



ת"פ 41952/02/22 - מדינת ישראל נגד עיסאם אמארה,

בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"פ 41952-02-22 מדינת ישראל נ' אמארה(עציר)

לפני כבוד השופט מוחמד עלי

מדינת ישראל

המאשימה:

ע"י עו"ד א' סרי

מפרקליטת מחוז חיפה

- נגד -

הנאשם:

עיסאם אמארה, (עציר)

ע"י ב"כ עו"ד פ' זועבי ועו"ד ה' עדי

הכרעת דין

כתב האישום

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום (מתוקן) שמייחס לו עבירות של החזקה, נשיאה והובלת נשק ותחמושת, לפי סעיפים 144(ב) (רישא וסיפא) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**); שיבוש מהלכי משפט, לפי סעיף 244 לחוק העונשין; והפרת הוראה חוקית, לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין.

2. בכתב האישום (המתוקן) צוין, כי ביום 24.1.2022 הורה בית משפט השלום בנצרת בתיק מ"י 3442-01-22, בנוכחות הנאשם שהשתתף בדיון באמצעות היועדות חזותית, כי על הנאשם לשהות במעצר בית מלא בבית עבד-אלחמיד בוקאעי בטמרה וזאת עד ליום 3.2.2022; וביום 3.2.2022 הוחלט על הארכת תוקף התנאים המגבילים, עד ליום 12.2.2022. נטען כי החל מהמועד בו ניתנה החלטת בית המשפט ביום 3.2.2022 ועד למעצרו בתיק זה, בשעות הערב של יום 7.2.2022, לא שהה הנאשם בבית, וזאת בניגוד להחלטת בית המשפט ותוך שהוא מפר אותה.

3. כמו כן נטען בכתב האישום, כי ביום 7.2.2022 לפני השעה 22:48, רכבו הנאשם ומנסור אמארה (להלן: **מנסור**) על קטנוע שחור מדגם "דאון טאון" מספר רישוי 9854030 (להלן: **הקטנוע**) בטמרה, כשמנסור נוהג בקטנוע והנאשם יושב מאחוריו. בנסיבות האמורות, הנאשם נשא והוביל, בלא רשות על פי דין, אקדח שחור חצי אוטומטי מסוג "סטאר" מספר סידורי 1658201, בקוטר 9 מ"מ, כשהוא טעון במחסנית ובה 11 כדורים תואמים, אותו נשא על גופו באזור הבטן (להלן בהתאמה: **האקדח, המחסנית ו- הכדורים**). נטען כי האקדח הוא כלי הסוגל לירות כדור שבכוחו להמית אדם וכי המחסנית והכדורים הינם אביזר ותחמושת של כלי זה.

4. באותה עת, סירו בטמרה השוטרים שאדי חשאן וג'ואד עיאדאת, כשהם לבושים מדי משטרה, בניידת טנדר משטרתית מספר 21222 (להלן בהתאמה: **השוטרים ו-הניידת**). השוטרים נעמדו עם הניידת בשכונת "אלחמרה",

עמוד 1



בצומת סמוך לדרך עפר המובילה לשוב מצפה אביב (להלן: **הצומת ו-דרך העפר**). בשעה 22:48 או בסמוך לכך, התקרבו מנסור והנאשם עם הקטנוע לצומת. משהבחינו בניידת, הנאשם ומנסור סטו שמאלה מכיוון נסיעתם ונכנסו לדרך העפר.

5. השוטרים, אשר הבחינו בהתנהלות הנאשם ומנסור, הדליקו את האורות הכחולים בחלק העליון של הניידת, והחלו לנסוע אחרי הנאשם ומנסור בדרך העפר, תוך שהם כורזים להם לעצור בצד. הנאשם ומנסור התעלמו מקריאות השוטרים והמשיכו בנסיעה בדרך העפר, כל זאת כשהנאשם נושא ומוביל עמו את האקדח הטעון ובכוונה למנוע או להכשיל הליך שיפוטי.

6. במהלך האמור, לאחר נסיעה של כ-200 מטרים, הנאשם השליך את האקדח הטעון לצדי דרך העפר, בכוונה למנוע או להכשיל הליך שיפוטי. השוטרים, אשר הבחינו בהשלכת האקדח, עקפו במהירות את הקטנוע וחסמו את דרכו. בשלב זה, מנסור עצר את הקטנוע, והשוטרים עצרו אותו ואת הנאשם ותפסו את האקדח הטעון.

תשובת הנאשם לכתב האישום ומהלך הדיון

7. במענה לכתב האישום בדיון שהתקיים ביום 28.3.2022, וכן במענה בכתב אשר הוגש לבית המשפט ביום 29.9.2022, הודה הנאשם בכך שהפר את מעצר הבית, ולא חלק על העובדה שנסע על הקטנוע יחד עם מנסור. עם זאת, הנאשם הכחיש כי נשא עליו נשק; וכן הכחיש ששישב מהלכי משפט בכך שלא ציית להוראות השוטרים, מקום שנהג הקטנוע היה מנסור ולא הייתה לו שליטה על מנסור ועל החלטותיו. יוער כי נגד מנסור, שנהג בקטנוע, לא הוגש כתב אישום, ועל כן הנאשם טען להגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית. לא הייתה מחלוקת כי מן הראוי לברר את הטענה בד בבד עם הליך בירור האשמה. לפיכך, במסגרת הכרעת הדין תידון גם הטענה להגנה מן הצדק.

8. התיק התברר בשתי ישיבות הוכחות שהתקיימו בתאריכים 10.4.2022 ו- 30.5.2022. מטעם המאשימה העידו שני עדים מרכזיים - השוטרים שאדי חשאן וג'ואד עיאדאת, וכן שבעה שוטרים נוספים, אשר לעדויותיהם נתייחס במידת הצורך בגוף הכרעת הדין. בתום פרשת התביעה, נקבעה ישיבת הוכחות לשמיעת פרשת ההגנה ליום 27.6.2022, אך בפתח הישיבה הודיע הנאשם כי הוא בוחר שלא להעיד להגנתו. כמו כן, לא העידו עדים מטעם הנאשם, אך הוגשו שתי הודעותיו של מנסור (נ/2 ו-נ/3), כראיה לעצם אמירתו בלבד. נקדים ונציין כי הנאשם שתק במסגרת חקירותיו במשטרה ולא מסרה גרסה (הודעות הנאשם במשטרה הוגשו וסומנו - ת/20 ו-ת/21).

9. לבקשת הצדדים הוגשו סיכומים בכתב, ומשאלו הוגשו - הגיעה העת למתן הכרעת הדין.

דין והכרעה

10. לאחר שראיות הצדדים הונחו לפניי ולאחר שעיינתי בסיכומיהם, הגעתי למסקנה כי יש להרשיע את הנאשם



בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום, אם כי על בסיס עובדתי שונה במעט מזה שצוין בכתב האישום. כאמור, לנאשם יוחסו עבירות לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין, שיבוש מהלכי משפט לפי סעיף 244 לחוק העונשין והפרת הוראה חוקית לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין. עיקר הדיון הוא בעבירת הנשק, ובכך נפתח.

העבירה העיקרית - נשיאת והובלת נשק ותחמושת

11. שני העדים המרכזיים מטעם המאשימה הם השוטרים שאדי חשאן (להלן: **שאדי**) וג'ואד עיאדאת (להלן: **ג'ואד**). שני השוטרים היו בניידת משטרתית בעיר טמרה, הבחינו בקטנוע למן הגעתו והוא הבחין בהם וניסה להתרחק מהם, הניידת נסעה אחרי הקטנוע, השוטרים ראו את הנאשם משליך את האקדח, חסמו את נתיב נסיעת הקטנוע, עצרו את הנאשם ומנסור, ואחד השוטרים מצא מיד את האקדח מושלך לצד הדרך בקרבת המקום בו נצפתה תנועת ההשלכה. אלה בקצרה עיקרי פרשת התביעה (עדות ג'ואד עמ' 21-12 לפרוטוקול; עדות שאדי עמ' 21-31 לפרוטוקול - כל ההפניות לפרוטוקול אלא אם צוין אחרת - מ"ע).

12. בעדותם פירטו שני השוטרים את השתלשלות האירוע מושא האישום, אך לפני שנתייחס לדקויות עדויותיהם, נקדים ונציין כי ההתרשמות היא שניתן לקבוע ממצאים מהימנים על פי גרסתם. השוטרים התייחסו לפרטי פרטיו של האירוע, תיארו את העובדות כהווייתן, ובמקרים בהם לא היו בטוחים לגבי עובדות מסוימות - לא היססו לציין זאת (ועל כך בפירוט בהמשך). זאת ועוד, פרטי גרסתם של השוטרים שזורים בממצאים וראיות אחרות ובכלל זה ראיות פיזיות בשטח. אמנם קיימות מספר אי-התאמות בחלק מפרטי עדויותיהם של השניים, אליהן נתייחס בפירוט, אך אין בכך כדי לפגוע במהימנות הגרסה, זאת בהינתן ההכרה בתעתועיו של הזיכרון האנושי ובשונות הקיימת בין אנשים לתפוס ולזכור סיטואציות, וכך נאמר כי לא ניתן לצפות מעדים להיות "מכשיר דיוק אוטומטי" (ע"פ 100/55 **מאיר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ט 1218, 1224 (1955); וראו גם לאחרונה: ע"פ 2647/21 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פסקה 30 (21.8.2022)).

13. לעיתים השוני בגרסאות, בפרט בעניינים שאינם בגרעין המחלוקת, עשוי לתמוך דווקא במהימנות כל אחת מהגרסאות, ולעמדתו כך הוא המקרה שלפנינו. על כל פנים נבהיר כי אי-ההתאמות בעדויות השוטרים, הן פריפריאליות ושוליות ואינן בעלי משמעות, בהינתן יריעת המחלוקת המצומצמת יחסית.

30. הנאשם ומנסור נסעו יחד על קטנוע. מנסור נהג בקטנוע והנאשם ישב מאחוריו. על כך אין מחלוקת. סמוך למקום בו נסעו הנאשם ומנסור על הקטנוע ונעצרו על ידי השוטרים, ובמקביל למקום בו נראה הנאשם משליך את החפץ, נתפס אקדח טעון במחסנית. הראיות שתומכות במציאת האקדח - ונתעלם לרגע קט מאקט השלכת האקדח - הן ברורות וחד משמעיות (תצלומי האקדח והמחסנית ת/7 שצולמו על ידי שאדי; עדותו של שאדי לגבי צילום האקדח באמצעות הטלפון הנייד שלו עמ' 22 ש' 15, 19; ולגבי מציאת האקדח על ידו עמ' 28 ש' 10-11, 14; התמונות המצורפות לת/38; התייעוד ממצלמות הגוף של ג'ואד בו ניתן לצפות ברגע תפיסת האקדח וכן בפריקתו של האקדח - ת/34 מדקה 01:30 ואילך). יוער כי הנאשם לא פירט במסגרת המענה לאישום מה התייחסותו לגבי עצם מציאת האקדח, אלא רק הכחיש כי נשא עליו נשק. בסיכומיו לא הכחיש הנאשם את עצם מציאת האקדח, אלא רק טען לגבי



אי-מציאת טביעות אצבע, ואי-עריכת בדיקת שרידי ירי (אשר לטענה האחרונה נציין כבר עתה כי אין בה ממש, בשים לב לעבירה המיוחסת לנאשם).

14. אם כך, אקדח נמצא בקרבת המקום בו נעצרו הנאשם ומנסור. לפי הנתען בכתב האישום הנאשם נשא והוביל את האקדח והשליכו לאחר מכן: האם אכן כך? ניתן לתמצת את המחלוקת העובדתית בשתי שאלות: הראשונה, האם הנאשם הוא שהשליך את החפץ שהתברר כאקדח ונמצא במקום? והשנייה, האם האקדח היה על גופו של הנאשם עובר לאחיזתו בו? בהמשך יהיה צורך לדון במשמעות המשפטית הנגזרת מהמענה לשאלות עובדתיות אלו.

אך ראשון - ראשון; ואחרון - אחרון.

האם הנאשם השליך את האקדח?

15. הראיות שמונחות לפני מלמדות מעבר לכל ספק כי הנאשם השליך את האקדח במהלך נסיעת הקטנוע. השוטרים שאדי וג'ואד ראו את הנאשם משליך את האקדח עת נסעו אחריו בניידות ועדותם מקובלת עליי לחלוטין. ועתה לפירוט.

16. שאדי ציין בדוח הפעולה שערך (ת/6) כי נסע יחד עם שותפו, ג'ואד, בניידת המשטרה, ובהגיעם לצומת הבחינו בקטנוע שנוסע לכיוונם. כאשר רוכביו זיהו את ניידת המשטרה, החליף הקטנוע את כיוון נסיעתו במהירות לכיוון כביש עפר, דבר שהעלה את חשד השוטר (לפירוט מיקום הניידת ביחס לקטנוע, ולמיקום מציאת האקדח - ראו בתצלום אווירי ת/2). כך פירט השוטר שאדי את השתלשלות הדברים בדוח הפעולה (ת/6):

"[...] שותפי גואד אשר היה נוהג את הניידת ואני ישוב לידו התחיל בנסיעה אחרי הקטנוע אשר היו עליו שני חשודים לבושים שחור וקסדות שחורות על ראשיהם. מיד התחילו להגביר את נסיעתם בכביש ושותפי אחריהם תוך כדי שאנחנו שומרים על קשר עין רציף איתם כל זמן שאנחנו אחריהם במרחק של מטרים ספורים בין 5-7 מטר לציין כי מדובר בכביש עפר עם בורות ולכן הקטנוע לא הצליח לנסוע מהר. כעבור כ-200 מטר לערך של נסיעה צמודה אליהם כאשר היינו אחריהם עם הניידת אורות גבוהים ובמרחק של כ-5 מטר לערך הנוסע שישב בקטנוע מאחורי הנהג הכניס את ידו השמאלית לכיוון גופו הקדמי כיוון הבטן התחתונה והשליך דבר אשר נראה כאקדח בצבע שחור על שפת הכביש בשוליים בצד הכביש [...]" (ההדגשות שלי - מ"ע).

בהמשך פירט שאדי כי מיד לאחר שהוא וג'ואד ראו את השלכת האקדח, ג'ואד כרז לנאשם ולמנסור לעצור בצד, אך הם לא שעו לקריאה והגבירו את מהירות הנסיעה. לכן, ג'ואד חסם את הקטנוע באמצעות הניידת ושניהם יחד ירדו מניידת המשטרה. שאדי מצא את האקדח. הוא תיאר כי הוא הלך רגלית מרחק של 10 מטרים ממקום עצירת הקטנוע, וחיפש באמצעות פנס אחר האקדח בכיוון מקום הזריקה שזיהה. התאמה - הייתה. במקום מצא שאדי את האקדח בצד הדרך צמוד לכביש העפר מצדו השמאלי, כשהוא גלוי ולא מוסלק.



שאדי תיאר אפוא מעקב צמוד אחר תנועת הקטנוע וקשר עין רציף בינו לבין הרוכבים בקטנוע, דבר שאפשר לו לראות את תנועת השלכת החפץ שנתגלה לאחר מכן כאקדח. שאדי העיד כי הוא ראה בוודאות את הנאשם משליך את האקדח (עמ' 36 ש' 17, 19), וכן תיאר את האופן בו הנאשם השליך את האקדח. הוא פירט כי הנאשם לא זרק את האקדח עם יד מורמת בתנועת זריקה, אלא הנחית את האקדח תוך כדי נסיעה על הקטנוע (עמ' 25 ש' 31, 35; עמ' 36 ש' 6). שאדי ציין כי לאחר זריקת האקדח המשיך הקטנוע לנסוע למרחק של כ-10 מטרים (עמ' 27 ש' 19-21). לשלמות התמונה יצוין כי שאדי ציין שכאשר הקטנוע עצר, הנאשם היה מבוהל ומפוחד, לא ידע למסור מאיפה הגיע ולכן ברצונו להגיע, ושירר לחץ ממשי (עמ' 21 ש' 29-30).

17. ג'ואד שנהג בניידת בה נסע שאדי מסר עדות שתואמת באופן כללי את הפרטים שמסר שאדי. ג'ואד מסר שנסע עם שאדי במרחק של לא יותר מ-5 מטרים מהקטנוע, שניהם זיהו את הנאשם מכניס את ידו השמאלית לפלג גופו התחתון, לאזור המותן, מוציא דבר מה שנראה כאקדח, ומשליך אותו לשול הדרך השמאלי (עמ' 12 ש' 12-14). ג'ואד ציין שהמרחק הקטן של ניידת המשטרה מהקטנוע, כ-5 מטרים, והאורות הגבוהים שדלקו בניידת, אפשרו לו ולשאדי להבחין בהשלכת האקדח (עמ' 12 ש' 6-8, 14-12). גם ג'ואד תיאר את האופן בו השליך הנאשם את האקדח, באופן דומה לתיאורו של שאדי (עמ' 15 ש' 2-3, 6).

18. ההתרחשויות הקשורות בהשלכת האקדח לא היו בשעות אור אלא בשעת לילה, בסביבות השעה 23:00, ותנאי חושך שררו במקום. עם זאת, אינני סבור כי יש בכך כדי לפגוע בעדותם של השוטרים, לפיה הם הבחינו בהשלכת האקדח (ואקדח כאמור נמצא במקום). אמנם לא הייתה תאורה בדרך ועל כן תנאי התאורה לא היו מיטביים, ואולם הניידת הייתה במרחק קצר מהקטנוע כשאורותיה דולקים. תנאים אלו אפשרו לנוסעי הניידת - שאדי וג'ואד - לזהות את תנועת ההשלכה. שאדי העיד בביטחון רב כי ראה את השלכת האקדח ואף ציין את צבעו (עמ' 26 ש' 19). ניתן לטעון כי הואיל ונמצא אקדח (ולרוב אקדח הוא בצבע שחור), הרי בטחונו של שאדי בכך שראה את תנועת ההשלכה על כל דקויותיה, עלול להיות מושפע מהטיית האישוש (Confirmation Bias), אשר בתמצית ובהפשטה יתרה, מתארת את הנטייה להעריך בחסר ראיות מאוחרות שאין מתיישבות עם השערה קודמת או מצע עובדתי ראשוני. לפיכך, הזהרתי את עצמי מהשפעתה האפשרית של הטיה זו, אך מכלול הנסיבות מלמד כי לא הייתה להטיה זו השפעה שעלולה הייתה לפגוע בדיוק המסקנות הנגזרות מן הראיות.

לצורך הבהרת יכולת הזיהוי בשים לב לתנאי התאורה והמקום, בוצעו שלושה שחזורים: שני שחזורים בוצעו על ידי שאדי - האחד ביום (ת/42א') והשני בלילה, על מנת לדמות באופן מדויק יותר את השחזור לשעת ביצוע העבירה (ת/42ב'); ושחזור שלישי בוצע על ידי ג'ואד (ת/43ג'). צפייה בשחזורים, במיוחד זה שבוצע בשעת לילה, מראה כי התאורה של אורות הניידת מאפשרים זיהוי של תנועות שנעשות בטווח התאורה.

19. כפי שצוין לעיל, קיימות מספר אי-התאמות בין גרסאותיהם של שני השוטרים, בנוגע למספר נקודות פריפריאליות. כך למשל לגבי השאלה האם עובר להגעת הקטנוע, הניידת הייתה בעצירה או בנסיעה (שחזור שאדי ת/42א' ש' 16-17, 21-22, ועדות שאדי בעמ' 22 ש' 26; לעומת שחזור ג'ואד ת/43ג' ש' 15, ועדות ג'ואד בעמ' 2 ש' 1; וראו גם הבהרת השוטר ג'ואד בעדותו עמ' 13 ש' 9-10). כך גם לגבי השאלה אם מעקב השוטרים בניידת אחרי הקטנוע היה "מרדף" אם לאו (עדות ג'ואד עמ' 16 ש' 3-5, והמצוין במזכר שנערך על ידי שאדי - ת/10; לעומת עדות



שאדי עמ' 23 ש' 23-24, 28, כמו גם הבהרת שאדי בעדותו עמ' 23 ש' 34; עמ' 24 ש' 1). כאמור, אי-התאמות אלו שוליות ולא משפיעות כהוא זה על מהימנות גרסתם של שני השוטרים, כמו כן ניתן לזקוף את השוני בענין הגדרת פעולת המעקב - אם היא מרדף אם לאו, בהגדרה המשפטית והלשונית שיכולה להיות ל "מרדף" (ועל כך בהמשך).

20. בתיעוד מצלמות גוף של השוטר נג'אר (ת/34), נשמע ג'ואד אומר כי ראה עוד זריקה. מקובלת עליו הבהרתו של ג'ואד לפיה סבר שהייתה עוד זריקה משום שהנאשם עשה תנועה שנראתה לו כאילו הנאשם רוצה להשליך דבר נוסף (עמ' 17 ש' 15-16; עמ' 18 ש' 18-19; ומזכר הבהרה שערך ג'ואד - ת/4). מכל מקום, אין בכך כדי לפגום בממצאים הקושרים את הנאשם להשלכת האקדח.

21. אכן, בבדיקה שבוצעה במעבדת מז"פ לא נמצאו טביעות אצבע על האקדח (ראו דוח מסכם חקירת מז"פ - ת/38), אולם אינני סבור כי יש בכך כדי להפחית מעוצמת הממצאים שניתן לחלץ מעדות השוטרים - שאדי וג'ואד, ואין בהיעדר ממצא נגטיבי זה כדי להטיל ספק. פסיקת בית המשפט העליון הבהירה: כי **"...בעוד שהימצאותן של טביעות אצבעותיו של הנאשם היא ראיה חזקה להוכחת אשמתו, היעדרן של טביעות אצבעות במקום שבו הן מצופות להיות מהווה ראיה ניטרלית, שאין בכוחה ליצור ספק סביר בהוכחת אשמתו של הנאשם..."** (ע"פ 6679/04 סטקלר נ' מדינת ישראל (11.5.2006)).

22. האם האקדח שנתפס בשטח הוא האקדח שנבדק במעבדת מז"פ? לאחר שהאקדח נתפס בשטח הוא הועבר לבדיקה וקיימות ראיות שמוכיחות כי האקדח שנתפס הוא האקדח שנבדק במעבדה (ראו שרשרת המוצג - ת/3, ת/25, ת/32, ת/33, ת/35, ת/38). אכן, בת/38 צוין כי מספר השקית המאובטחת הוא k2043636, בשונה מהמספר שצוין ביתר הראיות שמתעדות את שרשרת העברת המוצג, שהוא k3043636. מדובר בשוני שמתבטא בספרה הראשונה של המספר. המאשימה הבהירה בסיכומיה כי מדובר בטעות סופר, והסבר זה מקובל עליי. מספר השקית המאובטחת (k3043636) אליה הוכנס האקדח, לפי דוחות הפעולה שנערכו על ידי השוטרים (ת/1 ו-ת/6), תואם את המספר שמופיע בתמונות השקית המצורפות לדוח מעבדת המז"פ (התמונות המצורפות ל-ת/38, עמ' 4, תמונה עליונה), מה שמסביר כי מדובר בטעות סופר בלבד.

23. אני קובע אפוא כי הנאשם הוא שהשליך את האקדח שנמצא בקרבת מקום במהלך נסיעתו בקטנוע.

24. השאלה הנוספת שיש להידרש אליה היא האם המאשימה הוכיחה שהאקדח אותו השליך הנאשם היה על גופו במהלך הנסיעה עובר להשלכתו? מחומר הראיות שהובא לפניי עולה כי קיים תרחיש אפשרי שאיננו בלתי סביר, לפיו האקדח לא היה על גופו של הנאשם עובר להשלכתו, למרות שהאקדח הושלך על ידו. לפני שנתייחס למסקנה זו, נייחד דיון מקדים קצר לשאלה, אם יש מקום לדון בתרחיש החלופי, מקום שהנאשם לא העיד להגנתו, ואף שתק בחקירותיו במשטרה?

תרחיש חלופי אפשרי



25. רף ההוכחה במשפט הפלילי מחייב את בית המשפט שלא להרשיע נאשם אם התעורר בעניינו ספק סביר המעוגן בחומר הראיות (ע"פ 511/21 פלוני נ' מדינת ישראל (22.2.2022) (להלן: עניין פלוני)). המלומדים דורון מנשה ואיל גרונר מציינים כי **"קביעת אשמתו של נאשם מותנית בכך שניתן, נוכח ראיות התומכות באשמתו, לדחות את כל השערות החפות כהשערות חפות בלתי סבירות. לעומת זאת, אם לפחות השערת חפות אחת היא סבירה, אזי יש לזכות את הנאשם"** (דורון מנשה ואיל גרונר מהות הספק הסביר במשפט הפלילי 94 (2017)). השערת חפות יכולה לעלות מגרסת ההגנה של הנאשם, ויכולה לעלות מחומר הראיות בלא קשר לגרסת ההגנה של הנאשם. יפים בהקשר זה הדברים הבאים שנאמרו בע"פ 8704/09 באשה נ' מדינת ישראל (11.11.2012) (להלן: עניין באשה):

"עיקרון יסודי הוא שהמשפט הפלילי איננו מתנהל סביב קו ההגנה של הנאשם. ניטול לדוגמא מצב בו הנאשם שותק, ואיננו מוסר קו הגנה כלשהו. זוהי כמובן זכותו. זכות זו - חובה בצידה: חובתה של התביעה להוכיח ברמה הנדרשת כי התקיימו כל יסודות העבירה הנטענת. שתיקתו של הנאשם איננה מיתרת את חובתה של התביעה לעמוד בנטל ההוכחה. גרסתו של הנאשם וקווי ההגנה שהוא מציג בבית המשפט אינן חזות הכול. השאלה המרכזית שעומדת למבחן היא האם עמדה התביעה בנטל ההוכחה מעבר לכל ספק סביר. זוהי תכליתו של המשפט הפלילי" (ההדגשות שלי - מ"ע).
וראו גם: ע"פ 91/4736 פטאיר נ' מדינת ישראל (25.4.1994); ע"פ 9613/04 בן סימון נ' מדינת ישראל (4.9.2006); ע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נו(5) (2002); ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (18.5.2011) (להלן: עניין קצב).

26. בפסיקת בית המשפט העליון נשמעו דעות שונות לגבי השאלה האם על בית המשפט מוטלת חובה לבחון קווי הגנה חלופיים, גם כאלה שלא הועלו על ידי הנאשם. בנסיבות העניין אינני רואה למצות את קשת הדעות, שכן התרחיש החלופי עולה מהראיות שהתביעה עצמה הניחה (ראו סקירה בעניין קצב, פסקאות 174-177). אך לאחרונה צוין בעניין פלוני כי **"מדובר בשאלה שנשמעו לגביה דעות שונות, בין השאר תוך מתן משקל לשאלות משנה, כגון: האם מדובר בראיות נסיבתיות או ישירות? מי העלה את הגרסה החלופית (הסניגור או הנאשם)? מהו מועד העלאת הגרסה החלופית? ועוד"** (עניין פלוני). יש אפוא בסיס לדעה כי גם אם בעת חקירתו במשטרה, או בעת עדותו בבית המשפט, הנאשם לא מעלה תרחיש חלופי לגרסת האשמה, בית המשפט לא ימנע מעצמו בחינת דבר קיומו של תרחיש חלופי שעולה מחומר הראיות, שבכוחו להטיל ספק בגרסת המאשימה, אך זאת רק כאשר התרחיש החלופי מעוגן בראיות באופן שסבירותו תעמוד במבחן המציאות (עניין באשה, פסק דינו של כב' השופט הנדל בעמ' 46-47; וראו גם לאחרונה: ע"פ 1464/21 קפוסטין נ' מדינת ישראל (11.9.2022) (להלן: עניין קפוסטין)).

27. בנסיבות שלפנינו, על אף שהנאשם לא העיד להגנתו ושמר על זכות השתיקה במסגרת חקירתו במשטרה, יש לבחון קיומו של תרחיש מזכה שעולה מחומר הראיות. נראה כי המקרה שלפנינו הוא מקרה קל יחסית משום שהתרחיש החלופי עולה באופן ברור מראיות התביעה ובפרט מעדותם של שאדי וג'ואד, שהם כאמור עמוד התווך של ראיות התביעה.

28. התרחיש החלופי בו מדובר הוא כי האקדח לא היה על גוף הנאשם במהלך הנסיעה אלא תחוב בחלק האחורי של גבו של מנסור, ובשלב מסוים הנאשם אחז באקדח והשליכו. במהלך החקירות הנגדיות שנערכו לעדי



המאשימה התייחס הסנגור בשאלותיו לאפשרות זו (ראו למשל חקירתו של השוטר ג'וני ג'האג'אה בעמ' 53 ש' 9-12). במסגרת סיכומיו לא פירט הנאשם את התרחיש האפשרי אך טען כך: **"מבחינה ראיתית...אין להסיק מסקנה אחת ויחידה אשר יהא בכוחה לקבוע חד משמעית כי אכן הנאשם בצע את העבירות המיוחסות לו, קיימים מספר תרחישים נוספים, סבירים והגיוניים אשר מנחים את הדעת כי קיים סיכוי טוב שאחר ביצע את העבירה מלבד הנאשם..."** (סעיף 21 לסיכומי הנאשם).

29. אכן, הנאשם לא טען מפורשות לגבי התרחיש הקונקרטי; אך מחומר הראיות עולה תרחיש אפשרי, לפיו עובר להשלכת האקדח על ידי הנאשם, האקדח לא היה מוחזק על גופו של הנאשם, כי אם על גופו של מנסור, שכאמור הוא זה שנהג על הקטנוע, ורכב לפני הנאשם. בשלב מסוים - כך לפי התרחיש - נטל הנאשם את האקדח לידי ו השליכו. תרחיש חלופי זה נתמך בראיות - ואף בעדותם של שאדי וג'ואד - ואינו בגדר אפשרות רחוקה ותיאורטית ((ראו גם: ע"פ 517/19 אבו עמאר נ' מדינת ישראל (6.7.2020); ע"פ 2460/15 ג'בארין נ' מדינת ישראל (4.5.2016)). להלן נפרט ראיות אלו.

האם הוכח שאקדח היה על גופו של הנאשם עובר לאחיזתו בו והשלכתו?

30. מעדויותיהם של שני העדים המרכזיים - שאדי וג'ואד, עולה כי קיים ספק מובנה לגבי השאלה היכן היה האקדח עובר להשלכתו על ידי הנאשם.

כך השתקפו הדברים בעדותו של שאדי:

"ש. אתה מאשר לי שהיה נהג ונוסע מאחורי הנהג.

ת. נכון.

ש. האם ראית איפה הידיים של הנגד בזמן הנסיעה אחריו.

ת. מן הסתם אם היה נוהג...

ש. לא מן הסתם.

ת. מן הסתם אם היה נוהג בכביש כזה הידיים שלו היו צריכים להיות על ההגה. אני לא

מכיר מישהו שנוסע בכביש כזה אם אין לך שתי ידיים על ההגה.

ש. אתה ראית את הידיים שלו על ההגה.

ת. עניתי לך.

ש. אם אני אומר לך שהנשק היה על הגב של הנהג. מאחורי גבו. מדגים. זה יכול

להיות.

ת. לא יודע.

ש. לפי תנועת היד שלו, הכניס לכיוון בטן התחתונה.

ש. לא ראית מקדימה איפה היד שלו הונחה.

ת. נכון.

ש. אז יכול להיות שזה היה מאחורי גבו של הנהג, מהרגל, לא יודע.

ת. יכול להיות. לא יודע להגיד לך חוץ ממה שאמרתי" (עמ' 26 ש' 35; עמ' 27 ש' 1-16).



(ההדגשות שלי - מ"ע).

גם מחקירתו הנגדית של ג'ואד עולה כי אין לשלול את התרחיש לפיו האקדח לא היה על גופו של הנאשם עובר לזריקתו:

**"ש. אתה לא יכול לאשר לי שיש סיכוי שהנשק נשלף למשל, או נלקח, מאחורה מהנהג?
ת. אני לא יכול להגיד לך את זה.
ש. את לא יכול לפוסל את זה.
ת. לא יודע.
ש. זה אפשרי?
ת. לא יודע. אני אומר לך מה שראיתי.
ש. אם לנהג יש אקדח פה, מאחורי גבו, הרוכב שמאחוריו יכול לקחת את האקדח משם ממנו.
ת. יכול להיות" (עמ' 14 ש' 27-34).**

31. מעדותם של שני השוטרים עולה כי קיים ספק סביר במידת ביטחונם לגבי העובדה כי האקדח היה על גופו של הנאשם לפני השלכתו, ועולה אפוא ספק אם האקדח הוחזק באזור פלג גופו הקדמי של הנאשם שרכב אחרי מנסור; או שמא בגבו או פלג גופו האחורי של מנסור שנהג בקטנוע והחזיק בידיו במוט הנהיגה. התרחיש השני, אינו בגדר מסקנה תיאורטית או מופרכת, אלא תרחיש חלופי סביר. תרחיש זה לא נשלל והוא אף מתיישב עם ראיות התביעה.

32. ראשית, התרחיש עולה מגרסתם של שאדי וג'ואד, שכאמור - גרסתם היא עמוד התווך של ראיות התביעה. שנית, התרחיש עשוי להתיישב עם יתר הראיות הקשורות בזירה. בעוד שהשוטרים יכלו לזהות את עצם השלכת האקדח על הנאשם; אופן רכיבת השניים - מנסור ומאחוריו הנאשם; ומיקום הניידת בזמן ההשלכה - מאחורי הקטנוע, זאת לצד יתר תנאי השטח, כל אלה לא מאפשרים זיהוי ודאי של המקום ממנו נשלף האקדח לפני שהושלך. מדוע אין זה סביר אפוא כי האקדח היה על גופו של מנסור ורק בעת מצוקה כשניידת המשטרה הייתה מאחורי הקטנוע, נשלף והושלך על ידי הנאשם? ודוק: בהינתן הקביעה שהנאשם השליך את האקדח, הרי משמעות קבלת התרחיש החלופי מציבה שתי אפשרויות סבירות בלבד שאין בילתן: האקדח היה על גופו של הנאשם או על גופו של מנסור. אין בחומר הראיות עיגון לאפשרות אחרת כגון שהאקדח היה מוסלק בתוך הקטנוע, זאת בשים לב לתנועת ההשלכה שתוארה על ידי השוטרים ומבנהו הפיזי של הקטנוע (וממילא תרחיש זה אין בו לשנות את התוצאה הסופית).

33. בסיכומיה טענה המאשימה כי בשתיקת הנאשם בחקירה ובסירובו להעיד בפרשת ההגנה, יש כדי לחזק את ראיות התביעה (סעיף 7 לסיכומי המאשימה). אכן, ברמת העיקרון שתיקת הנאשם במשטרה עשויה לחזק את ראיות התביעה, כך גם סירובו להעיד, אולם הדברים צריכים להיבחן על רקע הראיות שהמאשימה מניחה. התרחיש החלופי בענייננו עולה מהראיות שהמאשימה הביאה. ראיות אלו כוללות ספק מובנה לגבי השאלה אם האקדח היה על גופו של הנאשם עובר להשלכתו, לפיכך פעור בהן חלל ראייתי שמותיר ספק סביר אם האקדח היה על גופו של הנאשם. חלל זה אינו יכול להתמלא על ידי שתיקתו של הנאשם, בבחינת "אין הבור מתמלא מחוליתו" (תלמוד בבלי ברכות ג, ב). לפיכך,



אינני מקבל את טענת המאשימה כי שתיקת הנאשם יכולה לחזק את ראיותיה עד כה הסרת הספק בשאלה שהצבנו, בהינתן המארג הראייתי שהתביעה הניחה.

34. לאור האמור לעיל, אני קובע כי קיים ספק לגבי השאלה האם עובר להשלכת האקדח על ידי הנאשם, היה האקדח על גופו. בהמשך לכך, יש לקבל את התרחיש החלופי לפיו הנשק היה על גופו של מנסור, ובשלב מסוים הנאשם נטל את הנשק לידי ו השליכו. מנקודה זו, עלינו להוסיף ולדון בנפקותה של קביעה זו לגבי האישום המיוחס לנאשם. נקדים ונציין כי קביעות אלו אין בהן כדי להביא לזיכוי הנאשם מעבירת הנשק, שכן גם לפי התרחיש החלופי מתגבשת עבירת נשק, השאלה היחידה היא - איזו עבירה מתגבשת.

נשיאה או החזקה של נשק

35. המאשימה ייחסה לנאשם עבירה לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין. סעיף 144 לחוק העונשין מתייחס לשני סוגים של עבירות בנשק: הסוג הראשון מוסדר בס"ק (א), ולפיו: **"הרוכש או המחזיק נשק בלא רשות על פי דין להחזקתו, דינו - מאסר שבע שנים. אולם אם היה הנשק חלק, אבזר או תחמושת כאמור בסעיף קטן (ג)(1) או (2), דינו - מאסר שלוש שנים"** (ההדגשות שלי - מ"ע). במקרה שלפנינו נתמקד ביסוד ההחזקה שהוא הרלוונטי.

הסוג השני של עבירות הנשק מוסדר בס"ק (ב), ולפיו: **"הנושא או מוביל נשק בלא רשות על פי דין לנשיאתו או להובלתו, דינו - מאסר עשר שנים. אולם אם היה הנשק חלק, אבזר או תחמושת כאמור בסעיף קטן (ג)(1) או (2), דינו - מאסר שלוש שנים"** (ההדגשות שלי - מ"ע).

לנאשם מיוחסת עבירה הן לפי הרישא של סעיף 144(ב) והן לפי הסיפא של הסעיף, שכן הטענה היא כי הנאשם נשא והוביל הן נשק והן מחסנית.

36. לכלל העבירות המנויות בסעיף 144 לחוק העונשין יסודות עובדתיים משותפים. יסוד נסיבתי הדורש כי יהא מדובר בנשק כהגדרתו בסעיף 144(ג)(1) לחוק העונשין, ובמקרה שלפנינו יסוד זה אינו במחלוקת, וחוות דעת מעבדת הנשק - הוגשה בהסכמה (ת/39). יסוד נוסף הוא כי נשיאת או החזקת הנשק תהיה "בלא רשות על פי דין", וגם יסוד זה אינו במחלוקת. כמו כן, בשתי העבירות היסוד הנפשי כולל מודעות, כאשר לגבי עבירת נשיאת והובלת נשק המודעות היא כלפי טיב המעשה וטיב הנסיבות; ואילו לגבי עבירת החזקת נשק המודעות של המחזיק היא לשליטתו הפיסית על הדבר מושא ההחזקה, ולהיותה של שליטה זו ייחודית לו (ראו: ע"פ 8416/09 **מדינת ישראל נ' חרבוש**, סעיפים 17 ו-53 (9.6.2010) (להלן: עניין **חרבוש**)).

37. ההבדל בין שתי העבירות הוא באחד היסודות העובדתיים. העבירה הקבועה בסעיף 144(ב) עוסקת (בין היתר) במי שמחזיק נשק. נעיר בקצרה כי יש לפרש את הביטוי "החזיק" כמשמעותו בסעיף 34 כד לחוק העונשין, בכפוף לחזקת המקום שקבועה בסעיף 144(ד) (ראו לאחרונה: ע"פ 930/22 **ח'טיב נ' מדינת ישראל** (31.7.2022)). עיקרון "השליטה" הוא העומד במוקד יסוד "ההחזקה", ועיקרון זה מורכב מיסוד נפשי ומיסוד פסי (ע"פ 3487/12 **גזאונה נ'**



מדינת ישראל (4.311.2012); ע"פ 7282/08 אבו עמרה נ' מדינת ישראל (13.1.2010); ע"פ 250/84 הוכשט נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 811 (1985); ע"פ 4533/07 מדינת ישראל נ' אזרי (31.10.2007) ע"פ 611/80 מטוסיאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 85 (1981); ע"פ 1478/91 רובבשי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 829 (1992); ע"פ 1335/91 אבו פאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 120 (1992); ע"פ 4667/93 מיכאלשווילי נ' מדינת ישראל (9.6.1994); ע"פ 7362/01 סעד נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 241 (2002).

38. העבירה שקבועה בסעיף 144(ב) כוללת שתי חלופות: פעולה של "נשיאת" הנשק ופעולה של "הובלת" הנשק. יסודות אלו יש לפרש על פי משמעותם הלשונית, בשפת היום יום. חלופת ההובלה מתקיימת כאשר הנאשם מטלטל את הנשק ממקום למקום (יעקב קדמי **על הדין בפלילים חוק העונשין** חלק רביעי 1973 (2006) (להלן: **קדמי**)) ואילו פעולת הנשיאה, היא פעולה של החזקה על הגוף או בהישג היד באופן שניתן להשתמש בו מיד. מכאן, שמי שנושא או מוביל נשק הוא מחזיק בנשק, אך ההיפך לא נכון (**קדמי**, עמ' 1973; עניין **חרבוש**, פסקה 53). אין לכחד: הפרשנות הלשונית של הביטוי "נשא" לא יוצרת אבחנה ברורה בין פעולת הנשיאה לבין פעולת ההחזקה, והגבול בין שתי הפעולות לא ברור.

39. בעניין חרבוש נדון מקרה בו קבוצת אנשים שהתה בביתו של אחד לרגל ארוחה ולמקום הגיע אהרון שנשא עמו אקדח עם משתיק קול טעון במחסנית. בשלב זה החלה שרשרת התרחשויות שבסופה הונח האקדח מחוץ לחצר הבית, תוך שהוסלק בחבית. בית המשפט המחוזי הרשיע את אהרון וחלק מן הנוכחים בבית בנשיאת נשק לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין. בית המשפט העליון החליט לזכות את הנאשמים וקבע דברים אלו:

"בענייננו, היה אהרון היחיד שנשא את האקדח על גופו באופן פיסי והובילו אל מקום המחבוא שליד הגדר. הנאשמים האחרים לא נשאו, בשום שלב, את הנשק על גופם. אפשר אמנם שייטען כי הנשק היה בהישג ידם, שכן לכל אחד מהם היתה גישה אל הנשק אשר הוחבא, כאמור, ברשות הרבים. השקפתי שונה. העבירה של נשיאת נשק מתייחסת אל מי שזיקתו הפיסית אל הנשק הינה קרובה ומיידית, במובן זה שהוא עצמו נושא פיסית את הנשק או שהנשק מצוי תחת הישג ידו. ההסתפקות באפשרות אחרונה זו, המתייחסת למי שאינו נושא בנשק באופן פיסי אך הנשק נמצא בהישג ידו, איננה מבטלת את מרכיב הנשיאה, אלא רק מרחיבה אותו למצבים שאין ביניהם לבין נשיאה הבדל ממשי. אכן, עצם החזקתו הפיסית של הנשק טומנת בחובה מטען שלילי עצמאי, בהיותה חיונית לשם ביצוע הסופי של העבירה. הגם שכל נשיאת נשק מהווה גם החזקה שלו, המסקנה ההפוכה איננה הכרחית, ולא כל המחזיק בנשק גם נושא אותו. משכך, הגדיר המחוקק את הנשיאה כעבירה נפרדת, ובכך הגביר את המימד ההרתעתי הכרוך בה, ואף ייחד לה גמול עונשי פרטני. מי שזיקתו לנשק מתמצה בשליטה בו, אך הוא אינו נושא אותו פיסית, אינו מגלם בהתנהגותו את המטען השלילי האמור. בענייננו, כאמור, היה אהרון היחיד שנשא פיסית את האקדח. בהיעדר נשיאה פיסית על-ידי המעורבים האחרים, לא היה מקום להרשעתם בעבירה זו".

40. בע"פ 5927/11 הררי נ' מדינת ישראל (13.8.2012) (להלן: עניין **הררי**), נדונה פרשה מורכבת של



קשירת קשר לביצוע פשע ועבירות נוספות. העובדות הרלוונטיות לעניין עבירת הנשק בתמצית הן אלו: שלושה נאשמים וביניהם הררי ועידן הורשעו בהחזקת ונשיאת נשק, זאת לאחר שבקרבת ביתו של מי שהשלושה התכוונו לפגוע בו, ואילו הגיעו במספר הזדמנויות, נמצא אקדח מוסלק שעליו ממצאי דנ"א של יעיש - השלישי בחבורה. בית המשפט העליון הבחין בין עבירת ההחזקה ועבירת נשיאת והובלת נשק וציין דברים אלו:

"בנוגע לעבירת ההחזקה: הררי ועידן נכחו בזירה בה הוחבא אקדח, שעליו נמצא פרופיל DNA של מי שנמנה על בני החבורה אליה השתייכו - עובדה אשר בגינה ניתן לייחס להם החזקה קונסטרוקטיבית של הנכס. נוכחותם במקום מקימה נגדם חזקה, לפיה ידעו והסכימו להחזקתו של יעיש בנשק ולפיכך הם שותפים לה..."

בנוגע לעבירת הנשיאה דעתי שונה משל בית משפט קמא. כאמור, בפסיקה ובספרות נאמר, שהיסוד העובדתי בעבירה זו הוא עצם נשיאתו הפיסית של האקדח; זאת בניגוד לעבירת ההחזקה בו נודעת חשיבות לשליטה בנשק, ולא בהכרח לקרבה הפיסית והמיידיית אליו. הסיכון במעשה זה, שבגינו, בין היתר, ביקש המחוקק לייחד לו עבירה נפרדת וחמורה יותר הוא ברור - לנשיאה אופי מתמשך, גורם המגביר את פוטנציאל הסיכון לשימוש באקדח, וכן הדרישה לקרבה מיידיית, אשר אף היא מגבירה את הסיכון לשימוש בו..."

בענייננו בית משפט קמא קבע שלא הוכח שהררי ועידן אכן נשאו את האקדח למקום מחבואו, קביעה בה אינני סבור שיש להתערב. ומתיאור העובדות לא עולה שהררי ועידן הגיעו למצב בו היו קרובים לאקדח עד כדי שלא היה הבדל בין מצב זה לנשיאה פיסית ממשית. הקרבה המתוארת בדו"חות העוקבים היא של מכוניתו של הררי שחנתה כחמישה מטרים ממקום מחבואו של האקדח. סבורני, כי בכך לא התקיים בהררי ובעידן היסוד העובדתי של נשיאת האקדח".

41. בע"פ 11068/98 מדינת ישראל נ' סנקר (12.7.2010) נדון מקרה בו שלושה, ובכללם סנקר וגרלה נועדו במטרה לפגוע באדם אחר. השלושה נסעו ברכב, ארבו לאותו אדם, עברו לרכב גנוב והמשיכו במעקב אחריו. בשלב מסוים נעצרו השלושה ועל גופו של השלישי (שאינו סנקר וגרלה) נמצא אקדח וליד סנקר נמצא רובה. בית המשפט העליון אישר את הרשעתם של סנקר וגרלה בעבירה של נשיאת נשק, תוך שהוא דוחה את טענתם שלא הייתה להם השליטה הדרושה על מנת שיחשבו כמחזיקים בנשק, וציין דברים אלו:

"ובקיצור, יש לראות את סנקר וגרלה כמחזיקים בפועל או במשותף, ולמצער, יש לייחס לשניים החזקה קונסטרוקטיבית[...]. נזכיר כי השניים הורשעו בנשיאת נשק לפי סעיף 144(ב) שעניינו במי ש'נושא או מוביל נשק בלא רשות על פי דין לנשיאתו או להובלתו'. כל נשיאת נשק מהווה גם החזקה שלו, אך לא כל המחזיק בנשק גם נושא אותו והעבירה של נשיאת נשק דורשת קרבה מיידיית לנשק, אם בנשיאה פיסית של הנשק או שהנשק מצוי תחת ידו של המחזיק [...] במקרה דנן, הנשק היה בהישג ידם של המערערים כמתואר לעיל, ויש להותיר את ההרשעה בגין נשיאת נשק על כנה."

42. ובחזרה למקרה שלפנינו. אמנם, במישור העובדתי קבענו שנתר ספק לגבי השאלה אם האקדח היה על גופו



של הנאשם עובר להשלכתו. אך מהקביעה כי הנאשם השליך את האקדח, נגזרת המסקנה כי בשלב מסוים נטל הנאשם את האקדח מגופו של מנסור, בין ביוזמתו או לבקשת מנסור, אחז בו והשליך אותו לצד הדרך תוך כדי נסיעה. בכך שונות נסיבות מקרה זה מהנסיבות שנדונות בעניין חרבוש ובעניין הררי. ברור אפוא כי הנאשם החזיק בנשק גם אם החזקתו היא לפרק זמן מצומצם מזה שיוחס לו בכתב האישום, שכן לפי התרחיש החלופי הנאשם אחז בנשק בשלב כלשהו לאחר שהנאשם ומנסור הבחינו בניידת המשטרה מאחוריהם. לעמדת, החזקת הנאשם בנשק לא מתמצית בהחזקה גרידא, אלא יש לראות בו נדבך נוסף: נשיאת הנשק במובן סעיף 144(ב) לחוק העונשין.

43. ראשית, יש לבחון את סיטואציה במבט כולל: אין המדובר בהחזקה פסיבית של הנאשם, שהתבטא בשליטתו בנזק בלבד; החזקתו בנשק הייתה תוך כדי נסיעת הקטנוע, כשהנאשם ומנסור על האופנוע, ואף נמצאו כפפות על הקטנוע. שנית, אמנם החזקת הנאשם בנשק לא הייתה לפרק זמן ממושך, אולם פוטנציאל הסיכון לשימוש באקדח שטמון בהחזקת הנשק בנסיבות בהן הקטנוע נסע ומאחוריו דלקה ניידת משטרה - מוליך למסקנה כי העבירה ההולמת את הנסיבות היא העבירה של נשיאת נשק ולא החזקת נשק. בקביעה זו יש הלימה לתכלית האבחנה בין החלופה שבסעיף 144(א) לחלופה שבסעיף 144(ב) לחוק העונשין. שלישית, במקרה שלפנינו זיקת הנאשם לנשק לא התמצתה בקרבה מיידית, אלא שהוא אחז בנשק ממש וביצע בו פעולה אקטיבית - השליכו לשם הסתרתו.

44. אני סבור אפוא שיש להרשיע את הנאשם בעבירה לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין. כאמור, סעיף 144(ב) כולל שתי חלופות נשיאה והובלה של נשק, אולם החלופה ההולמת את הקביעות העובדתיות היא של נשיאת הנשק ולא הובלתו.

שיבוש מהלכי משפט

45. סעיף 244 לחוק העונשין קובע כי: **"העושה דבר בכוונה למנוע או להכשיל הליך שיפוטי או להביא לידי עיוות דין, בין בסיכול הזמנתו של עד, בין בהעלמת ראיות ובין בדרך אחרת, דינו-מאסר שלוש שנים; לעניין זה 'הליך שיפוטי'-לרבות חקירה פלילית והוצאה לפועל של הוראת בית משפט".**

46. עבירת שיבוש מהלכי היא עבירת התנהגות. היסוד העובדתי של עבירת שיבוש הליכי המשפט שבסעיף 244 לחוק העונשין כולל רכיב התנהגותי העוסק ב"עושה דבר" בכוונה למנוע או להכשיל הליך שיפוטי. הרכיב ההתנהגותי של "העושה דבר" מוגדר גם באופן רחב ביותר, כאשר מלבד הדוגמאות המובאות בסעיף עצמו מופיעה החלופה "ובין בדרך אחרת", אשר חלה על אין-ספור התנהגויות אפשריות (רע"פ 7153/99 **אלגד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(5) 729 (2001) (להלן: **עניין אלגד**)). כן כולל יסוד עובדתי זה רכיב נסיבתי בדבר היות ההליך מושא השיבוש "הליך שיפוטי". הרכיב הנסיבתי של "הליך שיפוטי" מוגדר בעבירה באופן רחב, ומתפרש, מלבד על שלב המשפט עצמו, גם על השלב המקדים של החקירה, וגם על השלב המאוחר לו. על פי הפסיקה, אין הכרח שההליך השיפוטי יהיה כבר תלוי ועומד בעת ביצוע המעשה, ודי שהנאשם ידע או האמין כי צפוי הליך שיפוטי (**עניין אלגד**). היסוד הנפשי של עבירת השיבוש דורש מודעות לטיבה של ההתנהגות המשבשת ולהתקיימותה של הנסיבה בדבר היותו של הליך "הליך שיפוטי". כן כולל יסוד זה דרישה ל"כוונה מיוחדת" לשבש הליכי משפט, אך לא נדרשת תוצאה של שיבוש ההליכים בפועל (ע"פ 8721/04 **אוחנה נ' מדינת ישראל** (17.6.2007); **עניין אלגד**)).



47. עבירת שיבוש מהלכי משפט אשר מיוחסת לנאשם הינה בביצוע שני מעשים: הראשון, המשך נסיעה על הקטנוע יחד עם מנסור, על אף ששוטרים בניידת משטרה כרזו לשניים לעצור בצד הדרך. השני, בעצם השלכת האקדח הטעון על ידי הנאשם לצד הדרך. לעמדתו, יש להרשיע את הנאשם בעבירה של שיבוש מהלכי משפט רק בזיקה למעשה השני - כלומר השלכת האקדח.

48. ניידת המשטרה נסעה מאחורי הקטנוע עם אורות כחולים מהבהבים, והנאשם ידע כי המשטרה מאחוריו. בשלב מסוים, הנאשם השליך את האקדח. נסיבות אלה מלמדות באופן ברור כי הנאשם היה מודע לניידת המשטרה, ומכאן שהוא השליך את האקדח כדי למנוע מהמשטרה לתפוס את האקדח על גופו או של מנסור, כלומר השליך את האקדח בכוונה למנוע או להכשיל הליך שיפוטי - ובכך למעשה הייתה לו כוונה מיוחדת להשגת המטרה.

49. אשר לשיבוש שהתבטא בהמשך נסיעת הקטנוע - הראיות שהובאו לפניי אכן מצביעות על כך שהנאשם המשיך בנסיעה על הקטנוע. עם זאת, אין להתעלם מכך שהנאשם לא נהג בקטנוע. בנסיבות אלו, על מנת שניתן יהיה להרשיע את הנאשם בעבירת השיבוש בגין המשך הנסיעה על הקטנוע, היה על המאשימה להוכיח כי לנאשם הייתה יכולת למנוע את הנסיעה וכי הנאשם לא עשה דבר על מנת למנוע את המשך נסיעת הקטנוע. אך תשתית שכזו לא הונחה לפניי ומסקנה זו לא ניתן להסיק באופן בלעדי מהראיות. יצוין כי מנסור לא העיד והודעותיו במשטרה הוגשו כראיה לעצם אמירתו בלבד.

סיכום ביניים

50. המסקנה העולה מהדיון עד כה היא כי אני מרשיע את הנאשם בעבירה של נשיאת נשק לפי סעיף 144(א) לחוק העונשין, וכן בעבירה בעבירת שיבוש מהלכי משפט לפי סעיף 244 לחוק העונשין, זאת ביחס למעשה השלכת האקדח.

51. כמו כן, ובהתאם להודאת הנאשם, אני מרשיע אותו בביצוע עבירה של הפרת הוראה חוקית לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין.

הגנה מן הצדק

52. נגד מנסור, נהג הקטנוע, לא הוגש כתב אישום בגין עבירות נשק (ובפניי אין שום אינדיקציה אם הוגש או קיימת כוונה להגיש נגדו כתב אישום בעבירה אחרת). על רקע זאת, טוען הנאשם כי עומדת לו הגנה מן הצדק, בשל טענה לאכיפה בררנית. בסיכומים חזר הנאשם על טענתו להגנה מן הצדק. הטענה קשורה לדיון בתרחיש החלופי וקביעתנו כי קיים ספק בשאלה אם הנאשם נשא והוביל את הנשק.

53. בפתח הדברים יובהר כי קביעתו של בית המשפט כי קיים תרחיש חלופי אפשרי לפיו האקדח לא היה על גופו של הנאשם אלא על גופו של מנסור, לא משמיעה את המסקנה כי הנשק אכן היה על גופו של מנסור. תהום פעורה בין



קיומו של תרחיש חלופי שיש בו כדי לעורר ספק לבין המסקנות ההוכחתיות הפוזיטיביות שניתן לחלץ מקביעה זו. קביעת קיומו של ספק סביר על בסיס תרחיש חלופי, אין משמעותה כי התרחיש החלופי הוכח; לא ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט פלילי ואף לא במאזן ההסתברויות. התרחיש החלופי אינו אלא ביטוי לקיומו של ספק סביר ולכן הוא לא חורג מגדרו של הספק הסביר.

54. באופן כללי יותר ניתן לומר כי הנאשם לא הניח תשתית ראיתית לקיומה של אכיפה בררנית, והעובדה כי הוא לא העיד להגנתו מוסיפה עמימות. יצוין כי בפסיקת בית המשפט העליון אין הכרעה בשאלת רף ההוכחה הנדרש להוכחת טענת הגנה מן הצדק. המלומד ישגב נקדימון סבור כי קיימות שתי תשובות אפשריות: האחת, אימוץ הכלל הנקוט לגבי חלק מן ההגנות בפלילים, שעל פיו על הטוען לקיום ההגנה לשכנע בכך את בית המשפט ברמה של הטיית מאזן ההסתברויות; השנייה, היא אימוץ רמת ההוכחה הנוגעת לסייגים לאחריות פלילית - ובמקרה זה אם התעורר ספק סביר לגבי קיומו של סייג והספק לא הוסר - יחול הסייג (ראו: ישגב נקדימון **הגנה מן הצדק** 428 (מהדורה שלישית, 2021)). במקרה שלפנינו, כאמור, לא הונחה כל תשתית ראיתית על ידי הנאשם לקיומה של אכיפה בררנית, כך שלא הוטל ספק לגבי קיום ההגנה מן הצדק, ובוודאי שהטענה לא הוכחה במאזן ההסתברויות. נעיר כי התשתית שהייתה עובר להגשת כתב האישום, היא כי השוטרים ראו את הנאשם משליך את האקדח; אם כי נזכיר כי לנאשם יוחסה עבירה של שיבוש מהלכי משפטי בכך שהקטנוע המשיך בנסיעה, וכזכור מי ששלט באופנוע ונהג בו היה מנסור.

55. כידוע, טענת ההגנה מן הצדק נועדה לחול במקרים שבהם הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית כפי שמורה סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. ההצדקה המרכזית לשימוש בה "**היא הרצון להבטיח כי רשויות החוק ינהגו באופן ראוי, כמתחייב ממעמדן כגוף שלטוני**" (ע"פ 4596/05 **רוזנשטיין נ' מדינת ישראל**, פ"ד ס(3) 353, 372 (2005)). לאחרונה התייחס בית המשפט העליון לדוקטרינת ההגנה מן הצדק באופן נרחב בדנ"פ 5387/20 **רותם נ' מדינת ישראל** (15.12.2021), בציינו כי: "**הגנה זו קמה לנאשם בעקבות הפרתה של אחת מזכויות היסוד שלו - כדוגמת הזכות לחירות, הזכות לשלמות גופנית, הזכות נגד עינויים והזכות להליך הוגן - על ידי אנשי שררה אשר אוכפים את הדין הפלילי מטעם המדינה [...]** הגנה כאמור קמה לנאשם גם מחמת אכיפה בררנית, אשר פוגעת באופן מהותי וממשי בזכותו לשוויון בפני החוק [...], וכן כאשר מוכח שכתב האישום הוגש נגדו מטעמים פסולים של רדיפה אישית, וכדומה - דבר שאף הוא מגיע כדי הפרת זכות חשובה: זכות הנאשם להליך הוגן [...]".

56. טענתו של הנאשם היא לאכיפה בררנית. הטענה היא לאכיפה מפלה בין חשוד אחד לאחר באותה פרשה ולא של אכיפה מפלה באופן כללי (ראו להרחבה: ע"פ 6328-12 **מדינת ישראל נ' פרץ** (10.9.2013); ע"פ 5975/14 **אגבריה נ' מדינת ישראל** (31.12.2015)).

57. אינני רואה להרחיב לגבי השלבים לבחינתה של טענה להגנה מן הצדק, שכן דין הטענה להידחות מן היסוד. טענתו של הנאשם לאכיפה בררנית, מהולה בניצול לרעה של הטענה. האפשרות היחידה שהייתה בפני המשטרה לחלץ ראיות לגבי השאלה מי נשא והוביל את האקדח - הייתה הנאשם או מנסור. הנאשם שתק לכל אורך חקירתו במשטרה ולא טען כי מנסור הוא שהחזיק את האקדח על גופו. הנאשם גם לא העיד בפרשת ההגנה ואף בסיכומיו הסתפק בטענה



כללית לפיה יש תרחיש חפות אפשרי - כי "אחר" ביצע את העבירה. להתנהלות זו של הנאשם יש ביטוי במישור הראייתי, ולצד זאת יש לה מחיר מהותי במישור הטענה של הגנה מן הצדק. הנאשם לא יכול לטעון שהמאשימה נהגה באכיפה בררנית, כאשר מי שהכשיל את האכיפה השוויונית (מנקודת ראותו) הוא עצמו. יש לזכור כי הראיות שעל בסיסן הוגש כתב האישום היו בעיקר עדויות השוטרים שראו את הנאשם משליך את האקדח ומציאת האקדח. העובדה כי התעורר ספק בשאלה מי נשא והוביל את האקדח, לא מלמדת כי ההחלטה להגיש את כתב האישום נגד הנאשם לקחה בשרירות או באכיפה בררנית.

בע"פ 2648/18 פלוני נ' מדינת ישראל (19.3.2020), צוינו, בהקשר דומה, דברים אלו:

"[...] אם התנהלות הנאשם במהלך חקירתו או משפטו תרמה ליצירת הפגם בפעולת הרשויות, למשל העלאת טענה עובדתית לא נכונה או לא מלאה אשר יש בה כדי להצדיק הבדל בהליכי אכיפה בינו למעורבים אחרים, יהיה בכך כדי להשפיע על הדיון בטענת הגנה מן הצדק. בנסיבות אלו התנהלות הנאשם משפיעה על בחינת הטענות בדבר התנהלות הרשות ואינה חיצונית לבחינה זו. אולם חשוב להדגיש כי הדבר תלוי בנסיבות כל מקרה ומקרה, ובעיקר בקשר בין מעשי הנאשם לפגם הנטען שביסוד טענת ההגנה מן הצדק".

סיכומים

58. הנאשם טוען כי בוצע מרדף לא חוקי אחרי הקטנוע, אשר סיכן את חייהם של הנאשם ומנסור. איני סבור כי יש ממש בטענת הנאשם.

מקור טענת הסנגור הוא בכך כי לשם ביצוע מרדף נדרשים אישורים מיוחדים על ידי גורמי המשטרה המוסמכים ואישורים לא ניתנו. אין חולק כי לא ניתן אישור לבצע מרדף על ידי השוטרים (ראו עדות השוטר גבאי, עמ' 73 ש' 6). ואולם, כלל לא הוכח כי נסיעת השוטרים אחרי הקטנוע הייתה בגדר "מרדף" כמשמעותו בהוראות הנוהל של המשטרה, ואף ההוראות עצמן לא הוצגו כראיה (אמנם השוטר שאדי השתמש בביטוי "מרדף", אך עדיין אין בכך כדי ללמד שבוצע מרדף כהגדרתו הנורמטיבית להבדיל ממשמעותו הלשונית). על כן, לא ברור כיצד על בית המשפט להידרש לשאלה האם בוצע מרדף אם לאו. מעבר לנדרש יצוין כי הנסיעה אחרי הקטנוע הייתה למרחק קצר של כ-100-200 מטרים (עמ' 73 ש' 6), במהירות שלא עלתה על 60 קמ"ש (עמ' 23 ש' 10), ונמשכה לא יותר מ-3-5 דקות (עמ' 23 ש' 16). בנסיבות אלו, קשה לקבל את טענה הנאשם אשר משמעותה כי על השוטרים לקפוא במקום, לאפשר לקטנוע להמשיך בנסיעתו, ובמקביל להתקשר לממונים ולהחל בסבב אישורים לביצוע מרדף.

59. הנאשם טען לשורה של מחדלי חקירה ופעולות שלא בוצעו, אך אינני סבור כי יש בטענות הנאשם כדי לשנות מהתוצאה. בפסיקה נקבע לא אחת כי היעדרה של ראיה שמקורה במחדלי רשויות החקירה, ייזקף, אמנם, לחובתה של התביעה עת תידון השאלה האם הרימה את נטל ההוכחה המוטל עליה, אולם אין לומר כי מחדלי חקירה בהכרח יובילו



לזיכוי של הנאשם. נפקותו של המחדל תלויה בנסיבות המיוחדות של העניין הנדון, ובפרט בשאלה האם מדובר במחדל כה חמור עד כי יש חשש שמא קופחה הגנתו של הנאשם באופן שהתקשה להתמודד עם חומר הראיות שמפלילו (ע"פ 1977/05 **גולה נ' מדינת ישראל** (2.11.2006) והאסמכתאות המופיעות שם; עניין **קפוסטין**). כן נקבע בפסיקה כי במשפט פלילי השאלה שבפני בית המשפט היא, לא אם אפשר וראוי היה לעשות עוד צעדי חקירה אלה או אחרים, אלא אם יש די ראיות המוכיחות את האישום מעבר לספק סביר (ע"פ 5741/98 **עלי נ' מדינת ישראל** (10.6.1999)).

60. באופן פרטני, הנאשם טוען כי לא נבדקו מצלמות בסביבת זירת האירוע מושא האישום, מלבד מצלמות העירייה. אכן, כעולה מעדותו של השוטר סאמר אבו חלא, נבדקו מצלמות של מרכז הבקרה של העירייה. העד הסביר בחקירתו הנגדית כי התמקד בזירת האירוע (עמ' 5 ש' 15). בחקירתו הנגדית נשאל העד מדוע לא בדק מצלמות אבטחה נוספות בכניסה למצפה אביב או לטמרה (המקומות ששוכנים בסמוך למקום האירוע). לא ברורה טענת הנאשם לגבי בדיקת מצלמות אבטחה במקומות אלו, שכן הם אין מדובר במקומות בהם אירע האירוע מושא האישום, ולא נטען על ידי הנאשם כי במקום האירוע עצמו קיימות מצלמות אבטחה שלא נבדקו. מכאן שאין מדובר במחדל כלל.

61. הנאשם טוען בסיכומיו כי לא נמצאו טביעות אצבע על האקדח, כי היחידה החוקרת נמנעה מעריכת בדיקת מתכות (פרו-פרינט) לנאשם, וכן נמנעה מעריכת בדיקת שרידי ירי. לנושא אי-מציאת טביעות האצבע כבר התייחסנו בגוף הכרעת הדין ואין צורך לחזור על הדברים. לגבי בדיקת שרידי הירי, בשים לב לאישום המיוחס לנאשם לא ברור מה הצורך בעריכת בדיקות מסוג זה. לגבי בדיקה הפרה פרינט - מצבור הראיות לא מותיר מקום לספק שהנאשם השליך את האקדח.

62. הנאשם טוען כי סמוך לאחר עצירת הקטנוע, בוצע חיפוש על הקטנוע ועל גופם של הנאשם ומנסור, ולטענתו כלל לא ברור אם חיפוש זה בוצע בהתאם להוראות הדין. לא ברור מה התוחלת של טענה זו, שכן בחיפוש שבוצע לא נמצא או נתפס שום חפץ (!) - כך שנפקות חוקיותו אינה משליכה על ראיה כלשהיא. ויובהר - אין קשר בין מציאת האקדח בצד הדרך לבין החיפוש שנערך. האקדח נמצא לאחר שהשוטרים שאדי וג'ואד ראו את הנאשם משליך את האקדח, ערכו חיפוש בשטח ומצאו אקדח.

סוף דבר

63. התוצאה היא שאני מרשיע את הנאשם בעבירות הבאות: נשיאת נשק לפי סעיף 144(ב) (רישא וסיפא) לחוק העונשין; שיבוש מהלכי משפט לפי סעיף 244 לחוק העונשין; והפרת הוראה חוקית לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין.

ניתנה היום, י"ט אלול תשפ"ב, 15 ספטמבר 2022, במעמד הנאשם וב"כ הצדדים.