



ע"פ 210/19 - יאיר זהר נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 210/19

לפני:

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערער:

יאיר זהר

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בתל
אביב-יפו בת"פ 52083-03-17 מיום 10.10.2018
שניתנה על ידי השופט ציון קאפח

תאריך הישיבה:

ח' בחשון התש"ף (6.11.2019)

בשם המערער:

עו"ד ירום הלוי; עו"ד עדי כרמלי; עו"ד ארז אלוש; עו"ד
תומר בנישתי

בשם המשיבה:

עו"ד אושרה פטל-רוזנברג; עו"ד גיא רוטו

פסק-דין

השופט ג' קרא:

ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב (כבוד השופט צ' קאפח) בת"פ 52083-03-17 מיום 10.10.2018 בגדרה הורשע המערער בביצוע בצוותא של ניסיון שוד בנסיבות מחמירות (לפי סעיפים 402(ב), 25 ו-29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; להלן: החוק), החזקה ונשיאת נשק (לפי סעיפים 144(א) רישא ו-144(ב) רישא ו-29 לחוק); תקיפה הגורמת חבלה של ממש בנסיבות מחמירות (לפי סעיפים 382(א) ו-380 ו-29 לחוק) ועבירה של קשירת



קשר לביצוע פשע (לפי סעיף 499(א) לחוק).

בשל כך נדון המערער לעונש של שש שנות מאסר (בניכוי ימי מעצרו) וכן מאסרים מותנים. הערעור מופנה כלפי ההרשעה בלבד.

עיקרי כתב האישום המתוקן

1. על פי עובדות כתב האישום המתוקן עובר ליום 17.12.2016 קשרו המערער, נאשם נוסף (להלן: הנאשם 1) ואחרים, שזהותם אינה ידועה, קשר לביצוע שוד. לשם כך קיבל הנאשם 1, ביום 19.12.2016 בשעה 18:00 או בסמוך לכך, מאדם שזהותו אינה ידועה, רכב שעד לאותה עת היה מצוי ברשות בעליו ביבנה (להלן: הרכב), וזאת בידיעתו ובהסכמתו של המערער. בהמשך, בשעה 18:52 הגיעו הנאשם 1 ושלושה אחרים באמצעות הרכב סמוך לחנות תכשיטים בכיכר המדינה בתל אביב (להלן: החנות), כשהם מצוידים בכפפות, בכובעי גרב, באקדח טעון בכדורים, בפטיש ובשק, והכל - בידיעתו ובהסכמתו של המערער. באותה העת הגיע המערער לקרבת החנות, בידיעתו ובהסכמתו של נאשם 1.

הנאשם 1 ושניים מהאחרים יצאו מן הרכב והלכו לעבר החנות, כשהם רעולי פנים, כפפות על ידיהם והם מצוידים באקדח, בפטיש ובשק. כשהגיעו לפתח החנות, הכה הנאשם 1 בדלת הכניסה בפטיש והדלת, שהיתה סגורה, נשברה ונפתחה. השלושה נכנסו לחנות תוך שצעקו לעבר בעלי החנות ומוכרת (להלן: המתלוננים), דרשו שיביאו תכשיטים ויאמרו היכן הכספת ונפפו כלפיהם באקדח ובפטיש. השלושה הכניסו תכשיטים בשווי רב לשק והנאשם 1 הפנה אקדח לעבר בעל החנות ואיים עליו לפתוח את הכספת. בתום מאבק אלים בין השלושה לבין בעל החנות, נמלטו השלושה מן החנות ללא התכשיטים, נכנסו לתוך הרכב שהמתין להם ונמלטו מהמקום. לאחר מכן נטשו את הרכב ברחוב סמוך. כתוצאה מכך נגרמו לבעל החנות חבלות של ממש.

כל המתואר לעיל נעשה, על פי הנתען בכתב האישום, בהסכמתו ובידיעתו של המערער.

ההליך בבית המשפט המחוזי

2. שלושה חודשים לאחר ניסיון השוד נעצרו המערער והנאשם 1. השניים הועמדו לדין וכפרו במיוחס להם והרשעתם, לאחר שנשמעה פרשת הראיות, התבססה על ראיות נסיבתיות. מפאת חשיבות הקביעות העובדתיות שעליהן מבוססת הרשעת המערער, הן יובאו להלן בפירוט ובהרחבה.

3. תחילה נדרש בית המשפט לעובדות שלא היו שנויות במחלוקת, וביניהן אלו:

(-) במוקד הדיון עמדו שני טלפונים ניידים, שאינם רשומים על שמם של המערער והנאשם 1. על פי הנתען



מכשיר אחד, שמספרו מסתיים בספרות 052 שייך לנאשם 1 ומכשיר שני, שמספרו מסתיים בספרות 025, נתפס בביתו של המערער ולפי הנתען הוא עשה בו שימוש בשיחותיו עם הנאשם 1 לשם ביצוע העבירה (להלן, בהתאמה: טלפון 1 ו-טלפון 2).

(-) ביום האירוע בסמוך לשעה 17:04 עשה אלמוני את דרכו מלוד ליבנה כשהוא נושא עימו את טלפון 1; במהלך הנסיעה שוחח עם טלפון 2 שיחה שאורכה 39 שניות; בהגיעו ליבנה נקלט באיזור הקיוסק שבסמוך אליו נגב הרכב ששימש את השודדים. בשעה 18:00 נסע האלמוני מיבנה לתל אביב, כשהוא משוחח עם טלפון 2 שיחה שאורכה 31 שניות; בהגיעו לתל אביב בשעה 18:42 שוחח עם טלפון 2 שיחה שאורכה 16 דקות ו-49 שניות, שכללה גם את זמן ביצוע ניסיון השוד. באותה עת שהה האלמוני באתר אנטנה סלולרית השולטת על החנות.

(-) במקביל באותו יום נשא פלוני את טלפון 2 יחד עם שני טלפונים נידים אחרים השייכים למערער; ביום אירוע ניסיון השוד שוחח טלפון 2 רק עם טלפון 1 החל מהשעה 14:52 ועד 19:00; שני הטלפונים שהו באתר החולש על הקיוסק שבסמוך אליו נלקח הרכב; גם טלפון 2 עשה דרכו מיבנה לתל אביב; שני הטלפונים נקלטו בשני אתרים החולשים על החנות במהלך השוד.

(-) בעל הרכב שנלקח ביבנה, הוא מכר ומודע של המערער והרכב נלקח לאחר שהלה נכנס לקיוסק למספר שניות בהותירו את הרכב מונע.

(-) השימוש במונח "שיחה" בהקשר זה אינו משקף בהכרח מלל.

(-) בנוסף, ציין בית המשפט בהמשך (עמוד 20 להכרעת הדין) כי המערער אישר כי שני טלפונים סלולריים שנתפסו גם הם בביתו הינם בבעלותו ובשימוש (טלפון שמספרו מסתיים בספרות 876 וטלפון שמספרו מסתיים בספרות 734).

4. על רקע זה נפנה בית המשפט לבחון את הראיות הנסיבתיות שהונחו בפניו. תחילה קבע בית המשפט כי נסיבות "גניבת/קבלת הרכב", כלשונו, מיקום הקושרים (הכוונה לנאשם 1 ולמערער - ג.ק.) באותו מקום וההיכרות המוקדמת בין בעל הרכב לבין המערער, מהווים נדבך חשוב במארג הראייתי ובהמשך בחן את הראיות ביחס לנאשם 1 ולמערער, כל אחד בנפרד.

הרשעת הנאשם 1

5. ההרשעה התבססה על שורת הראיות הנסיבתיות שלהלן.

(-) דגימת דנ"א שנמצאה על גבי השק, שנותר בחנות ואשר תאמה דגימה שנלקחה מנאשם 1 לאחר מעצרו. על



סמך ממצא זה, שהנאשם 1 לא נתן לו הסבר, קבע בית המשפט כי הנאשם 1 היה אחד מהשלושה שנכנסו לחנות במהלך ניסיון השוד.

(-) קביעת בית המשפט כי טלפון 1 היה בשימוש הבלעדי של הנאשם 1 וכי ממצא זה משתלב עם ממצאי בדיקת הדנ"א. קביעה זו התבססה על הודעת אבי הנאשם 1 כי זהו המספר של בנו; על קיומן של שיחות מטלפון 1 למספרי טלפון של בני משפחתו; על זהות נמעני השיחות בטלפון נוסף, שלגביו אין מחלוקת כי הוא שייך לנאשם 1; ועל שתיקת הנאשם 1 ותגובתו למשמע דברי אביו "אם הוא אומר הוא צודק" (עמ' 9 להכרעת הדין).

(-) הקביעה כי כעניין של ידיעה שיפוטית, השימוש בטלפון על ידי הנאשם 1 במהלך ניסיון השוד נעשה באמצעות אוזניות אלחוטיות מתחת לכיסוי הראש וכן כי בדרך זו הוחזק "קו פתוח", שיאפשר האזנה או מתן הוראות במהלך השוד.

(-) מחקרי תקשורת וחוות דעתו של מומחה המשיבה. נקבע כי אין מחלוקת בין המומחים מטעם הצדדים כי איכוני השיחות מלמדים היכן היה המנוי בתחילת השיחה ובסופה אך לא במהלכה; כי מדברי שני המומחים עולה כי קיימת היתכנות כי טלפון 1 היה בחנות וכי לאור ממצא בדיקת הדנ"א, ניתן לקבוע זאת בוודאות. עוד נקבע כי עיתוי סיום השיחה הארוכה בין שני הטלפונים קשור בבירור לניסיון השוד, שנמשך כשתי דקות והחל בשעה 18:54, כאשר השיחה החלה לפני כן בשעה 18:41 והסתיימה לאחריו בשעה 18:58. בית המשפט גם קבע כי הנאשם 1 היה ביבנה ובתל אביב ביום האירוע, ודחה את גרסתו כי מעולם לא היה ביבנה וכי לא היה בתל אביב לפני חודש פברואר 2017 כגרסה שקרית, על כל המשתמע מן הבחינה הראייתית.

(-) תיאור השודד הדומיננטי מבין השלושה שנכנסו לחנות ומבטאו, על ידי בעל החנות. נקבע שהתיאור אינו עומד בניגוד לחזותו החיצונית של הנאשם 1 ואף קרוב אליה מאוד ומהווה תוספת למכלול הראיות אף שמשקלו אינו גבוה.

(-) ציפת סדין וספוגי המזרן שנתפסו בחיפוש כדין בדירת הנאשם 1 תואמים לבד הציפה ולספוג שנמצאו במקום ניסיון השוד. בכך ראה בית המשפט נדבך נוסף למסקנה כי הנאשם 1 הוא שביצע את ניסיון השוד יחד עם האחרים, תוך שהדגיש כי גם בלעדיהם נסמכת ההרשעה על אדנים מוצקים.

(-) דחיית טענות למחדלי חקירה תוך שנקבע כי אין בפגמים שנתגלו כדי לפגום בהגנת הנאשם 1.

במאמר מוסגר יוער כי הנאשם 1 לא ערער על הרשעתו.

הרשעת המערער

6. כאמור, גם הרשעת המערער התבססה על ראיות נסיבתיות. ואלו הן:



(-) טלפון 2, שנמצא בביתו של המערער, לגביו נקבע כי הוא החוליה המקשרת בין המערער לבין הנאשם 1.

(-) הקביעה כי שותפו לקשר של הנאשם 1 נשא עימו, לצד טלפון 2, שני טלפונים סלולריים נוספים הרשומים על שם המערער (טלפון 876 וטלפון 734).

(-) הקשר בין המערער לבין בעל הרכב ששימש בניסיון השוד. בהקשר זה נקבע כי המערער ניסה להרחיק עצמו מהיכרות משמעותית עם בעל הרכב, אף שעולה כי ההיכרות ביניהם עמוקה יותר. זאת, בהתבסס על עדותו של בעל הרכב שהוגשה לאחר שהוכרז כעד עוין וממנה עולה כי ימים ספורים לפני האירוע שוחח עם המערער, שנחלץ לעזרתו והוא אף ידע בעל פה את המספר של טלפון 2, כשנשאל בחקירתו אם יש למערער מספר נוסף לזה השמור ברשימת אנשי הקשר אצלו.

(-) פלטי השיחות, שבהתבסס עליהם קבע בית המשפט כי השימוש בשלושת מכשירי הטלפון – טלפון 2, טלפון 876 וטלפון 734 – בוצע על ידי אותו אדם. בית המשפט גם ציין כי אין מחלוקת כי ביום האירוע נקלטו שלושת הטלפונים (טלפון 2, טלפון 876 וטלפון 734) באותם אתרים בשעות שונות לאורך היום, במספר ערים שונות. לפיכך, קבע בית המשפט כי טלפון 2 היה מצוי בשימוש של המערער.

(-) ניסיון המערער להרחיק עצמו מטלפון 2 וממידת היכרותו עם בעל הרכב. נקבע כי לשקריו בעניין זה יש משמעות ראייתית.

(-) סירוב המערער למסור לחוקרים את קוד הפתיחה של טלפון 2, אף שמסר את קוד הפתיחה של שני המכשירים האחרים, הרשומים על שמו.

(-) דחיית טענת המערער כי טלפון 2 שימש את בית העסק שלו – מסעדה וקו חלוקה. הימנעות המערער מהעדת בעל בית הדפוס שבו הודפס, לטענתו, עלון של העסק שבו הופיע המספר של טלפון 2, נזקפה לחובתו. הימנעות המערער מזימונם לעדות של שליחי המסעדה, או מי מהם, כדי שיאשרו את גרסתו לפיה שליח עשה שימוש בשלושת המכשירים גם יחד חיזקה את ראיות התביעה.

(-) בחינת פרטי הקשר בין שני מכשירי הטלפון, טלפון 1 וטלפון 2. תחילת הקשר ביומיים שלפני האירוע (6 ניסיונות חיוג של טלפון 1 לטלפון 2, שתי שיחות של טלפון 2 לטלפון 1, שיחה נוספת בין נאשם 1 ובין המערער, כאשר הנאשם 1 בלוד והמערער נמצא ברמלה, כשמיד אחר כך נקלט הנאשם 1 בתנועה מחוץ לביתו בבית דגן). בהמשך, ביום האירוע שוחח טלפון 2 עם טלפון 1 בלבד, החל מהשעה 14:52 ועד 19:00. לפיכך תהה בית המשפט כיצד זה לא היו שיחות עם מספרים אחרים כשלטענת המערער טלפון 2 שימש את שליחי המסעדה.

תמצית טענות הצדדים



7. בערעורו ביקש המערער לתקוף את הכרעת הדין במספר מישורים. ראשית, ביחס לשורה של קביעות עובדתיות שעמדו בבסיסה, בין היתר בכל הנוגע לשיוך בין טלפון 1 לנאשם 1 וטלפון 2 למערער ולנסיבות נטילת הרכב שבו נעשה שימוש באירוע. שנית, ביחס לשימוש בידעה שיפוטית כבסיס לקביעה בדבר שימוש באזניות אלחוטיות במהלך ניסיון השוד לשם החזקת "קו פתוח" בין הנאשם 1 לבין המערער. שלישית, בכל הנוגע לקיומם של שלושה תרחישים חלופיים מזכים, כשלשם ביסוסו של אחד מהם ולפיו טלפון 2 הוחזק על ידי דודה של אשת המערער (להלן: קרוב המשפחה) ששימש כשליח במסעדה, ביקש להגיש ראיות חדשות. רביעית, הפנה להחלטת בית המשפט המחוזי שדחתה את בקשת המשיבה לעצרו עד תום ההליכים המשפטיים, ואשר בהתבסס על אותה מסכת ראייתית, קבעה כי אין די ראיות לכאורה. לפיכך טען כי לחילופין יש לבטל את הרשעתו על מנת שבית המשפט לא ידבר בשני קולות. לבסוף, טען לחילופין כי מכל מקום בהעדר ידיעה על תוכן השיחות, יש לזכותו. ולחילופין חילופין, להרשיעו בעבירה של סיוע בלבד, שכן לא ניתן לדעת מה היה חלקו של המערער ולא ניתן לשלול כי היה בבחינת מסייע בלבד.

8. המשיבה טענה כי הרשעת המערער מבוססת כדבעי ונשענת על ממצאים שנקבעו ביחס לנאשם 1, על מחקרי תקשורת ואיכונים ועל קשר ממשי בין המערער לבין בעל הרכב, על מתן משקל לשקרי המערער ודחיית התרחיש החלופי שהוצג בהיותו מנוגד להיגיון ולא מעורר אמון. לשיטת המשיבה טענות המערער מבוססות על תרחישים חלופיים שלא הועלו בבית המשפט המחוזי ושאינם להם אחיזה בראיות, ומשכך יש לדחותן. המשיבה התנגדה גם לבקשה לצירוף הראיות החדשות וטענה, בין היתר, כי אין בראיות אלו פוטנציאל לשינוי ההכרעה, שכן אין הן מנתקות את הקשר בין המערער לבין טלפון 2, שאוכן בצמוד לשני המכשירים הנוספים שלו.

עוד טענה המשיבה כי להחלטת המערער אין כל נפקות ואין היא מהווה ראיה. מה גם שבשלב המערער לא היו בידי המשיבה חוות דעת המומחה לעניין מיקום האיכונים והאיזור עליו הם חולשים והכרעת הדין התבססה על עדויות שלא עמדו בפני שופט המעצרים.

בהתייחסה לקביעה ביחס לאופן החזקת טלפון 1 במהלך ניסיון השוד כעניין שבידיעה שיפוטית, טענה כי היא חסרת משמעות ומתייחסת לפרט שולי במארג הראיות הנסיבתיות בעוד שהפרט החשוב הוא עצם הקביעה כי הנאשם 1 היה במקום והחזיק בטלפון 1.

המשיבה גם טענה כי למרות שבעל הרכב לא הועמד לדין, הרי שהקשר בינו לבין המערער לא נסתר, והוא אף התבצע עם טלפון 2, גם ביום ניסיון השוד, והדבר מהווה נדבך נוסף בראיות נגד המערער. לבסוף, טענה המשיבה כי מכלל הראיות שהוצגו עולה מסקנה אחת ויחידה והיא – כי המערער היה שותף מלא לניסיון השוד ולתכנונו.

דין והכרעה

9. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים, בכתב ובעל פה, על צרופותיהן הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערער להידחות. וזאת, מן הטעמים שיפורטו להלן.



10. בלב הכרעת הדין ביחס לחלקו של המערער עומדים שני מכשירי הטלפון ואיכוניהם ביום האירוע וכן בשיחות שבוצעו ביומיים שקדמו לו. בערעור נטען כי לא ניתן היה לקבוע כי טלפון 1 היה בחזקתו של הנאשם 1 ביום האירוע ובימים שקדמו לו, קביעה המשתמעת מהכרעת הדין וכן כי לא ניתן לקבוע, במידה הדרושה בפלילים, כי טלפון 2 היה בהחזקתו של המערער בפרק הזמן הרלוונטי. טענות אלו אינן משכנעות ויש לדחותן.

11. ראשית, לא מצאתי כי נפל פגם בשייך טלפון 1 לנאשם 1. שייך זה התבסס על הודעות אביו שהוגשו בהסכמה (ת/32, ת/33) כי הטלפון שייך לבנו; על תגובת הנאשם 1 בחקירתו, כשבתחילה שמר על זכות השתיקה בחקירתו, בין היתר, כשנשאל האם טלפון 1 היה בשימוש (ת/55) ובהמשך, טען כי אינו זוכר מה מספר הטלפון שלו וכאשר הושמעו לו דברי אביו, השיב "אם הוא אומר הוא צודק שזה המספר שלי" (ת/73א); ועל דחיית טענת ההגנה של הנאשם 1 לפיה החוקר הוא שהביא את האב לזיהוי טלפון 1 כטלפון השייך לנאשם 1. כמו כן התבססה קביעה זו על פלט השיחות של טלפון 1, ממנו עלה כי בוצעו שיחות עם בני משפחתו של הנאשם 1 ועל זהות בין נמעני השיחות בין טלפון זה לטלפון נוסף, לגביו לא היתה מחלוקת כי הוא שייך לנאשם 1.

לטענת המערער בית המשפט קמא התעלם מראיות שהיו מונחות בפניו, והן הודעת מנהל העבודה של הנאשם 1, שמסר כי עמד איתו בקשר יומיומי במספר טלפון אחר ולא בטלפון 1 ו-ת/44 שהוגש בהסכמה ממנו עולה כי מספר אנשים שמספריהם הופיעו בפלט השיחות של טלפון 1 כלל אינם מכירים את הנאשם 1.

לא מצאתי כי יש בטענות אלו כדי לשנות מקביעת בית המשפט קמא. הנאשם 1 עצמו לא טען כי נעשה בטלפון שימוש על ידי אחר, לא הכחיש את דברי אביו ואף אישר אותם. בנסיבות אלו, העובדה כי היה ברשותו טלפון נוסף, אינה פוגעת ביכולת לשייך לו טלפון זה.

12. עצם קיומו של קשר בין שני מכשירי הטלפון (טלפון 1 וטלפון 2) אינו שנוי במחלוקת, וכפי שקבע בית המשפט המחוזי, הקשר בין שני הטלפונים היה קשר הדוק והוא עולה ממחקרי התקשורת שהוגשו. כך, ביום האירוע נערכו שלוש שיחות בין שני המכשירים. האחת, בשעה 17:04, השנייה בשעה 18:00 והשלישית - והארוכה - בשעה 18:42, שהתמשכה גם בשעת ביצוע ניסיון השוד. יודגש, כי המערער לא חלק על איכוני הטלפונים ועל קביעות בית המשפט בעניין זה. בהעדר טענות ביחס לאיכונים עצמם, אין מקום להידרש למחקרי התקשורת ולמסקנות העולות מהם מעבר למה שנקבע בהכרעת הדין.

בהקשר זה קבע בית המשפט המחוזי, כעניין של ידיעה שיפוטית, כי מתחת לכיסוי ראשו של הנאשם 1 היו אוזניות שאפשרו לשמור על "קו פתוח" בין שני המכשירים. באי כוחו של המערער יצאו נגד קביעה זו, מטעמים שונים - הן בנימוק כי עניין זה אינו בגדר ידיעה שיפוטית והן בשל היעדר אחיזה ראייתית לקביעה, בין היתר משום שסרטוני האבטחה, כמו גם עדותו של בעל החנות, מצביעים לטענתם על כך שהשודדים לא החזיקו מכשירי טלפון, ולא דיברו עם גורם אחר במהלך האירוע. המשיבה מצידה טענה כי אין כל משמעות לשאלה כיצד הוחזק טלפון 1 במהלך ניסיון השוד; כי בין שני המכשירים הוחזק קו פתוח במהלך ניסיון השוד ואין כל הכרח בקביעה כי הנאשם 1 עשה שימוש באוזניה אלחוטית; וכי במכלול הראיות הקביעה כי מדובר בידיעה שיפוטית אינה מעלה ואינה מורידה. עמדת המשיבה מקובלת עלי. קיומה של תקשורת בין שני המכשירים בעת ביצוע השוד, כמו גם לפני כן ואחרי כן, אינה שנויה במחלוקת. החזקת



קו פתוח בין שני הטלפונים בעת האירוע אפשרית, גם מבלי שאלו יוחזקו ביד. עצם קיומה של תקשורת בין שני המכשירים במהלך השוד אינה שוללת את הטענה כי הנאשם 1 הוא שעשה שימוש בטלפון 1, כפי שטענו באי כוחו של המערער, או שמחזיקיהם היו מעורבים באירוע. יחד עם זאת, הקביעה כי לשם כך נעשה שימוש באוזניות אלחוטיות אינה דרושה וההתבססות עליה בהכרעת הדין אינה פוגעת בקביעות העובדתיות שבהכרעת הדין.

כך הקביעה כי שני מכשירי הטלפון היו מעורבים באירוע התבססה גם על איכוני המכשירים. ממחקרי התקשורת עלה כי ביום האירוע עבר טלפון 1 מלוד ליבנה בשעה 17:04, הגיע לאזור הקיוסק שבסמוך אליו נגנב הרכב ששימש את מבצעי ניסיון השוד. בשעה 18:00 עשה טלפון 1 את דרכו לתל אביב ובזמן השוד היה טלפון 1 מצוי באתר סלולרי השולט על החנות. גם טלפון 2 היה מצוי ביבנה באתר החולש על הקיוסק הנ"ל, עשה דרכו לתל אביב ונקלט באיזור החולש על חנות התכשיטים.

וכך בדיקת הדנ"א, שהעלתה התאמה בין הדנ"א של הנאשם 1 לבין הדנ"א על גבי השק, שנתפס בחנות, ואשר שימש את השודדים לאיסוף השלל, יחד עם ההתאמה בין הציפה וספוגי המזרן שעליה לבין אלו שנמצאו בביתו של הנאשם 1, שאליהם הצטרפו תיאור אחד המבצעים כעולה בקנה אחד עם מאפיינים של הנאשם 1, ואת שקרי הנאשם 1 שטען כי מעולם לא היה ביבנה, מחייבים את המסקנה כי הנאשם 1 היה אחד ממבצעי ניסיון השוד, כפי שאכן נקבע.

13. המערער תקף גם את הקביעה כי טלפון 2 היה מצוי בשימוש ביום האירוע וביומיים שקדמו לו. אלא שגם קביעה זו מבוססת כדבעי ואין מקום להתערב בה. נזכיר, כי טלפון 2 נתפס בביתו של המערער ויחד עימו נתפסו שני מכשירי טלפון נוספים (טלפון 876 וטלפון 734), לגביהם אין מחלוקת כי היו בבעלותו ובשימוש (להלן: המכשירים הנוספים); כי על פי מחקרי התקשורת, ביום האירוע נקלט טלפון 2 יחד עם שני המכשירים הנוספים, באותם אתרים ובשעות שונות לאורך היום; כי פלטי השיחות העלו כי השימוש בהם נעשה על ידי אותו משתמש, שכן בשלושתם היו שיחות לנמענים זהים.

לכל אלו הצטרפו שקרי המערער, ביחס לטלפון 2, לקשר שלו עם בעל הרכב ולהימנעותו ממסירת קוד הנעילה של טלפון 2. בגדר זה התייחס בית המשפט המחוזי גם לגרסאות שמסר המערער בחקירתו, כשבתחילה ניסה להרחיק עצמו מטלפון 2, בכך שטען כי אינו מכיר את מספר הטלפון של המכשיר, כי ייתכן שהוא מכשיר טלפון של המסעדה ומשמש שליחים של המסעדה; כי סירב למסור לשוטרים את קוד הפתיחה של טלפון 2 מטעמים שבצנעת הפרט, אף שהסכים למסור את קוד הפתיחה של שני המכשירים הנוספים, שאחד מהם זיהה המערער כטלפון האישי שלו. נקבע, כי המערער שיקר וניסה להרחיק עצמו מטלפון 2. יוער בהקשר זה, כי הטענה כי המערער סירב למסור את קוד הפתיחה משום שהבחין כי רק מכשיר זה הושם במעטפה פתוחה, נדחתה על ידי בית המשפט קמא, ובדין כך. אין בהסבר כדי לסבר את האוזן וליתן טעם ממשי לסירוב, לא כל שכן כשסירוב זה הינו חלק מניסיון מקיף יותר של המערער להרחיק עצמו ממכשיר זה. כך גם אין ממש בטענה כי העובדה שהמערער לא פעל "להיפטר" מן המכשיר בתקופה הממושכת לאחר האירוע ועד למעצרו, ובייחוד בימים שחלפו מאז מעצרו של קרוב המשפחה לבין מעצרו שלו, היא ראיה להיעדר תחושת אשמה ולכך שלא היה מעורב בניסיון השוד. אין בטענה זו כדי לעמוד מול מכלול הראיות הנסיבתיות שפורטו והיא כשלעצמה אף אינה מהווה ראיה להיעדר מעורבות באירוע.

14. לכל אלו הצטרף, כאמור, נדבך נוסף - היכרותו של המערער עם בעל הרכב שבו נעשה שימוש לביצוע ניסיון



השוד, שאותה ניסה למזער בנסותו להרחיק עצמו מהיכרות משמעותית עם האיש. שיחה שהתקיימה בין המערער לבין בעל הרכב, באמצעות טלפון 2, מספר ימים לפני האירוע וכן שיחה ביום האירוע עצמו; דברי בעל הרכב, שהוכרז כעד עוין, בהודעה לפיהם המערער סייע לו עם גורמים בעייתיים; והעובדה כי בעל הרכב ידע את מספר הטלפון של טלפון 2 ונקב בו אף שברשימת אנשי הקשר השמורה בטלפון שלו נרשם המערער במספר שונה.

חשיבות הראיה על ההיכרות בין בעל הרכב לבין המערער אינה מתמצה רק בשיוך טלפון 2 למערער, על פי עדותו של בעל הרכב, אלא נוגעת גם לעיתוי ולמקום שבו נלקח הרכב. שכן נזכיר כי זהו הרכב שבאמצעותו הגיעו המבצעים לחנות ולאחר מכן נמלטו. כמפורט לעיל, הרכב נלקח מיבנה זמן קצר לפני האירוע וזמן קצר לאחר מכן נצפה על ידי בעל חנות התכשיטים כשהוא נמלט מן המקום לאחר ניסיון השוד. קשה לקבל את הטענה כי מדובר בצירוף מקרים אקראי בלבד, שהיכרותו של המערער את בעל הרכב, וקיומן של שיחות ביניהם ביום האירוע ומספר ימים קודם לכן, עניינים שהמערער ניסה להרחיק עצמו מהם בחקירותיו, אינם קשורים לאירוע. המערער העלה טענות רבות ביחס להערותיו ולקביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין זה, תוך שהצביע על ההודעה המהירה למשטרה ומסירת פרטי הרכב על ידי בעלי הרכב, לרבות ציון העובדה שאין ברכב דלק רב ושהוא איטי. לטעמי, אין לעניין זה חשיבות מרובה, שכן גם מבלי להידרש לשאלה האם הרכב נמסר או נגנב, נסיבות המקרה והקשר בין בעל הרכב לבין המערער, חורגים מעבר להצטרפות מקרים ויש לבחון נסיבה זו יחד ועל רקע יתר הנסיבות, ובכללן טיב הקשר בין בעל הרכב למערער ומידת היכרותם; השיחות בין המערער לבין בעל הרכב ביום האירוע ומספר ימים קודם לכן, שהתקיימו באמצעות טלפון 2; הנטילה המהירה של הרכב, בתוך דקה מאז הושאר ביבנה כשהמפתח בתוכו, נטילתו לתל אביב מיד בסמוך, ביצוע ניסיון השוד כשעה לאחר נטילת הרכב ובסמוך לשעת הסגירה של החנות, וביצוע ניסיון השוד כאשר השודדים חמושים ומצוידים באמצעי הסוואה ובשק לנטילת השלל, דבר המעיד על תכנון מוקדם של המעשה. כשלכל אלו מצטרף ניסיונו של המערער למזער את הקשר בינו לבין בעל הרכב.

15. מערכת הראיות הנסיבתית שנפרשה לפני בית המשפט המחוזי סיבכה את המערער בביצוע ניסיון השוד והובילה למסקנה ההגיונית האחת והיחידה כי לא נותר ספק סביר שהמערער היה אחד ממבצעי ניסיון השוד. האם המערער הצליח להציג תרחיש סביר העשוי להתיישב עם חפותו?

תרחישים חלופיים

16. באי כוחו של המערער הציגו שלושה תרחישים חלופיים שיש בהם, לטענתם, כדי לזכות את המערער. אלא שתרחישים אלו אינם מתיישבים עם הקביעות העובדתיות וכשלעצמם אין להם אחיזה סבירה בחומר הראיות, כנדרש.

17. התרחיש הראשון מבוסס על הטענה כי המערער אכן היה מעורב, באמצעות טלפון 2, בעניין בלתי חוקי אחר, אלא שמי שהחזיק בטלפון 1 לא היה הנאשם 1, אלא אדם אחר. תרחיש זה מבוסס על הנחה עובדתית הסותרת קביעה שבעובדה בהכרעת הדין, והיא כי מי שהחזיק בטלפון 1 ביום האירוע ובימים שקדמו לו היה הנאשם 1. כאמור לעיל, לא מצאתי כי יש מקום להתערב בקביעה זו ומטעם זה בלבד, יש לדחות את התרחיש שהוצג.



18. לפי התרחיש השני אחד מהשליחים שעבדו במסעדה שהחזיק המערער באותה עת, הוא שהיה מעורב בניסיון השוד. תרחיש זה מבוסס על טענת המערער, אותה העלה בעת שנחקר במשטרה, כי נהג למסור לשליחי המסעדה את שלושת מכשירי הטלפון גם יחד, ולכן כפי שצוין לעיל אוכנו השלושה יחד ביום האירוע, כשבעדותו בבית המשפט אף הסביר וטען כי מכשיר אחד משמש את השליחים לניווט והשניים האחרים לקבלת הזמנות. טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי בהיותה מופרכת על פניה וכן בשל הימנעות המערער מהבאת עדות רלוונטית של אחד מן השליחים, שיאשר נהוג זה. נקבע כי לא בכדי נמנע המערער מזימונם של השליחים לעדות בעניין זה.

אכן, וכפי שצוין, המערער לא מסר ולו שם של שליח אחד שעבד במסעדה, טען שרשימת שמותיהם אבדה בהצפה ונמנע מאיתור השמות בדיווחי רואה החשבון או הביטוח הלאומי של העסק. עוד יש להדגיש כי אחד משלושת מכשירי הטלפון הוא מכשיר שאליבא דמערער הינו מכשיר הטלפון האישי שלו (טלפון 876), עניין המחליש את סבירות הטענה. כשלכך מצטרף סירובו של המערער למסור את קוד הפתיחה של טלפון 2 בעת חקירתו במשטרה בטענה של הגנת הפרטיות, טענה שיש בה להטיל צל על הגרסה לפיה נהג למסור מכשיר זה לשימושם של שליחי המסעדה. הנה כי כן, תרחיש זה אינו סביר כלל ועיקר, אין לו כל אחיזה ראייתית והוא אינו מתיישב עם יתר הראיות באופן העולה עם השכל הישר וניסיון החיים.

19. התרחיש השלישי דומה במידת מה לתרחיש השני ובגדרו נטען כי קרוב המשפחה, ששימש כשליח במסעדה, הוא שעשה שימוש בטלפון 2. התרחיש הועלה לראשונה בהודעת הערעור תוך שהוסבר כי בשל הקשר המשפחתי בין השניים, נמנע המערער מהעלאת הטענה בבית המשפט המחוזי. לביסוס הטענה ביקש המערער להגיש ראיות חדשות בערעור - ארבע הודעותיו של קרוב המשפחה והפרוטוקולים של דיוני המעצר בעניינו. ראיות אלו התקבלו בדיון שהתקיים לפנינו, על תנאי ולצורך החלטה בבקשה, הרי שלאחר שעיינתי בראיות לא מצאתי כי יש מקום בקבלת הבקשה להגשתן כראיות חדשות.

20. הבקשה אינה עומדת באמות המידה שנקבעו בפסיקת בית משפט זה לבקשה כגון זו (להרחבה ראו: ע"פ 7556/15 קונקוב נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (11.4.2019)). ומדוע כך? משום שהמערער יכול היה להציג את הראיות כבר בעת הדיון בבית המשפט המחוזי והסיבה שהוא נמנע מלעשות כן אינה מכריעה בהקשר זה. אולם, גם אם תאמר כי בשל קרבת המשפחה העדיף המערער שלא להעלות את הטענה ושלא להגיש את הראיות, הרי שאין הוא עומד בשני התנאים הנוספים, והם: עקרון סופיות הדיון ופוטנציאל לשינוי ההכרעה.

בהינתן כי המערער אינו מעלה כל טענה לכשל בייצוג, הרי שיש בקבלת הראיות משום מקצה שיפורים, שאין להתירו. בנוסף, טיב הראיה גם הוא אינו מטה את הכף לעבר קבלת הבקשה, שכן לאחר העיון בהן על רקע יתר הראיות, לא השתכנעתי כי יש בראיות אלו כדי לשנות את התוצאה.

המדובר בארבע הודעותיו של קרוב המשפחה, שנגבו ממנו בעת שנחקר כחשוד במעורבות בניסיון השוד. בהודעות אלו אין כל אישוש לטענה כי קרוב המשפחה נהג לעבוד כשליח במסעדה של המערער. כמו כן, עדותו של קרוב המשפחה בבית המשפט סותרת את דברי המערער, שכן מדבריו עלה כי הוא עשה שימוש במכשיר הטלפון של בתו לשם שימוש באפליקציית ניווט, דבר שאינו מתיישב עם דברי המערער כי נהג לתת לשליחי המסעדה את שלושת מכשירי



הטלפון כדי שאחד מהם ישמש אותם לניווט. כך גם לא מצאתי בפרוטוקולים של הליך מעצרו של קרוב המשפחה כדי לסייע למערער בביסוס התרחיש החלופי.

הטענה הנוגעת לקרוב המשפחה אינה סבירה ואינה הגיונית, משום שלמעשה זוהי שיחות שהתבצעו בין הטלפון של המערער שמסתיים בספרות 734, שלטענת המערער היה ברשות קרוב המשפחה כשליח המסעדה, לבין מכשיר הטלפון שקרוב המשפחה אישר כי עשה בו שימוש, מיד לאחר האירוע (טלפון שמספרו מסתיים בספרות 183) (ת/43 עמוד 2). אם תאמר, כי יש ממש בטענה כי קרוב המשפחה - ולא המערער - היה זה שעשה שימוש בטלפון 2, יחד עם שני הטלפונים הנוספים השייכים למערער, מדוע זה נשא עימו קרוב המשפחה והשתמש במכשיר נוסף ומדוע התקיימו שיחות במועד זה בין הטלפון שנשא עימו לבין טלפון 734. לכאורה, עולה מתיזה זו כי קרוב המשפחה התקשר לעצמו (מטלפון 183 לטלפון 734). יתרה מכך, איכוני הטלפון שמחזיק קרוב המשפחה מעלים כי בעת נטילת/גניבת הרכב הוא היה בראשון לציון ובהמשך בחולון.

בנסיבות אלו, אין בראיות שאותן ביקש המערער להגיש לראשונה כעת כדי לסייע לו בביסוס תרחיש חלופי לראיות הנסיבתיות, שכן גם אם תאושר הגשתן של אותן ראיות, כל שניתן להסיק מהן הוא כי אותו קרוב משפחה עשוי היה להיות מעורב באירוע בעצמו, ואין בכך כדי לנתק את הקשר בין המערער לבין מכשירי הטלפון, ומכאן את מעורבותו באירוע.

הרשעה על סמך ראיות נסיבתיות

21. כידוע, ראיות נסיבתיות הן בסיס אפשרי להרשעה בפלילים. כאשר לאור מהותן של הראיות הנסיבתיות, נקבע כי יש לבחון אותן על פי מבחן תלת שלבי, שתחילתו בבחינת כל ראיה נסיבתית באופן עצמאי וקביעת ממצאים עובדתיים, המשכו בחינת המסכת הראייתית הכוללת והאפשרות להסיק ממנה מסקנה על בסיס הערכה מושכלת לאור ניסיון החיים והשכל הישר, וסופו בהעברת הנטל הטקטי אל הנאשם להציע הסבר חלופי שבכוחו ליצור ספק סביר במסקנה המפלילה (ע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריאף, פסקאות 96-98 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (להלן: עניין קריאף) (21.1.2015)). חברי השופט נ' הנדל אוחד בגישה שונה, בהעדיפו מבחן דו שלבי לבחינת הראיות הנסיבתיות, משלדידו מבחן זה מצמצם את הסיכון בהסקת מסקנות שגויות (עניין קריאף; ע"פ 8328/17 ג'בר נ' מדינת ישראל (להלן: עניין ג'בר) (28.7.2019) וראו גם ניל הנדל ומיכאל כהן "ראיה נסיבתית בעניין מעמדן של ראיות נסיבתיות בפלילים - מבט אמפירי על הרשעות שגויות" ספר יורם דנציגר 361 (לימור זר גוטמן ועידו באום עורכים, 2019)). בעניין ג'בר מצאתי להותיר סוגיה זו בצריך עיון משלא היתה דרושה להכרעה באותו עניין, ואלו פני הדברים גם בעניין שלפנינו.

22. בית המשפט המחוזי ציין את המבחן התלת שלבי כמסגרת לבחינת הראיות נגד המערער. ואכן בחינת עניינו של המערער לאורו של מבחן זה, המסקנה הסבירה היחידה העולה מכלל הראיות היא כי המערער היה מעורב בביצוע ניסיון השוד. בגדר המכלול הראייתי, שבבסיס מסקנה זו, זוהתה מעורבות של שלושה מכשירי טלפון ששויכו למערער, לרבות טלפון 2, איכוניהם ביום האירוע, דפוסי התקשורת בין טלפון 1 וטלפון 2 בתקופה שלפני האירוע, השימוש שעשו המשתתפים בניסיון השוד ברכבו של מי שהקשר בינו לבין המערער היה משמעותי ונסיבות נטילת הרכב מיבנה כהרף עין



בסמוך לאירוע, כאשר מיד בסמוך לאחר מכן הגיעו המעורבים באירוע באמצעות הרכב לחנות, בשעת סגירתה כשהם חמושים ומצוידים באמצעי הסוואה ובשק לאיסוף השלל באופן המעיד על תכנון מראש. צירופם של כל אלו אינו מאפשר לקבל טענה של צירוף מקרים כדבר סביר המניח את הדעת.

לפיכך, עבר הנטל הטקטי אל המערער להציע הסבר המטיל ספק סביר באשמתו. הסבר זה, על מנת שיתקבל, נדרש שיהיה הסבר מתקבל על הדעת, בעל אחיזה סבירה בחומר הראיות, מתיישב עם השכל הישר, להבדיל מהסבר תיאורטי ומאולץ. כן נדרש כי ההסבר יתייחס למכלול הראיות ולא לכל אחת מהן בנפרד. בנוסף, וגם אם הנאשם אינו מציע הסבר חלופי, על בית המשפט לבחון מיוזמתו שלו הסברים אפשריים, לרבות כאלו שאינם מתיישבים עם טענות ההגנה (עניין קריאף, פסקה 99 לפסק דינו של השופט נ' סולברג; וראו גם ע"פ 3510/16 אבו דקה נ' מדינת ישראל, פסקה 43 לפסק דינו (17.7.2019)). ככל שיימצא תרחיש חלופי, בין כזה שהועלה על ידי הנאשם ובין כזה שהתגלה מן העובדות שהוכחו בפני בית המשפט, בעל אחיזה בחומר הראיות שאינה "דחוקה, תיאורטית או מופרכת", יש לזכות את הנאשם (ע"פ 2697/14 חדאד נ' מדינת ישראל, פסקה 72 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (6.9.2016)).

23. בהינתן כל אלו, לא מצאתי כי התרחישים החלופיים, הן אלו שהציג המערער בפני בית המשפט קמא, והן זה שהציג המערער לראשונה במסגרת הערעור ואשר נוגע למעורבותו של קרוב המשפחה, עונים על תנאים אלו. אף אחד מן התרחישים אינו בעל אחיזה סבירה בחומר הראיות ואינו מתיישב עם השכל הישר.

24. לאור האמור לעיל לא מצאתי בסיס בדבר קיומו של ספק סביר באשר למסקנה המרשיעה העולה ממכלול הראיות הנסיבתיות. כך, גם יש לדחות את הטענה כי בהעדר ראיה על תוכן השיחות שנוהלו, נותר ספק סביר באשר למיוחס למערער. הנכון הוא כי הרשעת המערער מבוססת על מכלול הראיות הנסיבתיות ועל העדר הסבר חלופי בעל אחיזה בראיות, כך שמעורבותו של המערער בניסיון השוד היא המסקנה ההגיונית היחידה העולה ממכלול זה. משכך, ההרשעה עומדת על מכוונה גם בהעדר ידיעה באשר לתוכן השיחות בשל עצם התקשורת בין הטלפונים, איכוניהם, הקשר של המערער לבעל הרכב שבו נעשה שימוש, והרשעת הנאשם 1 על בסיס דגימת הדנ"א.

25. טענה חלופית שהעלה המערער היא כי בהעדר ראיה על תוכן השיחות לא ניתן לשלול כי חלקו באירוע הסתכם בסיוע לניסיון השוד ולא בביצוע בצוותא. טענה זו לא רק שהועלתה באיחור רב, משהועלתה לראשונה אף לאחר הדיון בעל פה, במסגרת בקשה שהגיש המערער להגשת תוספת מצומצמת, אלא שמכל מקום אין בה ממש. עצם קיומה של שיחה/קו פתוח, בין אם הוחלף בה מלל ובין אם לאו והקו הפתוח שימש רק להאזנה למתרחש בחנות בזמן ביצוע ניסיון השוד, ממקם את המערער במעגל הפנימי של המבצעים בצוותא. מעבר לכך, בהינתן מכלול הראיות הנסיבתיות, לפיהן אכן טלפון 2 באיזור האירוע, ולנוכח הקביעה כי הטלפון שייך למערער, ובייחוד לקיומה של שיחה/קו פתוח בין טלפון 2 לטלפון 1 לפני האירוע, במהלכו ולאחריו, ולנוכח הקשר של המערער עם בעל הרכב, לא ניתן לקבל את הטענה כי המערער היה מסייע בלבד.

26. לבסוף הפנה המערער לפער בין ההכרעות השיפוטיות, כאשר בית המשפט דיבר "בשני קולות" שעה ששופט המעצרים קבע כי אין ראיות לכאורה המצדיקות מעצר עד לתום ההליכים המשפטיים בעוד שבית המשפט הדיוני קבע את אשמת המערער בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום מעבר לספק סביר. לשיטתו, הדבר מחייב זיכוי על מנת למנוע



דיבור בשני קולות. דין הטענה להידחות. המדובר בשני שלבים שונים של ההליך השיפוטי, והראיות לכאורה שהיו מונחות בפני בית המשפט שדן בבקשה למעצר המערער עד לתום ההליכים, שונות מאלו שהיו מונחות בפני בית המשפט הדיוני, משאלו לא כללו את חוות דעת המומחה מטעם המשיבה ביחס למחקרי התקשורת, דבר שאף צוין במפורש בפסקה 12 להחלטת בית המשפט בעניין המערער (החלטת כבוד השופט ג' גונטובניק מיום 7.5.2017 במ"ת 52149-03-17). כמו כן, יש להדגיש כי לפני בית המשפט קמא שדן בעניינו של המערער עמדו גם עדויות שלא היו בפניו של שופט המעצרים.

27. לאור כל האמור לעיל, אציע לחבריי לדחות את הערעור.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ג' קרא. המערער יתייצב לריצוי עונשו בימ"ר ניצן ביום 18.3.2020 עד לשעה 10:00, כשברשותו תעודת זהות. על המערער לתאם את הכניסה למאסר כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שב"ס, טלפונים 08-9787377, 08-9787336.

ניתן היום, כ"א בשבט התש"פ (17.2.2020).



ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט
