



## בבית המשפט העליון

דנ"פ 5343/10

בפני :

כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין

העותרים :

1. שגיב טיירי
2. דרור מילשטיין
3. עמיר מולנר
4. לירון טיירי

נ ג ד

המשיבה :

מדינת ישראל

עתירה לקיום דיון נוסף בפסק-דין של בית-המשפט  
העליון מיום 9.6.10 בע"פ 8416/09, בע"פ 8435/09 ובע"פ  
9300/09 שניתן על-ידי כבוד הנשיאה ד' ביניש והשופטים  
א' גרוניס וע' פוגלמן

בשם העותרים :

עו"ד אהוד דגן

בשם המשיבה :

עו"ד ד"ר אהוד גורדון

## החלטה

1. זוהי עתירה לקיים דיון נוסף בפסק-דינו של בית המשפט העליון בע"פ 8416/09 ובערעורים הקשורים אליו (כבוד הנשיאה ד' ביניש וכבוד השופטים א' גרוניס וע' פוגלמן). בפסק-הדין נדחה ערעורם של העותרים 1-3 על הרשעתם בעבירה של החזקת נשק ובעבירות נוספות והתקבל ערעורה של המשיבה על זיכוי של העותר .4

2. הרשעתם של העותרים, כמו גם של מספר נאשמים נוספים שאינם צד לעתירה זו (להלן, במובחן מן העותרים: הנאשמים), התבססה בעיקרה על סרט וידאו המתעד את התנהגותם בביתו של אחד מן הנאשמים (המכונה בפסק-הדין אלי), בעת שנאשם אחר (המכונה בפסק-הדין אהרון) עסק בהסלקת אקדח טעון שעליו הותקן משתיק קול. בסרט נראה אהרון כשהוא מסתיר את האקדח בתוך ג'ריקן (שנחתך לצורך כך) ומניח אותו מחוץ לחצר ביתו של אלי, בסמוך לגדר. העותרים והנאשמים האחרים נראים בסרט כשהם נעים בחצר הבית, משוחחים זה עם זה ומחווים תנועות זה לזה. עיקר המחלוקת בין הצדדים במישור העובדתי נגעה לפרשנות שיש להעניק להתנהגות העותרים כפי שהיא נצפית בסרט הווידאו. בחקירתם במשטרה בחרו העותרים לשמור על שתיקה והגרסה שמסרו בעדותם בבית המשפט נמצאה כבלתי מהימנה. עם זאת, העותרים 3-1 הודו בעדותם כי בשלב מסוים היו מודעים להימצאותו של האקדח בזירה ובית המשפט קיבל הודאה זו באופן חלקי – לעניין עצם הידיעה בלבד ולא לעניין מועד הידיעה (וזאת תוך הסתמכות על הלכת "שטר ושוברו בצידו"). לאור כל אלה, ולאחר שבחן בית המשפט המחוזי את התנהגות העותרים בסרט הווידאו, ואף הזהיר עצמו כי עשוי להתקיים ספק סביר בנוגע להרשעתו של נאשם אף כאשר גרסתו כשלעצמה נמצאה בלתי מהימנה, קיבל בית המשפט המחוזי את גרסת התביעה בנוגע לעותרים 3-1, וקבע כי הוכחה שליטתם בפועל באקדח ומודעותם לשליטה זו. העותר 4 זוכה מחמת הספק.

3. העותרים 3-1 ערערו על הרשעתם לבית המשפט העליון והמשיבה ערערה על זיכוי של העותר 4 (ערעורים הוגשו גם מטעם נאשמים אחרים ועל זיכויים של נאשמים אחרים – אולם אלה אינם צדדים לעתירה זו). בערעורם טענו העותרים 3-1 כי הרשעתם אינה המסקנה האפשרית היחידה מן העובדות שהוכחו וכי נותר ספק סביר באשר לאשמים. כמו-כן הם טענו כי מבחינה משפטית המעשים שנצפים בסרט הווידאו אינם מגבשים את יסודות העבירות שבהן הואשמו, ובפרט אינם מגבשים "שליטה" באקדח, כנדרש לצורך ההרשעה בעבירת ההחזקה, ואינם מגבשים את היסוד הנפשי של העבירה.

4. בית המשפט העליון סקר בהרחבה את הפסיקה הנוגעת לעבירות החזקה, וראה להדגיש כי זו הכירה בשתי אפשרויות עיקריות להתקיימות "החזקה", לפי הגדרתה בסעיף 34 כד לחוק העונשין, התשל"ז-1977. האפשרות הראשונה, המכונה "החזקה פיסית" או "החזקה ממשית", מתגבשת כאשר נתונה לאדם שליטה בנכס. על-מנת שתתקיים שליטה, כך נקבע, "די בכך שלאותו אדם נתונה היכולת, על-פי מהלך העניינים הטבעי והרגיל, להגיע לעשייה פיסית בחפץ או לקבוע את גורלו הפיסי" (פס')

16 לפסק-הדין), ואין נדרש כי החפץ יימצא בידיו של המחזיק. במסגרת החזקה הפיסית, קיימת אפשרות כי חפץ יוחזק "בצוואת" על-ידי קבוצה של אנשים. האפשרות השנייה להתקיימות "החזקה" מכונה "החזקה קונסטרוקטיבית", שהיא למעשה החזקה עקיפה. לפי אפשרות זו אדם ייחשב למחזיק אם הוא מודע לכך שאחר, בן אותה חבורה, מחזיק בחפץ החזקה פיסית-ממשית, ונתן לכך את הסכמתו. ואולם – אין די בכך שאותה "הסכמה" תתמצה בנכונות להחזקה על-ידי אחר ונדרש כי תתקיים גם זיקה מוקדמת כלשהי בין המחזיק הישיר לבין המחזיק העקיף.

לאחר סקירה זו של ההלכות המשפטיות הרלוונטיות, נפנה בית המשפט לדון בטענות שהועלו בערעורים לגופן. בית המשפט העליון בחן בפרוטרוט את התנהגות העותרים בסרט הווידאו, את משמעות שתיקתם בחקירה במשטרה ואת הגרסה שמסרו בעדותם בבית המשפט. לאחר בחינה זו הגיע בית המשפט למסקנה כי התנהגות העותרים מגבשת החזקה פיסית-ממשית של האקדח וכי העותרים היו מודעים להחזקתו. משכך, בית המשפט העליון קבע כי הרשעת העותרים 1-3 הייתה כדין וכי לא היה מקום לזכות את העותר 4.

5. במרכז העתירה לדיון נוסף עומדת טענת העותרים כי בפסק-הדין נקבעו הלכות חדשות לגבי עבירות החזקה. העותרים סבורים כי כאשר חפץ אסור אינו נמצא בידיו של אדם מבחינה פיזית, לא די בכך שהאדם יודע על מקום הימצאו של החפץ על-מנת שתגבש שליטה בו, ונדרש בנוסף כי תתקיים זיקה כלשהי בין האדם לבין החפץ. העותרים טוענים עוד כי הקביעה בפסק-הדין, לפיה תיתכן שליטה על דרך מחדל, לוקה בקושי הגיוני פנימי. זאת שכן בפסק-הדין נקבע כי שליטה במחדל תתגבש רק אם אדם לא התנער ממעמדו כבעל שליטה "בטרם יגיע להשלמה תחילית של השליטה בו". הכיצד – שואלים העותרים – יכול אדם להיות במעמד של "בעל שליטה" בטרם יגיע להשלמה תחילית של השליטה? טענה נוספת שהעותרים מעלים לעניין השליטה במחדל היא כי סעיף 18 לחוק העונשין מגדיר "מחדל" כ"הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין". לעמדת העותרים, אין כל דין המחייבם להתנער באופן אקטיבי משליטה בנשק. לבסוף, העותרים טוענים כי נקבע בפסק-הדין שיסוד נפשי של מודעות למקום הימצאו הפיסי של החפץ, או הסכמה לכך שהחפץ יימצא בהחזקתו של אחר, מספיק לצורך הרשעה בעבירת החזקה, בעוד שההלכה הנוהגת היא שנדרשת מודעות לשליטה או רצון בשליטה.

העותרים סבורים כי בפסק-הדין נקבעה הלכה חדשה גם ביחס לשימוש בראיות נסיבתיות. לעניין זה העותרים סבורים כי בית המשפט ייחס יתר חשיבות לשאלת

מהימנות עדויותיהם של העותרים ושל הנאשמים האחרים, ואת שחסר בראיות התביעה השלים בית המשפט באמצעות שלילת מהימנות עדויות העותרים והנאשמים. בכך, טוענים העותרים, לא הבחין בית המשפט בין מהימנות גרסתם לבין היתכנותה; לעמדתם, מציאת גרסתם כבלתי מהימנה אינה שוללת את היתכנותה. העותרים מתייחסים גם לשימוש שעשה בית המשפט בהלכה הידועה כ"שטר ושוברו בצידו". הלכה זו מתייחסת למצב שבו נאשם מודה בחלק מן העובדות המקימות את העבירה, אולם מציג הסבר לעובדות אלה, עובדות נוספות או טיעון משפטי שיש בהם – אם יתקבלו – כדי לזכותו. אם גרסתו נמצאת כבלתי מהימנה בחלקה המזכה, אין מניעה כי בית המשפט ייתן משקל בכל זאת לחלקה המרשיע. העותרים טוענים כי הלכה זו חלה רק כאשר קיימת ראיה עצמאית הסותרת את גרסת הנאשם. במקרה זה, טוענים העותרים, ראיה כזו אינה קיימת ולא ניתן היה לעשות שימוש בהלכת "שטר ושוברו בצידו" על-מנת לקבוע כממצא עובדתי שהעותרים 1-3 ידעו על הימצאות האקדח בזירה.

6. המשיבה, מנגד, סבורה כי פסק-הדין התמקד במחלוקת העובדתית שבין הצדדים, תוך יישום הדין הקיים על העובדות שנקבעו. לעמדתה, בית המשפט לא קבע הלכות חדשניות לגבי הוכחת היסוד העובדתי או הנפשי של עבירות החזקה; משאין מחלוקת כי האקדח לא נמצא בידי העותרים פיסית, הושם הדגש בפסק-הדין על שאלת קיומו של פוטנציאל עשייה בו ועל קיומה של מודעות לשליטה באקדח. המשיבה מדגישה כי הרשעת העותרים לא התבססה אך על ידיעתם אודות הימצאות האקדח בזירה, אלא על נוכחותם ב"זירה פעילה וקטנה", על הפעולות שעשו בזירה זו, כפי שאלה תועדו בסרט הווידאו ועל הודאתם של חלק מן העותרים כי ידעו על האקדח. המשיבה מוסיפה וטוענת כי קביעת בית המשפט לפיה ניתן להחזיק נשק גם במחדל אף היא אינה מקימה בסיס לקיום דיון נוסף. לעמדתה, אין כל חדש בקביעת בית המשפט לפיה "השליטה עשויה להתבטא אף בהתנהגות פאסיבית בלבד" (פס' 20 לפסק-הדין), ובכל מקרה קביעה זו אינה עומדת במרכז פסק-הדין והיא הוזכרה רק במסגרת שאלת פרק זמן השליטה הדרוש להקמת החזקה. יתרה מכך, עמדת המשיבה היא כי עבירה האוסרת על החזקת חפץ מסוים, היא עצמה מקור החובה למי ששליטה באותו חפץ מצויה בידי לנקוט פעולה להפסקת שליטתו – ומשכך מתקיימת הגדרת המחדל בסעיף 18 לחוק העונשין.

לעניין ההבחנה בין מהימנות גרסה לבין היתכנותה סבירה המשיבה כי משלא נדון עניין זה בפסק-הדין, הרי שממילא לא נקבעה לגביו כל הלכה חדשנית. בנוסף, המשיבה אינה חולקת על קיומה של הבחנה זו בדין ולעמדתה פסק-הדין אף מיישם

אותה בכך שהרשעתם של העותרים לא התבססה אך על קביעות המהימנות לגבי עדויותיהם אלא גם על הקביעה כי תרחישים מזכים במקרה זה אינם אפשריים. המשיבה סבורה גם טענות העותרות לגבי הלכת "שטר ושוברו בצידו" הינן שגויות. לעמדתה, לא נדרשת ראייה חיצונית המפריכה את גרסת הנאשם לשם שימוש בהלכה זו, וגם בעבר נעשה בה שימוש מקום בו גרסת הנאשם נדחתה בשל פגמים פנימיים בה (ראו למשל ע"פ 23/58 בייטנר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יב 537 (1958)).

7. בחינת טענותיהם של העותרים מעלה כי אין עילה להורות על קיום דיון נוסף במקרה זה. הליך הדיון הנוסף הוא, כידוע, הליך נדיר, השמור למקרים יוצאי דופן וספורים, שבהם "ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון" או שיש לקיים בה דיון נוסף מפאת "חשיבותה, קשיותה או חידושה" (סעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984). הווה אומר, מהותו של הליך זה היא ליבון הלכה משפטית הצריכה הכרעה של בית המשפט העליון בהרכב של מורחב של שופטים, ולא אופן יישומן של הלכות על עובדות המקרה המסוים. במקרה זה, כפי שיפורט, פסק-הדין לא חרג מן ההלכות המשפטיות הקיימות ולא קבע הלכה חדשה.

בניגוד לטענת העותרים, בית המשפט לא קבע כי די בידיעתו של אדם על מקום הימצאו של חפץ אסור על-מנת שתתגבש שליטה באותו חפץ; יכול שאדם יידע את מיקומו של החפץ, אך ייבצר ממנו להגיע לעשייה פיסית בחפץ. כך לדוגמה, כאשר אדם יודע שחפץ מסוים נמצא בכספת נעולה, אך בידו המפתח. אמנם, בית המשפט לא קבע כי נדרשת זיקה כלשהי בין האדם לחפץ (מעבר לזיקת השליטה) – אולם בכך אין כל חדש. בית המשפט קבע, כממצא עובדתי, כי העותרים ידעו על מקום הימצאו של החפץ, ויכלו לפעול בו. כך למשל, נכתב כי האקדח היה "ברשותם של אלה אשר ידעו אודות מקום הימצאו ויכלו להפעיל את שליטתם לגביו" וכי "הכמנת הנשק ברשות הרבים... בידלה בין מי שידעו על אודות מקום הימצאו של הנשק לבין כולי עלמא שלא ידעו על אודותיו, ובכך העניקה לכל אחד מבין הגורמים, בצוותא או בנפרד, את יכולת השליטה עליו" (פס' 22 לפסק-הדין).

גם לעניין היסוד הנפשי הנדרש לא חרג בית המשפט מן ההלכות הקיימות. מודעותם של העותרים נקבעה ביחס ליסוד השליטה ולא ביחס למקום הימצאות האקדח בלבד. יתירה מכך, בנסיבות מקרה זה, שבו הוכמן נשק באופן שמאפשר למי שידע על מקום הימצאו, ורק לו, גישה ושליטה בנשק – מודעות למקומו של הנשק המוכמן היא למעשה מודעות לשליטה בו. דינן של טענות העותרים לעניין החזקה

במחדל להידחות אף הן. "הכשל הלוגי" עליו מצביעים העותרים אינו כשל אמיתי; ברי כי שליטה פאסיבית שנמשכה פרק זמן קצר ביותר, ושממנה מיהר המחזיק להתנער, אינה "שליטה" של ממש במובנה המשפטי. אף כי הפרט נדרש לנקוט פעולה אקטיבית על-מנת שלא להימצא בעמדה של שליטה על חפץ שקיים איסור פלילי על החזקתו, יש להותיר בידו זמן תגובה מינימאלי, לפי נסיבות העניין, לשם נקיטת הפעולה. רק לאחר שחלף זמן זה ייאמר כי התגבשה שליטה פאסיבית אצל אותו אדם. אף אין לומר כי החזקת נשק במחדל אינה מקיימת את היסוד העובדתי של עבירת ההחזקה. הדין האוסר על ההחזקה הוא עבירת ההחזקה עצמה.

8. אכן נכונה הטענה כי לא די בדחיית גרסתו של נאשם כבלתי מהימנה על-מנת להרשיעו. על-מנת לשלול קיומו של ספק סביר, על בית המשפט לבחון גם את היתכנות גרסתו, ואף את היתכנותם של תרחישים מזכים אחרים. ואולם – כך בדיוק נעשה במקרה זה. בית המשפט מצא כי לא ניתן לפרש את התנהגות העותרים בסרט הווידאו באופן שאינו מקים עבירה, וזאת בראש ובראשונה לאור טיב ההתנהגות הנצפית והודאות חלק מן הנוכחים בסרט כי ידעו על הימצאותו של האקדח, ולא רק משום שגרסאות העותרים נמצאו בלתי מהימנות. בהקשר זה ראוי לציין כי בית המשפט המחוזי אף הדגיש כלל זה בפסק-דינו:

משגרסאות הנאשמים נדחו... עדיין שומה עלי לבחון  
בזהירות האם המסקנה שצויינה לעיל [היא המסקנה  
בדבר שליטת הנאשמים באקדח – א' ר'] הינה חד-  
משמעית, מסקנה הגיונית אחת ויחידה או שמא יכול  
וקיים הסבר אחר לנוכחות 'הפעילה' של כל אחד  
מהנאשמים בזירת העבירה (ת"פ (מחוזי ת"א)  
40259/08 מדינת ישראל נ' מולנר (טרם פורסם,  
7.9.2009)).

לבסוף, אין מקום לקבל את הטענה כי בית המשפט הפעיל את הלכת "שטר ושוברו בצידו" באופן חריג. אכן, כפי שציינה המשיבה, הלכה זו הופעלה מאז ומתמיד כאשר גרסת הנאשם נמצאה כבלתי מהימנה בפני עצמה (וראו פס' 28 לפסק-הדין וההפניות שם). טענת העותרים 1-3 שלפיה ידעו על האקדח, אך רק בשלב מאוחר, נמצאה כבלתי מהימנה לאחר שבית המשפט הסיק מסרט הווידאו כי תרחיש כזה אינו הגיוני. במצב כזה אין מניעה כי בית המשפט יקבל בכל זאת את ההודאה כי העותרים 1-3 ידעו על האקדח.

סופו של דבר, לא קמה עילה לקיום דיון נוסף בפסק-הדין של בית המשפט  
העליון, ומכאן שהעתירה נדחת.

ניתנה היום, א' בכסלו התשע"א (8.11.2010).

המשנה-לנשיאה