



ת"פ 52083/03/17 - מדינת ישראל, המאשימה נגד נביל אבו קשק, יאיר זהר, הנאשמים

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

10 באוקטובר 2018

ת"פ 52083-03-17 מדינת ישראל נ' אבו קשק(עציר) ואח'

לפני כבוד השופט ציון קאפח

בעניין: מדינת ישראל - המאשימה
ע"י ב"כ עוה"ד גיא רוסו וענת גויכמן

נגד

1. נביל אבו קשק
2. יאיר זהר - הנאשמים
שניהם ע"י ב"כ עו"ד עדי כרמלי

הכרעת דין

1. נגד הנאשמים הוגש כתב אישום, המייחס להם ביצוע בצוותא של עבירות ניסיון שוד בנסיבות מחמירות - עבירה לפי סעיפים 402(ב) + 25 + 29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "החוק"); החזקה ונשיאת נשק- עבירה לפי ס' 144(א) רישא וס' 144(ב) רישא + ס' 29 לחוק; תקיפה הגורמת חבלה של ממש בנסיבות מחמירות- עבירה לפי ס' 382(א) וס' 380 + ס' 29 לחוק ועבירה של קשירת קשר לביצוע פשע- עבירה לפי ס' 499(א)(1) לחוק.

2. תמצית העובדות המפורטות בכתב האישום המתוקן:

עובר ליום 17.12.16 קשרו הנאשמים קשר ביניהם ועם אחרים (אשר זהותם לא ידועה), לבצע שוד (להלן: "הקשר"). לצורך כך, ביום 19.12.16 סמוך לשעה 18:00, קיבל נאשם 1 רכב מסוג סיטרואן C5, מ.ר. 16-837-36 (להלן: "הרכב"), אשר עד לאותו רגע היה ברשות בעליו עקיבא חרמון (להלן: "חרמון") בעיר יבנה, וזאת בידיעת ובהסכמת נאשם 2.

בהמשך, בסביבות השעה 18:50, הגיע נאשם 1 באמצעות הרכב, יחד עם שלושה אחרים אשר זהותם אינה ידועה, בהסכמתו ובידיעתו של נאשם 2, אל סמטה אחורית בקרבת חנות התכשיטים "עודד קאשי" ברחוב ה' באייר 28 בתל אביב (להלן: "החנות"), כשברשותם כפפות, כובעי גרב, אקדח טעון בכדורים מסוג 9 מ"מ, פטיש ושק. אותה עת הגיע נאשם 2 לקרבת החנות, בידיעתו ובהסכמתו של נאשם 1, ושהה שם לאורך המתואר להלן.

בה בעת נכחו בחנות עודד ופביאן קאשי ומוכרת נוספת (להלן: "המתלוננים"), אשר התכוונו לקראת סגירת יום העסקים



של החנות.

לאחר מכן, יצאו נאשם 1 ושניים מן האחרים מהרכב, כשהם רעולי פנים, עוטים כפפות ומצוידים באקדח, פטיש ובשק, והלכו לעבר החנות. כשהגיעו לפתח החנות, הכה נאשם 1 את דלת הכניסה הסגורה באמצעות פטיש וכתוצאה מכך הדלת נשברה ונפתחה והם נכנסו לחנות בעודם אוחזים באקדח, בפטיש ובשק, וצעקו לעבר המתלוננים "לא לזוז", "תביאו את התכשיטים" ו"איפה הכספת" (או מילים בעלות משמעות דומה). בתגובה, נעל המתלון את הכספת. נאשם 1 והאחרים הניפו את האקדח והפטיש אל עבר המתלוננים ואיימו עליהם לא לזוז.

נאשם 1 נטל שני מגשים שהכילו תכשיטים ושעונים בשווי של כ-1.2 מיליון ₪, ורוקנם לתוך השק. במקביל דרש לפתוח את הכספת, ומשהסביר לו המתלון כי היא נעולה, הכה אותו נאשם 1 בפניו, דחף אותו, דרך את אקדחו וניסה לפתוח את הכספת בעצמו, אך ללא הצלחה.

בהמשך ניסה המתלון למנוע את השוד, בכך שהפיל את האקדח מידו של המבקש. אז הכה אותו נאשם 1, דחף אותו והפילו לרצפה, בעוד שאחרים הכו אף הם את המתלון בידיהם ובאמצעות הפטיש.

לאחר מאבק, נטל נאשם 1 את האקדח מידיו של המתלון ונמלט עם האחרים מהמקום באמצעות הרכב, אותו נטשו לאחר מכן ברחוב סמוך. השק עם השלל נותר מאחור.

כל המתואר לעיל התרחש ובוצע בידיעתו ובהסכמתו של נאשם 2.

כתוצאה ממעשיהם המתוארים לעיל של נאשם 1 והאחרים, בידיעתו ובהסכמת נאשם 2, נגרמו למתלון המטומות וחתך באצבע.

במעשיהם המתוארים לעיל קשרו הנאשמים קשר עם אחרים לבצע פשע, החזיקו ונשאו נשק בצוותא חדא, ניסו לבצע שוד בחבורה תוך שימוש בנשק ובמכשיר שיש בו כדי לפצוע וכן בשעת השוד הכה נאשם 1 את המתלון וגרם לו, יחד עם האחרים, חבלות של ממש.

3. תגובת הנאשמים לכתב האישום

הנאשמים טענו כי אין מחלוקת אשר לקרות האירוע כפי שהוא מתואר בכתב האישום, אך כפרו במיוחס להם באופן מוחלט.

4. מבוא- עובדות אשר אינן שנויות במחלוקת

א. שני טלפונים סלולריים, היוו את מוקד הדיון. האחד, (להלן "טל"ס 052"), לגביו נטען כי נאשם 1 הוא המחזיק בו והוא אשר עשה בו שימוש. השני, (להלן: "טל"ס 025") אשר נטען לגביו כי נאשם 2 עשה בו שימוש בשיחותיו עם נאשם 1 לצורך ביצוע העבירה. **שני הטלפונים לא רשומים על שם הנאשמים.**

ב. ביום 19.12.16 סמוך לשעה 17:04 עשה דרכו אלמוני מלוד ליבנה כאשר הוא נושא עמו טל"ס 052.

עמוד 2



במהלך הנסיעה הוא משוחח עם טל"ס 025 שיחה בת 39 שניות. בהגיעו ליבנה הוא נקלט באזור הקיוסק שם נגנבה/נלקחה המכונית אשר שימשה מאוחר יותר את השודדים. מיבנה עשה האלמוני את דרכו לתל אביב בשעה 18:00 כאשר הוא משוחח שוב עם טל"ס 025 שיחה בת 31 שניות. עם הגיעו לתל אביב בשעה 18:42 הוא ניהל שיחה שלישית עם טל"ס 025 שיחה ארוכה בת 16 דקות ו 49 שניות, שיחה אשר כללה את זמן השוד. אותה עת שהה האלמוני באתר השולט על החנות -ראה לעניין זה פלטי התקשורת ת/88 וחוות דעת מומחה התביעה, קמר, ת/95 ות/96.

ג. במקביל ובאותו יום נשא עמו פלוני את טל"ס 025 **ביחד עם שני ניידים נוספים של נאשם 2**. טל"ס 025 שוחח ביום האירוע **אך ורק** עם טל"ס 052 החל משעה 14:52 ועד השעה 19:00 (אחרי השוד). שניהם שהו באתר החולש על הקיוסק ביבנה משם נלקחה המכונית. גם טל"ס 025 עשה דרכו מיבנה לתל אביב ושניהם נקלטו בשני אתרים החולשים על החנות במהלך השוד.

ד. אין מחלוקת כי המושג "שיחה" אינו משקף בהכרח מלל כפי שיובהר להלן.

ה. לפי שבעל החנות נאבק בשודדים הם שמטו במנוסתם שק אשר הניב דנ"א של נאשם 1.

ו. **אין מחלוקת כי בעליה של המכונית אשר נלקחה ביבנה נכנס לקיוסק לפרק זמן קצרצר של מספר שניות בעודו מותיר את המכונית מונעת. כן מוסכם כי הוא מכר ומודע של נאשם 2.**

5. סיכומי הצדדים בתמצית

סיכומי התביעה

מכלול הראיות הנסיבתיות כורך את שני הנאשמים, איש איש על פי חלקו, למיוחס להם.

לנאשם 1 :

דנ"א, יריעת בד, פטיש, מאפיינים פיזיים של הנאשם כפי שנקלטו במצלמות האבטחה, מבטא, מחקרי תקשורת לרבות מיקום הנאשם במקום גניבת המכונית ביבנה אשר שימשה להסעת השודדים, מיקומו לאחר מכן במקום השוד, היעדר הסבר חלופי ושקרים.

לנאשם 2 : מחקרי תקשורת אודות הקשר בינו לבין נאשם 1 בימים שקדמו לאירוע וביום האירוע, מיקומו בימים שקדמו לאירוע, בשעת גניבת המכונית ולאחר מכן בשעת האירוע עצמו. הקשר בין הנאשם לבעלים של המכונית שנגנבה ונסיבות הגניבה, גרסה מתגלגלת ומתן הסבר מופרך.

סיכומי ב"כ הנאשמים

לנאשם 1 : דנ"א של הנאשם-חפץ נייד ולא ניח, פגמים בשרשרת המוצג (השק הנושא את הדנ"א של הנאשם), מקור הדנ"א ונסיבות הגעתו לשק, חוקיות החיפוש והשלכותיו, פגמים בשרשרת המוצג (פטיש וסדין), המאפיינים הפיזיים של הנאשם, היעדר קשר לטל"ס 052 ואופן רישום הדברים מפי האב, השוודים לא עשו שימוש בטלפון נייד, מחדלי חקירה לגבי מקום הימצא הנאשם ביום השוד, מחדלי חקירה לגבי הימצאות דנ"א של אחרים על כדורי האקדח, אי אמירת אמת של החוקרים, אופן נטילת דנ"א מהנאשם, אי סגירת התיק של העד אהרון לנקרי בטרם העיד בבית המשפט, החקירה ש"נעלמה", אי מתן זכות היועצות, תשובות ושאלות אשר לא נרשמו במלואן, אי מיצוי חקירה אשר לחלק אפשרי של חרמון ובת זוגו, מאפייני אישיות של נאשם 1 שאינם עולים בקנה אחד עם התנהלות השווד כפי שנצפתה בסרט מצלמת האבטחה והצגת תרחיש חלופי לראיות.

לנאשם 2 : אין היכרות מוקדמת עם נאשם 1, לא נכח בזירת השוד, אין תוכן של שיחות בין שני הנאשמים, תשתית ראייתית דומה גם נגד לנקרי אשר לא הועמד לדין, התנהלות רשלנית בחקירת חרמון, מהות הקשר בין הנאשם לחרמון, טל"ס 025 שייך למסעדה וגם אחרים עשו בו שימוש, השיחה הממושכת בין נייד 025 לנייד 052 גם במהלך השוד אשר לא נשמעה על-ידי המתלונן, מחדלי חקירה ותרחיש חלופי.

6. דין והכרעה :

בחינת הראיות הנסיבתיות המיוחסות לכל אחד מהנאשמים תיעשה במתווה אשר נקבע בפסיקה, קרי, המבחן התלת שלבי. בחינת כל ראיה בפני עצמה, בחינת מארג הראיות הכולל והתמונה המצטיירת. אחר שני השלבים הראשונים ובמידה שמסכת הראיות הנסיבתיות טומנת בחובה פוטנציאל פלילי, או אז מגיע השלב השלישי בו על הנאשם ליתן הסבר חלופי למערכת הראיות הנסיבתיות. הדברים ברורים ואין מקום להאריך בנקודה זו. ראה לעניין זה"פ 3652/14 מוחמד כנעני נ' מ"י (28.12.15).

הראיות :

הערה מקדימה: יש לציין שכל אימת שאדון בנסיבות גניבת/נטילת המכונית אשר שימשה את השוודים, הערותי אשר לחלקו של בעליה, יהיו בכפוף לכך שנגד הבעלים לא הוגש כתב אישום. עם זאת, אינני יכול להתעלם מהעובדות אשר נפרשו בפניי המשמשות גם להכרעת הדין.

המכונית אשר שימשה את השוודים נגנבה לטענת בעליה חרמון מיבנה, שהיא גם מקום מגורי נאשם 2. אולם, מנסח כתב האישום, בכוונת מכוון, נקט בסעיף 2 לעובדות בביטוי "**קיבל את המכונית**" (נאשם 1-צ.ק), מאדם שזהותו אינה ידועה, בדיעת ובהסכמת נאשם 2. לא בכדי נקט התובע בלשון זו, לפי שיש היכרות מוקדמת בין הבעלים של המכונית לנאשם 2, השניים שוחחו ביום האירוע. נאשם 1, כפי שייקבע בהמשך, בדרכו לתל אביב, הרחיק באופן תמוה מעיר מגוריו בלוד עד ליבנה לשם ביצוע "גניבת" המכונית, רק על מנת לשוב עם המכונית לתל אביב ואף זאת בתזמון מדויק כך שהגעתו לתל אביב תהיה בשעת סגירת החנות. **כאן המקום להקדים את המאוחר ולומר, לטעמי, כי נאשם 1**



לא היה טורח לעשות כן, אלמלא ידע מראש כי המכונית תהיה זמינה עבורו במקום ובשעה היעודה.

נסיבות גניבת /קבלת המכונית, מיקום הקושרים באותו מקום וההיכרות המוקדמת בין הבעלים של המכונית ונאשם 2 מהווים נדבך נוסף וחשוב למארג הראיות הנסיבתיות.

7. מכאן לראיות לגבי נאשם 1.

אדון תחילה בראיות על פי הדנ"א, מחקרי התקשורת, תנועותיו ביום האירוע ויתר הראיות הנסיבתיות.

א. אגב מנוסת השודדים מהחנות הם הותירו אחריהם שק אשר נועד לאיסוף התכשיטים ולצדו 2 כדורים 9 מ"מ (ראה ת/8). את השק תפס רס"ר סמץ והכניסו לשקית מאובטחת מספר T0205015 (ראה ת/8). רס"ר סמץ העביר את השקית האטומה עם המוצג לרס"ר מעיין אוצלסקו (ראה ת/6). ביום המחרת, 20.12.16, העביר פקד צדקה את השקית המאובטחת עם המוצג למטה הארצי וערך על כך מזכר בדיעבד (ת/93). יצוין כי פקד צדקה לא השתייך לצוות החקירה והוא נתבקש להעביר את המוצג למטה הארצי אגב נסיעה למטרה אחרת. אני מקבל את דבריו בחקירתו בית המשפט כי לא נגע בשק ולא שינה בו דבר, כך שמילוי המזכר בדיעבד אינו מעלה ואינו מוריד.

לכך יש להוסיף את המזכר שערכה רס"ר סימה אברהמי מהמטה הארצי (ת/90א), ולא כפי שנכתב בפרוטוקול בטעות-ת/89), בדבר קבלת המוצג, ביום 20.12.16. המזכר שערכה הוגש בהסכמה.

מהשק הופק דנ"א אשר השוואה לדנ"א אשר ניטל מהנאשם 3 ח' לאחר מכן עת נעצר. חוות הדעת מיום 13.3.17 קובעת בבירור כי הדנ"א מהשק והדנ"א מהנאשם, תואמים הם (ראה ת/84 ב' עמ' 2 סעיפים 1 ו 2 למסקנות).

יש לציין כי הדנ"א להשוואה נלקח מהנאשם בהסכמתו, הן על פי דברי החוקר קוזי והן נוכח דברי הנאשם עצמו בחקירתו הנגדית כי " יכול להיות" שהדנ"א נלקח בהסכמתו (עמ'205 שורות 8-11).

רפ"ק יהונתן רוט, בודק במעבדה הביולוגית, ערך חוות הדעת ת/84א ת/84ב.

ת/84א מיום 30.1.17- נמסרו לבדיקת DNAשק בד, מטושים וכפפות.

בראש חוות הדעת מפרט רוט את המוצגים שהתקבלו ואת דרך קבלתם מהמז"פ. לעניין השק כתב: **"קופסת קרטון סגורה מסומנת בין היתר "זב/11-16-56024, תחנת לב תא ירקון, מס"ד מוצג 644256" אליה מוצמדת שקית מאובטחת ריקה שמספרה T0205015 ובה אריזת נייר מסומנת בין היתר "שק. בד" ובה שק בד.**

לגבי החומר שנדגם מהשק, התקבל פרופיל DNAשמקורו בשני פריטים לפחות (תערובת פרופילים). הפרופיל הבולט הוא ממקור זכרי.

רוט מציין בדו"ח: **"במידה ויתפסו חשודים אנא שלחו דוגמת ייחוס לצורך השוואה"** (ס' 6).

ת/84ב מיום 13.03.17. חוות דעת המשך לחוות הדעת מיום 30.1.17.

עמוד 5



התקבל פרופיל DNA של נאשם 1, לצורך השוואה מול פרופיל DNA שהתקבל בת/84א.

מסקנות: "הפרופיל הבולט בתערובת שהתקבלה מהשק...תואם את פרופיל DNA של נביל אבו קישק, או כל אדם בעל פרופיל זהה כפי שהתקבל בבדיקות אלו.

ביתר האתרים בתערובת, בהם לא התקבל פרופיל בולט, לא ניתן לשלול את תרומתו של נביל אבו קישק לתערובת שנתקבלה במוצג זה...שכיחות הפרטים שהנם בעלי פרופיל DNA כפי שהתקבל בחומר שנדגם מהשק...נאמדת באחד ליותר ממיליארד פריטים...אומדן השכיחות אינו מתייחס לקרובי משפחה, בקרבת דם מוגדרת של מקור הDNA במוצג...".

בחקירתו הנגדית שאל הסנגור את העד לגבי המוצגים המופיעים בת/84א, בהם לא התקבלה כמות DNA ראויה. העד הסביר כי בנוגע למוצגים המדוברים לא הייתה כמות מספקת של חומר כדי לבצע הבדיקות.

בבדיקות המבוצעות היום במז"פ, אין דרך לקבוע בוודאות מה מקור הדגימה הביולוגית אותה בודקים, למעט דם, זרע או רוק אותן מבצע אם הוא מתבקש לכך.

במקרה זה לא התבקש לאתר את מקור הדגימה הביולוגי בכלים הבסיסיים שיש לו, ולכן לא ביצע את הבדיקה. העד מסביר כי גם אם מבצעים את הבדיקות לאיתור המקור, התוצאות הן לא חד משמעיות.

בסיכומיו טוען הסנגור כי יש לפסול את המוצג בשל היעדר קיומה של שרשרת מוצג, דבר המהווה פגם מהותי.

הסנגור טוען כמו כן כי מקור החומר הביולוגי (דם, זרע, שתן, שיערה, רוק) אשר נמצא על השק לא נבדק (עמ' 104 ש' 26, עמ' 106 ש' 15). כמו כן, רפ"ק רוט (עורך חוזה"ד ת/84א ת/84ב) אישר כי בנוסף לפרופיל דנ"א של הנאשם, נמצאו פרופילים של אנשים אחרים (עמ' 110 ש' 8).

לגבי ידידי, מקור הדגימה אינו מעלה ואינו מוריד לעניין התוצאה. התרחיש המוצע על ידי הסנגור כי מי מבני משפחת הנאשם נטל אריג מבית הנאשם ובו DNA של הנאשם, ועשה בו שימוש לצורך השוד, קלוש ביותר וביתר שאת נוכח יתר הראיות כפי שיפורט להלן. אשר לטענה בדבר פרופילים של אנשים אחרים, יש להפנות לתשובת רפ"ק רוט כי לא הייתה כמות מספקת של DNA לביצוע הבדיקה.

הסנגור ציין כי על פי הסרטון, עטו השודדים כפפות, ומאחר ואיש מהם לא דימם או פלט זרע, יש לתור אחר אפשרות אחרת להימצאות הדנ"א של הנאשם. ואלה התזות שהועלו:

1. השק זוהם עם חומר ביולוגי של נאשם 1, בעקבות אי שמירה על שרשרת ראיות.
2. נאשם 1 נגע בשק באופן אקראי, במהלך עבודתו או באזור מגוריו.
3. נוכח היעדר שרשרת מוצג תקין, נאשם 1 בא במגע עם השק לאחר שהשק נתפס, ובכך זיהם את המוצג.

4. השק היה בעבר סדין מיטה של הנאשם, אשר נזרק לפח ונאסף על ידי אחד השוודדים אשר הפך אותו לשק בד.

לא מצאתי בטענות הסנגור בדבר אי שמירה על שרשרת המוצג כדי לערער על תקפות הממצאים. ראש וראשון לכל יש אכן לציין חשיבותה הרבה של השמירה על שרשרת המוצג. עם זאת, יש לערוך אבחנה ברורה בין מוצג כגון סם מסוכן אשר נתפס, שם קיימת אפשרות כי בהיעדר שמירה על שרשרת המוצג, אפשר שיוחלף בסם אשר נתפס באירוע אחר. במקרה שבפנינו, ולא בכדי העלה הסנגור טענות חלופיות, אין מחלוקת כי השק נתפס בחנות התכשיטים וכי אחרי ככלות הכל בדיקת הדנ"א העלתה קשר בין הנאשם לבין השק. לא הוצגה כל אפשרות ריאלית כי דנ"א של הנאשם הגיע אל השק לאחר שזה נעצר. קרי, מלכתחילה לא נשא השק דנ"א של הנאשם ורק לאחר מעצרו בא במגע עם השק בדרך כלשהי. הדבר אינו אפשרי מהטעם הפשוט שהשק נלקח למטה הארצי ביום 20.12.16 **בעוד שהנאשם נעצר רק שלושה חודשים לאחר מכן**, אז נלקח ממנו דנ"א להשוואה.

הנאשם לא נתן הסבר להימצאות הדנ"א שלו בחנות.

יש לקבוע אפוא כי הנאשם היה בחנות במהלך השוד וכי הוא נמנה על השוודדים.

כך למשל בע"פ 3834/10 **שמעון והבה נ' מדינת ישראל** (6.3.13), נקבע כי אין באי זיהוי מקור הדנ"א שעל "עקב" מחסנית האקדח, כדי לפגום במשקל יתר הראיות הממשיות העומדות נגד הנאשם:

"ואכן, ידוע הוא כי משקלן הראייתי של ראיות מדעיות נעוץ בהימצאותן ולא בהיעדרן. כפי שציין השופט י' דנציגר:

"כאשר עסקינן בבדיקות פורנזיות, הגישה המקובלת היא כי אין משמעות ראייתית לממצא שלילי בדבר היעדר סימנים, כמו למשל היעדר טביעות אצבעות, שכן משקלה של בדיקה פורנזית הוא בעל משמעות בהתקיים ממצא חיובי" (ע"פ 2957/10 אלאטרש נ' מדינת ישראל, פס' 73 [פורסם בנבו] (30.5.2012), וראו גם, שם, פס' י"ט; ע"פ 3176/03 ווהידי נ' מדינת ישראל, פס' 14 [פורסם בנבו] (6.6.2007); ע"פ 502/10 מחאמיד נ' מדינת ישראל, פס' 24 [פורסם בנבו] (22.10.2012))."

(ע"פ 149/12 אשר אלמליח נ' מדינת ישראל [טרם פורסם] מיום 24.9.12).

העובדה שמדובר **בחפץ נייד** אשר יכול לעבור ממקום למקום, עשויה לגרוע מערכה של ראיית הדנ"א כראיה מפלילה אולם, על אף הזהירות הנדרשת, ככל שמדובר בהימצאות שרידי דנ"א על גבי חפץ נייד, עדיין עומד לראיית הדנ"א כוחה הראייתי העלול לקשור את הנאשם לעבירה.

וזאת יש לזכור, כי מדובר אמנם בשק העשוי מסדין שהוא חפץ נייד, **אך מדובר בחפץ נייד אישי**, שידיים רבות "לא בוחשות" בו ובשל הערך הנמוך לא "מתאמצים" לגונבו.



בענין שמעון והבה לעיל, הביע כב' הש' שהם את דעתו כי:

"לאור האמור, יש ליתן את הדעת לאופיו של החפץ הנדון ולפעול, עקב כך, במשנה זהירות. יחד עם זאת, מובן כי אין להסיק מכך כי משקלם הראייתי של שרידי ה-DNA אשר התגלו על גבי המסכות, הינו "אפסי" בשל כך, כנטען בערעור. על אף הזהירות הנדרשת, עומד לפרופיל ה-DNA, כוחו הראייתי המפליל העשוי לקשור את הנאשם לזירת ביצוע העבירה ולהצביע, לבדו או יחד עם ראיות נוספות, על אשמתו. עמד על כך השופט א' א' לוי, בצינו כי:

"אין ללמוד כי טביעת אצבע על חפץ נייד - אפילו מדובר בחפץ המצוי בשימוש יומיומי, 'שידיים רבות בוחשות בו'... - לעולם לא תוכל לשמש כראיה מספיקה להרשעה. גם אז עומד לטביעת האצבע כוחה הראייתי המפליל כראייה נסיבתית, העשויה לבדה או ביחד עם ראיות נסיבתיות נוספות, להצביע על אשמת הנאשם. או אז, נדרש הנאשם לספק לראיות נסיבתיות אלו הסבר חלופי, המתיישב עם חפותו."

(ע"פ 4510/07 סראבוניאן נ' מדינת ישראל, פס' 3 [פורסם בנבו] (17.1.2008) ; כן ראו בענין זה: ע"פ 9154/04 חנניב נ' מדינת ישראל, מיום 20.6.05 - שם דובר על טביעות אצבע על מטלטלין).

יש לזכור כי ראיית הדנ"א, מצטרפת לכל יתר הראיות הנסיבתיות, ובסוף הדרך עלי לקבוע, האם יש בתשתית הראייתית הכוללת אשר הונחה בפניי כדי לבסס את הרשעת הנאשם במיוחס לו.

אשר ליתר האפשרויות אשר הועלו על ידי ב"כ הנאשם, מדובר בתזות אשר יכולות אולי לעמוד בפניי עצמן, אולם במכלול הראיות, כפי שיפורט להלן, האפשרות לקיומן קלושה ביותר.

ב. **מחקרי התקשורת:**

טל"ס 052 :

אביו של הנאשם, מר מוחמד אבו קישק אישר בהודעתו ת/32, **אשר הוגשה בהסכמה חלף עדותו**, כי טל"ס זה הינו של בנו, הנאשם-**"בטוח מאה אחוז"**. כך הם פני הדברים גם בהודעה נוספת שמסר האב-ת/33- יום למחרת. הדברים קיבלו תימוכין בבדיקות פלט שיחות עם הטל"ס 052, שיחות אשר נערכו עם בני משפחת הנאשם- (ת/65 מזכר בדבר פלט השיחות). הצלבה עם מספר טלפון אחר של הנאשם המסתיים ב 688 לגביו אין מחלוקת שהינו בבעלות הנאשם העלתה זהות לגבי נמעני שיחות משני המספרים (ת/80).

משהוטחו הנתונים בפני הנאשם הוא העדיף למלא פיו מים (ראה ת/55 עמ' 2 שורות 3-5). מאוחר יותר, משהושמעו לו דברי אביו, כמפורט לעיל, הגיב הנאשם: **"אם הוא אומר הוא צודק שזה המספר שלי"** (ראה ת/71 א' עמ' 3 שורות 21-25).

טוען הסניגור בסיכומיו כי החוקר קוזי הוא **"שמוליך את האב לזהות את טל"ס 052 והאב אישר באופן פסיבי . לכן**



לא ניתן לקבל את דבריו של אביו לגבי מספר זה ויש להעדיף את אמירתו השנייה כי טל"ס 054-88 אשר נמסר באופן חופשי הינו של הנאשם"

אין לאל ידי לקבל טיעון זה : ראשית, הגשת ההודעה בהסכמה הינה ראייה להסכמה גם לתוכנה. שנית ובעיקר: הסניגור נאחז בספרות הראשונות-054-88- כמבטאות את האמת. **דא עקא שהספרות הראשונות הינן דווקא של המספר המסתיים ב 052 !, קרי, 054-8878052.** הנה כי כן מדובר באותו מספר נייד.

עיון בת/32 משורה 11 עד שורה 18 מעלה כי אלה היו חילופי הדברים במלואם :

ש. מה מספר הפלאפון של נביל ?

ת. מתחיל ב 054-88. ההמשך אני לא זוכר. (הדגשה שלי- צ.ק).

ש. כמה זמן יש לו את המספר הזה ?

ת. לא יודע.

ש. האם המספר של נביל הוא 054-8878052 ?

ת. כן, זה המספר.

ש. אתה בטוח ?

ת. כן, זה המספר שלו. אני זוכר.

לאחר מכן יש שאלות בנושא אחר ואז, בשורה 26 החוקר שואל שוב.

ש. אני שוב שואל האם המספר של נביל הוא 054-8878052 ?

ת. כן, זה של נביל.

ש. אתה בטוח שזה של נביל ?

ת. בטוח מאה אחוז.

עיון בהודעת האב מעלה בבירור כי הדברים לא הושמו בפיו על ידי החוקר. מקום שידע להשיב הוא עשה כן ובמענה לשאלות אחרות השיב ב"לא זוכר" או "לא יודע". להלן מספר דוגמאות :

" ש. ומאיפה המספר 054-9934688 (הטל"ס הרשום על שם הנאשם-צ.ק)

ת. לא זוכר אותו."



יושם אל לב כי גם כאן שם החוקר מספר בפי הנחקר אך זאת הפעם הוא השיב כי אינו זוכר את המספר.

כך למשל נשאל האב לגבי זהות הנמענים בטל"ס 052 הוא השיב כי פאיק אבו קישק -בן דודה- השכיר בעבר חדר לנאשם אך אינו יודע אם הם עדיין בקשר. גם אשר לקרובי משפחה אחרים השיב כי אינו יודע אם הם בקשר עם הנאשם.

גם בהודעת האב ת/33 אשר נרשמה יום למחרת ואף היא הוגשה בהסכמה הוא חזר וציין כי הטל"ס המסתיים ב 688 אינו מוכר לו ומנגד הוא שב ומביע בטחונו כי טל"ס 052 הינו של הנאשם : " כן. זה זכרתי. מה שאמרתי לך".

מכלל הלאו בתשובות האב אתה שומע הן לגבי טל"ס 052.

בת/32 מסביר האב כי אין שיחות מטל"ס 052 אליו לפי שהנאשם עובד עמו ומתגורר מתחת לדירתו (שורה 31).

יש לקבוע אפוא כי טל"ס 052 היה בשימוש הבלעדי של הנאשם. ראיה זו משתלבת עם ממצאי הדנ"א, כפי שיפורט בהמשך.

ג. תנועות טל"ס 052 ביום האירוע.

כעולה ממחקרי התקשורת ומחוות דעת של מומחה התביעה מר קמר- שהה הנאשם בלוד עד השעה 17:04 ולאחר מכן עשה דרכו ליבנה. במהלך הנסיעה הוא משוחח עם טל"ס 025, שיחה של 39 שניות, מגיע ליבנה, נקלט באזור הקיוסק ממנו "נגנבה" המכונית, ועושה דרכו צפונה לתל אביב בשעה 18:00 כאשר הוא משוחח שוב עם טל"ס 025 שיחה בת 31 שניות. בשיחה זו, לטעמי, הנאשם מדווח אודות קבלת המכונית והמשך דרכו לתל אביב. הנאשם הגיע לתל אביב בשעה 18:42 לערך אז ניהל שיחה ארוכה-16 דקות ו-49 שניות- עם טל"ס 025. במהלך השיחה אשר כללה את זמן השוד היה הנאשם באתר השולט על החנות. כאן המקום להדגיש שוב כי הביטוי "שיחה" אינו בהכרח מלל בין שני צדדים, אלא עובדה המעידה על קו פתוח. לפי שהנתונים אינם שנויים במחלוקת אין להאריך בנקודה זו.

הסנגור טוען בנקודה זו שתי טענות מרכזיות:

א. השודד לא שוחח כלל בטלפון במהלך ביצוע השוד עם מנוי 025 או עם כל מנוי אחר, לפי שבעל החנות לא ראה את השודדים מחזיקים בטלפון ולא שמע אותם משוחחים בטלפון.

ב. לא ניתן לדעת, גם על פי מומחי התביעה, באיזו נקודה ספציפית היה מנוי 052 בתוך הסקטור.

על ראשון ראשון ואחרון אחרון,

א. על פי הנצפה במצלמות האבטחה (ת/26), אכן לא החזיקו השודדים טלפון נייד, אולם הם היו רעולי



פנים עם כיסוי ראש מלא. בית המשפט בתוך עמו יושב. כיום קיימות אוזניות אלחוטיות, שאינן מצריכות החזקת הטלפון ביד. באירוע זה האוזניות היו מתחת לכיסוי הראש. הדברים הינם בחזקת ידיעה שיפוטית.

ב. אין הדבר עומד בסתירה לכך שהמתלונן לא שמע חילופי דברים בין השודדים לבין אלמוני, אולם, כמאמר התובע, הדעת נותנת כי המפעיל החזיק "קו פתוח" על מנת להאזין, או לתת הוראות, במהלך השוד.

ד. מיקום טל"ס 052 בתוך הסקטור:

שני המומחים - קמר, מטעם התביעה, ופרי, מטעם ההגנה - מסכימים אודות הנתונים הבאים:

1. איכון בדיעבד ניתן לבצע רק **בתחילת שיחה ובסופה**, ומכאן שלא ניתן לדעת היכן היה המנוי במהלך השיחה.
2. השיחה בין שני המנויים - 052 ו-025 - החלה בשעה 18:41 והסתיימה בשעה 18:58. השוד התרחש בשעה 18:54 ונמשך כשתי דקות (כאן המקום לציין כי עיתוי סיום השיחה קשור בבירור לאירוע ניסיון השוד).
3. טל"ס 052 נקלט באתר "חנה וסע", הסמוך למקום השוד, בתחילת השיחה ובסופה. לטעמי, המחלוקת בין המומחים הינה האם יכול היה מנוי 052 להיקלט באתר "חנה וסע" בעודו בחנות. למחלוקת זו אין כל נפקות משום שגם מומחה ההגנה מסכים כי מבחינת לוח הזמנים והמרחק, יכול היה הנאשם להתחיל ולסיים את השיחה באתר "חנה וסע" ובין לבין להגיע לחנות. כהגדרתו של פרי, פרק הזמן בו הקו היה פתוח, הינו "חור שחור" ולכן לא ניתן לשלול כי היה בחנות (ראה עדות פרי עמ' 191, ש' 7-10, ש' 30 ועמ' 192 ש' 12-17).

פרי שולל הימצאות 052 בחנות מטעמים שאינם במומחיותו:

- א. כיצד יבוצע שוד בשעה שאדם מנהל שיחה
- ב. צפיפות התנועה (עמ' 191 ש' 23-25). גם לשיטת פרי, המרחק בין הנקודה בה נקלט 052 (רח' פייבל), בשעה 18:41 - לחנות הוא מאות מטרים בלבד.

סיכום עדויות המומחים:

שני המומחים מסכימים שהסקטור השולט על החנות הינו וייצמן 6294 (רח וייצמן הסמוך למקום השוד). על פי מפות הפרדיקציה הניח קמר כי יכול והשיחה שערך טל"ס 052 מהחנות, נקלטה באתר "חנה וסע" הסמוך. פרי חולק על כך ומתבסס על בדיקות שערך בשטח וזו נקודת המחלוקת העיקרית בין המומחים.

מסקנה: מאחר והאיכון בדיעבד מתקבל בתחילת השיחה ובסיומה, ניתן לדעת כי השיחה בת 16 הדקות התחילה והסתיימה באתר "חנה וסע" (0195), הסמוך לחנות. לא ניתן לדעת היכן היה המנוי במהלך זמן זה. **על פי שני**

המומחים, היה יכול להגיע לחנות ולשוב לנקודת ההתחלה.

הנה כי כן, המסקנה העולה מדבריי שני המומחים כי מבחינת **ההיתכנות** טל"ס 052 היה בחנות.

לכך יש להוסיף, כאמור לעיל, את ממצא הדנ"א המעביר אותנו מתחום ההיתכנות לתחום הקביעה הוודאית.

יש עוד לקבוע אפוא כי הנאשם היה ביבנה ובתל אביב ביום האירוע, זאת בניגוד לדבריו כי מעולם לא **היה ביבנה** (ת/68 א' עמ' 5 שורה 108-109) **וכי לא היה בתל אביב לפני פברואר 2017** (ת/68 א' עמ' 4 ש' 68-77).

לשקרי הנאשם משמעות ראייתית. הלכה היא, כי שקרי נאשם בנקודה חשובה ומהותית, בניסיון להרחיק עצמו מן העבירה המיוחסת לו, מהווה "התנהגות מפלילה", העולה אף כדי סיוע לראיות התביעה [ר' ע"פ 1645/08 **פלוני נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (3/3/2009)].

שקרים מהותיים היוזרים לשורשו של עניין, היוצאים מפיו של הנאשם - הן במסגרת חקירותיו במשטרה והן במהלך עדותו בבית המשפט - עשויים לעלות כדי חיזוק ואף סיוע לראיות התביעה, וזאת במידת הזהירות הראויה [ר', למשל, ע"פ 8948/12 **נמר נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (1.2.16), וכן ע"פ 2014/94 **סאלח נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 624 (1996), וכן ע"פ 694/03 **דנינו נ' מדינת ישראל** פ"ד נ(4) 249, 256-257 (1985)].

ה. **התיאור החיצוני של השודד** כפי שהוא עולה **מת/26** (סרטון מצלמת האבטחה).

השודדים היו רעולי פנים. אחד מהם והדומיננטי שבהם - "מנהיג הכנופיה" כהגדרת המתלונן- הינו בגובה של הנאשם. המתלונן בעל החנות, מר עודד קאשי, הוסיף פרטים על מאפיינים נוספים ובהם היות השודד בעל אף בולט, מפרצים בשיער ובעל מבטא ערבי. אכן, הנאשם עונה על תיאור זה אך נוכח הערתי בדבר הזהירות הנדרשת בקביעת ממצאים על פי תיאור כוללני, ביקש התובע להפנות שימת הלב על דרך השלילה. קרי, התיאור העולה ממצלמות האבטחה ומדברי המתלונן לא רק **שאינו** בניגוד לחזותו החיצונית של הנאשם אלא אף קרוב אליו מאד. ברי, כי נדבך זה, לרבות המבטא הערבי כפי שאף אני התרשמתי ממנו, מהווה תוספת למכלול הראיות הנסיבתיות הגם שהמשקל שאני נותן לו אינו ברף הגבוה ולו מטעמי זהירות.

כך הם פני הדברים אשר לגובהו של השודד. המדידות שנערכו מעידות על דרך השלילה כי השודד לא היה בגובה שונה מהותית מגובהו של הנאשם.

ו. **החיפוש בדירת הורי הנאשם וממצאיו.**

ביום 7.3.18 ערכו שוטרים חיפוש בבית הנאשם בלוד מכח צו חיפוש אשר נחתם על-ידי שופט (ת/20). ב"כ הנאשם הלן על חוקיות החיפוש.

צו החיפוש הסמיק את המשטרה לערוך חיפוש אצל **הנאשם** בשתי כתובות הנקובות בצו. בסופו של דבר החיפוש נערך

באחת מן הכתובות הנקובות בצו "שכ' סחנה".

השוטר עוזרי אשר ערך את החיפוש ציין כי מדובר במבנה בן 2 קומות. הנאשם טען כי הוא מתגורר עם אשתו ילדיו והסבתא בקומת הקרקע ואילו יתר בני המשפחה-האב האם והאחים מתגוררים בקומה העליונה.

לאחר החיפוש בקומת הקרקע שממצאיו יובאו להלן עבר השוטר לבצע חיפוש גם בדירה בקומה העליונה. על חיפוש זה ותוצריו מלין הסיגור.

בחקירתו הנגדית אישר השוטר כי החיפוש החל רק לאחר שהנאשם הגיע למקום. לשאלה מניין נטל לעצמו חירות לערוך חיפוש גם בדירת האב, השיב: "**היה לי צו לכל הקומפלקס**" "**זה עוד פעם, זה לא כתובת מסוימת, אין שם מספר בית. זה כתובת מסוימת עם כל הקומפלקס**", "**הצו כביכול הוא לא על כתובת מסוימת ואם זה היה על הכתובת של נביל בלבד הייתי מחפש שם**" ובהמשך במענה לשאלותיו השיב "**אני הבנתי שהוא (הצו-צ.ק) מכון לקומפלקס. אין כתובת של בית מסוים**". עוד אישר כי הקומפלקס הוא דירות של בני המשפחה כאשר כל דירה היא יחידה נפרדת. (עמ' 16 שורות 16-17, 31-32 עמ' 17 שורות 2-3 ועמ' 19 14-19).

אינני רואה עין בעין עם השוטר את מה שהבין מצו החיפוש. אין בבקשה להוצאת צו החיפוש כל התייחסות לקומפלקס כולו. **הבקשה והצו מתייחסים לנאשם בלבד** וכפועל יוצא לדירת מגוריו או כל מקום שהינו בבעלותו או בשימוש והוא נקוב בדו"ח.

אשר על כן, יש לקבוע כי החיפוש בדירת האב בקומה העליונה היה שלא כדין ומכאן שאין לקבל כראיה את הפטיש שנמצא שם. משכך, לא ראיתי להכריע בשאלה האם הפטיש דומה לפטיש אשר שימש את השודדים, אם לאו.

ז. החיפוש בדירת הנאשם

על פי ת/16 ו- ת/17 נמצאה בקומת הקרקע ציפת סדין הדומה לבד אשר שימש את השודדים כשק לאיסוף התכשיטים וספוגי מזרן. בטרם החיפוש, המתין השוטר כשעתיים עד להגעת הנאשם, ולאחר שהגיע הבהיר לו, בין היתר, שזכותו בנוכחות עדים חיצוניים, אך הנאשם ענה לו כי "**אין צורך בעדים**" (ת/16). בחקירתו הנגדית בבית המשפט ציין עוזרי כי למרות שבחיפוש לא נכחו עדים חיצוניים, משום שהנאשם אמר שאין צורך בהם, הרי ש"**רוב יושבי הבית היו בזמן החיפוש**" (עמ' 14 ש' 25).

ציפת הסדין והספוגים אשר נמצאו בדירת הנאשם, תואמים לציפה ולספוגים אשר נמצאו בזירת העבירה. לפי שמעבדת סימנים וחומרים אינה עורכת השוואה בין בדים - (ראה ת/92) נזקקנו להשוואה ויזואלית. התמונות בלוח התצלומים (ת/50) מעלות כי **קיים דמיון רב בין הבדים** - זה מהחנות וזה מדירת הנאשם- **מבחינת הצבע וההדפס הייחודי**. שני הבדים כוללים חלקי ספוג, ובשניהם יש תפר עם חוט בצבע לבן.

אולם, יש להדגיש שעד שאנו טורחים בפירות החיפוש ובחוקיותו-ואני קובע כי החיפוש בדירת הנאשם וממצאיו היו כדין- יש להבהיר כי לגבי ידי, די בראיות הנסיבתיות אשר פורטו לעיל- הדנ"א והטל"ס- **כדי להוליך למסקנה אחת ויחידה שהנאשם הוא שביצע את ניסיון השוד עם שניים אחרים**.

אשר לציפת הסדין והספוגים שנמצאו בדירת הנאשם, הם מהווים נדבך נוסף אשר גם בלעדיהם ההרשעה נשענת על אדנים מוצקים. הסניגור תמה, כיצד זה יהיה הנאשם 1 כה רשלני בהתנהלותו ויעשה שימוש בסדין האישי שלו במהלך השוד. על כך יש להשיב כי הנאשם לא צפה שהשק יישמט מידי שהרי נועד לאיסוף התכשיטים ומכל מקום אין לי אלא מה שבפניי.

ח. מחדלי חקירה:

כפי שצוין לעיל, הסנגור טען לקיומם של מחדלי חקירה. טענתו העיקרית הייתה בעניין מספר פעולות חקירה שביצע או שנמנע מלבצע, רס"מ קוזי.

בהקשר לחקירת האב טען הסנגור כי החקירה לא תועדה מתחילתה על ידי ווידאו, אלא רק קטע מסוים וכי שיוך טל"ס 052 הוצא מהאב ולא נאמר על ידו באופן חופשי (יש לזכור כי הודעת האב הוגשה בהסכמה).

על כך השיב קוזי כי אין הם נוהגים לתעד חקירות של עדים, רק של חשודים, וכי החליט לתעד אישור האב לשיוך טל"ס 052 באמצעות הטלפון הסלולרי שלו, כיוון שהיה מדובר במידע משמעותי.

עם זאת יש לציין את אלה: אי הקפדה על רישום שעות מילוי מזכרים, אי הקפדה על רישום מדויק אשר להסכמת נאשם לנטילת ד.נ.א. להשוואה (סימון של הסכמה ובד בבד ציון סירוב הנאשם לחתום) (עמ' 122 שורה 26 ועמ' 124 שורות 4-7), אי תיעוד בזמן אמת של פעולות חקירה (עמ' 126 שורות 21-24), רישום מאוחר בדבר שמירה על שרשרת מוצג (עמ' 127 שורות 8-11), אי תיעוד של חתימת חשוד על הודעתו (עמ' 143 שורות 21-30), אי רישום מדויק של שאלות לחשוד (סוף עמ' 144 ותחילת עמ' 145) וחקירה או ניסיון חקירה אשר לא תועדה ואין בנמצא מזכר המסביר זאת (עמ' 151 שורות 12-26).

כאמור לעיל שימת לב מיוחדת יש ליתן לנסיבות חקירת אביו של נאשם 1: האב הוזמן לחקירה על מנת לנסות לקשור את בנו לטל"ס 052. הגם שהיה פוטנציאל לגילוי "מטלטל" (כהגדרת החוקר) מפי האב, לא הוכן מראש אמצעי לתיעוד החקירה עד כי החוקר קוזי נאלץ לאלתר ולצלם קטע זה בנייד האישי שלו.

ראוי כי גורמי החקירה ייתנו דעתם לליקויים שנמצאו על מנת למנוע הישנותם.

הסניגור ממשיך ומקשה מדוע לא נבדקה האפשרות שהנאשם היה במקום עבודתו. אין לי אלא להפנות להודעת הנאשם עצמו (ת/68א'), הודעת אביו (ת/31) והודעת המעסיק (ת/30) כי שעות העבודה של הנאשם הינן מהשעה 06:30 ועד השעה 17:00 לערך. האירוע מושא כתב האישום התרחש לאחר מכן.

טענה לקיומם של מחדלי חקירה מחייבת את בית המשפט לבחון האם אכן התקיימו מחדלים שכאלה והאם קופחה הגנתו של הנאשם באופן שהקשה עליו להתמודד עם חומר הראיות נגדו (ראו למשל: ע"פ 6679/04 **סטקלר נ' מדינת**

ישראל (פורסם בנבו, 11.5.06) פסקה 35; ע"פ 10596/03 **בשירוב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 4.6.06), פסקה 20 לפסק דינו של השופט לוי.

משקלו של מחדל החקירה ביחס למכלול הראיות נבחן באופן שהיעדר ראיה הנובע ממחדל זה מיוחס לתביעה ויכול לסייע לנאשם לבסס טענה לספק סביר (ע"פ 557/06 **עלאק נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 11.4.07) פסקה 29. במילים אחרות, עצם קיומו של מחדל חקירתי לא די בו כדי לבסס ספק סביר באשמת הנאשם שתוצאתו בהכרח תהיה זיכוי. נדרש כי יהא זה מחדל מהותי היורד לשורשו של עניין (ראו למשל: ע"פ 6040/05 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 9.8.06) פסקה 10.

בע"פ 7320/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 13.5.09) וההפניות שם):

"אף לו נמצאו מחדלי חקירה, אין בעובדה זו כשלעצמה כדי להוביל לזיכוי של המערער. הלכה היא, כי אין מוטלת על התביעה החובה להציג את הראיה הטובה ביותר, ודי כי תציג ראיה מספקת. בסופו של יום, שאלת נפקותם של מחדלי חקירה מוכרעת בהתאם לנסיבות המקרה הפרטניות, תוך בחינת השאלה אם יש בתשתית הראייתית אשר הונחה לפתחו של בית-המשפט, כדי לבסס את הרשעת הנאשם בעבירה שיוחסה לו במידה הנדרשת בפלילים..."

גם מקום בו ניתן להצביע על קיומו של מחדל בחקירה, עדיין נדרש לבחון מה השפעתו של מחדל זה על מכלול נסיבות העניין, ובהתאם לכך לייחס לו את המשקל ההולם.

ראו לעניין זה ע"פ 4223/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פסק הדין מיום 29.11.07, פורסם בנבו):

"השאלה היא ביסודה שאלה של צדק. האם נעשה למערער עוול. מטרת החקירה המשטרתית היא למצוא ראיות לחשיפת האמת, בין אם אמת זו עשויה להוביל לזיכוי של חשוד, ובין אם היא עשויה להוביל להרשעתו (והשוו: ע"פ 721/80 **תורג'מן נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה (2) 466 (1981)). ככלל, אין לומר שמחדלי חקירה יובילו בהכרח לזיכוי של המערער. נפקותו של המחדל תלויה בנסיבות המקרה הקונקרטי, ובפרט בשאלה, האם עסקינן במחדל כה חמור, עד כי יש חשש שמא קופחה הגנתו של

המערער באופן שיתקשה להתמודד עם חומר הראיות המפליל אותו או להוכיח את גרסתו שלו. על פי אמת מידה זו, על בית המשפט להכריע מה המשקל שיש לתת למחדל, לא רק כשהוא עומד לעצמו, אלא גם בראיית מכלול הראיות..."

בנוסף, לנוכח מכלול טענות הסנגור, יפים הדברים שנאמרו בע"פ 804/95 **משה גרינברג נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט (4), 200, בעמ' 208:

"השאלה איננה אם ניתן היה להשיג ראיה טובה נוספת, אלא אם הראיות שבאו לפני בית המשפט מספיקות לבסיס ההרשעה; שהרי הדין הוא שדי בראיה 'מספקת', ואין כלל המחייב את התביעה



להציג את הראיה 'המכסימאלית' שניתן להשיג".

לאשוכנעתישהיהבפגמיםהנטעניםכדילפגוםבהגנתהנאשם.

סוף דבר : שוכנעתי מעל לכל ספק סביר כי יש להרשיע הנאשם 1 במיוחס לו בכתב האישום.

8. נאשם 2, יאיר זהר:

א. החוליה המרכזית המקשרת בין הנאשם לבין נאשם 1 הינה טל"ס 025 אשר נמצא בביתו של הנאשם (ראה ת/60-62). הטל"ס לא רשום על שמו.

יחד עם זאת, שותפו לקשר של נאשם 1, נביל, נשא עמו 2 טל"ס הרשומים על שם נאשם 2, לצד טל"ס 025.

חוליה נוספת וחשובה הינה הקשר שבין הנאשם לחרמון ומכאן כפועל יוצא, הקשר עם המכונית אשר שימשה את השודדים.

בראשית הדברים יש להפנות שימת לב ב"כ המאשימה כי יש בהודעות הנאשם פרטים לגבי עברו הפלילי. ראוי היה להשחיר את השורות בטרם יוגש המסמך לבית המשפט. לא למותר לציין כי התעלמתי מהפרטים הללו בבואי להכריע בעניינו של הנאשם.

גרסת הנאשם באופן כללי : טל"ס 025 אינו מוכר לו, היכרותו את חרמון רופפת, הוא אינו מכיר את נאשם 1 וכי יש לו מספר טלפונים ניידים אשר עומדים לרשות השליחים במסעדה שבבעלותו, ספקים ועוד.

בחינת גרסת הנאשם לקשר שבינו לבין הטל"ס 025 ועקיבא חרמון מעלה התמונה הבאה :

בחקירתו הראשונה מיום 9.3.17 - ת/37א'- נשאל הנאשם מה מספר הטל"ס שלו. על כך השיב : "0507688877" (עמ' 2 שורה 39 ועמ' 3 שורות 1-3). את הקשר עם עקיבא חרמון הגדיר כ "שלום שלום" (עמ' 5 שורה 22). לאחר מכן נשאל לגבי טל"ס 025 והוא השיב " **אין לי מושג** " **לא זוכר מספר כזה** " (עמ' 5 שורות 26,28). אשר למספר המסתיים ב 876 הוא הגדיר אותו " **זה מספר הטלפון האישי שלי** " (עמ' 5 שורה 31 ועמ' 6 שורה 9).

הנה כי כן, הוא אינו מכיר את המספר 025 והקשר בינו לבין עקיבא חרמון רופף.

בהודעה מיום 12.3.17 - ת/73ב'- הוא חוזר ואומר שאינו מכיר טל"ס 025 " **לא יודע אולי של המסעדה** " (עמ' 3 שורות 37-39). לאחר מכן הוא נשאל להסכמתו לחיפוש בטלפונים והוא משיב בחיוב ובלבד שהדבר יעשה בנוכחותו (עמ' 5 שורות 24-31). הוא מסביר שבטלפונים אצורים פרטים אישיים (עמ' 6 שורות 16-17). לאחר מכן החוקר מבקש

את הקוד לפתיחת הטלפונים ומבהיר כי מדובר בהורדת תוכן שלא בנוכחות הנאשם. כאן חזר בו הנאשם מהסכמתו (עמ' 6 שורות 21-23). לשאלה כיצד נוהלה שיחה מטל"ס 025 לנייד של נאשם 1, השיב כי אפשר שאחד השליחים עשה זאת אך אין בידו את רשימת השליחים עקב הצפה שהייתה במסעדה או שמישהו ביקש ממנו שיחה.

בהודעה מיום 14.3.17 - ת/39 - הנאשם חוזר ומאשר כי נייד 876 הינו הטלפון שלו. הקשר בינו לבין עקיבא חרמון "לא משהו מיוחד" ולגבי נייד 025 "לא מכיר את המספר הזה" (שורות 16-5). בהמשך הטיח בו החוקר כי הילדים שלו ושל חרמון נמצאים בקשר וכי הייתה בעיה עם הילדים והנאשם הסדיר את הבעיה, על כך השיב כי "יכול להיות, לא זכור לי, זה משהו שבשגרה". עוד הטיח בו החוקר כי אך ימים ספורים קודם לכן, חרמון התקשר אליו לנייד 025 והם שוחחו ביניהם. על כך השיב "לא יכול להיות". עוד הקשה עליו החוקר ואמר לו כי שוחח עם נביל מספר פעמים באמצעות נייד 025. גם כאן השיב "מספר הטלפון שאמרת לי זה לא מספר שזכור לי, אני לא יודע מה המספר הזה" (שורות 32-29, שורה 47).

כאן המקום לעמת את גרסת הנאשם עם דבריו של חרמון בהודעתו מיום 14.3.17-ת/66-שהוגשה לאחר שהוכרז כעד עוין. מכוניתו נגנבה שעה שנכנס לקיוסק, לדקה, לקנות סיגריות והשאיר את המכונית מונעת. איש לא היה ברחוב פרט לגנב האלמוני אשר ידע לתזמן את הגעתו בפרק זמן של שניות. הוא מכיר את הנאשם "ככהחפיף" מיבנה (ש' 35), ושוחח אתו בפעם האחרונה "לפני שבועיים שלוש" על רקע "כמה אנשים עשו לי בעיות אז הוא סידר לי" ויש קשר בין ילדיהם (ש' 42-38). לאחר מכן ציין כי שוחח עמו בטל"ס 025 "לפני 5-6 ימים".

כשנאמר לו כי מחומר החקירה עולה כי שוחח עם נאשם 2 ביום בו נגנב רכבו השיב חרמון כי שוחחו על הבן שלו (של הנאשם- צ.ק) ועל בתו (ש' 64-63).

יש להדגיש כי הנאשם מופיע ברשימת אנשי הקשר בטלפון של חרמון אך במספר טלפון אחר. מנגד, חרמון נשאל אם יש לנאשם מספר נוסף. או אז, הוא שלף מנבכי זכרונו את הטל"ס 025, מספר שאינו מופיע תחת שם הנאשם ברשימת אנשי הקשר.

העולה מהודעת חרמון כי הקשר בין השניים עמוק ומשמעותי יותר שהרי הנאשם נרתם לעזרתו שעה שאחרים איימו עליו. לכן יש להוסיף שחרמון ידע בעל פה את מספר הטל"ס 025. דברי חרמון מעמידים באור נוגה את דברי הנאשם אשר לקשר הרופף בינו לבין חרמון ובינו לבין טל"ס 025.

הדברים עומדים בניגוד גמור לדברי הנאשם ואף זאת בלשון המעטה. הנאשם מנסה באדיקות להרחיק עצמו מהיכרות משמעותית עם חרמון, הגם שעולה שהיכרות ביניהם עמוקה יותר. וכי יעלה על הדעת שהנאשם מתקשה לזכור את חרמון שעה שהוא עצמו נחלץ לעזרת חרמון אך ימים ספורים קודם לכן?

לצערי, החקירה בקשר למעורבות אפשרית של חרמון בגניבת המכונית לא הועמקה הגם "שהמקורות" זועקת לעין. כיצד ידע הגנב להרחיק מהעיר לוד עד לקיוסק ביבנה שם מצא מכונית מונעת וזמינה שבעליה נכנס לקיוסק לפרק זמן של דקה אחת. למען הזהירות יש להדגיש כי אינני כורך את חרמון בקשירת הקשר לאירוע עצמו.

בהודעה מיום 26.3.17 - ת74א'- הנאשם חוזר ומדגיש כי טל"ס 025 אינו מוכר לו וכי מדובר בנייד המשמש מלצרים ספקים ושליחים במסעדה (שורות 14-15). במהלך החקירה הוא מסכים לפתוח טל"ס **אחר-734** ומאפשר לחוקר לחפש באנשי הקשר. החוקר מתייחס שוב לטל"ס 025 אך הנאשם אומר לו כי הטלפון נעול משום שמישהו ניסה לפתוח אותו.

בהודעה מיום 27.3.17 - ת56א'- : הנאשם מספר כי פתח את קוד הנעילה של הטלפונים האחרים לבקשת החוקרים " **חוץ מאחד שניסו לפתוח אותו ונעלו לי אותו**" (שורה 7). הנאשם נשאל "איזה עסק יש לך היום" (הדגשה שלי- צ.ק) והשיב : מסעדה, קו חלוקה למאפים ועוד (עמ' 5 שורות 38-39 ועמ' 6 שורות 1-8). עוד הוסיף כי יש לו מספר לא קטן של עובדים, שליחים ומלצרים לא קבועים ולכולם הטל"ס של המסעדה זמין ובכלל זה הוא עומד גם לרשות הספקים (עמ' 6 שורות 17-40).

כאן מגיע שלב קריטי בחקירה. החוקר מבקש מהנאשם את קוד הפתיחה של 025 אך הנאשם משיב כי הטלפון ננעל בעקבות ניסיון פתיחה של הטלפון. החוקר מבקש את הקוד אך הנאשם מתעקש שהוא ינסה לפתוח בעצמו את הטלפון ליד החוקר. הנאשם מוסיף כי הטלפון נפתח בנוכחות חוקר אחר וחיפוש שנערך בו לא העלה דבר. החוקר תוהה כיצד ניתן לדעת שהקוד שהנאשם מקיש הוא הנכון. הוא שב ומשדל את הנאשם כי יתן לו את הסיסמא אך זה מסרב בטענה שבמכשיר אצור מידע פרטי. החוקר מקשה עליו כיצד ניתן לומר שיש במכשיר פרטים הנוגעים לצנעת הפרט בשעה שהמכשיר זמין לכל דיכפין כדברי הנאשם עצמו (עמ' 8 משורה 22 ועד עמ' 11 שורה 16). **הנאשם מוסיף וטוען כי החוקר משה קוזי פתח את הנייד 025** (עמ' 13 שורות 13-14). ראה בנקודה זו גם ת/56 שורות 49-46.

עוד הוא מסביר כי קיימת אפשרות ששליח ייקח אתו 3 טלפונים אחד לניווט, השני ובו צילום ההזמנה והשלישי לתיאום עם הלקוח (עמ' 19 שורות 25-40 ועמ' 20 שורות 1-25).

החוקר מטיח בנאשם כי הטלפונים אוכלו בסמוך למקום העבירה. על כך השיב הנאשם כי ככל הנראה מדובר באחד השליחים וכי אין לו את הרישומים של ההזמנות לפי שהייתה הצפה במסעדה ומסמכים אבדו (עמ' 21 שורות 24-40 ועמ' 22 שורות 1-30).

הנאשם מתבקש פעם נוספת לפתוח את הטלפון כדי לאפשר לחוקר "לחטט" באנשי הקשר. על זאת השיב כי הוא מוכן לעשות זאת כפי שעשה ביום האתמול אך תנאי עימו : הוא יפתח את הטלפון, החוקר ינחה אותו נקודתית מה הוא מחפש " **תגיד לי "אני רוצה איקס ווי זד"**. ההסבר שנתן הוא שיש בטלפון דברים אישיים " **מבחינת הפרטיות אחי, זה כמו שאני נכנס אליך הביתה**".

ת/56, שהינה תמצית של ת/56 א', מדגיש הנאשם כי הוא לא מוכן לתת את הסיסמא של 025. אשר לסודות האצורים במכשיר הוא הבהיר כי מדובר ברשימת לקוחות, מחירים ועוד (שורה 61) וכי פתח אותו יום קודם לכן לבקשת החוקרים (שורה 128). לאחר מכן תיקן תשובתו ואמר כי פתח את כל הטלפונים למעט זה אשר הובא במעטפה פתוחה (025- צ.ק) והיה נעול בעקבות ניסיונות החוקרים לפתוח אותו (שורות 149-152).

לשאלה כיצד הוא מסביר ששלושת הטלפונים ובכללם 025 נמצאים יחד גם לאחר שעות הפעילות של המסעדה, השיב כי השליחים מחזירים את הטלפונים בתום השליחות או בתום יום העבודה. **לסיים, לא עלה בידי הנאשם לנקוב במספר טלפון או שם של מי מהשליחים אשר עבדו אצלו.**

עוד יצוין כי הנאשם נאות לפתוח טלפון **אחר** על מנת לאפשר לחוקר לעיין ברשימת אנשי הקשר וכי משלושת הטלפונים בוצעו שיחות לבת זוגו, שיחות אשר בוצעו לדבריו גם על ידי שליחים.

העולה מהודעה זו הינו כי הנאשם שיתף לכאורה פעולה עם החוקרים שעה שמסר להם קוד הפתיחה לטלפונים פרט ל"אחד" (025) אשר לדבריו ננעל בעקבות ניסיונות החוקרים לפתוח אותו. בה בעת הוא סירב לתת לחוקר את קוד הפתיחה בטענה של צנעת הפרט הגם שהטלפון היה זמין למספר רב של אנשים.

כאן המקום להדגיש כי הטענה בדבר צנעת הפרט אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם הטענה כי הטל"ס 025 זמין לכל מי שמבקש אותו. הנאשם אף נוקש באמרי פיו שעה שאישר לתובע בהמשך לקו ההגנה כי קוד הפתיחה היה ידוע לשליחים ! (עמ' 223 שורות 15-16). שנית, הטענה כי יום קודם לכן פתח את הטל"ס לבקשת החוקר קוזי, אינה נכונה והנאשם ביקש לנצל "תפר" בין שני חוקרים.

ב. **מי השתמש בטל"ס 025** - כפי שצוין לעיל, אישר הנאשם כי טל"ס 876 וטל"ס 734, אשר נתפסו גם הם בביתו, הינם בבעלותו ובשימוש. מפלטי השיחות של טל"ס 876, 735 ו-025 עולה, כי השימוש בהם מבוצע על ידי אותו אדם. גם **ביום השוד**, שלושת הטל"סים נקלטו באותם אתרים בשעות שונות לאורך היום- תחילה בא.ת רחובות, לאחר מכן ביבנה במקומות שונים כאשר בעת גניבת הרכב נקלט באתר החולש על הקיוסק. גם כאן אין צורך להאריך לפי שהנקודה אינה שנויה במחלוקת.

מסקנות: טל"ס 025 נמצא בשימוש נאשם 2. אני סבור כי אין זה מקרה שמתוך 3 הטלפונים של הנאשם נאות הנאשם לתת את קוד הפתיחה לשניים הרשומים על שמו בעוד דווקא השלישי-025 **אשר היה בקשר עם נאשם 1**-אינו רשום על שמו ואת קוד הפתיחה שלו סירב הנאשם לתת.

הנאשם לא אמר אמת וניסה להרחיק עצמו באדיקות מטל"ס 025. כך גם לגבי מידת היכרותו את חרמון. על משמעות שקרי נאשם בפרטים מהותיים עמדתי בניתוח חלקו של נאשם 1.

ג. הנאשם טען כי המספר המסתיים ב-025 הינו של המסעדה, והוא זה המופיע בפרסומים הכתובים (פל"רים). בישיבה מיום 2.1.18 ביקש הסנגור להגיש פרסום כזה, אך התובע התנגד מטעמי קבילות וביקש לחקור את עורך המסמך אשר למועד הדפסתו (עמ' 84 ש' 27-29). בישיבה זו התחייב הסנגור להגיש את המסמך בכפוף לתצהיר של עורך המסמך.

בישיבה מיום 17.6.18, בתום ראיות ההגנה, ביקש הסנגור בשנית להגיש את הפרסום הכתוב. התובע חזר על התנגדותו. בהחלטתי ציינתי כי "לא ניתן לקבל המסמך ללא העדת מי שערך אותו, לרבות עיתוי ההדפסה וההפצה". הסנגור ביקש לדחות הדיון על מנת להעיד את בעל בית הדפוס אולם לאחר הפסקה קצרה הודיע כהאי לישנא: "**נאשם 2 (הנאשם-צ.ק) מודיע לי כי הוא אינו חפץ להאריך את המשפט ולכן אני מכריז אלה עדיי**".

לא אוכל לקבל טיעון זה. הבקשה להעיד את בעל בית הדפוס, לא הייתה אמורה להפתיע את הנאשם, **שהרי היא הועלתה לראשונה כבר ביום 2.1.18**, ובאותו מועד התחייב הסנגור להעיד את בעל בית הדפוס. על כן אני קובע כי

אם לא די בכך שהימנעות מהבאת ראייה תשמש לחובת אותו צד, הרי שבנסיבות מקרה זה ניתן לקבוע פוזיטיבית שמספר טל"ס 025 לא שימש את העסק.

ד. זאת ועוד: הנאשם טען במשטרה ובבית המשפט כי לא אחת אירע ששליח מטעמו החזיק בשלושת הטלפונים בעת ובעונה אחת ומכאן שקיים חשוד אפשרי אחר. טל"ס אחד, לאיתור כתובת (ווז) והשניים האחרים לקבלת הזמנות וכיו"ב (עמ' 233 שורות 11-14). עוד טען כי אין ברשותו שמות השליחים לפי שהרשימה אבדה בהצפה של המסעדה. כמו כן אישר כי רו"ח שלו טיפל בתשלומים השונים למס הכנסה "וסביר להניח שיש לו את פרטי העובדים" וכי הוא מבקש את "האופציה של רו"ח לבקש ממנו את ההיסטוריה של המסעדה ולראות אם יש שמות של שליחים" (עמ' 217 שורות 13-20 ועמ' 218 שורות 1-2).

גם זאת לא עשה הנאשם. הוא לא זכר שם כלשהו של שליח אף שמדובר באותה תקופה והוא לא ניסה לאתר שם של מי מהשליחים באמצעות רו"ח, ביטוח לאומי או כל גורם אחר ולו על מנת לנסות לאשש את הגרסה-המופרכת על פניה- כי השליחים היו יוצאים עם שלושת הטלפונים. אני סבור כי לא בכדי נמנע הנאשם מזימון מי מהשליחים לדוכן העדים לפי שידע אל נכון שאיש מהם לא יאשר הגרסה כי שליח החזיק את שלושת הטלפונים בעת ובעונה אחת.

ההלכה הפסוקה מקדמת דנא הינה "כי הימנעות מלהביא עדות רלוונטית מובילה למסקנה שאילו הובאה הייתה פועלת לרעת הנאשם ולפיכך מחזק הדבר את ראיות התביעה" {תפ"ח (ת"א-יפו) 1206/02 מדינת ישראל נ' דוד בן אברהם מבשב, תק-מח 2005(1), 5183, 5222 (2005); ע"פ 437/82 סלומון אבו נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2), 85 (1983); ע"פ 712/94 זיאד ג'בארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2), 332, 337 (1995); י' קדמי על הראיות, חלק שלישי (מהדורה 2003), 1649}.

ה. **פעילות טל"ס 025 עם טל"ס 052 - תחילת הקשר בין שני הטל"סים היה ביום 17.12.16 (יומיים עובר לשוד), ב-6 ניסיונות חיוג של טל"ס 052 לטל"ס 025. טל"ס 025 חוזר אל טל"ס 052 בשעה 17:44 לשיחה בת 00:32 שניות ובשעה 18:23 לשיחה בת 00:36 שניות. בשעה 18:42 משוחחים שני הנאשמים שיחה בת 7 שניות, כאשר נאשם 1 נמצא בלוד ונאשם 2 ברמלה. מיד לאחריה, נאשם 1 נקלט בתנועה מחוץ לביתו, ליד בית דגן.**

ביום השוד שוחח טל"ס 025 אך ורק עם טל"ס 052 החל משעה 14:52 ועד 19:00 (אחרי השוד). בנקודה זו יש לתהות כי אם אכן יש ממש בטענת הנאשם כי הטל"ס שימש את השליחים, כיצד זה לא היו שיחות עם טל"ס אחר לבד מ-052.

ו. ב"כ הנאשמים טען כי אין בנמצא ראיה ישירה הקושרת את הנאשמים זה לזה.

אשר לדרך ההוכחה בהיעדר ראיה ישירה, ראו דברי השופט צ' זילברטל בע"פ 5927/11 הררי נ' מדינת ישראל (23.8.2012):



"לעיתים קרובות לא ניתן ללמוד על עבירת הקשר באמצעות ראיות ישירות, שכן 'הקשר הפלילי הוא מסוג המעשים שאינם נעשים לאור השמש אלא דווקא בסתר ובחשאי. בנסיבות אלה, אין מניעה לכך שבית המשפט יסיק את דבר היווצרותו של הקשר ממערכת נתונים נסיבתית" (ע"פ 228/77 זקצר נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 701, 718 (1978)).

"כדי לבסס הרשעה על ראיות נסיבתיות, יש לבחון אם שילובן של כלל הראיות מצביע על אחריות הפלילית של הנאשם, ולא נותר ספק סביר בשאלת האחריות" (שם, בפסקה 25). (הדגשה לא במקור-צ.ק).

ז. על יסוד הראיות כמפורט לעיל אני קובע כי יש להרשיע גם נאשם 2 במיוחס לו בכתב האישום.

ניתנה היום, א' חשוון תשע"ט, 10 אוקטובר 2018, במעמד הצדדים.

ציון קאפח, שופט