

## בש"פ 183/14 - קסם בן סימון,רפי אקלה נגד מדינת ישראל

### בית המשפט העליון

בש"פ 183/14  
בש"פ 184/14

לפני: כבוד השופט ח' מלצר

העורר בבש"פ 183/14: קסם בן סימון

העורר בבש"פ 184/14: רפי אקלה

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

עררים על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר-שבע,  
בדבר קיומן של ראיות לכאורה, מתאריך 2.1.2014,  
בתיק מ"ת 58673-12-13 (כב' השופט ג' גדעון)  
י"ד בשבט התשע"ד (15.01.14)

תאריך הישיבה:

בשם העורר בבש"פ 183/14: עו"ד שלמה פצ'בסקי

בשם העורר בבש"פ 184/14: עו"ד אבי סטרול

בשם המשיבה: עו"ד אופיר טישלר

### החלטה

1. לפני שני עררים שהוגשו לפי סעיף 53 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996

עמוד 1

(להלן: חוק המעצרים), על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר-שבע מתאריך 2.1.2014, בתיק מ"ת 58673-12-13 (כב' השופט ג' גדעון), המופנים כנגד קביעתו כי קיימות ראיות לכאורה נגד העוררים, בנוגע למוחס להם בכתב אישום משותף שהוגש נגדם ואשר פרטיו יתוארו בהמשך.

2. זה המקום לציין כי המדינה הגישה בקשות למחיקת שני העררים, וזאת בהתחשב בכך שהערכאה הדיונית טרם סיימה את מלאכתה וטרם בחנה את שאלת חלופת המעצר.

להלן יובאו בקצרה הנתונים הדרושים להכרעה במכלול.

רקע כללי

3. בתאריך 30.12.2013 הוגש נגד שני העוררים כתב אישום משותף בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע, שכלל שני אישומים (כאשר האישום הראשון יוחס לשניהם ואילו האישום השני יוחס לעורר ב-בש"פ 184/13 בלבד, שייקרא להלן: העורר 2; העורר ב-בש"פ 183/14 ייקרא להלן בהתאמה: העורר 1), הכל כפי שיפורט מיד בסמוך.

4. לפי הנטען בגדרי האישום הראשון: בתאריך 18.12.2013, עמדה המתלוננת (להלן גם: המתלוננת 1), אישה כבת 50, בכניסה לבית מגוריה ברחוב מסוים באשקלון, בעוד העוררים החלו מתקרבים אליה כשהם רעולי פנים, תפסו את ידיה ומשכו אותן לאחור והחלו למשוך בכח תיק שהיא נשאה על גבה (להלן: התיק), שהכיל את הפריטים הבאים: ארנק ובו תעודת זהות, כרטיס אשראי של חברת ויזה (להלן: כרטיס האשראי), מכשיר טלפון סלולארי מסוג נוקיה, מפתחות, סכום קטן של כסף ומסמכים נוספים. מאחר שהמתלוננת התנגדה למעשיהם המתוארים, העוררים דחפו אותה והפילו אותה ארצה, תוך שהם גוררים אותה על הרצפה, כשהיא ממשכה לאחוז בתיק וזאת עד אשר אחת מידידות התיק נקרעה, והעוררים השכילו לחלץ אותו מידיה. כתוצאה מהמעשים המתוארים נחבלה המתלוננת בחלקים שונים בגופה. בסמוך לאחר ביצוע מעשה השוד המתואר, כך נטען, פגשו העוררים בשני אנשים נוספים, אנדריי ויליאן המוכרים להם מאזור מגוריהם (הערה: השניים נחקרו במשטרה כחשודים במעשים המיוחסים פה לעוררים במסגרת האישום הראשון), ובתוך-כך הציג בפניהם העורר 2 את כרטיס האשראי, וטען כי הוא שייך לאישה החייבת לעוררים כסף, ואף הציע לקנות לאנדריי ויליאן, בחנות הממוקמת בסמוך ל'קניון לב' באשקלון, בירה ושתי קופסאות סיגריות. בהמשך הדברים, כך נאמר בכתב האישום - אנדריי ניגש לרכוש הפריטים הנ"ל, אולם נתקל בסירובו של המוכר בחנות, וזאת גם לאחר שהציג למוכר את תעודת הזהות של המתלוננת. בשלב מאוחר יותר, כך נטען, הציע ויליאן כי הוא ינסה לרכוש את המוצרים בעצמו, והוא עשה כן (בשעה 16:12) באמתלה כי כרטיס האשראי של המתלוננת שייך לסבתו והוא רכש ארבעה בקבוקי בירה ושתי חפיסות סיגריות בסכום כולל של 124 ש"ח, בחנות מסוימת המצויה בקניון לב. לאחר מכן מסר את הטובין שרכש לידי העוררים, כאשר הארבעה חלקו בשלל הגנוב. יותר מאוחר (בשעה 16:33) ניגש אנדריי למינימרקט מסוים באשקלון ורכש בקבוקי בירה וסיגריות בסכום של 172 ש"ח, ומסר לאחר מכן את הפריטים שקנה לעוררים. לבסוף נעצרו אנדריי ויליאן על-ידי שוטרים שהגיעו למקום וכרטיס האשראי נתפס על גופו של ויליאן.

נוכח מעשיהם המתוארים של העוררים, הם הואשמו בעבירות הבאות: שוד בנסיבות מחמירות - עבירה לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות - עבירה לפי

סעיף 415 סיפא לחוק העונשין.

5. לפי הנטען בגדרי האישום השני (המיוחס כאמור רק לעורר 2): בתאריך 5.12.2013, בסביבות השעה 20:05, הלכה המתלוננת (להלן גם: המתלוננת 2), ילידת 1992, ברחוב מסוים באשקלון לכיוון רחוב ההסתדרות, כשהיא משוחחת בטלפון הסלולארי שלה, מסוג גלאקסי S3 (להלן: המכשיר הסלולארי). באותה העת, העורר 2 ואדם נוסף (אשר זהותו איננה ידועה למאשימה) התקרבו אל המתלוננת, כאשר העורר 2 חטף מידיה את המכשיר הסלולארי והחל להימלט מן המקום, כשביריחתו מלווה בצעקותיה של המתלוננת. נוכח מעשיו המתוארים, העורר 2 הואשם בעבירה של גניבה לפי סעיף 384 לחוק העונשין.

השתלשלות העניינים בהליכי המעצר

6. בתאריך 30.12.2013 הגישה המשיבה בקשה למעצר המשיבים עד לתום ההליכים המשפטיים נגדם לפי סעיף 21 לחוק המעצרים, בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע הנכבד (להלן: הבקשה, או בקשת המדינה). המדינה סמכה את בקשתה האמורה בשאלת קיומן של ראיות לכאורה נגד העוררים, בין היתר, על הנימוקים הבאים:

קיומה של חזקה תכופה: העוררים נעצרו, כנטען על-ידי המשיבה, כשלוש שעות לאחר ביצוע השוד, במקביל למעצרו של אנדריי ויוליאן, אשר הפלילו את העוררים והעידו בחקירתם במשטרה כי הללו מסרו להם את כרטיס האשראי ואת תעודת הזהות של המתלוננת 1, כמפורט באישום הראשון בכתב האישום. המדינה הסתמכה בבקשתה גם על כך שבעת מעצר העוררים היו בידיהם בקבוקי בירה וסיגריות, אך האחרונים לא יכלו להצביע על המקום בו אלה נרכשו וכן על כך שהעוררים נתפסו עם מחממי צוואר, שאיפשרו לכאורה את כיסוי פניהם במהלך השוד.

המדינה הסתמכה בבקשתה אף על עדותו של חברם של העוררים (שייקרא להלן: העד טמנו), אשר מסר בהודעתו במשטרה, בצהרי אותו היום בו בוצע השוד, כי ראה את המשיבים יחד עם אנדריי ויוליאן ליד בית מגוריו, ואף שמע את העורר 2, אומר להם: "לך תקנה", כאשר עדות זו התיישרה, לטענת המדינה, עם עדויותיהם של אנדריי ויוליאן.

בנוגע לאישום השני, המיוחס כאמור לעורר 2 בלבד, סמכה המדינה את ידה על כך כי הוא זוהה על-ידי המתלוננת 2 במסדר תמונות, ועל העובדה שלא הוצע הסבר מניח את הדעת על-ידו לגבי הזיהוי הנ"ל וכן לא הועלתה בשלב החקירה טענת אליבי.

7. בתאריך 2.1.2014 התקיים דיון בבקשת המדינה להארכת מעצר בבית המשפט המחוזי הנכבד ובגדרו התקבלה הטענה בדבר קיומן של ראיות לכאורה, וזאת חרף קשיים בחומר הראיות שנבחנו על-ידי בית המשפט המחוזי, עליהם עמדו באי-כוחם של העוררים במהלך הדיון שם. בהקשר לקשיים אלה הודגשו: הסתירה בתוך גרסתו של אנדריי, ובין גרסתו של אנדריי לבין גרסתו של יוליאן (אותה ראה בית המשפט המחוזי הנכבד כסתירה מהותית) - אנדריי סיפר בתחילה כי קיבל את כרטיס האשראי מן העורר 2 (שסיפר לו כזכור כי הכרטיס שייך לסבתו), ואילו בעימות עם העורר 2, סתר את גרסתו זו ומסר כי העורר 2 סיפר לו כי הכרטיס שייך לו. גרסא זו, כך נמצא על ידי בית המשפט המחוזי הנכבד,

עומדת לכאורה גם בניגוד לעדות יוליאן שהעיד כי העורר 2 סיפר לו כי כרטיס האשראי שייך ל"מישהי שחייבת להם כסף". קושי נוסף, עליו עמד בית המשפט המחוזי הנכבד, נגע לעדות אנדריי שהלך לרכוש את המוצרים הגנובים, לאחר שהבחין כי צבע עורה של המתלוננת (כפי שעלה מתעודת הזהות שלה) שונה מגוון עורו של העורר 2, שהוא עולה מאתיופיה (ולפיכך הדבר העלה תהיה לגבי השייכות של כרטיס האשראי לסבתו של העורר 2, כפי שאנדריי העיד מוקדם יותר).

בצד קשיים אלו עמד בית המשפט המחוזי הנכבד על מהימנות עדותו של העד טמנו, שהיה בה כדי להפריך את טענת העוררים כי אין להם היכרות עם אנדריי ויוליאן, וכי לא שוחחו איתם ביום השוד אותו ביצעו העוררים לכאורה (יחד עם זאת ביחס לאמירה של העורר 2 "לך תקנה", שעלתה מעדותו - לא צוין בבקשת המדינה אם הופנתה לאנדריי, או ליוליאן). עם זאת, קבע בית המשפט המחוזי הנכבד כי הקשיים הלכאוריים הנ"ל שהוצגו בהחלטתו - אינם בלתי פתירים. כך לגבי הסתירה בין גרסאות אנדריי ויוליאן סבר בית המשפט המחוזי הנכבד כי "יכול להימצא הסבר לפיו ידעו יוליאן ואנדריי, או סברו כי מדובר בכרטיס גנוב, ומסרו את גרסאותיהם הסותרות על מנת להרחיק עצמם מהחשש לשימוש בכרטיס גנוב".

בסיכום, ציין בית המשפט המחוזי הנכבד כי יש בפגמים ובקשיים הראייתיים האמורים, כדי ליצור חולשה ממשית בראיות לכאורה. גם לגבי קיומן של ראיות לכאורה הנוגעות לאישום השני, קבע בית המשפט המחוזי הנכבד כי קיימת לגביהן חולשה ניכרת, מאחר שהזיהוי של העורר 2 במסדר התמונות על-ידי המתלוננת 2, לא היה ודאי (באומרה רק כי: "נראה לי שזה הוא"), אך לא היה בדבר, לעמדתו, כדי לשלול את קיומה של תשתית ראייתית לכאורית כלשהי, מאחר שבעדות שנגבתה מהמתלוננת 2 לאחר מסדר התמונות, היא מסרה כי: "אני הייתי במסדר זיהוי כרגע זיהיתי את הבחור האתיופי שחטף לי את הטלפון...".

באותה ההחלטה הורה בית המשפט המחוזי הנכבד לשירות המבחן כי יכין תסקיר מעצר שיבחן את מסוכנותם של העוררים וכן את קיומן של חלופות מעצר בעניינם, ככל שתוצענה - וכי העוררים יישארו במעצר עד החלטה סופית בעניינם.

מכאן הערר שבפני.

8. בא-כוחו של העורר 1 חזר בערר שהגיש וכן בדיון שהתקיים בפני בתאריך 15.1.2014, על מרבית הטענות שהעלה בפני בית המשפט המחוזי הנכבד, ובפרט הדגיש את הטענות הבאות (אשר התמקדו באופן טבעי באישום הראשון בלבד): הסתירות בעדויותיהם של אנדריי ויוליאן מכרסמות בתשתית הראייתית הלכאורית שעומדת כנגד העוררים בנוגע לאישום הראשון בכתב האישום (כפי שהדבר עלה אף מהחלטת בית המשפט המחוזי הנכבד); עדות המתלוננת ותיאורה של השודדים - שוללים את מעורבות העורר 2 בשוד הנטען, נוכח צבע עורו וחוסר ההתאמה שהתגלתה בשאלת פרטי הלבוש שהעוררים לבשו ( המתלוננת 1 ציינה בהודעתה במשטרה כי אחד מהתוקפים לבש חולצה בצבע תכלת, מה שלא הסתבר כנכון בסופו של יום). עוד הוסיף בא-כוח העורר 1, בהקשר זה, כי התיאור שמסרה המתלוננת הולם דווקא את דמותם של אנדריי ויוליאן, אשר נחשדו בתחילה אף הם בביצוע המעשים, מושא האישום הראשון. בא-כוח העורר 1 הטעים בהקשר זה כי יוליאן נתפס על-ידי השוטרים כשבידו מוצרים המתאימים בדיוק לסכום הרכישה, אשר

אנדרי טען לגביהם כי הוא מסר אותם לעוררים. בא-כח העורר 2 חזר בדיון על הטענות שהעלה העורר 1 בערר והוסיף בהקשר לאישום השני - כי משקל הזיהוי של העורר 2 במסדר התמונות, איננו עומד במבחן הסיכוי הסביר להרשעה.

9. בא-כח המשיבה, מעבר לבקשתו החוזרת למחוק העררים על הסף, בחר לאמץ בדיון שהתקיים בפני את ההחלטה של בית המשפט המחוזי הנכבד, בדבר קיומה של תשתית לכאורית לעניין שני האישומים המפורטים לעיל, ובדבר הצורך בעריכת תסקירי מעצר כאמור בעניינים של העוררים.

#### דיון והכרעה

10. לאחר עיון בהודעת הערר, ולאחר שמיעת טענות הצדדים בדיון שהתקיים בפני בתאריך 15.01.2014 - הגעתי למסקנה כי דין הערר להידחות. הנימוקים למסקנתי זו יובאו מיד בסמוך.

11. בראשית הדברים יודגש כי אין בידי לקבל בנסיבות שלפני את בקשות המשיבה למחיקת העררים, שבגדרן היא טענה כי היה על העוררים להמתין להחלטה בשאלת שחרורם לחלופת מעצר ורק לאחריה לערור על ההחלטה בדבר קיומן של ראיות לכאורה. כידוע, לנאשם עומדת בעקרון הזכות לערור על החלטה לעניין קיומן של ראיות לכאורה מרגע שזו ניתנה ואין הוא מחויב להמתין למתן ההחלטה בשאלת שחרורו לחלופת מעצר (עיינו, למשל: #21; דמירי נ' מדינת ישראל (11.5.2011)) עם זאת לעתים קרובות אכן ראוי להמתין להחלטה הנוספת והמשלימה (עיינו באשר למערך השיקולים הרלבנטיים - בש"פ 478/12 פריח אל עסאם נ' מדינת ישראל (23.01.2013)).

12. לגופם של דברים אציין כי בית המשפט, הבוחן את דבר קיומן של ראיות לכאורה במסגרת דיון במעצר עד תום ההליכים, ככלל איננו נדרש לשאלות של מהימנות העדים ולסתירות כאלה ואחרות ככל שהן עולות מן העדויות שנגבו. ההחלטה בעניינים הללו שמורה בעקרון לבית המשפט השומע את הראיות בתיק העיקרי (עיינו: בש"פ 10251/04 קריאולין נ' מדינת ישראל (15.12.2004)). יחד עם זאת, בית המשפט הדן בבקשת המעצר לא יתעלם מסתירות מהותיות העולות לכאורה מן הראיות, ואם מצא כי מדובר בסתירות ברורות המאיינות את התכנות האשמה, עשוי הדבר להוביל לעתים למסקנה כי אין הצדקה למעצר, או שיש מקום להורות על חלופה (עיינו: בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל פ"ד נ(2) 133, 148 (להלן: הלכת זאדה)). לפיכך אדרש להלן לטענות העוררים האמורות בדבר החולשה המהותית בתשתית הראייתית הלכאורית של כתב האישום.

13. באשר לאישום הראשון - אכן עושה רושם כי עדויותיהם של אנדריי ויוליאן במשטרה, הינן מרכזיות לעניין סיכויי ההרשעה של העוררים, והן אמנם מעלות קשיים, כפי שאף קבע בית המשפט המחוזי הנכבד בהחלטתו. אנדריי ויוליאן סתרו אחד את השני ואף שינו את גרסאותיהם ביחס לזהותה של בעלת של כרטיס האשראי שניתן להם, לכאורה, על ידי העוררים. משום שמסירת כרטיס האשראי היא ראייה מרכזית הקושרת את העוררים לשוד - יש לסתירות אלו חשיבות גבוהה. מנגד, העוררים הכחישו תחילה בחקירתם כי הם מכירים בכלל את יוליאן ואת אנדריי, מה שהסתבר בשלב מאוחר יותר לכאורה כבלתי מדוייק, כפי שעולה מדברי העד טמנו שסיפר כי ראה את העוררים בחברת אנדריי ויוליאן

מוקדם יותר באותו יום.

באשר לשאלת זיהוי העוררים על-ידי המתלוננת - אני סבור כי מהודעת המתלוננת במשטרה (מתאריך 19.12.2013) אמנם עולים קשיים ביחס לגוון עורם של העוררים, עליהם עמד בית המשפט המחוזי הנכבד (ראו: עמ' 9 להחלטתו מתאריך 02.01.2014). אולם יתכן וקושי זה ניתן להסבירו במהירות בה התנהל אירוע השוד, ובתחושת הפחד שאחזה במתלוננת עת שניים תקפו אותה. בנוסף לכך וכפי שתיארה המתלוננת בהודעתה, ייתכן והיא סונוורה על ידי השמש וגבה היה מופנה אל השודדים לפחות במהלך חלק ממשך התקיפה - באופן שמסביר את הקשיים בזיהוי.

14. אעיר כי מעבר לקשים המתוארים לעיל, חומר הראיות הוא נסיבתי ואף אם בשלב בו אנו מצויים יש בו כדי לעמוד ברף של ראיות לכאורה - אינני קובע כמובן מסמרות לגבי דיותן בהמשך. לסוגיה זו יידרש המותב שבפניו ידון התיק העיקרי, לאחר שהעדים יעומתו עם הקשיים המצוינים לעיל.

15. באשר לאישום השני - הראיה היחידה הקושרת את העורר 2 לחטיפת הטלפון של המתלוננת הוא מסדר זיהוי שנעשה על ידי אלבום תמונות (בניגוד למסדר זיהוי חי). במסדר נעשה שימוש במספר גבוה מאוד של תמונות (180) והמתלוננת ציינה כי "נראה לה" כי היא מזהה את העורר 2 בתור מי שחטף את הטלפון שלה. כשאמירה לא נחרצת זו מצטרפת לקושי הידוע הטמון במסדרי תמונות ובעיקר בזיהוי בין-גזעי - נראה כי ישנו קושי ממשי בראיות ביחס לאישום זה (לדיון בבעייתיות הטמונה בזיהוי בין גזעי ראו למשל: Sheri L. Johnson, *Cross racial identification errors in criminal cases*, 69 Cornell L. Rev. 934 (1984)).

16. חרף כל האמור, אינני מוצא כי מדובר בקשיים המצדיקים בשלב זה שמיטת הקרקע תחת החלטתו של בית המשפט קמא כי קיימות ראיות לכאורה, אך כפי שנקבע בפרשת זאדה, ייתכן ויש בקשיים אלו כדי להטות את הכף לטובת שחרורם של העוררים לחלופת מעצר, היה ותימצא כזו.

17. נוכח כל האמור לעיל - הנני דוחה את העררים שהגישו העוררים.

ניתנה היום, י"ח בשבט התשע"ד (19.1.2014).

שׁוֹפֵט