

## ע"פ 55956/04/19 - מדינת ישראל נגד מוסטפא אבו אלהיג'א,

בית המשפט המחוזי בחיפה

18 יולי 2019

ע"פ 55956-04-19 מדינת ישראל נ' אבו אלהיג'א

לפני הרכב כבוד השופטים:

רון שפירא, נשיא [אב"ד]

בטינה טאובר

עדי חן-ברק

המערערת

מדינת ישראל

נגד

המשיב

מוסטפא אבו אלהיג'א,

הודעת ערעור מיום 29.4.19 על הכרעת דין של בית משפט השלום בחיפה (כב' השופט ז. פלאח), מיום 17.3.19, בת"פ 1116-04-17

### פסק דין

#### השופט רון שפירא, נשיא [אב"ד]

בפנינו ערעור המאשימה על הכרעת הדין של בית המשפט השלום בחיפה (כב' השופט זאיד פאלח במסגרת ת"פ 1116-04-17), אשר ניתנה ביום 17/3/19, במסגרתה זיכה בית המשפט קמא את המשיב מחמת הספק מעבירות שיוחסו לו בכתב האישום: עבירות בנשק - עבירה לפי סעיף 144(א) רישא וסיפא לחוק העונשין התשל"ז-1977 (ריבוי עבירות).

#### העובדות כפי שהוצגו בכתב האישום:

בחודש ינואר או פברואר 2017 עבד אל רחמן אבו אלהיג'א (להלן: "עבד"), חברו של המשיב, הגיע לבית המשיב (בו התגורר המשיב לבדו), כשהוא נושא עמו תיק ובתוכו תת מקלע מסוג עוזי, וכן תחמושת. בהיותו בבית, ובנוכחות המשיב, עטה עבד כפפות על ידיו, הוציא את הנשק מהתיק והחל לשחק בו. במהלך המשחק בנשק, נורו שתי יריות או יותר, וזמן קצר לאחר מכן החזיר עבד את הנשק לתוך התיק ויצא מהבית כשהוא לוקח עמו את התיק ובו הנשק והתחמושת.

במועד מאוחר יותר, בסמוך לחודש פברואר 2017, הגיע עבד שוב לבית המשיב, כשהוא נושא ומוביל עמו תיק ובתוכו הנשק, וכן 3 מחסניות ריקות ו- 240 כדורים. עבד הסתיר בביתו של המשיב את התיק ובו הנשק והתחמושת, בידיעת המשיב, אשר החזיק עמו בצוותא את הנשק והתחמושת, החל מאותו מועד.

בחיפוש שערכה המשטרה בבית המשיב ביום 10.3.17, נמצא התיק ובתוכו הנשק והתחמושת, בחדרו של המשיב.

יצוין כי בתשובתו לכתב האישום הכחיש המשיב כי ידע על המצאות הנשק והתחמושת בביתו והכחיש כי נתן הסכמתו לכך.

### **הכרעת הדין של בימ"ש קמא:**

בית משפט קמא קיבל את גרסת המשיב וקבע כי המשיב לא ידע שעבד הסתיר בביתו של המשיב את הנשק, ולכל היותר חשב המשיב כי עבד הסתיר בביתו סמים. נקבע כי לא היה מידע מוקדם אודות הימצאות הנשק בבית המשיב. צוין בהכרעת הדין כי ייתכנו מקרים בהם אדם מודיע על הימצאות נשק אצל אחר גם כאשר האחר אינו מודע להימצאותו של הנשק אצלו.

נקבע כי בתקופה לפני תפיסת הנשק בביתו של המשיב, דלת ביתו הייתה לא תקינה כך שניתן היה להיכנס לביתו של המשיב ללא מפתח של דלת הכניסה, גם כאשר המשיב לא היה בבית, אולם המשיב לא ידע על כך. נקבע כי גורם אחר הניח את הנשק בביתו של המשיב, תוך שהוא נכנס לביתו של המשיב ללא ידיעתו וללא הסכמתו.

בית משפט קמא קבע כי לא הוכח שעבד הוא הגורם שהסתיר את הנשק בביתו של המשיב. כן נקבע כי המשיב עשה רושם אמין על בית המשפט. עדותו הייתה עקבית ורציפה ודבריו השתלבו עם עדי ההגנה. בית המשפט נתן אמון בעדות המשיב על אף הסתירות בגרסאותיו במסגרת החקירות. נקבע כי אי גילוי כל הפרטים כבר בחקירתו הראשונה של המשיב, אלא הזכרתם בהדרגה מחקירה לחקירה, הינה טבעית בנסיבות ואינה פוגעת במהימנותו של המשיב.

כן קבע בימ"ש קמא כי העימות בין המשיב לעבד מחזק את מהימנותו של המשיב, או לכל הפחות אינו פוגע בה. נקבע כי שני הצדדים היו אמורים לזמן את עבד למתן עדות. מאחר שעבד לא זומן לעדות ע"י איש מהצדדים הרי שלא ניתן לזקוף זאת לזכותו או לחובתו של אחד מהצדדים ואין באי זימונו של עבד לחזק או להחליש את הראיות כנגד המשיב.

לאור הקביעה כי דלת ביתו של המשיב לא הייתה תקינה וניתן היה להיכנס לביתו גם ללא מפתח, נקבע כי יכולת השליטה על הנשק שהוחבא בביתו לא הייתה בלעדית של המשיב. לפיכך נקבע כי כל אחד מחברי המשיב, שנהגו לשהות בבית המשיב, יכול היה להסתיר את הנשק בביתו של המשיב.

בית משפט קמא נתן אמון בגרסת המשיב לפיה קיבל שיחת טלפון מעבד, בה הודיע לו עבד שהסתיר דבר מה בביתו של המשיב, וכי המשיב חיפש את שהוסתר בביתו אך לא מצא. המשיב סבר כי מה שהוסתר הוא לכל היותר "בוף" של סם מסוג חשיש, והוא היה מוכן "לקחת" את התיק על עצמו באם אכן יימצא סם בביתו. נקבע כי המשיב הפריך את החזקה בדבר ידיעתו והסכמתו להחזקת הנשק בביתו שכן בית המשפט קמא שוכנע כי המשיב עשה מאמצים כדי לברר מה הדבר שהוסתר בביתו וכי לא העלה בדעתו כי עבד הסתיר בביתו נשק.

בימ"ש קמא קבע כי המשיב סיפק הסבר לאפשרות הכנסת הנשק לביתו על ידי עבד או אחרים שכן ביתו של המשיב ניתן לכניסה, גם ללא מפתח וללא רשותו, בשל תקלה בדלת, ועניין זה נמצא אמין על ידי בימ"ש קמא, לאחר ששמע את המשיב, את אביו שהעיד בפרשת התביעה וכן את מתקין הדלתות שהעיד מטעם ההגנה. נקבע כי המשיב קיבל שיחת טלפון מעבד בנוגע להסתרת דבר מה בביתו וגם עניין זה נמצא אמין. נקבע כי אמנם לא הוכח שעבד הוא זה שהסתיר את הנשק בבית המשיב, אך הוכח שנשק הוסתר שם, ושכל אחד מחברי המשיב, שנהגו להגיע לביתו, או כל אדם אחר שידע שניתן להיכנס לבית המשיב גם ללא מפתח וללא רשותו, יכול היה להסתיר את הנשק במקום בו הוא נמצא. במצב דברים זה, נקבע כי עלה בידי המשיב ליתן הסבר להימצאות הנשק בביתו, על כן, לא ניתן לומר שהנשק היה בשליטתו הפיסית של הנאשם, הגם שהוא נמצא בחדרו ובביתו. נקבע כי המשיב עמד ברמת ההוכחה הנדרשת להפרכת החזקה בדבר ידיעתו והסכמתו להחזקת הנשק בביתו.

בית המשפט קמא דחה טענת המערערת לפיה מתקיים סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין (לפיו רואים אדם שחשד בטיב התנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם אם נמנע מלבררם), שכן לא הוכח שהנשק הוסתר על ידי עבד ולא אחרים; לא הוכח שגם אם עבד הוא זה שהסתיר את הנשק בבית המשיב, הרי שעשה זאת בסמוך לשיחת הטלפון שלו למשיב ולא בשלב מוקדם או מאוחר יותר; גם אם עבד הביא בעבר נשק לבית המשיב ופלט שם כדור, וגם אם המשיב ידע שעבד מתעסק עם נשק, וגם אם עבד התקשר למשיב והודיע לו שהסתיר דבר מה אסור בביתו - עדיין אין בכל אלה להוכיח כנדרש שהנשק הובא לבית המשיב על ידי עבד. נקבע כי גרסת המשיב נמצאה אמינה ובימ"ש קמא קיבל את דבריו שהוא חיפש בביתו אודות אותו דבר אסור שהסתיר עבד. כן נקבע שיתכן שעבד לא הסתיר נשק במועד שיחת הטלפון למשיב וייתכן שאילו תיק הנשק היה מעל לארון חדרו של המשיב בזמן שהוא עשה חיפוש בעקבות שיחת הטלפון של עבד אזי היה מוצא את התיק. נקבע כי לא ניתן לדעת מתי התיק עם הנשק הוסתר בבית המשיב ולא ניתן לדעת מי האדם שהסתירו שם. נקבע שלא ניתן לומר שהמשיב עצם את עיניו בדבר אפשרות הסתרת הנשק על ידי עבד בביתו ולא עשה דבר בעניין זה. כן נקבע כי לא נמצאה כל ראיה שתקשר בין המשיב לנשק, כגון טביעות אצבע, עדות של אדם כלשהו, וגם החוקרים שחקרו את התיק לא צילמו את הארון שעל גבו נמצא הנשק, כך שלא ניתן לדעת אם אדם החי במקום היה אמור לזהות את התיק כשהוא מונח מעל לארון או שהייתה נדרשת עלייה על כיסא והשקעת מאמץ בכדי לראות את התיק.

בימ"ש קמא קבע כי לא ניתן להגיע למסקנה שכאשר המשיב חיפש את הדבר האסור שהסתיר עבד הנשק כבר היה בביתו ולא ניתן להגיע למסקנה בדבר פרק הזמן שעבר מאז שהנשק הונח מעל לארון חדרו של המשיב ועד לתפיסתו על ידי המשטרה ולא ניתן לדעת אם עבד או אחרים הסתירו תחילה את הנשק במקום אחד ולאחר מכן העבירו אותו אל מעל לארון ולא ניתן לדעת אם ומתי נעשה הדבר. נקבע כי לא הוכח שהמשיב חשד שבביתו הוסתר נשק ולא הוכח שהמשיב עצם את עיניו מפני אפשרות קיום נשק בביתו.

בסיכומו של דבר קבע בימ"ש קמא כי לא עלה בידי המאשימה להוכיח כנדרש את המיוחס למשיב בכתב האישום, וזאת בשל הספק העולה מהראיות, ולכן זיכה המשיב מהעבירות שיוחסו לו, וזאת מחמת הספק.

### **טענות המערערת:**

המערערת טוענת כי העובדה שהנשק נתפס בחדרו של המשיב, כאשר המשיב גר לבדו בביתו, מקימה חזקה נגד המשיב

בהתאם לסעיף 144(ד) לחוק. נטען כי בפסיקה נקבע כי על מנת לסתור חזקה זו אין די בהבאת ראיה מצד הנאשם שיש בה כדי להקים ספק סביר בלבד, אלא עליו להוכיח את היפוכה של החזקה ברמה של עמידה במאזן ההסתברויות.

לטענת המערערת, בענייננו, מול העובדה כי הנשק והתחמושת נתפסו בחדרו של המשיב עמדה בעיקר גרסתו של המשיב שהכחיש את ידיעתו והסכמתו להחזקת הנשק, שכן לא הובאו עדי הגנה מטעמו או ראיות אחרות להוכיח כי הוא לא החזיק בנשק ובתחמושת, כי לא ידע על הימצאותם בחדרו או כי לא הסכים להימצאותם בחדרו, ואין די בגרסתו של המשיב לפיה לא ידע כי בביתו נמצא נשק כדי לסתור את החזקה האמורה ברמה של עמידה במאזן ההסתברויות הנדרש.

המערערת טוענת כי יש מקום להתערב בהכרעת הדין, על אף שהיא התבססה בעיקרה על ממצאי מהימנות (האמון שבחר בימ"ש קמא ליתן בגרסת המשיב), שכן נטען כי קביעות בית המשפט קמא בנוגע למהימנותו של המשיב אינן מבוססות, אינן מתיישבות עם הסתירות, השקרים וחוסר הסבירות וחוסר ההיגיון שבגרסתו של המשיב, שעל חלקן הצביע בימ"ש קמא בעצמו, ועם סתירות בין גרסת המשיב לגרסאות של עדים אחרים. נטען כי גם קביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא אינן מבוססות, מושתתות על מסקנות שהן אפשריות אך לא הכרחיות, וחלקן מנוגדות לגרסת המשיב עצמו.

לעמדת המערערת, המשיב הפגין חוסר מהימנות בכך ששיקר מתחילת הדרך בחקירותיו במשטרה וניתן לראות במהלך חקירותיו הרבות במשטרה את התפתחות והשתנות גרסאותיו, תוך שהוא מוסיף בכל פעם עוד פיסת מידע בעקבות שאלות החוקרים והטחת הראיות בו. נטען כי הסבריו של המשיב להתנהלותו בחקירות היו שפחד מעבד ומשפחתו ושזו הפעם הראשונה שלו במשטרה אך הסברים אלה אינם משכנעים. נטען כי לא ברור מדוע המשיב שלטענתו הוא חף מפשע לא יספר מיד את האמת על שיחתו עם עבד ועל ניסיונות החיפוש שעשה מיד לאחר מכן. נטען כי התנהלותו של המשיב בחקירותיו מלמדת על חוסר אמינות בסיסית וגם בגרסתו של המשיב התגלו סתירות וחוסר עקביות שיוצרים קושי ממשי לתת אמון בגרסתו. כן נטען כי התנהלותו של המשיב בעימות שנערך בינו לבין עבד, במהלכו לא הטיח בעבד כי עבד החביא את הנשק בביתו של המשיב ללא ידיעתו והסכמתו של המשיב, מטילה ספק בגרסתו של המשיב לפיה לא ידע ולא הסכים להחבאת הנשק בביתו. עוד נטען כי מלבד אמירות כלליות מצד בית המשפט קמא בדבר מתן אמון מצידו בגרסת המשיב, לא ניתן פירוט מהם הגורמים בגינם נתן בית המשפט אמון מלא בגרסתו של המשיב.

המערערת טוענת כי טעה בית המשפט קמא כשקבע כי דלת ביתו של המשיב לא הייתה תקינה במועד הרלוונטי להחזקת הנשק בביתו של המשיב, וכי כל אדם היה יכול להיכנס לביתו של המשיב ולהחביא את הנשק, שכן נטען כי לא הובאה ראיה חד משמעית על כך שהדלת לא הייתה תקינה במועד הרלוונטי. נטען כי גם בעדות המשיב לעניין זה היו סתירות כאשר מצד אחד טען שלא נעל את הדלת כי לא ראה צורך לנעול אותה והרשה לכל חבריו להיכנס לביתו גם כשהוא לא נמצא ומאידך טען שכן היה נועל את הדלת בלילה כדי שלא ייכנס מישהו או משהו לבית ושלא הייתה סיבה לחבריו להיכנס לבית כשהוא לא נמצא שם, טענה שמשמעותה שכן היה ניתן לנעול את הדלת ולא הייתה תקלה שגרמה לדלת להישאר פתוחה בכל עת. כן נטען כי באחת מחקירותיו במשטרה טען המשיב שעבד נכנס לביתו דרך החלון כי הדלת הייתה נעולה וגם בכך יש כדי להחליש את הטענה שבשל תקלה בבריח הדלת היא הייתה פתוחה לכל דחפין. נטען כי עדותו של המנעולן שהוזמן לתקן את הדלת אינה רלוונטית למועד ביצוע העבירה ובימ"ש קמא קבע בעצמו שמדברי

העד לא ניתן ללמוד אם במועד תפיסת הנשק בבית הדלת הייתה תקינה או לא, אך ציין כי על סמך טענת המשיב כי הדלת הייתה תקולה בסמוך לתפיסת הנשק בביתו ועל סמך דברי העד שהדלת דרשה תיקון בשלב כלשהו ניתן לקבוע שבפרק זמן לא ידוע הדלת לא הייתה תקינה והיה ניתן לפתוח אותה מבחוץ. נטען כי מסקנה זו שמסתמכת על גרסה אחת מבין מספר גרסאות של המשיב בנוגע למצב הדלת, שמסיקה מגרסת המנעולן דברים שלא ניתן להסיק ממנה, ושאינה מתיישבת עם גרסת העד פארס, היא שגויה.

עוד נטען כי טעה בית המשפט הנכבד כשקבע כי אי העדת עבד פועלת לחובת שני הצדדים במידה שווה. נטען כי עבד לא נרשם מלכתחילה כעד תביעה בכתב האישום נגד המשיב משום שלא הייתה שום אמרה שלו בתיק החקירה שהיה בה כדי לסייע להוכחת האישום נגד המשיב, שכן בחקירותיו הכחיש כל קשר לנשק שנתפס או להחבאתו בבית המשיב. אמנם עבד הודה במשפט שנוהל נגדו במסגרת הסדר טיעון בכך שהחביא את הנשק בביתו של המשיב בידיעתו ובהסכמתו, אולם משקל הודייתו של אדם בבית משפט כראיה כנגד אדם אחר היא נמוכה עד אפסית וספק אם עבד ייחס חשיבות בעת הודאתו לשאלת מודעותו והסכמתו של המשיב להחבאת הנשק בביתו. לכן סברה המערערת כי משקל הודייתו של עבד כראייה למודעותו של המשיב הוא נמוך ואין מקום להסתמך על עדות זו כראיה נגד המשיב. נטען כי היה מצופה כי המשיב יביא לעדות את עבד ויטיח כנגדו את טענותיו. נטען כי טענת המשיב לפיה נאמר לו ע"י בני משפחתו של עבד כי עבד יסרב להגיע לעדות הינה טענה בעלמא. לפיכך נטען כי אי העדתו של עבד ע"י המשיב הייתה צריכה להיזקף לחובתו. כן נטען כי אין בסיס לטענת המשיב שהוא היה עמוד התווך במשפטו של עבד העבריין הכבד. נטען כי זו הרשעתו הראשונה של עבד והוא לא עבריין כבד. כן נטען כי עדותו של המשיב במשפטו של עבד הייתה רק אחת הראיות והוא לא היה עמוד התווך.

נטען כי טעה בית המשפט קמא כשקבע כי לא הוכח שעבד הוא זה שהחביא את הנשק בביתו של המשיב ולא הוכח מתי הוסתר הנשק בבית וכשקבע כי ייתכן שהנשק הוחבא בביתו של המשיב על ידי אחרים ובמועד שמאוחר למועד בו חיפש המשיב את הדבר שהוחבא בביתו. נטען כי אין מחלוקת שעבד החביא את הנשק בבית המשיב וכי המשיב עצמו טען בחקירתו כי הוא בטוח שהנשק שייך לעבד. נטען כי כך גם עלה בעדותו בבית המשפט ואף בסיכומי ההגנה לא הייתה מחלוקת על כך. נטען כי המשיב אמר שראה את הנשק הזה ברשותו של עבד ושאת הנשק הזה עבד הראה לו בעת ששיחק בנשק בביתו של המשיב ואף פלט כדורים במהלך המשחק בנשק, כך שלא ייתכן שהוחבא אצלו נשק אחר שאינו קשור לעבד. נטען כי המשיב לא טען שאחרים החביאו את הנשק. כן נטען כי אין כל בסיס ראיתי או הגיוני באפשרות שעבד החביא את הנשק זמן מה לאחר אותה שיחת טלפון בה הודיע למשיב שכבר החביא בביתו משהו. נטען כי העלאת אפשרויות תיאורטיות חסרות בסיס אינה מספיקה לסתור את החזקה העומדת כנגד המשיב. עוד נטען כי טענת המשיב שאין קשר בין שיחת הטלפון לנשק היא טענה חדשה מכיוון שלא הייתה עד היום מחלוקת שעבד הוא זה שהחביא את הנשק בדירה.

המערערת טוענת כי טעה בית המשפט כשדחה את הטענה בדבר עצימת עיניים מצד המשיב כלפי האפשרות שהוחבא בביתו נשק. נטען כי מסקנתו של בימ"ש קמא מבוססת על הנחות שגויות ולמצער בלתי מבוססות על כך שיתכן שלא עבד החביא את הנשק או שעבד החביא את הנשק תחילה במקום אחד ואז העבירו למקום אחר או שעבד החביא את הנשק במועד מאוחר לשיחת הטלפון עם המשיב.

נטען כי יש לקבוע שבחינת הראיות כולן כמכלול מחייבת מסקנה שגרסת המשיב היא בלתי אמינה ושהמשיב לא הפריך את החזקה שעמדה כנגדו לפיה הוא היה מודע והסכים להחזקת הנשק בביתו.

### **טענות המשיב:**

המשיב טוען כי החקירה בפרשה זו סבבה סביב העבריינים העיקריים שביצעו מעשי שוד והחזיקו בכלי נשק (עבד ושותפיו). נטען כי בחקירה שמו של המשיב כלל לא עלה כמי שמעורב. נטען כי בראיות שנאספו סביב הפרשה לא היו קיימות ראיות המצביעות על כך שהמשיב ידע על הימצאות הנשק בביתו. כן נטען כי קיימות סתירות בין העדויות לגבי פתיחת דלת ביתו של המשיב בעת החיפוש - עד אחד אומר שמצא את המפתח על השולחן, השני אומר שהמפתח היה בתוך הדלת בפנים, אך נטען שזו דלת שיש לה שתי כנפיים והנעילה של המנעול בין שתי הכנפיים לא נועלת את הדלת מכיוון שדחיפה של שתי הדלתות פותחת את הדלת, כי הבריח מאחור היה שבור. נטען כי השוטרים לא ניסו לדחוף את הדלת מבחוץ פנימה ולא טרחו לצלם את זה. נטען כי אילו השוטרים היו מצלמים את הכניסה לבית והיכן מצאו את הנשק, באיזה גובה וכדומה, אז היו קיימות ראיות חיוניות, אך מכיוון שזה לא צולם קיימים מחדלים חמורים בחקירה. גם על הצגת ממצאים בנוגע לטביעות אצבע ו-DNA שנלקחו מהנשק ויתרו החוקרים ומדובר במחדל שיכול היה ללמד של מי הנשק ומי נגע בו.

עוד נטען כי כל הפרשה והמעצרים של עבד ושותפיו פורסמו ברשתות החברתיות וכי אם המשיב היה יודע שהנשק אצלו, היה יכול לנצל את הזמן הזה לפני החיפוש כדי להעלים את הנשק או לספר לאבא שלו או להגיד למשפחות העבריינים לקחת את הנשק. נטען כי זה מעיד על כך שהמשיב לא ידע על קיומו של הנשק. נטען כי המשיב סיפר בחקירות כל מה שידע על עבד ועל האירועים הקודמים שאירעו, סיפר כי היחסים ביניהם עלו על שרטון לאחר שהנשק נורה מולו וכמעט הרג אותו. כן נטען כי סיפר בהגינות על הכסף שהשאיר אצלו עבד ועל כך שלפני כמה חודשים עבד התקשר אליו ואמר לו שהוא שם אצלו משהו בבית והמשיב חיפש ולא מצא כלום. נטען כי אף אחד לא יודע אם עבד התכוון לנשק ולא הוכח קשר בין שיחת הטלפון הזו לנשק. הנשק נמצא חודשים לאחר מכן.

נטען כי המשיב הוא בן למשפחה נורמטיבית שעברה טרגדיות חמורות. לכן האבא דאג שבניו לא יסתובבו ברחובות והבית של המשיב הפך למעין מועדון של החברים. אנשים נכנסים ויוצאים. נטען כי גם עדי התביעה העידו על כך. נטען כי אין בגרסה של המשיב שום סתירה שנוגעת לשורשו של עניין.

באשר לשאלה מדוע המשיב לא הזמין את עבד לעדות נטען כי המשיב היה עד תביעה מרכזי נגד עבד ואחרים ולאחר עדותו ועדות אביו הנאשמים שם הודו בהליך. נטען כי הדבר מלמד על המהימנות הגבוהה של המשיב גם בעיני המאשימה וכי לא היו סתירות בעדויותיו. כן נטען כי נטל ההוכחה לעולם רובץ על כתפי התביעה מההתחלה ועד הסוף ביחס לכל רכיב מהרכיבים שמוזכרים בכתב האישום. נטען כי הנטל שהוטל על המשיב הוא נטל נקודתי בהתאם לסעיף 144(ד) לחוק העונשין - ומדובר בנטל נקודתי הסתברותי אזרחי וברגע שהוא עומד בנטל הכל חוזר חזרה למאשימה. נטען כי המאשימה פה דורשת מהמשיב לא רק להוכיח שהוא זכאי אלא להפיל מישוהו אחר ששם את הנשק, אך זה משהו שהוא לא יכול לעשות מכיוון שהוא לא ידע מי שם ומתי שמו את הנשק הזה שם. נטען כי הטלפון מעבד היה הרבה לפני כן והנשק נתפס ימים שלמים אחרי שעבד נעצר. בנוגע לעימות של המשיב עם עבד נטען כי המשיב אמר לעבד בפניו לא רק שמת את הנשק והחבאת נשק אצלי, אתה מכרת אותי ולכן אני מדבר. נטען כי לו היה המשיב יודע שיש

סיכוי שעבד יגיד לו שהוא ידע, לא היה אומר לו את זה בעימות. נטען כי מזה המאשימה מתעלמת וכי המשיב כן הטיח בעבד דברים חמורים בעימות ביניהם. המשיב טוען כי המאשימה זימנה לעדות עד זוטר יותר מעבד שלא ידע כלום על הסתרת הנשק בבית של המשיב. כן נטען כי ב"כ המשיב דיבר עם משפחתו של עבד שהבהירה שהם כועסים מאוד ולא יבואו להעיד. נטען כי המאשימה הייתה יכולה להביא את עבד לעדות ולשאול את עבד בחקירה שאלות על המשיב, אך היא נמנעה מלעשות זאת. נטען כי מדובר בעבריין כבד שלהגנה אין שום מרות עליו, שהמשיב הפליל אותו, ולא ברור מדוע המדינה נמנעה מלזמן אותו או לחקור אותו על העניין הזה.

המשיב טוען כי הכרעת הדין של בימ"ש קמא מושתתת על קביעות לגבי מהימנות עדים שלא ניתן להתערב בהן. נטען כי התמונה הנסיבתית משאירה אותנו בעמימות רק בגלל מחדלי המשטרה ובימ"ש קמא סקר זאת בפסק דינו. נטען כי המדינה התרשלה מלהביא את הראיות. לכן נטען כי לאור כל אלו אין מקום להתערב בהכרעת הדין של בימ"ש קמא.

## **דין והכרעה:**

הלכה היא מקדמת דנא כי ערכאת הערעור אינה בודקת מחדש את צדקתו ו/או את הרשעתו של המערער אלא את כשרותו או פסלותו של פסק הדין בערכאה הדיונית [ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד ו 514, 560 ו-1952]. הבחינה הערעורית מתמקדת בבדיקת קבילות הראיות ומערך ההנמקה מבלי להידרש לניתוח ראייתי באופן בו הוא מתבצע על ידי הערכאה הדיונית. מסורת שיפוטית ארוכת שנים זו מצמצמת את היקף התערבות ערכאת הערעור בהכרעות דין ובגזרי דין, הגם שלא סוגרת באופן מוחלט את הדלת בפני התערבות שכזו. בערעור שבפנינו, לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ועיינתי בפסק דינו של בימ"ש קמא, בתיק בימ"ש קמא, בראיות ובמסמכים שהוגשו, אציע לחברתי להרכב לדחות את הערעור.

כפי שציין בימ"ש קמא, המחלוקת בין הצדדים נסבה בבית משפט קמא סביב שאלת מודעותו של המשיב להסתרת הנשק בביתו, כאשר טענת המערער הייתה כי המשיב ידע והסכים להחבאת הנשק והתחמושת בביתו ואילו טענת ב"כ המשיב הייתה שמרשו לא היה מודע להימצאות הנשק והתחמושת בביתו ולא הסכים להחבאתם. הכרעת הדין של בימ"ש קמא הייתה מפורטת ומנומקת והתייחסה לכל טענות הצדדים. כמו כן, יצוין כי הערעור מופנה ברובו כלפי קביעות עובדתיות וקביעות מהימנות, שביהמ"ש של ערעור אינו נוטה להתערב בהן, הגם שאינו מנוע מלעשות כן [ראו: ע"פ 4784/13 ניר סומך נ' מדינת ישראל (18.02.2016); ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל (08.09.2011)].

הנשק נתפס בביתו של המשיב במהלך ביצוע חיפוש בנוכחות עדים. החיפוש בוצע בעקבות הצבעה של העד פארס כנעאן על ביתו של המשיב. העד פארס היה שותף של עבד בפרשיות מעשי השוד ונדון למאסר בפועל. בימ"ש קמא קבע כי העד פארס העיד באופן הססני ומפוחד, ניכר שאינו מספר את האמת, ולא ניתן לדלות מעדותו כל תרומה לשאלה שבמחלוקת, אודות מודעות המשיב להימצאות הנשק והתחמושת בביתו.

המערער טענה בבימ"ש קמא כי מודעותו של המשיב להחזקת הנשק בביתו והסכמתו לכך מבוססות על החזקה העובדתית שהתפתחה בפסיקה לאור הקושי להוכיח קיומה של מחשבה פלילית בעבירות שהיסוד העובדתי שלהן הוא החזקה ושליטה וכי מקום שבו נכח המשיב במקום שבו מוחזק דבר מה אסור ונוכחותו לא הייתה מקרית, חזקה כי ידע והסכים להימצאותו של הדבר במקום. המערער טענה כי מדובר בחזקה עובדתית המוסקת מניסיון החיים ומהגיונם של

דברים ומעבירה אל המשיב את הנטל לסתור אותה.

סעיף 144(ד) לחוק העונשין קובע את החזקה העובדתית:

**"מקום שנמצא בו נשק, רואים את מחזיק המקום כמחזיק הנשק כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר".**

סעיף 34כד לחוק העונשין מגדיר את המונח "החזקה":

**"שליטתו של אדם בדבר המצוי בידו, בידו של אחר או בכל מקום שהוא, בין שהמקום שייך לו ובין אם לאו; ודבר המצוי בידם או בהחזקתם של אחד או כמה מבני חבורה בידיעתם ובהסכמתם של השאר יראו כמצוי בידם ובהחזקתם של כל אחד מהם ושל כולם כאחד".**

כפי שציין בימ"ש קמא, ב"כ המשיב טען כי המערערת לא פירטה על מה היא נסמכת בטענותיה בכתב האישום ובסיכומיה, והוסיף שאין בהעברת הנטל כדי לבטל את חובת המערערת להוכיח כל פרט מפרטי כתב האישום מעבר לכל ספק סביר. בימ"ש קמא התייחס לקושי של המשיב להוכיח את חפותו ולמידת ההוכחה הדרושה והפנה לע"פ 4941/90 **מדינת ישראל נ' אלוש**, פ"ד מו(4) 181 (1992), שם נקבע כי על הנאשם להביא הוכחה לסתירת החזקה במידה הנדרשת מתובע במשפט אזרחי, ואין הוא יוצא ידי חובה בהבאת ראיה שיש בה אך כדי לעורר ספק, אך מידת ההוכחה הנדרשת עשויה להשתנות ממקרה למקרה ובקביעתה יש להתחשב, בין היתר, גם ביכולתו האובייקטיבית של הנאשם להוכיח, על רקע הנסיבות העובדתיות הקונקרטיות, את העובדה השלילית הנדרשת לסתירת החזקה. כפי שנקבע בע"פ 611/80 **מטוסיאן נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(4) 085 (1981) **"חזקה שבעובדה היא מסקנה, הנובעת, בעיקר, מניסיון החיים ומניתוח, המעוגן בהגיגות של דברים (ע"פ 15/78), אשר מלמדים על כך, כי מערכת נסיבות פלונית, כפי שהוכחה במשפט וכפשוטה, איננה נוצרת או מתגבשת אלא עקב קיומה של מחשבה פלילית פלונית, המתלווה לנתונים העובדתיים"**. עוד נקבע שם כי **"ניתן לסתור חזקה שבעובדה בהבאת ראיות, המוציאות את מערכת הנסיבות מהקשרה הלכאורי הרגיל, ומצביעות על כך, כי המסקנה, שהייתה סבירה כדרך הטבע לפי פשוטם של דברים, איננה ישימה במקרה הקונקרטי, או כי קיים ספק סביר, אם המסקנה האמורה אכן יכולה להתגבש בנסיבותיו של המקרה הספציפי"**. כן נקבע שם כי חזקה שבעובדה אינה מעבירה את נטל השכנוע; היא יכולה להביא למסקנה בדבר קיום מכלול ממצאים, שלאורם עוברת חובת ההוכחה, ולאורה של מסקנה זו גם רשאי בית המשפט לבסוף להרשיע את הנאשם, אם זה אינו טורח להתגונן, אחרי שהובאו ראיות, היוצרות חזקה שבעובדה או אם הוא משמיע הסברים שאינם סבירים ובכך מחזק את הראיות, היוצרות את החזקה האמורה.

כאמור, בימ"ש קמא קיבל את גרסתו של המשיב לגבי התקלה בדלת וקבע כי גרסתו מתיישבת עם עדויות וראיות נוספות בתיק. כן התקבלה גרסתו של המשיב לפיה דירתו שימשה כבית פתוח לכל חבריו וכולם היו הולכים לשם כדי לשחק. בימ"ש קמא ציין כי אופן הכניסה לבית לא צולם על ידי השוטרים וגם אירוע תפיסת המזוודה בתוך הבית, כולל הארון שהמזוודה הונחה עליו, לא צולמו. גם החלון ודלת הכניסה לא צולמו ומפתח הבית לא נתפס ולא הובא כראיה בתיק. בימ"ש קמא ציין כי כאשר מתעורר אצלו ספק, הרבה למעלה מן הסביר, שאת הדלת ניתן היה לפתוח מבחוץ, גם ללא מפתח, אזי הראיות החסרות הנ"ל יכלו, אולי, להפריך או לאשש עניין זה. נקבע כי צילום הארון שעליו נמצא תיק הנשק היה יכול לסייע בהכרעה אם את התיק ניתן היה לראות ללא טיפוס על כיסא או סולם והאם מיקום הנחת התיק הוא כה



גבוה עד שאפילו אדם המתגורר בחדר לא היה רואה אותו ביומיום. גם אני סבור כי מדובר במחדלי חקירה שיש בהם כדי להיזקף לחובת המערערת ולסייע למשיב, כפי שיפורט בהמשך.

בית משפט קמא קבע כי הוכח שהייתה אפשרות כניסה לביתו של המשיב, גם ללא הסכמתו או ידיעתו, כי דלת הכניסה ניתנה לפתיחה מבחוץ ועניין זה עלה הן מניתוח עדויות השוטרים עדי התביעה, הן מטענות המשיב והן מטענות אביו וכן העד שהוזעק לתקן את דלת הכניסה. עוד נקבע כי זה שהמשיב לא סיפר למשטרה דברים שידע על עבד, שהוא חבר ילדות שלו ושניהם מתגוררים באותו הכפר, אין משמעות הדבר שהמשיב הסכים עם מעשי עבד ולבטח אין משמעותם ידיעת המשיב אודות הסתרת הנשק בביתו. נקבע כי המשיב עשה רושם אמין, עדותו הייתה עקבית ורציפה ודבריו השתלבו היטב עם דברי אביו, אחיו ודברי רוחי, שכנו של המשיב שנכח בחיפוש, וכן עד ההגנה ריאד היבי, שתיקן את דלת הכניסה. בנוסף, נקבע כי דברי המשיב השתלבו עם התהיות שהעלה בימ"ש קמא בנוגע לאפשרות לפתיחת דלת ביתו של המשיב על ידי כל אדם מבחוץ ללא מפתח באמצעות דחיפת הדלת פנימה.

בימ"ש קמא קבע כי גרסת המשיב נמסרה באופן עקבי ושוטף וברור שהוא אומר את האמת. נקבע כי המשיב לא העלה על דעתו שעבד יסתיר בביתו נשק ולכל היותר סבר שמדובר בסמים. בימ"ש קמא הדגיש כי האמון שנתן בדברי המשיב הוא למרות שניתן להצביע על סתירות ופרכות בגרסאותיו שניתנו בחקירותיו השונות. בימ"ש קמא פירט באריכות את חקירותיו השונות של המשיב ונימק מדוע אינו רואה בסתירות בין הגרסאות כדבר מהותי היורד לשורשו של עניין שיש בו כדי להפוך את האמון שנתן בדברי המשיב. לאחר שבחנתי את הדברים אינני סבור כי יש מקום להתערב בקביעותיו של בימ"ש קמא לגבי מהימנות המשיב, קביעות שביהמ"ש שלערעור אינו נוטה להתערב בהן, הגם שאינו מנוע מלעשות זאת, כמפורט לעיל. כפי שקבע בימ"ש קמא, העובדה שהמשיב חשף בחקירה השלישית והרביעית פרטים שלא מסר בחקירותיו הראשונות במשטרה אינה מביאה בהכרח לפגיעה במהימנותו ובמקרה הנוכחי קבע בימ"ש קמא כי הדבר אינו פוגע במהימנותו. כן קבע בימ"ש קמא כי בניגוד לטענת המערערת המשיב כן התעמת עם עבד בעימות שבוצע ביניהם וכעס על עבד ככל הנראה בשל הסברה שלו שעבד סיבך אותו בחקירה ואף אני סבור כי העימות דווקא מחזק את מהימנות המשיב ולכל הפחות אינו פוגע בה.

בימ"ש קמא נתן אמון מלא גם לדבריו של העד היבי שהעיד בנוגע לדלת הכניסה לבית המשיב שלא הייתה תקינה בפרקי זמן שונים והעד תיקן אותה מספר חודשים לאחר מעצרו של המשיב. נקבע כי אמנם מדברי העד לא ניתן ללמוד אם במועד מעצרו של המשיב ותפיסת הנשק בביתו הייתה הדלת לא תקינה, אך יש הגיון במסקנת בימ"ש קמא לפיה מאחר ונתן אמון בדברי המשיב גם בנוגע למצב הדלת וכן נתן אמון בדברי העד שאכן מדובר בדלת תקולה שדרשה תיקון, הרי שיש להסיק מכך כי בפרק זמן לא ידוע עד למועד מעצרו של המשיב דלת הכניסה לא הייתה תקינה וניתן היה לפתוח אותה מבחוץ בהפעלת כוח כלשהו וכל אדם יכול היה להיכנס לבית גם ללא מפתח.

באשר לאי הבאת עבד לעדות בבית המשפט ציין בימ"ש קמא כי היה מצפה שהמשיב יזמין לעדות את עבד הנמצא בהישג יד בשל היותו מרצה עונש מאסר בפועל, זאת למרות הסבריו של ב"כ המשיב שבני משפחתו של עבד אמרו שהוא יסרב לבוא וגם אם יבוא, ייתכן שלא יספר את האמת בשל כעסו. בימ"ש קמא קבע כי שני הצדדים היו אמורים לזמן את עבד למתן עדות ומשלא עשו כן, כל אחד משיקוליו הוא, לא ניתן לזקוף זאת לזכות או לחובת מי מהם ולכן נקבע כי אי זימון עבד לעדות בבית המשפט אינה יכולה לחזק את הראיות נגד הנאשם וגם לא להחלישן. גם אני סבור כי שני הצדדים

חדלו מחדל כאשר לא הזמינו את עבד לעדות, בכפוף לאמור בהמשך בנוגע לחובה המוגברת של המאשימה בעניין זה, אך אי זימונו של עבד לעדות אינה יכולה לחזק את הראיות נגד הנאשם. זאת ועוד, כפי שקבע בימ"ש קמא, משהודה עבד במשפטו במיוחס לו בכתב האישום המתוקן, הכולל הסתרת הנשק בבית המשיב, עניין זה דרש את זימונו על ידי המערער למתן עדות בבית משפט קמא לשם בירור השאלה אם למשיב היה קשר להסתרת הנשק בביתו והאם ידע על כך. תפקידה של התביעה או הפרקליטות, המשמשת כנאמן הציבור, הוא להגן על האינטרס הציבורי בכללותו וחלה עליה חובת הגינות מוגברת ואין היא רשאית להתנהל כבעל דין רגיל מן השורה. לכן מוטלת עליה החובה לפרוש בפני בית המשפט את מלוא הראיות, לרבות ראיות רלוונטיות העשויות ליצור ספק ביחס לאשמתו של הנאשם, על מנת לאפשר את חקר האמת [ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מדינת ישראל פ"ד נג(1) 832 (1999); ע"פ 2957/10 שחדה אלאטרש נ' מדינת ישראל (30.05.2012)].

### על הספק הסביר ומחדלי חקירה:

בנסיבות אלו, לאור קביעותיו של בימ"ש קמא לגבי מהימנותו של המשיב, אשר, כאמור, אינני סבור כי יש להתערב בהן; וקביעותיו העובדתיות לגבי אפשרות פתיחת הדלת בביתו על ידי כל אדם מבחוץ ללא מפתח גם ללא הסכמתו או ידיעתו של המשיב; והקביעה כי ביתו של המשיב שימש כ"מועדון" לכל חבריו, זאת בהצטבר למחדלי החקירה שציין בימ"ש קמא - אי צילום הכניסה לבית והמיקום של המזוודה עם הנשק מעל הארון, באופן שלא ניתן היה לדעת אם מיקום הנחת התיק מעל הארון הוא כה גבוה עד כי אפילו אדם המתגורר בחדר לא היה רואה אותו ביומיום - מחדלים שצריכים לפעול לחובתה של המערער ולזכותו של המשיב; וכן המחדל שבאי הבאת עבד לעדות בבית המשפט על ידי המערער שאמונה על האינטרס הציבורי ומחובתה להציג את התמונה המלאה בפני בית המשפט - מביאים לידי סתירת החזקה שבעובדה לפיה המשיב ידע על קיומו של הנשק שהוסתר ונמצא בביתו. סבורני כי צירופם של קביעות אלו ומחדלי המערער מוציא את מערכת הנסיבות מהקשרה הלכאורי הרגיל (החזקה כי המשיב ידע על הנשק שהוסתר ונמצא בביתו) ומצביע על כך כי המסקנה שהייתה סבירה לפי פשוטם של דברים איננה ישימה במקרה הקונקרטי או כי קיים ספק למעלה מסביר אם המסקנה האמורה אכן יכולה להתגבש בנסיבותיו של המקרה הספציפי.

בנסיבות אלו, כאמור, סבור אני כי יש יותר מספק סביר בכל הנוגע לחזקה כי המערער היה מודע לנשק שהוסתר ונמצא בביתו. נזכיר כי הוראת סעיף 34כב' לחוק העונשין, שכותרתו 'נפקותו של ספק', מורה כי: (א) "**לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר**" (ב) "**התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג**". הכלל הוא, למן תיקון מספר 39 לחוק העונשין, כי די לו לנאשם לעורר ספק סביר, והנטל חוזר אל התביעה לעשות להסרת הספק על מנת להביא להרשעתו של הנאשם [ראו דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב - 1992, ה"ח 2098, 134. ראו גם: ע"פ 4784/13 ניר סומך נ' מדינת ישראל [פורסם בנוב] 18.2.2016, פסקה 92]. הדרישה להוכחה מעבר לספק הסביר נועדה גם להגן על אמון הציבור בהגינותו של ההליך הפלילי והיא פועל יוצא של עקרון בעל אופי חוקתי הנגזר מזכות היסוד של האדם לחירות אישית (סעיפים 1 ו-5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). הנטל 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 [ע"פ 2697/14 ניסים דוד חדאד נ' מדינת ישראל (6.9.2016), פסקה 12 לפסק דינו של כב' השופט מזוז].

לעניין מחדלי החקירה נזכיר כי: "כידוע, עובדת קיומו של מחדל חקירה אין בה, כשלעצמה, להביא לזיכוי של נאשם. השאלה אותה נדרש בית המשפט לבחון היא האם מחדלי החקירה מקימים חשש כי הגנתו של הנאשם קופחה, מכיוון שנוצר לו קושי להתמודד עם חומר הראיות נגדו או להוכיח את גרסתו שלו (ראו: ע"פ 4226/11 אבו חדיר נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה נב (15.2.2016) [פורסם בנבו]; ע"פ 5373/12 אבורמד נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 48 (15.4.2015) [פורסם בנבו]). ההכרעה בדבר נפקותם של המחדלים נעשית תוך שקלולם אל מול התשתית הראייתית שהונחה בפני הערכאה הדיונית ובהתאם לנסיבותיו של כל מקרה. כך, יש לבחון האם בהתחשב בתשתית הראייתית הקיימת בתיק ובספקות הספציפיים אותם מבקש הנאשם לעורר, מגיע משקלם של המחדלים לכדי יצירת ספק סביר (ע"פ 7066/13 אלמליח נ' מדינת ישראל, פסקה 81 (22.12.2015) [פורסם בנבו]; ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל, פסקה ז(2) (18.5.2006) [פורסם בנבו] (להלן: עניין אלחורטי); עניין זכריב, פסקה 112; עניין בשירוב, בפסקה (...7))" (ע"פ 2697/14 הנ"ל, פסקה 91 לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן).

נזכיר עוד כי מחדל חקירה, שענינו אי זימון עד או אי ביצוע פעולת חקירה, מקים הנחה כי לו הייתה מבוצעת אותה פעולה הייתה פעולת החקירה מניבה ראייה התומכת בגרסת הנאשם. את הנחה הזאת יש להביא בחשבון כאשר נבחן קיומו של ספק סביר בראיות המאשימה.

שאלת הגדרתו של ספק סביר וקביעת סבירותו של הספק בכל מקרה ומקרה זכתה לדיון נרחב בפסיקה. ראו לעניין זה את הסקירה שפורטה בפסק דינו של בית המשפט העליון ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל (23.12.2015), בפסק דינו של כב' השופט דנציגר (שהיה בדעת מיעוט לעניין התוצאה הסופית):

**"350. מהו אותו "ספק סביר" החוצץ בין כף החובה לבין כף הזכות? בפסיקה לא ניתן למצוא מבחן ברור ואחיד לאפיונו ולתיחומו של מונח זה, חרף השימוש הרב שנעשה בו [ראו: יניב ואקי מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בדין הפלילי 79 (2013) (להלן: ואקי מעבר לספק סביר)]; יניב ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש" הפרקליט מט 463, 483 (התשס"ח) (להלן: ואקי סבירותו של ספק)]. יש הסבורים כי מן הראוי להימנע מהגדרתו של המונח "ספק סביר", בעוד שיש הגורסים כי כלל לא ניתן להגדירו. לשיטתם של אחרים, למרות הקושי בהגדרתו יש מקום להידרש לסוגיית פרשנותו של המונח [ראו: עניין דמיאניוק, עמ' 646-653; ואקי סבירותו של ספק, עמ' 479-483; ואקי מעבר לספק סביר, עמ' 71-81].**

**351. בפסיקה נעשו כמה ניסיונות הגדרה במרוצת השנים למונח "ספק סביר". הספק הסביר הוגדר ככזה המותיר, על-פי מבחני שכל ישר, היגיון וניסיון החיים, שאלה אמיתית באשר לאשמת הנאשם [ראו: עניין וקנין, פסקאות 46-47; עניין דמיאניוק, עמ' 653]. ברי כי לא כל ספק עונה למבחן זה: "עצם קיומם של ספקות והתלבטויות אינו גורר אחריו בהכרח את זיכוי של הנאשם. לא כל ספק הינו 'ספק סביר'. לא כל תהייה או קושייה הם מן הסוג והמידה, שיש בהם כדי לקעקע את הרשעתו של נאשם ולהטיל ספק סביר באשמתו" [עניין אל עביד, עמ' 859]. אכן, נפסק כי כדי להטיל ספק סביר "אין די בקיומה של אפשרות חלופית או קיומה של מערכת נסיבות אחרת" (ע"פ 1003/92 רסלאן נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 10 (23.1.1997) (להלן: עניין**

רסלאן]). כך גם "אין די באפשרות תיאורטית, המעוגנת אך בספקולציות או בהשערות, אשר אינן נתמכות בראיות (או בהיעדרן)" [עניין בן-ארי, עמ' 437]. על הספק "לערער במידה הנדרשת את המערכת העובדתית והנסיבתית העולה מנסיבות המקרה, כך שלא תוכל לעמוד על רגליה מסקנה חד משמעית בדבר אשמתו של הנאשם" [ראו: עניין רסלאן, פסקה 10; ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 565, 570 (1993) (להלן: עניין אזולאי)]. נדרש "ספק ממשי ורציונלי המעוגן בעובדות המקרה" [עניין בן-ארי, עמ' 437]. ספק שכזה מתקיים כאשר ניתן להסיק מחומר הראיות מסקנה המתיישבת עם חפות הנאשם, שהסתברותה "אינה אפסית אלא סובסטאנטיבית" [ע"פ 409/89 רוימי נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 471, 465 (1990); עניין אזולאי, עמ' 570].

ראו בהקשר זה גם את דבריו היפים והמדויקים של השופט הנדל:

"לנוכח חשיבותו של הספק הסביר בדין הפלילי, בו הוא משמש ככלל-על, אומר זאת: לעיתים הספק "אובייקטיבי" ולעיתים "סובייקטיבי". יש שהוא מבוסס על נתון שאפשר להצביע עליו בקלות בראשית תהליכי ההכרעה, ויש שהוא נגזר מהליך פנימי של השופט, אשר מקנן בו ספק שהוא אינו מוכן לוותר עליו לאחר בחינת כל הראיות. ראוי לציין כי יש להיזהר ממצב בו תוך כדי השאיפה להגדרת הספק הסביר, בית המשפט משנה את המבחן או מגביל אותו. ודוק, "סביר" - לא פחות מכך אך גם לא יותר...". [ע"פ 273/14 מדינת ישראל נ' פארס, [פורסם בנבו] פסקה 5 (23.12.2014)].

352. יתרה מזאת. בע"פ 7401/07 מדינת ישראל נ' פלוני, [פורסם בנבו] פסקה 6 (31.7.2008) ובע"פ 10479/08 פלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקאות 32-37 (11.6.2009) הדגשתי כי נמנה אני עם אלו הסבורים כי על השופט להאזין לקול מצפונו ולזכות את הנאשם שעה שלאחר בחינת כללם של דברים, אין הוא משוכנע כי המסקנה היחידה העולה מהמסכת הראייתית היא בדבר אשמתו, אלא נותר הוא עם ספקותיו אשר מונעים בעדו להורות על הרשעתו של הנאשם [לדין בהחלתו של מודל ההכרעה המבוסס על "הפן הרגשי - סובייקטיבי של הספק" ...לדידי, הרציונל המקובל המסביר את הצורך ברף הוכחה של מעבר לכל ספק סביר בדין הפלילי, לפיו עדיף זיכוי מן הספק של האשם מקיום חשש להרשעת שווא של החף מפשע ... מסביר אף את הצורך לאפשר לשופט היושב בדין להסתמך בסופו של דבר על צו לבו. זאת, כאשר מצפונו מורה לו לזכות נאשם, אף אם אמות המידה הרציונאליות המקובלות מובילות למסקנה כי הנאשם ביצע את המיוחס לו".

כפי שנכתב גם בע"פ 1929/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פסק דינו של כב' השופט א' א' לוי, 5.3.2009), לחוקרי המשטרה הייתה האפשרות להבהיר את התמונה העובדתית במקרה דנן (לו היו מתעדים את הכניסה לבית ומציאת הנשק כפי שהיו צריכים לעשות) ומשנמנעו לעשות כן, יזקף הפער העובדתי לחובת התביעה. על כך נאמר גם בע"פ 10735/04 גולדמן נ' מדינת ישראל (20.2.2006), כי העדרה של ראיה אשר מקורה במחדלי רשות החקירה יזקף לחובת התביעה עת יישקל מכלול ראיותיה, מן הצד האחד, ויכולה היא לסייע בידי הנאשם עת ישקול ביהמ"ש אם טענותיו מקיימות ספק סביר, מן העבר האחר. נפקותו של המחדל תלויה בתשתית הראייתית הספציפית שהציגה התביעה, מחד, ובספקות הספציפיים אותם מעורר הנאשם, מאידך.

כך גם לגבי אי זימונו של העד עבד. אמנם בית משפט קמא קבע כי שני הצדדים יכלו לזמנו ולכאורה הנטל להוכיח אי הידיעה על הנשק שבדירה מוטל על הנאשם/המשיב, בהיותו בעל הדירה. ואולם זה מסר עדות והסביר מדוע לא יכול היה לזמן את עבד לעדות, לאחר שהעיד כנגדו במשפטו של עבד. במצב דברים זה לא ניתן ליחס למשיב מחדל ממשי בשל אי זימון עד. לעומת זאת ניתן ליחס למאשימה מחדל של אי זימונו של עבד, עד המצוי בשליטתה ושיכול היה להבהיר את נסיבות הסתרת הנשק בדירה ומידת ידיעתו של הנאשם/המשיב על קיומו של הנשק בדיקותו. דבר זה לא נעשה והוא מקים את החזקה כי גרסתו של עבד הייתה תומכת בגרסת המשיב, וכפועל יוצא מכך מחזקת את הספק שבאשמו.

בענייננו, כאמור, הכניסה לבית המשיב ומציאת הנשק מעל לארון לא תועדו כפי שנדרש היה לעשות. כמו כן, עבד, ככל הנראה לא נחקר בנוגע למודעותו של המשיב לקיומו של הנשק בביתו. מחדלים אלה נזקפים לחובת התביעה עת נשקל מכלול ראיותיה. כפי שציין כב' המשנה לנשיא א' ריבלין בע"פ 1929/06 הנ"ל, "**בהתקיים ספק - אין ספק. כך במשפט הפלילי וכך מקום בו הספק הוא סביר.**"

#### **סיכום:**

סבור אני כי על פי המבחנים שפורטו בפסיקה שנסקרה בהרחבה לעיל, לא ניתן לומר כי התשתית העובדתית שהובאה בפני בית משפט קמא מבססת, ברמה שמעבר לספק סביר, היתכנות לאפשרות יחידה והיא שהנאשם/המשיב ידע על קיומו של הנשק המוסתר בביתו. מהימנותו של המשיב כפי שבימ"ש קמא התרשם מעדותו, הקביעות העובדתיות שקבע בימ"ש קמא בנוגע לאי תקינותה של דלת הכניסה לבית המשיב ובנוגע לכך שביתו של המשיב שימש כמעין "מועדון" לכל חבריו אשר נכנסו ויצאו מביתו באופן תדיר וחופשי, זאת בנוסף למחדלי החקירה שפורטו מקימים מכלול ראיתי המבסס ספק סביר ואף מעבר לספק סביר במודעותו של המשיב לקיומו של הנשק שהוסתר בביתו.

אשר על כן, לאור המפורט לעיל, סבורני כי צדק בימ"ש קמא משקבע כי לא שוכנע שהמשיב ידע שהנשק הוסתר בביתו ולא ניתן לומר שהנשק היה בשליטתו הפיסית של המשיב, הגם שהוא נמצא בחדרו ובביתו. גם בכל הנוגע לטענת המערערת כי המשיב חשד בדבר אפשרות הימצאות נשק בביתו ובכל זאת נמנע מלברר חשד זה סבורני כי אין מקום להתערב בקביעתו של בימ"ש קמא כי המערערת לא הביאה את עבד לעדות, הגם שהוא הודה והורשע בעבירות נשק, ולמעשה לא הוכח ברמה הנדרשת שעבד הסתיר את הנשק בבית המשיב בסמוך לשיחת הטלפון שלו למשיב או כי המשיב ידע ועצם את עיניו בדבר אפשרות הסתרת הנשק על ידי עבד בביתו ולא עשה דבר בעניין זה. כפי שציין בימ"ש קמא, לא נמצאה כל ראיה שתקשר בין המשיב לנשק, כגון טביעות אצבע או עדות של אדם כלשהו וגם החוקרים שחקרו את התיק לא צילמו את הארון שעל גבו נמצא הנשק, כך שלא ניתן לדעת אם אדם החי במקום היה אמור לזהות את התיק כשהוא מונח מעל לארון. גם לא ניתן להגיע מעבר לספק סביר למסקנה כי כאשר המשיב חיפש את הדבר האסור שהסתיר עבד, הנשק כבר היה בביתו. בנסיבות העניין, אני סבור כי אין מקום להתערב במסקנתו של בימ"ש קמא לפיה לא הוכח שהמשיב חשד שבביתו הוסתר נשק ולא הוכח שהמשיב עצם את עיניו מפני האפשרות של קיום הנשק בביתו.

אשר על כן, לאור המפורט לעיל, בשל הספק הסביר העולה מהראיות והעדויות שהוצגו בפני בימ"ש קמא, בשל קביעות המהימנות שלא מצאתי מקום להתערב בהן והקביעות העובדתיות שקבע בימ"ש קמא וכן לאור מחדלי החקירה

והתביעה כפי שפורטו, אציע לחברותי להרכב שלא להתערב בפסק דינו של בימ"ש קמא ולדחות את הערעור.

**רון שפירא, נשיא  
[אב"ד]**

### **השופט עדי חן ברק**

אני מסכימה עם האמור בפסק דינו המפורט של אב בית הדין ומבקשת להוסיף כי עיון בראיות ת/30 ות/28 מלמד כי היה מקום לקבוע שהנשק הוחבא מעל ארון גבוה מאוד, באופן שלא ניתן היה לראותו כאשר עומדים בחדר, אלא אם עומדים על סולם או/כסא גבוה, ומכאן שהיה בראיות שהציגה המערערת כדי לחזק את התוצאה אליה הגיע בית משפט השלום, והמחדל החקירתי של אי צילום רגע מציאת הנשק אינו מעלה או מוריד.

בית המשפט קמא קבע בפסק דינו שאירוע תפיסת המזוודה בתוך הבית כולל הארון שהמזוודה הונחה עליו לא צולמו (וזה נכון) אבל הוא גם המשיך וכתב כי - "צילום הארון שעליו נמצא תיק הנשק, היה יכול לסייע בהכרעה, אם את התיק ניתן היה לראות ללא טיפוס על כיסא או סולם, והאם מיקום הנחת התיק הוא כה גבוה, עד שאפילו אדם המתגורר בחדר לא היה רואה אותו ביומיום" - עמ' 15 סעיף 50.

הסרט שצולם דווקא מסייע בהכרעה כפי שהגיע אליה בית המשפט קמא:

מהצילום שנעשה - ת/30 (צילום שבוצע בבית בסמוך לאחר תפיסת הנשק) מתועד בבירור חדרו של המשיב, הארון המצוי מצד ימין בכניסה לחדר. בצילום נראה ארון גבוה מאוד אשר סופו קרוב לתקרת החדר, ובהחלט ניתן לראות שלא ניתן להבחין במצב עמידה בחדר, כי מונח על הארון דבר כלשהו, זאת בשל גובהו.

שילוב הנראה בסרט ב-ת/30 עם העולה מדו"ח הפעולה שסומן ת/28: "התחלתי את החיפוש בחדרו בכניסה מצד ימין נמצא ארון בגדים מעץ של מוסטפא בעזרת הבלשים אלון קרביץ שטיפסתי על רגליו ואבי קרסו הרים אותי בכדי להגיע למעל הארון מעל הארון הבחנתי בתיק מחשב שחור...", מלמד כי ניתן היה לקבוע שהוכח בראיות התובעת כי מדובר, כאמור, בארון גבוה מאוד, כך שסביר להניח שלא ניתן לראות מה שמונח עליו, אלא אם עולים עם כיסא או סולם.

**ע. חן-ברק, שופטת**

## השופטת בטינה טאובר

אני מסכימה.

**בטינה טאובר, שופטת**

הוחלט לדחות את הערעור.

ניתן היום, ט"ו תמוז תשע"ט, 18 יולי 2019, במעמד המשיב וב"כ הצדדים.

**עדי חן-ברק, שופטת**

**בטינה טאובר,  
שופטת**

**רון שפירא, נשיא  
[אב"ד]**