



בש"פ 7234/18 - אביאל שושן, עומרי שושן נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 7234/18

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן

העוררים: 1. אביאל שושן
2. עומרי שושן

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט ש' פרידלנדר) במ"ת 37093-08-18 מיום 8.10.2018

תאריכי הישיבות: י"ב בחשון התשע"ט (21.10.2018)
ט"ו בחשון התשע"ט (24.10.2018)

בשם העוררים: עו"ד מיכאל גבאי; עו"ד אהובה גבאי

בשם המשיבה: עו"ד דגנית כהן ויליאמס; עו"ד חיים ויסמונסקי

החלטה

בית המשפט המחוזי הורה על מעצר העוררים עד תום ההליכים נגדם. הם משיגים הן על קביעתו כי יש ראיות לכאורה להוכחת אשמתם, הן על מעצרם מאחורי סורג ובריח.



1. ביום 16.8.2018 הגישה המשיבה כתב אישום נגד העוררים - שני אחים - ושלושה אחרים: חי בראנס (להלן: חי), אביב כלפון (להלן: אביב) ומנסור שבנוב (להלן: מנסור). על פי המתואר בכתב האישום, העוררים ומנסור תכננו לרכוש אקדח מחי ומאביב, והעוררים השתתפו בתיאום המכירה. ביום 28.6.2018, כך נטען, קיבל מנסור מאביב אקדח ומחסנית תואמת שבה 9 כדורים. לאחר שרכב משטרה הורה לרכב שמנסור היה בו לעצור, נמלט מנסור מהמקום והשליך את האקדח והמחסנית. לאחר מרדף נתפס מנסור, ובחיפוש במקום נתפסו גם האקדח והמחסנית. בגין המעשים המתוארים יוחסה לעוררים עבירת רכישת נשק ותחמושת שלא כדין, לפי סעיף 144 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.
2. בד בבד עם הגשת כתב האישום התבקש מעצרים של העוררים עד תום ההליכים המשפטיים נגדם. המשיבה הציגה ראיות שעולות לטענתה כדי ראיות לכאורה להוכחת האשמה. בין היתר הסתמכה המשיבה על תכתובים של שיחות שנקלטו בהאזנות סתר. לטענתה, שיחות אלו מתעדות את קשירת הקשר בין הנאשמים ואת התיאומים לרכישת אקדח. העוררים טענו שתי טענות נגד תכתובים אלו. ראשית, בשיחות מדובר ברכישת רכב לבת הזוג של העורר 1, ולא נשק. שנית, לא הוצג צו שמאשר האזנות סתר למספרי הטלפון שהשיחות התקיימו מהם - ובלי צו מדובר בהאזנת סתר אסורה שאין להציג את תוצריה כראיה במשפט. המשיבה השיבה לטענות אלו. אשר לתוכן השיחות היא טענה כי השיחות על רכב היו הסוואה לשיחות על נשק, וכי תוכן השיחות אינו תואם דיון ברכישת רכב. אשר לצו האזנת סתר הציגה המשיבה צו, שחלקו מושחר, להאזנה למספר טלפון מסוים: 053-2408708 (להלן: הצו). המשיבה הגישה גם פרפרזה מאת קצין סיגנט דרום ולפיה ההאזנה מכוח הצו כללה גם שני מספרי טלפון נוספים: 055-9404287; 053-3893090 וכי "האזנת הסתר האמורה הינה חוקית ונחתמה על ידי כבוד נשיאת בית המשפט המחוזי באר שבע השופטת רויטל יפה-כץ" (להלן: הפרפרזה). המשיבה הציגה אף הצהרה מאת התובעת בתיק כי מכוח הצו הופקו כל השיחות שבחומר החקירה, והן בוצעו בשלושה מספרי טלפון (להלן: ההצהרה). התובעת פירטה בהצהרה שיחות שתומכות בטענת המשיבה, וחילקה אותן לפי שלוש "עמדות". לשיטת המשיבה, משילוב כל אלו עולה חוקיות ההאזנות כולן.
3. בהחלטה מיום 26.8.2018 (להלן: ההחלטה הראשונה) קבע בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט ש' פרידלנדר) כי תכתובי האזנות סתר שבתיק החקירה תומכים בנטען בכתב האישום. צוין כי השיחות הזכירו שיחה בין עבריינים שמצפינים את דבריהם בשל האזנה להם. לגוף הדברים העלה בית משפט קמא תמיהות בעניין גרסת העוררים: אין בשיחות התייחסות לכוונת העורר 1 לרכוש רכב לבת זוגו; הדיון ברכב כחלק מהדיון ברכישה מתחיל רק באמצע סדרת השיחות ולא בתחילתה; המחיר שנקב אינו מתאים לרכישת רכב חדש; בשיחות עלה הצורך להסתיר את הרכישה, ואין טעם לאדם להסתיר רכישת רכב לבת זוגו; מהשיחות עולה כי מטרת הרכישה עסקית, ולא אישית; ניתן בהן משקל רב מהצפוי לקיומם של "גלגלים רזרביים" ברכב ולהעדרו של "דלק"; לפני שדיברו ברכב דיברו העוררים ב"תפוחים" ו"אפרסקים".
4. בהחלטה מיום 8.10.2018 (להלן: ההחלטה השנייה) דן בית המשפט המחוזי בטענת העוררים בעניין הצו להאזנת סתר. לאחר שעיין בצו, בפרפרזה, בהצהרה ובצו המלא (ללא השחרת החלקים החסויים. להלן: הצו המלא), קבע בית משפט קמא שהאזנות הסתר היו כדין ושאפשר להגיש את תוצריהן במשפט. בהתבסס על ההחלטה הראשונה נקבע כי יש ראיות לכאורה להוכחת המיוחס לעוררים. במצב זה לא היה חולק על כי קיימת עילת מעצר של מסוכנות. בית המשפט המחוזי ציין את העבר הפלילי המכביד מאוד של העורר 1, את העבר הפלילי המכביד של העורר 2 ואת המעורבות השוטפת שלהם בפעילות עבריינית. נמצא כי אי אפשר למנוע פעילות זו באמצעות פיקוח אלקטרוני או



בחלופת מעצר. על כן נקבע כי אין טעם לבקש תסקיר מעצר. בית משפט קמא הורה לעצור את העוררים מאחורי סורג ובריוח עד לתום ההליכים נגדם.

טענות הצדדים

5. מכאן הערר שלפניי. העוררים טענו כי בצו מופיע מספר טלפון אחד שמותר להאזין לו, אולם בתכתובים מופיעות שיחות ממספרים רבים נוספים, וההאזנה להן הייתה אסורה. עוד נטען כי מאחר שאי אפשר להגיש את החומר הסודי בהליך העיקרי, אין בו כדי להכשיר את הגשת הראיות. העוררים שבו על טענתם שהשיחות עוסקות ברכישת רכב, ולא ברכישת נשק. העוררים הוסיפו כי בדיון מעצר מיום 3.10.2018 אמר מנסור שהאקדח שנתפס שייך לו זה זמן מה. לטענתם, דברים אלו פוגמים בעוצמת הראיות לכאורה נגדם. לחלופין, לגישת העוררים היה מקום לבחון חלופה למעצרו המלא.

6. המשיבה מצידה טענה כי בהשגות על חוקיות האזנות הסתר יש לדון בהליך העיקרי. לגוף העניין נטען כי הצו, הפרפרזה, ההצהרה והצו המלא מספיקים כדי לקבוע את חוקיות ההאזנות. המשיבה הוסיפה שתוכן השיחות אינו נסב על רכישת רכב, וביקשה לדחות אף את יתר טענות העוררים.

7. בדיון שהתקיים שלפניי ביום 21.10.2018 שמעתי את טענות הצדדים ועיינתי במעמד צד אחד בצו המלא. בתום הדיון הוריתי למשיבה להגיש השלמת טיעון בכתב בשאלת הראיות, והתרתי לעוררים להשיב. בהשלמת טיעון מאותו יום הדגישה המשיבה כי הקטעים המושחרים בצו נועדו להגן על אמצעים ושיטות שהמשטרה עושה בהם שימוש, וכי במקביל לצו שחלקו מושחר יש בחומר החקירה תעודת עובד ציבור שמשקפת להגנה ולבית המשפט כי נעשתה בדיקה של מקור הסמכות להאזנה למספרים הנוספים וכי ההאזנה נעשתה כדיון. הטלת חיסיון על חלק מהצו להאזנת סתר והצגת תעודת עובד ציבור להגנה – יחדיו הן דרך פעולה מקובלת כחלק ממדיניות המלחמה בפשיעה, וזו אושרה על ידי היועץ המשפטי לממשלה והגורמים הפועלים מטעמו. עוד צוין כי בית המשפט המחוזי אף אישר פרקטיקה זו במקרה קודם. המשיבה הוסיפה כי הוצאה תעודת חיסיון בתיק. העוררים השיבו ביום 22.10.2018 כי הפרפרזה אינה תעודת עובד ציבור. הם הוסיפו כי השיחות שבית המשפט המחוזי הסתמך עליהן בהחלטה הראשונה בדבר ראיות לכאורה, היו כולן ממספרי טלפון שאינם מופיעים בצו או בפרפרזה. על כן, לגישת העוררים, עדיין לא ברור מקור הסמכות להאזנות אלו. ביום 23.10.2018 הגישה המשיבה "הבהרה דחופה". צוין כי הוצאה תעודת עובד הציבור שדובר בה, להבדיל מהפרפרזה (בדיון שנערך בהמשך הוסף כי הפרפרזה היא בבחינת מזכר שעורכה יגישה במשפט כראייה ויוכל להיחקר עליה). התעודה צורפה להודעה. ראש מחלקת סיגינט מחוז דרום פירט בגדרה כי ביחידתו פענחו שיחות משלוש ה"עמדות" בהתאם לצו ותכתבו אותן, וכי אנשי יחידתו צרבו תקליטורים נאמנים למקור של השיחות ומסרו אותם להגנה ולבית המשפט. בתכתובי השיחות אין מופיעים פרטי מספר הטלפון שהאזינו לו, אלא פרטי המספר של בן שיחו. לכן טענות ההגנה כי האזינו למספרי טלפון שלא מכוח הצו, מקורן באי הבנה – כך לטענת המשיבה. ביום 24.10.2018 קיימתי דיון נוסף, שמעתי את טענות הצדדים וקיבלתי הבהרות מסוימות מנציגי המשיבה בדיון במעמד צד אחד.

דיון והכרעה

8. לאחר שעיינתי בערר ובצרופותיו, שמעתי את טיעוני הצדדים ובחנתי את חומר הראיות נגד העורר – באתי



לכלל מסקנה כי דין הערר להידחות.

9. השיחות שנקלטו בהאזנות סתר מקימות ראיות לכאורה להוכחת האשמה המיוחסת לעוררים. כאמור, בשיחות אלו דנו העוררים ברכישה. הם השתמשו במונחים מתחום הרכב. העוררים טוענים שיש להבין את הדברים כפשוטם, והעוררים עסקו ברכישת רכב לבת הזוג של העורר 1. המשיבה טוענת שמדובר בצופן: הרכב הוא אקדח, והוא לא נועד לבת הזוג של העורר 1. בית המשפט המחוזי קבע בהחלטה הראשונה כי השיחות תומכות לכאורה בגרסת המשיבה, ולא בגרסת העוררים. לאחר עיון בתכתובים מקובלת עליי מסקנת בית המשפט המחוזי מטעמיו.

10. העוררים טענו שדבריו של מנסור בדיון מיום 3.10.2018 כרסמו במשקל הראיות לכאורה. כזכור, מנסור טען אז כי האקדח שנתפס - שלו זה זמן מה. העוררים ביקשו ללמוד מכך שאין מדובר באקדח שנרכש כפי שמתואר בטענות המשיבה. מצאתי כי אל מול הדברים של מנסור יש בשלב זה ראיות לכאורה להוכחת גרסת המשיבה. כאמור, השיחות בין העוררים מצביעות על כוונתם לרכוש נשק. לכך יש להוסיף כי בשיחה 6188 אמר העורר 1 לעורר 2: "ההוא (לא ברור) ואללה אין לו עשרים אלף מזומן אחי לך תשלח את מנצור ייקח אותו יחביא אותו שמה בעוצם אחי". הנחיה זו מתיישבת היטב עם טענת המשיבה כי מנסור הוא שקיבל בפועל את הנשק שהעוררים רכשו, הוא האקדח שנתפס סמוך למקום תפיסתו של מנסור. על כך יש להוסיף כי בהחלטה השנייה ציין בית המשפט המחוזי כי על אף הטענה של מנסור, הודה בא כוחו שיש ראיות לכאורה נגד מנסור. בית המשפט המחוזי מצא ראיות לכאורה כאלו על אף אותה טענה של מנסור. יש בכך כדי להחליש את משקלה של הטענה ואת כוחה לפגום במשקל הראיות לכאורה נגד העוררים.

11. הראיות לכאורה שנסקרו מתבססות על השיחות שהאזינו להן. לעוררים טענה נוספת, והיא נועדה לפסול את כל השיחות הללו מלשמש ראיה נגדם. לפי סעיף 13(א) לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 (להלן: חוק האזנת סתר), מה שנקלט בהאזנת סתר שלא לפי חוק האזנת סתר, אינו קביל כראיה (כפוף לחריגים שאינם חלים כאן ולסמכות המסורה לבית המשפט לפי סעיף 13(א)(2)). המשיבה מסתמכת על צו שחתמה עליו נשיאת בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' הנשיאה ר' יפה כ"ץ), בהתאם לסעיף 6 לחוק האזנת סתר. לטענת העוררים, בהיתר יש לציין את "זהות הקו או המיתקן המשמשים או המיועדים לשמש לקליטה, להעברה או לשידור של בזק, ואשר האזנה אליהם הותרה" (סעיף 6(ד) לחוק האזנת סתר). בצו הגלוי שהוגש - אשר, כזכור, חלקו מושחר - מופיע רק מספר טלפון אחד: 053-2408708. בפרפרזה נוספו שני מספרי טלפון: 055-9404287 ו-053-3893090, ונכתב שהם עלו בחקירה לפי הצו. אולם, ממשיכים העוררים, בתכתובי השיחות שבית המשפט המחוזי הסתמך עליהן אין מופיע וולו אחד ממספרים אלו. אם השיחות נקלטו שלא לפי הצו, הרי שאין להגיש אותן במשפט והן אינן כשירות לשמש ראיות לכאורה למעצרים. על כך נוספה טענה בסיסית יותר. הצו המלא שנתנה נשיאת בית המשפט המחוזי אינו גלוי להגנה. הושט ממנו חלק חיוני שמלמד כיצד היה אפשר להאזין למספרים הנוספים שהופיעו בפרפרזה (כאמור, בינתיים הוצאה על חלק זה תעודת חיסיון). המותב שידון בהליך העיקרי לא יראה אותו. אם כך, אי אפשר להוכיח במשפט כי היה מותר להאזין לשיחות ממספרים אלו, ומכאן שאי אפשר להגיש את התוצרים של האזנות הסתר למספרים אלו.

12. כדי להשיב לטענה זו נקטה המשיבה כמה צעדים. היא הגישה תעודת עובד ציבור שלפיה פענחו לפי הצו שלוש האזנות סתר. מספרי ההאזנות זהים למספרי ה"עמדות" שבתכתובי השיחות. הטענה שהשימוש במספרי עמדות אלו היה לפי הצו, עולה גם מההצהרה. מהפרפרזה ביקשה המשיבה ללמוד לאילו מספרי טלפון היה מותר להאזין לפי הצו נוסף למספר שהופיע בצו והוצהר בנוסף כי ההאזנה היא חוקית בהתאם לצו של כב' הנשיאה ר' יפה כ"ץ. לצד אלו הבהירה המשיבה כי בתכתובי השיחות מופיעים מספרי ה"עמדות" - אשר להן, כאמור, האזינו, וההאזנות היו לפי הצו - וכי מספרי טלפון נוספים שמופיעים בתכתובים אינם של המספר שהאזינו לו, אלא של הצד השני לשיחה. על כל הטענות



האלו יעידו במשפט הגורמים המתאימים, והעוררים יוכלו לחקור אותם. בדרך זו, טוענת המשיבה, אפשר להוכיח כי כל ההאזנות היו לפי הצו – אף אם הערכאה הדיונית לא תעיין בחלקו הסודי – ועל כן תוכל המשיבה להגיש את כל התכתובים שבחומר החקירה, ויש בכוחם להקים גם ראיות לכאורה בשלב המעצר. המשיבה הוסיפה כי דרך זו להוכיח את כשרותן של ראיות שהושגו בהאזנת סתר לפי צו שחלקו חסוי, אישר בית המשפט המחוזי במקרה קודם, ת"פ (מחוזי ב"ש) 6468-03-11 מדינת ישראל נ' עמר (2.5.2013) (להלן: עניין עמר).

13. הליך המעצר אינו מסגרת הולמת להכרעה בשאלת קבילות הראיה והדבר מסור לערכאה הדיונית (ראו מני רבים בש"פ 5612/18 גבאי נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (23.8.2018); בש"פ 1658/18 בדראן נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (12.3.2018); בש"פ 567/16 מלול נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (ג) (1.3.2016)). הלכה פסוקה היא "שטענות בדבר קבילות ראיות מקומן להתברר בהליך העיקרי ועל בית המשפט בהליך המעצר להעריך מהי רמת הסיכוי כי ראיה גולמית, שקיימת מחלוקת בשאלת קבילותה, תהיה קבילה במשפט" (בש"פ 6083/14 אבו אלהווה נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (18.9.2014)). עוד נפסק כי "כל עוד הראיה אינה בלתי-קבילה על פניה, ניתן לראותה כראיה לכאורית לצורך הליך המעצר עד תום ההליכים" (בש"פ 1021/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 57 (15.2.2017)). בעניין עמר דחה בית המשפט המחוזי בגדרו של הליך עיקרי התנגדות להגשת תוצרי האזנת סתר במקרה דומה שבו הושחר חלק מתעודת החיסיון. אני קובע מסמרות בעניין זה, וההכרעה – גם במקרה שלפנינו – צריכה להיעשות על ידי הערכאה הדיונית. בהינתן הנסיבות שעמדתי עליהן וההכרעה בעניין עמר אין לומר כי לפנינו ראיה "בלתי-קבילה על פניה".

14. נוכח האמור, אני רואה להיעתר לבקשת העוררים ולקבוע כי אין ראיות לכאורה לאישומים המיוחסים להם.

15. סוגיה אחרונה עניינה חלופת מעצר. אכן, יש לשקול חלופת מעצר גם בעבירות חמורות, ובנסיבות מתאימות להורות על כך. בחנתי את חומרת המעשים שמיוחסים לעוררים ואת עברם הפלילי. לכל אחד מהעוררים כמה הרשעות קודמות בעבירות אלימות, שיבוש מהלכי משפט ועוד. כבית המשפט המחוזי, אף אני סבור כי חלופת מעצר לא תפיג את המסוכנות שנשקפת מהם. אף מעצר בפיקוח אלקטרוני לא יסכון.

16. הערר נדחה אפוא.

ניתנה היום, ט"ז בחשון התשע"ט (25.10.2018).

ש ו פ ט