

מ"ת 17/52149/03 - מדינת ישראל נגד נبيل ابو קشك, יair (בן יוסף)

זהר

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

מ"ת 17/52149/03 מדינת ישראל נ' ابو קشك (עציר) מ"ת 17-03-58859 מדינת ישראל נ'
זהר

לפני כבוד השופט גרשון גונטובסקי
מבקשת מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד תמר טיטלבאום
נגד נبيل ابو קشك (עציר) יair (בן יוסף) זהר
משיבים ע"י ב"כ עו"ד עדי כרמלי, מרון נר-גאון
ותומר בנישטי

החלטה (ראיות לכאורה וועלות מעצר)

לפני בקשות למעצר עד תום ההליכים של שני המשיבים, הנאשמים ייחודי באותו כתב אישום. הדיון בשתי הבקשות התקיימם במאוחذ.

כתב האישום והבקשה למעצר עד לתום ההליכים

1. נגד נبيل ابو-קشك (להלן: מר זהר או הנאשם מס' 1) ונגיד יair זהר (להלן: מר ابو-קشك או הנאשם מס' 2) הוגש כתב אישום מתוקן (ת.פ. 17-03-52083). לפי כתב האישום, הנאשמים קשוו (עוור ליום 17.12.16) בינם ועם אחרים, שזהותם אינה ידועה למאשימה, קשור לביצוע שוד. מימוש השוד נקבע ליום 19.12.19. במסגרת הקשר ולשם קידומו קיבל מר ابو-קشك, באותו היום, בשעה 18:00 או בסמוך לכך, רכב מסווג סטרואן מ.ר. 36-837-16 (להלן: הרכב), מאדם שזהותו אינה ידועה למאשימה, אשר עד אותה עת היה ברשות בעליו ביבנה, וזאת בידיעתו וב הסכמתו של מר זהר.

במה שר אותו יום (19.12.19), במסגרת הקשר ולשם קידומו, על דעתו, בהסכמה ובידיעתו של מר זהר, הגיע מר ابو-קشك יחד עם שלושה אחרים, שזהותם אינה ידועה, לרברת חנות תכשיטים בכיכר המדינה בתל-אביב-יפו, כשהם מצוידים בכפפות, כובעי גרב, אקדח טען בצדדים, פטיש ושק. מר זהר הגיע לרברת החנות ושהה שם לארוך כל אירוע ניסיון השוד שהתרחש. באותו עת שהו בחנות שני בעלייה, ומוכרת נוספת, שהכינו אותה לסגירת יום העסקים.

מוסיף כתב האישום ומתאר שמר ابو-קشك ושניים אחרים יצאו מהרכב, כשהם רעלוי פנים, עוטים כפפות ומצודים באקדח, בפטיש ובקש, והלכו אל עבר החנות. מר ابو-קشك הכה באמצעות הפטיש בדלת הכניסה, אשר הייתה סגורה,

עמוד 1

והדلت נשברת ונפתחה. הוא וחבריו נכנסו לחנות וצעקו "לא לוז", "تبיאו את התכשיטים" ו"איפה הכספת". הם הניפו את האקדח והפטיש אל עבר המתלוננים, ואימנו עליהם. הנאשם מס' 1 נטל שני מגשים שהכילו תכשיטים ו שעונים, והכניםם לתוכה השק. בשלב כלשהו הוא נטל את האקדח הפנה אליו לעבר אחד המתלוננים, דרך אותו, ודחף את המתلونן אל עבר הכספת. לאחר מכן, הוא והאחרים נטלו את השק וכן מגש עם תכשיטים ו שעונים בשווי של כ- 1,200,000 ₪, ופנו לעבר היציאה. המתلونן, בניסיון למנוע את השוד, ניגש לנายน מס' 1, והפיל את האקדח מידו. בתגובהו האחרון הכה את המתلونן, דחף אותו, הפילו לרצפה וניסה ליטול ממנו את האקדח בחזרה, וזאת בזמן שאחד האחרים הכה אותו בגבו באמצעות הפטיש. לאחר מאבק, נטל הנאשם מס' 1 את האקדח מיד מהتلוןן, ונמלט עם האחרים מהמקום באמצעות הרכבת. הרכב ננטש בסמוך לאחר מכן באחד הרחובות הסמוכים, והכול על דעתו, בהסכמהתו ובידיעתו של הנאשם מס' 2.

כתב האישום מצין כי "במעשיהם האמורים לעיל, קשוו הנאים קשור עם אחרים לבצע פשע, החזיקו ונשאו נשק בצוותא חדא; ניסו לבצע שוד בחבורה תוך שימוש בנשק ובמכשיר שיש בו כדי לפצוע וכן בשעת השוד הכה נายน מס' 1 את המתلونן וגרם לו יחד עם אחרים לחבלות של ממש". בגין כל אלה הושמו שני הנאים בניסיון שוד בנסיבות חמירות (עבירה לפי סעיף 402(ב) בתוספת סעיף 25 וסעיף 29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: **החוק או חוק העונשין**)); החזקה ונשיות שוד (עבירה לפי סעיף 144(א) רישא וסעיף 144(ב) רישא בתוספת סעיף 29 לחוק); תקיפה הגורמת חבלה של ממש בנסיבות חמירות (עבירה לפי סעיף 382(א) וסעיף 380 בתוספת סעיף 29 לחוק); וקשרת קשר לביצוע פשע (עבירה לפי סעיף 499(א)(1) לחוק).

2. מר ابو-קשך נעצר, ומעצרו הוארך מעט לעת. גם מר זהר נעצר עד שוחרר ביום 20.3.17 בתנאים מגבלים, הכלולים הפקודות כספיות, ערבות ומעצר בית מלא. הועלתה הטענה כי מר זהר הפר את תנאי המגבילים, אך הוא השיב כי היה עליו הגיעו לבית חולים, אליו אכן הגיע. על רקע זה נקבע כי הוא ימשיך לשוחות במעצר בית מלא, תחת פיקוח; יופקדו ערבות צד ג', הפקדה כספית של 2,000 ₪, ועיכוב יציאה מן הארץ.

3. לצד הגשת כתב האישום המבוקשת עטרה למעצרם של שני הנאים עד תום ההליכים המשפטיים נגדם. לשיטתה, קיימות ראיות לכואורה נגד שניהם. נגד מר ابو-קשך קמה עילית מעצר נוכח העובדה שביצע עבירה תוך שימוש בנשק חם, וקיים חשש ששחרורו יסקן את בטחון הציבור, לאור התנהלותו חסרת הגבולות במהלך השוד. לחובתו הרשעה משנת 2011 בגין עבירות סמים, בגין ריצה 20 חודשי מאסר. מוסיפה המבוקשת וטענת כי קיימות ראיות לכואורה גם נגד מר זהר, וגם עילית מעצר קיימת בעניינו, שכן הוא "ביצע עבירה תוך שימוש בנשק חם (האקדח) ובנשק קר (הפטיש), בשותפות, [באמ]צאות ובצוותא חדא עם ابو קשך" (פסקה 5 לבקשתה). לחובתו הרשעות רבות קודומות, בעבירות התפרצויות, הפרעה לשוטר, סמים, שוד ועוד, בגין ריצה שונות רבות במהלך חייו.

על רקע זה, טעונה המבוקשת, אין נמצא חלופת מעצר שתוכל לאין את מסוכנותם של שני המשיבים, ויש להורות על מעצרם עד לתום ההליכים המשפטיים נגדם.

הדיון והמחלקה

4. ביום 26.4.17 קיימי דיון בבקשתה. כידוע, תנאי ראשון למעצרו של הנאשם הוא "**שיעור ראיות לכואורה להוכחת האשמה**" נגדו (סעיף 21(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: **חוק המעצרים**)). האם קיימות ראיות לכואורה כאמור? שאלת זו שנויות בחלוקת קוטבית בין הצדדים. הם טוענו בארכיות והתייחסו בהרבה לתשתיית הראיות העומדת בבסיס כתוב האישום. המבוקשת טענה כי קיימות ראיות לכואורה נגד שני

המשיבים, והמשיבים טוענו כי אין בנסיבות כאלה.

5. כפי שנראה להלן, רוב הראיות נגד המשיבים הן נסיבותות. אך, ראיות אלה יכולות לשמש בסיס למעצרם של נאשמים בפליליים, אף יש לנתקוט בבדיקה ממנה זהירות. כב' השופט דנציגר סיכם את ההלכה באופן הבא (בש"פ 13/8311 אברמוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב; 2013) בפסקה 21 להחלטה):

נקבע בפסקתו של בית משפט זה לא אחת כי ניתן לעצור נאשם עד תום ההליכים גם כאשר כל הראיות נגדו הינן ראיות נסיבותות, כל עוד הראיות הללו הינן על פניהן בעלות עצמה, משתלבות זו בהזו ויצירות על פני הדברים מסכת ראייתית רצופה של עובדות פליליות שיכולה לבסס הרשותה [...]. עם זאת, נקבע לא אחת כי בשום לב לכך שמדובר בראיות נסיבותות לכואורה, ובשים לב לכך שמדובר בשלב המעצר והראיות הנסיבותות הללו טרם עברו ב"כור ההיסטוריה" של ההליך הפלילי, הרי שיש לבדוק האם הראיות הנסיבותות לכואורה הינן בעלות עצמה זו המוביילה למסקנה לכואורת ברורה בדבר סיכוי סביר להרשותה או שמא קיים הסבר חלופי הגיוני שעשויה להתקבל בסופו של ההליך הפלילי. לעיתים עשוי בית המשפט להגיע למסקנה ביןיהם, לפיה קיימות אמנים מספר ראיות נסיבותות בעלות משקל ראויים כנגד הנאשם אשר קשורות את הנאשם לאירוע נושא כתוב האישום ומצביעות לכואורה לכדי תמונה מרושעה, אולם קיימים סימן שאליה בדבר עצמתן המצביעות של הראיות הנסיבותות או קיימים בהן חוסר או חולשה ראויים אשר ראויים לבירור בהליך העיקרי. במקרים כאלה, על בית המשפט לשקל היטב האם יש הצדקה להורות על מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים או שמא יש להסתפק בשחרורו של הנאשם לחופפת מעצר.

בהתאם לsicום זה יצא, ואפנה לבדוק את הראיות שלפני. אקדמי אחרית לרשות ואצ"ן שב��ופו של יום אני מוצא שהתשתייה הראייתית העומדת לחובתו של מר אבו-קשה היא משמעותית הרבה יותר מזה העומדת לחובתו של מר זהר. האם היא עולה כדי קיומן של ראיות לכואורה בעניינם של שני הנאים? לבחינות שאלת זו תוקדש עיקרת של החלטה זו.

בחינת התשתייה הראייתית העומדת לחובת מר אבו-קשה

6. לחובתו של מר אבו-קשה עומדות כמה ראיות הקשורות אליו, לכואורה, לאירוע השוד. אעמוד עליון כסדרן.

7. **דגימת ה - DNA:** השודדים הותירו מאחוריהם בחנות שקיי מבד (תצלום 12 מדו"ח מסכם חקירת מז"פ (מיום 20.12.16)). אל השק הם הכניסו תכשיטים שבכוונתם היה לשוד, אך בסופו של יום הוא נותר מאחור. והנה בדיקה של השק העולתה שמצו בו חומר שניין לדגום ממנו DNA (זהוי דנ"א מס' 15637). בדיקה של החומר העולטה התامة ל-DNA של מר אבו קשך. בחוות הדעת מיום 13.3.17 נכתב כי "הפרופיל הבולט בתערובת שהתקבל מהשקב...תואם את פרופיל ה DNA של נבייל אבו קשך, או כל אדם בעל פרופיל זה כפי שהתקבל בבדיקות אלו". שכיחות הפרטים נאמדת באחד ליותר מיליארד פרטים.

כידוע, לעיתים ניתן להרשיע נאשם בפליליים רק על בסיס ראיית DNA (ע"פ 149/12 אלמליח נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב; 2012 בפסקה 34 לפסק דינה של כב' השופט ארבל)), אך זאת יש לעשות בנסיבות זהירות. בהקשר זה ידועה הבדיקה בין דגימת DNA שהוצאה מחפץ נייח לזה שמחפץ נייד. כפי שציין כב' השופט (כתוארו אז) גורניס בע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נ(5) 231, 221 (להלן: עניין מקדאד): "במקרה של חפץ

נich ניתן לומר בזודאות גבוהה יותר כי הטעינה שנטגלה מלהמת על הימצאותו של הנאשם במקום, ולפיכך קשור הוא באירוע הפלילי. לעומת זאת כאשר מדובר בחפש נייד, שיכול לעבור בקהלות מיד ליד וממקום למקום, **קיימת אפשרות סבירה שהחפש נשא טבעת אכבעות של אדם שאינו מעורב, וכי החפש הגע בדרך כללshi למקומות שבו הוא נמצא.**"

בנסיבות המקרה הנוכחי מדובר אכן בחפש נייד (שח), אך אין לשוכח שההבחנה שנעשתה בעניין **מקדאד** מבוססת על השכל הישר. אין לשוכח שהחפש הנידי שלפניו, שמצא עצמו נועל בתוך חנות בסיוומו של שוד. כפי שנראה מיד בהמשך, הוא עשוי מבד הדומה מאד לזה הנמצא בדירתו של מר ابو-קשה. הוא מבסס, לכל הפחות, את המסקנה המסתברת שגורם המצרי בסביבת החיים הקרובה מאוד שלו נטל חלק בשוד.

ב"כ המשיבים ציינו כי המאשימה מתעלמת מחוות הדעת הראשונה בעניין ה - DNA (ימים 30.1.17) ממנה עלה שהחומר שנדגם מקורו "**בשני פרטיים לפחות**". מכאן, לשיטתו, שחוות הדעת הסופית סותרת את חוות הדעת הראשונה. בנוסף, חוות הדעת האחרונה מסיגת עצמה ואומרת ש"**אומדן השכיחות אינו מתייחס לקרובי משפחה בקרבת דם מוגדרת במקור ה - DNA במוצג**". מסביר ב"כ המשיבים שמר ابو-קשה משתייך לשבט בדווי, שבו בני המשפחה מתחננים זה עם זה, נתן המשליך שירות על מובהקות הזיהוי. בנוסף, חוות הדעת הסופית מושתתת על חומר, שהוא תוצר של "תערובת" ולא ברור מאייה בסיסו הוא מגיע - האם מדם? האם מזרע? לסייעני שאלת אלה יש השלכה ישירה על עצמותה של חוות הדעת.

טענות ההגנה בעניין זה ראיות ללבון ולבינה, אך אלה ייעשו במסגרת ההליך העיקרי. בכל הנוגע לשאלת קיומן ראיות לכואורה, מדובר בראיות כבידת משקל הפעולה לחובתו של הנאשם מס' 1. בעניין זה, כאמור, חוות הדעת הראשונית, מר ابو-קשה שתק בחקירתו בחלקים מסוימים, ולא הציע כל אפשרות אחרת לבעליה של דגימת ה-DNA. על רקע זה, ובשילוב זה, חוות הדעת הסופית משקל ממשי נגדו.

8. הבד של השק נמצא גם בבית מר ابو-קשה: לצד דגימת ה - DNA נתפס בביתו של מר ابو-קשה בד הדומה מאד, מבחינת הדפס שלו, לזה שהושאר בחנות. הבד נתפס בקומת הקרקע של מבנה, שבו הוא מתגורר (זכ"ד תפיסה ימים 15.3.17). בתיק החקירה מצו דוח מסכם חקירת מז"פ (ימים 8.3.17), ובו תמונות המשוואות בין שני הבדים וניתוח של מאפייניהם. עניינתי בדו"ח ואודה שבעין בלתי מזוינת הדמיון בין הבדים הוא רב ביותר מבחינת הצבע וסוג הדפס שעלייהם. שני הבדים כוללים חלקו ספג, שמעליהם את השערה כי הבד שימוש במקור כסוי למזרן; בשני הבדים יש תפר עם חוט בצבע לבן. יחד עם זאת מעבדת הזיהוי הפלילי ציינה כי אין היא עורכת השוואה בין בדים, והשוואה צו לא נעשתה בידי מומחה.

על רקע זה ציין ב"כ המשיבים כי לא ניתן ליחס משמעות רבה להשוואה בין הבדים, שכן חומר הבד לא נשלח לבדיקת מעבדה כראוי. מר ابو-קשה משתייך, כאמור, למזרן הבודאי, ובמשפחהו נהוג לשון על מזרנים, כך שאין להתפלא שמאפיינים במקומות בדים שונים. אין בנמצא אינדיקטיה מאייה חומר עשויים הבדים, ולכן אין בסיס לטענה שהם משלימים זה את זה.

גם כאן, טענות ההגנה ראיות לבחינה וללבון, אך אלה ייעשו בהליך העיקרי. העובדה כי ביתו של מר ابو-קשה נתפס בד הדומה להפליא בלבד שנפתח בזרת השוד, ועליו טבעת ה - DNA שלו, מחזקת עוד יותר את חומר הראיות נגדו. על כך יש להוסיף שמר ابو-קשה ציין באחת מהקירותיו כי הצד בדירתו הוא שלו, והוא לא מכניס אנשים הביתה (הודעה ימים 8.3.17, ש. 58). עובדה זו משנה מובהקות למצאים נגדו, בכל הנוגע לקיומן של ראיות לכואורה. שילוב

ראיות זה - של דגימת ה-DNA ושל הבד - מבוסס, לטעמי, קיומן של ראיותلقואורה הקשורות את מר ابو-קشك לזרת השוד.

9. הפטיש ששימש את השודדים: ראייה נסיבית נסافت היא הפטיש שנתפס בבית משפט אבו-קشك (דו"ח מסכם מיום 7.3.17) הדומה מאוד לפטיש שנמצא במצולמות החנות. יחד עם זאת, צודק ב"כ המשיבים בכך שعين מדויק מראה שקיים ביניהם הבדל חשוב. בפטיש שנמצא במצולמות האבטחה בחנות נראת כי כת הפטיש בולטת בראשו, לעומת רأس הפטיש ירד מעט למטה. לעומת זאת, בפטיש שנתפס בבית המשפט ראש הפטיש מצוי בקצתו, ואין בליתה של כת הפטיש החוצה. על הפטיש עצמו לא נשמר ט"א (מצרך מיום 12.3.17). בנוסף, הפטיש נתפס בדירה העליונה במבנה בו מתגורר אבו-קشك, שמתגוררים בה אביו, אמו ואחיו (בעוד שאבו-קشك עצמו מתגורר, כאמור, בקומת הראשונה) (זכ"ד תפיסה מיום 15.3.17).

על רקע זה אני סבור שיש בנסיבות הפטיש כדי לחזק את הראיותلقואורה נגד מר אבו-קشك.

10. השוואה בין הנ吐נים העולים מהסתרון בחנות ו楣ודות המתלוון לבין מאפיינוי של מר אבו-קشك: קיימות כמה ראיות נוספות בחומר החקירה המועלות התאמה מסוימת בין השודד הגבו בחנות השודדים לבין מר אבו-קشك. כך, השוואה בין הפנים של השודד כפי שצולם במצולמות החנות לבין פניו של מר אבו-קشك מעלה דימויו באך ובמבנה הראש; בנוסף, אחד המתלוונים זהה כי השודדים דיברו במבטא ערבי (הודעת המתלוון מיום 19.12.16), וכן הוא ציין שכשהשודד הגבו התקופף לכיוון הכספה וראה שהוא נועל, הוא פנה אליו, וזה ראה "מפרצי שיער" אצלו (מצרך מיום 14.3.17), כigham למר אבו-קشك יש מפרצי שיער.

ב"כ המשיב ציין כי נתונם אלה יכולים להתקיים אצל רבים וטובים, ואין בהם כדי לסביר את מר אבו-קشك. בנוסף, נעשה ניסיון מצד גורמי החקירה למצוא התאמה בין מר אבו-קشك לבין השודד הגבו, על-ידי שימוש בתצלום דלת הכניסה והשוואת גובה השודד יחסית אליה, אך ניסיון זהفشل.

אכן, צודק ב"כ המשיבים בציינו שנתונם אלה, כשהם עומדים בלבד, אינם מובהקים, אך יש בהם כדי לחזק, במידה מסוימת, את עוצמת הראיות כshmocrpim אותם לבדיקת ה-DNA והשדק. מוסיף ב"כ המשיבים וטוען כי למר אבו-קشك עיניים בצעב יירוק בגוון מיוחד, והוא סביר שהמתלוון בחנות היה מבחין בכך, והעובדת שלא עשה כן אומرت דרשו. לטעמי, אך אין בעובדה שהמתלוון לא ציין פרט זה כדי לכרסם בתשתית הראיתית. העיקר הוא ב"יש" ולא ב"אין".

11. פרטי התקשרות ביחסטלפון נייד מס' 0548878052 (להלן: 052): המבקשת מייחסת חשיבות טלפון זה לשיטות. מדובר בטלפון הנייד של מר אבו-קشك, ובaicoun שלו יש כדי למקם אותו בזרת השוד, ובדרך אליה וממנה; בנוסף, יש בו גם כדי לבסס קשר הדוק ביןו לבין הנאשם השני, מר זהר.

ראשית, יש לציין כי הטלפון זה לא נתפס ברשות מר אבו-קشك או ב ביתו. החוקרים הגיעו למספר זה לאחר שנמצא קשר בינו לבין אחד הטלפונים שנתפס אצל מר זהר, שבדיקתו העלתה שקיים שיחות ביןו לבין טלפון 052. החוקרים גילו כי המספר 052 מכונה בשם "נבילה" (ושמו הפרטי של מר אבו-קشك הוא נביל). בנוסף, ابو של אבו-קشك נשאל בחקרתו מה מספר הטלפון הנייד של בנו (מצרך מיום 14.3.17) (ראו גם הودעה מאותו מועד). הוא זכר את ארבע הספרות הראשונות של טלפון 052. החוקר ערך מצרך בו ורשם שני מספרי טלפון האחד: 052 והשני 0549934688 (שנמסר על ידי מנהל העבודה של אבו-קشك). האב אישר כי מספר הטלפון של בנו הוא 052.

ב"כ המשיבים ציין כי ייחוס הטלפון זהה לאבו-קסק הוא ניסיון "לייצר" זיקה בין מר זהר. אך, המעסיק של מר אבו-קסק ציין מספר טלפון אחר שבו הוא עושה שימוש. המעסיק גם הראה שהמספר שהוא ציין כמספר של מר אבו-קסק מצוי אצלו אכן ברשימת אנשי הקשר. אשר לעדות האב, טוען ב"כ המשיבים כי אין לייחס לה כל משקל. לשיטתו, עיון בסרטון המתעד את החקירה מראה שהחוקר מוליך את האב לזיהות את טלפון 052, ושהזהה לא היה אותנטי. מדוע? משום שהחוקר הניח בפני האב דפים בהם שני מספרי הטלפון, אך הוא הצבע לעבר מספר הטלפון "המבוקש", והאב ביקש לרצות אותו, וכן הסכים שזה הטלפון של בנו. עיינתי הסרטון. חלקו האחרון אכן הולם את התיאור של ב"כ המשיבים, אך בחלקו הראשון נראה האב מצביע לעבר המספר 052 ללא כל הכוונה, ואומר שזה הטלפון של בנו, אף אישר לחוקר שזה **"מאה פיל מהא"**. על אף ידיעות הדלות בשפה העברית, גם אני הבנתי שהוא מאשר שזה המספר של בנו **"במאה אחוז"**. מר אבו קסק עצמו ציין כי הוא לא זוכר מה מספר הנייד שלו, וכשנשאל על מספר 052, וכשנאמר לו שבאיו אישר שזה המספר שלו, הוא השיב **"יכול להיות זה המספר. לא יודע באמת"** (הודעה מיום 16.3.17, ש. 20).

יחד עם זאת, הקישור בין אבו-קסק לפלאפון מס' 052 מעלה גם מספר סימני שאלה. אך, כאשר ניסו השוטרים ליצור קשר עם בעלי מספרי טלפון אחרים (בהतאם לפירוט במצר מיום 9.3.17) שקיים תיעוד כי היו בקשר עם המספר 052, התברר שהם כלל לא הכירו את אבו-קסק.

12. מכל מקום,aicoun הטלפון 052 מעלה שבויום השוד (19.12.16) הטלפון אוכן בשעה 16:40 ברכבת לוד. לאחר מכן בשעה 17:47 ביבנה בסמוך למגרש הcadogel (בקרבה למקום בו נגנב רכב הסיטרואן), לאחר מכן בשעה 18:41 בחניון חנה וסע בתחנת סבידור מרכז בתל-אביב-יפו, הסמוכה לכיכר המדינה, לאחר מכן בשעה 19:10 בבית דגן, ולאחר מכן בשעה 00:00 בלילה ברכבת לוד. תחנת הרכבת בלבד קרויה מאוד לביתה של מר אבו-קסק, המצוי בשדה בסמוך לה. לשיטת המאשימהaicoun זה מקום אותו בדרך לזרת השוד וממנה כמתואר בכתב האישום.

ב"כ המשיבים טוען כיaicoun טלפון זה דזוקא חותר תחת טענות המאשימה ולא מחזקן. אך, מתברר שמעל החנות שנשדדה ניצבת אנטנה סלולרית (בעניין זה הועבר לעיוני פירוט של מיקום האנטנה של חברת סלקום בכיכר המדינה עצמה). מכאן, האם היה אכן הטלפון 052 בידי השודד, הרי שהוא מאוכן לחנות, ולא למקומות המרוחקים מאות מטרים ממנו (ב"כ המשיביםAMD את המרחק בקילומטרים בדיון שבפני, אך מדובר במאות מטרים). בנוסף, טוען ב"כ המשיבים שאין להתבסס בעניין זה על מחקרי תקשורת אלא נדרשת חוות דעת ממנה עליה מיקומו המדוייק של הנאשם (ראו דברי כב' השופט הנדל בבש"פ 8489/16 עיון ב' מדינת ישראל (פורסם בנבו; 2016) בפסקה 4 להחלטה). אין במקרה חוות דעת, המציינת את הפרישה של המנסרים באזורה, ואת המיקום של החשודים בהתאם למנסרים אלה. המרחקים שבהם אוכנו החשודים רחוקים מכיכר המדינה, ומכאן שהaicoun דזוקא מזכה ולא מרשייע. בנוסף, איןaicoun של ההימלטות ברכבת בהתאם לתיאור בכתב האישום.

לטעמי ראיות אלה מחזקות את הראיות לכואורה שבוססו עד כה, גם אם מדובר בראיות גולמיות הטעונות עדין עיבוד. אך, קוו ההגנה של ב"כ המשיבים, לפיו אין כל קשר בין מר אבו-קסק לבין טלפון 052 יתברר במהלך המשפט, אך קיימות לפני ראיות כי אבו של נאשם מס' 1 קשור את המספר לבנו, וaicoun המספר אכן ממקם אותו בסמיכות מקום, לכל היותר, לזרת השוד, וכן את הליכתו בנתיה אליה וממנה. יתכן שריאות אלה, לו היו עומדות לבדוק, לא היו מוכנות ראיות לכואורה בעוצמה גבוהה, אך כאמור, הן מצטרפות לראיות אחרות הקיימות בתיק, ואלה מחזקות זו את זו.

13. **הרכב שנגנב ביבנה:** על פי כתב האישום, הרכב, שנגנב ביום השוד ביבנה (סוג סיטרואן C5), שימש את השודדים. מאicon של הטלפון 052 עולהשמי שהזיך בו שזה ביבנה בזמן בו נגנב (לקראת שעה 18:00). המתלוון

שעבד בחנות זיהה את הרכב אליו נמלטו השודדים כרכב אפור. הוא אף רדף אחרי השודדים, וניסה לטלוש את לוחית הרישוי של הרכב, וכן זכר שמספר הרישוי מתייחס ב- 16, ואחריו 837, וכן מספר הרישוי של הרכב, שנמצא נטוש, הוא 1683736, וזה היה הרכב שנגנבו מיבנה.

ב"כ המשיבים ציין כי אין זה נכון שהמוכר בחנות זיהה את מספר הרכב, ולמעשה חומר החקירה כולל זיהוי של שוטרים את הרכב הסיטרואן ללא חוות דעת של מומחה כנדרש. מכל מקום ברכב זה לא נמצא מממצאים פורנזיים רלוונטיים המסבירים את מי מהמשיבים, ומכאן שלא ניתן למסקל ניכר במסגרת בחינת הראיות שלפני.

14. מר ابو-קסק שמר על זכות השתקה בחלוקת נכדים מחקירתו: לבסוף יש לציין שמר ابو-קסק שמר על זכות השתקה, בעיקר באותו חלקים בחקירהו בהם עומת עם הראיות המפלילות נגדו. כך, בחקירה (ימים 20.3.17 ו- 20.3.18) במהלך ביקשו החוקרים לעמת אותו, בין השאר, עם הסרט שצולם בחנות, הוא שתק. גם כשעימתו אותו עם העובדה שהבד עליו נמצא ה-DNA שלו זהה לשנתפס בביתו הוא שתק (הודעה מיום 15.3.17, ש. 13); הוא שמר על זכות השתקה גם בחקירהו מיום 12.3.17, וכן גם בחקרות נוספות שלא יצאן את כלן. לשתקה זו, כאמור, יש משמעות בכל הנוגע לקיומן של ראיות לכואורה בדיני מעצרם. כפי שציין כב' השופט עמיות (בש"פ 1748/11 *יחזקאל ב' מדינת ישראל* (פורסם בנוב; 2011; בפסקה 6 להחלטה): "מהפסיקה עולה כי בהליך מעצר יש נפקות לשתקה. ככל, שתיקתו של הנאשם מקום בו היה מתבקש הסבר מצדו, מחזקת עדמת התביעה לצורך שלב המעצר[...].
פשיטה כי כרך במישור הראייתי בבואה בית המשפט לבחון קיומן של ראיות לכואורה" [ההדגשה הוספה].

מכאן שהשתיקה של מר ابو-קסק, והיעדר הסברים מצדיו לעיקר הראיות נגדו, מחזיקים את עצמת הראיות לכואורה הקיימות נגדו.

15. לסייע: התמונה המצטנרת היא כי קיימות ראיות לכואורה לחובת הנאשם מס' 1. גם בהינתן טענות ההגנה, הראיות הללו הן, לטעמי, בעלות עצמה גבוהה, העומדות בדרישות סעיף 21(ב) לחוק המעצרים.

עלות מעצר: ابو-קסק

16. בהינתן קיומן של ראיות לכואורה בעניינו של מר ابو-קסק, כמו גם עילת מעצרו. עלית המעצר היא סטטוטורית בהינתן העובדה שמדובר בשוד, שבמהלכו נעשה שימוש באקדח (גם אם לא ירו בו) (ראו סעיף 21(א)(1)(ג)(4) לחוק המעצרים), ולא צריך להרחיב.

בזירה נתפסו שני כדורי אקדח, נתן המאש שטעה כי השודדים היו חמושים (תצלומים 13-14 מדו"ח מסכם חקירת מז"פ מיום 16.12.2016), והמקירן באופן ישיר על מסוכנות האירוע. בנוסף, המצלמות בחנות תיעדו את מרכיבי האלימות שבשוד. כזכור, אחד המתלונים הוכה בפטיש, והחשוד הגבוה היה דומיננטי במהלך. בכל אלה יש לשקף מסוכנות בדרגה גבוהה.

17. עוד יש לציין שמר ابو-קסק הורשע (בשנת 2011) בעבירות יצוא יבוא ומסחר בסמים מסוכנים, והוטלו עליו 20 חודשים מאסר, וכן מסר על תנאי בתנאי שלא יעבור עבירות סמים.

שאלת שליחת עניינו למסקיר תבחן על ידי במועד שימוש החלטה זו.

בחינת התשתית הראותית העומדת לחובת מר זוהר

18. מהן הריאות הקשורות את מר זוהר למעשה השוד? יאמר מיד, עצמתן של אלה היא חלהה הרבה הרבה שנבנהו על-ידי בעינינו של מר ابو-קשה. יש בהן כדי לבסס חד סביר המצדיק את חקירותו, אך אין זה ברור כלל ועיקר שיש בהן ראיות לכואורה להוכחת אשמתו.

19. ראשית, יש לציין שמר זוהר הכחיש היכרות קודמת כלשהי עם מר ابو-קשה: "**לא רأיתי את הבוחר הזה מימי ולא מכיר אותו**". (הودעה מיום 17.3.26, ש. 45). הוא ביקש להטעמת עמו כדי להוכיח את חפותו (שם, ש. 72); והוא מוכן להיבדק בבדיקה פוליגרפית כדי להוכיח שהוא דובראמת (שם, ש. 60). לא הוכח בפני עימות שונתה בין השניים. מר זוהר ציין בחקירותו "**אני אומר לך שיש לכם טיעות ודאית במה שאתה אומר ומהשיד אוטי. אני ב 4 השנים האחרונות לא עשית שום עבירה, אני בעל מסעדה היום יש לי עסק חוקי לגיטימי ואני מתפרנס ממנה בכבוד אין לי נגיעה ולא הייתה לי שום נגעה לשום פשע ב 4 שנים האחרונות.**" (הודעה מיום 17.3.9, ש. 28).

ואכן, אין בפניהם ראייה ישירה לפיה התקיימו מפגש כלשהו בין מר זוהר לבין מר ابو-קשה, לא לפני השוד ולא אחריו. אין בפניהם ראייה כלשהי המראה שמר זוהר ומר ابو-קשה שיתפו ביניהם פעולה באופן כלשהו עבור אותו שוד בתל-אביב, או שהייתם ביניהם היכרות מוקדמת אישית. אין בפניהם ראייה חפצית כזו או אחרת הקשורת בין מר זוהר לבין השוד. לא נתפסו אצלם פרטיים הקשורים לשוד, לא נמצאו דגימות DNA או טביעות אצבע כאלה או אחרות, הקשורות אליו לאירועים כאמור.

20. הריאות היחידות הקשורות בין מר זוהר לבין השוד מצויות בעובדה שנתפסו בביתו טלפון נייד מספרו 0505110025 (מצר מיום 17.3.16)(להלן: **טלפון 025**); מטלפון זה אוכנו מספר שיחות שנוהלו עם טלפון 052, המזוהה כזוכה, לאבו-קשה. השיחות התבכעו בזמן שקדם לשוד **ואף במהלך השוד עצמו**. בנוסף, איכון הטלפון הזה ממקם את המחזיק בו בסמוך לזירת השוד בזמן השוד, אך לא בקרבת החנות עצמה, אלא למרחק מאות מטרים מזרת האירועים.

לטעתה המבקשת, מחקרי התקשרות בעניין טלפון זה, בשילוב עם חוסר הסבריו ההגוניים של מר זוהר, מובילים לראיות לכואורה נגדו. אבחן אפוא את הריאות הקיימות בפני.

21. **טלפון 025 והאיכונים הנוגעים אליו ולמספריו טלפון נוספים**: מחקרי התקשרות שהציגה המאשימה נוגעים בכמה טלפונים נידים הניתנים כולם לייחס למר זוהר.

ראש וראשון בהם הוא טלפון 025. נתפס אצל מר זוהר, שמש בימים שקדמו לשוד רק לשיחות עם טלפון 052. ככלומר, על פי הטענה, המחזיק בו עשה שימוש ייעודי בטלפון זה על-מנת לשוחח עם מר ابو-קשה. התקיימו כמה שיחות בין טלפון 025 (הנחשד להיות של מר זוהר) לבין טלפון 052 (הנחשד להיות של ابو-קשה), לחקירה השוד **ובזמן השוד**. כך, ביום השוד (16.12.19) התקיימו שיחות שבין התקשר מר זוהר למר ابو-קשה ולהפך. על פי החשד מר זוהר התקשר למר ابو-קשה בין השעות 14:53 - 15:12; 15:17 - 15:21 נרשם גם שיחה ייצאת גם שיחה כניסה בין המספרים; בדקות 15:43 - 15:44 נרשמו שיחות כניסה מטלפון 025; כך גם בשעה 16:44; בשעה 17:14 אוכנה שיחה מטלפון 052 לטלפון 025; בשעה 17:36 נרשמה שיחה כניסה מטלפון 025 לטלפון 052. כך גם בשעה 17:47 ובסוף 17:53.

השוד אירע, כאמור בשעה 18:52, ונמשך מספר דקות.

והנה בשעה 18:41 נרשמה שיחה בה טלפון 052 (אבו-קشك) מתקשר לטלפון 025 (מר זהר), והשיחה נמשכה מספר דקות משמעותית, כלומר, **אל תוך זמן אירוע השוד עצמו**.

22. לצד טלפון 025 נתפס בбиתו של מר זהר טלפון נייד המסתויים בספרות 8734 (0502928734) (מצר מיום 28.3.17). מר זהר הודה שהטלפון זהה הוא שלו בחקירה אחרת, שנוהלה נגדו לפני כינה ומחזה (הodata מיום 11.11.15, ש. 19). מתברר כי טלפון זה אוכן בזמן השוד (בשעה 18:54) בבית אגד (לייד מגדי עזריאלי), שנמצא כמו מאות מטרים מכיכר המדינה. ודקה לאחר מכן ברוח ויצמן בתל-אביב קרוב יותר לכיכר. המבקשת טוענת כי מר זהר הסתובב עם שני הטלפונים בו זמנית, ושוחח עם מר ابو קشك בטלפון 025. הטלפון המסתויים בספרות 8734 אוכן בשעה 19:01 ביום השוד ברוח ויצמן בתל-אביב.

בחקירתו ציין מר זהר כי מספר הטלפון הניד שלו הוא 050768876 ואילו את המספר 025 הוא לא מכיר. **"אין לי מושג, אני לא זוכר מס' זהה"** (הodata מיום 9.3.17, ש. 19). והנה הטלפון האישី שלו היה מושתק בזמן השוד, ואין לגביו פרטי איכון בזמן זהה.

23. ומהם הסבירי מר זהר לננתונים אלה? מר זהר ציין כי יש לו עסק בשם **"טעם של פעם"** ביבנה, וכן חלוקה של מאפים ומוצריו מזון לברים באולמות וגם לבתים פרטיים (הodata מיום 27.3.17, ש. 10). העסק פתוח במשך 7:30 בבוקר ועובד על הלילה, ואף אחר חצות. השליחים בעסק מועסקים עצמאית, והוא לא **"מושcia להם משכורת"** (הodata מיום 27.3.17, ש. 36). הם באים והולכים על בסיס אקראי. ישנים ימים שהוא צריך חמשה שליחים וישנים ימים אחד - **"זה לפי העבודה"** (הodata מיום 12.3.17, ש. 21). השליחים לוקחים עמם את הטלפונים של העסק. הוא ציין כי עסק יש גם לקוות בתל-אביב, בצפון תל אביב באזור כיכר המדינה (הodata מיום 27.3.17, ש. 92). עוד ציין מר זהר כי הוא נותן את הטלפונים האישיים שלו לשילוחים,eskymat מצוקת טלפונים (הodata מיום 27.3.17, ש. 158). הוא לוקח אותם בלילה הביתה, כשהוא מסיים לעבוד בעסק, ובבוקר הם ממשימים את המסעדה עד הסגירה (הodata מיום 26.3.17, ש. 12). טלפון 025 שנפתח אצלו בבית **"משמש בד"כ את המלצרים, ספקים, שליחים במסעדת"** (הodata מיום 26.3.17, ש. 15), מכל מקום, לא מדובר בטלפון האישី שלו.

כלומר, בחקירתו העלה מר זהר את האפשרות שהוא במסעדת, בעוד השליחים הם אלה שעשו שימוש שוטף בטלפונים הנידים. יחד עם זאת הוא לא שלל את האפשרות שהלך לאוכל, או שהיה עם לקוחות באזור תל-אביב או הגיע לפגישה עסקית. **"אין לי מושג ואני לא זוכר אףה הינו באותו זמן שאתה אומר"** (הodata מיום 27.3.17, ש. 124), אך בהחלט יתכן, לטענותו, שטלפון 025 הוחזק במקביל על ידי שליח ולא על ידו.

ומה לגבי תיעוד של עבודות המשלוחים באותו היום? המסעדה סבלה מהצפה ולכך **"כל הרשימות והרשומות כמו צ'קים ומסמכים נוספים בזמן הצפה ולדעתך עד כמה שאני זוכר בכלל שהזה שליחים מזדמנים ולא קבועים של המסעדה אז [סביר] להניח שאתה רישום קבוע מאוחר זהה משתנה"** (הodata מיום 27.3.17, ש. 168). מר זהר הוסיף וציין כי השליחים לא מחזיקים מעמד בעבודה לאורך זמן, ולכן, הוא לא יכול היה למסור רשימה של שליחים שנייה לאותר, גם לא מהעת האחרון.

המשמעות טוענת בתגובה שהסביר זה נסתר, שכן טלפון 025 דיבר רק עם טלפון 052 (של מר ابو-קشك) בימים שקדמו לשוד, ואם היה מדובר בשליחים הינו מצפים למצאו שיחות גם למספרים אחרים. בנוסף נרשמה שיחה מאחד הטלפונים האחרים בין מר זהר לבין מכר שלו, ומכאן שלא מדובר בשליח אלא במר זהר עצמו, שכן אותו אדם נשא לשיטתה את הטלפונים הללו בו זמנית. מוסיפה המשמעות ומצביעה על כך שמר זהר מאוכן גם ביבנה בזמן גניבת

הרכב, אך היא מודה שיש לזכור שהוא מתגורר ביבנה, ונתן זה אינו מוסיף תוספת ראייתית משמעותית לראיות נגדו.

24. ב"כ המשפטים טוען כי גם בהינתן כל נתוני התקשרות עדין המאשימה אינה עומדת ברף הראייתי הנדרש לבסס שותפות לפשע. אין כל ראיות לביצוע במצוותה. אין ראייה שמר זהר נכח בזרת השוד מחוץ לחנות. לשיטת המאשימה הוא צריך היה להיות שותף לתוכנן, אך אין כל תשתיית לכך. בנגד עמדת המבוקשת, ב"כ המשפטים טוען כי הסבירו של מר זהר הם הגיוניים. כך, הוצגה בפני חווות דעת שמאית (ימים 29.1.17) ממנה עולה שבום א' ה - 8.1.17 הייתה המסעדה סגורה בשל צום עשרה בטבת, אז התקבלה התראה על עשן היוצא ממנה. התעורר חשד להצחה, לשיפית סולר בתוך המסעדה ופריצה לתוכה. עוד פורט בחווות הדעת מצא לפיו צינור מים שנпалש גرم להצחה באחור הדלפק. מחוות הדעת עולה שנמסרה הודעה למשטרת, שפתחה בחקירה, ומכל מקום, אין בפני אינדיקציה שמצב דברים זה נבדק על ידי הגורמים החוקרים.

האם קיימות ראיותلقואורה בעניינו של מר זהר: בין חשד סביר לבין ראיותلقואורה

25. האם מכול ראיות זה מקיים "ראיותلقואורה" להוכחת אשמתו של מר זהר, כמפורט בסעיף 21(ב) לחוק המעצרים? כאן علينا לשוב לפסק הדיון המנחה בבש"פ 8087/95 **زادה נ' מדינת ישראל, פ"ד** (2) 133, (1996) :

השאלה שהשופט צריך לשאול עצמו, לעניין ראיות אלה, הינה אם טيبة של הראייה - על רקע מכלול הראיות ומשקלן המצוי בשלב זה - הוא כזה שקיים סיכוי סביר לכך שאויה ראייה תהופיע בסוף ההליך הפלילי לראייה רגילה אשר על פיה, היא לבדה או בהצטיפה לראיות פוטנציאליות אחרות, ניתן יהיה לקבוע כנדרש את אשמתו של הנאשם. "ראיותلقואורה להוכחת האשמה" הן אפוא ראיות גולמיות אשר לגבהן קיים סיכוי סביר שעיבודן במהלך המשפט - תוך בחינתן בחקירות, בקביעת אמינותו ומשקל - יוביל לראיות (רגילות) אשר מבססות את אשמת הנאשם מעיל לכל ספק סביר [ההדגשה נוספת].

יש לזכור שופט המעצרים אינו בודק אם קיימות ראיותلقואורה להרשעה מעיל לכל ספק סביר, אלא אם טמון בהן פוטנציאלי מרשים בעוצמה מתאימה (שם, בעמ' 148):

השאלה אינה אם חומר הראיות המצוי בידי התביעה מוכיח "لقואורה" את אשמת הנאשם מעבר לספק הסביר. המבחן הינו אם בחומר החקירה שבידי התביעה מצוי פוטנציאלי ראייתי אשר בסיום המשפט יהא בכוחו להוכיח את אשמת הנאשם כנדרש במשפט פלילי.

בנוסף, על הבדיקה לכלול הן את הראיות הגולמיות בעלות פוטנציאלי הרשעה כמו גם בעלות פוטנציאלי חזקי (שם, בעמ' 145).

26. בענייננו יש להתחשב בכך שהראיות שהוצעו לחובת מר זהר הן נסיבותות לחולוטן. בעניין **מקדאד** ציין כב' השופט, בתוארו אז גrownis (שם, בעמ' 228):

על בית-המשפט לשאול עצמו אם הנסיבות שהוצעו פותחות פתח למסקנה שונה מזו שהتبיעה טעונה לה, קרי מסקנה שאינה מפלילה, לפיקך נאמר כי כאשר מוצגות ראיות נסיבותות של ממש לחובתו של הנאשם, עליו ליתן הסבר תמים, שאינו מסבכו בעבירה [...]. עם זאת אף אם הנאשם אינו מציע הסבר המתישב עם חפותו, על בית-המשפט לבחון מיזומתו שלו הסברים אפשריים ככלה

[...]. יתרה מזו, על בית-המשפט לבחון אפשרויות סבירות שונות, אפילו אין הן מתישבות עם טענות ההגנה [...]. במקרים שניית להסביר בהם את הראיות הנسبתיות על דרך תרחיש תמים, יש לזכות את הנאשם מחמת הספק. מובן שגם תרחיש תמים יבחן על-פי שיקולי היגיון וניסיון חיים, ואין די באפשרות דמיונית וויצאת-דופן כדי להביא לזכויו.

במקום בו דוחה בית המשפט את הסבירו של הנאשם יש לקחת בחשבון גם את דבריו הידועים של כב' השופט, כתוארו אז, י' כהן, שנמסר על פסק דיןו של השופט, כתוארו אז, לנדי לפיהם יש לקחת בחשבון אפשרויות "שונות שיכלו להמരיץ את הנאשם לתת את ההסבר הכווצב שלו, וביניהן הסיבה 'שהוא ביקש להתרחק מרחק מרבי מכל חשד שהוא היה מעורב בהנהגות בלתי-כשרה כלשהיא' (ע"פ 77/565 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 692, 695 (1978)).

27. על רקע זה אשוב לראיות שלפני.

28. המבקשת טענת שמר זהר "ביצע עבירה תוך שימוש בשתק חם (האקדח) ובנשך קר (הפטיש), בשותפות, ב[אם]策אות ובצאותה חדא עם ابو קשך" (פסקה 5 לבקשתה). מכאן שמר זהר הוא מבצע עבירת הניסיון לשוד בהתאם להוראות סעיף 29 לחוק העונשין. **היא רואה במר ابو-קשך ובמר זהר מבצעים策אות של ניסיון השוד, ושל שאר העבירות הנלוות המצוינות בכתב האישום. לדעתו, אשמה זו אינה נתמכת בראיותلقאה.**

ראשית, יש לציין כי ההסבר שמסר מר זהר אינו מופרך לטעמי. גורמי החקירה לא בדקו את הראיות לפיהן אכן סבל בית העסק שלו מש:right וצפה, ומכאן נובע הקושי להציג תיעוד לפעילות המסעדה ביום השוד.يطען הטוען (החדרן) כי אירוע ההצעה והצפה היה מכוון, ובא להעלים ראיות נוכחות שוד שיכל, אך אם כך, היה מצופה מהערבי המתוחכם גם להעלים את טלפון 025, וכזאת לא נעשה.

אולם מוכן אני להניח - לצורך הדיון - כי יש לדוחות את הסבירו של מר זהר כבלתי מהימנים, ומכאן שהראיות המפלילות של המשימה יוותרו לעמוד על כננו. האם השופט בהליך העיקרי היה מרשים בנסיבות העניין את מר זהר בביצוע策אות של שוד מעל לכל ספק סביר? לטעמי התשובה היא בשלילה, וזאת באופן מובהק. כל שיש לנו הן שיחות שקרים מר זהר לפני השוד, ובמהלך השוד, אם אחד השודדים, אף גם לא יותר. כזכור:

א) אין לנו כל ראייה להיכרות מוקדמת בין מר זהר לבין מר ابو-קשך; מר זהר ביקש להתעמת עם מר ابو-קשך והחוקרים לא ערכו עימות צזה.

ב) אין לנו כל ראייה לפגישה שהתקיימה בין השניים לפני השוד או אחרי השוד (יתכן שהיתה פגישה סיבוב גניבת הרכב ביבנה עובר לשוד, אך לא ניתן לבסס פגישה שכזו ברמת המוגבלות הנדרשת בפליליים, שכן מר זהר מתגורר ביבנה ושם גם מצוי העסק שלו).

ג) אין לנו ראייה לכל עבודות הכנה צזו או אחרת שעשה מר זהר, מלבד הסתוובות באחד האזוריים המרכזיים ביותר בתל-אביב-יפו.

ד) אין לנו ראייה שמר זהר שהה ליד החנות ממש. לפני איכונים שלו, כשהוא מצוי למרחק מאות מטרים מהחנות,שוב, באחד האזוריים ההומים בתל-אביב, שניית הגיע אליהם לצרכים אחרים לחלוון.

ה) אין לנו כל ממצא פורנזי כזה או אחר הממקם את מר זהר בזירת השוד.

ו) אין לנו כל ראייה שמר זהר עסק בפעולות פליליות כלשהי בתקופה שקדמה לשוד או אחריו (להבדיל מעבירה הפלילי שלוף פרק זמן ממשי מאז שהצטבר לחובתו).

ז) אין לנו ראייה לתוכן השיחות;

ז) וכל אלה לגבי "האין", מבלי שנדרשו לטענות ההגנה לעניין הקרים ב"יש" הראייתו.

29. במקרה הניסיונות, אפשר לומר שפעולות האיכון מעולות חשד סביר למעורבותו של מר זהר בניסיון לשוד, חשד המצדיק חקירה ובדיקה, אך ודאי שאין לומר כי ניתן להרשיעו מבצע עיקרי שלו. מקרה זה מעלה, לטעמי, את החשיבות שבשימוש הבדיקה שבין "**החשד הסביר**" המצדיק מעוצר חדשים לצורכי חקירה, לבין "**הריאות לכואורה**" המצדיקות מעוצר או חלופת מעוצר של נאים (לນיתוח הבדיקה ראו אצל כב' השופט, כתוארו אז, חישון בבש"פ 6350/97 **רוזנטstein נ' מדינת ישראל** (פורסם ב公报; 1997)). אכן, קו הגבול עלול להיות חמקמק לעיתים, אך לא תמיד, ומקרה זה יוכיח. הטלת אחראיות פלילתית על אדם היא עניין שיש לגשת אליו בנסיבות הראוייה, וכן כתחזית ראייתית איתנה. גם אם אנו חוסדים באמון בחשד כבד, וגם אם עליה "ריח חשוד" מחומר החקירה בעניינו, ואפילו ריח בעל עצמה, אין בכרך כדי להוביל לכינונה של אחראיות פלילתית. אכן, הריאות לא צרכות לבסס את הרשעה מעל לכל ספק סביר בשלב זה, אך הן צרכות להיות בעלות פוטנציאלי מרשים לביצוע בצוותא של ניסיון שוד, והראיות שלפני נעדרות פוטנציאלי כזה. גם אם נ└ר בקו המחשבה המפליל ביותר, מדובר שלא נראה בנאש מס' 2 כדי שתוכנן לשוד, להבדיל מבצע עיקרי שלו (בהתאם לסעיף 31 לחוק העונשין)? זו היא שאלה טובה, ותשובה טובאה לה אין.

30. האם קיימות ריאות לכואורה למעורבות של העורר בשוד שאינה עולה כדי ביצוע בצוותא, המכוננת אחראיות פלילתית? זו היא שאלת קשה יותר בעניין, אך גם כאן נראה לי שה"אין" עולה על ה"יש".שוב, חשד סביר יש ויש, אך התמונה שונה לגבי שאלת הריאות לכואורה. אין זה מספיק שעלה מר זהר לחתם הסברים ולהסביר לאיישם נגדו. כפי שציינה כב' השופטת דורנר (בש"פ 5140/98 **בורקוש נ' מדינת ישראל** (פורסם ב公报; 1998)):

כידוע, בריאות המסתיקות להעברת נטל הבאת הריאות [לנאשם] אין די כדי לשמש ריאות לכואורה לעניין מעוצר עד תום ההליכים...

אם מתוך עיון בחומר הריאות המצרי בתיק בשלמותו, ועל-פי מומחיותו כמשפטן...ונגסינו השיפוטי, חש השופט שה "case" של התביעה הינו "חלש" עד כדי היעדר קיומו של סיכוי סביר שהמשפט יסתהם בהרשעת הנאשם, כי אז אין לפני השופט ריאות לכואורה מספיקות הצדיקות את מעצרו בפועל עד תום ההליכים... אכן, אפשר כי במהלך המשפט יושלמו החללים בריאות. אך כל עוד הריאות חסרות אין לפגוע בחירותו של העורר.

31. זה הוא המצב בעניינו של מר זהר. לא בכרך, כשהוגשה הצהרת התובע בעניינו של מר אבו-קסק בבית משפט השלום (מ"י 17-03-19965 **מדינת ישראל נ' זהר ואחר** (20.3.17)) ציינה כב' השופטת העמידה כוחן-עומר כי "נגד החשוד 1 [מר זהר] קיים חשד שהוא מעורב בנסיבות שוד התכשיטים, אך נכון לעת הזו טרם התגבשה תשיטת ראייתית המצדיקה הגשת כתוב אישום ויש צורך בהשלמת חקירה בעניינו".

גם כאן יש להתחשב בהסבירו של מר זהר, השוקלים משקל של ממש, שעה שמדובר בתיק נסיבתי לחלוון. ואפילו אם

אם צחיפות אחרות העומדות על הפרך, ואם צחיפות בעלות גוון פלילי, מדוע אין לראות באינטראקציה בין מר זהר לבין מר ابو-קסק כקשרו לשוד מתוכנן עתידי, שאינו קשור לשוד בכיר המדינה? או מדוע שלא נראה באינטראקציה ביניהם כקשרו לעסקת סמים, נוכח העבר הפלילי הקיים בעניינם? יש כאן עשן למעורבות פלילתית, אך אין הוא קונקרטי ומסויים די. קשת האפשרויות היא רבה, גם בהינתן השicha שמתקיימת בזמן השוד, וודאי שלא אמזהה כאן את כליה. בעניין זה, יש לזכור, הרף המוטל על המאשימה הוא גבוה, כיון למי שמקשה להטיל אחריות פלילתית.

32. לטעמי, במצב הראיתי הקיים נכון להיום בתיק זהה, אין ראות לכואורה להוכחת אשמתו של מר זהר בפלילים הקשור לשוד, גם לא באמצעות המידה הנדרשות מראיות לכואורה בתיק נסיבתי.

אולם, אפילו אם שגגה יצאתה תחת ידי, וקייםות ראות לכואורה עדין מדובר בעוצמה מופחתת מאוד שלהן, שאינה יכולה להצדיק מעצר מאחריו סORG ובריח או מעצר בית, בהתאם למוקבילית הכוחות הקיימת בין עצמת הראיות לבין המגבילות שניתן להטיל על חירותם של נאים (ראו את דברי כב' השופט עמית בבש"פ 11/5564 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבבו; 2011; בפסקה 4 להחלטה)).

התוצאה

33. אני קובע כי קיימות ראות לכואורה בעניינו של הנאשם מס' 1 וכיימת עילה מעצר בעניינו.

34. אני קובע שלא קיימות ראות לכואורה בעניינו של הנאשם מס' 2 לניסיון לביצוע בצוותא של שוד, כמיוחס לו בכתב האישום, ומכל מקום התשתית הראיתית אינה מאפשרת את שליחתו למעצר עד לתום ההליכים נגדו, למעצר בית, או למוגבה אחרת מסווג זה על חירותו.

35. אין בכך כדי למנוע ממני להטיל על מר זהר מגבלות הבאות להבטיח את התיאצובתו למשפט בעניינו (בבש"פ 98/63 אדייאשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 160 (1998)). כך עשה במעמד שימוע ההחלטה.

ניתנה היום, י"א אייר תשע"ז, 07 Mai 2017, במעמד הצדדים.