

## בש"פ 1061/14 - זהר שחר נגד מדינת ישראל

### בבית המשפט העליון

בש"פ 1061/14

לפני: כבוד השופט ס' ג'ובראן

העורר: זהר שחר

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע  
מיום 30.1.14 במ"ת 33859-12-13 שניתנה על ידי  
כבוד השופט נ' אבו טהה

תאריך הישיבה: י"ח באדר א' התשע"ד (18.2.2014)

בשם העורר: עו"ד חן בן-חיים

בשם המשיבה: עו"ד סיון רוסו

### החלטה

1. לפני ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע (מ"ת 33859-12-13, השופט נ' אבו טהה) מיום 30.1.2014, במסגרתה הורה על מעצרו של העורר עד תום ההליכים המתנהלים נגדו. הערר מופנה כלפי הקביעה בדבר קיומן של ראיות בעניינו של העורר, וכן כלפי ההחלטה שלא לשחררו לחלופת מעצר.

2. ביום 17.12.2013 הוגש כתב אישום נגד העורר המייחס לו עבירה של החזקת סמים שלא לצריכה עצמית (סעיפים 7(א) ו-7(ג) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ז-1973 (להלן: פקודת הסמים המסוכנים) ועבירה של החזקת סמים לצריכה עצמית (סעיפים 7(א) ו-7(ג) לפקודת הסמים המסוכנים). בכתב האישום נטען כי בעקבות פעילות יזומה, הגיעו בלשים לביתו של העורר באשדוד וערכו בו חיפוש. במהלכו נמצאו בתוך הבית 3.74 גרם של סם מסוכן מסוג חשיש ו-0.52 גרם של סם מסוכן מסוג קוקאין, שניהם לצריכה עצמית. עוד נמצא במהלך החיפוש, מוסתר בארון נעליים בצמוד ומחוץ לדירתו של העורר, 108.6316 גרם של סם מסוכן מסוג קוקאין, ארוז בשמונה עשרה שקיות קטנות ומוסתר בתוך נעל. וכמו כן, בתוך הארון ובנפרד בתוך קופסת סיגריות, 3.19 גרם של סם מסוכן מסוג קוקאין שלא לצריכה עצמית ומחולק לשתי שקיות ניילון.

3. בד בבד עם הגשת כתב האישום, הגישה המשיבה בקשה למעצרו של העורר עד לתום ההליכים המשפטיים המתנהלים נגדו. בבקשה טענה המשיבה כי בידיה ראיות לכאורה להוכחת העבירות: דוחות הבלשים אשר תפסו את הסמים; הודעות שכניו של העורר על פיהן ארון הנעליים (בו נמצאה כמות הקוקאין הגדולה שלא לצריכה עצמית) שייך למשפחתו של העורר בלבד; חוות דעת מומחה; הודאתו של העורר כי הסמים שנתפסו בתוך ביתו שייכים לו ונועדו לשימוש עצמי. לעניין הסמים שנתפסו בארון נעליים מחוץ לדירתו, צוין בבקשה כי אשתו של העורר הכחישה תחילה כל קשר לארון הנעליים, אולם בהמשך, אישרה כי מספר זוגות נעליים בתוכו שייכות לו. עם זאת, הכחישה שכמות הסם הגדולה שנתפסה בתוך הנעל שייכים להם. לבסוף, נכתב בבקשה כי במהלך החיפוש העורר הרחיק עצמו באופן מוגזם מארון הנעליים, וההיגיון הבריא מחייב את המסקנה כי אדם אחר לא יניח את הסמים בארון הנעליים של העורר.

4. ביום 24.12.2013, התקיים דיון בנוגע לעניין הראיות לכאורה בפני השופט א' אינפלד. תחילה, צוין כי העורר מסכים לקיומן של ראיות לכאורה בנוגע לכמות שנמצאה בתוך ביתו לצורך שימוש עצמי. לעניין הסמים שנתפסו בארון מחוץ לדירה, טען העורר כי הם אינם שלו, הארון אינו נעול, ואפשרי כי אחד מהשכנים החביא שם את הסמים. מנגד, טענה המשיבה כי הארון נמצא בצמוד לדירתו, וכמו כן טביעת אצבעו של העורר נמצאה על קופסת הסיגריות.

5. לעניין הסמים שנמצאו בתוך קופסת הסיגריות, קבע בית המשפט כי קיימות ראיות לכאורה לאשמתו של העורר. זאת, בהתבסס על טביעת אצבעו; העובדה כי הקופסא נמצאה בארון הצמוד לדירתו; העורר הכחיש כל קשר לארון הנעליים - "הכחשה שאין בה ממש" - שהיא בגדר התנהגות מפלילה ביחס לעבירה זו. לעניין הסמים שנמצאו בתוך הנעל, קבע בית המשפט כי "עצמת הראיות גבולית". זאת נוכח העובדה כי הארון נמצא מחוץ לדירה במסדרון, ואכן כל אדם היה יכול להניח שם את הסם. עוד קבע בית המשפט כי אין בעובדה שקיימות ראיות משכנעות לעניין הסמים שנמצאו בתוך קופסת הסיגריות כדי להשליך באופן חזק על עצמת הראיות במקרה זה. לשיטתו "דווקא הפרדה בין כמויות הסמים לשתי חבילות שונות מאפשרת תזה חלופית אודות שימוש כפול בארון להחבאת הסמים על ידי שני גורמים". לעניין עילת המעצר, קבע בית המשפט כי גם הסמים לשימוש עצמי מקימים עילת מעצר. לבסוף, קבע בית המשפט כי נוכח עוצמת הראיות, אין די בעבר הפלילי כדי לעצור כבר עתה את העורר עד תום ההליכים, ונדרש תסקיר לשם מתן החלטה בעניין חלופת מעצר.

6. לאחר מכן, הגישה המשיבה ראייה חדשה העוזרת לבסס לשיטתה את אשמת העורר - דנ"א שלו שנמצא בתוך הנעל בה נמצאה כמות הקוקאין הגדולה. ביום 30.1.2014 דן בית המשפט (השופט נ' אבו טהה, שהחליף את

השופט א' אינפלד שיצא לשנת שבתון) בראיה החדשה. המשיבה טענה כי ראייה זו מוכיחה גם קיומן של ראיות לכאורה בנוגע לכמות הסם שנמצאה בתוך הנעל. העורר, מנגד, טען כי אין בראיה החדשה כדי לשנות מעוצמת הראיות משום שהיא מבוססת על חוות דעת ראשונית בלבד, וכן טען לזיהום הראיה ולפגמים בשרשרת הסם.

7. בית המשפט קבע כי ראיית הדנ"א, ביחד עם הראיות הקודמות, עומדת ברמת ההוכחה הנדרשת בנוגע לכמות הסם הגדולה שנמצאה בנעל בתוך ארון הנעליים. במסגרת זאת, דחה את טענות העורר לעניין שרשרת הסם והמוצגים, בהתבסס על דוחות החיפוש והטפסים הרלוונטיים. עוד קבע בית המשפט לעניין זה כי "מקומן של עובדות אלה להתלבן במסגרת ההליך העיקרי".

8. לאחר מכן, דן בית המשפט באפשרות לשחרר את העורר לחלופת מעצר. בתסקיר המעצר המליץ שירות המבחן לשחרר את העורר לחלופת מעצר בבית אמו המתגוררת בבני ברק בפיקוחה שלה ושל בן זוגה. שירות המבחן התרשם כי מדובר במשגיחים שביכולתם להציב גבולות להתנהגותו של העורר ובכך להפחית ממסוכנותו. עוד נכתב בתסקיר המעצר כי לעורר קיים סיכון להישנות התנהגותו העבריינית, וכן כי "הוא בעל יכולת להיתרם מהליך טיפולי" (עמוד 2 לתסקיר המעצר).

9. בית המשפט קבע כי הוא לא שוכנע שיש לסטות מהכלל על פיו בעבירות סמים בכמויות משמעותיות מעין אלה יש מקום למעצר שלא באמצעות חלופה אלא מאחורי סורג וברית. בית המשפט קבע עוד כי הכמויות הגדולות של הסם שנתפסו ומאזניים שנתפסו בבית "מלמדים על מעורבות עמוקה בערוצי הספקת הסם". לבסוף, צוין כי לעורר ארבע הרשעות קודמות בעבירות של איומים, החזקת סמים שלא לצריכה עצמית, הפרעה לשוטר, עבירות נשק, ועוד.

10. על בסיס כל אלה, הורה בית המשפט המחוזי לעצור את העורר עד לתום ההליכים המתנהלים נגדו. מכאן הערר שלפניי.

טענות הצדדים

11. העורר טוען הן לעניין הראיות לכאורה הן לעניין חלופת המעצר. לעניין הראיות לכאורה, טענותיו בתמצית הן כי לא הוכחה תשתית ראייתית לכאורית בנוגע לכמות הסם הגדולה שנתפסה בארון הנעליים. זאת, משום שחוות הדעת בנוגע לראיית הדנ"א ניתנה על בסיס תערובות פרופילים בזוג הנעליים "דבר המחזק את אותה תזה... אודות שימוש כפול בארון הנעליים המצוי במסדרון בניין מגורים"; על ארון הנעליים ועל הנרתיק בו הוחבאה כמות הסם הגדולה לא נמצאו טביעות אצבע או ראיות דנ"א של העורר; ראיית הדנ"א מזהמת משום שלא בוצעה כל הפרדה בין המוצגים שנתפסו - כולל בין הנעליים שנמצאו בארון למכנסיו של העורר. לעניין זיהום ראיית הדנ"א, יצוין כי במהלך הדיון שקיימתי במעמד הצדדים, חזרה בה באת-כוחו של העורר מטענה זו, והסכימה כי סוגיה זו תידון במסגרת התיק העיקרי.

12. לעניין חלופת המעצר, טוען העורר כי לא היה מקום שלא לבחור בחלופה שהציעה שירות המבחן נוכח עברו הפלילי; בניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי, לא נתפסו מאזניים בדירתו, אלא משקל דיגיטלי בתוך ארון הנעליים וללא טביעת אצבעו; המלצת שירות המבחן כי ניתן באמצעות המשגיחים לאיין את מסוכנותו של העורר.

13. המשיבה, בתמצית, טוענת כי די בראיות לכאורה כדי לעצור את העורר עד תום ההליכים המתנהלים נגדו. המשיבה סקרה במהלך הדיון שקיימתי את הראיות המובילות למסקנה זו. בנוסף, טענה כי הסיבה בגינה לא נמצאה טביעת אצבע על כמות הסם הגדולה, היא משום שכמות זו לא נועדה לשימוש עצמי, ולפיכך נהג בה בזהירות יתרה, בניגוד לכמות הקטנה שנמצאה בקופסת הסיגריות לצריכה עצמית.

#### דיון והכרעה

14. לאחר העיון בערר, בחומר הראיות שצורף, ובהחלטות בית המשפט המחוזי, ולאחר ששמעתי את טענות הצדדים בפניי, מצאתי כי דין הערר להידחות.

15. כידוע, לשם מעצרו של נאשם, לאחר הגשת כתב אישום, על המדינה להוכיח שתי יסודות - עילת מעצר על פי אחת העילות המנויות בסעיף 21(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים), וקיומן של ראיות לכאורה להוכחת האשמה, לפי סעיף 21(ב) לחוק המעצרים. גם לאחר שהשתכנע בית המשפט כי ניתן להורות על מעצר, לא יעשה כן באם ניתן להשיג את תכלית המעצר תוך נקיטת בחלופת מעצר לפי סעיף 21(ב)(1) לחוק המעצרים (ראו: בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133 (1996) (להלן: הלכת זאדה)).

16. ראיות לכאורה - ראשית, אציין כי לא מצאתי מקום להתערב בקביעות בית המשפט המחוזי לעניין הסמים לשימוש עצמי שנמצאו בדירתו של העורר (נוכח הודאתו); וכמו כן בקביעות בנוגע בסמים שנתפסו בקופסת הסיגריות שבארון הנעליים (נוכח טביעת האצבע והכחשתו הגורפת שאכן אינה משכנעת ונסתרה באופן מסוים בהודעת אשתו).

17. זאת ועוד, מקובלת עליי מסקנתו של בית המשפט המחוזי כי בעת ההחלטה הראשונה, טרם הגשת ראיית הדנ"א, עוצמת הראיות בנוגע לכמות הסם הגדולה שנתפסה בנעל הייתה גבולית. ההפרדה בתוך ארון הנעליים בין הכמות הגדולה לקטנה, ודאי שעה שהארון אינו נעול ובכך גובר הסיכוי כי הם יתגלו, מעלה תהיות לא פשוטות. השאלה המרכזית להכרעה בערר זה היא האם יש בראיית הדנ"א משקל מספק כדי שרמת הראיות הלכאוריות יחצו רף ויצדיקו מעצר עד תום ההליכים.

18. ומשם לעיקר. מקומן של השאלות הפתוחות בנוגע לקבילות ומשקל ראיית הדנ"א להתברר לעומקן בהליך המרכזי. עם זאת, קביעה כי קיים פגם בראיית הדנ"א, יכולה להביא לפסילתה. נקבע בעבר כי בנוגע לשאלות של קבילות ראיות, על בית המשפט הבוחן את הראיה לבדוק אם עולה ממנה פגם אשר ברור כי יוביל לפסילתה. מן העבר השני, "לא כל ספק בדבר קבילות הראיה מונע הסתמכות עליה לעניין קביעת ראיות לכאורה" (בש"פ 2514/09 מזרחי נ' מדינת ישראל, פסקה ו' (29.3.2009)). יפים לעניין זה דבריו של השופט י' זמיר ב-בש"פ 2871/94 פרץ נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (20.6.1994):

"מצד אחד, כאשר קיים ספק בשאלה אם ראייה מסוימת הינה קבילה בהליכים פליליים, אפשר להסתמך עליה בהליכי מעצר, לפחות אם קימת סבירות שהראיה תתקבל כראיה קבילה. שונה המצב מן הצד השני כאשר ברור על פני הדברים כי ראייה מסוימת הינה בלתי קבילה, ואין סיכוי סביר שתתקבל כראיה קבילה בהליכים פליליים. כך, לדוגמא, דברים

שנקלטו בהאזנת סתר בניגוד לחוק האזנות סתר... נראה שכך הדין גם לגבי ממצאים של בדיקת פוליגרף... אם מתברר כי הוכחת האשמה, תלויה בממצאים של בדיקת פוליגרף, מתבקשת המסקנה כי אין די ראיות לכאורה להוכחת האשמה, ולפיכך גם אין מקום למעצר הנאשם... מכל מקום, דין מיוחד עשוי לחול לענין זה על עדות שמיעה. כך הדבר, בין היתר, משום שבנסיבות מסוימות יש יסוד להניח כי במקום עדות שמיעה המוגשת בהליכי המעצר תוגש במהלך המשפט עדות קבילה"ב.

19. בנוסף, לענין בחינת משקלן של ראיות בהליך המעצר, ציינתי בעבר כי "גם כדי לקבוע כי קיימת תשתית ראייתית לכאורית, המצדיקה מעצר של נאשם, נדרשת הערכה מסוימת של חומר הראיות" (ראו: בש"פ 5294/11 שללשוילי נ' מדינת ישראל (24.7.2011)). בתוך כך, מסכים אני כי אין בשלב הזה של ההליך הפלילי כדי לקבוע מסקנות חותכות בנוגע למהימנות ומשקל מבלי שהראיות הנבחנות עברו את "כור ההיתוך" של המשפט הפלילי. אולם, כאמור לעיל, גם בנוגע למשקל הראיות לא ניתן להתעלם באופן גורף משאלה זו.

20. עיינתי בראיות לענין זה. חוות הדעת הראשונה שניתנה לענין ראיית ה-דנ"א ניתנה על ידי פקד משיח ביום 31.12.2013. בחוות דעת זו נכתב על ידו כי בחומר שנדגם מהנעל נמצאו תערובת פרופילים, המלמדת כי הדגימה מכילה חומר דנ"א של שני אנשים לפחות. עם זאת, נכתב בחוות הדעת כי "בתערובת זו [שנמצאה בנעל - ס' ג"] קיים פרופיל בולט התואם את פרופיל ה-DNA של החשוד זהר שחר או כל אדם בעל פרופיל זה כפי שהתקבל בבדיקות אלה". חוות הדעת השנייה ניתנה על ידי פקד משיח ביום 13.1.2014, בה נכתב כי הסבירות שקיים עוד אדם העונה על אותו פרופיל דנ"א היא אחת מתוך מיליארד איש. שתי חוות דעת אלה הובילו למסקנה כי די בשלב זה של ההליך כדי שראיית ה-דנ"א תיזקף לחובתו של העורר, ובכך תקום תשתית ראייתית להוכחת אשמתו ומעצרו עד תום ההליכים המתנהלים נגדו בנוגע לכמות הסם הגדולה שנתפסה בארון הנעליים. אמנם, העובדה כי נמצאה תערובת פרופילים בתוך הנעליים מעלה תהיות, אולם, דין תהיות אלה להתברר בהליך המרכזי, ואין בהן כדי להביא למסקנה כי קיים ספק ממשי בדבר קבילות או משקלה של ראייה זו.

21. לכך יש להוסיף כי בית המשפט המחוזי לא דחה את טענות העורר לענין זה כלאחר יד, נכנס בהחלטתו לעובי הקורה, ובחן את הראיות לענין זה (גם בנוגע לשרשרת הסם וזיהום הראייה) בצורה ממוקדת ויסודית.

22. זאת ועוד, באת-כוח המשיבה הציגה בדיון שנערך לפניי תצלום, המלמד על כך שארון הנעליים אינו סמוך אלא צמוד לדלת הדירה בה מתגורר העורר. אמנם, הארון נמצא מחוץ לדירה, אולם יש גם בכך כדי להוות בשלב זה משקל לחובתו של העורר. בנוסף, לא מצאתי בטענות העורר תשובה להתנהגותו המחשידה במהלך החיפוש, וגם להכחשה הראשונית שלו ושל אשתו לכל קשר לארון הנעליים.

23. חלופת המעצר - אין בידי לקבל את טענתו של העורר כי די בחלופת מעצר כדי לאיין את מסוכנותו. מבלי להיכנס לעובי הקורה לסוגיית המאזניים שנתפסו או לא בדירה, שני טעמים מחייבים לשיטתי את המסקנה כי אין בחלופת מעצר כדי לאיין את מסוכנותו של העורר. ראשית, העורר טוען כי עברו הפלילי אינו מכביד, ורובו ישן. עיון במרשם הפלילי מלמד כי לחובתו הרשעה בעבירת סמים שלא לצריכה עצמית משנת 2009. אין עוררין כי מדובר בעבר פלילי רלוונטי. עבירה זו בוצעה על ידו לפני כשמונה שנים, אולם - הוא הורשע בביצועה לפני כארבע וחצי שנים. זאת ועוד, לעורר שלוש הרשעות נוספות בעבירות קשות של איזמים, הפרעה לשוטר במילוי תפקידו, נשיאת נשק שלא כדין ועוד. במצב דברים מעין זה, מתקשה אני להלום את טענתו כי אין לזקוף לחובתו כלל או במידה פחותה את עברו הפלילי.

24. שנית, אין לי אלא להצטרף לקביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין המדיניות בנוגע להליכי מעצר בכל הנוגע לנאשמים בעבירות סמים קשות, אשר הוכח כי קיימות ראיות לכאורה להוכחת אשמתם. המשיבה הוכיחה ברמת לכאורית כי העורר החזיק בכמות גדולה מאד של סמים מסוכנים שלא למטרת שימוש עצמי. יפים לעניין זה דבריו של השופט י' זמיר ב-בש"פ 3899/95 מדינת ישראל נ' ג'מאל, פ"ד מט(3) 164, 168-169 (1995):

"השאלה אם ראוי הדבר שנאשמים בסחר בסמים מסוכנים ייעצרו עד תום ההליכים, עמדה לפני בית-משפט זה פעמים רבות גם לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. התשובה שניתנה על-ידי בית המשפט, בדרך כלל אם לא תמיד, הייתה חיובית. החלטות רבות שניתנו על-ידי בית המשפט מלמדות בבירור כי המדיניות של בית המשפט בשאלה זאת לא השתנתה בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו."

ובהמשך (בעמ' 169):

"אכן, הסחר בסם הוא ראש וראשון לעבירות: דומה כי אין עבירה חמורה ממנו מבחינת הנזק לחברה. ניתן לומר עליו שהוא שורש פורה ראש ולענה, שהוא הורס חיים רבים ומצמיח עבירות קשות. כגודל הנזק שמקורו בסמים כך צריכה להיות גם עוצמת המלחמה בסמים. מלחמה זאת, כמו כל מלחמה, גורמת לחברה, לא פעם, להקשיח את מידותיה. כך ניתן להסביר ולהצדיק את המדיניות הנוהגת בנוגע למעצר של נאשמים בעבירה זאת עד תום ההליכים... בנסיבות מיוחדות אין להוציא מכלל חשבון את האפשרות שנאשם בסחר בסמים, ואפילו מדובר בסם קשה ובכמות גדולה, ישוחרר מן המעצר בתנאים מגבילים, אך זה יהיה מקרה נדיר ביותר... חלופת מעצר בנויה גם על אמון. אכן, לא פעם אין לבית המשפט יסוד לומר כי נאשם מסוים אינו ראוי לאמון. אך במקרה הרגיל, כיוון שנאשם בעבירת סמים חשוד בסטייה חמורה מן הנורמות המקובלות, וכיוון שנשקפת ממנו סכנה גדולה, קשה להניח שהוא ראוי לאמון במידה שתצדיק את השחרור מן המעצר."

הלכה זו נכונה גם כאשר עסקינן בעבירות של החזקת סמים שלא לשימוש עצמו, ודאי בכמויות גדולות כפי שנתפסו במקרה דנא (ראו: בש"פ 1134/12 מדינת ישראל נ' בר ציון (9.2.2012); בש"פ 3807/06 טורק נ' מדינת ישראל (21.5.2006); בש"פ 8711/11 כרתיאל נ' מדינת ישראל (4.12.2011)).

25. סוף דבר, הערר נדחה. העורר יישאר במעצר עד תום ההליכים המתנהלים נגדו.

ניתנה היום, י"ח באדר א' התשע"ד (18.2.2014).

ש ו פ ט