



ע"פ 39557/01/14 - פרג דעיס, סאמי אבו הוידה נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ע"פ 39557-01-14

ע"פ 45247-01-14

בפני כב' ס. הנשיא השופטת ר. יפה-כ"ץ,
השופט י. צלקובניק השופטת י. רז-לוי
המערים:
1. פרג דעיס ע"י ב"כ עו"ד נ. לאגמי
2. סאמי אבו הוידה ע"י ב"כ עו"ד ט. קסלסי
נגד
המשיבה:
מדינת ישראל ע"י ב"כ עו"ד שיפר

פסק דין

השופט י. צלקובניק:

שני הערעורים שאוחדו בפנינו, מכוונים כנגד הרשעתם של המערער בע"פ 39557-01-14 (להלן- מערער 1), ושל המערער בע"פ 45247-01-14, (להלן- מערער 2), בבית המשפט קמא (כב' השופט י' טופף), בעבירה של החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א) ו- 7(ג) רישא, לפקודת הסמים המסוכנים (נ"ח), תשל"ג- 1973 בצירוף סעיף 29(א) לחוק העונשין, תשל"ז- 1977, ועבירה של שיבוש מהלכי משפט, לפי סעיף 244 לחוק העונשין בצירוף סעיף 29(א) לחוק העונשין.

המערער 2 משיג בנוסף, על חומרת העונשים שהוטלו עליו.

הקביעות בהכרעת הדין

ביום 5.5.2013, בשעה 01:00, נסעו שני המערערים מבאר שבע לעבר אילת, ברכבו של מערער 1, שנהג ברכב, כאשר מערער 2 יושב לצדו; בעת הגיעו של הרכב למחסום "שקמה", הממוקם על כביש מס' 12, מזרחית לעיר אילת, נעצר הרכב על ידי חיילי המחסום, והמערערים התבקשו להציג תעודות זהות, שנלקחו על ידי החיילים, לבירור פרטיהם.

על פי עדותו של אחד מחיילי המחסום (העד אילן נמצ'נקו), במהלך ההמתנה במחסום, ובעת שהעד עמד במרחק של מטר אחד מהרכב, בצד הנהג, נזרק מחלון הרכב, בצד בו ישב מערער 2, חפץ בצבע לבן, שנפל למרחק של כ- 3 מ' מהרכב. העד ציין בעדותו כי החפץ "נזרק מהצד הימני והנהג לא היה יכול להקפיץ את היד ולזרוק מלמעלה" (ע' 21



לפר').

נמנצ'קו שנשאר לעמוד ליד הרכב, קרא אליו את מפקד המחסום, העד אופיר ממו, והצביע בפניו על המקום אליו נזרק החפץ, מעבר למעקה הבטיחות על הכביש, שלידו חנה הרכב, וזה מצא במקום עליו הצביע נמצ'נקו גרב לבן שבתוכו "פלטות חומות" והניחו על פני משטח בטון במחסום. נמצ'נקו מסר כי בגרב היו 3.5 פלטות שהותירו ריח "על האצבעות", לאחר מגע. לדברי נמצ'נקו טענו המערערים בפניהם, כי החומר אינו שייך להם.

סגן מפקד הפלוגה שהוזעק למקום, העד מלכי אביעד, מסר אף הוא בעדותו כי פתח את הגרב ומצא בתוכו 3.5 פלטות של חומר שהדיף ריח של חשיש, והוא העביר את הגרב עם החומר שבתוכו לידי שוטר (אין חולק כי החומר הועבר במחסום אחר, נטפים, אליו הגיעו מלכי והסמג"ד אחסאן, ושם גם המתניו השוטרים). על פי מזכר שנערך על ידי החוקר חיים קפויה, ת/2, עליו חתומים אביעד והחוקר, העביר אביעד לחוקר 3.5 פלטות של חשיש, בתוך גרב, שהוכנסו על ידי החוקר לתוך שקית אטומה (שמספרה 0859734).

בבדיקת המעבדה (ת/10), צוין כי הובאו לבדיקה ביום 5.5.2013, בתוך שקית אטומה לשימוש חד פעמי, שמספרה תואם את זה שצוין בת/2, גרב ובתוכו 2 אריזות ניילון נצמד שבכל אחת "לוח חומר חום", במשקל ברוטו כולל של 198.8 גרם, וכן 3 אריזות ניילון נצמד שכל אחת מהן עוטפת באופן חלקי "שבר לוח חומר חום", במשקל נטו של 142.1 גרם. החומר זוהה בבדיקת המעבדה כחשיש. בהקשר זה יש לציין, כי ממזכר ת/5, שערך החוקר קפויה, ביום 6.5.2013, עלה כי משקל הגרב ותכולתו על פי השקילה שערך קפויה במשרדו, היה 227.7 גרם, אולם צוין על ידי החוקר בת/5, כי "כנראה המשקל לא תקין או שהוא קטן מכדי לשקול את כל החומר".

בדין בבית המשפט קמא הוצג הסם (ת/1) וצוין כי גודלו של שבר הלוח, כגודל מחצית הלוח.

המערערים הכחישו כל קשר לסם. באחת מאמרותיו במשטרה (ת/16), מסר מערער 1 כי לא הבחין אם מערער 2 זרק דבר מה מהרכב. מערער 2 טען בעדותו כי עם הגיעם למחסום החלון שלצדו היה סגור, אולם צוין בחקירתו הנגדית, כי אינו זוכר אם בעת ההמתנה פתח את החלון או לא. מערער 1 מסר כי החלון היה פתוח, שכן ביקש ממערער 2, שהרבה לעשן, לפתוח אותו. מערער 1 אישר כי שמע את החיילים מציינים כי דבר מה נזרק מהרכב, ואז נערך חיפוש על ידי אחד החיילים שארך כשלוש דקות, במרחק של חמישה מטר מהם. עוד אישר, כי הבחין כי בגרב היו 3.5 פלטות של חומר.

עוד מסרו המערערים בעדויותיהם כי נסעו לאילת, לאחר שבאותו יום, בשעה מוקדמת יותר, נסעו מאילת לבאר שבע, על פי בקשת מערער 2, עם אחיו של מערער 2 וחברתו, לבית הוריו של מערער 2, שנטל מהבית שמיכה ו"דובי", אותם הניח על המושב האחורי של הרכב במהלך הנסיעה.

בית המשפט קמא קבע, כי יש ליתן משקל מלא לתיאורם של החיילים, שעדויותיהם נמצאו אמינות ועקביות, באשר לנסיבות השלכת גרב הסם מהרכב, החיפוש ומציאת הסם. עוד נקבע כי זיהוי הסם, משלב תפיסתו במחסום על ידי החיילים, העברתו לידי השוטרים, ועד בבדיקת המעבדה לא נפגם. בנוסף, נדחתה טענה כי לחיילי המחסום לא הייתה סמכות לעכב את הרכב, שכן על פי עדותו של הקצין מלכי, המחסום היה מוצב בשטח צבאי, והפעילות הצבאית נועדה למנוע פיגועים והברחות סמים באזור.



מנגד, נקבע, כי לא הייתה בפיהם של המערערים אלא "הכחשה כללית וגורפת", בדבר הקשר לסם, ומשכך, לא סיפקו "כל גירסה ממשית אשר יהא בה כדי להוציאם מהסבך, ולנמק באופן סביר והגיוני את דחיית גירסת התביעה..."; בנסיבות שעלו, ולנוכח השלכת הסם מהרכב, מתוך מה שנחזה כחשש להתגלות הימצאות הסם ברכב, די לצורך הוכחת החזקתו הפיזית של הסם, בצוותא חדא על ידי המערערים; עוד צוין כי "הדעת אינה נותנת שאחד (מהמערערים), אשר ישבו זה לצד זה ברכב, זרק מהחלון הרכב את הגרב מבלי שחברו יבחין בכך", וכי אין זה סביר כי מי מהמערערים לא שם ליבו לריחו החרוף של הסם, "במהלך הנסיעה הארוכה" מבאר שבע לאילת, שכן החיילים חשו בריח הסם, ואף ניתן היה לחוש בו במובהק בחללו של אולם הדיונים, לאחר פתיחת השקית האטומה. היכולת לחוש בריח הסם מהווה "דבר מה" לחזקה הנוצרת עקב החזקת הסם ברכב, ומכאן שיש לראות את שני המערערים כמי שהחזיקו בסם, הן בהיבט העובדתי והן במישור הנפשי.

עוד נקבע כי השלכת גרב הסם מהחלון, נועדה להעלים ראיה, ומכאן שבוצעה על ידי המערערים גם עבירה של שיבוש מהלכי משפט, כפי שיוחס להם, בנוסף על עבירת הסמים.

הערעור כנגד ההרשעה

ב"כ המערערים טוענים כי אין בראיות שהובאו כדי לבסס מסקנה יחידה, במידת ההוכחה הנדרשת, בדבר הקשר בין המערערים לסם שנתפס.

ב"כ המערער 1 טען בעניין זה, כי הראיות מצביעות על האפשרות כי המערער 2 היה בעל הזיקה לסם, נוכח השלכת הסם, מהחלון שלידו ישב מערער 2, וכי אין זה סביר כי העד נמצ'נקו שניצב במרחק של כמטר מהרכב, בצד מושב הנהג, לא היה מבחין אם מערער 1, היה זה שהשליך את גרב הסם מבעד לחלון הנוסע, והעד אף שלל בעדותו ייתכנות כי המערער 1 הוא שזרק את הגרב. עוד נטען כי מערער 2 יכול היה להשליך את הסם מהרכב, מבלי שמערער 1, היה מבחין בכך, בהכרח, וכי ניתן להניח, כי במהלך שהיית הרכב במחסום, במשך כ- 40 דקות, בשעת לילה מאוחרת, לא היה מערער 1 ער למלוא מעשיו של מערער 2.

מנגד, טוענת ב"כ מערער 2, כי קיימת אפשרות כי דווקא המערער 1 הוא שהשליך את הסם מהחלון, בלא שהמערער 2 הבחין בכך, בשל כך שהיה "מנומנם", ו"מסטול" לאחר שצרף אלכוהול באותו ערב, כפי שעלה מעדותו. עוד נטען, כי אין כל וודאות כי החפץ שנזרק מהרכב, על פי עדותו של נמצ'נקו, היה גרב הסמים שנמצא בחיפוש, וייתכן כי מקור הסם הוא מאחת מהברחות הסמים התדירות, המתבצעות באזור הגבול בו עובר הכביש.

ב"כ המערערים טוענים בנוסף, כי נוכח כך שהסם היה עטוף ביריעות ניילון, ונתון בתוך גרב, לא ניתן לקבוע כי הסם הפיץ ריחו בתוך הרכב, באופן שהמערערים יכולים היו לחוש בריח, והעובדה כי הסם הפיץ ריח לאחר הוצאתו מתוך השקית האטומה במהלך הדיון בבית המשפט, אינה מעידה על כך שהסם נתן ריחו גם בתוך הרכב. ב"כ מערער 1 אף טען, כי ייתכן שריחו של הסם טושטש, נוכח כך שהיה "מוסלק" בתוך הציוד שהביא מערער 2 מבית הוריו.

בנוסף נטען, כי אין כל וודאות כי החומר שנתפס בגרב הוא זה שנבדק במעבדה; משקל החומר שנתפס בגרב, על פי



ת/2, קטן משמעותית, ממשקלו במעבדה; כמות "פלטות" החומר שנתפסה על ידי החיילים (3.5 פלטות), שונה מזו שנבדקה במעבדה (שני לוחות ו-3 שברי לוח), והעובדה כי היו חמש עטיפות ניילון, אינה מתיישבת עם תפיסתן של 3.5 פלטות; הסם "עבר ידיים" בין החיילים ואנשי המשטרה, ללא תיעוד מלא, שיבטיח כי לא נעשה "שינוי במוצג". על פי עדותו של מלכי, הוא שהעביר את הסם לשוטר, ואילו ממזכרים ת/19, ת/20, שנערכו על ידי שוטרים שהמתינו במחסום נטפים, להבאת המערערים, עלה כי הסמג"ד, אחסאן, שלא נקרא למסירת עדות, הוא שהביא עמו למקום ארגז שבו נמצא בין היתר, הגרב עם הסם.

עוד טוענים ב"כ המערערים כי החיילים פעלו ללא סמכות, הן בשל כך שלא היו בידם סמכויות עיכוב, הנתונות לשוטר צבאי או אזרחי, וכי בניגוד לקביעת בית המשפט קמא, לא הוכח כי מדובר ב"שטח צבאי סגור", שכן מדובר בכביש פתוח לנסיעה, המוביל לאילת, וכי על פי עדותו של אביעד מלכי, רק השטח לשני צדיו של הכביש הוא שטח צבאי סגור.

עוד נטען, כי עיכובם של המערערים נעשה בדרך מפלה, רק בשל מוצאם הערבי, וכי על פי עדויות החיילים, נמסרו להם הנחיות לבצע בדיקות הנוגעות לחשד לביצוע הברחות סמים - ולא בשל חשש לפעילות פח"ע - לנוסעים ממוצא ערבי. עיכובם של המערערים על רקע אתני, מהווה פגיעה מפלה ולא מידתית, המנוגדת לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בנסיבות אלה, נטען, יש להורות על פסילת הראיה הנוגעת לתפיסת הסם, שבאה בעקבות פעילות נטולת סמכות זו.

דין

קביעתו של בית המשפט קמא בדבר השלכת חפץ דרך חלון הנוסע, בעת המתנת הרכב לפני המחסום אינה נתונה עוד במחלוקת. הטענה שהעלתה ב"כ המערער 2, כי אין כל וודאות כי אותו חפץ שנזרק מהחלון היה גרב הסמים, שנמצא על ידי החיילים, נדחתה על ידי בית המשפט קמא, ואף בקביעה זו אין מקום להתערב. מעדויות החיילים, שניתן בהן אמון מלא, עלה, כי הגרב נמצא על ידי החייל ממו, במקום עליו הצביע נמצ'נקו, שעקב אחר מעוף החפץ מחלון הרכב- ודוק, מדובר בחפץ לבן, כצבעו של הגרב שנמצא - מעבר למעקה הבטיחות בכביש, וזאת במרחק קצר מהרכב, ובסמיכות זמנים הדוקה בין העפת החפץ ומציאתו. הטענה שהועלתה כי ייתכן שמדובר בצרוף מקרים יוצא דופן, וכי הסם שנמצא נטול זיקה לרכב, הינה בבחינת השערה כללית, ללא כל בסיס עובדתי, ואין בה כדי לערער את קביעת בית המשפט, נוכח נסיבות מציאת הסם, שעלו מתיאורם של החיילים. עוד יש להוסיף בעניין זה, כי עצם השלכת החפץ מהחלון, במהלך עיכוב הרכב, כאשר שני נוסעי הרכב מכחישים עובדה מוכחת זאת, מצביע על אופיו הלא תמים לכאורה, של החפץ שהושלך.

הראיות שהובאו בפני בית המשפט קמא, מבססות את הקביעה כי החומר שנתפס באירוע, על פי עדויות החיילים, הינו אותו חומר שנבדק על ידי המעבדה, כמפורט בחוות הדעת ת/10.

מעדויות החיילים עלה אומנם, כי בחנו את החומר, ואף הריחו ונגעו בו, ואולם לא עלה מעדויותיהם כי שינו את הרכבן או כמותן של "פלטות" החומר - 3.5 - עד להעברתן לידי החוקר קפויה, כעולה ממזכרי השוטרים ת/19, ת/20 ות/5. המזכרים ת/19 ות/20 (שנערכו על ידי שוטרי הסיור צפרירי ושירן, שלא נקראו לעדות), שהמתינו עם החוקר קפויה במחסום נטפים, מציינים אומנם, כי הסמג"ד הגיע למקום עם ארגז חפצים, ובו גרב הסם שהועבר לידי השוטרים, אולם בעדותו של אביעד מלכי (ע' 10-11 לפר'), צוין כי גם אביעד הגיע למקום יחד עם הסמג"ד- עובדה שאינה מוזכרת



בת/19 וב- ת/20 - והרישום בת/5, שנערך על ידי החוקר קפויה, בחתימותיהם של החוקר ואביעד, מצביע על כך כי העברת הסם לידי החוקר בוצעה על ידי אביעד. יש לציין בעניין זה, כי הדוח בת/5, שערך החוקר קפויה הוגש בהסכמה, ללא ערעור על תוכנו, וההגנה לא ביקשה את זימונו של הסמג"ד למתן עדות.

על פי הדוחות שערך החוקר קפויה, ביצע החוקר שקילה של החומר, הניחו עם הגרב בתוך שקית אטומה, שהועברה בו ביום לידי המעבדה. החשש כי החומר שנתפס אינו החומר נשוא חוות דעת המעבדה, אינו ממשי. מספרה של השקית האטומה, שהינה לשימוש חד פעמי, שנפתחה במעבדה, זהה למספר השקית בה הונח הסם על ידי החוקר; הימצאות הסם בתוך גרב כעולה מחוות דעת המעבדה, הינה בבחינת נדבך ראיתי נוסף, המצביע על זהות המוצג.

אכן קיימת אי בהירות באשר לנסיבות היווצרות שברי אחד מהלוחות, אולם לא ניתן להוציא מכלל אפשרות כי אחד הלוחות של החומר נשבר במהלך העברת החומר למעבדה, ואף עטיפות הניילון שעטפו את שברי הלוח לא היו שלמות. יצוין, בהקשר זה, כי חישוב מתמטי פשוט, על פי המשקלים שצינו בת/10, מצביע, כי משקל שלושת חלקי הלוחות, זהה, עד כדי גרמים בודדים, למשקלו של לוח וחצי- וכפי שצוין בפרוטוקול הדיון בעת חשיפת הסם, במסגרת ת/1, מדובר בחצאי לוחות, גם על פי מראה עין - באופן המאשש את העובדה כי מדובר היה "במקור", בשלושה וחצי לוחות חומר, כפי שעלה מהעדויות. באשר לאי המתאם בין משקל הסם שנקבע על ידי החוקר קפויה לבין משקל הסם במעבדה, הרי שהחוקר הבהיר מפורשות בת/5 כי קיימת אפשרות ממשית כי פעולת השקילה שנעשתה על ידו הייתה בלתי מדויקת בעליל, בשל מגבלה טכנית זו אחרת, ומשהחוקר לא נקרא כלל לעדות גם בעניין זה, והמזכר התקבל בהסכמה לעניין תוכנו, אין מקום להעלאת טענה הנוגעת לאופן השקילה, בשלב הערעור.

על פי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, רשאי מפקד צבאי להכריז על שטח כשטח סגור, לצרכי התקנות, וחל איסור על כניסה ויציאה לשטח סגור, ללא היתר (תקנה 125). על פי תקנות 122 ו- 126 ניתן להגביל ולפקח על שימוש בכבישים על פי צו של מפקד צבאי, ועל פי תקנה 126, ניתנת סמכות זאת, משיקולים של "טובת שלומו של הציבור, הגנתה של ישראל, או קיומו של הסדר הציבורי". על פי תקנה 127, ניתנת בידי חיילים סמכות להרחיק מהשטח עליו חלות ההגבלות האמורות, כל מי שנכנס אליו ללא היתר (וראו בהקשר זה, סמכויות עיכוב לחיילים מוסמכים, מכוח הוראת סעיף 6(ג) לחוק סמכויות לשם שמירה על בטחון הציבור, תשס"ה-2005).

על פי עדותו של הקצין מלכי, השטח משני צדיו של הכביש הינו שטח סגור, ואף הכביש, שהנסיעה עליו הינה חופשית, נסגר ונפתח חליפות לצורכי ביטחון (ע' 14). עוד הובהר כי הכביש מגיע בקרבה לגבול, וכי פעולות הבידוק על ידי חיילי המחסום המאויש בכל שעות היממה - המחסום הוקם בעקבות פיגוע מחבלים בציר (ממו, ע' 24) - בתיאום עם גורמי ביטחון נוספים, נעשות לצורך סיכול פעילות פח"ע ועבריינות פלילית, באזור שהינו בעל רגישות ביטחונית, כאמור.

נוכח הבהרות אלה, שלא עורערו בבית משפט קמא, אין אני רואה מקום לטענה כי החיילים חרגו מהסמכות שבידם, שנועדה בשלב הראשון, הרלוונטי לענייננו, לעמוד על פרטי הנוסעים, אגב עיכובם עד להשלמת הבירור, וזאת לצרכים ביטחוניים, שכלל הנראה שירתו בד בבד, את "שלום הציבור" במניעת הברחות סמים, שהינן נפוצות באזור זה, גם על פי הטיעון שהושמע. עוד יש לציין, כי הטענה כי הבידוק נעשה על רקע של אפליה גזעית, נסתרה מתוך עדויות החיילים עצמם, שבית המשפט קמא נתן להן את מלוא המשקל. מפקד המחסום, ממו, העיד כי על פי ההנחיות שניתנו לחיילים, כל כלי רכב נעצר לבדיקה במחסום החל מהשעה 19:00, בין אם מדובר בנוסעים בני מיעוטים ובין אם לאו (ע' 25),



וברוח דומה העיד גם הקצין אביעד (ע' 14 לפר'), הגם שציון, בד בבד, עובדתית, כי בפעולות שסוכלו על ידי החיילים בעבר, היו מעורבים רק בני מיעוטים.

לבסוף יצוין, כי תפיסת הסם על ידי החיילים, לאחר השלכתו מתוך רכבם של המערערים, נעשתה במנותק מבירור פרטי הנוסעים ברכב, ואין לקשור בין תפיסת הסם, לבין עיכוב המערערים, לצורך בירור פרטי הזהות שמסרו.

בבש"פ 679/05, אבו סולב נ. מדינת ישראל, ניתן ביום 25.1.2005, צוין כב' השופט רובינשטיין, כי -

"הימצאותם של הסמים ברכב מקימה, מכוח הלכה פסוקה ותיקה ועמה מכוח השכל הישר והנסייון חיים, את החזקה המחילה ידיעה קונסטרוקטיבית על החשוד. עליו הנטל להראות ספק סביר, כי לא ידע מכל וכל על הסמים. ספק סביר משמע ספק שאינו הזוי ועל פניו אינו נראה בהמצאה ללא יסוד. שרשרת ארוכה של פסיקה נדרשה לחזקה זו. צוין כי "כאשר מספר אנשים מצויים במכונית, והמשטרה מגלה באותה מכונית כמות של סם, הרי ניתן להסיק מכך שכל נוסעי המכונית החזיקו בסם בצוותא, ומתוך ידיעה והסכמה, אלא אם כן מצליחה הסניגוריה לעורר ספק סביר לעניין ממצא זה" (ע"פ 459/95 אבו רמזאן נ' מדינת ישראל פ"ד נ(3) 775, 779-778, השופט בך); הגדרות החזקה על פי סעיף 34 כד לחוק העונשין, תשל"ז-1977, וסעיפים 7(א) ו-8 לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג-1973, חלות הן על שליטה (בפועל) והן על "החזקה" קונסטרוקטיבית (ע"פ 550/99 פדלון נ' מדינת ישראל לא פורסם, השופט זועבי; בבש"פ 2726/02 מדינת ישראל נ' אבורשד הנזכר לעיל; ע"פ 3018/04 תאפל נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, השופט לוי) והפסיקה הנזכרת שם; בבש"פ 1810/04 כראג'ה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, השופט חשין); בבש"פ 3921/04 הרוש נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, השופט פרוקצ'יה).

יצוין כי בע"פ 1345/08 ארקדי איסטרוב נ. מדינת ישראל, ניתן ביום 18.5.2009, מצוין השופט רובינשטיין, כי אומנם, על פי הנאמר ב- ע"פ 706/79 ג'באלי נ' מדינת ישראל, (פ"ד לד(3) 169, 174), אותה "הנחה שבהיגיון בדבר הידיעה אינה בלעדית, ויש צורך בדבר מה נוסף לשם הרשעה, והדבר תלוי בנסיבות כל מקרה" (עמ' 176), ואולם אותו "דבר מה נוסף", "אינו קו מרכזי בפסיקה, אך מכל מקום ניתן לפרשו כפשוטו בכך, שאי בלעדיות החזקה משמעה הצורך המוטל על התביעה להראות, כי מכלול הנסיבות מזה וגירסתו - או היעדר גירסתו - של הנאשם "מחזקים את החזקה" (פסקה יג).

הנסיבות המתוארות בעניינו של מערער 2 אינן מותירות פתח של ספק בדבר החזקת הסם על ידו, כפי שנקבע בעניינו.

החזקה הקמה נגד מערער זה, נוכח עצם הימצאו ברכב ממנו הושלך הסם, מקבלת משנה חיזוק, נוכח זריקת הסם מהחלון הצמוד למקום ישיבתו, ובשל עדותו של עד הראיה, נמצ'נקו, שעמד סמוך מאד לרכב, לפיה לא ניתן היה לכאורה, בידי מערער 1, הנוסע הנוסף ברכב, להשליך את הסם ממקום ישיבתו ברכב. עדותו של מערער 2 לא הייתה עשויה מקשה אחת, והוא ניסה להכחיש את העובדה כי החלון לידו היה פתוח, באופן המנוגד לעדותו של נמצ'נקו, ואף בסתירה לעדותו של מערער 1. מערער 2 טען בנוסף כי לא היה ער לנעשה ברכב, בשל כך שהיה "מסטול", אולם על פי הראיות, הרבה לעשן, יצא מהרכב קודם לכן כדי להטיל מימיו, והגיב לשאלות החיילים בעניין הסם שנתפס, באופן שאינו מצביע על כך שהיה מנותק מהנעשה סביבו. הנסיבות מלמדות על כך שהמערער 2 הוא שהיה הרוח החיה בנסיעה, ושכנע את המערער 1 לנהוג ברכב לבאר שבע וחזרה, ואף בכך יש כדי לחזק את המתווה הראייתית הנסיבית



העומד נגדו.

נוכח האמור אין מקום לקבלת הערעור כנגד הרשעתו של מערער 2.

חרף קיומה של החזקה כי גם המערער 1 החזיק בסם, עשוי לטעמי, להתעורר ספק בדבר ידיעתו או הסכמתו להחזקת הסם. בשונה ממערער 2, שלגביו הוכחה מעורבות ישירה בהשלכת הסם מהחלון והגרסה שהשמיע הייתה מתחמקת, השמיע מערער 1 גרסה עקבית, הן באמרותיו והן בעדותו, לא הכחיש כי חלונו של מערער 2 היה פתוח, ואף אישר כי הבחין בנסיבות מציאת הסם על ידי החיילים. ככל שניתן להסכים עם קביעת בית המשפט קמא, כי השלכת הסם לא נעלמה מעינו של המערער 1, הרי שאין לשלול אפשרות מסתברת כי המערער 1 ידע על קיומו של הסם, רק בסמיכות מיידית לפעולת השלכתו דרך החלון, בלא שגיבש כל הסכמה מוקדמת להחזקת הסם. זיקתו ההדוקה של מערער 2 לסם, מעלה אפשרות ממשית, כי שלט בסם, שהיה צרור בחבילה "קומפקטית" קטנה יחסית, בתוך גרב, ואפשר אף שהוסתר קודם לכן, בין חפציו של המערער 2 שהיו מונחים על המושב האחורי, ללא ידיעתו של מערער 1. קביעת בית המשפט קמא, כי מערער 1 יכול היה לחוש בריחו של החריף של הסם במהלך הנסיעה, ומכאן שהיה מודע כל העת להימצאו ברכב, אינה נקיה מספקות, שכן הימצאו של הסם בעטיפות ניילון, בתוך גרב, ואולי בין כליו של מערער 2, עשוי היה לטשטש או להעלים את ריחו של הסם, ואין לסמוך על כך ראייה לחובתו של מערער 1. עניין זה, יש לומר, לא לובן בבימ"ש כלל.

בנסיבות אלה, ומחמת הספק, הייתי מציע לזכות את המערער 1 מהעבירות שיוחסו לו, ולבטל העונשים שהוטלו עליו (6 חדשי מאסר בדרך של עבודות שירות, מאסרים מותנים, קנס סך של 1000 ₪, ופסילת רישיון נהיגה למשך 12 חדשים).

הערעור בעניין העונש - מערער 2

המערער 2 נדון לעונש מאסר בפועל בן 12 חדשים. כן הופעלו, בחפיפה חלקית, שני מאסרים מותנים בני 4 חדשים כל אחד, האחד בגין עבירת סמים והשני בגין עבירה של שיבוש מהלכי משפט, שהוטלו על המערער במהלך שנת 2012, על ידי בית המשפט השלום באילת (תפ 16114-02-12) ובית משפט השלום בבאר שבע (תפ 19857-06-11), באופן שהיה על המערער לרצות, סך הכל, 14 חדשי מאסר בפועל, מיום מעצרו. בנוסף הוטלו על המערער 3 מאסרים מותנים נפרדים, קנס בסך של 1000 ₪ או 5 ימי מאסר תמורתו, ופסילת רישיון נהיגה למשך 12 חדשים.

ב"כ המערער טענה כי יש בעונשים כדי להחמיר עם המערער ביחס לאלה שהוטלו על מערער 1, אולם אין מקום לדון בטענה זו נוכח עברו הלקוי של המערער, כולל בעבירות סמים, ובשלב זה, אף לנוכח זיכוי של מערער 1, כמתואר, מהעבירות שיוחסו לו.

עוד נטען כי בהטלת עונשי המאסר המותנים הנפרדים, יש כדי להעמיד את המערער בסיכון בלתי סביר של הפעלה מצטברת של העונשים בעתיד, ואולם אין אני רואה מקום לקבל טענה זאת, נוכח כך שבית המשפט קמא הבחין בדרך הטלת עונשי התנאי בין עבירות סמים המסווגות כעבירות עוון, לבין עבירות סמים המסווגות כפשע, וכן הוטל עונש מותנה נפרד, בגין עבירת שיבוש מהלכי משפט, בה הורשע המערער בנוסף. עוד יש להוסיף כי למערער עבר מכביד, וכי לא הורתע בעבר מעונשים מותנים שהוטלו עליו זמן קצר לפני ביצוע העבירות דנא, ומוטב שהמערער ידע לכלכל מעשיו בעתיד לבל יחזור לביצוע עבירות שיש בהן כדי להזיק הן לציבור והן לעצמו.



בנסיבות אלה, מציע אני לדחות ערעורו של מערער 2 על שני חלקיו.

יורם צלקובניק, שופט

ס. הנשיא ר. יפה-כ"ץ, אב"ד:

אני מסכימה.

השופטת רויטל יפה-כ"ץ
ס.נשיא

השופטת י. רז-לוי:

אני מסכימה.



יעל רז-לוי, שופטת

הוחלט לפיכך, לזכות, מחמת הספק, את מערער 1 מהעבירות שיוחסו לו. פסק הדין בעניינו של מערער 2 יישאר ללא שינוי.

ניתן היום, א' אייר תשע"ד, 01 מאי 2014, במעמד הצדדים.

יעל רז-לוי, שופטת

יורם צלקובניק,
שופט

ס.הנשיא, רויטל יפה-
כ"ץ
אב"ד