



בבית המשפט העליון

בש"פ 3805/21

לפני: כבוד השופט ע' גרוסקופף

העורר: יניב לוי

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי באר-שבע מיום 25.5.2021 במ"ת 9528-03-21 שניתנה על ידי כב' השופט נסר אבו טהה

תאריך הישיבה: כ"ו בסיון התשפ"א (06.06.21)

בשם העורר: עו"ד שני מורן

בשם המשיבה: עו"ד מורן פולמן

החלטה

לפניי ערר לפי סעיף 53 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים), על החלטת בית המשפט המחוזי באר-שבע (כב' השופט נסר אבו טהה) במ"ת 9528-03-21 מיום 25.5.2021, במסגרתה הורה על מעצרו של העורר עד תום ההליכים המשפטיים נגדו.

רקע והשתלשלות האירועים

1. ביום 4.3.2021 הוגש נגד העורר ונאשם נוסף (להלן: הנאשם הנוסף) כתב אישום המייחס להם עבירות של ייצור, הכנה והפקה של סמים מסוכנים מסוג קנאביס בכמות מסחרית, ובהחזקתם יחד עם כמות נוספת שלא לצריכה עצמית – 74 ק"ג בסה"כ. על פי מסכת האירועים המתוארת בכתב האישום, במועד שאינו ידוע במדויק, קשרו העורר והנאשם הנוסף קשר להקמת מקום ותשתית לגידול קנאביס בכמות מסחרית, שלא לצריכתם העצמית וללא היתר כדין. לצורך כך, ביום 15.10.2020 שכר העורר בית קרקע

בן שישה חדרים במושב אשכול, אותו רישתו השניים בתשתיות מיוזג, השקיה ותאורה, והצטיידו באדניות, חומרי דישון ועוד.

2. כד בכד עם הגשת כתב האישום, הגישה המדינה בקשה למעצרו של העורר עד תום ההליכים המשפטיים נגדו. ביום 11.3.2021 התקיים דיון בפני בית המשפט קמא, במסגרתו הודה העורר במיוחס לו והסכים לקיומן של ראיות לכאורה בעניינו, אולם לנוכח העובדה שהוא נעדר עבר פלילי, בצירוף טענתו לקיומה של חלופה הולמת – מעצר בית מלא בבית הוריו בבאר-שבע ובפיקוחם, ביקש להפנותו לקבלת תסקיר מעצר משירות המבחן.

3. בחלוף שבועיים ימים, ביום 25.3.2021 הורה בית המשפט על מעצרו של העורר עד תום ההליכים המשפטיים נגדו, וזאת מבלי להורות על קבלת תסקיר שירות מבחן. בנמקו את החלטתו, בית המשפט עמד על כך כי בכל הנוגע לעבירות סמים למטרות סחר, נקודת המוצא היא מעצר מאחורי סורג ובריח, כאשר חריגה ממנה תתאפשר אך במקרים חריגים ויוצאי דופן אשר המקרה הנדון אינו נמנה עליהם, דבר הנלמד, בין השאר, מחומרת העבירות המיוחסות לעורר, לצד הימצאותו במעגל הראשון בשרשרת הפצת הסם. בהתבסס על מסקנתו האמורה לפיה חלופת מעצר לא תסכון, קבע בית המשפט כי מתייחר הצורך להורות על הכנת תסקיר מעצר אשר יבחן את טיבה של החלופה המוצעת.

4. על החלטה זו הגיש העורר ערר לבית משפט זה (בש"פ 2166/21), אשר התקבל בהחלטתי מיום 8.4.2021, במסגרתה הוריתי על החזרת הדיון לבית המשפט המחוזי לשם קבלת תסקיר מעצר בעניינו של העורר, לאחרי ייתן בית המשפט המחוזי החלטה חדשה בעניין מעצרו עד תום ההליכים, בגדרה ייתן דעתו, בין השאר, לעמדה העקרונית שהובאה על ידי בבש"פ 8640/20 אבו קרינאת נ' מדינת ישראל (23.12.2020) (להלן: עניין אבו קרינאת).

5. בתסקיר המעצר שהוגש ביום 6.5.2021, עולה כי העורר הוא בן 46, אב לשלושה ילדים קטינים, אשר ניהל אורח חיים תקין עובר למעצרו. כעולה מהתסקיר, העורר טוען כי הרקע לביצוע העבירות המיוחסות לו הוא מצוקה כלכלית אליה נקלעו העורר ורעייתו, בעקבותיה נדחק העורר ליטול הלוואות בשוק האפור. לעניין המסוכנות הנשקפת מהעורר, שירות המבחן התרשם כי התנהלותו במסגרת האירועים נושא כתב האישום מלמדת כי במצבי משבר ודוחק כלכלי העורר מתקשה לבקש עזרה מהקרובים לו ונוטה

לחפש פתרונות מהירים למצוקתו; כי קיים פער בין אופן תיאורו את עצמו ובין תפקודו בפועל; וכי הוא בעל קשרים חברתיים שוליים, עליהם הוא נמנע מלפרט. לאור כל אלו, הוערך כי קיים סיכון למעורבות חוזרת של העורר בעבירות בתחום הסמים. אולם, חרף מסקנה זו אליה הגיע, קבע שירות המבחן כי בהינתן התרשמותו החיובית ממערך הפיקוח שהוצע ומסוגלותם של הוריו "להניאו ממעורבות חוזרת בפלילים", בצירוף הערכתם לפיה "חויית המעצר מהווה עבורו גורם מרתיע" והעובדה כי העורר נעדר עבר פלילי, מומלץ לשחררו לחלופת מעצר בכפוף להטלת צו פיקוח, במסגרתו ישולב העורר בקבוצה טיפולית ויחויב בכיצוע בדיקות שתן עיתיות.

6. על רקע הגשת התסקיר, ביום 10.5.2021 נערך דיון נוסף בעניינו של העורר, וביום 25.5.2021 ניתנה החלטתו של בית המשפט קמא מושא הערר שלפניי, במסגרתה הורה על מעצרו של העורר עד תום ההליכים המשפטיים נגדו. הנימוק המרכזי העולה מהכרעתו של בית המשפט קמא הוא כי עיון בחומר הראיות, ובכלל זאת בתמלילי חקירתו של העורר ורעייתו במשטרה, מלמד כי העורר סובל לאורך השנים מהתמכרות להימורים, וכי היא זו העומדת בבסיס חובותיו הכספיים אשר הובילו אותו ליטול את ההלוואות בשוק האפור. כיוון שהעורר לא שיתף את גורמי שירות המבחן בדבר נתון חיוני זה, ובהינתן ש"התנהלות פלילית על רקע מצוקה כלכלית, מגבירה עד מאוד את הסיכון מפניו", סבר בית המשפט כי "הערכת המסוכנות מבוססת על נתונים שגויים" ולא ניתן לייחס לה "משקל של ממש". בית המשפט הוסיף ועמד על כך, כי בנוסף להשלכותיו של חסר זה לעניין הערכת מסוכנותו של העורר, הרי שהוא מעורר תהיות אף ביחס להתרשמות גורמי שירות המבחן בדבר טיב מערך הפיקוח המוצע, כאשר הימנעותם של הוריו מלדווח על התמכרותו רבת השנים, בין אם היו מודעים אליה ובין אם לאו – מעלה ספק באשר ליכולתם להוות חלופת מעצר הולמת. בית המשפט סקר באריכות את שתי הגישות שהתוו בפסיקה לעניין מעצרו של נאשמים בעבירות הפקה וגידול של סמים מסוכנים בהיקף מסחרי, בהתאם להמשגה המוצעת בעניין אבו קרינאת, והגיע לכלל מסקנה כי יש לראות בגישה האחידה – אשר מחילה אמות מידה זהות לכל סוגי הסמים; ולא בגישה המאבחנת – המקלה בהקשר זה עם נאשמים בעבירות סמים מסוג קנבוס – "הלכה ש"משקלה הסגולי" רב יותר, ולהכריע לפיה". חרף זאת, קבע בית המשפט כי אף אם נישם את הגישה המאבחנת, אזי התוצאה לפיה יותר העורר במעצר מאחורי סורג ובריח בעינה עומדת, וזאת בהינתן מסקנתו לעיל בדבר תמונת המצב החלקית אשר עמדה בפני גורמי שירות המבחן בעניינו של העורר, על השפעתה הפוטנציאלית על הערכתם הן לעניין המסוכנות הנשקפת מהעורר, והן לעניין טיב מערך הפיקוח המוצע.

7. במסגרת הערר שלפניי, טוען העורר כי שגה בית המשפט קמא בכך שלא אימץ את המלצת גורמי שירות המבחן והורה על מעצרו עד תום ההליכים המשפטיים נגדו. לטענתו, בשים לב להתרשמותם החיובית של גורמי שירות המבחן ממערך הפיקוח המוצע, בצירוף היעדר עברו הפלילי והעובדה שנטל אחריות מלאה על מעשיו – ברי כי הסיכוי שישוּב לגדל סמים תחת מערך הפיקוח המוצע הוא אפסי, וכי ממילא ההלכה הפסוקה מורה כי בתנאים אלו יש לשחרר לחלופת מעצר. לעניין נטייתו הנטענת להימורים, טוען העורר כי טענה זו לא הועלתה על ידי המדינה בשום שלב; כי כל שנטען בהקשר זה הוא כי נהג להמר בעבר, בשונה ממצב נתון בהווה; וכי מסקנתו של בית המשפט לפיה מדובר בהסתרה מכוונת מגורמי שירות המבחן משוללת יסוד, כאשר לטענתו למן תחילת הדרך הוא דיבר בפתיחות ובגילוי לב ופעל בשיתוף פעולה מלא עם גורמי החקירה, וביודעו שכל חומר החקירה מונח בפני בית המשפט וגורמי התביעה, אין כל היגיון בטענה לפיה יסתיר במכוון משירות המבחן את אשר מסר ביוזמתו ליחידה החוקרת. בהקשר זה, העורר מוסיף וטוען כי מסקנתו של בית המשפט קמא לעניין בעייתיות מערך הפיקוח שהוצע לנוכח בעיית ההימורים ממנה סובל העורר, וזאת מבלי שהתרשם מהוריו באופן בלתי אמצעי, ומבלי שניתנה להם (או לעורר) הזדמנות להתייחס לכך.

8. במהלך הדיון שהתקיים לפניי בערר, טענה באת-כוח המדינה כי בשל המניעים הכלכליים העומדים ביסודה של עבירת הסחר בסמים, התמכרותו של העורר להימורים היא לכל הפחות ראייה רלוונטית שעשויה הייתה להשפיע על הערכת הסיכון של גורמי שירות המבחן. לטענתה, נתון זה, בצירוף התרשמות גורמי שירות המבחן לפיה קיים סיכון למעורבות חוזרת של העורר בעבירות בתחום הסמים, מעלה כי לא נפל כל פגם בהחלטתו של בית המשפט קמא לפיה יש להותיר את העורר במעצר מאחורי סורג ובריח. המדינה מוסיפה וטוענת כי לנוכח חשיבותו האמורה של המידע לעניין התמכרות העורר להימורים בהקשר בו עסקינן, אפילו נניח כי המשיבה שגתה בכך שלא העלתה אותו בעצמה, לא ניתן לצפות מבית המשפט שיימנע מלשקול אותו אך בגין שגיאתה זו.

דיון והכרעה

9. לאחר שעיינתי בערר על נספחיו, ושמעתי את טיעוני הצדדים בעל-פה, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערר להתקבל.

10. לגישתי, אותה כיניתי בעניין אבו קרינאת כ"גישה המאבחנת", כשמדובר במעצרים של נאשמים בעבירות סמים מסוג קנאביס, הכלל הוא שיש לשחרר את הנאשם לחלופת מעצר, בעוד שהחריג לכלל הוא מעצר מאחורי סורג ובריח. זאת, בשונה מהגישה האחידה, לפיה יש להתייחס לעבירות סמים מסוג קנאביס ככל עבירות הסמים, שאז מעצר מאחורי סורג ובריח הוא הכלל, בעוד שחרור לחלופת מעצר הוא החריג. בעניין אבו קרינאת, עמדתי על הטעמים בגינם אני סבור כי על בית משפט זה לאמץ את הגישה המאבחנת, ובראשם מגמות השינוי הניכרות הן בחברה והן ברשויות אכיפת החוק ביחס לשימוש בסם הקנאביס.

11. בהחלטתו, בית המשפט המחוזי סקר בהרחבה את ההבחנה בין שתי הגישות האמורות, והגיע לכלל מסקנה שהגישה האחידה היא עדיין גישה הרוב בבית משפט זה. יתכן שכך, ואולם בחיי המעשה השוני בין הגישות אינו רב כפי שניתן היה לחשוש. כללים וחריגים לכללים דומים בעיקרם לברירות מחדל – הכלל מתווה את נקודת הפתיחה של הניתוח, אך לא את תוצאתו, הנגזרת בעיקרה מעובדות המקרה ומנסיבותיו. תחת שתי הגישות – בית המשפט נדרש לבחון את נסיבות המקרה הנדון בהתאם לאותו מערך זה של שיקולים שהותוו בפסיקה. בין שיקולים אלו, ניתן למנות, בין היתר, את עברו הפלילי של הנאשם, מידת מעורבותו במעשים המיוחסים לו ביחס לשותפיו לעבירות, המלצת תסקיר שירות המבחן בסוגיית שחרורו לחלופת מעצר, והאם הוא "נטוע בעולם הסחר והסמים" (ראו: עניין אבו קרינאת, פסקה 7; בש"פ 2196/15 רבי נ' מדינת ישראל, פסקאות 15-16 והאסמכתאות שם (6.4.2015)). אמנם, לפי גישה אחת הכלל הוא שיש לשחרר את הנאשם לחלופת מעצר (ככל שישנה חלופה הולמת), בעוד שלפי הגישה האחרת הכלל הוא שיש להורות על מעצרו של הנאשם מאחורי סורג ובריח. אולם, בין כך ובין כך יש מקום לבחון את עילת המעצר בהינתן נסיבות המקרה הקונקרטי. על כן במקרים רבים יישום השיקולים המנויים לעיל יוביל לאותה מסקנה, ללא תלות בגישה הננקטת (והשוו בש"פ 3812/21 מוקלד נ' מדינת ישראל (15.6.2021)). ולראיה, למרות שלפי בדיקת בית המשפט קמא דעת הרוב בבית משפט זה עודנה מחזיקה בגישה האחידה, הרי שלפי מיטב בדיקתי נמצאו בשנים האחרונות (מאז 2017) רק שני מקרים מנומקים שבהם דחה בית משפט זה ערר על החלטה המורה על מעצרו עד תום ההליכים של נאשם בעבירות של גידול וייצור קנאביס שהוא נעדר עבר פלילי לחלוטין (ראו: בש"פ 4457/18 אלטייד נ' מדינת ישראל (14.6.2018) ו- בש"פ 4267/19 פלוני נ' מדינת ישראל (10.7.2019) (להלן: עניין פלוני)). יצוין, כי בשני המקרים האמורים, מדובר היה בנסיבות חמורות יותר בבחינת היקף הסם שבו מדובר (120 ק"ג, ו-81.2 ק"ג, בהתאמה, לעומת 74 ק"ג במקרה שלפנינו. כן יצוין כי בעניין פלוני, הואשם העורר, בנוסף, בעבירה של ייבוא סמים מסוכנים לפי

סעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973). מנגד, מצאנו שורה ארוכה של החלטות בהן קיבל בית משפט זה עררים שהוגשו על החלטות על מעצרים של נאשמים בנסיבות האמורות. ראו, מבין רבים, בש"פ 8821/17 בן דוד נ' מדינת ישראל (22.11.2017); בש"פ 1454/18 מור נ' מדינת ישראל (22.2.2018); בש"פ 450/19 גנאל נ' מדינת ישראל (31.1.2019); בש"פ 2479/19 פלג נ' מדינת ישראל (14.4.2019); בש"פ 4336/19 ביאדגליון נ' מדינת ישראל (4.7.2019); בש"פ 4267/19 פלוני נ' מדינת ישראל (10.7.2019); בש"פ 7213/20 ואזנה נ' מדינת ישראל (28.1.2020); בש"פ 4930/20 פלוני נ' מדינת ישראל (26.7.2020); עניין אבו קרינאת; כן ראו בש"פ 3520/21 מדינת ישראל נ' פלח (23.5.2021)). מכל מקום, הדבר ממחיש כי לא ברירת המחדל היא העיקר, אלא האפשרות לאיין את המסוכנות, בראי העושה, המעשה והחלופה.

12. כך, ביישום הדברים לענייננו, הרי שבין אם נבחן את המקרה הנדון בדרך שמתווה הגישה האחידה ובין אם בזו שמתווה הגישה המאבחנת – התוצאה המתקבלת תחת שתי הגישות היא כי יש להעביר את העורר לחלופת מעצר. העורר הוא איש משפחה, ללא כל עבר פלילי, שלא ניתן לומר עליו כי הוא "נטוע בעולם של סחר בסמים". מהתסקיר שהוגש בענייננו, עולה כי העורר היה אדם נורמטיבי אשר גילה לאורך שנים יציבות בתחומי חייו השונים, תוך שהוערך כי המעצר שבו הוא נתון מהווה עבורו גורם מרתיע. שירות המבחן סקר ביתר פירוט את המפקחים המוצעים, וסבר כי הם "רתומים לטייע [לעורר]" וכי הם עשויים "להוות עבורו דמויות סמכות ומציבות גבולות". על בסיס התרשמותו החיובית ממערך הפיקוח המוצע, וחרף הערכתו לפיה קיים סיכון מסוים למעורבות חוזרת של העורר בעבירות מהסוג בהן מואשם, המליץ שירות המבחן על העברתו של העורר לחלופת המעצר המוצעת, וזאת משסבר כי בכוחה של חלופת זו, כשהיא מלווה בשילובו של העורר בתכנית טיפולית, לאיין את הסיכון האמור בתקופת מעצרו. נסיבות אלו, בהצטברותן יחד, מגבשות את התנאים להורות על שחרורו של העורר לחלופת מעצר (בכפוף להשלמת בחינת האפשרות המעשית לעשות כן), וזאת בין אם נלך בדרך שמתווה הגישה האחידה, ובין אם נלך בדרך שמתווה הגישה המאבחנת.

13. אשר לסוגיית התמכרותו הנטענת של העורר להימורים, על משקלה הראוי בנסיבות המקרה הנדון, סבורני כי לשון המאזניים עודנה נוטה לטובת שחרורו של העורר לחלופת מעצר. מסקנתי האמורה נסמכת על שני אדנים מרכזיים: ראשית, עצם התמכרותו של העורר להימורים, וממילא השלכותיה על הסוגיה הדרושה הכרעה, לא נטענה על ידי המשיבה בשום שלב, אלא הועלתה לראשונה על ידי בית המשפט קמא, מיוזמתו, ומבלי שניתנה לצדדים האפשרות להתייחס אליה, במסגרת ההחלטה נושא הערר שלפניי. במצב דברים זה, שבו לא ניתנה לעורר הזדמנות להתגונן בעניין, הרי שהענקת משקל מכריע

לנתון עובדתי זה מעוררת קושי ניכר. קושי זה מתחדד ביתר שאת במקרה שלפנינו, שבו טוען העורר בתוקף כי מעולם לא היה "מכור" להימורים, וכי ממילא הדבר מהווה נחלת העבר, וזאת בשונה מקביעותיו של בית המשפט קמא בעניין זה; שנית, דבר הימצאות העורר במצוקה כלכלית, על הקשר הנטען שלה לביצוע העבירות המיוחסות לו, הייתה ידועה לגורמי שירות המבחן ערב הכנת התסקיר ואף קיבלה ביטוי בו. על רקע זה העריכו גורמי שירות המבחן, בין השאר, כי במצבי משבר ודוחק כלכלי העורר נוטה לחפש "פתרונות מהירים למצוקתו". במצב דברים זה, השפעת נטייתו של העורר להימורים לעניין הערכת המסוכנות הנשקפת ממנו אינה רבה. ודוק, אף תחת התרחיש המחמיר לפיו מדובר בהתמכרות, שהעורר עודנו סובל ממנה, ואשר קשורה במישרין למצוקה הכלכלית בה הוא מצוי – הרי שעניין זה מהווה, לכל היותר, תימוכין למסקנות בדבר מסוכנות העורר, אליהן הגיע שירות המבחן ממילא. משאלה הם פני הדברים, סבורני כי המשקל שיש לתת לנתון זה בבחינת השלכותיו על הערכת גורמי שירות המבחן בעניינו של העורר הינו לכל היותר, מוגבל, ובנסיבות המקרה שבפנינו – בו נסיבות עיסוקו בעבר ובהווה של העורר בהימורים נותרו עלומות – וודאי שהוא איננו מצדיק את המסקנה לפיה אין לייחס משקל של ממש להמלצת שירות המבחן, כפי שקבע בית המשפט קמא.

14. לאור האמור, אני מורה על הזמנת דיווח מאת הממונה על פיקוח אלקטרוני בשירות בתי הסוהר לפי סעיף 22ב(ג) לחוק המעצרים בדבר היתכנות הפיקוח האלקטרוני במקום המוצע, שיוגש לבית המשפט קמא לא יאוחר מיום א' 20.6.2021. ככל שמקום המעצר המוצע ימצא מתאים למעצר בפיקוח אלקטרוני, יקבע בית המשפט את התנאים, הפיקדון והערבויות, ויורה על העברת העורר למעצר בית בפיקוח אלקטרוני. כן יקבע בית המשפט צו פיקוח לתקופה שתאפשר השתתפותו של העורר במסגרת טיפולית, בהתאם להמלצת גורמי שירות המבחן.

15. סוף דבר: הערר מתקבל כמפורט בפסקה 14 לעיל. העורר יוותר במעצר מאחורי סורג ובריה עד מתן החלטה אחרת.

ניתנה היום, ה' בתמוז התשפ"א (15.6.2021).

ש ו פ ט