



בש"פ 5751/15 - מדינת ישראל נגד אשר (זורו) מנגשה

בבית המשפט העליון

בש"פ 5751/15

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן

העוררת: מדינת ישראל

נ ג ד

המשיב: אשר (זורו) מנגשה

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט נ' אבו טהה) במ"ת 20686-11-12 מיום 23.8.2015

תאריך הישיבה: י' באלול התש"ע (25.8.2015)

בשם העוררת: עו"ד שאול כהן

בשם המשיב: עו"ד שי ברגר

החלטה

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט נ' אבו טהה) שקיבל את בקשת המשיב לעיון חוזר בשאלת מעצרו עד תום ההליכים והורה על שחרורו לחלופת מעצר.



1. המשיב הואשם יחד עם אחרים בחברות בארגון פשיעה שפעל בעיר באר שבע. על פי החלק המיוחס למשיב (האישום הרביעי שבכתב האישום), המשיב יחד עם שניים אחרים ניסו לרצוח אחד יוני שבתייב (להלן: שבתייב). לצורך כך הצטיידו באקדח ונסעו לביתו של שבתייב, כשהמשיב נוהג ברכב, ושם ארבו לשבתייב מחוץ לביתו. כשהבחינו בו יוצא מן הבניין יצא אחד מהם, בוריס ניסנוב (להלן: בוריס) מהרכב וירה בגבו שלוש יריות במטרה לגרום למותו. על רקע זה יוחסה למשיב, בין היתר, עבירה של ניסיון רצח בצירוף סעיף 3 לחוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003 (לתיאור מפורט של כתב האישום ראו בש"פ 5359/13 מדינת ישראל נ' גרינברג (13.8.2013)).
2. בד בבד עם הגשת כתב האישום התבקש מעצרו של הנאשמים, לרבות המשיב, עד לתום ההליכים נגדם. בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט נ' אבו טהה) נעתר לבקשה ביום 21.3.2013, לאחר שהנאשמים לא חלקו על קיומה של עילת מעצר; ומשנמצא כי קיימת תשתית ראיתית להוכחת המיוחס להם, המורכבת בין היתר מעדות עד מדינה בפרשה (שזהותו אסורה בפרסום) לצד ראיות סיוע הכוללות שיחות שהוקלטו בהאזנות סתר. מאז התקיימו הליכי מעצר רבים בעניינו של המשיב, לרבות הארכת מעצרו 6 פעמים, חלקן בהסכמתו (ההליכים פורטו בהרחבה בהחלטת השופט מ' מזוז בבש"פ 451/15 מדינת ישראל נ' מנגאשה (10.2.2015)).
3. בתחילת חודש ינואר 2014 הגיש המשיב בקשה ראשונה לעיון חוזר בהחלטת מעצרו. בבקשה נטען בין היתר לכרסום ממשי בראיות לעניין חברותו בארגון פשע, וזאת לאחר שעד המדינה בפרשה מסר בעדותו כי המשיב אינו חבר בארגון. בקשה ראשונה זו נדחתה בהחלטת בית המשפט המחוזי מיום 15.1.2014. לעניין החברות בארגון פשיעה נקבע כי "[...] הבסיס הראייתי הלכאורי מורכב לא רק מעדות עד המדינה, אלא ממגוון ראיות המלמדות על מעורבותו העמוקה של המבקש במעגל הפנימי של הארגון". לעניין עבירת ניסיון הרצח נקבע כי התשתית הראייתית נותרה איתנה.
4. ביום 4.9.2014, במסגרת עתירה לגילוי ראיה חסויה שהוגשה על ידי המשיב ונאשם נוסף, ניתנה החלטה המורה לעוררת לחשוף את זהותו של מוסר ידיעה מודיעינית שבה נאמר כי למוסר הידיעה אמר עד המדינה כי מי שנהג ברכב בעת ביצוע הירי לעבר שבתייב הוא עד המדינה עצמו. תוכן הידיעה עמד, כך העוררת, בסתירה לדברי עד המדינה אשר טען כי המשיב הוא שנהג ברכב. העוררת חשפה את שמו של מוסר הידיעה ובעקבות זאת נפתחה פרשת התביעה מחדש וזומנו עדים רלוונטיים ובהם עד המדינה.
5. בחודש אוקטובר 2014 הגיש המשיב בקשה שנייה לעיון חוזר בהחלטת המעצר. ביום 21.1.2015 נעתר בית המשפט לבקשה. נקבע כי קיים כרסום ממשי בראיות לחובת המשיב בנוגע לחברותו בארגון פשיעה; וכי קיים "קושי לא מבוטל" בתשתית הראייתית להוכחת מעורבות המשיב בניסיון הרצח. זאת, משום שבינתיים התקבלה עתירת המשיב לגילוי ראיה חסויה שבמסגרתה נמסר כי עד המדינה הוא אשר נהג ברכב אשר הסיע את בוריס לביצוע ניסיון הרצח; ונוכח טענת המשיב כי עד המדינה הוא שהסיע את הנאשמים למקום האירוע. טענה זו סמך המשיב על הידיעה שחסינה הוסר, כמו גם על איכון מכשיר הטלפון הנייד שבו החזיק עד המדינה. יצוין בעניין אחרון זה כי בתחילה טענה העוררת בהליך העיקרי כי הטלפון הנייד שייך לבוריס; ברם לימים התברר כי הטלפון הנייד האמור שייך כאמור לעד המדינה. לעמדת המשיב, מאיכון הטלפון עולה כי עד המדינה היה ככל הנראה בזירת האירוע ונטל חלק פעיל בביצוע ניסיון הרצח, בניגוד לגרסתו. על רקע כל אלה הורה בית המשפט על שחרור המשיב לחלופת מעצר בבית הוריו, בפיקוח אלקטרוני ובתנאים נוספים שנקבעו.



6. העוררת עררה על החלטה זו ועררה התקבל בהחלטת השופט מ' מזוז בבש"פ 451/15 הנזכר לעיל, ערר אשר נדון במאוחד עם בקשתה להאריך את מעצרו של המשיב ב-90 ימים נוספים (בקשה שאף היא התקבלה). בהחלטה צוין כי העיון מחדש במעצר עד לתום ההליכים בנימוק של כרסום בראיות שמור למקרים בהם חל "מהפך ראייתי" עד ש"הקערה נהפכה כליל על פיה", ובקשת המשיב לעיון חוזר לא עמדה ברף נדרש זה. כך, שכן אל מול עדותו של עד המדינה שלפיה המשיב אינו משתייך לארגון הפשיעה הצביעה המדינה על שיחותיו של המשיב עם ראשי הארגון, אשר הוקלטו בהאזנות הסתר. בהקשר זה הודגש כי לא ברורה סטייתו של בית המשפט המחוזי מהחלטתו הראשונה בעניין זה. אף הטענות בדבר כרסום בתשתית הראייתית להוכחת חלקו של המשיב במעשה ניסיון הרצח, כך נפסק, אינן עולות כדי כרסום ברף הנדרש, שכן אל מול טענת המשיב כי עד המדינה הוא שנהג ברכב בליל האירוע, הנסמכת על הידיעה שהוסר חסיונה ועל איכון טלפון שלא הוגש לבית המשפט, עומדת טענת המדינה כי המשיב הוא שנהג ברכב בליל האירוע, הנסמכת על שיחתו של בוריס עם עד המדינה שבה הפליל בוריס אותו ואת יתר המעורבים במעשה. לבסוף צוין כי מסוכנות המשיב לא פחתה. בשל כל אלה נקבע כי לא קמה בנסיבות העניין עילה לשינוי ההחלטה לעצור את המשיב עד תום ההליכים.

7. ביום 26.5.2015 הגיש המשיב בקשה שלישית לעיון חוזר בהחלטת המעצר. בבקשה זו שב וטען המשיב לכרסום ראייתי הן בנוגע לשאלת השתייכותו לארגון פשיעה הן בנוגע לשאלת מעורבותו בניסיון הרצח, כמו גם להתמשכות ההליכים בעניינו. ביום 23.8.2015 קיבל בית המשפט המחוזי את בקשת המשיב. בהחלטה עמד בית המשפט על כך שבשאלת הרף הראייתי הדרוש לבחינת טענת "כרסום ראייתי" במסגרת בקשה לעיון חוזר קיימות גישות שונות בבית משפט זה, כך שלצד מה שהוגדר "הגישה המקובלת" שבמסגרתה יש לבחון אם חל "מהפך ראייתי" בתשתית הראייתית, קיימות גישות אחרות הדורשות "שינוי משמעותי במסד הראייתי". לגופו של עניין נקבע כי חל כרסום ממשי בתשתית הראייתית ביחס לעבירה של חברות בארגון פשיעה הן מהנימוקים שעליהם עמד בית המשפט בהחלטתו מיום 26.11.2014, הן מטעמים שהתגבשו לאחר החלטת השופט מ' מזוז. בית המשפט עמד על הראיות הנוספות שלעמדת המשיבה - שאותה למד בית המשפט מטיעוניה לפניו, מטיעוניה בבית משפט זה ומהסיכומים בכתב שהוגשו למותב הדן בהליך העיקרי - מצביעות על חברות המשיב בארגון פשיעה, הכוללות את המעשים המיוחסים למבקש במסגרת ניסיון הרצח ואת האזנות הסתר בתיק. בית המשפט ציין כי קרא את תמלילי השיחות הרלוונטיים, והטעים כי לעמדתו "אין לכאורה בתוכנם וביתר שאת למועדי התרחשותם כדי למלא את החללים הראייתיים הנדרשים כדי להרשיע בעבירה של חברות בארגון פשיעה". עוד נקבע כי מעורבות המשיב בניסיון הרצח אינה יכולה לשמש ראיה גם להוכחת חברותו בארגון; וכי נוסאת משקל גם עדותו של עד המדינה אשר שלל בעדותו בהליך העיקרי את חברותו של המשיב בארגון פשיעה. בעניין זה ציין בית המשפט כי אמנם בהחלטתו הראשונה בבקשה לעיון חוזר קבע כי יש בסיס ראייתי לכאורי לחברות בארגון פשיעה, אך בהחלטתו בבקשה השנייה לעיון חוזר קבע שחל כרסום ראייתי בתשתית הדרושה לעבירה זו, ומסקנתו זו מתחדדת כיום אף יותר "לאחר הערכה מחודשת לכלל חומר הראיות, ומשמלוא התמונה הראייתית הונחה בפני בית המשפט".

גם אשר לעבירת ניסיון הרצח סבר בית המשפט כי חל כרסום ראייתי. בעניין זה צוין כי ביום 2.3.2015 העיד מוסר הידיעה המודיעינית בבית המשפט ואישר את תוכן הידיעה לאמור שעד המדינה סיפר לו כי הוא זה שנהג ברכב בעת שבוריס ירה בשבתייב. עוד צוין כי כאמור מעלה, גרסת המאשימה הייתה כי מכשיר הטלפון הנייד היה שייך לבוריס ונתוני מחקרי התקשורת מצביעים על כך שהמכשיר היה בשימוש בליל ניסיון הרצח ועד להימלטותו מהזירה לכיוון הרצליה - נתונים המחזקים את גרסתה שלפיה לאחר האירוע נמלט בוריס למרכז הארץ. עד המדינה זומן להעיד בשנית ביום 3.11.2014 וציין כי לא החזיק בטלפון הנייד במועד הרלוונטי, אך לאחר שעיין בתוכן פלט השיחות חזר בו ואישר שהמכשיר הנייד היה בבעלותו ובשימוש. לאחר ההחלטה בבש"פ 451/15 הוגש פלט מחקרי תקשורת בתיק העיקרי כמוצג מטעם ההגנה. בית המשפט ציין כי אכן אין באמור כדי "להפוך את הקערה על פיה", אך אין להתעלם מכך



שבמהלך המשפט התגלתה עובדה חדשה ולכל הפחות התחדש דבר ממשי רלוונטי שכיום אינו במחלוקת.

על רקע זה, ולאחר מה שהגדיר בית המשפט כ"בחינה מחודשת", נקבע כי בהינתן הכרסום הראייתי הממשי בעבירה של חברות בארגון פשיעה לצד הקשיים הראייתיים ביחס לעבירה של ניסיון רצח, ובהצטרף לחלוף הזמן מאז הגשת כתב האישום ומאז החלטת השופט מ' מזוז, יש לשחרר את המשיב לחלופת מעצר. על כן שוחרר המשיב לחלופת מעצר למעצר בית מלא בפיקוח ערבים ובתנאים נוספים.

מכאן הערר.

8. לטענת העוררת, שגה בית המשפט המחוזי עת הורה על שחרור המשיב לחלופת מעצר ככלל, ובשלב כה מתקדם של ההליך (לאחר הגשת סיכומי העוררת בתיק העיקרי וערב הגשת סיכומי המשיב) – בפרט. העוררת סבורה כי לא היה מקום לדון פעם נוספת בטענת הכרסום בראיות על יסוד אותו חומר ראיות שעמד בפני בית משפט זה שלא התווסף או השתנה בו דבר ושבעניינו ניתנה כבר החלטה. עוד נטען כי בית המשפט נקלע לכלל טעות עת קבע כי הטלפון הנייד שהתגלה כשייך לעד המדינה אוכן בזירת האירוע במועד הרלוונטי.

9. בדיון לפני התנגד המשיב לקבלת הערר. לטענת בא כוחו, חל כרסום בראיות בכל הקשור לזהותו של המשיב כמי שנהג ברכב ביום האירוע. גרסת המשיב היא כי נהג הרכב היה עד המדינה, ולטענתו איכון הטלפון הנייד שהיה בבעלותו תומך בכך. בא כוח המשיב ביקש להדגיש כי לאחר החלטת השופט מ' מזוז התקיים דיון בהליך העיקרי ואיכון הטלפון הנייד הוגש לבית המשפט. עוד צוין כי אמנם בהחלטת השופט מ' מזוז נזכרה הידיעה המודיעינית, אלא שלגרסת בא כוח המשיב סברת בית המשפט הייתה כי לא ניתן להסתמך עליה. בצד זאת נטען כי החלטת השופט מ' מזוז התבססה בין היתר על כך שבוריס בשיחתו עם עד המדינה הפליל את המשיב, אלא שלא כך אמר בוריס. לבסוף עמד המשיב על כך שההליך אינו צפוי להסתיים בזמן הקרוב נוכח כך שמועד לשמיעת סיכומים בעל פה נקבע לחודש אוקטובר והכרעת הדין בתיק עב כרס מסוג זה צפויה לארוך זמן.

דיון והכרעה

10. לאחר שעיניתי בהודעת הערר ובצורפותיה ולאחר שהאזנתי לצדדים בדיון שהתקיים לפני באתי למסקנה כי דין הערר להתקבל. נקודת המוצא להחלטתי זו היא החלטת השופט מ' מזוז מיום 10.2.2015, אשר קבע כאמור כי לא חל "מהפך ראייתי" בתשתית הראייתית הלכאורית אשר מכוחה נעצר המשיב עד לתום ההליכים נגדו. אכן, החלטה זו אינה סותרת את הגולל על יכולתו של המשיב לפנות בשנית (ולמעשה – בשלישית) בבקשה לעיון חוזר בעניין מעצרו. סעיף 52(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים) קובע כי עצור רשאי לפנות בבקשה לעיון חוזר בעניין הנוגע למעצר "אם נתגלו עובדות חדשות, נשתנו נסיבות או עבר זמן ניכר מעת מתן ההחלטה" (על החלטת בית המשפט בבקשה לעיון חוזר נתונה זכות לערור לבית משפט זה (סעיף 53 לחוק המעצרים)). ברם לטעמי משניתנה החלטת בית משפט שלערעור שלפיה לא חל שינוי בתשתית הראייתית המצדיק את שחרורו של המשיב – על המשיב להצביע על דבר מה שאירע לאחר שניתנה החלטה זו המצדיק לסטות ממנה. זאת, גם מבלי להידרש למה שהוגדר בהחלטת בית המשפט המחוזי כ"גישות שונות" לעניין אמת המידה להכרה בבקשה לעיון חוזר, שכן לא היה מקום לכך שבית המשפט המחוזי ירהרר אחר אמת המידה שהוגדרה בהחלטת השופט מ' מזוז בערר על החלטה קודמת של אותו מותב באותו עניין.



11. תחילה לשאלת חברות המשיב בארגון פשע. בעניין זה לא נשמעו ראיות חדשות לאחר החלטת השופט מ' מזוז. בית המשפט המחוזי נדרש בעניין זה בהרחבה לעדותו של עד המדינה ותמלילי האזנות הסתר. כל אלה עמדו בפני בית משפט זה (ראו פסקה 15 להחלטת השופט מ' מזוז: "אל מול עדותו של עד המדינה לפיה המשיב אינו משתייך לארגון הפשיעה, מצביעה המדינה על שיחותיו של המשיב עם ראשי הארגון, אשר הוקלטו בהאזנות הסתר, בהן הוא אף מכנה את נאשם 2 בכינוי השמור לראשי ארגון פשיעה") - ולא נמצא די בכך כדי לשנות את תוצאת החלטת המעצר הראשונה. "הערכה מחודשת" של חומר הראיות, כפי שהעיד בית המשפט המחוזי שביצע, אינה מצדיקה ברגיל סטייה מן ההחלטה הראשונה - כפי שהעיר בצדק השופט מ' מזוז - וודאי שאין היא יכולה להצדיק שינוי מהחלטת בית משפט שלערוור שנדרש לאותו חומר ראיות ממש.

12. גם בעניין ניסיון הרצח סבורני כי לא התרחש כרסום ראייתי ברמה הנדרשת לשם קבלת בקשה לעיון חוזר. בעניין זה נקבע בהחלטת השופט מ' מזוז כי "אל מול טענת המשיב כי עד המדינה הוא שנהג ברכב בליל האירוע, הנסמכת על ידיעה שהוסר חסיונה ואיכון טלפון שלא הוגש לבית המשפט, עומדת טענת המדינה כי המשיב הוא שנהג ברכב בליל האירוע, הנסמכת על שיחותיו של בוריס עם עד המדינה בה הפליל בוריס אותו ואת יתר המעורבים במעשה" (פסקה 16 להחלטה). בא כוח המשיב ביקש לטעון כי מאז העיד כאמור מוסר הידיעה ואישר את האמור בה וכן הוגש איכון הטלפון לבית המשפט. ברם, עמדת העוררת היא כי את הידיעה ניתן היה להגיש אף אם העורר היה מתכחש לה, מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971; וכי איכון הטלפון אינו תומך כלל בגרסתו של המשיב - משום שאין הוא ממקם את עד המדינה בזירת האירוע. גם מבלי להכריע בטענות אלו, נהיר כי למצער ביחס לאיכון הטלפון קיים ויכוח ביחס לפרשנותו. ויכוח זה אין מקום ההכרעה בו בהליך המעצר - כי אם בהליך העיקרי. בנסיבות אלו ההתרחשויות החדשות אינן אוצרות די כוח כדי לשנות מן ההחלטות הקודמות.

13. טענה אחרונה שהעלה בא כוח המשיב נגעה להתמשכות ההליכים. אכן, הליך זה נמשך זמן רב, ואיני כופר בכך שייתכן שידרשו עוד כמה חודשים עד למתן הכרעת הדין. אלא שבטעם זה כשלעצמו אין די כדי להצדיק את שחרורו של המשיב - אשר לחובתו עבר פלילי מכביד (וכעולה מהחלטת בית המשפט המחוזי, עבר זה כולל הרשעה מן העת האחרונה בעבירת אלימות שבוצעה בתא המעצר של בית המשפט המחוזי בבאר שבע ושביניה נידון ל-11 חודשי מאסר בפועל); מה גם שבמסגרת בש"פ 2729/15 מדינת ישראל נ' מנגשה (30.4.2015) - בקשה שהוגשה במסגרת סעיף 62 לחוק המעצרים - הוארך מעצרו של המשיב בהסכמה ב-150 ימים או עד למתן הכרעה בהליך העיקרי, לפי המוקדם (תוך שמירת זכותו להגיש לבית המשפט המחוזי בקשה לעיון חוזר).

בשולי הדברים למותר לציין כי אין באמור כדי להכריע בטענות בדבר קשיים ראייתיים קיימים בתיק זה. מקומם של אלה להתברר, מטבע הדברים, בהליך העיקרי.

סוף דבר: הערר מתקבל. החלטת בית המשפט המחוזי מיום 23.8.2015 מבוטלת בזאת; והמשיב יוותר במעצר עד לתום ההליכים נגדו.

ניתנה היום, י"ב באלול התשע"ה (27.8.2015).


