה. התרשמותי היא שמדובר בגרסה אותנטית וכנה של הנאשם בזמן אמת בדבר מטרת הכניסה לדירה.

52. סיכומי של דבר. תמיכה לתזה החלופית נמצאה בשלוש נקודות שונות על ציר הזמן. לפני האירוע, במהלכו ולאחריו. הראיות התומכות בתזה זו הן ראיות שעליהן אין חולק (ההתנהגות שנראית בסרט האבטחה, אי גניבת חפצי ערך, ותוכן ההודעות שבין הצדדים). לאור כך, מדובר בתשתית עובדתית מוצקה יחסית, עליה ניתן לבסס מסקנה שמטרתה מתן הסבר חלופי וסביר לראיות הנסיבתיות שהציגה המאשימה. אכן, הנאשם לא העיד על גרסה זו ואולם, כאמור, חובתו של בית המשפט היא לבחון היתכנות של חלופות אחרות ובלבד שיש להן תמיכה ממשית בחומר הראיות. תמיכה כאמור קיימת, ומשכך אני סבור שעלה בידי ההגנה להציג תרחיש חלופי המהווה הסבר המפריך את החזקה העובדתית העולה מעצם כניסתו לדירה דרך חלון ללא אישור הבעלים. אכן, אין מדובר באפשרות ברמת סבירות גבוהה ואולם היא בהחלט מקיימת את הדרישה בדבר קיומו של ספק סביר, שהרי על הספק להיות "סביר" - לא פחות מכך, אך גם לא יותר" (9809/08 **ארנלדו לזרובסקי נ' מדינת ישראל** (25.11.10)).

53. נטילת המצלמה, האם גניבה? - כאן המקום לדון במשמעות העובדה שהנאשם נטל את המצלמה, כפי שקבעתי לעיל. בסיכומי טוען הסנגור כי הנאשם נטל את המצלמה שלא על מנת לגנוב אותה, אלא "לשם הסוואת נוכחות הנאשם בדירה ללא רשות". כאמור, דחיתי את גרסת הנאשם כפי שעלתה בבית המשפט, לפיה הוא השליך את המצלמה על חנן וקבעתי כי הנאשם נטל את המצלמה עמו. התנהגות זו מקיימת לדעתי את יסודות עבירת הגניבה שבסעיף 383 לחוק העונשין. מדובר בנכס בעל ערך (ואינני מקבל את הטענה כי ללא ככל החשמל שנותר במקום, המצלמה "חסרת ערך") ומשכך היא "דבר הניתן להיגנב" כאמור בסעיף 383 לחוק העונשין. הנאשם "נשא ונטל" את המצלמה ללא הסכמת הבעלים ו"במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב". כמו כן הנסיבות מלמדות בבירור כי המטרה הייתה לשלילת קבע. לעניין זה אני מוכן לקבל כי הנאשם ביקש בכך להביא ל"הסוואת עצם נוכחות הנאשם בדירה". טענה זו היגיון רב בצדה ואני מוכן להניח שזה מה שהנחה את הנאשם כאשר פירק את המצלמה ונטלה עמו. ואולם לצורך השתכללות יסודות עבירת הגניבה, אין משמעות לשאלה אם המניע לנטילת המצלמה היה הרצון להשמיד את הראיות שאוצרת המצלמה בתוכה (כפי שסבר הנאשם בטעות שיצליח להשיג), שכן נטילת המצלמה והשמדתה או השלכתה למקום בו הבעלים לא יוכל עוד למוצאה, כמוה כשלילת קבע (**קדמי**, בעמ' 662). סיכומי של דבר, הרצון להשמיד את הראיות בנטילת המצלמה הוא המניע להתנהגות ולרכיב זה אין כל

משמעות לצורך השתכללות יסודות העבירה. נטילתה בנסיבות המקרה היא למטרת שלילת קבע ודי בכך.

54. עם זאת, יש לזכור כי לצורך קביעה אם הנאשם עבר עבירה לפי סעיף 406 לחוק העונשין, השאלה הנכונה היא אם מטרת הפריצה הייתה לבצע גניבה. ראינו כי הוטל ספק סביר במטרה זו. האם העובדה שהנאשם נטל את המצלמה מהדירה במהלך האירוע, משנה את המסקנה שמטרת הכניסה הייתה לחפש אחר רכוש השייך לו. לדידי, התשובה שלילית. בשים לב למכלול הנסיבות שפרטתי לעיל, אין ללמוד במקרה זה מנטילת המצלמה על כך שהמטרה בעת כניסה לדירה הייתה לגנוב דבר מה. מהראיות ומהצפייה בסרטון ניתן להסיק (ולמצער ברמת הספק הסביר) שמדובר "בתקלה" שאירעה לנאשם ונטילת המצלמה הייתה על מנת לפתור "בעיה" זו. התנהגות זו אינה מקיימת את היסוד הנפשי הנדרש בעת הכניסה לדירה. אפשר וניתן לעשות שימוש בהלכת הצפיות (ראו גבריאל הלוי, **תורת דיני העונשין**, חלק ד' בעמ' 753) היינו שהנאשם צפה ברמה גבוהה של הסתברות שאף אם לא נכנס לשם גניבה, יאלץ להשמיד דבר מה, לרבות מצלמת אבטחה, ובכך ישלול אותם מהבעלים שלילת קבע. ואולם, לא הוכח (ולא נטען כלל) שהנאשם אכן צפה את הדבר ואף ברמה הנדרשת, היינו ברמה גבוהה של הסתברות. מסקנה זו מתבקשת לאור כך שלא הוכח כלל שהנאשם היה מודע לקיומה של המצלמה, או אמצעי אבטחה אחר, עת נכנס לדירה.

55. סיכומו של דבר: הוטל ספק סביר בכך שהנאשם נכנס לדירה לצורך ביצוע גניבה. כמו כן הוטל ספק סביר בכך שהנאשם נטל מהדירה כסף מזומן. הוכח מעבר לכל ספק סביר שהנאשם נטל מהדירה מצלמת אבטחה שהייתה שם, בנסיבות המקימות את יסודות עבירת הגניבה.

האם התנהגות הנאשם כפי שהוכחה מקיימת את יסודות סעיף 406(ב) סיפא ?

56. שאלה נוספת שיש להשיב עליה, היא האם התנהגות הנאשם בתוך הדירה (בכך שגנב את המצלמה ולאחר מכן יצא מהדירה באמצעות פתיחת הדלת במפתח פרפר שהיה מצוי בה) מקיימת את הגדרת הסיפא לסעיף 406(ב) לחוק.

57. סעיף 406(ב) לחוק כולל חלופה התנהגותית נוספת המקיימת את יסודות העבירה והיא "... או המתפרץ מתוכו לאחר שביצע בו גניבה או פשע ...". ראינו כאמור שהנאשם ביצע גניבה בהיותו בדירה. אכן, מטרת הכניסה לדירה לא הייתה לשם ביצוע גניבה, אך הוא ביצע בסופו של דבר גניבה בדירה. אין מחלוקת שלאחר מכן הנאשם יצא מהדירה באמצעות פתיחת דלת הכניסה, בה היה מפתח קבוע מסוג פרפר. לפי סעיף 405, מי שפותח פתח במפתח נקרא "פורץ" ואם הוא "פורץ ויוצא" הרי הוא "מתפרץ". ודוק: חלופה זו אינה כפופה ליסוד הנפשי הנדרש בעת הכניסה לדירה. די בכך שהתקיימו יסודות עבירת הגניבה ולאחר מכן שמתקיימת פריצה מתוך המבנה בכל דרך כאמור בסעיף 405(א) לחוק העונשין, על מנת שיתקיימו יסודות סעיף 406(ב) סיפא.

58. לאחר ששקלתי בנושא, סברתי שלא יהיה זה ראוי להרשיע את הנאשם בעבירה לפי סעיף 406(ב) לחוק בנסיבות העניין, וזאת בשל כך שהמאשימה לא טענה לחלופה זו בסיכומיה וספק בעיני אם הנאשם זכה להזדמנות סבירה להתגונן בפני חלופה זו (סעיף 184 לחסד"פ; ע"פ 5019/09 **דביר חליונה נ' מדינת ישראל** (20.8.13)). אמנם, קו ההגנה החלופי של הנאשם הועלה רק בסיכומים, אך הדבר לא היה בלתי צפוי לאור הראיות שהובאו לרבות על ידי המאשימה עצמה, ונכון היה להתייחס לחלופה זו בסיכומי המאשימה ולו על דרך "נורת אזהרה" לנאשם כדי שידע שהוא צפוי להרשעה על בסיס הסיפא לסעיף ויוכל להתייחס לכך בסיכומיו. אכן, כתב האישום מייחס לנאשם עבירה לפי סעיף 406(ב) לחוק מבלי להתייחס דווקא לרישא, אך תוכנו עוסק בעבירה בעלת יסוד נפשי מסוג מטרה, ומשכך קשה לומר שהנאשם הועמד על אפשרות שיורשע בעבירת התנהגות ללא צורך ביסוד נפשי החורג ממודעות בלבד. לכך יש להוסיף כי לפי קביעתי לעיל, הנאשם לא ביצע עבירת גניבה "רגילה" אלא מעשה שמשמעותו המעשית היא הריסת נכס. לא התקיים כל דיון ביחס לשאלה אם זו המשמעות הנכונה שיש ליתן למונח "גניבה" שבחלופה זו. מסיבה זו אינני סבור שיש מקום לבחון הרשעה בעבירה לפי סעיף 406(א) לפי החלופה של "הנמצא בהם בכוונה לבצע גניבה"). יש גם לזכור כי לו היה הנאשם מותיר את התריס ממנו נכנס פתוח ויוצא דרכו (ולא באמצעות פתיחת הדלת במפתח שהיה בה) לא היה מתקיים היסוד של "מתפרץ מתוכו" כנדרש לצורך השתכללות הסיפא לסעיף 406(ב). ספק אם הבדל זה מצדיק הרשעה בעבירה חמורה שעונשה המרבי 7 שנות מאסר. ביחס לכל אלו לא הובא כל טיעון על ידי הצדדים ולאור כך אינני סבור שנכון יהיה להרשיע את הנאשם בחלופות אלו מבלי שהדבר נטען על ידי המאשימה, שכן לא ניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן מפני אפשרות זו ולטעון טענות רלוונטיות לחלופות אלו. לא התעלמתי מכך שהנאשם הוא שהעלה תזה חלופית זו, ועדין סברתי כי הרשעה על בסיס חלופה זו, ללא כל טיעון בנושא על ידי המאשימה, תהא בבחינת החמרה בלתי ראויה כלפיו. מסקנה זו מתחזקת לאור כך שניתן להרשיע את הנאשם בעבירות אחרות המתארות נכונה יותר את התנהגותו (הסגת גבול וגניבה), לגביהן ניתנה לו אפשרות סבירה להתגונן.

העבירות העולות מהתרחיש החלופי

59. בסיכומיו ציין הסנגור כי באם תתקבל הגרסה החלופית, היא מקימה עבירה של הסגת גבול לפי סעיף 447 לחוק העונשין. אני שותף למסקנה משפטית זו. העבירה לפי סעיף 447 לחוק העונשין קובעת כי:

"(א) העושה אחת מאלה כדי להפחיד מחזיק בנכס, להעליבו, להקניטו, או לעבור עבירה,

דינו - מאסר שנתיים:

(1) נכנס לנכס או על פניו;

(2) לאחר שנכנס כדין לנכס נשאר שם שלא כדין.

60. אין מחלוקת כאמור שהנאשם נכנס לדירה. גם עבירה זו היא עבירת מטרה, היינו שיש להוכיח שהכניסה הייתה על מנת "להפחיד מחזיק בנכס, להעליבו, להקניטו או לעבור עבירה". כאמור הסנגור לא חלק על כך שקבלת התזה החלופית מקימה את יסודות העבירה של הסגת גבול. אציין רק שלצורך הוכחת היסוד הנפשי ניתן לעשות שימוש בהלכת הצפיות, לפיה לכל הפחות הנאשם צפה ברמה גבוהה של הסתברות שנוכחותו בדירה תגרום לבעליה פחד או שהדבר יקניטו (גבריאל הלוי, **תורת דיני העונשין**, חלק ד' בעמ' 766). ברי כי בנסיבות העניין, ולנוכח ההיכרות

השטחית שבין הצדדים, הדבר הוכח ברמת הוודאות הנדרשת. וכאמור, הסנגור הסכים להרשעה בעבירה זו ומשכך מתייתר הצורך לדון בהתקיימות יסודות סעיף 184 לחסד"פ, היינו הרשעה על בסיס עובדות שלא נטענו בכתב האישום אך הוכחו במהלך המשפט.

61. עבירה נוספת שהוכחה, כאמור, היא עבירת גניבה ביחס למצלמה. כתב האישום ייחס לנאשם עבירה זו במפורש, כך שאין מדובר בהרשעה בעובדות או באישום שלא יוחס לנאשם.

אישום מס' 2 - גניבת הטלפון

62. באישום זה הצדדים אינם חלוקים על העובדות. המחלוקת היא בשאלת היסוד הנפשי בלבד. המדובר במכשיר טלפון עשוי עץ המשמש כפריט נוי בדלפק קבלה של בית מלון (להלן - "המכשיר" או "הטלפון"). נטילת המכשיר תועדה במצלמות האבטחה של בית המלון. הסנגור מסכים כי בסרטון ניתן לראות "אדם שמנסה ליטול את הטלפון מבלי להיתפס" ואכן זהו הרושם המתקבל בעת הצפייה בסרטון.

63. טענת הנאשם היא כי היה במקום לפני יום האירוע וגרם נזק למכשיר. ביום האירוע נטל את המכשיר על מנת לתקנו ולהשיבו לבית המלון לאחר התיקון. בכך טוען הנאשם כי לא נטל את המכשיר מתוך כוונה לשלול אותו שלילת קבע.

64. המאשימה טוענת כי גרסה זו אינה אמת ומציינת כתמיכה לכך כי המתלוננת לא אישרה קיומו של כל נזק במכשיר טרם גניבתו; כי הנאשם לא בירר כלל היכן ניתן לתקן את המכשיר; וכי החזקת המכשיר משך 9 ימים אינה מתיישבת עם כוונה לתקנו.

65. עבירת הגניבה מוגדרת כך (להלן יובא החלק הרלוונטי לענייננו בלבד):

383. (א) אדם גונב דבר אם הוא -

(1) נוטל ונושא דבר הניתן להיגנב, בלי הסכמת הבעל, במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב, כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע;

66. ענייננו ביסוד הכוונה "בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעליו שלילת קבע". ברי כי נטילה אגב כוונה להשיב את המכשיר לאחר תיקון, כפי שטוען הנאשם, אינה נטילה על מנת לשלול את הנכס שלילת קבע. המונח "שלילת קבע" מתאר מבחינה לשונית כוונה שלא להשיב אף פעם את הרכוש. ואולם, היות ומדובר ברכיב המצוי כולו בנפשו של האדם, קיים מטבע הדברים קושי להוכיחו ומקרה זה יעיד. לאור כך "בהתחשב במגמה להעניק הגנה יעילה ככל

האפשר למחזיק בנכס כנגד הפקעת הנכס מחזקתו ... התגבשו במשך הזמן כללי פרשנות מיוחדים, אשר הפכו את היסוד הזה ליסוד בעל משמעות משפטית-טכנית, שעיקרה היעדר כוונה ממשית להחזיר" (**קדמי**, בעמ' 655). כמו כן העובדה שמדובר ביסוד שלילי, מביאה למסקנה כי מידת ההוכחה הנדרשת מהמאשימה היא "זעומה יחסית כיאה ליסוד שלילי ובפועל - די לעניין זה בלקיחה ללא רשות, המלווה באי החזרה מיידית" (**קדמי**, בעמ' 655). מובן כי עדיין כל שנדרש מהנאשם הוא להטיל ספק בדבר כוונתו, אך ספק זה אמור להתייחס לא רק לכוונה אלא גם ליכולת לעשות כן. בעניין זה יש להראות "כוונה ברורה להחזיר המלווה ביכולת מעשית וודאית לבצע זאת" (**קדמי**, בעמ' 656).

67. יישום כללים אלו מביא למסקנה ברורה כי לא עלה בידי הנאשם להטיל ספק שמא התכוון בשעת הנטילה להחזיר את המכשיר לאחר תיקונו. ודוק: הצדדים מסכימים כי המועד הרלוונטי הוא מועד הנטילה וזאת לאור לשון הסעיף ועיקרון הסימולטאניות (**קדמי** בעמ' 658). טרם דיון נציין כי היות ומדובר במחשבות שבלבו של הנאשם, מובן כי לצורך קביעת ממצאים בנושא, רשאי ואף מחויב בית המשפט להסיק מסקנות בנושא מתוך כלל הנסיבות החיצוניות שהוכחו. ראו:

"המחשבה הפלילית איננה יכולה להיות מוסקת ברוב המכריע של האישומים הפליליים, אלא מתוך מכלול הנסיבות החיצוניות. הווה אומר, אך מעטים המקרים, בהם עולה המחשבה הפלילית... מתוך הצהרה גלויה וברורה של המחשבה המסתתרת בלבו של הנאשם. אך היעדרה של הודעה או אף הודאה גלויה וחד משמעית בדבר המחשבה המקננת בלבו של פלוני הנאשם, אין בה, כאמור, כדי לסכל את האפשרות להסיק מסקנות בדבר קיומה של המחשבה, המתלווית לביצועו של המעשה הפלילי... מערכת נסיבות נתונה יכול ותיצור חזקה שבעובדה, לפיה מי שהחזיק בסם ידע גם על מהות מעשהו... חזקה שבעובדה היא מסקנה, הנובעת, בעיקרה, מניסיון החיים ומניתוח, המעוגן בהגיגות של דברים (ע"פ 15/78) אשר מלמדים על כך, כי מערכת נסיבות פלונית... איננה נוצרת או מתגבשת אלא עקב קיומה של מחשבה פלילית פלונית המתווה לנתונים העובדתיים" (ע"פ 611/80 מטוסיאן ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 85).

68. ראשית אציין כי נקודת המוצא היא שגרסת הנאשם בעניין זה לא הייתה אמינה בעיני. עדותו בעניין הייתה בלתי משכנעת ודומה היה שהוא אינו מצפה כלל שהגרסה תתקבל כאמינה. עם זאת, מובן שאין בכך סופו של תהליך שהרי לצורך זיכוי הנאשם, אינני אמור להשתכנע שלכך אכן התכוון הנאשם ואף לא שזו הגרסה העדיפה. עלי להגיע למסקנה שקיים ספק סביר בלבד בתזה המפלילה. לאור כך, הנסיבות החיצוניות אכן יכולות להביא למסקנה שהוטל ספק סביר בנושא, חרף העובדה שגרסת הנאשם לא הייתה אמינה בעיני. ודוק: בעניין זה התעלמתי לחלוטין מהעובדה שגם באישום הראשון מסר הנאשם גרסה חריגה המצריכה מידת שכנוע ממשי לצורך קבלתה, ואין לי אלא לשוב על הדברים שצינתי בפתיחת דבריי בדבר הקושי שבצירוף שני אישומים אלו יחדיו (וכאמור ההגנה לא ביקשה להפרידם).

69. אף הנסיבות החיצוניות אינן מתיישבות עם כוונה להשיב את המכשיר לאחר תיקונו. כאמור, הנאשם נראה נוטל את

המכשיר "כגנב" היינו הוא נראה ממתין לשעת כושר כשאין איש במקום. הוא מתלבט, מהסס וכאשר הוא מקבל החלטה ונוטל המכשיר הוא עוזב את המקום מיד. אכן, ניתן לקבל שאף אם כוונתו הייתה לתקן את המכשיר בסתר, היה הסרטון מציג את אותו מחזה ולכן יש להמשיך ולבדוק את התנהגות הנאשם לאחר הנטילה.

70. נושא זה לדעתי עומד לנאשם לרועץ. הנאשם טוען כי ביקש לתקן את המכשיר מנזק שגרם לו קודם לכן, אך עם זאת הוא לא ביצע כל פעולה על מנת להוציא כוונה זו לפועל. כאשר נעצר לאחר תשעה ימים, נמצא הטלפון במחסנו. לדעתי מדובר בפרק זמן ארוך ביותר המעיד בבירור על כוונה לשלילת קבע ואינו מאפשר לקבל שהנאשם אכן התכוון להחזיר את המכשיר לאחר תיקון. לו היה הנאשם אכן מבקש לבצע "תיקון בסתר" לא היה מאחסן את הטלפון, אלא היה פונה מיד לבעל מקצוע על מנת לתקנו. האופן בו נהג במכשיר מלמד שלא זו הייתה כוונתו, כבר ברגע הנטילה.

71. עוד אציין כי גרסת הנאשם לפיה המכשיר ניזוק מספר ימים לפני מועד הנטילה, לא הוכחה כלל על ידו, אלא דווקא להיפך, היא נסתרה. מהראיות שהובאו עולה שלא היה למכשיר כל נזק לפני שהנאשם נטל אותו. הודעות המתלוננת בנושא זה הוגשו בהסכמה וההגנה ויתרה על זכותה לחקירה נגדית. כאשר הוצג המכשיר בפני המתלוננת לאחר תפיסתו, היא ציינה שהוא ניזוק בכך ש "היה מתקן לשפופרת שאיננו" (ת/25). עם זאת, מדובר בנזק שהמתלוננת טענה שנגרם לאחר נטילת המכשיר ולא קודם לכן. מכאן, שאין מדובר בחיזוק לגרסת הנאשם בדבר קיומו של נזק שביקש לתקן, אלא להיפך. גם "השקע המשוחרר" שהמתלוננת הזכירה אינו בבחינת נזק המתיישב עם גרסת הנאשם, שכן מדובר בסימן מזהה שנתנה המתלוננת להראות שזהו אכן המכשיר שלה. אם ביקשה ההגנה להוכיח שהשקע המשוחרר הוא אכן הנזק שהנאשם ביקש לתקן, לא היה די בעדות הנאשם בנושא, אלא היה צורך בחקירת המתלוננת על מנת שתאשר שאין מדובר בפגם ישן במכשיר, אלא בנזק חדש כפי שטוען הנאשם. כאשר הסכימה ההגנה להגשת עדותה ללא חקירה נגדית, לא אפשרה לה להגן על גרסתה ולא אפשרה לבית המשפט לקבל פרטים מדויקים וברורים בדבר גרסת הנאשם. התנהגות זו מקשה על קבלת גרסת הנאשם שהרי "הגיזנה של הנחה זו נעוץ בהכרה בתרומתה המשמעותית של החקירה הנגדית לביורר האמת" (ע"פ 5606/10 **דוד בונפילד נ' מדינת ישראל** (19.12.12)). למשמעות ההימנעות מחקירה נגדית ראו גם (ע"פ 4609/14 **נתנאל בסט נ' מדינת ישראל** (1.3.15) ע"פ 7915/15 **ראמי גדבאן נ' מדינת ישראל** (9.7.17)).

72. מסקנה זו אינה עומדת בחלל הריק, אלא היא מתיישבת היטב עם גרסאותיו המתפתחות של הנאשם, בהתאם לראיות שהוצגו בפניו ותוך ניצול העובדה שהמתלוננת לא העידה. אפרט. בחקירתו במשטרה טען הנאשם שהנזק למכשיר שבעטיו ביקש לבצע את התיקון, נגרם כאשר "שחקתי עם הטלפון ונשבר איזה חלק מהשפופרת" (ת/36). כאמור, מהודעת המתלוננת עולה שהנזק לשפופרת נגרם לאחר שהמכשיר נלקח מהמקום (ת/26) ומשכך ברי שהנאשם מסר פרט שקרי בחקירתו במשטרה. ברור שהנאשם ידע בשלב זה כי השפופרת שבורה, שהרי המכשיר היה בחזקתו, ולכן גייס פרט זה לצורך טענתו בדבר רצונו לתקן נזק שנגרם למכשיר טרם נטילתו. והנה בעדותו בבית המשפט טען הנאשם לפתע שהנזק שגרם (שבעטיו ביקש לטענתו לתקן המכשיר) היה "איפה שמחברים את הכבל...נשברה התושבת של השקע של הקו" (בעמ' 84) וכן הוסיף שלאחר שלקח את המכשיר "הוא נפל לי מהידיים ונשבר המוט שמחזיק את השפופרת" (בעמ' 85). כלומר גרסתו בבית המשפט הייתה שונה באופן ממשי מזו שהייתה במשטרה ובהתאם לדברים שמסרה המתלוננת (אותם ידע רק לאחר הגשת האישום ועיון בחומר). ההבדל מהותי ויורד לשורשה של גרסתו בדבר הצורך לקחת את המכשיר לשם תיקון נזק שגרם. הנה מתברר שהנזק

שהנאשם גרם היה בכלל אחרי שלקח את המכשיר. שינוי הגרסה והטענה שהנזק שחייב את התיקון הוא בתושבת של הכבל, הייתה בלתי אמינה לחלוטין והיא גרסה מתפתחת לפי הראיות שהוצגו בפני הנאשם ותוך שהוא מוותר על חקירת המתלוננת, ומונע ממנה להסביר שלא ייתכן שהנאשם גרם את הנזק לתושבת שכן הדבר היה קיים כבר קודם.

73. ואם לא די בכך אציין שבחקירתו הראשונה טען הנאשם כי למעשה כבר תיקן את הטלפון וטרם החזירו כי רצה לעשות זאת רק כאשר פקידת הקבלה מצויה במקום (ת/36). הנאשם כאמור מחזיק כיום בגרסה שונה לחלוטין והוא מודה שלא תיקן את הטלפון. שנוי הגרסה מחליש אף הוא באופן ממשי את האפשרות לתת אמון בגרסת הנאשם כיום.

74. לכך יש להוסיף את התנהגותו של הנאשם בהמשכו של אותו יום. כפי שעולה מת/26 (שהוגש בהסכמה) בהמשך הבוקר ולאחר שנטל את המכשיר, נמצא הנאשם ישן בבית מלון אחר עם כלבו. תופס המקום הזמין את המשטרה והנאשם טען שאחד בשם מוטי אפשר לו לעבוד ולישון במקום. הנאשם התבקש לעזוב את המקום וכך היה. דומני כי המשכו של אותו יום מעיד בצורה ברורה על תחילתו. הנאשם למרבה הצער הוא מחוסר דיור שחיפש לעצמו מקום לשהות. האפשרות כי רגע קודם לכן ביקש להטיב את נזקה של בעלת מכשיר הטלפון על ידי תיקונו בסתר תוך הסתכנות שאם יתפס יראה כמי שמנסה לגנוב את המכשיר, אינה ממשית בעיני.

75. **סיכום של דבר:** הנאשם נטל את מכשיר הטלפון מבית המלון. המכשיר היה ברשותו תשעה ימים ולא הושב מיוזמתו אלא בשל תפיסתו. הנאשם לא עשה כל ניסיון לתקן את המכשיר ולהשיבו לבעליו והתנהגותו לאחר הנטילה מעידה בבירור שלא הייתה לו מעולם כל כוונה לעשות כן. הנאשם שינה את גרסתו בבית המשפט ביחס לזו שמסר בחקירה, באופן מניפולטיבי שיש בו לפגום באופן ממשי ביכולת ליתן אמון בגרסתו, אשר ממילא קשה ליתן בה אמון. הסברו בדבר כוונתו בעת הנטילה אינו משכנע אפוא ואינו מטיל אף ספק סביר במסקנה ההגיונית והטבעית שיש ליתן לפעולותיו, היינו שהנאשם נטל את המכשיר מתוך כוונה לשלול אותו מבעליו שלילת קבע.

76. כאשר הנאשם הודה ביסודות העובדתיים של העבירה וחלק רק על היסוד הנפשי, מתחייבת הרשעתו בעבירת גניבה באישום זה.

סיכום

77. אני מרשיע את הנאשם בעבירות הבאות:

באישום הראשון: הסגת גבול, לפי סעיף 447 לחוק העונשין וכן גניבה לפי סעיף 384 לחוק העונשין.

באישום השני: גניבה לפי סעיף 384 לחוק העונשין.

ניתנה היום, י"ב אלול תשע"ז, 03 ספטמבר 2017, במעמד הצדדים