



ע"פ 22067/03/20 - מדינת ישראל, אברהם עמר נגד חיים אריה שטיינברגר, מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"פ 22067-03-20

ע"פ 12124-07-20

לפני: כבוד השופט העמית אברהם טל - אב"ד
כבוד השופטת העמיתה זהבה בוסתן
כבוד השופטת דבורה עטר

המערער בע"פ 22067-03-20 מדינת ישראל
המערער בע"פ 12124-07-20 אברהם עמר
נגד

המשיב בע"פ 22067-03-20 חיים אריה שטיינברגר
המשיבה בע"פ 12124-07-20 מדינת ישראל

פסק דין

פתח דבר

1. לפנינו ערעורים שנשמעו במאוחד, על פסק דינו של בית משפט השלום ברמלה בת"פ

42032-10-17 מיום 27.01.2020.

במסגרת פסק הדין, זוכה מחמת הספק, לאחר שמיעת ראיות, מי שהיה נאשם 1 (חיים שטיינברגר) (להלן: "המשיב"), מעבירה של אספקת סם מסוכן לפי סעיפים 13 + 19א לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש) תשל"ג - 1973.

הנאשם 2 (אבי עמר) (להלן: "המערער") הורשע לאחר שמיעת ראיות בעבירה של החזקת סם לצריכה עצמית לפי סעיפים 7(א) + 7(ג) סיפא לפקודת הסמים, ונגזרו עליו 8 חודשי מאסר בפועל במצטבר למאסרו, ומאסר על תנאי.

(המערער והמשיב יכוננו גם יחד "הנאשמים").

2. **הערעור בע"פ 22067-03-20** הוגש מטעם המדינה (שלצורך הנוחות תיקרא: "המאשימה"), על זיכוי של המשיב.



הערעור בע"פ 12124-07-20 הוגש מטעמו של המערער על הרשעתו, ולחילופין על חומרת עונשו.

כתב האישום

3. כתב האישום כלל תחילה שני אישומים. טרם הוחל בשמיעת הראיות חזרה בה המאשימה, בהסכמת הנאשמים, מהאישום השני ונותר על כנו רק האישום הראשון, כמפורט להלן.
4. על פי כתב האישום המשיב, עורך דין בתחום הפלילי, ייצג במשך כשנה וחצי עובר לאירוע, את המערער, שהיה בתקופה הרלוונטית אסיר בכלא איילון ברמלה.
5. ביום 4.4.17 נפגשו הנאשמים בתא הביקורים שבכלא, כאשר מחיצת הזכוכית שבין השולחנות הייתה פתוחה (להלן: "**המפגש**"). המשיב נטל מכיס מכנסיו סם מסוכן מסוג קוקאין במשקל של 0.9404 גרם נטו (להלן: "**הסם**"), אשר היה עטוף בנייר טואלט, והניח אותו מתחת לקלסר מסמכים עמו הגיע למפגש, באופן המוסתר ממצלמות האבטחה. מיד ובסמוך לכך הושיט המערער את ידו מתחת לקלסר ונטל לידיו את הסם.
6. בעודו משוחח עם המשיב הניח המערער את עטיפת נייר הטואלט במרכז השולחן, פתח באמצעות מצית עמה הצטייד מבעוד מועד את שקית הסם, צרך חלק ממנו ואת היתרה הטמין בין תחתוניו.
7. בחיפוש שנערך לאחר מכן על גופו של המערער על ידי הסוהרים, נשמט הסם מבין שני זוגות תחתוניו.
8. לאור האמור, יוחסה למשיב עבירה של אספקת סם מסוכן למערער שלא כדיון, ואילו למערער יוחסה עבירה של החזקת סם מסוכן ללא היתר ושלא לצריכתו העצמית.

המענה לאישום בבית משפט קמא

9. **המשיב** אישר את קיום המפגש אך כפר בעבירה המיוחסת לו. לדבריו, הוציא לבקשתו של המערער מכיס מכנסיו נייר טישו ריק, שלא הכיל בתוכו סם, ומסר לו אותו בלא שהוסתר ממצלמות האבטחה.
10. **המערער** אישר את קיום המפגש וטען כי המשיב העביר לידי נייר טואלט ללא סם בתוכו. כן טען כי הסם שנתפס בחיפוש על גופו לאחר המפגש, היה על גופו עוד בטרם התרחשותו, לצריכתו העצמית, ואישר כי במהלך המפגש הוציא את הסם והניחו על השולחן.

תמצית הכרעת הדין

11. **התשתית הראייתית מבוססת על ראיות נסיבתיות**, ובעיקרן **סרטון מצלמת האבטחה המתעד את המפגש** (להלן: "**הסרטון**"). בית משפט קמא דחה את טענת ההגנה לפיה המדובר בראיה בלתי קבילה מן הטעם כי לא ניתן אישור כדיון על ידי פרקליטת המחוז לצפות במפגש וכן נדחתה הטענה כי הסרטון נתפס בניגוד לחוק האזנת סתר, באופן הפוגע בחיסיון עו"ד-לקוח. כמו כן נקבע כי נוכח כלל הראיות והתרשמותו



של בית משפט קמא מצפייה ישירה בסרטון וכן לאור תגובתם של הנאשמים המודים כי הסרטון מתעד את המפגש לאשורו, לא קם כל חשש של עריכה או זיוף של הסרטון (עמ' 12-19 להכרעת הדין).

12. המתועד בסרטון מוביל למסקנה כי **במהלך המפגש העביר המשיב למערער "דבר מה אסור"** וכי לא הייתה זו כלל ועיקר פגישה בין עורך דין ללקוחו הנוגעת לעניינים מקצועיים, אלא התנהלות מחשודה, בעלת קווי אופי עברייניים.

בצד האמור נקבע כי **לא ניתן להסיק מהסרטון לבדו**, כנדרש בפלילים, כי במפגש, המחשיד והבעייתי ככל שיהיה, העביר המשיב למערער את הסם, אלא יש צורך בראיות מחזקות שיובילו למסקנה זו (עמ' 23 להכרעת הדין).

13. **יתר הראיות הנסיבתיות עליהן ביקשה המאשימה לבסס את הרשעת הנאשמים במיוחס להם, אינן מאפשרות קביעת ממצאים עובדתיים, ועל כן אין בהן משום חיזוק לסרטון:**

תפיסת הסם ברשותו של המערער לאחר המפגש - נקבע כי לו החיפוש שנערך על המערער בטרם המפגשהיה חיפוש יסודי, הרי שתפיסת הסם על גופו בתום המפגש היתה מהווה ראיה נסיבתית חזקה, שבכוחה להפיל את הנאשמים ולהשלים את החסר הראייתי הנדרש. ואולם, מדו"ח הפעולה שערך רס"ר עמיר פרו (ת/4) ומעדותו עולה כי החיפוש שקדם למפגש היה חיפוש שגרתי, שכלל מישוש על גופו של המערער מעל לבגדיו, ובהחלט אפשרי כי חיפוש שכזה לא היה מגלה את הסם לו אכן המערער נשא אותו, כטענתו, על גופו, בין שני תחתוניו. בנסיבות אלה נקבע כי **"החיפוש המקדים לא הוכיח, כנדרש בפלילים, את הטענה, כי (המערער) הגיע למפגש מבלי שהוא נושא עמו על גופו את הסם המדובר"**.

על כן, והגם שאין חולק כי לאחר המפגש נתפס ברשותו של המערער הסם, אין לדעת, כנדרש בפלילים, מהיכן קיבל אותו (עמ' 30-33 להכרעת הדין).

אמרתו הנטענת של המערער(להלן: **"אמרת המערער"**) -בזיכרון הדברים (ת/28) שאותו רשם סגן מפקד משמרת בכלא איילון, פאדי טריף, נכתבו הדברים הבאים: **"היום, 2.4.17 בשעה 17:18 לערך במהלך שיחה שלי עם אסיר באגף, שמעתי את האסיר אבי עמר...מבקש מהאסיר שחר בשארי...שיעביר מסר למישהו בטלפון, ושמעתי את הציטוט "תגיד לו למסור 10 גרם", "למחר"**.

בית משפט קמא לא העניק משקל ראייתי, כנדרש בפלילים, לרישום המתעד את אמרת המערער, נוכח הרושם הישיר והבלתי אמצעי מעדותו של העד פאדי טריף; נוכח הקושי העקרוני לקבל את הטענה כי המערער יאמר משפט מפורש אודות כוונה להחדרת סם "מחר", בנוכחות סוהר; נוכח העולה ממסמך נ/12 לפיו בין המערער לבין אותו שחר בשארי שרר בעת הרלוונטית סכסוך מסוים, המפחית את ההסתברות לחבירה עבריינית; ונוכח עדותו של שחר בשארי, עד ההגנה, אשר הכחיש את הנטען. עוד צוין כי לו היה ממש בדבר, מצופה היה כי שלטונות שב"ס יערכו מהלכים חקירתיים במטרה לבלום את המהלך העברייני, ואולם לא הובאה כל עדות או ראיה לכך שנעשו מהלכים חקירתיים כאמור (עמ' 34-37, 61-62 להכרעת הדין).

אמרתו הנטענת של המשיב(להלן: **"אמרת המשיב"**) - בסמוך לאחר תפיסת הסם ברשותו של המערער, עוכב המשיב בשערי בית הכלא, בידי שני השוטרים רס"ר דיין שמעון ורס"ר הראל רוט. נטען, כי במסגרת העיכוב אמר להם המשיב אמרה מפלילה: **"ידעתי שזה יגיע בסוף"**. צוין כי אכן, יש במשפט זה, אם נאמר, בנסיבות



אמירתו, משום אמרה מפלילה ואף ניתן לראות בו "ראשית הודאה". ואולם, נקבע כי **אין לייחס משמעות ראייתית בעלת משקל לאמירה זו, שכן קיים ספק רב האם האמירה נאמרה כלל, ואם אכן נאמרה באיזה הקשר ועיתוי נאמרה. זאת, נוכח הדמיון המופלג בין שני דו"חות הפעולה שנכתבו בידי השוטרים (ת/16, ת/17) ואי מתן אמון בעדותם** (עמ' 24-29 להכרעת הדין).

14. **עדויותיהם של הנאשמים לא זכו לאמונו של בית משפט קמא, וגרסתם כי כל שהועבר למערער על ידי המשיב היה נייר טישיו, אשר נועד לעטוף את הסם שהביא עמו המערער ואשר התפורר בין תחתוניו, נדחתה מכל וכל.**

לאחר שבחן את עדותו של **המשיב** באורח בלתי אמצעי, במישרין, תוך השוואתה לכלל הראיות ולנצפה בסרטון, קבע בית משפט קמא כי גרסתו תמוהה ביותר, מחשידה (גם לפי עדותו שלו) ומהווה, כהגדרתו, עלבון צורב להיגיון ולשכל הישר. התנהגותו של המשיב במהלך הפגישה מלמדת כי אין המדובר בפגישה תמימה של עורך דין ולקוחו. בית משפט קמא דחה את הסבריו המפולפלים והמתפתלים, והגיע למסקנה כי יש לדחות את עדותו כבלתי מהימנה ובלתי אמינה (עמ' 38-50 להכרעת הדין).

באשר לעדותו של **המערער**, נקבע כי לא הייתה זו עדות מתוך זיכרונו, אלא מתוך הסרטון אשר הוצג לו ולפיכך נקבע כי היא חסרת משקל לחלוטין. יתירה מכך, בחינת עדותו של המערער הובילה את בית משפט קמא למסקנה ברורה כי לא מסר עדות מהימנה או אמינה שביכולתה לבסס ממצאי עובדה. כן נקבע כי גרסתו של המערער, אף היא, עלבון להיגיון האנושי, ועדותו נדחתה (עמ' 51-60 להכרעת הדין).

עם זאת, נקבע כי **אין די בעדותם הבלתי מהימנה והבלתי אמינה של הנאשמים, כדי להשלים את הפער הראייתי, כנדרש בפלילים.**

15. בית משפט קמא מצא כי עדותו של **עד ההגנה אבי (פארש) פרג'** (להלן: "**פארש'**"), אשר זכתה לאמונו, **מקימה ספק סביר ביחס לטענה כי הסמים שנתפסו ברשותו של המערער באותו היום מקורם במשיב, שכן בהחלט יתכן שמקורם בפארש.** המדובר באסיר אשר שכן בתא מעצר הממוקם מול תא המעצר של המערער. העד, שקיבל חיסיון מפני הפללה עצמית, העיד כי נהג למכור סמים למערער, וכי עשה כן גם בבוקרו של יום האירוע. הודגש כי בעת הביקור שערך בית משפט קמא באגף תאי המעצר, התרשם כי אכן קיימת אפשרות פיזית להעברת חפצים בין תאי העצורים. עוד נקבע כי עדותו של העד לא הופרכה בראיות המאשימה וביתר שאת נוכח אי **תפיסת מצלמת המסדרון** באגף ההפרדה (עמ' 63-66 להכרעת הדין).

16. בית המשפט קמא קבע בנוסף כי **לגיבושו של הספק הקיים תרמו התנהלות היחידה החוקרת וקיומם של מחדלי חקירה, בלא שסופק הסבר להתרחשותם, ובראשם:**

אי תפיסת תיעוד המצלמה הנוספת בחדר המפגש, אשר יכולה הייתה להציג זווית צילום רלוונטית אחרת; אי הבאה לעדות את הסוהר/שוטר אשר צפה בעמדת השליטה של מצלמות האבטחה במפגש בין הנאשמים



(החקירה כלל לא ביררה את זהותו); **אי תפיסת תיעוד ממצלמת המסדרון**, אשר יכולה הייתה לברר האם המערער קיבל את הסם קודם למפגש עם המשיב נוכח הטענה כי בו ביום קיבל המערער את הסם מפארש; **אי בדיקת טביעת אצבע על גבי שקית הסם; אי בדיקת שרידי סם על מכנסיו** של המשיב, חרף בקשתו לעשות כן; **ואי ביצוע חיפוש קפדני על המערער, בטרם** נכנס אל חדר המפגש, כדי לשלול את האפשרות שהגיע למפגש עם הסם עוד קודם לכן (עמ' 78-80 להכרעת הדין).

17. בנוסף לכל האמור לעיל, נקבע כי הותרת **תעודת החיסיון**, אשר הגנה על ראייה חיונית ורלוונטית להגנת הנאשמים, פגעה בהגנתם, כך שהם ניהלו פרשת הגנה מבלי שהיו ערים לכלל הראיות הרלוונטיות שבתיק (עמ' 73-75 להכרעת הדין).

18. בנסיבות אלה נקבע כי **המאשימה לא עמדה בנטל המוטל על כתפיה להוכיח מעבר לספק סביר כי המשיב העביר למערער את הסם במהלך המפגש.**

19. **ובאשר למערער, נקבע כי הגם שהוכח כי החזיק בסמים הנקובים בכתב האישום, שאכן נתפסו ברשותו, הראיות לימדו כי הוא עשה כן לצריכה עצמית.**

גזר הדין בעניינו של המערער

20. בית משפט קמא הדגיש את הנסיבות לחומרא: החזקת הסם, אמנם במשקל נמוך, אך בין כותלי בית הסוהר על כל המשתמע מכך; שימוש בסם שקיבל זה עתה מאסיר אחר, בפומבי, בעזות מצח, לעיני המצלמות ועורך דינו; עברו הפלילי המכביד מאד של המערער וביצוע העבירה בעת ריצוי מאסר בפועל בגין עבירות סמים; ניהול המשפט והעדת כל העדים כך שאינו זכאי להקלה לה זוכה מי שמודה באשמה.

21. לאחר שנתן דעתו לפסיקה שהוצגה לעיונו ולאור עיקרון ההלימה נקבע **מתחם ענישה הנע בין מספר חודשי מאסר בפועל עד 12 חודשי מאסר בפועל.**

22. בגדרי המתחם שקל בית משפט קמא את תנאי מאסרו של המערער, השהייה בהפרדה, ואת טענותיו בדבר מצבו הרפואי הרעוע. בצד האמור ניתן משקל להרתעת היחיד ולהרתעת הרבים בכדי למגר את תופעת הסמים בתוך כותלי הכלא ונקבע כי יש למקם את עונשו של המערער "לקראת הרף העליון של המתחם".

ערעור המאשימה על זיכוי המשיב

תמצית נימוקי הערעור מטעם המאשימה

23. שגה בית משפט קמא משזיכה את המשיב מחמת הספק, שכן **התשתית הראייתית שהונחה בפניו מוכיחה את אשמתו במיוחס לו מעבר לכל ספק סביר.** זאת כעולה מהסרטון המתעד את המפגש, לרבות העברת הסם; ממציאת הסם על גופו של המערער בחיפוש שנערך מיד לאחר המפגש ובלא שנמצא סם בחיפוש שנערך על גופו של המערער טרם המפגש; מגרסאותיהם של הנאשמים במשטרה ובבית המשפט; ומההתייחסות לעד ההגנה פארש.



המתועד בסרטון, ביחד עם תפיסת הסם על גופו של המערער לאחר המפגש, מהווים כשלעצמם "מסה קריטית" של ראיות נסיבתיות מפלילות, המעבירות לכתפי המשיב "נטל טקטי" להטיל ספק בראיות נגדו, כפי שנקבע בפסיקה. ואולם, לא עלה בידו להטיל ספק כאמור. בית משפט קמא דחה מכל וכל את גרסאותיהם של הנאשמים לפיהן כל שניתן לראות בסרטון הוא העברת נייר טואלט משומש, וקבע כי הסרטון מלמד בהכרח על העברת "חפץ אסור". בהעדר "חפץ אסור" אחר מלבד הסם שאותר בחזקתו של המערער בתום המפגש, הוכחה אשמת המשיב מעל לספק סביר.

24. שגה בית משפט קמא בקבעו כי **התנהלות היחידה החוקרת ומחדלי החקירה** בתיק פגעו בהגנת המשיב באופן שתרם לביסוסו של הספק הסביר. הגם שהחקירה לא מוצתה והתנהלות גורמי החקירה לא היתה מיטבית, אין בכל אחד מהמחדלים ואף לא בהצטברותם כדי לפגוע בהגנת המשיב ובחקר האמת והם אינם מבססים ספק סביר. לו בוצעו פעולות חקירה אלה, היה בכך, לכל היותר, כדי להיטיב את ראיות המאשימה. כן הפנתה המאשימה להלכה הידועה לפיה קיומם של מחדלי חקירה כשלעצמו אינו מוביל לזיכוי של נאשם, שעה שהתשתית הראייתית שהונחה בפני בית המשפט מלמדת על אשמתו במיוחד לו מעל לכל ספק סביר.

עוד הודגש כי עיקר טענות ההגנה בתשובתה לערעור, באשר למחדלי חקירה והתנהלות היחידה החוקרת, נוגעות לאישום שנמחק, ולא לזה שנותר, ועל כן אינן רלוונטיות לענייננו.

25. שגה בית משפט קמא עת נתן החלטתו לפיה **תעודת החיסיון** הגנה על ראיה חיונית ורלוונטית להגנת הנאשמים, וכי אי חשיפת הראיה פגעה בהגנת הנאשמים, במסגרת הכרעת הדין ולא במסגרת עתירת הנאשמים לגילוי ראיה.

תמצית התשובה מטעם המשיב להודעת הערעור

26. ב"כ המשיב סמך ידיו על הכרעת דינו המפורטת והמנומקת של בית משפט קמא, במסגרתה נקבע כי המאשימה לא עמדה ברף הנדרש להוכחת אשמתו של המשיב, ועתר לדחות את הערעור מבקש להתערב בממצאי עובדה ומהימנות.

27. נטען כי לא קמה **תשתית ראייתית** המלמדת כי אשמת המשיב הוכחה מעבר לספק סביר. אין במתועד בסרטון בשילוב עם העובדה כי הסם נמצא על גופו של המערער, כדי להוות "מסה קריטית" של ראיות מפלילות אשר המשיב "כשל מלספק הסבר הגיוני לראיות נגדו", וממילא הנטל להוכיח את אשמתו של נאשם מעבר לכל ספק סביר מוטל תמיד על המאשימה. ראיות אלה מחזקות דווקא את גרסתם של הנאשמים, ואף נתמכות בעדויות של פארש ושחר בשארי, ובידיעה המודיעינית.

28. בדין נתן בית משפט קמא משקל מכריע בהכרעת הדין **למחדלי החקירה הבוטים ולמהלכי החקירה הפסולים והפליליים**, שפגעו בהגנת המשיב וביכולתו להציג ראיות לאימות גרסתו. ב"כ המשיב הפנה לפסיקה לפיה במקרים קיצוניים, בהם מחדלי החקירה הם כה רבים וקשים, יהא בכך כשלעצמו כדי להקים את הספק הסביר באשמת הנאשם, אף מבלי להניח הנחות עובדתיות שייטיבו עמו. כן הודגש כי בענייננו אין



המדובר רק במחדלי חקירה, אלא בפעולות אקטיביות ומכוונות של הרשויות, שנועדו להשיג הרשעה בכל מחיר, לרבות זיוף מזכרים, "הלבנת" דוחות ותיאום עדויות.

ערעור המערער על הרשעתו ולחילופין על חומרת עונשו

תמצית נימוקי הערעור של המערער

29. שגה בית משפט קמא עת קבע באופן המנוגד להלכה ולכל דין בעניין **העתירה לגילוי ראייה חסויה**, עת קבע כי אותה ראייה חיונית ורלוונטית להגנת הנאשמים, ואולם לא הורה על חשיפתה, באופן שהיה מאפשר למאשימה לחזור בה מכתב האישום, ולמעשה לא ניתנה כל הכרעה באשר לגורלה ולא ניתן כל סעד בגינה.

30. שגה בית משפט קמא שעה שקיבל את **הסרטון כראיה קבילה**, חרף כך שאישור פרקליטת המחוז ניתן בעקבות מצג שווא שקרי אשר הוצג בפניה. לא היה מידע ספציפי הנוגע למשיב, המידע העדכני נגע לאסיר אחר (שחר בשארי), ואילו המידע הנוסף הינו מידע ישן מפברואר 2017.

המדובר בהליך שנפלו בו **מחדלי חקירה מהותיים, ופגמים קשים בהתנהלות גורמי החקירה** אשר עלתה לכדי התנהלות פלילית של ממש, במטרה להרשיע את הנאשמים בכל מחיר וננקטה אכיפה בררנית. עוד נטען כי נפלו פגמים בהתנהלות המאשימה והופרה הבטחה שלטונית לסגירת התיק נגד הנאשמים.

היה בטענות אלה, כל אחת בנפרד ולבטח בהצטברותן יחד, כדי להוביל לזיכוי המערער או לביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק, ולמצער למתן סעד ממשי לעניין העונש.

31. **אשר לגזר הדין**, שגה בית משפט קמא משקבע עונש החורג באופן קיצוני ממדיניות הענישה הנוהגת, בלא שפירט את הבסיס לקביעת מתחם העונש ותוך שקילת שיקולים לחומרא שאינם רלוונטיים לקביעת המתחם, בניגוד לתיקון 113 לחוק העונשין ובלא לשקול כל שיקול לקולא.

נטען כי **מתחם העונש ההולם צריך היה לנוע בין מאסר על תנאי ל-6 חודשי מאסר בפועל**.

שגה בית משפט קמא עת מיקם את העונש **ברף העליון של מתחם**, ולא נתן משקל ראוי לנסיבותיו האינדיבידואליות של המערער, כעולה מהמסמכים שהוגשו ובין היתר לעובדה שהודה בהזדמנות הראשונה בעבירה בה הורשע בסופו של יום.

כן שגה בית משפט קמא עת **לא נתן משקל למחדלי החקירה** בעת גזירת העונש, חרף קביעתו בהכרעת הדין בדבר קיומם.

תמצית תשובת המאשימה לערעורו של המערער

32. המאשימה חזרה על טענותיה שפורטו בערעור שהוגש מטעמה בעניינו של המשיב אשר נוגעות גם למערער, ובין היתר כי **די בתשתית הראייתית הקיימת להוכחת האשמה**. עוד הודגש כי **המערער הודה** מהרגע הראשון בעבירה בה הורשע בסופו של יום, החזקה ושימוש בסם, וטענתו הסתכמה בכך שקיבל את הסם מאחר, ולא מהמשיב, ועל כן טענותיו בדבר "תפירת תיק" מעלות תמיהה.



33. בדין קבע בית משפט קמא כי אין בטענות הנוגעות לנסיבות קבלת **האישור לצפייה בסרטון**, כדי לפגום בטיב הראיה ובקבילות הסרטון. האישור התקבל על ידי פרקליטת המחוז על בסיס המידע המודיעיני הקיים וממילא אין כל חובה בדין לקבל אישור כאמור והדבר נעשה מעבר לצורך ולמען הזהירות בלבד, כנהוג בפרקטיקה במקרים בהם מדובר בחשודים שהינם עורכי דין.

34. **אין בהתנהלות היחידה החוקרת ובמחדלי החקירה כדי להעיב על התשתית הראייתית הקיימת**, תוך שימת לב לכך שעיקר הטענות לעניין התנהלות היחידה החוקרת נוגעות לאישום הנוסף שנמחק ואין רלוונטיות עוד. באשר לטענות בדבר **התנהלות המאשימה**, אשר עיקרן נוגעות לשיהוי בקבלת חומרים שונים, הרי שהיה מקום להעלאתן במהלך הדיון בבית משפט קמא ולא בשלב הערעור.

35. בדין קבע בית משפט קמא כי לא הוכח קיומה של הבטחה שלטונית וממילא מבדיקה שנערכה התיק מעולם לא נגזז.

36. **גזר הדין ראוי והולם** ועולה בקנה אחד עם ההלכה הנוהגת, ולא נמצאה כל עילה להתערב בו.

דין והכרעה

העתירה לגילוי ראיה חסויה

37. במסגרת ההליך בבית משפט קמא נדונה עתירתם של המערער ושל המשיב לגילוי ראיה חסויה (להלן: **"העתירה"**). המדובר בדיעה מודיעינית שתמצית תוכנה הגלוי כדלקמן: **"ידיעה מתאריך 02/2017 האסיר אבי המערער קיבל סמים באמצעות עו"ד"**.

38. העתירה נדחתה על ידי בית משפט קמא בהחלטתו מיום 01.05.19, תוך שצוין כי **"לאחר בדיקת כלל המסמכים החלטתי כי בשלב זה יש לדחות את העתירה מהנימוקים שיפורטו להלן"**. עוד קבע בהחלטתו כי אין המדובר בהחלטה סופית, **"... ובהמשך הדרך, יתכן כי תתקבלנה החלטות אחרות, בין ביוזמת צד ובין ביוזמת בית-המשפט"**.

39. דא עקא, בית משפט קמא לא נדרש פעם נוספת לעתירה, ולו ביוזמתו, אלא קבע **במסגרת הכרעת הדין כי תעודת החיסיון מהווה גם היא את אחד הנדבכים לקיומו של הספק הסביר**. במסגרת הכרעת הדין צוין כילאחר שתמונת תזת ההגנה התבררה בראיות עד תום, הפכו הידיעה המודיעינית, תוכנה המלא וזהות מוסרה, לחיוניים ביותר להגנת הנאשמים. עוד נקבע כי מצב דברים שכזה, שבמסגרתו נאלצו הנאשמים להציג הגנה פגומה, לוקה, כשידם האחת קשורה מאחורי גבם, בחוסר ידיעה ובלא אשמתם, ראוי שירבוץ לפתחה של המאשימה, אשר בחרה להתנהל תחת תעודת חיסיון כאמור, ויהא בכך כדי להוות נתון כבד משקל במניין יתר השיקולים.



40. היה מקום להכריע בעניין הראיה החסויה **במסגרת דיון בעתירה, ולא במסגרת הכרעת הדין** תוך קביעה כי המדובר בראיה חיונית להגנת הנאשמים המהווה נדבך נוסף לספק הסביר. זאת נוכח כלל ההשלכות שעשויות היו לנבוע מקביעה בדבר חיוניות הראיה המובילה לצורך בחשיפתה, לרבות מתן אפשרות למאשימה לכלכל את צעדיה בהתאם, וזאת טרם מתן הכרעת הדין.

41. בנסיבות האמורות **נדרשנו אנו תחילה, וטרם שמיעת טיעוני הצדדים לגוף הערעורים, לדיון והכרעה בעתירה**. לאחר ששמענו את הצדדים בעניין זה ביחד ובנפרד במהלך הדיון שהתקיים לפנינו ביום 11.04.21, ולאחר שעיינו בראיה החסויה ובפרוטוקולים החסויים, באנו לכלל מסקנה כי **"לא היה מקום ואין מקום גם היום לגלות את הראיה"**.

ובאשר לערעורים לגופם

קבילות הסרטון

42. ב"כ המערער טענה כי לא היה מקום לקבל את הסרטון כראיה קבילה, נוכח העובדה שאישור פרקליטת המחוז לצפייה בו התבסס על מצג שווא שקרי אשר הוצג בפניה, לפיו קיים מידע ספציפי, חם ועדכני, שהמשיב "מכניס" סמים בלשון הווה, וזאת בניגוד למידע הקיים אשר היה מנוסח בלשון עבר. יתירה מכך, לא היה כל מידע ספציפי ביחס למשיב, שכן המידע העדכני נגע לאסיר אחר (שחר בשארי), והמידע הנוסף הינו מידע ישן מפברואר 2017. חרף קביעותיו של בית משפט קמא בעניין זה, לפיהן לא ברור כיצד השתרבב שמו של המשיב למזכר שתיעד את השיחה שקוימה עם פרקליטת המחוז, וכי נסיבות קבלת האישור נותרו מעורפלות, לא ניתן סעד ממשי והראיה שהושגה בחטא התקבלה כראיה קבילה.

43. ב"כ המשיב בתשובתו לערעור טען אף הוא כי הסרטון, כמו גם עצם מתן האישור לצפות במצלמות, מהווה ראיה בלתי קבילה ודינו להיפסל, שכן הושג בניגוד לחוק האזנות סתר ופוגע באופן אנוש בפרטיותם של הנאשמים ובחיסיון עו"ד לקוח. באשר לאישור פרקליטת המחוז נטען כי הוא נסמך על מידע מודיעיני ש"עובד" שלא כראוי ע"י הקמ"ן.

44. בית משפט קמא דחה את הטענות בדבר אי קבילות הסרטון שעניין שימוש בסרטון בניגוד לחוק האזנת סתר ופגיעה בחיסיון עו"ד-לקוח וכן בכל הנוגע לטענות בדבר אי קבילות טכנית הקשורות בהעדר כל חשש למהימנות ולרצף המתועד בסרטון. נימוקיו פורטו בהרחבה ומקובלים עלינו במלואם (ר' עמ' 15-19 להכרעת הדין).

45. באשר לאישור פרקליטת המחוז לצפייה בסרטון, קבע בית משפט קמא כי **"גם אם הפרטים שהוצגו לפרקליטת המחוז לא היו מדויקים (כלומר קיומו של המידע המודיעיני - אם קיים, הפרטים שנרשמו בו, אם בכלל, העובדה ששמו של הנאשם 1 לא נרשם בו מפורשות בגוף הדברים שנמסרו, אלא ששמו עלה בניתוח מודיעיני שהעשיר את המידע) אין בכך כדי לפגוע באופן עקרוני בטיבה של**



הראייה המצולמת כראייה קבילה. הראייה המצולמת עומדת כראייה עצמאית, קבילה, שיש לנתח ולחסיק ממנה מסקנות."

46. קביעה זו בדין יסודה. גם אם נצא מנקודת הנחה, לטובת הנאשמים, כי אכן נדרש אישור פרקליטת המחוז לצורך צפייה בסרטונים (הגם שלטענת המאשימה המדובר בנוהג לא מחייב), יש לבחון את מידת ההשפעה של אופן השגתו הבלתי חוקי של הסרטון כעתירת הנאשמים, על קבילותו.

בעניין זה נקבע בע"פ 5121/98 טור' רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי, פס' 71 (04.05.06), כי יש לבחון שתי שאלות הכרוכות זו בזו:

"ראשית, באיזו מידה אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראייה, עשויה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה ההוכחתי של הראייה. בנסיבות בהן מתעורר חשש לאמינות הראייה, נחלש המתח שבין ערך חשיפת האמת לבין ההגנה על הגינות ההליך וטוהרו, באופן שעשוי לתמוך בפסילת הראייה. שנית, יש לבחון האם קיומה של הראייה הינו עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגתה. בנסיבות בהן התשובה לשאלה זו חיובית, אין באמצעי החקירה הבלתי כשרים כדי להשפיע על תוכן הראייה, והדבר עשוי להוות שיקול בעד קבלתה במשפט. בעניין של שתי השאלות האמורות עשויה להיות חשיבות רבה לאופיה של הראייה בה מדובר - חפצית, מילולית או אחרת."

באשר לראיות חפציות, שהסרטון נמנה עליהן, נקבע כי הן בעלות "קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגתן, ובדרך-כלל לא יהא באי-החוקיות האמורה כדי לפגום באמינותן של ראיות אלה" (שם בפס' 71).

הערעור על הכרעת הדין - בעניינו של המשיב

המסגרת הנורמטיבית

47. בפתח הדברים ראוי להזכיר כי בהתאם להלכה הנוהגת, ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בממצאי עובדה ומהימנות אשר נקבעו על ידי הערכאה הדיונית, וזאת בשל היתרון שיש לערכאה הדיונית השומעת את העדים ומתרשמת מהם באופן בלתי אמצעי.

יפים לעניין זה הדברים שנאמרו בע"פ 7477/08 גץ נ' מדינת ישראל, (14.11.2011)(להלן: "עניין גץ"), באשר לתפקידה של ערכאת ערעור:

"הנה כי כן, בבואנו לבחון ערעור, אין זה מתפקידנו לבוא בנעליה של הערכאה הדיונית, לברר העובדות ולקבוע המסקנת העובדתית מתחילה. תפקידנו הוא להעביר הקביעות והמסקנות של הערכאה הדיונית תחת שבת הביקורת השיפוטית ואין אנו בוחנים מבראשית את אשמת המערער או חפותו, בבחינת שמיעת המשפט מחדש. הבחינה הערעורית שמה במוקד את פסק הדין, את אופן קביעת הממצאים והסקת המסקנות בו" (שם, בפס' 27).

48. ערכאת הערעור תתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, רק באותם מקרים



חריגים שבגדרם מתמעט יתרונה של הערכאה הדיונית על זו של ערכאת הערעור, כגון כאשר **נפלה טעות ממשית ומהותית בהערכת הראיות**, או כאשר **הממצאים שנקבעו אינם עומדים במבחן ההיגיון והשכל הישר**.

בהקשר זה נקבע בע"פ 6295/05 וקנין נ' **מדינת ישראל** (25.1.2007):

"... כדי להצדיק התערבות ערכאת ערעור בקביעות מהימנות וממצאי עובדה שנקבעו על-פיהן בידי הערכאה הדיונית, צריך שהן תסטינה מן ההיגיון והשכל הישר במידה כה מהותית ובולטת, עד כדי ביטול העדיפות המוקנית לערכאה שהתרשמה התרשמות בלתי-אמצעית מן העדים" (שם, פס' 37 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה).

חריג נוסף המאפשר התערבות של ערכאת ערעור מתקיים במקרים בהם **הממצאים מתבססים** על ראיות בכתב, ובתוך כך גם **על סרטוני מצלמות אבטחה**. ערכאת הערעור יכולה לבחון את ממצאי ומסקנות הערכאה הדיונית על ידי צפייה באותם סרטונים, ואף להתערב בהם במידת הצורך, שכן גם ביכולתה להתרשם מהם באופן בלתי אמצעי (ע"פ 5626/19 אטקלה אבטרמרים נ' **מדינת ישראל**, פס' 10 (3.3.2021)).

(ראו גם: ע"פ 3162/17 זייצב נ' **מדינת ישראל**, פס' 9 (19.10.2017); ע"פ 8560/18 זבורוף נ' **מדינת ישראל**, פסקה 21 (23.4.2020); ע"פ 6950/17 פלוני נ' **מדינת ישראל**, פס' 13 (24.9.19); ע"פ 8050/17 פלוני נ' **מדינת ישראל**, פס' 28 (31.10.18); ע"פ (מרכז) 59085-08-16 מאיר מזרחי נ' **מדינת ישראל**, פס' 52 (01.01.18); ע"פ 936/14 אמבסגר אברהם נ' **מדינת ישראל**, פס' 10 (31.8.2014)).

49. בעניינינו, סמכה ידיה המאשימה על תשתית ראייתית המבוססת על **ראיות נסיבתיות** גרידא, ובראשן הסרטון המתעד את המפגש בין המשיב לבין המערער, והעובדה שנמצא הסם על גופו של המערער בחיפוש שנערך מיד לאחר המפגש, ובלא שנמצא בחיפוש שנערך על גופו טרם המפגש.

50. כידוע, ראייה נסיבתית נבדלת מן הראייה הישירה בכך שהיא אינה מוכיחה במישרין עובדה מן העובדות השנויות במחלוקת, אלא אך את קיומה של נסיבה שעל פיה ניתן להסיק את דבר קיומה של העובדה אשר הוכחה נדרשת. בכדי להתמודד עם הקושי הקיים בבחינתן של ראיות נסיבתיות, על הבחינה להיערך באמצעות בדיקה תלת-שלבית:

"**בשלב הראשון** נבחנת כל ראייה נסיבתית בפני עצמה כדי לקבוע אם ניתן להשתית עליה מימצא עובדתי; **בשלב השני** נבחנת מסכת הראיות כולה לצורך קביעה אם היא מערבת לכאורה את הנאשם בביצוע העבירה, כאשר הסקת המסקנה המפלילה היא תולדה של הערכה מושכלת של הראיות בהתבסס על ניסיון החיים ועל השכל הישר. המסקנה המפלילה עשויה להתקבל גם מצירופן של כמה ראיות נסיבתיות אשר כל אחת בנפרד אמנם אינה מספיקה לצורך הפללה, אך משקלן המצטבר מספיק לצורך כך; **בשלב השלישי** מועבר הנטל אל הנאשם להציע הסבר העשוי לשלול את ההנחה המפלילה העומדת נגדו. הסבר חלופי למערכת הראיות הנסיבתית, העשוי להותיר ספק סביר באשר להנחה המפלילה את הנאשם, די בו כדי לזכותו. בית-המשפט מניח את התזה המפלילה של התביעה מול האנטי-תזה של ההגנה ובוחן אם מכלול הראיות הנסיבתיות שולל מעבר לכל ספק סביר את גירסתו והסברו של הנאשם" (ע"פ 9372/03 עמוס פון וייזל נ' **מדינת ישראל**, פס' 3 (23.09.2004) ור' ע"פ 6392/13 **מדינת ישראל** נ' מאיר קריאף, פס' 97-98 לפסק דינו של הש' סולברג (21.01.15)) (להלן: עמוד 11



"עניין קריאף".

51. ויודגש, אין הכרח להראות שכל אחת מהראיות הנסיבתיות מספיקה כשלעצמה להרשעת הנאשם, אלא די בכך שצירופן של הראיות ה"מחשדות" יוביל למסקנה המרשיעה. עוד נקבע בפסיקה, כי במסגרת השלב השני די בכך שכלל הראיות יסבכו את הנאשם, באופן המקים **מסקנה לכאורית** לפיה הוא אכן ביצע את העבירות שיוחסו לו, כמסקנה סבירה. בשלב זה יועבר **הנטל הטקטי** לכתפיו של הנאשם, על מנת שיוכל להעלות ספק סביר בדבר אשמתו, קרי כי ניתן להסיק מהמארג הראייתי הנסיבתי **הסבר אפשרי אחר** השולל אחריות פלילית (ר' **עניין קריאף**, פס' 97-100).

כדי לעורר ספק סביר כאמור, על ההסתברות להתקיימותה של האפשרות האחרת, להיות מעוגנת בחומר הראיות, ועליה לעמוד במבחני השכל הישר וניסיון החיים: **"אין די באפשרות גרידא לכך שהנאשם הוא חף מפשע. נדרשת אפשרות מציאותית, אשר יש לה בסיס. אין די באפשרות תיאורטית, המעוגנת אך בספקולציות או בהשערות, אשר אינן נתמכות בראיות (או בהיעדרן)"** (דנ"פ 3391/95 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פס' 25 לפסק דינו של הש' אור (09.06.1997)).

52. בכל הנוגע לגדר ההתערבות של ערכאת ערעור בתיק המבוסס על ראיות נסיבתיות, נקבע בפסיקה כי יש להבחין בין שלבי הניתוח השונים של בחינת הראיות הנסיבתיות:

"השלב הראשון עוסק בניתוח חוזקה ומהימנותה של כל ראיה בפני עצמה. בשלב זה עומד על כנו הכלל הרגיל שבו נטייתה של ערכאת הערעור תהא להימנע מלהתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית. שונים הם פני הדברים כאשר מדובר בשלב השני והשלישי, שעניינם בביצוע ההיסק הלוגי מן התשתית העובדתית שנקבעה. בשלבים אלו פוחתת הסתייגותה של ערכאת הערעור מהתערבות בקביעותיה של הערכאה הדיונית. זאת לאור העובדה שלשם הסקת המסקנות מהממצאים העובדתיים אין כוחה של ערכאת הערעור נופל מזה של הערכאה המבררת" (ר' **עניין קריאף**, פס' 119).

מן הכלל אל הפרט

53. חלק מטענותיה של ב"כ המאשימה בערעורה כוונת כנגד ממצאי מהימנות, אשר על בסיסן הסיק בית משפט קמא את מסקנתו, לפיה קיים ספק האם הסם שנתפס על המערער מקורו במשיב ולא בעד ההגנה פארש. בהקשר זה ביקשה ב"כ המאשימה להתערב בקביעות מהימנות הנוגעות לפארש, נוכח סתירות מהותיות לטענתה שהתגלו בין עדותו לבין עדותו של המערער, ובהיעדר תמיכה בראיות חיצוניות לביסוס עסקת הסם שבוצעה ביניהם, לגרסתם, באותו היום.

מנגד עתר ב"כ המשיב בתשובתו לערעור, הלכה למעשה, להתערב בקביעות המהימנות שקבע בית משפט קמא ביחס לעדותם של המשיב ושל המערער, ולקבוע כי המדובר בעדויות אמינות העולות בקנה אחד זו עם זו ונתמכות בראיות נוספות.

54. נוכח ההלכה הנוהגת כמפורט לעיל, **בית משפט זה לא יידרש לטענות מי מהצדדים שאינן עולות בקנה אחד עם הכרעת בית משפט קמא, שעניינה קביעות מהימנות ועובדה**, משלא מצאנו כי המדובר באותם מקרים חריגים המצדיקים התערבות, וקביעות אלה יעמדו בעינן: **אין בחיפוש המקדים כדי**



להוכיח כי המערער הגיע למפגש מבלי שהוא נושא עמו על גופו את הסם המדובר; לא הוכחו כנדרש הראיות הנסיבתיות המחזקות את הסרטון שעניין **אמרת המשיב ואמרת המערער; עדויות הנאשמים** לא זכו לאמונו של בית משפט קמא, וגרסתם באשר לאירוע המתועד בסרטון, לפיה המשיב העביר למערער טישיו שלא הכיל דבר, נדחתה מכל וכל; **עדויות של עד ההגנה פארש, לפיה העביר סמים למערער באותו היום**, זכתה לאמונו של בית משפט קמא ואף לא נסתרה בראיות; נדחתה טענת ההגנה בדבר **"הבטחה השלטונית"** שניתנה למשיב לפיה התיק בעניינו ייסגר מחוסר ראיות.

55. הנה כי כן, יש לבצע הבחנה בין טיעוני הצדדים המופנים כנגד קביעת עובדות היסוד, מהן הסיק בית משפט קמא את מסקנותיו, בהן לא מצאנו מקום להתערב, לבין **ביצוע ההיסק הלוגי** מן התשתית העובדתית שנקבעה, וכן בחינת **גרסת ההגנה החלופית**, בהן אין מניעה להתערב, כפי שיפורט להן.

56. מצאנו לאמץ את קביעת בית משפט קמא על כל נימוקיה, כי המתועד בסרטון מוביל למסקנה כי **במהלך הפגישה העביר המשיב למערער "דבר מה אסור"** וכי לא הייתה זו כלל ועיקר פגישה בין עורך דין ללקוחו הנוגעת לעניינים מקצועיים, אלא התנהלות מחשודה, בעלת קווי אופי עברייניים.

ואולם, בניגוד לבית משפט קמא מצאנו כי הוכח, כנדרש בפלילים, כי במפגש המחשיד והבעייתי העביר המשיב למערער את הסם כנטען בכתב האישום.

57. לאור התרשמותנו הבלתי אמצעית מצפייה בסרטון ובשים לב למכלול הראיות הנסיבתיות, באנו לכלל מסקנה כי **המארג הראייתי הנסיבתי מוכיח לכאורה** כי אותו **"דבר מה אסור"** שקבע בית משפט קמא שהועבר במהלך המפגש המחשיד והבעייתי בין השניים **הוא הסם.**

58. מהסרטון עולה כי בעוד המשיב ממתין למפגש עם המערער הוא מוציא מכיסו נייר טואלט הכולל מספר ריבועים מחוברים, חותך ממנו חתיכה, מקנח אפו ומשליך את הנייר בו קינח את אפו ליד עיתון שמונח על הדלפק. לאחר מכן תוחב את יתר הניירות לכיסו, ומעלעל בעיתון. מספר דקות לאחר מכן מוציא המשיב את נייר הטואלט עושה בו שימוש ותוחב את הנייר המשומש לכיסו ביחד עם יתר הניירות.

בסמוך לכך מגיע המערער למפגש והשניים משוחחים ביניהם. מספר דקות לאחר מכן נראה המערער כשהוא עושה תנועת אגרוף בידו השמאלית, מזיז אותה לכיוון הקלסר המונח על הדלפק בצדו של המשיב ופותח את ידו. מיד לאחר מכן נראה המשיב זז אחורה על גבי הספסל ומפנה את גבו ימינה, כך שאינו יושב עוד מול המערער, אלא בחצי תפנית ממנו. במקביל לכך, פותח המערער את הכריכה העליונה של הקלסר ומחזיק את הכריכה בידו השמאלית על מנת למנוע את סגירתה, רוכן לעברה, ועובר במהירות עם ידו הימנית, המחזיקה בעט, על גבי הכתוב, כאילו מבקש להדגיש דבר מה או לעקוב אחרי הכתוב. מיד לאחר מכן מניח המשיב את הנייר מתחת לכריכה הפתוחה של הקלסר והמערער שולח את ידו השמאלית שעד אותה עת החזיקה בכריכה, אל מתחתיה ולוקח את הנייר. משעזב המערער את הכריכה היא נסגרה בחזרה וניתן היה לראות למאית השנייה את הנייר שהניח המשיב מתחתיה. המערער מאגרף את יד שמאל כאשר הנייר בכף ידו, ומצמיד אליה את יד ימין האוחזת בעט, ושומט את העט. מיד לאחר העברת נייר הטישיו עושה המערער שימוש בסם, לעיניו של המשיב, וגם בהמשך המפגש מבצע פעולות לאטימת הסם לעיני המשיב.



מהמארג הראייתי הנסיבתי המפורט לעיל עולה כי המשיב העביר למערער נייר טישו **בהיחבא**, מתחת לכריכת הקלסר. מיד לאחר העברת נייר הטישיו, עושה המערער שימוש בסם, עובדה המלמדת נסיבתית כי ה"**דבר מה האסור**" **שהועבר בהיחבא, הוא הסם**. השימוש בסם לעיני המשיב, עורך דינו, אף מהווה ראיה נסיבתית לכאורית לכך כי המשיב "שותף סוד" וכי זו מהות "החפץ האסור" שהועבר למערער.

על רקע האמור והאופן שבו הועבר נייר הטישיו מהמשיב למערער, ניתן לקבוע לכאורה נסיבתית כי פעולות ה"סימון" שנקט בהן המערער טרם ההעברה היווה **תיאום להעברת הסם**, שכן המשיב אכן פעל בהתאם להנחיותיו של המערער ושם את נייר הטישיו מתחת לקלסר. לכך יש להוסיף את העובדה כי המשיב אישר בעדותו שהבין "בלי מילים" מהמערער היכן להניח את נייר הטישיו. זאת ועוד, עובר להעברת נייר הטישיו עם הסם, בהיחבא, מתחת לכריכת הקלסר, נראה המערער מנסה לכאורה לאפשר למשיב להעביר את הסם באופן מוסתר, על ידי פתיחת הכריכה. הדבר נלמד נסיבתית מהאופן המהיר והמוגזם על פניו בו "עובר" המערער על הכתוב בקלסר, וכן נלמד נסיבתית מכך שעם ההעברה מאבד המערער לחלוטין כל עניין בקלסר ושומט את כריכתו, והיא נסגרת מבלי שמי מהצדדים מגלה עוד עניין בקלסר.

59. מעבר למתועד בסרטון כאמור, קיימת תמיכה ראייתית נסיבתית לכך שהמדובר בסם, בכך שהסם נמצא בסופו של יום אחרי המפגש בחיפוש שנערך על גופו של המערער, כשהוא עטוף בין היתר בנייר טישו, **ובלא שנתפס על גבי המערער "דבר מה אסור" אחר**.

60. לאור האמור, באנו לכלל מסקנה כי המאשימה עמדה בנטל המוטל על כתפיה להוכיח לכאורה, כמתחייב בפלילים, כי הסם הוא שהועבר במהלך המפגש, ומשכך הועבר **הנטל הטקטי** לכתפיהם של הנאשמים להעלות **תרחיש אפשרי אחר** שיסתור את הנחת ההפללה העומדת כנגדם.

61. בית משפט קמא נדרש למעשה לתרחיש החלופי האפשרי, שהועלה בעדותם של הנאשמים לפניו, לפיו הסם שנשא המערער על גופו עוד לפני המפגש החל להתפורר בין תחתוניו, ועל כן נזקק לנייר הטישיו של המשיב על מנת לעטפו, ודחה את התרחיש מכל וכל וקביעה זו עומדת בעינה גם עתה. עם זאת קבע בית משפט קמא כי אין די באמור כדי להשלים את החסר בראיות המאשימה, אשר לא עמדה בנטל המוטל על כתפיה, מסקנה שכאמור לעיל, לא התקבלה על ידינו.

די אם כן בקביעת בית משפט קמא אשר מצא את גרסתם של המשיב ושל המערער משוללות כל יסוד, כדי לקבוע שלא עלה בידי המשיב לעמוד בנטל הטקטי המוטל על כתפיו.

62. ויודגש כי השימוש שעשה המערער בסם מיד לאחר העברת נייר הטישיו על ידי המשיב, מהווה ראיה נסיבתית משמעותית המחייבת מתן הסבר משכנע. גרסתו של המערער כי קיבל את הסם לידי טרם המפגש אינה עולה בקנה אחד עם הבהילות בשימוש בסם, מיד עם העברת נייר הטישיו. גם בית משפט קמא קבע כי אך סביר הוא שהמערער ביקש לטעום "משהו חדש" שלא היה בידיו קודם לכן.

63. בנוסף, עמד בית משפט קמא ארוכות בהכרעת דינו על כך שהמשיב **כשל מלספק הסבר לאופן**



העברת הטישיו, בהיחבא, מתחת לקלסר. עמדתו של המשיב כי נייר טישיו אינו חפץ האסור בהעברה לאסיר, חותרת כשלעצמה תחת גרסתו כי כל שהעביר היה נייר טישיו. גם העובדה כי המשיב ניגב קלות את אפו עם נייר הטישיו טרם העברתו למערער, בניסיון לשוות למהלך נופך תמים, חותרת ביתר שאת תחת גרסתו כי ביקש להעביר נייר טישיו ריק, וזאת בשים לב למתועד בסרטון כי היו ברשותו של המשיב גם ריבועי נייר טואלט שטרם עשה בהם שימוש.

64. זאת ועוד- לגרסתו של המערער הוציא את הסם מבין תחתוניו ביד ימין, בעת שהמשיב שוחח עם הסוהר ומבלי שפעולתו זו נקלטה בסרטון. לאחר שאסף את נייר הטישיו בידו השמאלית חיבר בין ידיו "בזריזות ידיים" והעביר את הסם מידו הימנית אל נייר הטישיו שהחזיק בידו השמאלית. לא רק שגרסה זו נדחתה על ידי בית משפט קמא, אלא שאף ניתן היה להתרשם באופן בלתי אמצעי מהסרטון כי אין בה ממש, שכן בדקות 16:18:10, וכן ב- 16:18:15 ידו הימנית של המערער, בה לגרסתו החזיק את הסם טרם קבלת נייר הטישיו, נראית פתוחה באופן כמעט מלא, ומעבר לעט המוחזק על ידה, אין בה דבר.

65. יתירה מכך, מצפיה בהמשך הסרטון, החל מדקה 16:47, ניתן להיווכח כי בשלב מאוחר יותר של המפגש **שולח המערער את ידו וקורע בגלוי גזיר מנייר העיתון שמונח על הדלפק לעין כל ועוטף באמצעותו את הסם.** ואכן, הסם נתפס כשהוא עטוף מעבר לנייר הטישיו גם בנייר עיתון (עמ' 33 להכרעת הדין). מכאן כי אין כל הגיון בטענה שהמערער היה כה נואש לנייר הטישיו המשומש של המשיב דווקא, על מנת לעטוף את הסם כגרסתם, שכן נייר העיתון היה מצוי בהישג ידו של המערער לכל אורך המפגש. יש בעניין זה כדי לשמוט את הקרקע תחת התרחיש החלופי שהעלה המשיב, ביתר שאת.

66. לא נעלם מעינינו כי בית משפט קמא נתן אמון **בעדותו של פארש,** אסיר אשר שכן בתא מעצר הממוקם מולתא המעצר של המערער, **לפיה העביר למערער סמים באותו היום.** בית משפט קמא התייחס לסתירות שבין עדותו לבין עדותו של המערער בעניין זה, אך קבע כי המדובר בנתונים שוליים וכי אין בהם כדי לדחות את גרעין עדותו, בייחוד נוכח העובדה שבין השניים התנהל קשר מתמשך שכלל העברות סמים מרובות, ועל כן לא מצופה ממנו לזכור פרטי פרטים כמויות ותאריכים. עוד נקבע כי היעדרה של מצלמת האבטחה מהמסדרון תורמת לספק שנוצר בעניין זה, וכי נוכח התרשמותו הבלתי אמצעית מביקור שערך במקום קיימת אפשרות פיזית להעברת חפצים בין תאי העצורים.

ואולם, גם בהינתן קביעה זו שלא מצאנו להתערב בה, אין בכך כדי לחתור תחת המסקנה העולה מהתשתית הראייתית הנסיבתית, לפיה במהלך המפגש העביר המשיב את הסם שנמצא על גופו של המערער בתום המפגש, שכן **אין המדובר במוצר בעל סימן היכר מובהק, ולמעשה אין כל מניעה כי המערער יקבל סמים משני מקורות שונים בשעות שונות באותו היום.**

67. **אשר על כן, המסקנה ההגיונית היחידה העולה ממארג הראיות הנסיבתיות היא כי המשיב העביר למערער סם בעת המפגש שהתקיים ביניהם.**

התנהלות רשויות החקירה ומחדלי החקירה - בעניינם של המערער והמשיב



68. בתי המשפט עמדו לא אחת על משמעותם ונפקותם של מחדלי חקירה, על רקע החובה המוטלת על רשויות האכיפה לחתור לחקר האמת. בעניין זה נקבע בע"פ 5386/05 **בילל אלחורטי נגד מדינת ישראל** (18.5.06) (להלן: "**עניין אלחורטי**"):

" בבסיס חובת החקירה, המוטלת על הרשויות, עומדת החובה לפעול לחקר האמת והחובה להביא לדין את האשם האמיתי בביצועה של העבירה. חובת הרשויות למיצוי הליכי חקירה כראוי, מהווה גם חלק מזכות הנאשם למשפט תקין והוגן, בהיותו אמצעי לחשיפת האמת. ברוח זו נפסק כהאי ליסנא: "מטרת החקירה המשטרית אינה מציאת ראיות להרשעתו של חשוד, אלא מציאת ראיות לחשיפת האמת, בין אם אמת זו עשויה להוביל לזיכויו של חשוד, ובין אם היא עשויה להוביל להרשעתו". לאור זאת, השאלה היא מהי הנפקות והמשמעות של מחדלי החקירה.

...

במקרים שבהם נתגלו מחדלים בחקירת המשטרה, בית המשפט צריך לשאול עצמו האם המחדלים האמורים כה חמורים עד שיש לחשוש כי קופחה הגנתו של הנאשם, כיוון שנתקשה להתמודד כראוי עם חומר הראיות העומד נגדו או להוכיח את גרסתו שלו".

ובע"פ 9908/04 **נסראלדין נ' מדינת ישראל**, פס' 22 (31.07.06) נקבע בהקשר למחדלי חקירה כך:

" השאלה עליה צריך בית משפט לענות, היא לעולם האם הראיות שהובאו בפניו די בהן לצורך הוכחת אשמתו של נאשם מעבר לספק סביר, בהבדל מהשאלה האם היו ראיות אחרות, נוספות, טובות יותר שניתן היה להביאן. שיטת המשפט שלנו אינה דורשת את הראיה המכסימלית, אלא את הרמת נטל השכנוע [...] המציאות מוכיחה, כי כמעט בכל תיק ניתן להצביע על מחדלי חקירה כאלה ואחרים. משמעותם, משקלם והפער שהם יוצרים (אם הם יוצרים) במארג הראיות - הוא עניין לערכאה הדיונית הבוחנת את המכלול. בתוך נוסחה זו משתלב גם הכלל הראייתי שעניינו הימנעות מהבאת עד. גם באשר אליו השאלה היא עד כמה "האין" מכרסם במשקל ה"יש".

69. בית משפט קמא קבע כי התקיימו **שורה של מחדלי חקירה: אי תפיסת תיעוד המצלמה הנוספת בחדר המפגש**, אשר יכולה הייתה להציג זווית צילום רלוונטית אחרת, ולא מן הנמנע כי היתה עשויה לעדן את החשד הנטען בדבר כוונת ההסתרה; **אי הבאה לעדות את הסוהר/שוטר אשר צפה בעמדת השליטה של מצלמות האבטחה** במפגש בין שני הנאשמים; **אי תפיסת תיעוד מצלמת המסדרון באגף ההפרדה**, אשר יכולה הייתה לברר האם המערער קיבל את הסם קודם למפגש עם המשיב כגרסתו; **אי בדיקת טביעת אצבע** על גבי שקית הסם; **ואי נטילת מכנסיו של המשיב** לבדיקת שירי סם; בנוסף עמד בית משפט קמא על הפגמים שנפלו בראיות בדגש על כך **שלא בוצע חיפוש קפדני על המערער, בטרם נכנס אל חדר הפגישות**, במטרה לשלול את האפשרות שהגיע למפגש עם הסם עוד קודם לכן.

עודהעביר בית משפט קמא תחת שבט ביקורתו את **אופן התנהלות גורמי החקירה בתיק זה**, ונקבע כילא ניתנו הסברים מספקים באשר לפגמים שנפלו בהתנהלות גורמי החקירה, ובאשר למחדלים האמורים.

70. **אשר למחדלי החקירה** קבע בית משפט קמא, תוך שסמך ידיו על עניין אלחורטי, כי יש בהצטברותם כדי לתרום לספק שקם בדבר אשמת המשיב, משלא הוכח די הצורך, על פי הסרטון, כי "הדבר האסור" עמוד 16



שהעביר המשיב למערער הוא הסם. זאת לנוכח דחיית טענת המאשימה בדבר קיומן של ראיות נסיבתיות התומכות בסרטון ולנוכח עדותו של עד ההגנה פארש שזכתה לאמונו, ממנה עולה כי העביר למערער סם מוקדם יותר באותו היום.

71. **לטענת המאשימה**, אין בכל אחד מהמחדלים ואף לא בהצטברותם, כדי לפגוע בהגנת המשיב ובחקר האמת ולבסס ספק סביר, ולשיטתה לו בוצעו פעולות אלה היה בכך לכל היותר כדי להיטיב את ראיות המאשימה.

72. **מנגד טען ב"כ המשיב** כי גורמי החקירה בחרו במופגן שלא למצות את החקירה ונמנעו מלגבות ראיות שהיה בהן כדי לאשש או להפריך את גרסתם של המשיב ושל המערער, חרף בקשת המשיב לעשות כן. נוכח מחדלים מהותיים אלה נפגעה קשות הגנתו של המשיב. בנוסף הפנה לעניין אלחורטי, שם נקבע, בין היתר, כי במקרים קיצוניים, די בעצם הצטברותם של מחדלים רבים כדי להוביל לזיכוי של נאשם, וטען כי עניינו של המשיב בא בגדר קביעה זו. עוד הודגש כי בענייננו אין המדובר רק במחדלי חקירה, אלא בפעולות אקטיביות ומכוונות של הרשויות, שנועדו להשיג הרשעה בכל מחיר, לרבות זיוף מזכרים, "הלבנת" דוחות ותיאום עדויות.

73. **באת כוחו של המערער** טענה בנוסף כי קמה למערער **הגנה מן הצדק**, נוכח המחדלים המהותיים והפגמים הקשים בהתנהלות המאשימה ובהתנהלות גורמי החקירה העולה לכדי התנהלות פלילית של ממש, וביתר שאת נוכח הצטברותם. עוד לדבריה, קיימים מחדלי חקירה שלא קיבלו ביטוי בהכרעת דינו של בית משפט קמא ולחלופין לא זכו לסעד ממשי: אי תיעוד חזותי של חקירותיו של המערער, העובדה שלא נחקר ולא הוזהר בגין העבירה בה הואשם ואי חקירתו של שחר בשארי תוך אכיפה בררנית.

74. כאמור לעיל, **בניגוד לבית משפט קמא, באנו אנו לכלל מסקנה כי קיימת תשתית ראייתית נסיבתית מספקת להוכחת המיוחס למשיב בכתב האישום**, קרי- העברת הסם למערער במהלך המפגש. לאור ההלכה הנוהגת, **לא מצאנו להתערב בקביעות העובדתיות של בית משפט קמא בדבר עצם קיומם של אותם מחדלי חקירה, כמו גם בהתרשמותו מאופן התנהלות גורמי החקירה**. ואולם, נותרה השאלה, לאור קביעתנו זו, **מה היא נפקותם של אותם המחדלים**, על פי אמות המידה שנקבעו בפסיקה.

75. באשר **לאי תפיסת המצלמה הנוספת שתיעדה את המפגש מכיוונו של המשיב**- אין חולק למעשה כי היה מקום לתפוס אותה ומשלא נעשה כן, המדובר במחדל חקירה. אכן כפי שקבע בית משפט קמא, לאור המחדל ובהעדר המצלמה הנוספת לא ניתן לקבוע מעבר לספק סביר כי הסם הועבר, כמפורט בכתב האישום, **"באופן המוסתר ממצלמות האבטחה"** (מצלמות ברבים), ואולם בהתבסס על המארג הראייתי הנסיבתי האמור לעיל, באנו לכלל מסקנה כי המתועד בסרטון בהקשר זה אינו משתמע לשתי פנים, ומוכיח כדבעי שנייר הטישיו הועבר מהמשיב למערער **בהיחבא** (והכיל את הסם כפי שפורט לעיל).

פעולת העברת נייר הטישיו מהמשיב למערער ומכלול הפעולות שביצעו השניים עובר להעברה ובמהלכה, נקלטו בבירור בעין המצלמה ממנה הופק הסרטון. כאמור לעיל, ניתן היה להתרשם מהסרטון כי המערער "סימן"



למשיב באמצעות ידיו היכן הוא מבקש כי יניח את נייר הטישיו, ומיד לאחר מכן אף "הכין עבורו את הקרקע" לשם ביצוע ההעברה, על ידי פתיחת כריכת הקלסר, לכאורה לצורך עיון בכתוב בו. ואולם, אופן הקריאה המהיר והמעושה מלמד כי אין המדובר אלא במצג שווא, ולראיה, מיד לאחר שהמשיב העביר לו את נייר הטישיו, בהתאם להנחיותיו, מתחת לכריכת הקלסר, זנח המערער את הקלסר ואיבד כל עניין בו. גם המשיב עצמו אישר בעדותו כי הבין בלי מילים מהמערער, היכן בדיוק להניח את נייר הטישיו. בנוסף לכך, כשל במתן הסבר למתועד בסרטון, וגרסתו לא זכתה לכל אמון מצדו של בית משפט קמא. בנסיבות אלה, אין "בחסר" שנוצר כתוצאה מהמחדל כדי לקפח את הגנתם של המשיב או המערער ולהטיל ספק במשקל ה"יש".

לאור האמור ומאחר ויכולנו אנו להתרשם באופן בלתי אמצעי מהמתועד בסרטון, אף לא נפגעה הגנתם של הנאשמים, באי הבאתו לעדות של **הסוהר/שוטר אשר צפה בעמדת השליטה של מצלמות האבטחה במפגש בין שני הנאשמים** לצורך שמיעת התרשמותו הוא.

76. באשר **לאי תפיסת תיעוד מצלמת המסדרון באגף הפרדה**, אשר נטען כי יכולה הייתה לברר האם המערער קיבל את הסם קודם למפגש עם המשיב כגרסתו, הרי שאף אנו כמו בית משפט קמא, יצאנו מהנחה כי אכן קיבל המערער סמים מעד ההגנה פארש מוקדם יותר באותו יום, הגם שקבענו כי אין בכך כדי לחתור תחת המסקנה כי קיבל סם גם מהמשיב, במהלך המפגש ביניהם. על כן, הגנת המשיב לא נפגעה בשל מחדל זה.

77. ובאשר **לאי בדיקת טביעות אצבע על גבי השקית שבתוכה היה הסם, ואי נטילת מכנסיו של המשיב לבדיקת שירי סם**, מצאנו לקבוע, מחמת הספק, כי המחדל יפעל לחובת המאשימה, ולמעשה, אף המאשימה בערעורה מוכנה לצאת מנקודת הנחה זו. ואולם, גם בהינתן שלא היתה מאותרת טביעת אצבע של המשיב על השקית ואף לא היו נמצאים שרידי סם על מכנסיו, לא היה בכך כדי לטעת ספק או לכרסם בחומר הראייתי הקיים, כאמור לעיל.

78. עוד יצאנו מנקודת הנחה כקביעת בית משפט קמא כי לא היה **בחיפוש המקדים** כדי להוכיח שהמערער הגיע למפגש מבלי שהוא נושא עמו על גופו את הסם המדובר, וכן כי לא הוכחו **כנדרש הראיות הנסיבתיות המחזקות את הסרטון שעניינן אמרותיהם ה"מפלילות" של המשיב והמערער**. חרף קביעות אלה באנו לכלל מסקנה כי קיים מארג נסיבתי להוכחת המיוחס למשיב בכתב האישום, ומכאן כי הגנתם של המערער והמשיב לא נפגעה אף בשל מחדלים הקשורים לראיות אלה.

בעניין זה יודגש כי לא מצאנו לקבל את טענת המערער בדבר **אכיפה בורנית**, נוכח אי חקירתו של האסיר שחר בשארי. כאמור לעיל, בית משפט קמא קבע כי אמרתו של המערער לשחר בשארי, שיעביר מסר לאחר בטלפון למסור למחרת **"10 גרם"** לא זכתה למשקל ראיתי, וזאת בין היתר נוכח אי ביצוע מהלכים חקירתיים שמצופה היה כי ייעשו במטרה לבלום את המהלך העברייני, ובתוך כך גם אי חקירתו של האסיר בשארי. **בנסיבות אלה, והגם שהיה מקום לחקור את אותו אסיר, לא מצאנו כי התקיימה טענת האכיפה הבורנית**, שכן ממילא לא נפגעה הגנתו של המערער במאומה, משאימצנו אף אנו את קביעת בית משפט קמא ולא זקפנו את אמרת המערער לחובתו.



79. ב"כ המערער טענה לקיומם של **מחדלי חקירה נוספים** שלטעמה לא מצאו את ביטויים בהכרעת הדין והמקימים למערער הגנה מן הצדק. באשר לטענה כי המערער **לא נחקר ולא הוזר** בגין העבירה בה הואשם, עיון בת/26 ות/27 מעלה כי נחקר באזהרה בגין החזקת סם שקיבל מעורך דינו ודי באמור כדי למלא אחר חובת האזהרה ותכליתה, וביתר שאת, שעה שבסופו של יום הורשע בעבירה המצויה במדרג נמוך יותר מזו בה הואשם -עבירת החזקה לצריכה עצמית, ועל כן ממילא הגנתו לא נפגעה.

אשר **לאי תיעוד חזותי של חקירת המערער**, בית משפט קמא נתן דעתו לעניין זה בהכרעת הדין ומצא כי אכן המדובר במחדל שבגינו **"אין לתפוס את הנאשמים על קוצו של יוד לפי הדברים שמסרו בהודעתם..."**, ואולם אין המדובר בפגם אשר מבחינת עוצמתו מקים את יסודותיה של הגנה מן הצדק(עמ' 46 להכרעת הדין). רואים אנו עין בעין עמו את קביעתו זו, על פי אמות המידה שנקבעו בפסיקה באשר להגנה מן הצדק כפי שיפורט בהמשך.

80. בית משפט קמא קבע קביעות עובדתיות, בדבר **הפגמים שנפלו בהתנהלות גורמי החקירה**, לרבות לאור חשש לתיאום דו"חות ובשל כתיבת דו"חות בדיעבד כאילו נכתבו בזמן אמת.

כן נקבעו קביעות עובדתיות באשר לפגמים שנפלו בחקירה ובנוגע לכך שלא ניתנו הסברים מספקים באשר לפשר ההתנהלות והמחדלים האמורים, ונמצא כי גם באמור, מעבר למחדלים, היה **כדי לתרום לספק הקיים ממילא**, קביעה שלא מצאנו לאמצה, שכן באנו לכלל מסקנה כי **קיימת תשתית ראייתית נסיבתית מספקת להוכחת המיוחס למשיב בכתב האישום**, קרי- העברת הסם למערער במהלך המפגש, **בלא שנותר ספק בכך**.

81. נדרשת הכרעה עתה אם כן, מה **הנפקות של מכלול המחדלים והתנהלות גורמי החקירה** והאם יש בכך כשלעצמו כדי לבסס ספק סביר או להקים הגנה מן הצדק. ויודגש כי טענותיהם של המערער והמשיב אינם מתמצות בטענות הנוגעות למחדלי החקירה גרידא, אלא נטען כי רשויות החקירה נקטו בפעולות אקטיביות ומכוונות אשר נועדו להשיג "הרשעה בכל מחיר". טענה זו נסמכה בין היתר על קביעות בית משפט קמא באשר לאופי ההתנהלות, כמפורט בהכרעת הדין.

82. דוקטרינת ההגנה מן הצדק, מעוגנת בסעיף 149(10) לחסד"פ: **"הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"**.

83. בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005) (להלן: **"עניין בורוביץ"**) הותווה מודל תלת-שלבי לבחינת טענות שיסודן בהגנה מן הצדק, אשר אומץ בפסיקה המאוחרת.

נקבע כי **בשלב הראשון** תיבחן השאלה האם נפלו פגמים בהליך ומהי עוצמתם, וזאת במנותק משאלת אשמתו של הנאשם; **בשלב השני** תיבחן השאלה האם נוכח הפגמים האמורים נפגעה תחושת הצדק וההגינות, באופן שאינו מאפשר ניהול ההליך הפלילי בצורה צודקת והוגנת והכל תוך איזון בין אינטרסים כגון חומרת העבירה



המיוחסת, עוצמת הראיות, נסיבות אישיות, מידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה; למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום-לב. בשלב השלישי יבחן הסעד הראוי, קרי- האם לא ניתן לרפא את הפגם באמצעי מתון ומידתי יותר, זולת ביטול כתב האישום. המדובר במבחנים מצטברים. כך, למשל, אם לא זוהה פגם בשלב הראשון, תסתיים בחינת תחולת ההגנה, עוד בטרם בחינת עוצמת הפגיעה בתחושת הצדק וההגינות.

הודגש כי **"...עיקר עניינה של ההגנה מן הצדק הוא בהבטחת קיומו של הליך פלילי ראוי, צודק והוגן. בעיקרון עשויה אפוא ההגנה לחול בכל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית־המשפט. מטרת החלתה של ההגנה היא לעשות צדק עם הנאשם, ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים. ואולם לרוב (אם כי לא תמיד) תיוחס הפגיעה בצדקתו ובהגינותו של ההליך הפלילי להתנהגות נפסדת של הרשויות, ובמקרים כאלה אכן מוטל על בית־המשפט לבקר את מהלכיהן. ברם לא כל מעשה נפסד שעשו הרשויות החוקרת או המאשימה או רשות מעורבת אחרת יצדיק את המסקנה שדין האישום להתבטל מטעמי הגנה מן הצדק בין מפני שבאיזון בין האינטרסים הציבוריים המתנגשים גובר העניין שבקיום המשפט, ובין (וזה כמדומה המצב השכיח) מפני שבידי בית־המשפט מצויים כלים אחרים לטיפול בנפסדות מהלכיהן של הרשויות. ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית־המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר."** (שם, בפס' 21).

84. עוד עמד בית המשפט העליון בעניין בורוביץ' על כך שטענות ביחס לפגמים בחקירה עשויות להיבחן הן בהקשר של ספק סביר הן במסגרת הגנה מן הצדק:

"טענותיהם על אודות פגמיה של החקירה [...] נמנות עם סוגי הטענות שכלל ראוי לבחון לאורם של שני מבחנים נפרדים: עניינו של האחד הוא בשאלה, אם לנוכח הפגמים שבהם לקו הליכי החקירה היה מוצדק והוגן לפתוח (או להוסיף ולנהל) את ההליך הפלילי נגד המערערים, ואילו עניינו של השני הוא בשאלה אם, ועד כמה, השפיעו פגמי החקירה על הוכחת העבירות שיוחסו למערערים ברמה הנדרשת בפלילים.

יושם אל לב כי המדובר בשני מסלולי בחינה נפרדים שנועדו לקדם תכליות ערכיות שונות: המבחן הראשון נועד לקדם אינטרסים ציבוריים רחבים הקשורים בניהולם של הליכים פליליים, כצדק והגינות. בגדרו של מבחן זה פועלת, בין היתר, ה'הגנה מן הצדק' [...] ואילו ביסוד המבחן השני - המבוסס על דיני הראיות - ניצב אינטרס ציבורי מרכזי אחד והוא חקר האמת" (שם, בפסקה 43).

הודגש כי בין שני המבחנים הנדונים ישנם יחסי גומלין:

"אף שהמדובר בשני מבחנים שונים ונפרדים, קיימות ביניהם השפעות גומלין. כך למשל האינטרס הציבורי בחקר האמת נמנה עם מרכיביהם האפשריים של מושגי הצדק וההגינות [...] לפיכך מתן תשובה שלילית לשאלה כלום פגמי החקירה השפיעו על רמת הוכחתן של העבירות, עשוי להשפיע על



ההכרעה בשאלה אם קיומו או המשכתי של ההליך מוצדקים והוגנים. הוא הדין בהיפוך היוצרות: האינטרסים הציבוריים הקשורים בהליך הפלילי - ובהם צדק והגינות - משפיעים על הגדרת מושג ה'אמת' שההליך יהיה מצופה לבססה. כך למשל הם קובעים כי ניהול הליך פלילי הינו מוצדק והוגן מבחינה חברתית רק אם ה'אמת' המפלילה תוכח בגדרו מעבר לספק סביר" (שם, בפסקה 43).

85. בעניין אלחורטי נקבע בהקשר למחדלי חקירה כי: "... ייתכנו מקרים קיצוניים, שבהם מחדלי החקירה הם כה רבים וקשים, עד כי כמות המחדלים עצמה היא שיוצרת את הספק הסביר באשמת הנאשם, אף מבלי להניח הנחות עובדתיות שייטיבו עם הנאשם [...] השאלה היא ביסודה שאלה של צדק. האם נעשה לנאשם עוול, בנסיבותיו של מקרה פלוני, בכך שהמשטרה חדלה בחקירה בצורה זו או אחרת [...] יהיו איפוא מקרים חריגים שבהם תהא נפקות למחדלים כאלה, הן בבחינה מדוקדקת במיוחד של הראיות שהוגשו, והן - במקרים קיצוניים - אף מעבר לכך, בהנחת הנחות לטובת הנאשם, שמא נגרם לו עוול.

...

על פי הגישה המשפטית הנוהגת אצלנו, פגמים בתקינותם של הליכי חקירה - 'חוסר הגינותם' בלשונו של ב"כ המערער - אינם מהווים, כשלעצמם, עילה עצמאית לפסילתם של הליכים משפטיים הננקטים על פיהם. ככלל, מתמקדת השלכתם של פגמים כאמור בשאלת קבילותן ומשקלן הראייתי של הראיות המושגות באמצעותם של אותם הליכים" [...] אוסיף, כי מערכת החקירה והתביעה צריך שיתנו תדיר אל ליבן, בשל חובת אנשיהן כעובדי ציבור וכ"קציני בית המשפט" - את הצורך במיצוי ראוי של החקירה. ואולם, אין מקום ככלל שיהא חוטא נשכר בשל כך שהרשויות חדלו, אם בסופו של יום הרימו את נטל הראיה."

86. על פי ההלכה הנוהגת, בחנו בקפידה יתירה כל מחדל כשלעצמו וכן את הצטברותם, ומצאנו תוך אימוץ קביעות בית משפט קמא כי הראיות שהינן תולדה של אותם מחדלים אינן מהוות ממילא חלק מהתשתית הראייתית עליה ביססנו את הרשעת המשיב במיוחד לו בכתב האישום. זו התבססה על התרשמותנו הבלתי אמצעית מהסרטון ומהליך החיפוש שנערך לאחר המפגש ומציאת הסם בחזקתו של המשיב, בלא שנתפס על גופו "דבר מה אסור" אחר, נסיבה שאינה שנויה במחלוקת.

בנסיבות אלה לא מתקיים החריג שבחריגים בכל הנוגע לנפקות מחדלי החקירה ולא קם ספק סביר באשמתם של המערער והמשיב, נוכח האמור.

87. **הפגמים שנפלו בהתנהלות גורמי החקירה** כפי שקבע בית משפט קמא, מקימים לבטח את המבחן הראשון שהותווה בעניין בורוביץ' ואנו שותפים לתחושות שהובעו בעקבות התנהלות זו. על כן יש לבחון התנהלות זו בראי המבחן השני, קרי- האם נוכח הפגמים האמורים נפגעה תחושת הצדק וההגינות, באופן שאינו מאפשר ניהול ההליך הפלילי בצורה צודקת והוגנת.

למותר לציין כי על גורמי החקירה למלא אחר חובתם ולפעול בשקידה ראויה, במקצועיות ובהגינות על מנת



להגיע לחקר האמת, ואין להקל ראש בכל חריגה מאמות מידה אלה, קלה כחמורה. לצד האמור, ובאיון המתחייב בין כלל האינטרסים, בסופו של יום לא נפגעו הגנת המערער והמשיב, כפי שקבענו גם לענין המחדלים והצטברותם, שכן **הראיות שהינן תולדה של התנהלות זו חלקן נוגעות לאישום שנמחק וחלקן האחר הנוגע לאישום שנתר על כנו, נזקפו לחובת המאשימה וממילא לא היוו בסיס לתשתית הראייתית על פיה הוכחה אשמת המשיב מעבר לספק סביר**. ויודגש כי מארג הראיות הנסיבותיות התבסס בעיקר על הסרטון שהינו ראיה חפצית עצמאית, ואין באופן ההתנהלות כאמור כדי להשליך על העולה מהסרטון. **ובעניינו של המערער, למותר לציין, כי הורשע למעשה בעבירה בה הודה כבר במענה לכתב האישום**.

על כן לא מצאנו להורות על ביטול כתב האישום אלא לנקוט בסעד מידתי ומתון יותר, קרי- התחשבות מה בעניין העונש.

88. באשר לטענות ב"כ המערער כי **התנהלותה של המאשימה** בתיק זה מקימה אף היא הגנה מן הצדק, מרכז הכובד כפי שמשקף גם מסיכומי ההגנה בפני בית משפט קמא, נוגע לעיתוי מסירת מסקנותיו של קצין בודק אשר מונה מלכתחילה כדי לבחון את התנהלות היחידה החוקרת, בהקשר לחוקר אבישר אשר טען בפניו בניגוד לעדותו בבית משפט קמא כי התיק נסגר ונפתח מחדש.

דא עקא, גם לאחר קבלת החומר לא נקטה ההגנה בכל פעולה הנדרשת לביסוס ראייתי של טענות אלה, אלא אך טענה אודותיהן בסיכומים, ועל כן בדין קבע בית משפט קמא בהכרעת הדין כי היא **"...מתבססת אך ורק על עדויות וראיות קבילות - כאלו שהוגשו כדין במסגרת ההליך העיקרי, או על הסברים שנמסרו בידים שהעידו (להבדיל מהסברים שונים מאת ב"כ הצדדים) ושמעוגנים בחומר הראיות שהוגש"**.

מכאן, ומבלי להידרש לטענות גופן, לבטח אין מקום להעלות בפני ערכאת הערעור, שאין זו דרכה לבוא בנעלי הערכאה הדיונית ולברר העובדות מתחילה (כאמור בעניין גץ לעיל).

הערעור על גזר הדין- בעניינו של המערער

89. כידוע, אין ערכאת הערעור גוזרת מחדש את הדין ואינה נוטה להתערב בעונש שקבעה הערכאה הדיונית, והיא תעשה כן רק במקרים חריגים בהם נפלה טעות מהותית בגזר הדין או כשהעונש שנגזר חורג באופן קיצוני מרף הענישה הראוי או המקובל בנסיבות דומות (ראו: ע"פ 4678/18 **אנופרייב נ' מדינת ישראל**, פס' 13 (23.01.19); ע"פ 9147/17 **אבו עביד נ' מדינת ישראל**, פס' 12 (20.09.2018)).

90. חלק מטענותיה של ב"כ המערער כווננו כנגד השיקולים לחומרא ששקל בית משפט קמא בעת קביעת מתחם העונש, ואשר חלקם אמורים היו להישקל בעת גזירת העונש בגדרי המתחם. אכן, מעין בגזר דינו של בית משפט קמא עולה כי קיימת חוסר בהירות באשר לאופן שקילת השיקולים, שכן מכלול הנסיבות לחומרא פורטו כמקשה אחת, בלא שנעשתה הפרדה אשר עשויה היתה ללמד האם נשקלו לצורך קביעת המתחם או לשם גזירת הדין בתוכו, כמתחייב על פי תיקון 113 לחוק העונשין.

כך או כך, לא היה מקום ליתן משקל לחומרא לעובדה כי המערער ניהל הליך הוכחות, בפרט נוכח העובדה



שהורשע בסופו של יום בעבירה פחותה מזו בה הואשם, ובשימת לב לכך שהודה ונטל אחריות בגין העבירה בה הורשע כבר בחקירותיו במשטרה. גם קביעותיו של בית משפט קמא בדבר התנהלות גורמי החקירה, נסמכו על עדויות העדים ואכן לא היה מקום לזקוף לחובתו של המערער את בקשתו להעדתם.

חרף האמור, אין המדובר בטעות המצדיקה כשלעצמה התערבות ערכאת ערעור, וכפי שנקבע לא אחת: **"ערכאת הערעור בוחנת, בראש ובראשונה, את התוצאה העונשית הסופית, וגם אם נפלה שגגה באופן הפעלת מנגנון הבניית שיקול הדעת שעוגן בהוראות תיקון 113, אין בכך כדי להצדיק קבלת ערעור כאשר התוצאה העונשית אינה מצדיקה התערבות"** (ע"פ 8109/15 אהרון אביטן נ' מדינת ישראל, פס' 8 (09.06.16); ר' גמ"פ 248/18 אהרון גבאי נ' מדינת ישראל, פס' 9 (2.7.2018)).

91. לאחר שנתנו דעתנו למכלול הנסיבות לחומרא ולקולא ולאחר עיון בפסקי הדין שהגישו הצדדים מצאנו כי עונש המאסר שהושת על המערער, 8 חודשי מאסר בפועל, אף אם אינו מקל, אינו חורג מרף הענישה המקובל בנסיבות דומות, באופן המצדיק התערבות ערכאת ערעור.

92. כמו כן, מצאנו כי בדין קבע בית משפט קמא כי **עונש המאסר ירוצה כולו במצטבר** לעונש המאסר אותו ריצה, שכן המדובר באסיר בעל עבר פלילי מכביד, אשר ביצע את העבירה בעודו מרצה עונש מאסר לתקופה בלתי מבוטלת, בין היתר בשל ביצוע עבירות סמים קודמות. גם נסיבות העבירה בה הורשע בסופו של יום מלמדות על חומרה יתירה, לאור סוג הסם ונוכח העובדה שהחזיק בו בין כתלי הכלא. נסיבות אלה מחייבות הרתעה אישית והרתעת הרבים, לבל תישנה העבירה, באופן המצדיק את צבירת עונשי המאסר (ר' רע"פ 3346/19 אמיר ג'בארה נ' מדינת ישראל, פס' 13 (28.05.19)).

93. עם זאת, ונוכח קביעתנו דלעיל לפיה **מכלול המחדלים והפגמים שנפלו בהתנהלות גורמי החקירה בתיק זה, בהתאם לקביעת בית משפט קמא, מצדיקים התחשבות מסוימת בענישה**, הגענו לכלל מסקנה כי **חלק מתקופת המאסר שהושתה על המערער תרוצה בחופף לכל עונש מאסר אחר אותו הוא מרצה כיום.**

סוף דבר

94. בע"פ 22067-03-20 ערעור המאשימה מתקבל ואנו מרשיעים את המשיב בביצוע עבירה של אספקת סם מסוכן לפי סעיפים 13 + 19א לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש) תשל"ג - 1973.

התיק יוחזר לבית משפט קמא לגזירת עונשו של המשיב.

95. בע"פ 12124-07-20 הערעור מתקבל בחלקו ואנו מורים כי המערער יישא את 8 חודשי המאסר שנגזרו עליו באופן ש- 4 חודשים יהיו במצטבר לכל עונש מאסר אותו הוא מרצה כיום, ו- 4 חודשים בחופף לו.



יתר חלקי גזר הדין יעמדו בעינם.

ניתן היום, ט"ז סיוון תשפ"א, 30 מאי 2021, במעמד ב"כ הצדדים, המערער והמשיב.

דבורה עטר, שופטת

זהבה בוסתן, שופטת עמיתה

אברהם טל, שופט עמית