

עמ"ת 7942/12/17 - מדינת ישראל נגד שלומי בן ברוך

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עמ"ת 7942-12-17 מדינת ישראל נ' בן ברוך(עציר)

בפני העוררת	כבוד השופטת חני סלוטקי
נגד המשיב	מדינת ישראל ע"י ב"כ עו"ד אסיף גיל
	שלומי בן ברוך (עציר) ע"י ב"כ עו"ד שי שורר

החלטה

1. בפני ערר המדינה כנגד החלטת בית משפט השלום באשקלון (כב' הש' חולתא), מיום 4.12.17 על פיה ישוחרר המשיב ממעצרו בתנאים כדלהלן:

1. מעצר בית, בכתובת מעלה דקלים 6(א) במצפה רמון, בפיקוח אחיו של המשיב, מר איתי בן ברוך, ו/או ארוסתו.
2. הפקדה כספית בסך של 10,000 ₪.
3. ערבות עצמית בסך של 10,000 ₪, וערבות צד ג' של הערבים בסך של 15,000 ₪.
4. צו פיקוח מעצרים של שירות המבחן למשך 6 חודשים.

2. ביום 18.9.17 הוגש לבית השלום באשקלון כתב אישום כנגד המשיב המייחס לו עבירות של סחר בסמים והחזקת סם שלא לצריכה עצמית.

על פי המיוחס למשיב באישום הראשון, ביום 8.3.17 המשיב סחר בסם מסוכן, בצוותא חדא עם אחר בשם משה לופו (להלן: "לופו"), בכך שהשניים מכרו לסוכן 95.97 גר' חשיש תמורת סך של 2,500 ₪.

על פי המיוחס למשיב באישום השני, ביום 19.4.17 המשיב סחר בסם מסוכן, שוב בצוותא חדא עם לופו, בכך שהשניים מכרו לסוכן סם מסוג חשיש במשקל של 96.7 גר', תמורת סך של 2,700 ₪.

על פי הנטען באישום השלישי בכתב האישום, ביום 10.9.17 בשעה 03:15 או בסמוך לכך, החזיק המשיב בביתו, במקומות שונים בחדר השינה שלו, סם מסוכן מסוגים שונים שלא לצריכתו העצמית, כמפורט בכתב האישום.

3. בד בבד עם הגשת כתב האישום, הוגשה בקשה להורות על מעצרו של המשיב עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו.

ביום 1.10.17 התקיים דיון בבקשה למעצר עד תום ההליכים במסגרתו טענו הצדדים. הדיון נדחה למתן החלטה ליום 3.10.17.

4. בהחלטתו מיום 3.10.17, התייחס בית המשפט לטענות הצדדים וכן לחומר הראיות לאחר שבחנו וקבע כי **"הראיות לחובת המשיב מבוססות על מספר אמרותיו המוקלטות של שותפו של המשיב למעשים - לופו - בפני הסוכן ולפיהן קיבל את הסמים אותם מכר לסוכן מהמשיב וכן על קשר טלפוני בין השניים בתקופה הרלוונטית ובעיקר - במועדים הרלוונטיים לביצוע העסקאות"**.

עוד קבע בית המשפט כי, **"התשתית הראייתית בעניינו של המשיב מקימה סיכוי סביר להרשעה"**, ובהמשך הוסיף כי לא נעלם מעיניו כי אין מדובר "בתשתית ראייתית "רגילה" במובן זה, שאין ראייה ישירה- פרט לאמירותיו של לופו "בזמן אמת" הקושרות את המשיב לסמים או לזירה".

עוד צוין בהחלטה, כי המעשים המיוחסים למשיב מקימים בעניינו חזקת מסוכנות סטטוטורית, וכי על פני הדברים, המשיב אינו מקיים את החריגים שהוכרו בפסיקה ועל כן ניתן היה לכאורה, לקבוע בהתאם להלכה, כי דינו של המשיב הוא מעצר עד תום ההליכים.

עם זאת, קבע בית משפט קמא, כי בשלב זה של ההליך, על בית המשפט לאזן בין עוצמת התשתית הראייתית ובין עוצמת עילת המעצר, וכי **"במקרה זה, אף שעוצמת העילה גבוהה עוצמת הראיות מוחלשת במידה מסויימת"** ועל כן, החליט בית המשפט שלא להכריע בשלב זה בשאלת המעצר, אלא לאחר קבלת תסקיר שירות המבחן, איסוף נתונים בעניינו של המשיב ובחינת חלופת המעצר.

על כן הורה בית המשפט על הכנת תסקיר בעניינו של המשיב.

5. ביום 5.11.17 הגיש שירות המבחן תסקיר בעניינו של המשיב.

שירות המבחן עמד על עברו הפלילי של המשיב וציין בעניין זה, כי "ניכר כי מתקשה להפנים אלמנט הרתעה ושב למעורבות פלילית, ככל הנראה על רקע שימוש בסמים ומעורבות בעולם הפלילי אשר הולכת ומעמיקה בשנים האחרונות".

שירות המבחן התייחס גם לשימוש של המשיב בסמים, וציין בעניין זה כי התרשמו כי הבסיס לשימוש בסמים אינו רק פיזי אלא גם רגשי ומשמש עבור המשיב כאמצעי לטשטוש קשיים רגשיים והימנעות מהתמודדות. עוד ציין שירות המבחן כי ניכר כי המשיב מעורב באופן מעמיק בשימוש בסמים ונמצא בקשר עם גורמים מעולם הסמים.

באשר למפקחים, שירות המבחן ציין כי התרשם כי המפקחים מגויסים מאוד לפקח על המשיב ומוכנים לעשות כל הנדרש מהם על מנת שישוחרר ממעצר, לרבות פיקוח הדוק ומניעת קשרים עם עוברי חוק.

יחד עם זאת נקבע, כי אין בחלופה כדי להפחית את רמת מסוכנותו של המשיב ועל כן לא המליץ קצין המבחן על

שחרורו של המשיב.

6. בהחלטת בית המשפט מיום 14.11.17, הורה בית המשפט על הכנת תסקיר משלים בעניינו של המשיב שיבחן חלופת מעצר מרוחקת מהעיר אשדוד.

ביום 30.11.17 הגיש שירות המבחן תסקיר משלים בעניינו של המשיב. על פי האמור בתסקיר, שירות המבחן נפגש עם אחיו של המשיב המתגורר במצפה רמון ובחנו כחלופת מעצר למשיב.

בסיכום התסקיר צוין, כי על אף הערכת הסיכון הגבוהה הנשקפת מהתנהגותו של המשיב, כפי שפורט בתסקיר הקודם, שירות המבחן סבור כי יש ביכולתה של החלופה- קרי, אחיו של המשיב כדי להפחית את רמת הסיכון ולהציב עבורו גבולות משמעותיים להתנהגותו.

לפיכך, המליץ שירות המבחן על שחרורו של המשיב למעצר בבית אחיו במצפה רמון בפיקוחו של אחיו וארוסתו.

כמו כן, הומלץ על צו פיקוח למשך שישה חודשים במסגרתו תבחן הפנייתו של המשיב לטיפול בתחום ההתמכרויות ושילובו בקבוצה טיפולית.

7. בהחלטה מיום 4.12.17, קבע בית המשפט כי המשיב ישוחרר בתנאים כמפורט לעיל.

בית המשפט ציין בהחלטתו כי "אכן, בית המשפט העליון חזר והדגיש כי הכלל בעניינם של סוחרי סמים הוא מעצר והחריג הוא השחרור. בית המשפט הדגיש במהלך השנים כי עבירות סחר בסמים ניתן לבצע גם "מהבית". יחד עם זאת, הדברים נכונים מקום בו התשתית הראייתית העומדת לחובת המשיב היא איתנה. אין זה המקרה כפי שפורט בהחלטתי הקודמת ועל כן על בית המשפט מוטלת חובה לאזן את עוצמת הראיות עם עוצמת העילה לאור החלופה המוצעת".

מכאן הערר שבפניי.

8. בעררה טענה העוררת כי שגה בית משפט קמא עת הורה על שחרורו של המשיב לחלופת מעצר. העוררת לא חלקה על כי עיקר הראיות נגד המשיב מתמצות בעיקר באמרות החוץ של השותף לופו שהוא עד תביעה במשפטו של המשיב. עוד טענה, כי אומנם בחקירותיו הפורמאליות, לופו מכחיש את המיוחס לו, ואולם באמרותיו שהוקלטו על ידי הסוכן, נשמע לופו אומר במפורש כי הסמים שהביא לסוכן, באישום הראשון ובאישום השני, מקורם במשיב.

לפיכך טענה כי הניתוח שערך בית משפט קמא ביחס לאישומים הראשון והשני, נכון ומדויק.

לטענת העוררת, אמרותיו של לופו האמורות לעיל, הן בבחינת אמרת חוץ של עד לפי סעיף 10א לפקודת הראיות, וכי אמרות אלו מקיימות את כל התנאים של אמרה בכתב, לרבות בהקלטה.

העוררת הוסיפה וטענה כי ישנם אף חיזוקים למכביר לאמרתו של לופו, כפי שציין גם בית משפט קמא. לטענתה, די להזכיר את מחקרי התקשורת בין המשיב ללופו המראים עשרות שיחות טלפון בטווח הזמן הרלוונטי לאישומים.

העוררת טענה, כי לעובדה שלופו "מגלה עוינות" כבר בשלב החקירות במשטרה ולא על דוכן העדים במשפט אין כל נפקות, שכן כבר נפסק כי אין הכרח כי החזרה מעדותו של עד שמסר אמרת חוץ תהא על דוכן העדים והיא יכולה להיעשות אף בשלב מאוחר יותר של החקירה.

לטענת העוררת, החלטת בית משפט קמא מיום 3.10.17 "היא בבחינת תרתי דסתרי"; בית משפט קמא קבע, ובדין קבע, כי חומר הראיות מקים סיכוי סביר להרשעה וכי ישנן ראיות לכאורה להוכחת אשמתו של המשיב במשפטו. לאחר שקבע קיומן של ראיות לכאורה בעוצמה הנדרשת, קבע בהמשך החלטתו כי אין ראיה ישירה לכך כי מקור הסמים באישומים הראשון והשני הוא במשיב וכי אין מדובר בתשתית ראייתית "רגילה" ומציין בהמשך כי "עוצמת הראיות מוחלשת במידה מסוימת"- לטענת העוררת, בכך נעוצה שגיאתו העיקרית של בית משפט קמא.

לשיטתה, השאלה המתעוררת בערר היא למעשה, מהו משקלה, בשלב המעצר עד תום ההליכים, של אמרת חוץ של עד לפי סעיף 10א לפקודת הראיות, מקום בו נותן האמרה חוזר בו מאמרתו כבר בשלב מתקדם של חקירת המשטרה.

לגשתה, די בראיות שהוצגו בשלב המעצר בעניינו כמספיקות ברמה הלכאורית לשלב המעצר עד תום ההליכים, ואין לדבר על חולשה, כרסום או פגם בראיות לכאורה.

לטענת העוררת, בתיק זה אין כל מקום להידרש להילכת "מקבילית הכוחות" שכן התשתית הראייתית שהועמדה נגד המשיב מספיקה לצורך מעצרו עד לתום ההליכים.

ביחס לחלופת המעצר, טענה העוררת כי בעניינו של המשיב הוגשו שני תסקירים. בתסקיר הראשון העריך שירות המבחן כי נשקפת מהמשיב מסוכנות גבוהה, בין היתר, נוכח השימוש בסמים, עברו הפלילי, ההיסטוריה העבריינית שלו ומעורבותו בעולם הפלילי שהולכת ומעמיקה בשנים האחרונות. בתסקיר זה לא המליץ שירות המבחן על שחרורו של המשיב לחלופת מעצר.

בתסקיר השני, בחן שירות המבחן את אחיו של המשיב ומצא כי מדובר בחלופה מתאימה ועל כן המליץ על שחרורו של המשיב לחלופה המוצעת.

לטענת העוררת, שגה בית משפט קמא עת קבע כי ניתן לסטות מהכלל של מעצרו של סוחר סמים עד לתום ההליכים נגדם, על אף ההמלצה החיובית של שירות המבחן.

העוררת הדגישה כי ההלכה הידועה בעניין סמים היא שמדובר בעבירות "חוצות ערים, מחוזות, ואף מדינות".

על כן ביקשה העוררת מבית המשפט לקבל את הערר ולבטל את החלטתו של בית משפט קמא ובהתאם להורות על מעצרו של המשיב עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו.

9. ב"כ המשיב פתח וטען כי יש לבחון את הקו המגמתי הסוטה לטענתו מפסיקת בית המשפט העליון לעניין השימוש בסעיף 10א והניסיון להכניסו להליך המעצרים.

לשיטתו, הדרישות בעניין סעיף 10א לפקודת הראיות ובחינתו הן בהליך העיקרי והניסיון להכניסו להליך המעצרים, ירוקן

את התוכן האמיתי שלשמו תוקן הסעיף. הסנגור הפנה לאמרותיו של לופו בחקירתו במשטרה.

הסנגור הוסיף וטען כי פסיקת בית המשפט העליון מדברת על הרחקת סוחר סמים ממקום מגוריו כתנאי לבחינת חלופה, על אחת כמה וכמה מקום בו יש כרסום בראיות.

הסנגור טען כי לצד הכלל הידוע בדבר מעצרו של סוחר סמים ושחרורו רק כחריג, ישנו הכלל שנקבע על ידי השופט עמית בעניין "מקבילית הכוחות" החל כאשר יש כרסום בראיות או ראיות מוחלשות או כל מקרה שהראיות אינן מוצקות.

בענייננו, לטענת הסנגור, מדובר בסוכן שלא פגש את המשיב ואין ראייה ישירה כי פגש אותו.

עוד טען הסנגור, כי עניין זיהויו של המשיב הוא "נתון ומסור לכור ההיתוך", היינו להליך העיקרי. הסנגור הוסיף כי המאשימה טוענת כי כינויו של המשיב הוא "פינגווין" כפי שכינו לופו והסוכן את המשיב בשיחות המוקלטות, אך אין כל וודאות כי מדובר אכן במשיב ועולות תמיהות בעניין זה בחומר הראיות.

לטענתו, בחומר הראיות יש לסוכן שלוש גרסאות לגבי מיהו שלומי: פעם אחת הסוכן אומר שהוא התכוון לשלומי בן שבת, פעם אחרת הסוכן קורא למשיב שלומי הבן של אלי ביטון, כאשר המשיב הוא שלומי ושם אביו הוא ויקטור ושם משפחתו הוא בן ברוך.

בפעם השלישית הסוכן בכלל אומר "שלומי שגר באיזה שהוא מקום אחר".

לטענתו, העוררת מנסה להכשיר את הטענה שנטענה על ידי הסנגור בבית משפט קמא בדבר עדות מפי השמועה, משום שהסוכן מעולם לא נפגש עם המשיב, אפילו אם הסוכן היה עם לופו באוטו והוא שומע את השיחה בין לופו למשיב, זו עדות שמועה.

בית משפט קמא החליט על חולשת הראיות ויש את שנטען לעניין הזיהוי, כך שהלכת מקבילית הכוחות אינה יכולה להתבטל במחי יד.

10. אין חולקין כי הראיות כנגד המשיב נסמכות על אמרותיו של לופו כפי שהוקלטו על ידי הסוכן, בעת ביצוע אספקת הסם המיוחסת למשיב, כאמור באישומים הראשון והשני.

אין גם מחלוקת כי לופו חזר בו בחקירותיו מאמרותיו המוקלטות.

לא מצאתי כי קיימת חולשה בראיות, כפי שקבע בית משפט קמא בסעיפים 16 ו-20 להחלטתו מיום 3.10.17.

העובדה כי אין מדובר "בראייה ישירה" כדברי בית משפט קמא, פרט לאמרותיו של לופו בזמן אמת הקושרת את המשיב לעבירות המיוחסות לו, אין בה כדי להחליש את עוצמת הראיות כנגד המשיב, שהיא מספקת ואף מעבר לכך, בהליך זה.

לאמרותיו המוקלטות של לופו חיזוקים בחומר הראיות, בדמות מחקרי התקשורת ביחס לשני האישומים.

ממחקרי התקשורת שבתיקי החקירה, בהם עיינתי עיין היטב, עולה כי המשיב שוחח עם לופו עובר לביצוע העבירות.

הן לופו והן המשיב אישרו בחקירתם כי מספרי הטלפון שבמחקרי התקשורת הם של מכשירי הטלפון הנייד שברשותם.

חיזוק נוסף לעדותו של לופו, יש בעדות הסוכן מיום 8.3.17, לפיה לופו התקשר מהטלפון שלו, בנוכחות הסוכן, למשיב המכונה "פינגווין" ושמו שלומי בן ברוך. הסוכן שמע את השיחה בה ביקש לופו מהמשיב "להביא לו עכשיו חשיש". לדברי הסוכן הוא זיהה את קולו של המשיב המוכר לו מאשדוד.

לא מצאתי כי יש בתמיהות שהעלה הסנגור לעניין זיהויו של המשיב, כדי לכרסם בתשתית הראייתית.

לאחר שלופו מאשר כי "פינגווין" הוא זה שמביא לו את הסמים, הסוכן שואל שאלות בעניינו של "פינגווין". בתשובה לופו משיב לו **"שלומי פינגווין המכונה צולע, הבן של אלי ביטון"** והוא ממשיך ומסביר **"כן, כל בעיה שיש לו רץ לאלי ביטון"** ומכאן ברור כי אין הכוונה לאביו הביולוגי של המשיב אלא, למי שלדעת לופו וככל הנראה גם לדעת הסוכן, "מטפל" במשיב ו"אוהב" אותו, כמו אב. כך גם הבין מתמלל השיחה את תוכן השיחה, שכן המילה "הבן" מופיעה במירכאות בתמלול.

באשר לטענת הסנגור, כי הסוכן כינה את המשיב כ"שלומי בן שבת", הרי שאין מדובר בטעות של הסוכן, אלא בטעות של החוקר בעת שחקר את לופו (חקירת לופו מיום 11.9.17, ש' 11).

נראה כי החוקר שגה בהיסח הדעת ועל כן בשורה 36, הוא מתקן ומשתמש בשם "שלומי בן ברוך".

אשר לחולשה הנטענת בשל כך שמדובר באמרות חוץ של עד לפי סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], ראה ע"פ 323/84 **שריקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לט(3), 505, לפיו אין נדרשת מודעות של נותן האמרה כי דבריו מוקלטים וכן נקבע שם, כי סליל ההקלטה עונה על דרישת "הכתב" שבסעיף 10א לפקודת הראיות. כמו כן, אין כל נפקות לכך שלופו "מגלה עיונות" כבר בשלב החקירות במשטרה. בעניין זה נפסק בע"פ 5921/12 **סבג נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו (7.5.13)], כי אין הכרח כי החזרה מעדותו של עד תהיה על דוכן העדים והיא יכולה להיות גם בשלב מאוחר יותר של החקירה.

בבש"פ 1001/99 **קורנבליט נ' מדינת ישראל**, נפסק כי בדרך כלל חזרה מעדות אינה מהווה כרסום שיש בו כדי לפגוע בתשתית הראייתית הלכאורית של התביעה, בעת בחינת הראיות בשלב המעצר שכן בשלב זה אין בית המשפט בוחן את אמינותן של הראיות ומשקלן.

11. סוף דבר, התשתית הראייתית כנגד המשיב, מקימה סיכוי סביר להרשעה ואין בה כל חולשה. משכך לא היה מקום להורות על קבלת תסקיר מעצר ובוודאי לא על קבלת תסקיר משלים לאחר שהתסקיר הראשון לא המליץ על שחרור ממעצר. בעניין זה, לא למותר להוסיף את עברו הפלילי המכביד של המשיב, לרבות בעבירות סחר בסמים וקיומם של מאסרים מותנים ברי הפעלה כנגדו.

לפיכך ובקבלי את הערר אני מורה על מעצרו של המשיב עד לתום ההליכים נגדו.

ניתנה היום, כ"ג כסלו תשע"ח, 11 דצמבר 2017, במעמד
הצדדים.