



מ"ת 52149/03/17 - מדינת ישראל נגד נביל אבו קשק, יאיר (בן יוסף) זהר

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

מ"ת 52149-03-17 מדינת ישראל נ' אבו קשק(עציר) מ"ת 58859-03-17 מדינת ישראל נ' זהר

לפני	כבוד השופט גרשון גונטובניק
מבקשת	מדינת ישראל
	ע"י ב"כ עו"ד תמר טיטלbaum
נגד	נביל אבו קשק (עציר) יאיר (בן יוסף) זהר
משיבים	ע"י ב"כ עו"ד עדי כרמלי, מורן נר-גאון ותומר בנישתי

החלטה (ראיות לכאורה ועילות מעצר)

לפני בקשות למעצר עד תום ההליכים של שני המשיבים, הנאשמים יחדיו באותו כתב אישום. הדיון בשתי הבקשות התקיים במאוחד.

כתב האישום והבקשה למעצר עד לתום ההליכים

1. נגד נביל אבו-קשק (להלן: **מר אבו-קשק** או **הנאשם מס' 1**) ונגד יאיר זהר (להלן: **מר זהר** או **הנאשם מס' 2**) הוגש כתב אישום מתוקן (ת.פ. 52083-03-17). לפי כתב האישום, הנאשמים קשרו (עובר ליום 17.12.16) ביניהם ועם אחרים, שזהותם אינה ידועה למאשימה, קשר לביצוע שוד. מימוש השוד נקבע ליום 19.12.19. במסגרת הקשר ולשם קידומו קיבל מר אבו-קשק, באותו היום, בשעה 18:00 או בסמוך לכך, רכב מסוג סטרואן מ.ר. 16-837-36 (להלן: **הרכב**), מאדם שזהותו אינה ידועה למאשימה, אשר עד אותה עת היה ברשות בעליו ביבנה, וזאת בידיעתו ובהסכמתו של מר זהר.

בהמשך אותו יום (19.12.19), במסגרת הקשר ולשם קידומו, על דעתו, בהסכמתו ובידיעתו של מר זהר, הגיע מר אבו-קשק יחד עם שלושה אחרים, שזהותם אינה ידועה, לקרבת חנות תכשיטים בכיכר המדינה בתל-אביב-יפו, כשהם מצוידים בכפפות, כובעי גרב, אקדח טעון בכדורים, פטיש ושק. מר זהר הגיע לקרבת החנות ושהה שם לאורך כל אירוע ניסיון השוד שהתפתח. באותה עת שהו בחנות שני בעליה, ומוכרת נוספת, שהכינו אותה לסגירת יום העסקים.

מוסיף כתב האישום ומתאר שמר אבו-קשק ושניים אחרים יצאו מהרכב, כשהם רעולי פנים, עוטים כפפות ומצוידים באקדח, בפטיש ובשק, והלכו אל עבר החנות. מר אבו-קשק הכה באמצעות הפטיש בדלת הכניסה, אשר הייתה סגורה,



והדלת נשברה ונפתחה. הוא וחבריו נכנסו לחנות וצעקו "לא לזוז", "תביאו את התכשיטים" ו"איפה הכספת". הם הניפו את האקדח והפטיש אל עבר המתלוננים, ואיימו עליהם. הנאשם מס' 1 נטל שני מגשים שהכילו תכשיטים ושעונים, והכניסם לתוך השק. בשלב כלשהו הוא נטל את האקדח הפנה אותו לעבר אחד המתלוננים, דרך אותו, ודחף את המתלון אל עבר הכספת. לאחר מכן, הוא והאחרים נטלו את השק וכן מגש עם תכשיטים ושעונים בשווי של כ - 1,200,000 ₪, ופנו לעבר היציאה. המתלון, בניסיון למנוע את השוד, ניגש לנאשם מס' 1, והפיל את האקדח מידו. בתגובה האחרון הכה את המתלון, 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 מידי המתלון, ונמלט עם האחרים מהמקום באמצעות הרכב. הרכב ננטש בסמוך לאחר מכן באחד הרחובות הסמוכים, והכול על דעתו, בהסכמתו ובידיעתו של הנאשם מס' 2.

כתב האישום מציין כי "במעשיהם האמורים לעיל, קשרו הנאשמים קשר 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 נאשם 1 את המתלון וגרם לו יחד עם אחרים לחבלות של ממש." בגין כל אלה הואשמו שני הנאשמים בניסיון שוד בנסיבות מחמירות (עבירה לפי סעיף 402(ב) בתוספת סעיף 25 וסעיף 29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: **החוק** או **חוק העונשין**)); החזקה ונשיאת נשק (עבירה לפי סעיף 144(א) רישא וסעיף 144(ב) רישא בתוספת סעיף 29 לחוק); תקיפה הגורמת חבלה של ממש בנסיבות מחמירות (עבירה לפי סעיף 382(א) וסעיף 380 בתוספת סעיף 29 לחוק); וקשירת קשר לביצוע פשע (עבירה לפי סעיף 499(א)(1) לחוק).

2. מר אבו-קשק נעצר, ומעצרו הוארך מעת לעת. גם מר זהר נעצר עד ששוחרר ביום 20.3.17 בתנאים מגבילים, הכוללים הפקדות כספיות, ערבויות ומעצר בית מלא. הועלתה הטענה כי מר זהר הפר את תנאיו המגבילים, אך הוא השיב כי היה עליו להגיע לבית חולים, אליו אכן הגיע. על רקע זה נקבע כי הוא ימשיך לשהות במעצר בית מלא, תחת פיקוח; יופקדו ערבות צד ג', הפקדה כספית של 2,000 ₪, ועיכוב יציאה מן הארץ.

3. לצד הגשת כתב האישום המבקשת עתרה למעצרו של שני הנאשמים עד תום ההליכים המשפטיים נגדם. לשיטתה, קיימות ראיות לכאורה נגד שניהם. נגד מר אבו-קשק קמה עילת מעצר נוכח העובדה שביצע עבירה תוך שימוש בנשק חם, וקיים חשש ששחרורו יסכן את בטחון הציבור, לאור התנהלותו חסרת הגבולות במהלך השוד. לחובתו הרשעה משנת 2011 בגין עבירות סמים, בגינה ריצה 20 חודשי מאסר. מוסיפה המבקשת וטוענת כי קיימות ראיות לכאורה גם נגד מר זהר, וגם עילת מעצר קיימת בעניינו, שכן הוא "ביצע עבירה תוך שימוש בנשק חם (האקדח) ובנשק קר (הפטיש), בשותפות, ב[אמ]צעות ובצוותא חדא עם אבו קשק" (פסקה 5 לבקשה). לחובתו הרשעות רבות קודמות, בעבירות התפרצות, הפרעה לשוטר, סמים, שוד ועוד, בגין ריצה שנות מאסר רבות במהלך חייו.

על רקע זה, טוענת המבקשת, אין בנמצא חלופת מעצר שתוכל לאיין את מסוכנותם של שני המשיבים, ויש להורות על מעצרו עד לתום ההליכים המשפטיים נגדם.

הדין והמחלוקת

4. ביום 26.4.17 קיימתי דיון בבקשה. כידוע, תנאי ראשון למעצרו של נאשם הוא "שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה" נגדו (סעיף 21(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: **חוק המעצרים**)). האם קיימות ראיות לכאורה כאמור? שאלה זו שנויה במחלוקת קוטבית בין הצדדים. הם טענו באריכות והתייחסו בהרחבה לתשתית הראייתית העומדת בבסיס כתב האישום. המבקשת טענה כי קיימות ראיות לכאורה נגד שני



המשיבים, והמשיבים טענו כי אין בנמצא כאלה.

5. כפי שנראה להלן, רוב הראיות נגד המשיבים הן נסיבתיות. אכן, ראיות אלה יכולות לשמש בסיס למעצור של נאשמים בפלילים, אך יש לנקוט בבחינתן משנה זהירות. כב' השופט דנציגר סיכם את ההלכה באופן הבא (בש"פ 8311/13 אברמוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו; 2013) בפסקה 21 להחלטה):

נקבע בפסיקתו של בית משפט זה לא אחת כי ניתן לעצור נאשם עד תום ההליכים גם כאשר כל הראיות נגדו הינן ראיות נסיבתיות, כל עוד הראיות הללו הינן על פניהן בעלות עוצמה, משתלבות זו בזו ויוצרות על פני הדברים מסכת ראייתית רצופה של עובדות פליליות שיכולה לבסס הרשעה [...]. עם זאת, נקבע לא אחת כי בשים לב לכך שמדובר בראיות נסיבתיות לכאורה, ובשים לב לכך שמדובר בשלב המעצר והראיות הנסיבתיות הללו טרם עברו ב"כור ההיתוך" של ההליך הפלילי, הרי שיש לבחון האם הראיות הנסיבתיות לכאורה הינן בעלות עוצמה כזו המובילה למסקנה לכאורית ברורה בדבר סיכוי סביר להרשעה או שמא קיים הסבר חלופי הגיוני שעשוי להתקבל בסופו של ההליך הפלילי. לעיתים עשוי בית המשפט להגיע למסקנת ביניים, לפיה קיימות אמנם מספר ראיות נסיבתיות בעלות משקל ראייתי נגד הנאשם אשר קושרות את הנאשם לאירוע נשוא כתב האישום ומצטברות לכאורה לכדי תמונה מרשיעה, אולם קיים סימן שאלה בדבר עוצמתן המצטברת של הראיות הנסיבתיות או קיימים בהן חוסר או חולשה ראייתיים אשר ראויים לבירור בהליך העיקרי. במקרים כאלו, על בית המשפט לשקול היטב האם יש הצדקה להורות על מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים או שמא יש להסתפק בשחרורו של הנאשם לחלופת מעצר.

בהתאם לסיכום זה אצמד, ואפנה לבחון את הראיות שלפני. אקדים אחרית לראשית ואציין שבסופו של יום אני מוצא שהתשתית הראייתית העומדת לחובתו של מר אבו-קשק היא משמעותית הרבה יותר מזו העומדת לחובתו של מר זהר. האם היא עולה כדי קיומן של ראיות לכאורה בעניינם של שני הנאשמים? לבחינת שאלה זו תוקדש עיקרה של החלטה זו.

בחינת התשתית הראייתית העומדת לחובת מר אבו-קשק

6. לחובתו של מר אבו-קשק עומדות כמה ראיות הקושרות אותו, לכאורה, לאירוע השוד. אעמוד עליהן כסדרן.

7. **דגימת ה-DNA**: השודדים הותירו מאחוריהם בחנות שק העשוי מבד (תצלום 12 מדו"ח מסכם חקירת מז"פ (מיום 20.12.16)). אל השק הם הכניסו תכשיטים שבכוונתם היה לשדוד, אך בסופו של יום הוא נותר מאחור. והנה בדיקה של השק העלתה שמצוי בו חומר שניתן לדגום ממנו DNA (זיהוי דנ"א מס' 15637). בדיקה של החומר העלתה התאמה ל-DNA של מר אבו קשק. בחוות הדעת מיום 13.3.17 נכתב כי "הפרופיל הבולט בתערובת שהתקבלה מהשק...תואם את פרופיל ה-DNA של נביל אבו קשק, או כל אדם בעל פרופיל זה כפי שהתקבל בבדיקות אלו." שכיחות הפרטים נאמדת באחד ליותר ממיליארד פרטים.

כידוע, לעיתים ניתן להרשיע נאשם בפלילים רק על בסיס ראיית DNA (ע"פ 149/12 אלמליח נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו; 2012 בפסקה 34 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל)), אך כזאת יש לעשות במשנה זהירות. בהקשר זה ידועה ההבחנה בין דגימת DNA שהוצאה מחפץ נייח לזו שמחפץ נייח. כפי שציין כב' השופט (כתוארו אז) גרוניס בע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נו(5) 221, 231 (2002) (להלן: עניין מקדאד): "במקרה של חפץ



נייח ניתן לומר בוודאות גבוהה יותר כי הטביעה שנתגלתה מלמדת על הימצאותו של הנאשם במקום, ולפיכך קשור הוא באירוע הפלילי. לעומת זאת כאשר מדובר בחפץ נייד, שיכול לעבור בקלות מיד ליד וממקום למקום, קיימת אפשרות סבירה שהחפץ נושא טביעת אצבעות של אדם שאינו מעורב, וכי החפץ הגיע בדרך כלשהי למקום שבו הוא נמצא."

בנסיבות המקרה הנוכחי מדובר אכן בחפץ נייד (שק), אך אין לשכוח שההבחנה שנעשתה בעניין **מקדאד** מבוססת על השכל הישר. אין לשכוח שהחפץ הנייד שלפני, שמצא עצמו נעול בתוך חנות בסיומו של שוד. כפי שנראה מיד בהמשך, הוא עשוי מבד הדומה מאוד לזה הנמצא בדירתו של מר אבו-קשק. הוא מבסס, לכל הפחות, את המסקנה המסתברת שגורם המצוי בסביבת החיים הקרובה מאוד שלו נטל חלק בשוד.

ב"כ המשיבים ציין כי המאשימה מתעלמת מחוות הדעת הראשונה בעניין ה - DNA (מיום 30.1.17) ממנה עלה שהחומר שנדגם מקורו "**בשני פרטים לפחות**". מכאן, לשיטתו, שחוות הדעת הסופית סותרת את חוות הדעת הראשונה. בנוסף, חוות הדעת האחרונה מסייגת עצמה ואומרת ש"**אומדן השכיחות אינו מתייחס לקרובי משפחה בקרבת דם מוגדרת במקור ה - DNA במוצג**". מסביר ב"כ המשיבים שמר אבו-קשק משתייך לשבט בדואי, שבו בני המשפחה מתחתנים זה עם זה, נתון המשליך ישירות על מובהקות הזיהוי. בנוסף, חוות הדעת הסופית מושתתת על חומר, שהוא תוצר של "תערובת" ולא ברור מאיזה בסיס הוא מגיע - האם מדם? האם מזרע? לסימני שאלה אלה יש השלכה ישירה על עוצמתה של חוות-הדעת.

טענות ההגנה בעניין זה ראויות לליבון ולבחינה, אך אלה ייעשו במסגרת ההליך העיקרי. בכל הנוגע לשאלת קיומן ראיות לכאורה, מדובר בראיית כבדת משקל הפועלת לחובתו של הנאשם מס' 1. בעניין זה, וכפי שנראה בהמשך, מר אבו-קשק שתק בחקירתו בחלקים משמעותיים, ולא הציע כל אפשרות אחרת לבעליה של דגימת ה-DNA. על רקע זה, ובשלב זה, לחוות הדעת הסופית משקל ממשי נגדו.

8. **הבדל של השק נמצא גם בבית מר אבו-קשק:** לצד דגימת ה - DNA נתפס בביתו של מר אבו-קשק בד הדומה מאוד, מבחינת ההדפס שלו, לזה שהושאר בחנות. הבד נתפס בקומת הקרקע של מבנה, שבו הוא מתגורר (זכ"ד תפיסה מיום 15.3.17). בתיק החקירה מצוי דוח מסכם חקירת מז"פ (מיום 8.3.17), ובו תמונות המשוות בין שני הבדים וניתוח של מאפייניהם. ענייני בדו"ח ואודה שבעין בלתי מזוינת הדמיון בין הבדים הוא רב ביותר מבחינת הצבע וסוג ההדפס שעליהם. שני הבדים כוללים חלקי ספוג, שמעלים את ההשערה כי הבד שימש במקור כיסוי למזרן; בשני הבדים יש תפר עם חוט בצבע לבן. יחד עם זאת מעבדת הזיהוי הפלילי ציינה כי אין היא עורכת השוואה בין בדים, והשוואה כזו לא נעשתה בידי מומחה.

על רקע זה ציין ב"כ המשיבים כי לא ניתן לייחס משמעות רבה להשוואה בין הבדים, שכן חומר הבד לא נשלח לבדיקת מעבדה כראוי. מר אבו-קשק משתייך, כאמור, למגזר הבדואי, ובמשפחתו נהוג לישון על מזרנים, כך שאין להתפלא שמצויים במקום בדים שונים. אין בנמצא אינדיקציה מאיזה חומר עשויים הבדים, ולכן אין בסיס לטענה שהם משלימים זה את זה.

גם כאן, טענות ההגנה ראויות לבחינה ולליבון, אך אלה ייעשו בהליך העיקרי. העובדה כי בביתו של מר אבו-קשק נתפס בד הדומה להפליא לבד שנתפס בזירת השוד, ועליו טביעת ה - DNA שלו, מחזקת עוד יותר את חומר הראיות נגדו. על כך יש להוסיף שמר אבו-קשק ציין באחת מחקירותיו כי הציוד בדירתו הוא שלו, והוא לא מכניס אנשים הביתה (הודעה מיום 8.3.17, ש. 58). עובדה זו משווה משנה מובהקות לממצאים נגדו, בכל הנוגע לקיומן של ראיות לכאורה. שילוב



ראיות זה - של דגימת ה-DNA ושל הבד - מבסס, לטעמי, קיומן של ראיות לכאורה הקושרות את מר אבו קשק לזירת השוד.

9. **הפטיש ששימש את השודדים:** ראייה נסיבתית נוספת היא הפטיש שנתפס בבית משפחת אבו-קשק (דוח מסכם מיום 7.3.17) הדומה מאוד לפטיש שנצפה במצלמות החנות. יחד עם זאת, צודק ב"כ המשיבים בכך שעיון מדוקדק מראה שקיים ביניהם הבדל חשוב. בפטיש שנצפה במצלמות האבטחה בחנות נראה כי כת הפטיש בולטת בראשו, כלומר ראש הפטיש ירד מעט למטה. לעומת זאת, בפטיש שנתפס בבית המשפחה ראש הפטיש מצוי בקצהו, ואין בליטה של כת הפטיש החוצה. על הפטיש עצמו לא נשמר ט"א (מזכר מיום 12.3.17). בנוסף, הפטיש נתפס בדירה העליונה במבנה בו מתגורר אבו-קשק, שמתגוררים בה אביו, אמו ואחיו (בעוד שאבו קשק עצמו מתגורר, כאמור, בקומה הראשונה)(זכ"ד תפיסה מיום 15.3.17).

על רקע זה אינני סבור שיש בממצא הפטיש כדי לחזק את הראיות לכאורה נגד מר אבו-קשק.

10. **השוואה בין הנתונים העולים מהסרטון בחנות ומעדות המתלונן לבין מאפייניו של מר אבו-קשק:** קיימות כמה ראיות נוספות בחומר החקירה המעלות התאמה מסוימת בין השודד הגבוה בחבורת השודדים לבין מר אבו-קשק. כך, השוואה בין הפנים של השודד כפי שצולם במצלמות החנות לבין פניו של מר אבו-קשק מעלה דימיון באף ובמבנה הראש; בנוסף, אחד המתלוננים זיהה כי השודדים דיברו במבטא ערבי (הודעת המתלונן מיום 19.12.16), וכן הוא ציין שכשהשודד הגבוה התכופף לכיוון הכספת וראה שהיא נעולה, הוא פנה אליו, ואז ראה "מפרצי שיער" אצלו (מזכר מיום 14.3.17), כשגם למר אבו-קשק יש מפרצי שיער.

ב"כ המשיב ציין כי נתונים אלה יכולים להתקיים אצל רבים וטובים, ואין בהם כדי לסבך את מר אבו-קשק. בנוסף, נעשה ניסיון מצד גורמי החקירה למצוא התאמה בין מר אבו קשק לבין השודד הגבוה, על-ידי שימוש בתצלום דלת הכניסה והשוואת גובה השודד יחסית אליה, אך ניסיון זה כשל.

אכן, צודק ב"כ המשיבים בציינו שנתונים אלה, כשהם עומדים לבדם, אינם מובהקים, אך יש בהם כדי לחזק, במידה מסוימת, את עוצמת הראיות כשמצרפים אותם לבדיקת ה-DNA והשק. מוסיף ב"כ המשיבים וטוען כי למר אבו-קשק עיניים בצבע ירוק בגוון מיוחד, והיה סביר שהמתלונן בחנות היה מבחין בכך, והעובדה שלא עשה כן אומרת דרשני. לטעמי, אך אין בעובדה שהמתלונן לא ציין פרט זה כדי לכרסם בתשתית הראייתית. העיקר הוא ב"יש" ולא ב"אין".

11. **פרטי התקשורת ביחס לטלפון נייד מס' 0548878052 (להלן: 052):** המבקשת מייחסת חשיבות לטלפון זה משתי סיבות. לשיטתה, מדובר בטלפון הנייד של מר אבו-קשק, ובאיכון שלו יש כדי למקם אותו בזירת השוד, ובדרך אליה וממנה; ובנוסף, יש בו גם כדי לבסס קשר הדוק בינו לבין הנאשם השני, מר זהר.

ראשית, יש לציין כי הטלפון הזה לא נתפס ברשות מר אבו-קשק או בביתו. החוקרים הגיעו למספר הזה לאחר שנמצא קשר בינו לבין אחד הטלפונים שנתפס אצל מר זהר, שבדיקתו העלתה שקיומו שיחות בינו לבין טלפון 052. החוקרים גילו כי המספר 052 מכונה בשם "נבילה" (ושמו הפרטי של מר אבו-קשק הוא נביל). בנוסף, אביו של אבו-קשק נשאל בחקירתו מה מספר הטלפון הנייד של בנו (מזכר מיום 14.3.17)(ראו גם הודעה מאותו מועד). הוא זכר את ארבע הספרות הראשונות של טלפון 052. החוקר ערך מזכר ובו רשם שני מספרי טלפון האחד: 052 והשני 0549934688 (שנמסר על ידי מנהל העבודה של אבו-קשק). האב אישר כי מספר הטלפון של בנו הוא 052.



ב"כ המשיבים ציין כי ייחוס הטלפון הזה לאבו-קשק הוא ניסיון "לייצר" זיקה בינו לבין מר זהר. כך, המעסיק של מר אבו-קשק ציין מספר טלפון אחר שבו הוא עושה שימוש. המעסיק גם הראה שהמספר שהוא ציין כמספר של מר אבו-קשק 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 לזהות את טלפון 052, ושהזיהוי לא היה אותנטי. מדוע? משום שהחוקר הניח בפני האב דפים ובהם שני מספרי הטלפון, אך הוא הצביע לעבר מספר הטלפון "המבוקש", והאב ביקש לרצות אותו, ולכן הסכים שזה הטלפון של בנו. עייתי בסרטון. 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, ואף אישר לחוקר שזה "מאה פיל מאה". על אף ידיעותי הדלות בשפה הערבית, גם אני הבנתי שהוא מאשר שזה המספר של בנו "במאה אחוז". מר אבו קשק עצמו ציין כי הוא לא זוכר מה מספר הנייד שלו, וכשנשאל על מספר 052, וכשנאמר לו שאביו 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-קשק לפלאפון מס' 052 מעלה גם מספר סימני שאלה. כך, כאשר ניסו השוטרים ליצור קשר עם בעלי מספרי טלפון אחרים (בהתאם לפירוט במזכר מיום 9.3.17) שקיים תיעוד כי היו בקשר עם המספר 052, התברר שהם כלל לא הכירו את אבו-קשק.

12. מכל מקום, איכון הטלפון 052 מעלה שביום השוד (19.12.16) הטלפון אוכן בשעה 16:40 ברכבת לוד. לאחר מכן בשעה 17:47 ביבנה בסמוך למגרש הכדורגל (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 00:06 בלילה ברכבת לוד. תחנת הרכבת בלוד קרובה מאוד לביתו של מר אבו-קשק, המצוי בשדה בסמוך לה. לשיטת המאשימה איכון זה ממקם אותו בדרכו לזירת השוד וממנה כמתואר בכתב האישום.

ב"כ המשיבים טוען כי איכון טלפון זה דווקא חותר תחת טענות המאשימה ולא מחזקן. כך, מתברר שמעל החנות שנשדדה ניצבת אנטנה סלולרית (בעניין זה הועבר לעיוני פירוט של מיקום האנטנה של חברת סלקום בכיכר המדינה עצמה). מכאן, שאם היה אכן הטלפון 052 בידי השודד, הרי שהוא היה מאוכן לחנות, ולא למקומות המרוחקים מאות מטרים ממנה (ב"כ המשיבים אמד 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 עולה מיקומו המדויק של הנאשם (ראו דברי כב' השופט הנדל בבש"פ 8489/16 עיין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו; 2016) בפסקה 4 להחלטה). אין בנמצא חוות דעת, המציינת את הפריסה של הממסרים באזור, ואת המיקום של החשודים בהתאם לממסרים אלה. המרחקים שבהם אוכנו החשודים רחוקים מרחק רב יחסית מכיכר המדינה, ומכאן שהאיכון דווקא מזכה ולא מרשע. בנוסף, אין איכון של ההימלטות ברכב בהתאם לתיאור כתב האישום.

לטעמי ראיות אלה מחזקות את הראיות לכאורה שבוססו עד כה, גם אם מדובר בראיות גולמיות הטעונות עדיין עיבוד. אכן, קו ההגנה של ב"כ המשיבים, לפיו אין כל קשר בין מר אבו-קשק לבין טלפון 052 יתברר במהלך המשפט, אך קיימות לפני ראיות כי אביו של נאשם מס' 1 קשר את המספר לבנו, ואיכון המספר אכן ממקם אותו בסמיכות מקום, לכל הפחות, לזירת השוד, וכן את הליכתו בנתיב אליה וממנה. ייתכן שראיות אלה, לו היו עומדות לבדן, לא היו מכוננות ראיות לכאורה 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 (מסוג סיטרואן C5), שימש את השודדים. מאיכון של הטלפון 052 עולה שמי שהחזיק בו שהה ביבנה בזמן בו נגנב (לקראת שעה 18:00). המתלון



שעבד בחנות זיהה את הרכב אליו נמלטו השודדים כרכב אפור. הוא אף רדף אחרי השודדים, וניסה לתלוש את לוחית הרישוי של הרכב, וכך זכר שמספר הרישוי מתחיל ב - 16, ואחריו 837, ואכן מספר הרישוי של הרכב, שנמצא נטוש, הוא 1683736, וזה היה הרכב שנגנב מיבנה.

ב"כ המשיבים ציין כי אין זה נכון שהמוכר בחנות זיהה את מספר הרכב, ולמעשה חומר החקירה כולל זיהוי של שוטרים את רכב הסיטרואן ללא חוות דעת של מומחה כנדרש. מכל מקום ברכב זה לא נמצאו ממצאים פורנזיים רלוונטיים המסבכים את מי מהמשיבים, ומכאן שלא אייחס לו משקל ניכר במסגרת בחינת הראיות שלפני.

14. **מר אבו-קשק שמר על זכות השתיקה בחלקים נכבדים מחקירתו:** לבסוף יש לציין שמר אבו-קשק שמר על זכות השתיקה, בעיקר באותם חלקים בחקירותיו בהם עומת עם הראיות המפלילות נגדו. כך, בחקירה (מיום 20.3.17) במהלכה ביקשו החוקרים לעמת אותו, בין השאר, עם הסרט שצולם בחנות, הוא שתק. גם כשעימתו אותו עם העובדה שהבד עליו נמצא ה-DNA שלו זהה לזה שנתפס בביתו הוא שתק (הודעה מיום 15.3.17, ש. 13); הוא שמר על זכות השתיקה גם בחקירתו מיום 12.3.17, וכך גם בחקירות נוספות שלא אציין כאן את כולן. לשתיקה זו, כידוע, יש משמעות בכל הנוגע לקיומן של ראיות לכאורה בדיני מעצרים. כפי שציין כב' השופט עמית (בש"פ 1748/11 **יחזקאל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו; 2011; בפסקה 6 להחלטה): "**מהפסיקה עולה כי בהליכי מעצר יש נפקות לשתיקה. ככלל, שתיקתו של נאשם מקום בו היה מתבקש הסבר מצידו, מחזקת עמדת התביעה לצורך שלב המעצר [...]** פשיטא כי כך **במישור הראייתי בבוא בית המשפט לבחון קיומן של ראיות לכאורה**" [ההדגשה הוספה].

מכאן שהשתיקה של מר אבו-קשק, והיעדר הסברים מצדו לעיקר הראיות נגדו, מחזקים את עוצמת הראיות לכאורה הקיימות נגדו.

15. **לסיכום:** התמונה המצטיירת היא כי קיימות ראיות לכאורה לחובת הנאשם מס' 1. גם בהינתן טענות ההגנה, הראיות הללו הן, לטעמי, בעלות עוצמה גבוהה, העומדות בדרישות סעיף 21(ב) לחוק המעצרים.

עילות מעצר: אבו-קשק

16. בהינתן קיומן של ראיות לכאורה בעניינו של מר אבו-קשק, קמה גם עילת מעצרו. עילת 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, נתון המאשש את הטענה כי השודדים היו חמושים (תצלומים 13-14 מדוח מסכם חקירת מז"פ מיום 20.12.16), והמקרין באופן ישיר על מסוכנות האירוע. בנוסף, המצלמות בחנות תיעדו את מרכיבי האלימות שבשוד. כזכור, אחד המתלוננים הוכה בפטיש, והחשוד הגבוה היה דומיננטי במהלכו. בכל אלה יש לשקף מסוכנות בדרגה גבוהה.

17. עוד יש לציין שמר אבו-קשק הורשע (בשנת 2011) בעבירת יצוא יבוא ומסחר בסמים מסוכנים, והוטלו עליו 20 חודשי מאסר, וכן מאסר על תנאי בתנאי שלא יעבור עבירות סמים.

שאלת שליחת עניינו לתסקיר תבחן על ידי במועד שימוע החלטה זו.



בחירת התשתית הראייתית העומדת לחובת מר זהר

18. מהן הראיות הקושרות את מר זהר למעשה השוד? יאמר מיד, עוצמתן של אלה היא חלשה הרבה יותר מאלה שנבחנו על-ידי בעניינו של מר אבו-קשק. יש בהן כדי לבסס חשד סביר המצדיק את חקירתו, אך אין זה ברור כלל ועיקר שיש בהן ראיות לכאורה להוכחת אשמתו.

19. ראשית, יש לציין שמר זהר הכחיש היכרות קודמת כלשהי עם מר אבו-קשק: "**לא ראיתי את הבחור הזה מימיי ולא מכיר אותו**". (הודעה מיום 26.3.17, ש. 45). הוא ביקש להתעמת עמו כדי להוכיח את חפותו (שם, ש. 72); והיה מוכן להיבדק בבדיקת פוליגרף כדי להוכיח שהוא דובר אמת (שם, ש. 60). לא הוצג בפני עימות שנעשה בין השניים. מר זהר ציין בחקירתו "**אני אומר לכן שיש לכם טעות ודאית במה שאתה אומר ומחשיד אותי. אני ב 4 השנים האחרונות לא עשיתי שום עבירה, אני בעל מסעדה היום יש לי עסק חוקי לגיטימי ואני מתפרנס ממנו בכבוד. אין לי נגיעה ולא הייתה לי שום נגיעה לשום פשע ב 4 שנים האחרונות**". (הודעה מיום 9.3.17, ש. 28).

ואכן, אין בפני כל ראיה ישירה לפיה התקיים מפגש כלשהו בין מר זהר לבין מר אבו-קשק, לא לפני השוד ולא אחריו. אין בפני ראיה כלשהי המראה שמר זהר ומר אבו-קשק שיתפו ביניהם פעולה באופן כלשהו עובר לאותו שוד בתל-אביב, או שהייתה ביניהם היכרות מוקדמת אישית. אין בפני כל ראיה חפצית כזו או אחרת הקושרת בין מר זהר לבין השוד. לא נתפסו אצלו פריטים הקשורים לשוד, לא נמצאו דגימות DNA או טביעות אצבע כאלה או אחרות, הקושרות אותו לאירועים כאמור.

20. הראיות היחידות הקושרות בין מר זהר לבין השוד מצויות בעובדה שנתפס בביתו טלפון נייד שמספרו 0505110025 (מזכר מיום 16.3.17)(להלן: **טלפון 025**); מטלפון זה אוכנו מספר שיחות שנוהלו עם טלפון 052, המיוחס כזכור, לאבו-קשק. השיחות התבצעו 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 במרחק מאות מטרים מזירת האירועים.

לטענת המבקשת, מחקרי התקשורת בעניין טלפון זה, בשילוב עם חוסר הסבריו ההגיוניים של מר זהר, מובילים לראיות לכאורה נגדו. אבחן אפוא את הראיות הקיימות בפניי.

21. **טלפון 025 והאיכונים הנוגעים אליו ולמספרי טלפון נוספים:** מחקרי התקשורת שהציגה המאשימה נוגעים בכמה טלפונים ניידים הניתנים כולם לייחוס למר זהר.

ראש וראשון בהם הוא טלפון 025. טלפון 025, שנתפס אצל מר זוהר, שימש בימים שקדמו לשוד רק לשיחות עם טלפון 052. כלומר, על פי הטענה, המחזיק בו עשה שימוש ייעודי בטלפון זה על-מנת לשוחח עם מר אבו-קשק. התקיימו כמה שיחות בין טלפון 025 (הנחשד להיות של מר זהר) לבין טלפון 052 (הנחשד להיות של אבו-קשק), לקראת השוד **ובזמן השוד**. כך, ביום השוד (19.12.16) התקיימו שיחות שבהן התקשר מר זהר למר אבו-קשק ולהפך. על פי החשד מר זהר התקשר למר אבו-קשק בין השעות 14:53 ל - 15:12; 15:17 - 15:21 אז נרשם גם שיחה יוצאת וגם שיחה נכנסת בין המספרים; בדקות 15:43 - 15:44 נרשמו שיחות נכנסות מטלפון 025; כך גם בשעה 16:44; בשעה 17:14 אוכנה שיחה מטלפון 052 לטלפון 025; בשעה 17:36 נרשמה שיחה נכנסת מטלפון 025 לטלפון 052. כך גם בשעה 17:47; 17:53 ובשעה 18:00.

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



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

22. לצד טלפון 025 נתפס בביתו של מר זהר טלפון נייד המסתיים בספרות 8734 (0502928734) (מזכר מיום 28.3.17). מר זהר הודה שהטלפון הזה הוא שלו בחקירה אחרת, שנוהלה נגדו לפני כשנה ומחצה (הודעה מיום 11.11.15, ש. 19). מתברר כי טלפון זה אוכן בזמן השוד (בשעה 18:54) בבית אגד (ליד מגדלי עזריאלי), שנמצא כמה מאות מטרים מכיכר המדינה. ודקה לאחר מכן ברח' ויצמן בתל-אביב קרוב יותר לכיכר. המבקשת טוענת כי מר זהר הסתובב עם שני הטלפונים בו זמנית, ושוחח עם מר אבו קשק בטלפון 025. הטלפון המסתיים בספרות 8734 אוכן בשעה 19:01 ביום השוד ברח' ויצמן בתל-אביב.

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

23. ומהם הסברי מר זהר לנתונים אלה? מר זהר ציין כי יש לו עסק בשם **"טעם של פעם"** ביבנה, וקו חלוקה של מאפים ומוצרי מזון לברים באולמות וגם לבתים פרטיים (הודעה מיום 27.3.17, ש. 10). העסק פתח משעה 7:30 בבוקר ועובד על הלילה, ואף אחר חצות. השליחים בעסק מועסקים עצמאית, והוא לא **"מוציא להם משכורת"** (הודעה מיום 27.3.17, ש. 36). הם באים והולכים על בסיס אקראי. ישנם ימים שהוא צריך חמישה שליחים וישנם ימים שאחד - **"זה לפי העבודה"** (הודעה מיום 12.3.17, ש. 21). השליחים לוקחים עמם את הטלפונים של העסק. הוא ציין כי לעסק יש גם לקוחות בתל-אביב, בצפון תל אביב באזור כיכר המדינה (הודעה מיום 27.3.17, ש. 92). עוד ציין מר זהר כי הוא נותן את הטלפונים האישיים שלו לשליחים, כשקיימת מצוקת טלפונים (הודעה מיום 27.3.17, ש. 158). הוא לוקח אותם בלילה הביתה, כשהוא מסיים לעבוד בעסק, ובבוקר הם משמשים את המסעדה עד הסגירה (הודעה מיום 26.3.17, ש. 12). טלפון 025 שנתפס אצלו בבית **"משמש בד"כ את המלצרים, ספקים, שליחים במסעדה"** (הודעה מיום 26.3.17, ש. 15), ומכל מקום, לא מדובר בטלפון האישי שלו.

כלומר, בחקירתו העלה מר זהר את האפשרות שהוא היה במסעדה, בעוד השליחים הם אלה שעשו שימוש שוטף בטלפונים הניידים. יחד עם זאת הוא לא שלל את האפשרות שהלך לאכול, או שהיה עם לקוח באזור תל-אביב או הגיע לפגישה עסקית. **"אין לי מושג ואני לא זוכר איפה הייתי באותו זמן שאתה אומר"** (הודעה מיום 27.3.17, ש. 124), אך בהחלט ייתכן, לטענתו, שטלפון 025 הוחזק במקביל על ידי שליח ולא על ידו.

ומה לגבי תיעוד של עבודת המשלוחים באותו היום? המסעדה סבלה מהצפה ולכן **"כל הרשימות והרשומות כמו צ'קים ומסמכים נוספים הושמדו בזמן ההצפה ולדעתי עד כמה שאני זוכר בגלל שזה שליחים מזדמנים ולא קבועים של המסעדה אז [סביר] להניח שאין רישום קבוע מאחר וזה משתנה"** (הודעה 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 שניתן לאתר, גם לא מהעת האחרונה.

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



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

24. ב"כ המשיבים טוען כי גם בהינתן כל נתוני התקשורת עדיין המאשימה אינה עומדת ברף הראייתי הנדרש לבסס שותפות לפשע. אין כל ראיות לביצוע בצוותא. אין ראיה שמר זהר נכח בזירת השוד מחוץ לחנות. לשיטת המאשימה הוא צריך היה להיות שותף לתכנון, אך אין כל תשתית לכך. בניגוד לעמדת המבקשת, ב"כ המשיבים טוען כי הסבריו של מר זהר הם הגיוניים. כך, הוצגה בפניי חוות דעת שמאי (מיום 29.1.17) ממנה עולה שביום א' ה - 8.1.17 הייתה המסעדה סגורה בשל צום עשרה בטבת, ואז התקבלה התראה על עשן היוצא ממנה. התעורר חשד להצתה, לשפיכת סולר בתוך המסעדה ופריצה לתוכה. עוד פורט בחוות הדעת ממצא לפיו צינור מים שנתלש גרם להצפה באזור הדלפק. מחוות הדעת עולה שנמסרה הודעה למשטרה, שפתחה בחקירה, ומכל מקום, אין בפניי אינדיקציה שמצב דברים זה נבדק על ידי הגורמים החוקרים.

האם קיימות ראיות לכאורה בעניינו של מר זהר: בין חשד סביר לבין ראיות לכאורה

25. האם מכלול ראיות זה מקים "ראיות לכאורה" להוכחת אשמתו של מר זהר, כמובן בסעיף 21(ב) לחוק המעצרים? כאן עלינו לשוב לפסק הדין המנחה בבש"פ 8087/95 **זאדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 133, 144 (1996):

השאלה שהשופט צריך לשאול עצמו, לעניין ראיות אלה, הינה אם טיבה של הראיה - על רקע מכלול הראיות ומשקלן המצוי בשלב זה - הוא כזה שקיים סיכוי סביר לכך שאותה ראיה תהפוך בסוף ההליך הפלילי לראיה רגילה אשר על פיה, היא לבדה או בהצטרפה לראיות פוטנציאליות אחרות, ניתן יהיה לקבוע כנדרש את אשמתו של הנאשם. "ראיות לכאורה להוכחת האשמה" הן אפוא ראיות גולמיות אשר לגביהן קיים סיכוי סביר שעיבודן במהלך המשפט - תוך בחינתן בחקירות, בקביעת אמינות ומשקלן - יוביל לראיות (רגילות) אשר מבססות את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר [ההדגשה הוספה].

יש לזכור ששופט המעצרים אינו בודק אם קיימות ראיות לכאורה להרשעה מעל לכל ספק סביר, אלא האם טמון בהן פוטנציאל מרשיע בעוצמה מתאימה (שם, בעמ' 148):

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

בנוסף, על הבחינה לכלול הן את הראיות הגולמיות בעלות פוטנציאל ההרשעה כמו גם בעלות פוטנציאל הזיכוי (שם, בעמ' 145).

26. בעניינו יש להתחשב בכך שהראיות שהוצגו לחובת מר זהר הן נסיבתיות לחלוטין. בעניין **מקדאד** ציין כב' השופט, בתוארו אז גרוניס (שם, בעמ' 228):

על בית-המשפט לשאול עצמו אם הנסיבה או הנסיבות שהוכחו פותחות פתח למסקנה שונה מזו שהתביעה טוענת לה, קרי מסקנה שאינה מפלילה, לפיכך נאמר כי כאשר מוצגות ראיות נסיבתיות של ממש לחובתו של הנאשם, עליו ליתן הסבר תמים, שאינו מסבכו בעבירה [...]. עם זאת אף אם הנאשם איננו מציע הסבר המתיישב עם חפותו, על בית-המשפט לבחון מיוזמתו שלו הסברים אפשריים כאלה



[...]. יתרה מזו, על בית-המשפט לבחון אפשרויות סבירות שונות, אפילו אין הן מתיישבות עם טענות ההגנה [...]. במקרים שניתן להסביר בהם את הראיות הנסיבתיות על דרך תרחיש תמים, יש לזכות את הנאשם מחמת הספק. מובן שגם תרחיש תמים ייבחן על-פי שיקולי היגיון וניסיון חיים, ואין די באפשרות דמיונית ויוצאת-דופן כדי להביא לזיכוי.

במקום בו דוחה בית המשפט את הסבריו של הנאשם יש לקחת בחשבון גם את דבריו הידועים של כב' השופט, כתוארו אז, י' כהן, שנשמך על פסק דינו של השופט, כתוארו אז, לנדוי לפיהם יש לקחת בחשבון אפשרויות "שונות שיכלו להמריץ את הנאשם לתת את ההסבר הכוזב שלו, וביניהן הסיבה 'שהוא ביקש להתרחק מרחק מירבי מכל חשד שהוא היה מעורב בהתנהגות בלתי-כשירה כלשהיא' (ע"פ 565/77 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 692, 695 (1978)).

27. על רקע זה אשוב לראיות שלפני.

28. המבקשת טוענת שמר זהר "ביצע עבירה תוך שימוש בנשק חם (האקדח) ובנשק קר (הפטיש), בשותפות, ב[אמ]צעות ובצוותא חדא עם אבו קשק" (פסקה 5 לבקשה). מכאן שמר זהר הוא מבצע עבירת הניסיון לשוד בהתאם להוראות סעיף 29 לחוק העונשין. היא רואה במר אבו-קשק ובמר זהר מבצעים בצוותא של ניסיון השוד, ושל שאר העבירות הנלוות המצוינות בכתב האישום. לדעתי, אשמה זו אינה נתמכת בראיות לכאורה.

ראשית, יש לציין כי ההסבר שמסר מר זהר אינו מופרך לטעמי. גורמי החקירה לא בדקו את הראיות לפיהן אכן סבל בית העסק שלו משריפה והצפה, ומכאן נובע הקושי להציג תיעוד לפעילות המסעדה ביום השוד. יטען הטוען (החשדן) כי אירוע ההצפה וההצפה היה מכוון, ובא להעלים ראיות נוכח שוד שכשל, אך אם כך, היה מצופה מהעברין המתוחכם גם להעלים את טלפון 025, וכזאת לא נעשה.

אולם מוכן אני להניח - לצורך הדיון - כי יש לדחות את הסבריו של מר זהר כבלתי מהימנים, ומכאן שהראיות המפלילות של המאשימה יוותרו לעמוד על כנן. האם השופט בהליך העיקרי היה מרשיע בנסיבות העניין את מר זהר בביצוע בצוותא של שוד מעל לכל ספק סביר? לטעמי התשובה היא בשלילה, וזאת באופן מובהק. כל שיש לנו הן שיחות שקיים מר זהר לפני השוד, ובמהלך השוד, אם אחד השודדים. לא פחות, אך גם לא יותר. כזכור:

(א) אין לנו כל ראיה להיכרות מוקדמת בין מר זהר לבין מר אבו-קשק; מר זהר ביקש להתעמת עם מר אבו-קשק והחוקרים לא ערכו עימות כזה.

(ב) אין לנו כל ראיה לפגישה שהתקיימה בין השניים לפני השוד או אחרי השוד (יתכן שהייתה פגישה סביב גניבת הרכב ביבנה עובר לשוד, אך לא ניתן לבסס פגישה שכזו ברמת המובהקות הנדרשת בפלילים, שכן מר זהר מתגורר ביבנה ושם גם מצוי העסק שלו).

(ג) אין לנו ראיה לכל עבודת הכנה כזו או אחרת שעשה מר זהר, מלבד הסתובבות באחד האזורים המרכזיים ביותר בתל-אביב-יפו.

(ד) אין לנו ראיה שמר זהר שהה ליד החנות ממש. לפני איכונים שלו, כשהוא מצוי במרחק מאות מטרים מהחנות, שוב, באחד האזורים ההומים בתל-אביב, שניתן להגיע אליהם לצרכים אחרים לחלוטין.



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

ו) אין לנו כל ראיה שמר זהר עסק בפעילות פלילית כלשהי בתקופה שקדמה לשוד או אחריו (להבדיל מעברו הפלילי שחלף פרק זמן ממשי מאז שהצטבר לחובתו).

ז) אין לנו ראיה לתוכן השיחות;

ח) וכל אלה לגבי "האין", מבלי שנדרשנו לטענות ההגנה לעניין הכרסום ב"יש" הראייתי.

29. כשאלה הנסיבות, אפשר לומר שפעולות האיוון מעלות חשד סביר למעורבותו של מר זהר בניסיון לשוד, חשד המצדיק חקירה ובדיקה, אך ודאי שאין לומר כי ניתן להרשיעו כמבצע עיקרי שלו. מקרה זה מעלה, לטעמי, את החשיבות שבשימור ההבחנה שבין "החשד הסביר" המצדיק מעצר חשודים לצורך חקירה, לבין "הראיות לכאורה" המצדיקות מעצר או חלופת מעצר של נאשמים (לניתוח ההבחנה ראו אצל כב' השופט, כתוארו אז, חשין בבש"פ 6350/97 **רוזנשטיין נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו; 1997)). אכן, קו הגבול עלול להיות חמקמק לפעמים, אך לא תמיד, ומקרה זה יוכיח. הטלת אחריות פלילית על אדם היא עניין שיש לגשת אליו בזהירות הראויה, ונוכח תשתית ראייתית איתנה. גם אם אנו חושדים באדם בחשד כבד, וגם אם עולה "ריח חשוד" מחומר החקירה בעניינו, ואפילו ריח בעל עוצמה, אין בכך כדי להוביל לכינונה של אחריות פלילית. אכן, הראיות לא צריכות לבסס את ההרשעה מעל לכל ספק סביר בשלב זה, אך הן צריכות להיות בעלות פוטנציאל מרשיע לביצוע בצוותא של ניסיון שוד, והראיות שלפני נעדרות פוטנציאל כזה. גם אם נלך בקו המחשבה המפליל ביותר, מדוע שלא נראה בנאשם מס' 2 כמי שתכנן לסייע לשוד, להבדיל ממבצע עיקרי שלו (בהתאם לסעיף 31 לחוק העונשין)? זוהי שאלה טובה, ותשובה טובה לה אין.

30. האם קיימות ראיות לכאורה למעורבות של העורר בשוד שאינה עולה כדי ביצוע בצוותא, המכוננת אחריות פלילית? זוהי שאלה קשה יותר בעיני, אך גם כאן נראה לי שה"אין" עולה על ה"יש". שוב, חשד סביר יש ויש, אך התמונה שונה לגבי שאלת הראיות לכאורה. אין זה מספיק שעל מר זהר לתת הסברים ולהשיב לאישום נגדו. כפי שציינה כב' השופטת דורנר (בש"פ 5140/98 **בורקוש נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו; 1998)):

כידוע, בראיות המספיקות להעברת נטל הבאת הראיות [לנאשם] אין די כדי לשמש ראיות לכאורה לעניין מעצר עד תום ההליכים...

אם מתוך עיון בחומר הראיות המצוי בתיק בשלמותו, ועל-פי מומחיותו כמשפטן...ונסיונו השיפוטי, חש השופט שה "case" של התביעה הינו "חלש" עד כדי היעדר קיומו של סיכוי סביר שהמשפט יסתיים בהרשעת הנאשם, כי אז אין לפני השופט ראיות לכאורה מספיקות המצדיקות את מעצרו בפועל עד תום ההליכים...אכן, אפשר כי במהלך המשפט יושלמו החללים בראיות. אך כל עוד הראיות חסרות אין לפגוע בחירותו של העורר.

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

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



אאמץ חלופות אחרות העומדות על הפרק, ואאמץ חלופות בעלות גוון פלילי, מדוע אין לראות באינטראקציה בין מר זהר לבין מר אבו-קשק כקשורה לשוד מתוכנן עתידי, שאינו קשור לשוד בכיכר המדינה? או מדוע שלא נראה באינטראקציה ביניהם כקשורה לעסקת סמים, נוכח העבר הפלילי הקיים בעניינם? יש כאן עשן למעורבות פלילית, אך אין הוא קונקרטי ומסוים דיו. קשת האפשרויות היא רבה, גם בהינתן השיחה שמתקיימת בזמן השוד, וודאי שלא אמצה כאן את כולה. בעניין זה, יש לזכור, הרף המוטל על המאשימה הוא גבוה, כיאה למי שמבקשת להטיל אחריות פלילית.

32. לטעמי, במצב הראייתי הקיים נכון להיום בתיק הזה, אין ראיות לכאורה להוכחת אשמתו של מר זהר בפלילים כקשור לשוד, גם לא באמות המידה הנדרשות מראיות לכאורה בתיק נסיבתי.

אולם, אפילו אם שגגה יצאה תחת ידי, וקיימות ראיות לכאורה עדיין מדובר בעוצמה מופחתת מאוד שלהן, שאינה יכולה להצדיק מעצר מאחורי סורג ובריח או מעצר בית, בהתאם למקבילית הכוחות הקיימת בין עוצמת הראיות לבין המגבלות שניתן להטיל על חירותם של נאשמים (ראו את דברי כב' השופט עמית בבש"פ 5564/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו; 2011; בפסקה 4 להחלטה)).

התוצאה

33. אני קובע כי קיימות ראיות לכאורה בעניינו של הנאשם מס' 1 וקיימת עילת מעצר בעניינו.

34. אני קובע שלא קיימות ראיות לכאורה בעניינו של נאשם מס' 2 לניסיון לביצוע בצוותא של שוד, כמיוחס לו בכתב האישום, ומכל מקום התשתית הראייתית אינה מאפשרת את שליחתו למעצר עד לתום ההליכים נגדו, למעצר בית, או למגבלה אחרת מסוג זה על חירותו.

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

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