



מ"ת 3857/08/16 - מדינת ישראל נגד יצחק הרמן, מרדכי מודן עייש

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

מ"ת 3857-08-16 מדינת ישראל נ' הרמן (עצור) ואח'

בפני כב' השופט שלמה פרידלנדר

מבקשת

מדינת ישראל

ע"י עו"ד נועה בורג מפמ"ד (פלילי)

נגד

משיבים 1. יצחק הרמן (עצור)

ע"י עו"ד חן בן חיים

2. מרדכי מודן עייש (עצור)

ע"י עו"ד רון אבישור

החלטה

1. לפני בקשת המדינה להורות על מעצרו של המשיבים עד תום ההליכים, בעקבות האשמתם בקשירת קשר לביצוע פשע והחזקת סם שלא לצריכה עצמית; ליתר דיוק: החזקת 96 ק"ג קנבוס.

2. הבקשה נסמכת על תפיסת הסם; ועל הודעת נהג המשאית, שהוביל את הסם למחסן, שלפיה ההובלה

עמוד 1



והאחסנה הוזמנו והוכוונו על ידי המשיב 1, והמשיבים יחדיו העמיסו את המטען, שהתגלה בדיעבד כסם, על המשאית, וגם פרקו אותו במחסן. הטלפון שממנו התקשר המשיב 1 לנהג המשאית נמצא במחסן. המשיבים נתפסו בסביבת המושב כשהם מדיפים ריח של מריחואנה. המשיב 1 זוהה ברכב של בעלי המחסן שהכווין את המשאית למחסן. המשיבים שמרו על זכות השתיקה.

3. המשיבים טענו כי התיק מבוסס על עדותו של נהג המשאית, שהיה למעשה שותף לעבירה. הראיות לכאורה בתיק מצביעות בעיקר דווקא על שני החשודים ששוחררו, נהג המשאית ובעל המחסן; ולפיכך יש משום אכיפה בררנית בהאשמת המשיבים דווקא, שפשוט נתפסו מסתובבים במקום מגוריהם. המשיבים הטעימו כי בעלי המחסן אינו נמנה עם עדי התביעה, ולפיכך הודעותיו בתיק אינן רלבנטיות לבחינת התשתית הראייתית נגד המשיבים. יצוין כי למשיבים אין הרשעות קודמות.

4. למשמע טיעוניהם של המשיבים נוצר הרושם כי נהג המשאית שהוביל את הסם, ובעלי המחסן שאחסן אותו, הם בעלי הזיקה האובייקטיבית העיקרית לסם שנתפס; בעוד שלמשיבים זיקה עמומה שתשתית הראייתית רופפת.

5. בסוגיה של טענה לאכיפה בררנית בהליך המעצר נאמר: **"דרך המלך להעלאת טענה של אכיפה בררנית עוברת בהליך העיקרי. אמנם, אין לשלול לחלוטין את העלאתה גם קודם לכן. ככלל, ניתן להעריך כי ברגיל המסגרת המתאימה לכך תהיה הליך העיון החוזר בהחלטת המעצר. עם חלוף הזמן מאז ההחלטה על מעצר עד תום ההליכים, ואגב התקדמות ההליך העיקרי, עשויות להצטבר בידי הנאשם ראיות שיכולות לשמש אותו כבסיס לעיון חוזר בראי הטענה של אכיפה בררנית"** [בש"פ 7148/12 כנאנה נ' מדינת ישראל (14.10.2012) (להלן: **"כנאנה"**)], פסקה 26; דפנה ברק-ארז, **"אכיפה בררנית: מן הזכות לסעד"**, הסניגור 200 עמ' 14, בעמ' 19, פרק ה'.

6. המשיבים טענו כי בענייננו ניתן וראוי לבחון את הטענה לאכיפה בררנית כבר בשלב זה של הדיון במעצר, משום שההוריה לכך, בדמות התשתית הראייתית נגד 4 החשודים (המשיבים, נהג המשאית ובעלי המחסן), עולה על פניו של תיק החקירה. אכן, קבלתה של טענה מעין זו, בהינתן שחרורם של הראשונים, עשויה להקרין על ההחלטה בשאלת מעצרם של האחרונים.

7. המבקשת, בתשובתה, לא ראתה צורך להסביר את פשר ההבחנה התביעתית בין המשיבים שהאשמו והתבקש מעצרם עד תום ההליכים, לבין נהג המשאית ובעלי המחסן ששוחררו. היא הסתפקה בטענת-הסף כי הגשת כתב אישום היא פררוגטיבה של התביעה, וכי מקומה של טענת האכיפה הבררנית הנו בהליך העיקרי. המבקשת חזרה על האמור בבקשה בדבר התשתית הראייתית לקיומו של סיכוי סביר להרשעת המשיבים, והציגה את תיק החקירה הגולמי המכיל תשתית זו. המבקשת לא הסבירה גם את היעדרו של בעלי המחסן מרשימת עדי התביעה.

8. הדיון הותיר אותי, אפוא, בתחושת אי-נוחות. חשתי צורך, שבוודאי משותף גם למשיבים ולציבור, להבין את התנהלותה של התביעה, ולהיווכח כי היא צודקת וסבירה. כמילותיו של ספי ריבלין: **"לא שאני לא מאמין, אבל אני רוצה לראות בעיניים שלי"**. כל רשות מנהלית חייבת להתנהל באופן סביר ומנומק. בטרם יעתר בית המשפט לבקשת התביעה לשלול את חירותו של אדם בעל חזקת חפות, ראוי שתנוח דעתו כי הגושפנקא שלו ניתנת להתנהלות סבירה ומנומקת; וכי גם בעל-הדין שלא זכה לסעד - זכה לפחות בתובנה. לפיכך, אפילו אין זה המקום והזמן לליבון יסודי של טענת המשיבים לאכיפה בררנית - לטעמי היה מקום להציג "ראשית הנמקה" להתנהלות התביעה גם בדיון זה.



9. קראתי את תיק החקירה שנמסר לעיוני מכריכה לכריכה. סבורני כי למקרא התיק מובנת על נקלה הבחירה התביעתית במשיבים.

10. תחילה, אופף את הקורא רישומו של ההבדל הבולט בין שני חשודים, נהג המשאית ובעלי המחסן, המשתפים את חוקריהם באופן הנחזה להיות כן בגרסתם; לבין שני חשודים אחרים, המשיבים, השומרים על זכות השתיקה כדרך העבריינים. כמובן, שתיקה היא זכות מוקנית של חשודים ונאשמים. אולם, מלבד המשקל הראייתי המסוים שיש בכל זאת לשתיקתם - יש בפנומנולוגיה של התנהגות חשודים משום הוריה כלפי חוקרים ותובעים מיומנים איזהו המועמד המועדף לתשומת לבן ולמשאביון המוגבלים של רשויות אכיפת החוק. כלומר, יש בהבדלים כאמור בין חשודים שונים - ללא תלות במעמדם הראייתי - משום תמיכה בסבירותה המנהלית של ההחלטה התביעתית בעניינם.

11. יוזכר כי ההבחנה האמורה בין החשודים אינה גחמה מאוחרת. היא כבר השתקפה בהתרשמות הראשונית של היחידה החוקרת [תשובת הטוען המשטרתי ב-מ"י 39317-07-16, פרוטוקול מיום 26.7.16, עמ' 10, שורות 22-24].

12. לעניין הסיכוי הסביר להרשעה, קיימת בתיק עדות ברורה של נהג המשאית אשר מפלילה את שני המשיבים. בניגוד לטענת המשיב 2, עד זה העיד גם על השתתפותו של המשיב 2 בשלב הטעינה [הודעה מס' 6 מיום 21.7.16, שעה 19:56, עמ' 8, שורות 229-234]; מלבד עדותו על השתתפותו בשלב הפריקה [שם, עמ' 2, שורה 28; דו"ח הובלה והצבעה עם נהג המשאית מיום 28.7.16 שעה 14:55, עמ' 3]. הודעותיו של נהג המשאית מתיישבות לכאורה עם נרטיב כן ומהימן של מי שנוצל לצרכיהם הפליליים של המשיבים, ולא היה שותף לה (מבלי לקבוע, כמובן, מסמרות להליך העיקרי). הטענה כי מדובר בעדות חשודה של שותף לעבירה מניחה את המבוקש, ואינה רלבנטית לפי הנרטיב האמור. יש בעדותו של נהג המשאית אודות הזמנת ההובלה על ידי המשיב 1, באמצעות הטלפון שנמצא במחסן; ואודות ביצוע הטעינה והפריקה על ידי שני המשיבים; וכן בעדות השוטרים בדבר ריח המריחואנה שנדף מן המשיבים דווקא - משום תשתית ראייתית לכאורה כי המשיבים יזמו את הובלת הסם ואחסונו, ממקור הידוע רק להם. לעומת זאת, עולה לכאורה מן התיק כי נהג המשאית ובעלי המחסן רק נתנו למשיבים שירותי הובלה ואחסנה, מבלי לדעת מראש ואף בשעת המעשה מה טיבו של המטען המדובר. אמנם נהג המשאית חשד, בשלב מסוים, כי משהו אינו כשורה לגבי מטען זה; נוכח נקודת האיסוף הלא-שגרתית. אולם ניתן להבין את ההבחנה המשתמעת מהתנהלות התביעה בין מי שפעל, לכאורה, בזדון - לבין מי שעצם את עינו. יוזכר כי לפי התשתית שבתיק, הגלומה בהודעת נהג המשאית עצמו, הוא חשד כי הסחורה "מקומבנת" או גנובה. הוא לא חשד כי הוא מוביל כ-100 ק"ג סמים. לא מצאתי בתיק, אפוא, תשתית ראייתית לכאורה המכוננת סיכוי סביר להרשעתם של נהג המשאית ובעלי המחסן בשותפות למיזם הפלילי הקונקרטי שבו הואשמו המשיבים.

13. התרשמותי האמורה אינה מתבססת על הודעותיו של בעלי המחסן, שאינו נזכר ברשימת עדי התביעה. הופתעתי מחסרונו, שעליו הצביעו המשיבים כבר בדיון. כאמור, לא זכיתי להסבר על כך.

14. לאור המקובץ אני קובע כי קיימות ראיות לכאורה המעניקות סיכוי סביר להרשעתם של שני המשיבים בעבירות המיוחסות להם בכתב האישום, וכי אין על פניו של חומר החקירה הוריה לאכיפה בדרגית כלפי המשיבים בהשוואה לנהג המשאית ולבעלי המחסן.

15. בשים לב להיקף הצנוע של התשתית הראייתית לכאורה לאשמתם של המשיבים, ולהיעדר הרשעות קודמות אצל שניהם - ובמיוחד כך לגבי המשיב 2, שהוא גם "בגיר צעיר" (ברובד המבוגר של תקופת גיל זו) - איני רואה מקום, לאור הפסיקה, לסתום את הגולל על האפשרות כי תסכון להם, או למי מהם, חלופת מעצר; חרף הכלל בדבר אי-שחרורם של



נאשמים בעבירות סמים שלא לצריכה עצמית [בש"פ 9062/11 מדינת ישראל נ' זיתון (21.12.2011) (להלן: "זיתון"), פסקה 5].

16. מובן כי אפשרות זו תישקל בזהירות רבה; בשים לב להיותה בגדר חריג לכלל. אין באמור כדי ליצור ציפייה אצל המשיבים כי ישוחררו לחלופה, אפילו אם תימצא להם חלופה שבנסיבות אחרות הייתה יכולה להיחשב לטובה. כלומר, נוכח הכלל האמור, הסיכוי שבחינתם של המשיבים ומפקחיהם המוצעים תניב החלטה על שחרורם אינו גבוה. אולם, נוכח הפסיקה בדבר היתכנותה של חריגה מן הכלל - שומה על בתי המשפט, במקרים רבים, לבחון חלופה. משבחינת החלופה נעשית לאור ההלכה הכללית, ולא-דווקא לאור ההתרשמות הקונקרטית - אין בה כדי ליצור ציפייה כלשהי בדבר תוצאות הבחינה במקרה הקונקרטי.

17. בשולי הדברים אעיר כי ענייננו מדגים באופן טיפוסי את עלותם של כללים לא מוחלטים. העלות של הסייג "אין לשלול לחלוטין", בהקשר של טענה לאכיפה בררנית בהליך מעצר, היא הצורך לדון בטענה בכל הקשר שבו היא מועלת; שמא אותו הקשר ראוי לתחולת הסייג. התחלת של סיוג הכלל מועטה; משום שבדרך כלל יחול הכלל שלפיו מקום הטענה לאכיפה בררנית הוא בהליך העיקרי; וגם במקרים הנדירים שבהם יש לדון בטענה זו בהליך המעצר - ככלל הדבר יעשה רק בהמשכו, בעיון חוזר [עניין כנאנה, שם]. כך גם לגבי סיוג הכלל שלפיו אין חלופת מעצר לנאשמים בעבירות סמים שלא לצריכה עצמית, אפילו הם נעדרו עבר פלילי [עניין זיתון, שם]. עצם קיום הסייג מחייב לשקול לעתים קרובות חלופת מעצר בעבירות סמים שלא לצריכה עצמית, וגם להקצות לשם כך את משאבי שירות המבחן, המצויים במחסור חריף - למרות "שכלל, ולמעט מקרים חריגים, האפשרות לאינה (לאין את המסוכנות - ש' פ') בדרך של שחרור לחלופת מעצר היא אפשרות רחוקה" [בש"פ 5581/13 מדינת ישראל נ' אוהיון (1.9.2013), פסקה 9]. אולי כך נגזר מחובת המידתיות, שכל כלל יוחרג בנסיבות פרטניות שבהן יישום הכלל אינו צודק. אולם העלות היא שכל מקרה ייבחן לגופו, ויתבטל החיסכון הגלום בכלל. לו הכללים שלפיהם טענה לאכיפה בררנית תידון בהליך העיקרי או בעיון חוזר בהליך המעצר בלבד; ונאשמים בעבירות סמים שלא לצריכה עצמית לא ישוחררו לחלופת מעצר; היו גורפים - היה נחסך הדיון הלא-קצר, והצורך בתסקיר, בענייננו וברבים-רבים שכמותו. נחוצה בחינה מצרפית של העלות הזו, כדי לוודא שהמידתיות, שבשמה מסווג הכלל לתכלית פרטנית, אינה הופכת בעצמה לבלתי מידתית מן הבחינה המצרפית. אסיים הערה זו בציטוט דברי הרמב"ם על חוקי התורה, שאפילו הם אינם מתיימרים להשיג תוצאה מושלמת בכל המקרים הפרטניים: "אין התורה מביטה על הבודד, ולא יהיה הציווי כפי הדבר המועט, אלא כל מה שרצוי להשיג... אין מביטים בו אלא לדברים שהם הרוב, ואין שמים לב לדבר מועט האירוע, ולא לנזק שיהיה ליחיד מבני אדם בגלל אותה הגזרה וההנהגה התורתית... ועל פי הבחנה זו, כך אל תתפלא שאין מטרות התורה מתקיימים בכל אחד ואחד, אלא מתחייב בהחלט שימצאו אנשים שאין אותו הניהול התורתי מביא להם שלמות... ועוד על פי הבחנה זו לא יתכן שיהיו המצוות נרשמות כפי שינויי מצבי בני אדם והזמנים, כמו הרכבת התרופה, שמיוחדת הרכבה לכל אדם כפי מזגו באותה העת... כי אילו היו לפי היחידים, יהיה הפסד לכל... אלא יהיו הדינים החלטיים באופן כללי... מכון בהם התועלות הכלליות שהן על הרוב כמו שביארנו" [משה בן מימון (הרמב"ם), מורה נבוכים חלק ג פרק לד].

18. שירות המבחן יגיש תסקיר מעצר על המשיבים עד יום 13.9.16 שעה 13:00.

19. נקבע דיון המשך ליום 14.9.16 שעה 9:00, לפניי.

20. המזכירות תמציא ההחלטה לשירות המבחן.



21. המשיבים יובאו לדיון האמור על ידי שב"ס.

ניתנה היום, י"ח אב תשע"ו, 22 אוגוסט 2016, במעמד הצדדים.