



ע"פ 38103/09/20 - אורן אברהם (עציר) נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ע"פ 38103-09-20 אברהם(עציר) נ' מדינת ישראל

בפני כבוד השופטת רז לוי - אב"ד
כבוד השופט עדן
כבוד השופטת שלו
המערער: אורן אברהם (עציר) ע"י עו"ד פאולה ברוש
נגד
המשיבה: מדינת ישראל ע"י פרקליטות מחוז דרום

ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בבאר-שבע (כב' השופט י' עטר), בת"פ 70449-09-16 מיום 2/8/2020.

פסק דין

השופט יואל עדן

1. זהו ערעור על הכרעת הדין של בית משפט השלום בבאר-שבע מיום 24.06.20 ועל גזר הדין מיום 02.08.20.

כנגד המערער ואחר - אושרי גנח, הוגש כתב אישום בו המערער הוא הנאשם 2. על פי כתב האישום קשר האחר, אושרי גנח, ("הנאשם 1") קשר עם שניים אחרים, ליאב מכחל ומחמוד תארבין קשר לביצוע פשע בכך שתכננו שהנאשם 1 יקבל סמים ממחמוד בשביל ליאב.

במסגרת הקשר ולשם קידומו, הגיעו הנאשמים (הנאשם 1 והמערער) ברכב ובסמוך לעיר שדרות נפגשו עם מחמוד אשר מסר להם סם מסוכן מסוג קוקאין.

על פי כתב האישום בעשותם את המתואר לעיל, החזיקו הנאשם 1 והמערער בצוותא חדא ברכב בסם מסוכן מסוג קוקאין במשקל 8.01 גרם נטו, שלא לצריכתם העצמית.

על יסוד האמור לעיל, יוחסו לנאשם 1 עבירות של קשירת קשר לביצוע פשע לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין והחזקת סמים מסוכנים שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א)+(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים נוסח חדש.

עמוד 1



למערער יוחסה עבירת החזקת סמים מסוכנים שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א)+(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים נוסח חדש.

בשלב מוקדם של ההליך הגיעו הנאשם 1 והמערער להסדר טיעון במסגרתו תוקן כתב האישום, כך שלמערער יוחסה עבירת סיוע להחזקת סמים מסוכנים שלא לצריכה עצמית, הנאשם 1 והמערער הודו והורשעו בהתאם להסדר. הסדר הטיעון בעניינו של הנאשם 1 כלל הסכמה עונשית וניתן גזר דין בעניינו.

בשלב מאוחר יותר ביקש המערער לחזור בו מהודאתו, בית המשפט נעתר לבקשה, התיר חזרת המערער מההודאה, בוטלה הכרעת הדין והושב כתב האישום המקורי.

2. במענה לכתב האישום נאמר כי המערער לא קשר כל קשר עם אחר לקבלת סמים, ולא היה שותף לקשר. נאמר כי המערער אכן היה ברכב אשר שייך לאחותו, המערער לא נהג ברכב אלא מי שנהג היה הנאשם 1. לטענת המערער הוא לא פגש את מחמוד ולא קיבל לידי סם מסוג קוקאין.

נטען כי המערער היה ברכב, ישן כל הנסיעה, הנאשם 1 נהג ברכב, המערער לא ידע אם הרכב עצר, והואיל וישן, לא היה מודע למה שהנאשם 1 עושה. נאשם 1 קיבל את הסמים והמערער כלל לא היה מודע לקיומם של הסמים ברכב, לא החזיק בהם, ולא נתן כל הסכמה לכך שיהיו סמים ברכב.

בישיבת המענה לכתב האישום, הודיע ב"כ המאשימה, כי הסם ניתן לנאשם 1 על ידי מחמוד במהלך הנסיעה ברכב בשלב כלשהו, כאשר המערער נמצא ברכב והנאשם 1 הוא שנהג ברכב.

נשמעו ראיות, ובתום שמיעת הראיות, לפני סיכומי הצדדים, חזר ב"כ המאשימה על הודעה זו שהינה הסכמה עובדתית, ואולם בנוסח מעט שונה כדלקמן: **"אנחנו מצהירים כי הסם ניתן לאושרי, לנאשם 1, על ידי אדם בשם מוחמד, במהלך מפגש בשלב כלשהו של הנסיעה של אושרי ואורן, כאשר אושרי יצא מהרכב, הסם ניתן לו ואורן היה בשלב זה בתוך הרכב... אושרי הוא הנהג של הרכב"**.

3. בהכרעת הדין נקבע כי הוכח מעל לספק סביר כי הנאשם היה שותף להחזקת הסם המסוכן מסוג קוקאין במשקל 8.01 גרם נטו שנתפס ברכב שהיה מצוי בחזקתו ואשר בו נסע ביחד עם הנאשם 1 אשר נהג באותו רכב במועד הרלוונטי, והמערער הורשע בהחזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית.

ההרשעה התבססה על חזקת המקום, ועל כך שבחיפוש שנערך ברכב בעקבות מידע מודיעיני, נמצא הסם המסוכן ברכב בו היו הנאשם 1 והמערער.

נקבע כי אין מחלוקת כי המערער והנאשם 1 נסעו ברכב בו הוחזקו הסמים, הרכב היה משך תקופה בחזקת המערער,



הנאשם 1 נהג ברכב, נאשם 1 ערך שיחות טלפון עם האחרים בהן תואמה קבלת הסם, ובשלב מסוים במהלך הנסיעה, הנאשם 1 יצא מהרכב לבדו וקיבל את הסמים לידיו מאדם אחר, שעה שהמערער נותר בתוך הרכב.

על פי הכרעת הדין, השאלה היחידה הצריכה עיון היא, האם המערער נושא אף הוא באחריות בגין החזקת הסמים באותו רכב שהיה בחזקתו, אך היה נהוג באותה עת על ידי הנאשם 1, כשהמערער יושב לצידו.

נקבע כי משהוחזק הסם ברכב בו נסעו המערער והנאשם 1, קמה חזקה כי המערער ידע על החזקת הסמים, חזקה הניתנת לסתירה, והנטל לכך מוטל על ההגנה, ודי בכך שהמערער יצליח לעורר ספק סביר.

לאחר ניתוח הראיות ועדותו של המערער, נקבע כי המערער לא עמד בנטל, ובית המשפט לא נתן אמון בעדותו.

מכל האמור, הורשע המערער בעבירה של החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית.

4. לטענת המערער ליאב שלח את הנאשם 1 כדי לאסוף את הסמים ממחמוד במטרה להעבירם מאוחר יותר לקונה, והמערער לא היה חלק מקשר זה.

נטען כי רק בסמוך לפני העסקה, נפגש הנאשם 1 באקראי עם המערער וביקש ממנו לעשות שימוש ברכבו, ומי שנהג ברכב ומי שקיבל לידיו את הסם בתוך שקית ושם אותו בתא שתחת משענת היד ברכב, הוא הנאשם 1.

נטען כי ניסיון החיים וההיגיון אינם מלמדים כי דווקא האפשרות שהנאשם 1 חשף בפני המערער את מטרת הנסיעה, היא האופציה ההגיונית והסבירה ביותר, בוודאי לא האופציה ההכרחית.

נטען כי בניגוד למקרים אחרים בהם הופעלה חזקת המקום, ניסיון החיים והשכל הישר אינם מצביעים דווקא על המסקנה לפיה המערער ידע על מטרת הנסיעה והחזקת הסמים ברכב.

נטען כי חזקת המקום אינה מעבירה על כתפי הנאשם את נטל השכנוע כי אם את נטל הבאת הראיות בלבד ומחייבת אותו להסביר הסבר תמים לנוכחות במקום, הסבר שיותר ספק סביר.

נטען כי כיוון שהראיה היחידה הקושרת את המערער לסם הינה, עצם הימצאותו ברכב בו נמצא הסם, בניגוד לנאשם 1 אשר לגביו קיימות שיחות טלפון מוקלטות ומעקב, והחזקה פיזית שלו את הסם עם קבלתו ממחמוד, הרי שהשאלה בעניינו של המערער אינה אם בית המשפט מאמין למערער, אלא האם גירסתו אפשרית ואינה מופרכת.

נטען כי אין תמיהה בכך שאדם נכנס לרכב ונרדם לאחר מספר דקות ואין פלא שאדם כזה לא ישמע שיחות טלפון,



צלצול או עצירה של הרכב, יציאה ממנו וכניסה אליו.

נטען כי המערער העיד שהיה עיף ואין פלא שנרדם.

נטען כי לא היה מקום לזקוף לחובת המערער את הודאתו בהסדר הטיעון למרות שנקבע כי הודאה זו אינה רלוונטית ואינה אמורה לשמש כנגדו.

נטען כי קביעות בית המשפט התבססו על מספר רב של הנחות מוצא והליך מסקנות שאינו מתחייב, לא מההיגיון ולא מניסיון החיים. נטען כי יתכן שהנאשם 1 לא יספר למערער על כוונותיו מראש מסיבה אחרת מזו שאליה התייחס בית המשפט, כי העובדה שהנאשם 1 הניח את הסמים בתא של משענת היד בין המושבים איננה מקימה חשש כבד שמא המערער יגלה את הסמים, וכי מדובר בתא סגור ולפיכך כדי לגלות את הסם יש צורך להרים את משענת היד ולפתוח את התא, ונטען כנגד המסקנות של בית המשפט על כי הנאשם 1 יקפיד וישקול את מקום המסתור, וכי אין אינדיקציות לחלופות האחרות שהניח בית המשפט לאפשרות של הסתרת הסמים.

5. לטענת ב"כ המשיבה, הרשעת המערער בדין היא.

נטען כי קיימת חזקה קונסטרוקטיבית המעניקה את הנטל למערער והראיה העיקרית הינה מהמערער שישב ברכב ויכול היה לתת הסברים לגבי מטרת הנסיעה, ובית המשפט קבע שהוא לא מאמין לעדותו, וכי היא הייתה בלתי מהימנה.

נטען כי עדותו של המערער הייתה מטשטשת בכל הקשור למטרת הנסיעה ולגבי השאלה מדוע הנאשם 1 הוא זה שנהג ברכב, ונטען כי במהלך הנסיעה היו 3 שיחות טלפון שהנאשם 1 ניהל.

נטען כי ברגע שהתחילה השוטרת לבצע את החיפוש, היא מצאה את הסמים בתחילת החיפוש, וכי זה היה גלוי ליד הטלפונים.

6. לאחר שנשמעו טענות הצדדים, נבחנה הכרעת הדין ונבחנו הראיות אשר באו בפני בית משפט השלום, באנו למסקנה כי הערעור על הכרעת הדין, בדין יסודו, ויש להורות על זיכוי המערער, מחמת הספק.

לא התעלמנו מכך שבית המשפט לא נתן כל אמון בגרסתו של המערער, וכי אכן קיימות סתירות בגרסתו, אולם מצאנו כי לא די בכך להרשעתו.

שלושה עניינים מרכזיים מקימים את הספק אשר יש בו כדי עמידת המערער בנטל שהוא פועל יוצא מקיומה של חזקת המקום.



האחד - העובדה המוסכמת - לפיה במהלך הנסיעה בה נהג הנאשם 1 ברכב, הנאשם 1 עצר, יצא מהרכב, מחוץ לרכב קיבל לידיו את הסם המסוכן, ונכנס חזרה לרכב, כאשר כל העת המערער נמצא ברכב.

השני - העובדה העולה מעדות עדת התביעה, רס"ר י.בראל (ע.ת.1), על כי לפני שהתחילה את ביצוע החיפוש, היא נכנסה לרכב והסיעה את הרכב נסיעה קצרה כדי להזיזו למקום אחר, ורק אז החלה את החיפוש. וכשהיא נהגה ברכב והזיזה אותו מנקודה אחת לנקודה השניה, לא ראתה את הסמים. העדה מאשרת: **"אם הייתי רואה, סביר מאוד להניח שהייתי עוצרת באותו רגע ומדווחת לאחראים שלי, ברור. אני לא אראה סמים ואני אמשיך לנסוע עם הרכב..."** (פרו' 24.10.18 עמ' 37 שו' 6 - 7). דהיינו, קיים ספק של ממש בשאלה האם הסמים היו במקום גלוי לעין ברכב, שכן השוטר אשר נהגה ברכב, לפני תחילת החיפוש, לא ראתה את הסמים.

השלישי - לא הוגש וככל הנראה גם לא היה צילום של המקום המסוים והמדויק בו נתפסו הסמים בתוך הרכב, והתשובות אשר ניתנו בענין זה אינן ברורות ברמה הנדרשת. כך, על פי דוח הפעולה של ע.ת.1 (ת/2): **"במהלך החיפוש מצאתי שקית ניילון של אוכל בצבע ירקרק שקופה מונחת בתא ברכב שנמצא ליד הבלם יד בין שני הכיסאות הקדמיים ובתוכה גוש לבן בגודל של כדור פינג פונג לערך החשוד כסם מסוג קוקאין"**.

בעדותה בבית המשפט מעידה ע.ת.1 ביחס למציאת הסמים כדלקמן: **"אני זוכרת שזה היה ממש בתחילת החיפוש, כי הסמים היו, אני מצאתי אותם במשענת היד בין שני הכיסאות של נהג קדמי, כאילו של הנהג ושל הנוסע ליד, הייתה כמו כוך כזה, זה היה יחסית בהתחלה"** (פרו' 24.10.18 עמ' 36 שו' 16-18).

מהאמור עולה ספק ביחס לשאלה אם הסמים היו מצויים במקום גלוי ברכב, ויש להוסיף כי סבירה יותר ההנחה כי לא היו הם במקום גלוי. אין זה ברור האם הסמים היו בתוך תא סגור, או בתוך מקום שאינו סגור, אך גלוי לעיניו של מי אשר יושב בכיסא שליד הנהג.

לו מבוצע היה צילום של פנים הרכב, ושל המקום המסוים המדויק בו נתפסו הסמים, ניתן היה ללמוד באופן ברור, על מידת היות הסמים גלויים למערער, אשר ישב בכיסא אשר לצד הנהג.

7. שילוב שלושה עניינים אלו מקים ספק סביר, שמא המערער לא היה מודע לכך שהנאשם 1 הניח ברכב סם מסוכן אשר הביאו מבחוץ.

המערער נוסע עם הנאשם 1 ברכב אשר בחזקת המערער, והנאשם 1 נוהג ברכב. בנקודה מסוימת הנאשם 1 עוצר את הרכב ויוצא ממנו. הנאשם 1 מקבל, מחוץ לרכב, מאדם אחר, סם מסוכן בשקית קטנה ונכנס עם הסם אל הרכב. כל אותה עת המערער נמצא בתוך הרכב ויושב בכיסא שליד כיסא הנהג. הנאשם 1 חוזר לרכב ומניח את הסם המסוכן בתוך הרכב במקום מסוים אשר הינו בין שני הכיסאות הקדמיים.



הבחינה של חזקת המקום כמו גם של היסוד הנפשי של מי אשר קמה כנגדו חזקה זו, אינה טכנית, וצריכה היא להתבצע תוך בחינת מכלול הנסיבות האופפות את הסיטואציה.

העובדה שאין כל ראיה הקושרת את המערער לאותו קשר בין הנאשם 1 לאחרים לקבלת הסם, לצד העובדה שהקבלה הפיזית של הסם לידי הנאשם 1 בוצעה מחוץ לרכב, כאשר המערער אינו נוכח ואינו שותף לקבלת הסם אלא הוא נמצא אותה עת בתוך הרכב, מקימה ספק של ממש בדבר ידיעתו על התנהלות זו של הנאשם 1, וקבלת הסם המסוכן על ידו והכנסתו לרכב.

מדובר בשקית קטנה, אשר עולה מעדות עדת תביעה מס' 1 כי לא הייתה גלויה ברכב. המסקנה כי השקית לא הייתה גלויה ברכב, הינה מסקנה אפשרית לאור כך שעדה זו בעצמה נהגה ברכב נהיגה קצרה כדי להזיזו מנקודה אחת לנקודה אחרת לצורך ביצוע החיפוש, ובמהלך נהיגה זו היא לא הבחינה בשקית הסם.

לענין זה חשיבות שכן יש לו משמעות לבחינת מודעותו של המערער לקיום הסם ברכב. משהסם אינו גלוי ברכב, לצד העובדה שהוא הובא אל הרכב על ידי הנאשם 1 מבחוץ, הרי שנחלשת החזקה העולה מעצם הימצאות הסם ברכב.

ספק בשאלה עובדתית צריך לקום לזכותו של נאשם. הספק העולה בשאלה של המיקום המדויק של הסם המסוכן ברכב, כפועל יוצא מהעדר תיאור ברור ומדויק של המיקום והעדר צילום של המקום, צריך לקום לזכות המערער, במובן זה שהנחה העובדתית אפשרית הינה, שהסם היה במקום מוסתר בתוך הרכב, בין אם מדובר ב"כוך" ובין אם מדובר בתא שהינו סגור.

העובדה שהסם נתפס בתחילת החיפוש, אין בה כדי לשנות מהאמור לעיל. שכן, לפני שהחל החיפוש, ובזמן הנהיגה של השוטרת ברכב, לא נחזה הסם על ידה.

העדר צילום של המקום המדויק בו נתפס הסם, ושל פנים הרכב, לצד העדר תיעוד מפורט באופן שיאפשר ידיעה מלאה ומדויקת על מקום תפיסת הסם, אלו עולים כדי מחלל חקירתי, אשר צריך לבוא לזכות המערער, שכן מדובר בלב המחלוקת.

לשאלת מיקום הסם ברכב השלכה משמעותית על שאלת הוכחת היסוד הנפשי של המערער, והעובדה ששאלת המיקום לא בוררה עד תום מחיבת כי הספק יפעל לטובת המערער.

המחלוקת הינה בשאלת היסוד הנפשי של המערער, דהיינו האם ידע הוא או לא ידע על קיומם של הסמים אשר הביא הנאשם 1 אל תוך הרכב. השאלה אם היו הסמים במקום גלוי, אם לאו, והשאלה היכן בדיוק הטמינם הנאשם 1, הינה שאלה מרכזית העומדת בבסיס המחלוקת ובבסיס הגנת המערער.



8. משהכנסת הסם אל הרכב נעשתה על ידי אדם אחר ולא בנוכחות של המערער, אשר היה בתוך הרכב באותה עת, ומשאפשרית ההנחה העובדתית כי הסם הושם על ידי האחר במקום מוסתר ברכב, אשר לא היה גלוי לעיניו של המערער, הרי שקם ספק סביר ביחס ליסוד הנפשי של מודעות המערער לקיומו של הסם ברכבו.

9. העובדה שלא ניתן אמון במערער, אינה משנה ממסקנות אלו. הספק האמור עולה על בסיס ראיות כמפורט לעיל, ואין באי האמון בגרסת המערער כדי לשלול את הספק העולה מהן.

מכאן שהמסקנה בדבר קיומו של ספק סביר, כמו גם קבלת הערעור עקב כך, אינה בגדר התערבות בממצאים העובדתיים ובממצאי מהימנות של בית משפט השלום.

10. מכל האמור, לאור התשתית הראייתית שבאה בפני בית משפט השלום, והמפורט לעיל, קם ספק סביר בשאלה האם המערער היה מודע לקיומם של הסמים המסוכנים ברכב, סמים מסוכנים אשר אחר הביאם אל הרכב.

לפיכך אנו מורים על ביטול הכרעת הדין המרשיעה של בית משפט השלום, וקובעים כי הנאשם זכאי, מחמת הספק, מהעבירה המיוחסת לו בכתב האישום.

לאור זאת מבוטל גם גזר הדין.

ניתן היום, י"ד שבט תשפ"א, 27 ינואר 2021, במעמד הצדדים.

גילת שלו, שופטת

יואל עדן, שופט

יעל רז לוי, שופטת