

עמ"ת 24117/11/14 - שחר בר (לשעבר בן קליפה) נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה

עמ"ת 24117-11-14 בר (עציר) נ' מדינת ישראל
בפני כב' השופטת תמר נאות פרי
העורר שחר בר (לשעבר בן קליפה) (עציר)
נגד
המשיבה מדינת ישראל

החלטה

ערר על החלטת בית המשפט השלום בקריות (כב' השופטת שלאעטה חלאילה) מיום 6.11.2014, במ"ת 42051-10-14, אשר במסגרתה הורתה כב' השופטת כי קיימות ראיות לכאורה לגבי האשמה המיוחסת לעורר והורתה על הכנת תסקיר מעצר בעניינו עובר למתן החלטה סופית בבקשה למעצרו עד תום ההליכים.

רקע כללי -

1. האירועים הרלבנטיים היו כדלקמן: כנגד העורר התנהלה במשך תקופת מה חקירה סמויה בחשד למעורבותו בסחר בסמים או באחזקת סמים שלא לשימוש עצמי. החקירה כללה, בין היתר, מעקבים והאזנות סתר (לאחר הוצאת היתר כדין). השיחות שלהם האזינה היחידה החוקרת היו בין העורר לבין כמה אחרים. ביום 13.10.2014 הגיע מידע לגבי כוונתו של העורר לסוּע עם אחר לטבריה. קצין החקירות הרלבנטי החליט שיש לבצע חיפוש ברכב ואולי אף מעצר. בהתאם, ביום זה, 13.10.2014 בשעה 23:00 לערך, כאשר הגיע העורר יחד עם האחר לטבריה, ברכב מסוג פולסווגן פולו (להלן: "הרכב"), השוטרים עצרו את הרכב, חיפשו בו ולא מצאו דבר. במעמד זה, אף נשאל העורר אם "יש עליו משהו שלא אמור להיות עליו", והשיב שיש עליו "שש פיתות". בחיפוש שבוצע עקב כך בבגדיו, נמצאו בתחתוניו שש אריזות המכילות סם מסוכן מסוג חשיש, במשקל נטו של 556 גרם לערך (להלן: "הסמים").
2. על רקע האמור - הוגש כנגד העורר כתב אישום המייחס לו עבירה של החזקת סמים שלא לשימוש עצמי, ובמקביל, הוגשה הבקשה למעצרו עד תום ההליכים.
3. בדיונים שהתקיימו בבהמ"ש קמא בבקשת המעצר טען העורר שהחיפוש אשר במהלכו נתפסו הסמים היה בלתי חוקי, מחמת כמה סיבות: האחת, הוא בוצע ללא צו שיפוטי; השניה, הוא בוצע ללא הסכמת העורר; והשלישית - הוא בוצע ללא שהתקיים חשד סביר כנגד העורר שהצדיק את ביצועו - תוך הפנייה להלכה שנפסקה ברע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (6.3.2012) (להלן: "הלכת בן חיים"). עוד נטען כי ככל שהחשד הסביר נעוץ במידע שעולה מתוך דוחות העיקוב או מהאזנות הסתר עובר למעצר - אזי שהיה צריך להעביר את כל המידע לעיון הסניגור, וכיון שהוא לא הועבר לעיון ההגנה (להלן: "החומר החסוי") - לא ניתן לבסס עליו בקשה למעצר עד תום ההליכים ואסור היה לבית המשפט קמא לעיין בחומר או להתייחס אליו בהחלטתו. עוד נטען כי הסמים שנתפסו היו לשימוש עצמי וכי קיימים מחדלי חקירה לגבי האפשרות שאכן המדובר בצריכה

עצמית (כגון, אי מיצוי החקירה לגבי טענת העורר לפיה יש בידי את האמצעים הכלכליים לממן רכישת סם לשימוש עצמי בכמות כה גדולה).

4. המדינה טענה כי הסם נתפס כדיון, בין אם לאור העובדה שהוא נתפס במהלך מעצר ולא במהלך עיכוב, הן לאור הסכמה שניתנה והן לאור קיומו של חשד סביר לגבי העורר, העולה גם מהתנהלותו במעמד החיפוש ברכב וגם מדוחות העיקוב וההאזנות שבוצעו לגביו במשך זמן מה. לגבי העדרו של צו שיפוטי - נטען כי הוראות החוק מאפשרות ביצוע חיפוש בנסיבות מתאימות אף ללא צו. עוד נטען כי מרבית החומר החסוי הועבר לעיון הסיניגור ולגבי חלקו תוגש תעודת חסיון בהמשך. לגבי טענת ה"צריכה העצמית" נטען כי לא היו כל מחדלי חקירה וכי העורר עצמו אמר בחקירה כי לא עבד בעת האחרונה כך שלא היה טעם לחקור מעבידים לשעבר "רחוקים בזמן" לגבי השתכרותו דאז.

החלטה נשוא הערר וטענות הצדדים -

5. בהחלטת בית המשפט קמא נשוא הערר נקבע כי אין כל ממש בטענה לפיה החיפוש אינו חוקי כיון שבוצע ללא צו שיפוטי, תוך הפניה למקור הסמכות לביצוע חיפוש כאמור אשר בסעיף 18(ב)(2) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח משולב], התשל"ג-1973 (להלן: "**פקודת הסמים**"), המסמיך שוטר לערוך חיפוש על גופו של אדם, אף טרם מעצרו ואף ללא צו שיפוטי, "אם יש לו יסוד סביר להניח שאותו אדם נושא עמו שלא כדין סם מסוכן". באשר למבחן "**היסוד הסביר**", מפנה בהמ"ש קמא למבחנים שנפסקו בהלכת בן חיים לגבי המונח "**חשד סביר**" על דרך ההשוואה, וקובע כי לשוטר במקרה דכאן היה יסוד סביר להניח שהעורר מחזיק על גופו סם. בית המשפט מציין כי אמנם החומר החסוי לא הועבר עדיין לעיון הסיניגור, אך היות והוא יועבר לעיונו בהמשך (או לפחות חלקו), בהמ"ש רשאי לעיין בו, ולכן - כך עשה. מסקנת בהמ"ש קמא בהמשך היא שהחיפוש היה חוקי (ברמה הלכאורית הנבחנת בשלב של בקשת המעצר), וכך גם הראיות שנמצאו במסגרתו - ולפיכך, קיימות ראיות לכאורה. ממשיך וקובע בית המשפט קמא כי אף אם יש מקום לספק לגבי קבילות הראיות וחוקיות החיפוש - הרי שהטענות תתבררנה בתיק העיקרי, וכיום - עסקינן רק בשלב הראיות לכאורה. את טענת מחדלי החקירה בזיקה לטענת הצריכה העצמית דוחה בהמ"ש קמא הנכבד, ואף בהקשר זה עמדתו היא שקיימות ראיות לכאורה לגבי כך שאין המדובר בצריכה עצמית וכי הברור הפרטני יתבצע בתיק העיקרי. מסכם בית המשפט קמא וקובע כי הגם שיש ראיות לכאורה והגם שיש עילת מעצר - הוא מבקש שיוכן תסקיר של שירות המבחן למבוגרים טרם סיום הדיון בבקשה, על מנת לבחון את האפשרות להסתפק בחלופת מעצר, ובהתאם - נקבע דיון המשך.

6. בהודעת הערר, כמו גם במהלך הדיון - משיג הסיניגור על כל קביעותיו של בהמ"ש קמא, אם כי את עיקר טיעונו מיקד בעיונו של בהמ"ש קמא בחומר החסוי. המשיבה סומכת ידיה על החלטת בית המשפט קמא, ואף טענתיה הן בעיקר אותן הטענות שהושמעו בערכאה קמא.

דיון והכרעה -

7. עמדתי כי **דין הערר להדחות.**

העדר צו מעצר או צו חיפוש שיפוטי -

8. ברי כי לא היתה חובה להוצאת צו שיפוטי עובר לביצוע החיפוש והמעצר. יתכן כי עדיף במקרים מסוימים להצטייד בצו שכזה טרם ביצוע מעצרים וחיפושם, ולו על מנת להמנע מדיונים כגון אלו המתקיימים בתיק זה - אך אין כל חובה לעשות כן והוראות החוק בהקשר זה ברורות.

עמוד 2

9. לטענת הסניגור - הממצאים היחידים אשר **אולי** יכולים ללמד על חשד סביר שהתעורר כנגד העורר ואשר הצדיק את החיפוש ברכב ו/או את החיפוש על גופו של העורר - מצויים **כולם** בגדי החומר החסוי, אשר לא הועבר לעיונו. לשיטתו, ההחלטה של הקצין הרלבנטי להורות על מעצר הרכב וההחלטה לבצע את החיפוש על גופו של העורר, סמכה אך ורק על מידע שלא הועבר לעיונו - ולכן, הוא לא יכול היה לבחון אותו או "לתקוף" אותו, במסגרת טיעונו לגבי קיומו או העדרו של חשד סביר. במצב זה, אסור היה גם לבית המשפט קמא לעיין בחומר החסוי, ולטענת ההגנה - אלמלא נחשף בהמ"ש קמא לחומר החסוי, היה מגיע למסקנה אחרת, דהיינו - לכך שלא היה חשד סביר שהצדיק את החיפוש.

10. בתי המשפט נדרשו בעבר לשאלת יכולתו של בהמ"ש הדין בבקשה למעצר עד תום ההליכים לעיין בחומר סודי-חסוי, דהיינו - בחומר חקירה אשר לא הועבר לידי הסניגוריה. נקבע לא אחת, כי קיים הבדל בין בקשות המעצר לימים לפני הגשת כתב אישום (שם ניתן לעיין בחומר סודי וחסוי במעמד צד אחד) לבין הבקשות למעצר עד תום ההליכים שמוגשות אחרי שמוגש כתב האישום. בשלב של הדין בבקשות למעצר עד תום ההליכים, כל חומר החקירה אמור להיות בידי הסניגור (למעט חומר אשר לגביו הוצאה תעודת חיסיון), ולכן, **עקרונית**, המידע שניתן להציג לבהמ"ש מטעם המדינה, במטרה לשכנע בדבר קיומן של ראיות לכאורה ובדבר החובה להורות על המעצר - הינו רק מידע שהועבר לעיון ההגנה.

11. עם זאת, ההלכה היא שגם לגבי עקרון זה, קיימים חריגים וכי יש להבדיל בין שני סוגי מידע, השונים זה מזה לאור מטרת הגשתם. ככל שהמדובר במידע שאמור לבסס ראיות לכאורה, כלומר מידע שקשור לעובדות האישום הנטען עצמו - לא ניתן להציגו לעיון השופט במעמד צד אחד ללא שהסניגור יכול לראותו. מנגד, ככל שהמדובר במידע שמתייחס רק לעילת המעצר (כגון, מידע לגבי רף המסוכנות או לגבי חשש משיבוש הליכים והשפעה על עדים או חשש להמלטות מהדין), אזי שבמקרים חריגים ומתאימים, ניתן להציגו לעיון השופט אף שההגנה לא קיבלה העתק הימנו לעיונה ולא יכולה "לתקוף" אותו ולנסות להפריכו. במקרים כאלו, נקבע כי שומה על בית המשפט לבצע בעצמו את הביקורת על טיב המידע ונפקותו - כאשר הוא מייחס משקל לעובדה שהמידע לא נמצא בידי ההגנה ולא עמד לביקורת הסניגור (בש"פ 597/93 **מדינת ישראל נ' צ'רלי אבוטבול**, פ"ד מז(1) 340 (1993), 344; בש"פ 7554/00 **הירבוני נ' מדינת ישראל** (25.10.2000); בש"פ 2587/01 **מוגריבי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(3) 826 (2001); בש"פ 6552/05 **עבידאת נ' מדינת ישראל** (17.8.2005) בפסקה 7; בש"פ 5672/08 **מדינת ישראל נ' אברהם סטואר** (13.07.2008); בש"פ 58/10 **מדינת ישראל נ' פלוני** (8.1.2010); בש"פ 748/10 **איסקוב נ' מדינת ישראל** (18.2.2010); בש"פ 6184/10 **מדינת ישראל נ' דוד אברהם** (31.08.2010); בש"פ 5179/14 **אדיר כהן נ' מדינת ישראל** (27.08.2014)).

12. במקרה דכאן, המידע הסודי אשר בו עיין בית המשפט נוגע הן לעילת המעצר (דהיינו, למסוכנות הנטענת בכל הנוגע לחשש שהעורר ימשיך לעסוק בעבירות סמים) והן לעבירה עצמה, אם כי אך ורק בהיבט של סוגית חוקיות החיפוש. המידע הסודי-החסוי לא עוסק בראיות לכאורה עצמן. אם, לדוגמה, קיימת שיחה (שלה האזינו החוקרים) ובה נאמר שהעורר מתכוון להעביר סמים ברכב לטבריה - אזי שהשיחה עצמה אינה יכולה להיות ראייה שתשמם לצורך בחינת שאלת קיומן של ראיות לכאורה כל עוד ההגנה לא קיבלה את האפשרות לשמוע את השיחה בעצמה, אך כאן - אין הכוונה להתייחס לשיחה אלא כאחת מהסיבות לכך שהתעורר חשדו של הקצין הרלבנטי לגבי העורר.

13. המדובר אם כך במקרה מיוחד, שכן הגם שעל פניו, המידע נוגע לראיות לכאורה עצמן (ולא לעילת המעצר), הוא אינו מידע שקשור לראיות גופן אלא לחוקיות השגתן. קשר עקיף זה, שבין המידע החסוי לבין משמעות המידע, מעורר סימני שאלה לגבי האפשרות של בהמ"ש לעיין בחומר, ללא שניתנה לסניגור האפשרות לבחון את המידע.
14. לא מצאתי בפסיקה התייחסות למקרה התואם בדיוק את נסיבותיו של המקרה דכאן, אם כי יתכן והיו מקרים דומים שהגיעו כדי הכרעה ולא הצלחתי לאתר אותם. ניתן אולי להשוות את המקרה לעניין שהתברר בבש"פ 6083/14 **אשרף אבו אלהוה נ' מדינת ישראל** (18.09.2014), ממנו ניתן להקיש על עניינינו, אם כי המקרים אינם זהים.
15. עם זאת, ולמרות הטענות לגבי העיון בחומר החסוי ולמרות שאולי בהמ"ש קמא היה צריך להימנע מעיון בחומר כאמור, לא מצאתי שיש מקום להתערב בהחלטת בית המשפט קמא לגבי קיומן של ראיות לכאורה, מחמת כמה נימוקים מצטברים.
16. ראשית, לא כל החומר הרלבנטי הוסתר מידי הסניגור. ככל הנראה תמלילי השיחות שלהן האזינו החוקרים לא הועברו לעיונו, או שלא הועברו כולם, ואף לא הועברו כל דוחות העיקוב - אך לא ברור כלל ועיקר שלא הועבר החומר בכללותו וראו כי תיק החקירה כולל רשימה של עשרות מסמכים שסומנו ככאלו אשר כן הועברו לעיון הסניגור. בהקשר זה יש עוד לראות כי במסגרת הדיון בתיק הפלילי העיקרי - הצדדים הסכימו למתן אורכה בת 45 יום להגשת תעודת חסיון, וביום 2.11.2014 (שלושה ימים לפני הדיון בבקשת המעצר עד תום ההליכים) קבע בהמ"ש קמא כי **בהסכמת הצדדים** מוארך המועד להגשת תעודת חסיון למשך 45 יום מיום הגשת כתב האישום.
17. שנית, לשיטתי "היסוד הסביר" או "החשד הסביר" לביצוע החיפוש ברכב קיים גם ללא שנזדקק לחומר החסוי. ויובהר. אני לא עיינתי בחומר הסודי החסוי ולכן אינני יודעת מה בדיוק נאמר באותן השיחות ואם הן כוללות מידע מדויק יותר לגבי האפשרות שהעורר עוסק בסמים. אף לא עיינתי בדוחות העיקוב, ולא אדע אם יש דוח שממנו עולה שרואים את העורר מחזיק או מוביל סם. ברור שאם קיימת ולו שיחה בודדת שממנה ניתן ללמוד על אחזקה בסם או העברה של סם - אזי שכל הדיון יתייתר. שכן ברור שבמקרה שכזה היה חשד סביר מלכתחילה והיה מקום לביצוע החיפוש (ברכב ועל גופו של העורר). בהקשר זה אעיר כי המדינה היתה יכולה "לפתור" על נקלה את המחלוקת בתיק זה, לו היתה מעבירה לסניגור את המידע לגבי השיחות "הנעלמות" או למצער פרפרזה שלהן או לפחות מידע קונקרטי לגבי שיחה אחת או שתיים או דוח עיקוב אחד רלבנטי. או אז, אולי היה ניתן להגיע להבנות לגבי חשד סביר שהצדיק את החיפוש - הן ברכב והן על גופו של העורר.
18. בכל אופן, היות ולא עיינתי בחומר החסוי, בחנתי אם יש בחומר "הגלוי" די כדי ללמד על האפשרות שהיה חשד סביר שהצדיק את החיפוש ברכב (כאשר לגבי החיפוש על גופו של העורר אתייחס בהמשך). תשובתי לשאלה האמורה - הינה בחיוב. עיון בחומר החקירה "הגלוי" מלמד כי היה מידע לגבי מארג של שיחות בין העורר לבין כמה אחרים, אשר לאור תכיפות השיחות וזהות הדוברים לרבות עברם - מקים חשד סביר. יש לראות כי פרטיהם של הדוברים אינם חסויים, ובמהלך חקירתו של העורר הוטחו בו ממצאים ספציפיים מתוך השיחות שהוקלטו, לרבות שאלות לגבי הסיבה אשר בעטיה התקשר לפלוני ביום מסוים או באשר למטרת השיחה עם אלמוני וכוונת הדוברים. העורר נשאל כמה וכמה שאלות בהקשר זה, הוטחו בפניו שמותיהם של אנשים ספציפיים (שמידע לגביהם קיים בתיק ואף בוצעו חיפושים אצל חלקם), הוטחו בפניו תכנים, הוטחו בפניו מועדי שיחות ממוקדים, הוטחו בפניו

קשרים שבין שיחות שביצע לבין נסיעות שביצע ברכבו, לרבות מספרי הטלפון של אותם האנשים עמם שוחח - והוסבר לו כי השיחות הוקלטו במסגרת האזנות הסתר. עוד הוסבר לו שבשיחות הוא מתאם עם אותם אנשים את הגעתו ממקום אחד למקום אחר, מתאם פגישות וכו' - והעורר בחר לשמור על זכות השתיקה במהלך כל החקירה בהקשר זה. הטחת השיחות בפני העורר אף נזכרה בדיון בבקשת המדינה להארכת המעצר לצורך הגשת כתב אישום ביום 23.10.2014. בחינת המידע כאמור - אשר היה מונח על שולחנו של אותו קצין בילוש, רותם קליין, אשר החליט לבצע את החיפוש ברכב - מלמד לשיטתי על חשד סביר לכאורי שהתקיים עובר לחיפוש, וזאת אף ללא שנדרשתי לחומר החסוי.

19. שלישית, לגבי החיפוש על גופו של העורר, קיים נדבך נוסף לחשד הסביר - והוא טמון בהתנהגותו של העורר. מהמזכרים שרשמו השוטרים עולה שהתנהגותו של העורר היתה חשודה, וראו במיוחד את המזכר של רס"ב יורם ישראלי אשר מסביר כי כאשר נעצר הרכב והעורר יצא ממנו, הוא "תפש את מכנסיו" בצורה מחשידה. בהמשך, אחז אחד השוטרים בידו של העורר, כיון שהוא חשש שהעורר "ינסה להעלים משהו" וצעק לעברו שהוא "עצור". בשלב זה, בשל אחיזתו של השוטר, נפל הוא והעצור על הארץ והוא החליט לאזוק אותו. בהמשך, הגיע למקום שוטר נוסף (שלום ג'אן) אשר שאל את העורר אם "יש עליו משהו שלא צריך להיות עליו", ואז העורר השיב שיש עליו "6 פיתות בתחתונים" (וראו את דו"ח הפעולה של השוטר ג'אן). ברי כי יש לברר בירור מעמיק נוסף את אופן התרחשות האירועים המדויק - אך לשיטתי, די באמור כדי לקבוע כי בשלב מקדמי זה של בחינת הראיות ברמה הלכאורית - היה חשד סביר שהצדיק את בקשת השוטרים לבצע את החיפוש בגופו של העורר. אפנה לכך שהתנהגות מחשידה, מתח, תנועות גוף "חשודות" ודרך התבטאות "מוזרה" - הוכרו בעבר כנסיבות אשר מקימות חשד סביר לביצוע עבירה ואשר מצדיקות ביצוע חיפוש.

20. בחינת המידע כאמור, לאור המבחן אשר נקבע בהלכת בן חיים לגבי שיקול דעתו של השוטר המבצע את החיפוש באספקלריה אובייקטיבית אשר לוקחת בחשבון את המידע שהיה בידו, את נסיבות המפגש עם החשוד ואת ניסיונו ושיקול דעתו המקצועיים - מחייבת את המסקנה כי אכן היה חשד סביר שהצדיק את החיפוש.

21. מעבר לכך, יש לראות כי לשיטת אחד השוטרים - הוא החליט בשלב מסוים על מעצרו של העורר וצעק לעברו שהוא "עצור". בנסיבות אלו, החיפוש נלווה למעצר.

22. לכן, אף בהתעלם מהמידע הסודי - יש בסיס לכאורי לקבוע שהיה חשד סביר, החיפוש היה חוקי, הסמים שנתפסו קבילים כראיה - ויש ראיות לכאורה (ויודגש כי אף בהמ"ש קמא ציין במפורש כי לא **רק** החומר הסודי שימש לנגד עיניו, אם כי הוא אכן קבע שהוא התבסס גם על החומר הסודי). למקרה שכן ניתן לעיין בחומר הסודי בנסיבות המיוחדות של התיק - ככל הנראה המסקנה לגבי קיומו של חשד סביר מבוססת עוד יותר, על דרך של "קל וחומר".

23. יש עוד לראות כי הדיון בבקשת המעצר לא תם ועד לדיון הבא יועברו לסניגור מסמכים נוספים רלבנטיים (כפי שהבנתי במהלך הדיון). ככל שלאחר והוא יעיין במסמכים הוא יגיע למסקנה כי אין כדי לבסס חשד סביר לגבי החיפוש וכי שגה הקצין קליין עת החליט שיש מקום לבצע את החיפוש ברכב או את החיפוש על גופו של העורר - הוא יכול להעלות טעונים מחודשים בהקשר זה בפני בהמ"ש קמא (וראו את בש"פ 2857/01 **איאד מוגרבי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(3) 826, 829 - שם נקבע כי ניתן לדון בטענה במועד מאוחר יותר).

פוטנציאל ההרשעה הנדרש בשלב זה בזיקה למחלוקת לגבי החיפוש והקבילות -

24. מעבר לאמור, יש לזכור - כפי שגם הדגיש בהמ"ש קמא - כי העמדה דלעיל הינה "לכאורית בלבד", במובן זה, שעסקינן בשלב של המעצר עד תום ההליכים ולא בתיק העיקרי. במובן מסוים - כל שנכתב מעלה, הינו בבחינת למעלה מן הצורך, שכן את הטענות לעומקן יש לברר בתיק העיקרי. אני מניחה שקצין הבילוש קליין יחקר ויאלץ להסביר מה היה החשד הסביר אשר הביא אותו לכדי ההחלטה בדבר החיפוש. גם השוטר שזיהה התנהגות חשודה ואת תפיסתו של העורר במכנסיו ימסור הסברים ויחקר. דבריהם יבחנו בחקירה הנגדית - וההכרעה הסופית בשאלת חוקיות החיפוש תינתן לאחר מכן.

25. סוגיה דומה התבררה לפני אך לפני זמן מועט, בעניין תפיסת סכין בכליו של מי שטען כי החיפוש שבוצע לגביו היה לא חוקי. אף שם התבקש מעצר עד תום ההליכים והחלטת בהמ"ש קמא (כבוד השופטת שלאעטה חלאילה) היתה כי למרות סימני שאלה לגבי חוקיות המעצר, יש ראיות לכאורה. בערר שהוגש באותו עניין (עמ"ת 25962-05-14 **אבשלומוב נ' מדינת ישראל** (20.5.2014)) קבעתי כדלקמן, ואין לי אלא לחזור על הדברים:

"ההלכה היא שכאשר בית המשפט מגיע למסקנה חד משמעית שהראיות שעליהן מבוסס כתב האישום אינן קבילות ולעולם לא תהאנה קבילות - אזי שהמסקנה הינה שאין ראיות לכאורה. בית המשפט אמור להעריך מהי רמת הסיכוי שראיה שקיימת לגביה בעיית קבילות תהפוך בסופו של דבר לראייה קבילה. אם על פי הדין וכללי הראיות ברור מראש כי מדובר בראיה שאינה קבילה, ואין סיכוי להכשיר את קבילותה, כי אז לא ניתן לבסס עליה ועליה בלבד מסקנה בדבר קיומן של ראיות לכאורה (בש"פ 1572/05 **זוארץ נ' מדינת ישראל** (10.4.2005)). מכאן, שעל בית המשפט לשקול בכובד ראש את טענות הצדדים, באשר לקבילותן של הראיות, גם בשלב של ההחלטה בבקשה למעצר עד תום ההליכים, והוא חייב לתת את דעתו לסוגיה זו. אלא שיש הבדל בין ניתוח הטענות, לבין החובה להגיע להחלטה חד משמעית בדבר קבילות או אי קבילות. כבר נפסק כי באופן עקרוני אם מתעוררת מחלוקת לגבי קבילותה של ראיה אשר הפגמים הנטענים לגביה ניתנים לריפוי במשפט גופו, מן הראוי לקבוע שקיימות ראיות לכאורה ועוד נקבע כי מקומן של טענות בעניין קבילות של ראיות הוא בדרך כלל בהליך העיקרי שכן בשלב שבו נמצאים אנו עתה, די שבית המשפט ישתכנע שהראיות מקימות לכאורה סיכוי סביר להרשעה, כלומר שהן "קבילות לכאורה" (בש"פ 4667/12 **אזולאי נ' מדינת ישראל** (28.6.2012)); בש"פ 7947/10 **פלוני נ' מדינת ישראל** (3.11.2010)). לכן, כבר בשלב הזה, אומר שלא מצאתי שנפל פגם בהתייחסותה של השופטת קמא לסוגיה, ובכך שהיא קבעה שלא זה השלב להגיע למסקנות חד משמעיות באשר לקבילות שכן אין עסקינן במצב שבו המדובר בראיה "בלתי קבילה בעליל" (וראו החלטה נוספת אשר בה נקבע שטענות באשר לקבילות אין בהן כדי לחייב את המסקנה שאין ראיות לכאורה במסגרת בש"פ 1636/13 **קאניאוונג נ' מדינת ישראל** (24.3.2013), פסקה י"ג).

...

כבר נקבע כי לא כל ספק בדבר קבילות ראיה מונע הסתמכות עליה ושעה שקיים ספק, כמו במקרה דנן, מן הראוי לבחון את אותו ספק במסגרת ההליך העיקרי (בש"פ 1061/14 **שחר נ' מדינת ישראל** (18.2.2014)); בש"פ 2514/09 **מזרחי נ' מדינת ישראל** (29.3.2009)).

...

עוד יש לזכור כי בפרשת בן חיים נקבע מה שנקבע במסגרת ערעור שהוגש בתיק העיקרי, ולא במסגרת הליכי המעצר של הנאשם שם. כלומר, שהמסקנה "הסופית" לגבי אי חוקיות החיפוש

במקרה שם ניתנה בתיק העיקרי אחרי ליבון הסוגיות העובדתיות סביב נסיבות החיפוש.

בהקשר זה אבקש להפנות גם לבש"פ 4533/12 **סיף גבן נ' מדינת ישראל** (20.6.2012), שם הועלתה טענה כי חיפוש שנערך במהלכו התגלה נשק, ובגינו הואשם הנאשם דשם גם בעבירה של החזקת נשק - היה שלא כדיון, וביהמ"ש העליון ציין שם לאמור:

"בטענותיו של המבקש בשאלת קבילותן של הראיות לעבירת החזקת הנשק לא מצאתי ממש. בקיצור רב אומר כי מקומן של טענות העורר בעניין קבילותן של הראיות הוא בהליך העיקרי ולא בשלב זה, בו די כי בית המשפט ישתכנע שהראיות לכאורה מקימות סיכוי סביר להרשעת הנאשם בעבירות המיוחסות לו וכי סביר שלא תמצאנה בלתי קבילות (בש"פ 9745/11 **נימר בואב נ' מדינת ישראל** (15.1.2012); בש"פ 8303/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** (19.10.2007)). יתר על כן, מקובלים עלי נימוקי הערכאות הקודמות, לפיהם ממילא אין פגם של ממש באופן שבו הושגו הראיות על החזקת הנשק."

וראו אף את בש"פ 1566/14 **רבה נ' מדינת ישראל**, פסקה 9 (7.3.2014).

26. עמדתי היא כי אף במקרה הנוכחי - אין המדובר בחיפוש בלתי חוקי מובהק ואין המדובר בראיות בלתי קבילות בעליל. המדובר בחיפוש חוקי לכאורה, בקבילות לכאורה ולכן - קיימות ראיות לכאורה.

27. רק למען שלמות התמונה, אציין כי באותו עניין של מר אבשלומוב, לאחר שהתקיים דיון בתיק העיקרי נקבע כי החיפוש כן היה חוקי ומר אבשלומוב הורשע (ת"פ 2743-05-14, פס"ד מיום 25.6.2014). בהמשך, נדחה הערעור על ההרשעה, אם כי ברוב קולות ולא פה אחד, ואף דעת הרוב היתה שסוגית החיפוש תבוא לידי ביטוי ברף הענישה (עפ"ג 47321-07-14, פס"ד מיום 30.10.2014). הדבר מהווה אך דוגמא לכך שהסוגיה אכן מורכבת וראויה להתברר בתיק העיקרי.

28. לכן, ככל שעסקינן בשאלה אם קיימות ראיות לכאורה בהיבט של חוקיות החיפוש, דהיינו - אם קיימת אפשרות שהחיפוש יתברר כחוקי והראיה תתקבל כקבילה ותשמש לצורך הרשעה - אזי שהתשובה חיובית ויש פוצנציאל להרשעה כנדרש בשלב זה של ההליך.

פוטנציאל ההרשעה הנדרש בשלב זה בזיקה לטענת הצריכה העצמית -

29. מצאתי את הנמקותיו של בהמ"ש קמא בהקשר זה כמבוססות, ואני מאמצת אותן.

30. העורר טוען כי הוא מכור "קשה" לסם מהסוג שנתפס, כי כל הכמות היתה לצריכה עצמית למשך תקופה עתידית ארוכה, וכי היה לו כסף לצורך רכישת כל הכמות שנתפסה. עוד טוען העורר כי היה על המשטרה לחקור את מעבידיו הקודמים לגבי השתכרותו, וכי חקירה שכזו היתה מלמדת על מצבו הכלכלי הטוב, ועל הסתברותה של האפשרות שאכן המדובר בצריכה עצמית (לאור האמור בבש"פ 3437/00 **חזיזה נ' מ"י** (30.5.2000)), לגבי האפשרות לסתור את חזקה השימוש הלא עצמי כאשר עסקינן בכמויות שכאלו).

31. לא מצאתי שיש בטענות אלו כל ממש - ובוודאי שאין עסקינן ב"מחדל חקירה", בכלל - ולא בכזה אשר מחייב שחרור - בפרט. נזכור כי הכמות הנכבדה שנתפסה בתחנתו של העורר מקימה את האפשרות שהסם **לא** היה לצריכה עצמית. על מנת להראות כי המדובר בצריכה עצמית, יהא על העורר להראות כי אכן היה "מכור קשה"

כפי שהוא טוען וכי יש סיבה להניח שכל הכמות נרכשה עבור עצמו, לרבות לאור האפשרות שיש לו מספיק כסף כדי לאגור מראש כמות כה נכבדה. הצורך הנטען בחקירת המעבידים הקודמים, לגבי מצבו הכלכלי, אינו מחויב המציאות, שכן העורר עצמו הסביר בחקירה שהוא טבח במקצועו אך אינו עובד מזה חודשיים (חקירה מיום 22.10, שורה 3) וכי "ביטלו לו את הויזה" (שורה 7). עוד יודגש כי בחקירה הראשונה הכחיש העורר שהוא היה זה שרכש את הסמים (עמ' 3 שורות 74 ואילך) ורק בחקירה השניה טען כי הוא היה זה שרכש אותם (עמ' 9 שורה 267 ואילך). עוד יצוין, כפי שציין בהמ"ש קמא, שכאשר נשאל העורר כמה סמים הוא צורך ביום (על מנת לבחון אם יש אפשרות סבירה שהמדובר בהצטיידות עצמית, לאור הכמות שנתפסה) - לא יכול היה להשיב על השאלה (עמ' 3 לחקירה הראשונה). לכן, אין כל ממש בטענות העורר בהקשר זה.

חלופת מעצר -

32. הטענה האחרונה הינה כי היה על בהמ"ש לשקול חלופת מעצר בית כבר עתה - ללא צורך בהפניית העורר להכנת תסקיר. אף טענה זו יש לדחות. המדובר בכמות סם נכבדה, המדובר באפשרות של אחזקה שלא לשימוש עצמי, המדובר בעורר בן 30 אשר לחובתו עבר פלילי - ואין ספק כי יש צורך בהכנת תסקיר לצורך בחינת החלופה שהוצעה ובמיוחד המפקחות שהוצעו (חברתו של העורר ואמא שלה).

סיכום -

33. אשר על כן - הערר נדחה, על כל ראשיו.

34. לבקשת העורר - אבקש מהמזכירות לשנות בתיק את שם משפחתו. שמו הינו שחר בר, כאשר שם משפחתו הקודם היה בן קליפא והוא מבקש לתקן את הרישומים בהתאם.

ניתנה היום, כ"ד חשוון תשע"ה, 17 נובמבר 2014, בהעדר הצדדים.