

עפ"ג (באר שבע) 64874-03-23 - איברהים אל הואשלה נ' מדינת ישראל

עפ"ג (באר-שבע) 64874-03-23 - איברהים אל הואשלה נ' מדינת ישראל מחוזי באר-שבע
עפ"ג (באר-שבע) 64874-03-23
איברהים אל הואשלה

נ ג ד

מדינת ישראל

ע"י ב"כ עו"ד עינת נהון אפרתי - פמ"ד

בית המשפט המחוזי בבאר-שבע

[05.06.2024]

כבוד סגן הנשיא השופט יואל עדן - אב"ד

כבוד השופט עמית כהן

כבוד השופט יובל ליבדרו

ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בבאר שבע (כב' השופט א. כהן) בת.פ. 20693-02-20 מיום 12.2.23.

פסק דין

השופט יואל עדן, סג"נ - אב"ד

ערעור על הכרעת הדין ועל גזר דין של בית משפט השלום.

האישום והמענה

1. כנגד המערער הוגש כתב אישום המייחס לו עבירות של קשירת קשר לעשות פשע, לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין, גניבת רכב, לפי סעיף 413 לחוק העונשין, ונהיגה ללא רישיון נהיגה לפי סעיף 10(א) לפקודת התעבורה (נוסח חדש).

על פי כתב האישום, בתאריך 19.1.20, או בסמוך לפני כן, קשר המערער קשר לעשות פשע עם עבד אל רחמן אלבטיחאת ("עבד"), בכך שקשר עימו קשר לגנוב רכב בתחום מדינת ישראל ולהעבירו לשטחי הרשות הפלסטינאית. בתאריך 19.1.20 בסמוך לשעה 23:50, גנב המערער בצוותא חדא עם עבד רכב מסוג טויוטה לנד קרוזר ("הרכב") השייך למתלונן אשר חנה בחניון תת קרקעי, בכך שנטלו ונשאו ללא הסכמת המתלונן ומתוך כוונה לשלול את הרכב שלילת קבע מהמתלונן ולהעבירו אל תחומי הרשות הפלסטינאית.

בעשותו את המתואר לעיל, נהג המערער ברכב כשתוקף רישיון הנהיגה שלו פקע ועברו למעלה משנתיים מיום פקיעתו.

בתוך כך נהג המערער ברכב כשאין לו פוליסת ביטוח ברת תוקף אשר תכסה על השימוש ברכב.

2. במענה לכתב האישום, נטען כי עבד ביקש מהמערער לסייע לו לקחת רכב מסוים מבאר - שבע, ועבד מסר למערער שמדובר ברכב שיש לו גישה חוקית אליו ויש בידו מפתחות לרכב. עבד לא אמר למערער לאן יש לקחת את הרכב.

המפתחות נמסרו לידי של המערער, ולזיכרונו נמסר לו גם את הקוד של הרכב. המערער הניע את הרכב ויצא עמו. המערער הודה בכך שנהג ברכב, כשתוקף רישיון הנהיגה שלו פקע ועברו למעלה משנתיים מיום פקיעתו, וכי נהג ברכב ללא פוליסת ביטוח.

נטען כי קיימת אפשרות שהמתלונן היה שותף לאירוע לקיחת הרכב, אולם, נטען כי המערער לא ידע על כך. המחלוקת המרכזית בין הצדדים הינה בשאלה האם ידע המערער כי מדובר בגניבת רכב, ושאלת היסוד הנפשי ומודעות המערער, עמדה במרכז ההליך.

3. בכתב האישום המקורי לא היה עבד עד תביעה, ולאחר שניתן המענה לכתב האישום, ביקשו ב"כ המאשימה לצרף את עבד כעד תביעה, וניתנה החלטה לצרפו כאמור.

ב"כ המאשימה ציינו כי עבד הודה בכתב האישום אשר הוגשו כנגדו, ואותה עת עניינו היה לאחר הכרעת דין ולפני מתן גזר דין. בין לבין ניתן גזר דינו, ולבסוף ויתרה המאשימה על העדתו של עבד.

הראיות בפני בית המשפט

4. בבית משפט קמא העידו מטעם התביעה המתלונן ע.ת.1, החוקרים ע.ת.2 וע.ת.3, וע.ת.4 אשר היה ראש המשמרת בזמן הרלבנטי.

כאמור, המאשימה ויתרה על העדת עבד אשר צורף כעד לבקשתה בתחילה, וגם ההגנה לא זימנה אותו להעיד. בפרשת ההגנה העיד המערער.

הוגשו מוצגים וראיה מרכזית הינה המוצג ת/4 - סרטון ממצלמת החניה. בסרטון זה נצפים עבד והמערער הולכים בחניון ונעמדים, עבד במצב שבו יש מעין כיסוי על פניו, עד מעל לאפו, והמערער מנגד ללא כל כיסוי על פניו, שניהם, לאחר שנעמדו לרגע והחליפו דברים, הולכים לכיוון הרכב החונה בחניה. הצילום הינו מהצד של הרכב שאינו צד הנהג, השניים הולכים לעבר צד הנהג, ובשלב זה הם אינם נחזים במצלמה, שכן כאמור הם בצידו השני של הרכב, ואולם שניות מספר לאחר שמגיעים הם לצד הנהג ברכב, רואים את האורות האחוריים של הרכב נדלקים, עבד עוזב את המקום רגלית, והרכב מתחיל לנסוע, כאשר אין מחלוקת שהמערער הוא אשר נהג בו.

הכרעת הדין

5. בהכרעת הדין הורשע המערער בעבירות המיוחסות לו בכתב האישום.

בית המשפט פירט את העולה מעדות המתלונן בעל הרכב, אשר סיפר כי החנה את הרכב בסביבות השעה 22:00, בבוקר ובת זוגו קיבלה הודעות כי מחסום הבניין נפרץ וזה העלה לו את החשש שגנבו את הרכב, וציין כי ברכב היו לו כ-10,000 ₪ במזומן, אותם היה צריך להעביר לאמו לצורך שכירות, וכן היו כלי עבודה, כרטיסי אשראי ופנקסי שיקים. המתלונן ציין כי בשנתיים האחרונות נגנבו לו שלושה כלי רכב, אשר היו מבוטחים, אך הוא לא קיבל את מלוא התמורה בגינם. המתלונן אישר כי כשמפעילים את שלט הרכב הווינקרים נדלקים ברכב ועוד אישר כי יש ברכב קודן. ר' הכרעת הדין בעמ' 109 ודברי המתלונן בעדותו פרו' מיום 9.1.22 עמ' 22, 24, 26. הוגשה גם הודעתו של המתלונן במשטרה נ/2.

יש לציין כי במסגרת עדותו של המתלונן דובר על תמונה ועל סרטון אשר לבסוף לא הוגשו.

צוינה גרסת המערער המכחיש מודעות למעשה הגניבה, וכי בסיס טענת ההגנה הינו שהמערער הגיע למקום לבקשתו של עבד, להעביר את הרכב תמורת תשלום.

בית המשפט פירט את העולה מעדות המערער על כי ישב בבית קפה בשוק, עבד אמר לו שיש רכב בבאר שבע שהולכים לתקן, ציין שלעבד יש מוסך, עבד המתין ליהודי שהגיע ומסר לידו מפתח וקוד, וכי המערער לא ידע שמדובר ברכב גנוב, עבד העביר לו מפתח, הוא נהג ברכב, יצאו מהשער הפתוח, והוא נהג עד שעבד לקח את הרכב והלך, והמערער תפס טרמפ לביתו.

עוד צוינה עדות המערער על כי סיפר שעבד שוחח עם היהודי אשר מסר לו את המפתח, המערער לא שמע את השיחה ביניהם, אך ציין שעבד היה בחוץ והיהודי הגיע בסביבות השעה 23:00, 24:00 בלילה ומסר לעבד מפתח. עוד ציין המערער כי כאשר ניגש לרכב היה להם מפתח וקוד, עבד פתח את הרכב והקיש את הקוד, עבד הציע לו כסף תמורת העזרה עם הרכב, עבד השאיר את הרכב שלו בכיכר סמוך מחץ לחניון, והמערער לא ידע שמדובר ברכב גנוב. עוד ציין כי המערער הוסיף שאמר במשטרה שהוא מצטער בגלל שנודע לו שהרכב גנוב, הוא ידע מאחותו שהמשטרה מחפשת אותו, כשהגיעה המשטרה לביתו הוא ישן, והוא לא ברח.

המערער לא ידע לומר מדוע לא ציין בחקירתו במשטרה את המפגש בין עבד לבין היהודי, במסגרתו העביר לו את מפתח הרכב.

חקירותיו של המערער במשטרה הוגשו וסומנו ת/1, ת/2, ועימות בינו לבין עבד ת/3. כך נאמר על ידי המערער במסגרת ההודעה ת/1, ש' 45-48:

"נכנסנו לבניין ועבד הוציא מפתחות מהכיס שלו, אמרתי לו מה אנחנו עושים? הוא אמר לי יש רכב של חבר שלי יהודי צריך לקחת אותו לבית שלי מחר אני ארצה לעבוד ולתקן את הג'יפ הזה. אמרתי לו לא רוצה לקחת אותו. אמר לי לא אני אתן לך כסף. אמרתי לו לא רוצה. אני יוצא מהאזור הזה תעזוב אותי משטויות. הוא לחץ עלי והוא שם את המפתחות בדלת של הרכב ושם את הקוד של הרכב ונסענו".

ובהמשך ש' 50-51: "אני נסעתי הוצאתי אותו כמעט חצי דרך עד לרכב של עבד, ועבד החליף אותו ונסענו. הרכב של עבד נשאר שם. הוא נסע דרך הסופר משאדוואי, אמרתי לו תוריד אותי שם. אני ירדתי שם והוא נסע...".

בהכרעת הדין ציין בית המשפט את נסיבות מעצרו של המערער, ועל כי שוטרים הגיעו לביתו והבחינו בבריחה של שניים וביניהם המערער, דלקו אחריהם, נכנסו לבית, והמערער זוהה ונעצר, ולעומת זאת כאמור במסגרת חקירתו במשטרה ת/1, אמר המערער שלא ברח, וגם בבית המשפט חזר על גרסתו זו.

בית המשפט מציין בהכרעת הדין שלא מצא כי ניתן לקבל את גרסת המערער בנקודה זו, וכי המערער לא סיפק הסבר סביר או חלופי לסיבה בגינה ברח מהשוטרים, ועניין זה מעורר תהיות.

במסגרת הכרעת הדין קבע בית המשפט כי מתגבשת בעניינו של המערער מחשבה פלילית לאור עצימת עיניים בהתאם לסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, קמה החזקה העובדתית הפועלת לחובת המערער, והוא לא סתר את החזקה, ובית המשפט לא נתן אמון בגרסתו, וכך נקבע בהכרעת הדין:

"... די במכלול הראיות והעדויות שהוצגו בפני כדי לבסס גרסת המאשימה, יצוין כי הנאשם לא סיפק הסבר סביר או מערך ראיות נסיבתי חלופי וסביר, בנסיבות אלה, כדי לעורר ספק סביר בראיות המאשימה. בנסיבות אלה הוכח לפניי כי הנאשם היה מודע או שהיה עליו לדעת כי מדובר במעשה עבירה, יש להדגיש שעצם ניסיונות הנאשם להתחמק מהשוטרים, מחזקות גרסת המאשימה ... במקרה דנן, מערכת הנסיבות האובייקטיביות יחד עם הודעת הנאשם במשטרה, מקימה חזקה עובדתית, כי בלבו של הנאשם התעורר חשד, שמא הנסיעה אותה התבקש לבצע אינה על דעת הבעלים או לפחות היה צריך להתעורר חשד כזה. חזקה זו אמנם ניתנת לסתירה, אך הנאשם לא הצליח להוכיח כי על אף החזקה, בלבו לא התעורר חשד. כאמור, הנאשם טען במשטרה כי עבד פתח את הרכב במפתחות וקודן בצורה רגילה, אולם, לאור עוצמתן של הנסיבות המחשידות, העובדה שהנסיעה נעשתה באישון לילה, עבד כיסה פניו במהלך שהותו בחניון, העדר גרסה לתמיהה מדוע עבד היה זה שהתניע את הרכב, לא נכנס לתוכו וביקש מהנאשם לנהוג ברכב כאשר לכאורה אם הכול חוקי, ימסור את המפתח והקודן לנאשם ויאפשר לו את כל ביצוע הפעולות. מדוע עבד אינו עולה לרכב ונוסע עם הנאשם עד למקום חניית רכבו של עבד. העובדות דלעיל במצטבר עם התמיהות והעדר כל הסבר סביר לגביהם, אין בהם כדי לסתור את החזקה, מה עוד שהנאשם בעדותו הראשונה מצטער על מעשיו, מציין שניסה באותה תקופה להתרחק "משטויות", מציין שעשה המעשה תמורת תשלום. עניין נוסף המפיג הספק הינו עצם התחמקותו של הנאשם מהמשטרה ומנוסתו מהשוטרים. גרסת הנאשם רצופה סתירות, אי דיוקים והעדר התאמות לחקירותיו במשטרה, הנאשם מוסר גרסה כבושה לעניין קיומו של מפגש בין עבד לבין בעל הרכב על אף שלא ראה ולא שמע ולא היה חלק ממפגש שכזה, מדובר בהסקת מסקנות של הנאשם ללא כל תימוכין, הגם שלא טען זאת באופן ברור במהלך חקירתו במשטרה. הנאשם מתחמק בחקירתו הנגדית מגרסתו במשטרה, טוען לאלימות שוטרים כלפיו כאשר לא עלתה כל טענה שכזו עובר לחקירתו וב"כ הנאשם אישר במסגרת המענה כי אין טענה לזוטא. כאשר הנאשם מסתבך בתשובותיו, מוסר לפתע כי אינו זוכר, כי עבר תאונה ותשובותיו מגמתיות וחלקיות. לא מצאתי כי ניתן לתת אמון כלשהוא בגרסתו המתפתחת והרצופה סתירות ואי דיוקים".

ביחס למתלונן קבע בית המשפט כי הגם שישנן שאלות בלתי פתורות לגבי השארת סכום הכסף ברכב, ואי בהירות לגבי מספר המפתחות שהחזיק, לא מדובר בספק הפועל לטובת המערער, ובמסמכים שהוגשו לא היה כדי לפגוע במהימנותו.

בית המשפט הוסיף לעניין הנעת הרכב, כי על אף תמונה שהוצגה לו ע"י המתלונן בה נראה לכאורה המערער שוכב מתחת לרכב, ויש בה כדי לתת מענה לגבי אפשרות הנעת הרכב, הוא לא נתן לכך משקל, שכן לא הוברר באיזה אופן התמונה צולמה, לא נשמעה כל עדות לעניין קבלת התמונה למעט גרסת המתלונן, והתמונה לא הוגשה כראיה ע"י המאשימה.

בית המשפט הוסיף: "אדרבה המאשימה אישרה כי הרכב הונע בדרך כלשהי, שאינה ידועה למאשימה".

בית המשפט ציין כי המאשימה ביקשה להוסיף את האחר, שכנגדו הוגש כתב אישום מקביל, כעד תביעה לאחר שהוגש כתב אישום, אולם בנסיבותיה מצאה לנכון לוותר על העדותו, וכך גם המערער לא מצא לנכון לזמנו לעדותו. נקבע כי לא נמצא בנסיבות תיק זה כי יש בויתור על העד לשמש לחובת צד כלשהו.

עוד ציין בית המשפט כי אין מחלוקת שהאחר בחקירתו הכחיש קשר למערער ולאירוע כפי שהדבר גם עולה מדוח העימות ביניהם (ת/3), והודאתו לבסוף בכתב האישום, מהווה אמרת עד מחוץ לבית המשפט, ואין בה כדי לסייע באופן מהותי למי מהצדדים.

בית המשפט הוסיף כי נתן משקל לעובדה שהמערער לא מצא לנכון להעיד את בן דודו לעניין טענתו שלא ברח מהשוטרים, המשמשת חיזוק לטענת המאשימה כי היה שותף לגניבת הרכב לכל הפחות ברמה של עצימת עיניים, ולפיכך, נמלט מהשוטרים.

מכל האמור, הורשע המערער בעבירות המיוחסות לו בכתב האישום. הטיעונים לעונש וגזר הדין

6. בטיעוניה לעונש עתרה המאשימה לקביעת מתחם עונש הולם הנע בין 12 ל-24 חודשי מאסר.

המאשימה עתרה לענישה ברף הגבוה של המתחם, וכן להפעלתם של שני מאסרים מותנים במצטבר זה לזה ובמצטבר לעונש שייגזר, ובנוסף הטלת מאסרים מותנים ממושכים ומרתיעים, קנס, התחייבות להימנע מעבירה, פסילת רישיון נהיגה בפועל, פסילת רישיון נהיגה על תנאי ופיצוי משמעותי למתלונן.

7. ב"כ המערער ביקש שלא להחמיר עם המערער ולו לפני משורת הדין, ובית המשפט התבקש לסטות מהענישה משיקולי שיקום, תוך שצוין כי המערער לא ביצע עבירות תקופה ארוכה והשתקם ויש סיכוי שישתקם גם.

8. בגזר הדין קבע בית המשפט מתחם עונש הולם הנע בין 8 ל-20 חודשי מאסר. בית המשפט התייחס לעונש אשר הוטל על עבד, אשר נדון ל-10 חודשי מאסר בצירוף ענישה נלווית וערעור שהגיש נדחה, ציין כי עבד צעיר יותר וללא עבר פלילי, לעומת המערער שהינו בעל עבר פלילי משמעותי בעבירות דומות, נשא בעבר עונשי מאסר ממושכים, ולחובתו שני מאסרים מותנים.

לצד זאת מצא בית המשפט לתת משקל מסוים לחלוף הזמן, וכי ממועד ביצוע העבירות לא נפתחו כנגד המערער תיקים נוספים ובהתנהלותו האישית הוא מנסה לשקם את חייו, לנהל אורח חיים נורמטיבי, עבודה יציבה, והתרחקות מפלילים.

נקבע כי יש להטיל מאסר בפועל, ולשינוי באורח החיים העברייני יינתן משקל במסגרת הפעלת עונשי המאסר המותנים.

לאור כל האמור, נגזרו על המערער 12 חודשי מאסר בפועל, מאסר מותנה בן 7 חודשים הופעל כך ש-4 חודשים בחופף למאסר ו-3 חודשים במצטבר לו, ובמאסר מותנה בן 6 חודשים הופעל כך ש-4 חודשים בחופף למאסר וחודשיים במצטבר לו, ולאור זאת הוטל על המערער עונש של 17 חודשי מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו, ובנוסף מאסרים מותנים, קנס בסך 1,500 ₪, פיצוי למתלונן בסך 3,000 ₪, פסילת רישיון נהיגה למשך 6 חודשים, ופסילה על תנאי.

טענות המערער בערעור

9. הערעור הינו על הכרעת הדין ועל גזר הדין.

במסגרת הערעור על הכרעת הדין, נטען כי כבר בחקירתו הראשונה במשטרה ת/1, שיתף המערער פעולה עם החוקרים, ומסר את פרטיו של עבד בטרם עבד נעצר, וסיפר כי עבד פנה אליו וביקש ממנו לסייע לו להעביר רכב של חבר שלו יהודי, לצורך תיקונו.

ביחס לכך נטען כי שגה בית משפט קמא משקיבל את טענת המאשימה וקבע כי המערער מסר גרסתו לעניין המפגש בין עבד לבין היהודי רק במסגרת עדותו בבית המשפט.

עוד נטענו טענות ביחס להתנהלות התביעה המשטרית, ולהטעיות שהוטעה המערער.

נטען כי אין מחלוקת שהמתלונן הוא זה שהביא את הסרטון למשטרה, אך חסר אופן הכניסה לחניון.

לטענת ב"כ המערער למתלונן יש אינטרס, ולטענתו המתלונן שותף של עבד בגניבת הרכב.

נטען כי עבד הכחיש את הדברים בחקירתו, המערער הפליל אותו והביא למעצרו, מתבצע עימות ת/2, המערער פוחד מעבד, לא אומר בפני עבד את הדברים, אלא אומר שמה שאמר במשטרה זה אמת.

נטען כי עבד אומר שהוא הולך לחבר שלו היהודי לקחת ממנו מפתח, יש מוסכים שנותנים שירותים שאוספים את

הרכב מהבית, זה דבר שמוכר. ברור שעבד יש לו מוסך, הוא אומר שהוא ישלם כסף ויעזור לו לאסוף כסף. הוא חוזר

בשלב מסוים, והמערער אומר שהוא התעכב עם היהודי אבל הביא את המפתחות. מביא את המפתחות ואז ניגשים

ונוסעים ברכב של עבד לבניין של המתלונן, הוא מחנה את הרכב מחוץ לבניין, עבד עם המפתחות פותח את הרכב,

מקודד את הקודן, ואז נשאל למה שהמערער יחשוד בעבד שמספר לו שיש לו חבר שנתן לו את המפתחות ואת הקודן,

לא בהתפרצות ולא בכלי פריצה. יש לו גם את הקודן וגם מפתח, הוא מתניע את הרכב ונותן למערער לנהוג מספר

מטרים.

אם התביעה מוותרת על עד היא צריכה לתת הסבר למה היא ויתרה עליו. לחילופין לעניין העונש, נטען כי עבד שלא שיתף פעולה בחקירה ולא הודה ולא לקח אחריות נדון ל-10 חודשים בהסדר, ולא היה במעצר בית לתקופה ותנאים מגבילים. עבד קיבל תסקיר שלילי. התבקש להקל בעונשו של המערער, וכי צריך לראות מי הראש והראשון בתיק, העברין המרכזי ברור שזהו עבד. נטען כי תיק זה איננו תיק של ממצאי מהימנות אלא של היגיון. אין ראיות שסותרות את גרסתו של המערער. טענות המשיבה בערעור

10. המשיבה עתרה לדחיית הערעור הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין. נטען כי הכרעת הדין מבוססת על ממצאי מהימנות. אין מחלוקת שהמערער היה ברכב ונהג ברכב. ממצאי המהימנות מתייחסים על ידי בית משפט קמא באופן מפורש גם לעדותו של המתלונן. נקודת המוצא כי קיימים ממצאי מהימנות הן לגבי המתלונן והן לגבי המערער בבית משפט קמא. גרסת המערער עומדת בסתירה גם לראיות אובייקטיביות חיצוניות וגם יש סתירות פנימיות מובנות. הנושא של מכות ע"י השוטרים, דוחות השוטרים כולם הוגשו בהסכמה מהדוחות עלה שלא הופעל כוח והמערער לא הוכה, ונעצר אחרי בריחה. זו הנקודה השנייה שהמערער אינו אומר בה אמת. לשיטתו של המערער הוא נתפס ונעצר לאחר שישן, בעודו ישן. ב"כ המשיבה טענה לסתירות בגרסתו של המערער, ולדבריו בהודעתו 1/ת, על כי אמר לעבד שלא רוצה שיעזוב אותו משטיות.

ביחס לטענות בשלב שעבד מוציא מפתחות מהכיס שלו ויש דין ודברים, נטען כי הסרטון 4/ת אינו מתאר דבר וחצי דבר מהעניין הזה. הסרטון מאוד ברור וחלקי.

לגבי השאלה מדוע עבד לא זומן ע"י התביעה השיבה ב"כ המשיבה, כי בסופו של דבר הציפיה שעבד יעיד לחובת המערער לא הוערכה כציפיה ריאלית מאחר שלמעשה הגרסה של עבד נמסרה במסגרת הודאה בכתב אישום, לא הייתה גרסה מפלילה מסודרת שנגבתה בעקבות אותה הודאה במשטרה. הם סברו כי על בסיס הדברים בפרוטוקול שהודה תהיה אפשרות להעיד אותו בצורה מסודרת נגד המערער. בסופו של יום נעשתה חשיבה והחליטו שאין, כי הוא לא ימסור גרסה מפלילה. לאחר הדיון שהתקיים בערעור, הודיעה ב"כ המאשימה, ביחס להחלטת התביעה שלא להעיד את השותף עבד, כי "הטעם לכך היה בגיבוש הערכה כי לא יהיה בהעדת השותף כדי לסייע בניהול ההליך ובבירור, משהודאתו של השותף בכתב האישום נעשתה בבית המשפט, במסגרת הסדר טיעון, ולא על דרך של מסירת גרסה סדורה ומפורטת בחקירה משטרתית, אודותיה ניתן היה לחקרו". ביחס לעונש נטען לגבי העבר הפלילי של המערער. כמו כן, לגבי ההשוואה עם האחר, כאשר יש ניהול הוכחות, מותר להקל עם המודה. אחדות הענישה כוחה מוגבל במקרה של הסדר טיעון. דיון והכרעה

11. לאחר שנשמעו טענות הצדדים, ונבחנו הראיות אשר באו בפני בית משפט קמא, גזר הדין והכרעת הדין, מסקנתי היא כי יש לקבל את הערעור, להורות על זיכוי המערער, מחמת הספק, מהעבירות של קשירת קשר לפשע וגניבת רכב, להותיר את הרשעתו, שבאה על בסיס הודאתו, בעבירות של נהיגה ללא רישיון ונהיגה ללא פוליסת ביטוח, כפועל יוצא מכך לבטל את גזר הדין, ולהשיב את הדיון לבית משפט קמא, לשלב הטיעונים לעונש ומתן גזר דין, בעבירות שנותרו בלבד.

12. ביחס לגרסת המערער, נקבע בהכרעת הדין כי המערער "מוסר גרסה כבושה לעניין קיומו של מפגש בין עבד לבין בעל הרכב על אף שלא ראה ולא שמע ולא היה חלק ממפגש שכזה, מדובר בהסקת מסקנות של הנאשם ללא כל תימוכין, הגם שלא טען באופן ברור במהלך חקירתו במשטרה" (הכרעת הדין עמ' 112 שו' 32 - עמ' 113 שו' 2). ואולם, במסגרת הודעתו 1/ת אמר המערער כי עבד אמר לו שיש לו רכב של חבר שלו יהודי שצריך לקחת אותו לביתו מחר, ועבד ירצה לתקן את הג'יפ הזה, וכי עבד שם את המפתחות בדלת של הרכב וגם את הקוד של הרכב. בכך יש כדי הבאת נתונים אשר מחזקים את האפשרות כי אכן זהו המצג שהציג בפניו עבד. החלק הכבוש היחיד בגרסת המערער הינו על הדברים שאמר לו עבד על כי עבד נפגש עם בעל הרכב. בגרסתו בבית המשפט לא אומר המערער כי ראה את המפגש הזה, וכל שהוסיף על הודעתו במשטרה זו העובדה שנטענה על ידו, כי עבד אמר לו על המפגש עם בעל הרכב.

מובן כי אם עבד אומר למערער שיש לו רכב של חבר שלו ויש לו את המפתחות של הרכב, הרי שניתן להניח מכאן כי לגרסת עבד הוא נפגש עם בעל הרכב וקיבל ממנו את המפתחות. אינני מוצא כי יש בכבישת האמירה על המפגש בהודעה במשטרה כדי לשמש כנגד המערער.

13. אין בפנינו ראיה כלשהי לגבי אופן הנעת הרכב. כל שבפנינו הוא הסרטון אשר בנקודת הזמן של הכניסה לרכב והנעתו, אין אפשרות לראות בסרטון את הצד של הנהג הואיל והמצלמה הינה מהצד שכנגד. בית המשפט קובע בהכרעת הדין כי: "... המאשימה אישרה כי הרכב הונע בדרך כלשהי, שאינה ידועה למאשימה". זאת ועוד תמונה מסוימת שהוצגה בדיון לא הוצגה ע"י המאשימה כראיה, ולפיכך, אין בפנינו אינדיקציה לטענה כי הכניסה אל הרכב נעשתה באמצעות פריצה באופן של שימוש במכשיר כזה או אחר, והנתונים ביחס לכניסה אל הרכב אינם ידועים.

לשאלה זו חשיבות, הואיל והמערער טען שהכניסה אל הרכב היתה באמצעות מפתח שעבד עשה בו שימוש, וכי עבד הכניס את קוד הרכב.

בין אם ייאמר כי עבד השיג מפתח וקוד בדרך לא דרך, או כל אמירה אחרת ביחס לאופן שבו בידיו של עבד מפתח וקוד, הרי שגרסה זו של המערער לא נסתרה, וצפייה בסרטון אינה שוללת אפשרות זו, שכן מדובר בשניות ספורות בהן עבד והמערער הולכים אל הרכב, אל צד הנהג שברכב, ותוך שניות ספורות נדלקות מנורות הרכב, עבד הולך מהמקום, והרכב מוסע מהחניה.

יש להדגיש, כי בית משפט קמא לא קבע קביעה עובדתית בדבר ידיעה בפועל של המערער, על כי מדובר בגניבה שהוא מבצע יחד עם עבד. קביעתו של בית משפט קמא בדבר קיומו של היסוד הנפשי, נשענת על מסקנתו בדבר עצימת עיניים.

לכך יש חשיבות, שכן הגעה למסקנה שונה מהנסיבות, אין בה כדי התערבות בקביעות העובדתיות של בית משפט קמא. קביעות עובדתיות, אשר התערבות ערכאת הערעור בהן שמורה לנסיבות חריגות.

14. מסקנתי כי יש לקבל את הערעור ביחס לעבירות קשירת הקשר וגניבת הרכב, אינה תוצאת התערבות בקביעות עובדתיות, אלא הינה אך ביחס למסקנות של בית משפט קמא בדבר עצימת עיניים, מסקנות אשר העובדות בבסיסן, אינן מביאות לאפשרות היחידה של עצימת עיניים, אלא לצידן קיים ספק כמפורט להלן.

סבורני, כי במצב דברים בו קיימת אפשרות שעבד פותח את הדלת באמצעות מפתח ומכניס את הקוד לקודן, לאחר שעבד אומר למערער שחברו היהודי ביקש ממנו לקחת את הרכב כדי שעבד יתקנו, עולה ספק ביחס לקיומה של החזקה הקמה מכוח עצימת עיניים.

על עצימת העיניים וקיומו של חשד שמא מדובר בגניבת רכב, צריכים אנו ללמוד ממכלול הנסיבות, ומכלול זה צריך להביא למסקנה בדבר התעוררות החשד האמור.

אכן, קיימים נתונים מסוימים אשר תומכים במסקנה בדבר קיומה של עצימת עיניים, אך מנגד, קיימים נתונים אחרים אשר אינם שוללים מסקנה אחרת, ומשמצויים אנו בהליך הפלילי, הרי שדי בספק סביר, גם אם מדובר בספק שמא אכן קם החשד, כדי להביא לזיכוי נאשם.

העובדה שעבד הינו עם כיסוי פנים עד מעל לאפו, לצד אמירתו של המערער בהודעתו במשטרה שכאשר עבד ביקש ממנו לקחת את הרכב הוא אמר לו "תעזוב אותי משטיות" (ת/1 שו' 47), אלו מחזקים מסקנה אפשרית כי קיים חשד. לצד זאת, המערער עצמו ללא כל כיסוי פנים. אם מבקשים אנו ללמוד מהעובדה שעבד היה במקום עם כיסוי פנים, כראיה לחשד שצריך לעלות במערער כי מדובר באירוע של גניבה ולא אירוע של לקיחת רכב בהסכמה לתיקון ע"י עבד, הרי שבאופן דומה יש להתייחס להעדר כיסוי פנים למערער, כנתון אשר יכול להקים ספק שמא לא עלה בו החשד כי מדובר באירוע של גניבה.

15. בסיס הגרסה של המערער נמסר עוד בחקירתו הראשונה במשטרה אשר היתה ביום 2.2.20, דהיינו כשבועיים לאחר האירוע.

לכך יש להוסיף את אי העדת עד התביעה עבד ע"י המאשימה. לא ניתן לכך הסבר של ממש, ומדובר למעשה בעד תביעה מרכזי, ויש לומר המרכזי ביותר.

בית המשפט בחר שלא לתת משקל לאי העדת העד, לחובת מי מהצדדים. ואולם, סבורני, כי לאי ההעדה של העד ע"י המאשימה יש לתת את המשקל דווקא לצד המערער, כך שהדבר מחזק את קיומו של ספק בדבר קיומו של אותו חשד.

מדובר בעד תביעה שהוא עד התביעה המרכזי והחשוב ביותר. מדובר בעד אשר אין מחלוקת שהוא נכח באירוע, ואין מחלוקת שהוא זה אשר נחזה במסגרת הסרטון ת/4.

עדויות של עד זה אינה נדרשת אך להגנתו של המערער, אלא נדרשת היא גם להוכחת אשמו, במובן זה שמהדברים העולים ממעשיו ואמירותיו בעת האירוע יכולה לקום או להיסתר מסקנה בדבר חשד המקיים עצימת עיניים.

16. נטל השכנוע מוטל על המאשימה, ונטל זה מוטל על המאשימה גם ביחס להקמת החזקה של עצימת עיניים.

על המאשימה, והמאשימה בלבד, הנטל להוכיח קיומן של עובדות ונסיבות אשר מכוחן יגיע בית משפט למסקנה כי התקיימה במקרה מסוים עצימת עיניים, שכן הנסיבות מעידות על החשד שהיה צריך לעלות בנאשם. כל זאת בטרם עובר לצד נאשם נטל לסתירת החזקה.

עדויות של עבד, אשר נאמר כי הודה בעובדות כתב אישום המייחס לו את הגניבה, אך מנגד כפר והרחיק עצמו במסגרת חקירתו במשטרה, הינה נדבך מהותי בהוכחת העובדות הצריכות להגעה למסקנה בדבר עצימת עיניים. אכן, לעיתים, די בראיות קיימות, ואין חובה להבאה של כלל הראיות, מקום שיש ראיות מספיקות להוכחת האשמה, ואולם, אין זה המקרה, שכן מדובר בראיה כה מרכזית, עדות של מי אשר נטען שהוא השותף אשר ביצע את המעשים עם המערער, ואי הבאתו מעלה קושי אשר צריך לחזק את הספק העומד לזכות המערער. נטל השכנוע מוטל על התביעה, ועליה להוכיח אשמו של נאשם מעל לספק סביר, ובית המשפט ירשיע נאשם אם גרסת התביעה היא הפירוש ההגיוני היחיד לעובדות שהוכחו.

מקום שקיימת אפשרות שאינה תאורטית, יש לזכות נאשם. ר' הדברים הבאים מע"פ 10152/17 מ"י נ' ח'טיב (10.5.2018), הן ביחס להיות נטל השכנוע מוטל על התביעה, והן ביחס לקיומה של אפשרות שאינה תאורטית.

"ראשית, עקרון על הוא במשפט הפלילי כי נטל השכנוע מוטל על התביעה, ועל מנת לעמוד בנטל זה עליה להוכיח את אשמתו של הנאשם מעבר לספק סביר (סעיף 34כב(א) לחוק העונשין). משמעות הדבר היא כי על התביעה להוכיח עובדות המצביעות בכיוון אשמת הנאשם במיוחד לו "במידה המגיעה לכדי אפשרות הקרובה עד מאוד לאמת או לוודאות" ... הובהר בהקשר זה, כי בית המשפט רשאי להרשיע את הנאשם אם גרסת התביעה היא הפירוש ההגיוני היחיד לעובדות שהוכחו, אף אם איננה בגדר ודאות גמורה ... יחד עם זאת, מקום בו קיימת אפשרות ממשית שאיננה תאורטית גרידא, בדבר חפותו של הנאשם, ולאפשרות זו קיימת אחיזה בחומר הראיות - יש לזכות את הנאשם ... וכפי שציינתי בע"פ 2697/14 חדאד נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (6.9.2016):

"מדובר בעקרון בעל אופי חוקתי הנגזר מזכות היסוד של האדם לחירות אישית (סעיפים 1 ו-5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), והנטל על התביעה להוכיח אשמה פלילית מעבר לספק סביר הוא אמצעי ראשון במעלה להתמודד עם החשש להרשעת שווא אשר עלולה לשלול מאדם שלא כדין את חירותו ואת שמו הטוב... הדרישה להוכחה מעבר לספק הסביר נועדה גם להגן על אמון הציבור בהגנתו של ההליך הפלילי (ענין וקנין, פסקה 45). כלל זה מעוגן גם בתפיסה חברתית מוסרית, בעלת תחולה אוניברסלית, לפיה עדיף כי אשם יזוכה מחמת הספק מהרשעה של חף מפשע" (שם, בפסקה 12 לחוות דעתי).

בענייננו, קיימות כאמור שתי אפשרויות ממשיות בנוגע ליסוד הנפשי של שנלווה לביצוע העבירות על ידי המשיב, ולא הובאה על ידי התביעה ראיה שיש בה כדי לאשר או לשלול איזו מהן. משכך, בדין קבע בית משפט קמא כי התביעה לא עמדה בנטל, אשר לעולם רובץ לפתחה, להוכיח מעבר לספק סביר את היסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההריגה". 17. הלכה למעשה הראיות המביאות למסקנה של בית משפט קמא בדבר קיומו של חשד המקים עצימת עיניים, הינן ראיות נסיבתיות.

ביחס לראיות נסיבתיות והמסקנות מהן ר' ע"פ 2279/15 בורחוב נ' מ"י (31.1.2016), בו התייחסות לכך שכאשר מדובר בראיות נסיבתיות, הסקת המסקנות על פי הן הינה תוצר של הליך תלת שלבי - בחינת הראיה הנסיבתית עצמה, בחינה אם מסכת הראיות מקימה מסקנה לכאורית, והאם הנאשם מציג הסבר אמין מבוסס והגיוני המקים ספק סביר בהנחה המפלילה העומדת כנגדו, תוך שנקבע כי ספק סביר עשוי להתעורר מהראיות הנסיבתיות עצמן, כאשר ניתן להסיק מסקנה המתיישבת עם חפותו, ואף אם הנאשם אינו מספק הסבר המקים ספק סביר, על בית המשפט לבחון מיוזמתו סבירות אפשרית אחרת המתיישבת עם חפותו, ככל שהיא עולה ממכלול הראיות, וכך נפסק בסעיף 14 לפסק הדין:

"כפי שנקבע, לא אחת, בפסיקתו של בית משפט זה, הסקת המסקנות על בסיס ראיות נסיבתיות, הינה תוצר של תהליך תלת-שלבי. בשלב הראשון, בית המשפט נדרש לבחון כל ראיה נסיבתית בפני עצמה, ובתוך כך לקבוע האם ניתן להשתית על אותה ראיה ממצאים עובדתיים. בהמשך, יש לבחון, בשלב השני, אם מסכת הראיות בכללותה מקימה מסקנה לכאורית, בדבר אשמתו של הנאשם במיוחס לו. בחינה זו נעשית על יסוד הערכה מושכלת של הראיות, המבוססת, כאמור, על ניסיון החיים, ההיגיון והשכל הישר. למסקנה לכאורית זו, ניתן להגיע על יסוד צירופן של מספר ראיות נסיבתיות, גם יחד. לאחר שצלחה המאשימה גם משוכה זו, יעבור נטל הראיה, בשלב השלישי, אל כתפי הנאשם, להציג הסבר אמין, מבוסס והגיוני, המקים ספק סביר בהנחה המפלילה העומדת נגדו ... ספק סביר עשוי להתעורר מן הראיות הנסיבתיות עצמן, וזאת כאשר ניתן להסיק מהן מסקנה המתיישבת עם חפותו של הנאשם; שעה שההסתברות לקיומה של מסקנה זו אינה קלושה; וכאשר מסקנה זו הינה הגיונית וסבירה, בנסיבות העניין, ויש לה אחיזה בחומר הראיות ... לצד זאת נקבע, כי אף אם הנאשם אינו מספק הסבר המקים ספק סביר בדבר אשמתו, שומה על בית המשפט לבחון, ביוזמתו, סבירותה של אפשרות אחרת המתיישבת עם חפותו, ככל שהיא עולה ממכלול הראיות ...".

כאן סבורני כי אין אנו עוברים את השלב השני במבחן התלת שלבי, וכי ההסתברות לקיומה של מסקנה שמתיישבת עם אפשרות שלא עלה חשד במערער, אינה קלושה. לצורך זה אין אנו נזקקים לעדות של המערער, אלא למכלול הנסיבות הקיימות.

סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין קובע כי: "רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להן, אם נמנע מלבררם".

סבורני, כי בחינת מכלול הנסיבות אינו מביא למסקנה יחידה על כי עלה במערער החשד, אלא קיימת אפשרות שאינה תאורטית ואינה קלושה, לכך שהחשד לא עלה בו.

סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין קובע שני יסודות להתקיימות החלופה של "עצימת עיניים" - החשד וההימנעות מלברר. ר' לעניין זה ע"פ 7704/13 יעקב מרגולי נ' מ"י (8.12.2015):

"סעיף 20(ג)(1) מורכב משני אלמנטים - חשד והימנעות מלברר. הדין קובע כי כאשר שניהם בנמצא יש לנאשם מחשבה פלילית של מודעות".

בע"פ 5938/00 אזולאי נ' מ"י פ"ד נה(3) 873 (14.5.2001) נפסק ביחס לסעיף 20(ג) לחוק העונשין כדלקמן: "לפי סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, על העושה עצמו לחשוד באפשרות התקיימות נסיבה. לפיכך על החשד להיות אישי-סובייקטיבי, ואין להסתפק בחשד שהיה מתעורר בלבו של אדם מן היישוב ("האדם הסביר") (פלר בספרו הנ"ל (כרך א) [27], בעמ' 521; פלר, במאמרו הנ"ל [33], בעמ' 17). בכך נדחתה העמדה שצדדה בהכנסת מדד אובייקטיבי ל"עצימת עיניים", ולפיה גם חשד ש"צריך היה" להתעורר בלבו של הנאשם (אף אם לא התעורר בפועל) ישמש תחליף לידיעה ממשית ...

מנוסחו של סעיף 20(ג)(1) לחוק עולה, בנוסף, כי לצורך קיום מצב של "עצימת עיניים" די בחשד ממשי (או בלשונו של פרופ' פלר: "חשד מעשי-רציונלי") (ראו פלר בספרו הנ"ל (כרך א) [27], בעמ' 524-522). בכך הכריע המחוקק לגבי אמרות שונות בפסיקה טרם תיקון 39 לחוק, אשר היה ניתן לפרשן כאילו הכלל הוא שנדרשת רמת חשד גבוהה על-מנת שישמש תחליף למודעות בפועל".

הדרישה אשר נקבעה בסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, כפי פרשנותה בפסיקה, הינה להתקיימות חשד אישי-סובייקטיבי, ממשי, שהינו מעשי-רציונלי, ואין דרישה לרמת חשד גבוהה.

18. השאלה אשר בפנינו הינה האם קיים ספק שמא לא קם במערער חשד אישי סובייקטיבי ממשי, ומסקנתי ממכלול הנסיבות הינה כי קם ספק סביר ביחס לכך.

ער אני לכך שחלק מהנסיבות מקים אפשרות שהחשד האישי הסובייקטיבי הממשי קם, ואולם, משקיים ספק סביר בכך, הרי שדי בו להביא לזיכוי נאשם, על רקע אי התקיימות היסוד הנפשי הנדרש.

כפועל יוצא מהאמור, אין מסקנתי עולה כדי קביעה פוזיטיבית שלא קם במערער אותו חשד אישי סובייקטיבי, אלא כי קיים ספק ביחס לכך.

ספק זה, במכלול הנסיבות האמורות, אינו אך תאורטי ואינו אך בגדר אפשרות קלושה.

אשר לחיזוק אשר מצא בית משפט קמא בבריחת המערער מהשוטרים, עת באו לעוצרו כשבועיים לאחר האירוע, אינני מוצא כי יש לראות בבריחה זו כדי חיזוק לטענת המאשימה כי המערער היה שותף לגניבת הרכב.

אין ראייה של ממש באשר לסיבה לבריחתו של המערער מהשוטרים, והמערער נהג ברכב ללא רישיון, ועל כך אין מחלוקת, ומכאן ייתכן שבריחתו קשורה לכך, ולא לגניבת הרכב דווקא. כאמור, אירוע הבריחה מהשוטרים היה כשבועיים לאחר גניבת הרכב.

למעלה מן הצורך, אוסיף כי גם אם ייאמר כי ביחס לבריחה של המערער מהשוטרים כשבועיים לאחר האירוע, ניתנה ע"י המערער גרסה אשר נקבע שאינה מהימנה, עולה השאלה עד כמה בגין כך, תישלל גם גרסת המערער ביחס לאירוע עצמו. ואולם, מסקנתי בדבר קיומו של ספק סביר עולה מהנסיבות עצמן, ואינני מוצא צורך להרחיב ביחס לכך.

19. אשר לענישה, במרכזו של גזר הדין אשר ניתן היו עבירות קשירת הקשר לפשע וגניבת הרכב, וכן הפעלת המאסרים המותנים, ובנסיבות אלו, לו מתקבלת דעתי, סבורני כי נכון הוא שעניינו של המערער ישוב אל בית משפט קמא למתן גזר דין לאור הזיכוי מהחלק המרכזי בעבירות.
- ככל שהרשעתו של המערער נותרת בעינה, הרי שאין מקום להתערבות בגזר הדין. הענישה אשר הוטלה על המערער אינה מחמירה, ויש בה אף מידה מסויימת של הקלה עימו, כאשר מדובר בעבירות האמורות.
- סוף דבר
20. מכל האמור, לו תישמע דעתי, יש לזכות את המערער מהעבירות של קשירת קשר לפשע וגניבת רכב. ביחס לעבירות הנהיגה בזמן פסילה ונהיגה ללא פוליסת ביטוח, הרי שבעובדות המקימות עבירות אלו, הודה המערער, לא היה עליהן כמו גם על ההרשעה בעבירות הללו מחלוקת, וההרשעה בעבירות אלו תישאר בתוקף.
- יואל עדן, שופט, סגן הנשיא
השופט יובל ליבדרו
1. קראתי בעיון את חוות דעתו של חברי סגן הנשיא השופט י' עדן אך לצערי לא אוכל להצטרף לעמדתו. כפי שפירט חברי, ליבת המחלוקת בתיק זה קשורה ביסוד הנפשי שהתקיים אצל המערער, וביתר פירוט בשאלת הוכחת היסוד ההכרתי, היינו האם המערער היה מודע לכך שהוא למעשה משתף פעולה עם עבד בגניבתו של הרכב. בית משפט קמא קבע שמודעות שכזו הוכחה בעניינו של המערער, ולו בהתבסס על חזקת "עצימת העיניים" המנויה בסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין.
- קביעה זו של בית משפט, בדבר כך שמערער חשד (ולא בירר) אף שהתבססה על ראיות נסיבתיות שבעניין בחינתן ישנה נכונות גדולה יותר לביקורת ערעורית, היא בסופו של יום בגדר ממצא עובדתי, שככלל ערכאת הערעור לא מוצאת להתערב בה. בעניין זה ראו ע"פ 8325/05 בלס ואח' נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.1.2007), פסקה 8:
- "כפי שהוזכר לעיל, הסנגורים חולקים על קביעותיו של בית המשפט באשר לקיומו של הרכיב הנפשי. בגדר מושכלת יסוד, וכדי להסיר נושא זה מעל הפרק - גם קביעות אלה הן קביעות עובדה שבהן, כידוע, בית המשפט שלערעור ימעט להתערב. ככלל, מדובר בטריטוריה שבה העדיפות היא לערכאה הדיונית, אשר שומעת את העדים ומתרשמת ישירות מדבריהם ומהתנהגותם. התערבות בממצאי עובדה שמורה לאותם מקרים בהם הקביעות העובדתיות של הערכאה הדיונית אינן סבירות, מקרים בהם הערכאה הדיונית טענה טעות מובהקת, או שלא נשקלו שיקולים שמקום היה לשקלם (ע"פ 10031/05 מג'דלאני ג'וזף נ' מדינת ישראל (טרם פורסם); ע"פ 11791/04 משה אפלבוים נ' מדינת ישראל (טרם פורסם); ע"פ 9216/03 אלבו נ' מדינת ישראל (טרם פורסם))."
- אחר ששבתי ובחנתי את קביעת בית משפט קמא לפיה המערער היה מודע לכך שהוא נוטל חלק בגניבת רכב, ולמצער חשד בכך ולא בירר חשד זה, לא מצאתי כי קביעה זו אינה סבירה או שמקורה בטעות מובהקת או שלא נשקלו שיקולים שהיה מקום לשקלם בעניינה.
- כשלעצמי, לא השתכנעתי שנכון יהיה במקרה זה לסתור את המסקנה שהוסקה מהעובדות שקבע בית המשפט קמא, משלא מצאתי שהסקת המסקנה בדבר מודעות המערער לכך שהוא השתתף בגניבה של הרכב, הייתה שגויה. ובמה דברים אמורים?
2. בהכרעת הדין פירט בית המשפט את העובדות שעמדו בבסיס הכרעתו בדבר קיומה של מודעות (למצער עצימת עיניים) אצל המערער. מהכרעת דין זו, ומחומר החקירה שבא בפני בית המשפט עולה ש:
- בעל הרכב העיד על אודות כך שרכבו נגנב;
 - המערער הודה שהוא ועבד הובילו את הרכב הגנוב מהחניון אל מחוץ לחניון באישון ליל;
 - יוער, כי לא ברור מדוע בעל הרכב שרוצה למסור את רכבו לתיקון לא ירד לחניון הבניין שבו הוא נמצא וימסור לאדם שאתו תיאם העברת הרכב לתיקון, ואשר ממילא מגיע אל אותו חניון, את מפתח הרכב באותו מקום. תחת אפשרות פשוטה זו, נטען שעבד היה צריך לתאם מפגש עם בעל הרכב במקום אחר ולהמתין לו שעות כדי לבצע העברת המפתח ובהמשך להגיע אל החניון כדי לקחת הרכב.
- כן תמוהה העובדה שדווקא באישון ליל ולא בשעה סבירה ומקובלת מצא עבד להעביר לתיקון את הרכב שכזכור חנה בחניון מסודר ולא עמד "תקוע" באמצע הדרך;

- במהלך שהותו בחניוןעבד היה גם עם קפוצ'ון על הראש וגם עם כיסוי פנים שכיסה מחצית מפניו;
- במהלך שהותו בחניוןהמערער עטה כפפות;
- עבד הוא זה שפתח את הרכב, נכנס אל הרכב, התניע את הרכב, יצא מהרכב וביקש מהמערער להמשיך לנהוג ברכב(עמ' 75 ש'31-26, עמ' 76 ש'12-7, עמ' 79 ש'21 לפרוט' מיום 18.5.2022, עדות המערער).
- לא קיים הסבר סביר לתמיהה מדוע עבד היה צריך להתניע את הרכב ולבקש מהמערער לנהוג ברכב;
- המערער נהג ברכב והוציא אותו אל מחוץ לחניון עד סמוך למקום חניית רכבו של עבד.
- בעדותו לא נתן המערער הסבר סביר לתמיהה מדוע עבד לא הצטרף אליו לרכב כבר בחניון עד להגעה לרכבו שחנה מחוץ לחניון (עמ' 90 ש'33-8);
- במהלך אמרתו הראשונה במשטרה (ת/1) מסר המערער שיש לו חובות כספיים לאנשים ולמדינה בהיקף של 80,000-100,000 ₪ (עמ' 2, ש'6);
- במהלך אמרתו הראשונה במשטרה (ת/1), כשנשאל המערער למה הוא עצור על גניבת רכב, השיב: "כן. אמרתי לך אני מצטער. עשיתי טעות. אני צריך לכסף ויש לי חובות והמשפחה שלי לא עוזרת לי...אם אני מרוויח 5 כל חודש הכול הולך לעיקול. לא נשאר לי כלום. אני צריך עוד כסף" (עמ' 3, ש'34 - 36).
- ישאל השואל על מה יש למערער להצטער? ואיזו טעות עשה? ומדוע מצא לקשור תשובתו שהוא צריך עוד כסף לשאלה למה הוא עצור על גניבת רכב?;
- במהלך אמרתו הראשונה במשטרה (ת/1) מסר המערער כי כשביקש ממנו עבד לסייע לו לקחת את הרכב לצורך תיקונו, הוא אמר לו: "לא רוצה לקחת אותו. אמר לי לא אני אתן לך כסף. אמרתי לו כבר לא רוצה. אני יוצא מהאזור הזה תעזוב אותי משטויות. הוא לחץ עלי והוא שם את המפתחות בדלת של הרכב ושם את הקוד של הרכב ונסענו" (עמ' 3, ש'45 - 48);
- לטעמי די באמירה זו של המערער לעבד שיעזוב אותו מ"שטויות" כדי ללמד על כך שזה חשד שמדובר בהתנהלות לא חוקית ולכן, לטענתו, מצא לסרב תחילה לבקשת עבד.

ודוק, אף ב"כ המערער הסכים שאצל המערער עלה חשד בשלב זה בחניון, אלא שלטענתו החשד הוסר כשעבד שם את מפתחות הרכב והקוד של הרכב (עמ' 8 ש' 24-22 לפרוט' הדיון בערעור, מיום 13.3.2024). בהמשך הדיון ב"כ המערער לא הביע עמדה ברורה האם החשד לא היה קיים גם בשלב מאוחר להצגת המפתח והקוד, משראה המערער שעבד לא עולה איתו לרכב, לנוכח גרסת המערער בחקירה לפיה שאל את עבד "למה אתה לא עולה? והוא לא דיבר איתי. לא החזיר לי תשובה" (ת/1 ש' 110-109) (עמ' 8 ש' 28-עמ' 9 ש' 28), אך בהקשר לכך טען שעקרונ המזיגה (הסימולטניות בין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי) לא חל;

- גרסתו של המערער לפיה עבד הבטיח לו תשלום על הסיוע בהעברת הרכב; יצוין, כי גם בהקשר התשלום גרסתו של המערער העלתה תמיהות משום שהמערער מסר שעבד הבטיח לו תשלום עבור כך שהוא יסיע את הרכב עד לביתו (של עבד), ואולם בפועל, המערער נהג ברכב בעצמו מטרים ספורים בלבד, עד שעבד החליף אותו על כסא הנהג. אם אכן ביקש עבד מהמערער להסיע את הרכב עד לביתו, מדוע מצא להחליף את המערער בנהיגת הרכב בחלוף מטרים בודדים של נסיעה? בנוסף, המערער לא ידע לומר כמה כסף הוא היה אמור להרוויח מהסיוע שכן לטענתו עבד לא אמר לו (מלכתחילה) מה יהיה גובה התשלום (ת/1, עמ' 5 ש' 121-113), מה שתמוה כשלעצמו;

- גרסתו התמוהה של המערער בחקירתו הראשונה לפיה עבד הוריד אותו מהרכב ב-00:00 בלילה באמצע הדרך עד שהוא נאלץ לתפוס טרמפ לביתו עם אדם שהוא לא מכיר וברכב שהוא לא זוכר על אודותיו מאומה (ת/1, עמ' 3 ש' 50—עמ' 4 ש' 65).

בעניין זה יצוין, כי אם על-פי טענת המערער בחקירה הראשונה כבר לאחר מספר מטרים של נסיעה הוא רב עם עבד על הכסף, ובשל כך עבד הוריד אותו מהרכב (ת/1 עמ' 5 ש' 121-120), מדוע זה מצא להוריד את המערער בסופר משאדאוי שנמצא במקום אחר בכלל? וכיצד גרסה זו מתיישבת עם גרסתו באותה חקירה לפיה הוא זה שביקש מעבד לרדת מהרכב ליד הסופר? (ת/1 עמ' 3 ש' 51-50).

לא זו אף זו, כשעומת המערער בחקירתו השנייה (ת/2) עם כך שהטלפון שלו מאוכן בשעה 00:47 במרכז המסחרי בערד, לא רחוק מהמקום שהרכב הגנוב אוכן בו באותה שעה לערך, ומבקשים ממנו את תגובתו, זה השיב: "לא יודע" (עמ' 2 ש' 18-12).

- העובדה שהמערער ברח מהשוטרים שהגיעו אל ביתו כדי לעכב אותו (ראו למשל ת/5, ת/6). קשה להלום האפשרות שהמערער ברח משוטרים משום שהוא נהג מספר מטרים ברכב ללא רישיון.

כזכור, המערער איננו בגדר נער צעיר שזהו לו המפגש הראשון עם רשויות האכיפה, כך שיחשוש לספר על עניין "פעוט" שכזה, מה עוד שבפועל, מיוזמתו, סיפר על כך כבר בתחילת חקירתו הראשונה, לאחר שסיפר שלא הוציא רישיון נהיגה מעולם (ת/1, עמ' 3 ש' 50-30), ללמדך שהוא כלל לא חשש מעניין זה של נהיגה ללא רישיון.

לעומת זאת, כעולה מגרסת המערער בחקירתו הוא השתחרר ממאסר זמן קצר קודם לאירוע מושא תיק זה. בנוסף, כנגד הנאשם היו שני מאסרים מותנים בני הפעלה שלא לעבור עבירות רכוש, לאחר שהורשע בשני תיקים קודמים בעבירות הקשורות בגניבת כלי רכב. לא פלא אפוא שהמערער חשש להיתפס פעם נוספת בהקשר של ביצוע עבירות רכוש משום שידע שהוא צפוי לחזור למאסר זמן קצר לאחר שחרורו בשל אותם מאסרים המותנים.

בעניין זה של בריחת המערער מהשוטרים יש לתת את הדעת גם לקביעת בית המשפט על אודות כך שהוא דחה בחוסר אמון את גרסת המערער שטען שהוא ישן ולא ברח מהשוטרים עת אלה הגיעו אל ביתו כדי לעכבו לחקירה (עמ' 112 לפרוט' הכרעת הדין). כן יש לציין את גרסתו הכבושה של המערער לעניין אלימות שנקטו כלפיו השוטרים בעת שעיכבו אותו בביתו (עמ' 113 לפרוט' הכרעת הדין), ואת העובדה שלא מצא להביא לעדות את בן דודו שיכול היה לתמוך, על-פי טענתו, בגרסתו לפיה הוא ישן עת הגיעו השוטרים (עמ' 114 לפרוט' הכרעת הדין). בנוסף, ראו גרסתו התמוהה של המערער בעדותו לפיה השוטרים איימו עליו שלא יעיד על האלימות שהם נקטו כלפיו, והקושי שלו להשיב עניינית לכך שבא-כוחו כלל לא ביקש לחקור אותם על אודות כך, כשלמעשה הדו"חות שהם כתבו הוגשו בהסכמה (עמ' 63 ש' 28-עמ' 65 ש' 9 לפרוט' מיום 18.5.2022).

עוד יש לתת את הדעת להימנעות המערער מלהגיע לתחנת המשטרה למרות שידע שהמשטרה מחפשת אותו (עמ' 67 ש' 26-30). על התנהלות שכזו כראייה נסיבתית מפלילה ראו למשל ע"פ 7049/20 אלטורה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.6.2022) פסקה 31 וההפניה שם.

3. מעבר לכל האמור, הראייה המרכזית בתיק היא הסרטון שמתעד את הגעת המערער ועבד אל הרכב בתוך החניון - ת/4. בית המשפט ציין כי גרסת המתלונן (על גניבת רכבו, י' ל') מקבלת חיזוק בסרטון (עמ' 113 להכרעת הדין). סבורני שגם בקביעה זו אין מקום להתערב.

צפיתי שוב ושוב בסרטון, ולא מצאתי דופי במסקנת בית המשפט לפיה הסרטון מחזק את גרסת המתלונן. בסרטון נראה עבד כשהוא עם קפוצ'ון על הראש, וכיסוי פנים שמכסה מחצית מפניו. גם המערער עם קפוצון וצעיף, אך אלה לא מכסים פניו וראשו. לעומת זאת הוא עוטה לידיו כפפות. השניים נראים בתוך החניון הולכים לעבר הרכב. נעצרים לפתע. משוחחים. עבד מסתכל לאחור ומסמן משהו עם היד. בהמשך שניהם הולכים לכוון דלת תא הנהג ושם יש השתהות מסוימת, ומעין תנועה של השתופפות (השניים נמצאים בצד הרכב המרוחק מהמצלמה ולכן אינם נראים היטב). בהמשך נראה עבד עוזב המקום והמערער יוצא עם הרכב מהחניון. הרושם הכללי שנוצר הוא שלא מדובר בהתנהלות טבעית ורגילה של שני אנשים הניגשים לרכב ונכנסים אליו על-פי היתר.

4. כאמור לעיל, וכפי שיפורט עוד להלן, גרסתו של המערער לא הייתה אחידה, כבושה בחלקה ורצופת תמיהות. זאת, אף שמקובל עלי שלא ניתן לומר בפה מלא שגרסתו לעניין המפגש של עבד עם בעל הרכב "היהודי" היא גרסה כבושה, משום שבחקירתו הראשונה ניתן למצוא לה תימוכין, אף אם אין חפיפה מלאה בין גרסתו בחקירה הראשונה לגרסתו בעדות בעניין זה.

מכל מקום, לא פלא שבית המשפט מצא לקבוע בהכרעת הדין כי "גרסת הנאשם רצופה סתירות, אי דיוקים והעדר התאמות לחקירותיו במשטרה... הנאשם התחמק בחקירתו הנגדית מגרסתו במשטרה, טוען לאלימות שוטרים כלפיו כאשר לא עלתה כל טענה שכזו עובר לחקירתו... כאשר הנאשם הסתבך בתשובותיו, מוסר לפתע כי אינו זוכר, כי עבר תאונה, ותשובותיו מגמתיות וחלקיות. לא מצאתי כי ניתן לתת אמון כלשהו בגרסתו המתפתחת ורצופה סתירות ואי דיוקים" (עמ' 112, ש' 32 - עמ' 113, ש' 7 לפרוטוקול הכרעת הדין).

כידוע, אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב לא רק בממצאי עובדה של הערכאה הדיונית, כי אם גם בממצאי מהימנות.

מעבר לנדרש ולמפורט בהכרעת הדין, אפנה עתה למספר נקודות נוספות שמחלישות עוד יותר את גרסת המערער ומהימנותו.

כך, בעדותו נשאל המערער האם הוא שוחח לאחר מעצרו עם עבד על אודות הכסף שזה חייב לו בתמורה לסיוע שהעניק לו, והמערער אמר שלעבד לא היה טלפון (עמ' 82 ש' 20-22), ואולם כשמוטח בפניו שקיימות ראיות המלמדות על תקשורת ביניהם, זה כבר שינה תשובתו ומסר שהוא התקשר מספר פעמים לעבד בעניין החוב (עמ' 83 ש' 20-27, עמ' 84 ש' 32). לא למותר להזכיר כי בחקירה ציין המערער שלעבד אין טלפון (ת/1 עמ' ש' 66-67); כך, בעדותו נשאל המערער האם עבד אמר לו באיזשהו שלב מהו סוג הרכב שהם צריכים להעביר וזה השיב שלא, ושהוא לא ידע מה הרכב. ואולם, כשהוטח בפניו שבסרטון רואים אותו הולך לכוון הרכב עוד לפני עבד, נזכר הוא לפתע לציין כי לפני שהם נכנסו לחניון, ליד השער, עבד אמר לו שזה "לנדקרזר" (עמ' 85 ש' 10 - עמ' 87 ש' 13). כך, בתשובתו לכתב האישום (פרוט' מיום 8.9.2020, עמ' 7 ש' 11) מסר המערער (באמצעות בא-כוחו דאז) כי עבד לא אמר לו לאן יש לקחת את הרכב. זאת, בניגוד לגרסתו בחקירתו לפיה עבד אמר לו שהוא רוצה לקחת את הרכב לביתו כדי לתקן אותו שם (ת/1 עמ' 3 ש' 45-46);

וכך, בתשובתו לכתב האישום מסר המערער כי "המפתחות נמסרו לידי הנאשם. לפי זכרון הנאשם, מסר (עבד, י' ל') לו גם את הקוד של הרכב. הנאשם הניע את הרכב ויצא עמו" (עמ' 7 ש' 12-13), בעוד שבעדותו, כמפורט לעיל, הבהיר כי עבד הוא זה שפתח את הרכב, נכנס אל הרכב, התניע את הרכב, יצא מהרכב וביקש ממנו להמשיך לנהוג ברכב (עמ' 75 ש' 26-31, עמ' 76 ש' 7-12, עמ' 79 ש' 21).

לסיכום, מסקנת בית משפט קמא לפיה הוכחה מודעותו של המערער לכך שהוא משתף פעולה בגניבה של הרכב, ולו בהתבסס על חשד לא מבורר, לא רק שהיא לא מצדיקה התערבות כי אם היא אך מתבקשת בנסיבות העניין. 5. כאן המקום להסיר מן השולחן את הטענה שהועלתה במסגרת הערעור לפיה בעל הרכב שיתף פעולה עם עבד ולמעשה לא מדובר בגניבה של רכב כי אם במהלך מתואם עם בעל הרכב. גם בעניין זה קבע בית המשפט כממצא עובדתי שהרכב נגנב, ואף זאת, בין היתר, משיקולי מהימנות שנתן בית המשפט לבעל הרכב - המתלונן אשר גרסתו נתמכה לטעמו בסרטון שתיעד את הוצאת הרכב מהחניון. אף בקביעות אלה של בית המשפט אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב.

6. הצדדים התייחסו במהלך המשפט והערעור לכך שעבד לא העיד במשפטו של המערער. סבורני כי בנסיבותיו של תיק זה החלטת בית המשפט שלא ליתן משקל ראייתי לחובת המערער או לזכותו, מעצם כך שלא המשיבה ולא המערער בחרו להעיד את עבד, היא החלטה אפשרית ומתקבלת על הדעת.

אכן, הנטל להוכיח את האשמה מוטל תמיד על המאשימה, ואולם כידוע, המאשימה לא מחויבת תמיד להביא את הראיה הטובה ביותר והיא יכולה להוכיח את אשמת הנאשם גם בראיות אחרות. בענייננו אכן היה מצופה שהמאשימה תביא לעדות את עבד שהשתתף עם המערער בגניבת הרכב, ואולם לנוכח גרסתו של עבד במשטרה הוא לא צורף מלכתחילה לרשימת עדי התביעה באשר זה לא יכול היה לסייע למאשימה בהוכחת האשמה של המערער.

אכן, בשלב מסוים עבד הודה בגניבת הרכב במהלך משפטו, והמאשימה ביקשה לצרפו לרשימת עדי התביעה, אך מששקלה העניין מחדש, החליטה שהיא לא מוצאת לנכון להביאו לעדות. ציפיה להבאת עבד לעדות קיימת גם בעניינו של המערער אשר יכול היה, באמצעות עבד, להוכיח את טענת ההגנה שלו ולפיה הוא רק סייע לעבד להביא הרכב לתיקון. למותר לציין כי ההלכה הפסוקה לעניין מתן משקל לחובת בעל דין שלא מביא עד שמצופה ממנו להביא במהלך משפט חלה גם בעניינם של נאשמים.

לפיכך, מצאתי שהחלטת בית המשפט שלא לזקוף לחובת מי מהצדדים לעניין זה היא כאמור החלטה אפשרית ומתקבלת על הדעת בנסיבות העניין.

7. ב"כ המערער טען כי עבירה של קשירת קשר לביצוע פשע לא יכולה לדור בכפיפה אחת עם חשד לקשירת הקשר, להבדיל ממודעות לה. בבחינה ראשונה טענה זו נראית מעניינת ובעלת משקל, ואולם לאחר בחינה מעמיקה של הטענה הגעתי למסקנה לפיה אין מניעה עקרונית לכך. בהתאם לסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין חשד בדבר אפשרות קיום הנסיבות (או בדבר טיב ההתנהגות) כמוהו כמודעות לכך אם החושד נמנע מלברר החשד. הוזה אומר, החשד הבלתי מבורר הוא שווה ערך למודעות. אם ניקח לדוגמה מקרה שבו ראובן חושד שחברו יעקב מתכנן איתו לבצע עבירה, למשל מתכנן איתו להונות חברת ביטוח באמצעות מילוי טפסים עם פרטים שהוא חושד שהם כוזבים וראובן לא מברר עם חברו האם הם מתכננים משהו לא חוקי וכיוצ"ב, אזי שהחשד הבלתי מבורר הופך למודעות של ראובן לכך שהוא קושר קשר עם חברו להונות את חברת הביטוח. בהתאמה, החשד של המערער לכך שהוא ועבד קושרים קשר לגניבת רכב מבלי שהמערער בירר כיאות חשד זה, יוצר חזקה משפטית שהמערער היה מודע לכך שהוא חלק מקשירת הקשר לביצוע פשע זה. חזקה זו מעוגנת בסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, חזקה שאותה לא הפריך המערער, לא ביחס לעבירת קשירת הקשר ואף לא ביחס לעבירת גניבת הרכב.

8. בשים לב לכלל האמור, לא הגעתי למסקנה שזהו המקרה להתערב בהכרעת הדין של בית המשפט, ומכאן שיש להותיר את הרשעת המערער בעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע וגניבת רכב. משהודה המערער שנהג ברכב הגנוב מבלי שהוציא בעבר רישיון נהיגה, יש להותיר על כנה גם את ההרשעה בעבירה זו.

9. ערעור המערער התייחס גם לגזר הדין, ובמסגרת זו נטענו בין היתר טענות הקשורות ביישום עיקרון אחדות הענישה ובאי מתן משקל הולם לנסיבותיו האישיות של הנאשם ולחלוף הזמן. סבורני כי באופן כללי בית המשפט נתן מענה הולם גם לטיעונים אלו כאשר ביחס לעיקרון אחדות הענישה הבהיר כי לא רק שעבד הוא צעיר מהמערער, והוא נעדר עבר פלילי להבדיל מהמערער שלו עבר פלילי מכביד ורלוונטי ושני מאסרים מותנים שהיו תלויים ועומדים כנגדו, כי אם גם עבד הודה במיוחס לו בעוד שהמערער לא לקח אחריות על מעשיו.

בשים לב לאמור, צדק בית המשפט משמצא להטיל על המערער עונש חמור מזה אשר הוטל על עבד. זאת, גם משנתתי דעתי לכך שעבד הורשע על בסיס מודעות ממש, ואילו מודעותו של המערער נלמדת מתוך הקונסטרוקציה של "עצימת עיניים".

אציין, כי התלבטתי אם יש מקום להקל קמעה בעונשו של המערער בשל החלטת המאשימה להאשימו גם בעבירה של קשירת הקשר לביצוע פשע וגם בעבירה מושא הקשר, וזאת בניגוד לסעיף 91 להנחיית פרקליט המדינה 3.1 "הכנה וניסוח כתב אישום" הקובע שככלל אין מקום לעשות כן, וכאשר המאשימה לא הצביעה על טעם שהצדיק יציאה מן הכלל.

עם זאת, הואיל וממילא העונש שהוטל על המערער הוא קל למדי, והואיל וממילא בית המשפט מצא לחפוף את עונשי המאסר המותנה עם עונש המאסר שהטיל עליו בתיק זה באופן משמעותי ומטעם לא מבורר (בשים לב לעברו הפלילי המכביד בעבירות דומות ובשים לב לכך שהוא לא לקח אחריות על מעשיו), לא מצאתי בסופו של יום שיהיה זה נכון להקל בעונשו של המערער עוד יותר.

10. לאור כל האמור, לו תישמע דעתי נדחה את ערעור המערער הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין. יובל ליבדרו, שופט

השופט עמית כהן:

לאחר שעיינתי בחוות הדעת של חבריי, אני מצטרף לחוות הדעת של חברי השופט יובל ליבדרו לענין דחיית הערעור על הכרעת הדין.

לענין הערעור על גזר הדין, אני מצטרף לעמדתם של שני חבריי כי דין הערעור על גזר הדין להידחות. עמית כהן, שופט

אשר על כן, הוחלט, בדעת רוב, כאמור בחוות דעתו של השופט יובל ליבדרו, לדחות את הערעור על הכרעת הדין, ועל דעת כל חבריי ההרכב, לדחות את הערעור על גזר הדין.

ניתן היום, כ"ח אייר תשפ"ד, 05 יוני 2024, במעמד הצדדים.

יובל ליבדרו, שופט
עמית כהן, שופט
יובל ליבדרו, שופט