



## בש"פ 6376/23 - בן חיים נגד מדינת ישראל

### בית המשפט העליון

בש"פ 6376/23

לפני: כבוד השופט א' שטיין

העורר: בן חיים

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו  
(השופט ב' שגיא, ס"נ) אשר ניתנה ביום 16.8.2023  
במ"ת 11136-08-23

בשם העורר: עו"ד ירון פורר

בשם המשיבה: עו"ד מוחמד סראחנה

### החלטה

1. לפני ערר לפי סעיף 53(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים), על החלטת בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (השופט ב' שגיא, ס"נ) אשר ניתנה ביום 16.8.2023 במ"ת 11136-08-23. במסגרת החלטה זו, הורה בית המשפט על מעצרו של העורר עד תום ההליכים המתנהלים נגדו בת"פ (מחוזי ת"א) 11182-08-23 (להלן: ההליך העיקרי) - וזאת מבלי להורות על הגשת תסקיר מעצר על ידי שירות המבחן.

2. ביום 6.8.2023 הוגש לבית המשפט המחוזי כתב אישום נגד העורר בהליך העיקרי.

עמוד 1

3. כתב האישום מכיל בתוכו שני אישומים כדלקמן:

האישום הראשון מייחס לעורר עסקה אחרת בנשק, עבירה לפי סעיף 144(ב2) בצירוף סעיף 144(ג3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

האישום השני מייחס לעורר ניסיון לייצור נשק, עבירה לפי סעיף 144(ב2) בצירוף סעיפים 144(ג3) ו-25 לחוק העונשין.

4. על-פי עובדות האישום הראשון, ביום 11.6.2023 שכרו נאור סוכר, איליי הרשקו, נאדר אל עביד (להלן, בהתאמה: נאור, איליי ונאדר; ואלה יכוננו יחדיו השלושה) ואחרים, או מי מטעמם, דירה ברחוב יום טוב בתל אביב עד ליום 16.6.2023 (להלן, בהתאמה: הדירה ו-תקופת השכירות). במהלך תקופת השכירות הקצוצה, נפגשו השלושה ואחרים בדירה ופעלו לרכישה של כלל המרכיבים הדרושים להרכבת מטעני חבלה מאולתרים. לשם קידום מטרתם, יצר נאור קשר עם העורר. העורר הגיע לדירה ביום 15.6.2023 וסיפק לאיליי ולנאור, או למי מטעמם, אביזרים המהווים חלקי מטען חבלה. השלושה החלו לעסוק, בעצמם או בעזרת מי מטעמם, בייצור מטעני חבלה באמצעות האביזרים שסיפק העורר. חלקים של מטעני החבלה, אותם סיפק העורר לשלושה, היוו, עם חיבורם יחדיו, שלושה מטעני חבלה מאולתרים, המהווים שלושה כלי נשק בשל היותם חפצים נפיצים שבכוחם להזיק לאדם בעת התפוצצותם.

על-פי עובדות האישום השני, ביום 25.7.2023, או עובר למועד זה, פעל העורר, בעצמו או באמצעות מי מטעמו, להבאת כלל המרכיבים הדרושים להרכבת מטעני חבלה מאולתרים לביתו בעיר באר שבע. העורר עסק בניסיון לייצר מטעני חבלה בהניחו את חלקי המטענים, זה לצד זה, במזוודה. פעילותו של העורר סוכלה מבעוד מועד על ידי המשטרה.

5. בד-בבד עם הגשת כתב האישום, הגישה המדינה בקשה למעצר העורר עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו (מ"ת 11136-08-23). ביום 16.8.2023 קבע בית המשפט המחוזי (השופט ב' שגיא, ס"נ) כי קיימת תשתית ראייתית לכאורית לגבי כל אחד מהאישומים, והורה על מעצרו של העורר עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו - וזאת, מבלי שעניינו הופנה לקבלת תסקיר מעצר מאת שירות המבחן.

6. מכאן הערר.

7. העורר כופר בקיומן של ראיות לכאורה בעניינו, ובהתאם לכך מלין על מעצרו עד תום ההליך העיקרי:

באשר לאישום הראשון, העורר טוען כי הראיות עליהן מסתמכת המדינה הן נסיבתיות גרידא ואינן מצביעות על קשר ישיר בינו לבין העבירות אשר בוצעו על ידי השלושה ושותפיהם האחרים.

באשר לאישום השני, לטענת העורר, בית משפט קמא שגה בקבעו כי קיימות ראיות לכאורה המאמתות את הנטען באישום זה. לצד זאת, הדגיש בית המשפט קושי משפטי באשר לסוג העבירה המיוחסת לעורר. זאת, לנוכח טענת

ההגנה כי עובדות הפרשה, אשר עולות מהראיות לכאורה, הן בגדר "הכנה" לביצוע עבירה - שככלל אינה ענישה - להבדיל מעבירת "ניסיון". בית המשפט הצביע אומנם על פתרונו של קושי זה במישור המשפטי, אולם פתרון זה - כך נטען - אינו נקי מספקות, בלשון המעטה. בהקשר זה טען העורר כי בית משפט קמא לא נתן משקל מספק לעובדה כי הפריטים, אשר שימשו, לכאורה, להרכבתו של מטען החבלה, כלל לא היו מאוגדים, וכי מדובר בפריטים שניתן לרכוש ולהחזיק באופן חוקי למהדרין. בנוסף, מלין העורר על שלא ניתן משקל לעובדה כי לצד הפריטים אשר נמצאו במזוודה נמצאו גם צעצועי ילדיו.

8. לאור מכלול הנסיבות, מוסיף העורר וטוען כי בית משפט קמא חייב היה לבחון את היתכנותה של חלופת מעצר - בפרט, לנוכח הקושי המשפטי והראייתי שעלה כאמור.

במסגרת זו, כך נטען, נכון היה להורות לשירות המבחן על הגשת תסקיר מעצר - דבר שלא נעשה.

9. מנגד, המדינה סומכת את ידיה על ההחלטה קמא ועל נימוקיה, תוך שהיא מוסיפה ומדגישה כי מעשיו של העורר עולים כדי "ניסיון", ואינם בגדר "הכנה" גרידא. כמו כן, מדגישה המדינה את חזקת המסוכנות הסטוטורית - אשר נזקפת לחובת העורר מכוח האמור בסעיפים 21(א)(1)(ג) ו-35(ב)(1) לחוק המעצרים - וכפועל יוצא מכך, את הצורך בטעמים מיוחדים, שרק בהתקיימותם ניתן להעמיד לעורר חלופת מעצר. לטענת המדינה, טעמים כאמור אינם מתקיימים, ועל כן דין הערר להידחות.

10. סבורני כי לא יהא זה נכון לדון במסגרת זו בשאלה של "הכנה או ניסיון?", אשר מן הסתם תוכרע לגופם של דברים על ידי הערכאה הדיונית לאחר שמיעת ראיות. יחד עם כך, עלי לציין כי שאלה זו היא שאלה רצינית ובעלת השלכות ברורות על תוצאת ההליך העיקרי. שאלה זו מעלה מתוך דברי-הימים של המשפט הפלילי את פסק הדין הקנוני העליונה של מדינת ניו יורק. במקרה זה, דובר על שוד מזויין שתוכנן על ידי הנאשם ושותפיו, אשר נעצרו על ידי שוטרים בזמן שהתחקו אחרי אדם שאותו הם תכננו לשדוד. בית המשפט זיכה את הנאשם בקבעו כי התביעה לא הוכיחה שהעבירה היתה מתבצעת אילולא התערבות השוטרים (ראו: שם, בעמ' 889). בית המשפט הוסיף וציין בפסק דינו כי ערנות השוטרים היתה בלי ספק ראויה לשבח, אולם היא נעשתה בשלב המוקדם של ההכנה, שאינה ענישה; ואלה הם הדברים מפי אומרים:

The police of the city of New York did excellent work in this case by preventing the commission of a serious crime. It is a great satisfaction to realize that we have such wide-awake guardians of our peace. Whether or not the steps which the defendant had taken up to the time of his arrest amounted to the commission of a crime, as defined by our law, is, however, another matter

שם, בעמ' 888.

11. דבריי אלה אינם מכוונים לכך שקיימת זהות בין המקרה שלפניי לבין עובדותיה של פרשת Rizzo (ראו והשוו: State v. Parker, 245 So.3d 1066 (La. App. 2018)). עסקינן בסוגיה תלוית פרטים, שבה ניתן יהיה להכריע רק לאחר שמיעת ראיות. יחד עם כך, וכפי שכבר נאמר, מדובר בשאלה רצינית.

12. להשלמת התמונה, אציין את האמור בחוות דעתו של המומחה המשטרתי, מר עומר גולן. מומחה זה קבע כי הדברים שנתפסו בדירה ובביתו של העורר כללו מצתים ומקלטים אלחוטיים להפעלת ראשי גפרור חשמלי ומצתים מתחום הזיקוקים, זיקוקי ניצוצות, חומרים פלסטיים, צינורות מתכת ופקקי מתכת. לדעת המומחה, דברים אלה "הינם בין היתר מרכיבים במטעני חבלה מאולתרים" (ההדגשה שלי - א.ש.). הדברים צולמו בצבע וצילומיהם צורפו לחוות הדעת. הדברים רחוקים מלהיראות תמימים ומעלים, לכל הפחות, חשד רציני כי הם נועדו לשמש בהרכבת מטעני חבלה מאולתרים, כפי שטוענת המדינה. ברם, חשד זה לבדו אינו עונה לשאלה האם אוסף הדברים הללו עולה כדי ניסיון לעבור עבירת נשק, או שמא עסקינן בהכנה ותו לא. כמו כן, אין זה ראוי, בשלב מוקדם זה של ההליך הפלילי, לחוות דעה בשאלה האם דברים אלה - לפני הרכבתם למטען חבלה - כוללים "חפץ נפיץ [שבכוחו] להמית אדם או להזיק לו" או "חלק" מחפץ כאמור, ועונים להגדרה של "נשק" בסעיף 144(ג)(3) לחוק העונשין. שאלה זו, אף היא, לדעתי, אינה טריוויאלית ואין להכריע בה אלא אחרי שמיעת ההוכחות בהליך העיקרי.

13. בנסיבות אלה, חל המבחן הידוע של "מקבילית הכוחות" אשר מחייבנו להעמיד - זאת מול זאת - את עוצמת הראיות שעל בסיסן תבקש המדינה להרשיע את העורר ואת המסוכנות הנשקפת ממנו לציבור ולהליך המשפטי שמתנהל בעניינו (ראו: פסקה 8 להחלטתי בבש"פ 1230/20 פלוני נ' מדינת ישראל (3.3.2020), והאסמכתאות שם). במסגרת זו, ובהתייחס למקרה הנוכחי, עלינו לתת את הדעת לכך שהעורר הינו בעל משפחה שעובר למעצרו עבד באופן סדיר לפרנסתה, ושבמשך שבע שנים ממועד שחרורו מהמאסר שריצה לא הסתבך עם החוק. בנסיבות אלו, ובשים לב למהות השאלה המשפטית והראייתית אשר עולה בהליך העיקרי - לא ניתן לשלול מראש את האפשרות ששירות המבחן ימליץ לבית המשפט על העברת העורר למעצר בפיקוח אלקטרוני מחוץ לכלא, בכפוף להפקדת ביטחונות כספיים מתאימים ותנאים מגבילים נוספים, ושלא יימצאו טעמים מיוחדים אשר יתמכו בהחלטה כאמור.

14. באומרי זאת, איני מביע שום דעה - לכאן או לכאן - באשר להיתכנות החלופה כאמור. יחד עם כן, סבורני כי טוב נעשה אם נורה לשירות המבחן להכין תסקיר בנוגע להמשך מעצרו של העורר והיתכנות החלופה כאמור, ולהגישו לבית המשפט המחוזי. בשל לחצי העבודה בהם נתון שירות המבחן, אמנע מלקבוע סד זמנים נוקשה להגשת התסקיר. תסקיר זה יוכן ויוגש אפוא לבית המשפט המחוזי תוך פרק זמן סביר, בהתחשב ביומנו של שירות המבחן. לאחר הגשתו - ובשים לב לאמור בו - ישקלו הצדדים את עמדותיהם ואת צעדיהם ויפעלו כחוכמתם בכל הקשור לעיון חוזר במעצרו של העורר. מובן מאליו הוא, כי אם יגיש העורר בקשה לעיון חוזר, בית המשפט המחוזי יחליט בה - לכאן או לכאן - לפי שיקול דעתו ובהתאם לכללים אשר חלים בכגון דא (ראו: פסקה 19 להחלטתי בבש"פ 250/21 מדינת ישראל נ' פרוך (31.1.2021), והאסמכתאות שם).

15. הערר מתקבל אפוא, כאמור בפסקה 14 לעיל.

ניתנה היום, י"ט באלול התשפ"ג (5.9.2023).

שׁוֹפֵט