

בש"פ 6494/23 - שמואל קדוש נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 6494/23

לפני: כבוד השופט י' כשר

העורר: שמואל קדוש

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטות בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, מיום 24.8.2023 (השופט ע' כהן), ומיום 27.8.2023 (השופט י' פרסקי), ב-מ"ת 49527-04-23

תאריך הישיבה: י"ד באלול התשפ"ג (31.08.23)

בשם העורר: עו"ד נס בן נתן
בשם המשיבה: עו"ד עילית מידן

החלטה

1. לפניי ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר-שבע (השופט ע' כהן) ב-מ"ת 49527-04-23, מיום 24.8.2023, בגדרה הורה בית המשפט על מעצר העורר עד תום ההליכים נגדו; ועל החלטת בית המשפט המחוזי בבאר-שבע (השופט י' פרסקי) ב-מ"ת 49527-04-23 מיום 27.8.2023, שבה נדחתה בקשתו של העורר להשתחרר לפרק זמן מוגבל ממעצרו לצורך השתתפות בחתונת אחותו (קבועה ליום 5.9.2023).

כתב האישום וההליכים עד כה

2. ביום 27.4.2023 הוגש נגד העורר כתב אישום המייחס לו עבירות של ייצור הכנה והפקה של סם מסוכן לפי סעיף 6 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: הפקודה) יחד עם סעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק); החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א) ו-7(ג) רישא לפקודה יחד עם סעיף 25 לחוק; עבירה של נטילת חשמל או מים או גז לפי סעיף 400 לחוק יחד עם סעיף 25 לחוק; והשחתת מיתקן חשמל לפי סעיף 53 לחוק משק החשמל, התשנ"ו-1996 יחד עם סעיף 25 לחוק.

3. על פי הנטען בכתב האישום, העורר ונאשם נוסף הקימו במהלך שנת 2022 מעבדה לגידול והפקה של סם מסוכן מסוג קנאביס (להלן: הסם), שלא לצריכתם העצמית. לצורך גידול הסם, שכר העורר מחסן אשר חובר לחשמל באופן פיראטי, באמצעות חיבור כבל חשמל מעמוד של חברת החשמל שנמצא בסמוך למחסן, תוך פגיעה בציוד ובתשתיות של חברת החשמל ויצירת סיכון בטיחותי. ביום 26.3.2023, במסגרת חיפוש משטרת, נתפסו במחסן כ-1,161 שתילי סם במשקל כולל של 196.38 ק"ג.

4. בד בבד עם הגשת כתב האישום, הגישה המשיבה בקשה למעצרו של העורר עד תום ההליכים המשפטיים המתנהלים נגדו. בבקשה נטען כי קיימות ראיות לכאורה להוכחת המיוחס לעורר, וכן כי קמה כנגדו עילת מעצר סטוטורית מכוח סעיף 21(א)(1)(ג)(3) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים), וכמו כן כי מתקיימות בעניינו עילות מעצר גם מכוח סעיפים 21(א)(1)(ב) ו-21(א)(1)(א) לחוק המעצרים.

5. ביום 28.5.2023 נערך דיון בפני בית המשפט המחוזי (השופט נ' אבו טהה), בו הסכים בא-כוח העורר לקיומן של ראיות לכאורה וכן לקיומה של עילת מעצר. לצד זאת, עתר בא-כוח העורר להפנות את העורר לקבלת תסקיר מעצר מאת שירות המבחן. בא-כוח המשיבה התנגד לשליחת העורר לתסקיר שירות מבחן, בין היתר נוכח עברו הפלילי, והעובדה שהורשע וריצה עונש מאסר של 16 חודשים בגין עבירות סמים שביצע בשנת 2018. בהחלטה שהתקבלה עוד באותו היום, קבע בית המשפט המחוזי כי אין מקום לשלוח את העורר לקבלת תסקיר שירות מבחן, והורה על מעצרו עד תום ההליכים נגדו (להלן: ההחלטה הראשונה של בית המשפט המחוזי). בית המשפט המחוזי עמד על ההלכה הפסוקה הקובעת כי במקרים בהם נשללת על פניה האפשרות לחלופת מעצר, אין מקום להידרש לתסקיר של שירות המבחן. בית המשפט הוסיף וציין כי לפי ההלכה הפסוקה, כאשר מדובר בעבירות סמים חמורות של סחר ובוודאי של גידול סם, הכלל הוא להורות על מעצר עד תום ההליכים ולהימנע מחלופות מעצר, לרבות בעניינם של נאשמים צעירים ונעדרי עבר פלילי. הסטייה מכלל זה תהיה, כך נקבע, רק כאשר מתקיימות נסיבות חריגות המצדיקות זאת, ובעיקר כשמדובר בנאשמים שמעורבותם בעבירות הייתה מצומצמת. בית המשפט המחוזי קבע כי עניינו של העורר אינו עונה על הנסיבות המיוחדות והחריגות שתוארו לעיל.

6. ביום 27.6.2023 קיבל בית משפט זה (השופט ע' גרוסקופף) ערר שהגיש העורר על ההחלטה הראשונה של בית המשפט המחוזי, והורה על קבלת תסקיר שירות מבחן בטרם תתקבל החלטה בבקשה למעצרו של העורר עד תום ההליכים (בש"פ 4593/23). בית משפט זה, בהחלטתו הנ"ל, עמד על כך שקיים קושי בשחרורו של העורר לחלופת מעצר בשים לב לעברו ואולם קבע כי למרות זאת לא מתייתר הצורך בקבלת תסקיר שירות מבחן אשר יבחן האם ניתן לאיין את המסוכנות הנשקפת מהעורר באמצעות חלופה הולמת, וזאת בשים לב לכך שחלפו חמש שנים מהמועד בו ביצע העורר את העבירה הקודמת.

7. ביום 19.7.2023 התקבל תסקיר המעצר בעניינו של העורר, בו המליץ שירות המבחן לבחון את שילובו במסגרת טיפולית סגורה, לאחר קיום ראיון בקהילה הטיפולית והגשת תסקיר משלים. התסקיר תיעד את התרשמות גורמי הטיפול והשיקום בשב"ס כי העורר הינו בעל מוטיבציה לשנות את אורחות חייו וכן ביטא את התרשמות שירות המבחן כי העורר "החל בתהליך חשבון נפש והתבוננות פנימית בכשלו ודפוסיו המכשילים, לראשונה בחייו מכיר בבעיית התמכרותו לסמים והשפעתה ההרסנית על חייו ומביע מוטיבציה לטיפול אינטנסיבי בתחום זה". בצד זאת עמד שירות המבחן על כך שהעבירה החמורה בה העורר מואשם עתה נעברה לאחר ביצוע עבירה דומה בעבר, ונדמה כי מאסר ממושך לא היווה עבורו גבול מרתיע לאורך זמן. נוכח האמור, סבר שירות המבחן שקיים סיכון לחזרה להתנהגות התמכרותית פורצת גבולות של העורר. כמו כן, שירות המבחן עמד על כך שקהילה טיפולית סגורה אינה מהווה חלופת מעצר הרמטית, ועל כך שהשהייה שם הינה בתנאי המקום - ועל כן קיימת חשיבות למציאת ערב מגבה אשר יוכל לפקח על העורר במידה והטיפול בו יופסק בטרם עת. לפיכך, בחן שירות המבחן את המפקחים המוצעים, אביו ואמו של העורר, והתרשם כי הם בעלי ערכים נורמטיביים, מגויסים לסייע לעורר, ומתאימים לשמש כערבים במשימה הנדרשת.

לאור כל האמור המליץ שירות המבחן להפנות את העורר לראיון קבלה אשר נקבע ליום 10.8.2023 בקהילה הטיפולית "בית אור אביבה - הרטוב" וכן על ביצוע בדיקות על ידי השב"ס לעניין התאמתו של העורר לקהילה הטיפולית הנ"ל.

8. בהחלטה מיום 3.8.2023 קבע בית המשפט המחוזי (השופט ג' גדעון, להלן: ההחלטה השנייה של בית המשפט המחוזי) כי יש לאפשר לעורר להשתתף בראיון קבלה לקהילה הטיפולית, והורה לגורמי הרפואה בשירות בת הסוהר לבצע את הבדיקות הנדרשות ולהעבירן לגורמי הטיפול בקהילה, וזאת נוכח החלטתו של בית המשפט זהמיום 27.6.2023, בבש"פ 4593/23, כאמור לעיל.

9. ביום 20.8.2023 הוגש תסקיר משלים בעניינו של העורר, ממנו עלה כי העורר עבר ראיון בקהילה הטיפולית "בית אור אביבה-הרטוב", וכן בדיקות רפואיות, ונמצא מתאים לטיפול בקהילה הטיפולית הסגורה. שירות המבחן ציין כי הוא סבור שהמענה המתאים לחומרת התמכרותו של העורר לסמים ולרמת הסיכון ממנו, הוא שילובו במסגרת טיפולית סגורה. על כן, המליץ שירות המבחן להפנות את העורר לחלופה טיפולית בגיבוי אביו כערב מגבה והטלת צו פיקוח מעצרים למשך שישה חודשים.

10. בהחלטה מיום 24.8.2023 הורה בית המשפט המחוזי (השופט ע' כהן) על מעצרו של העורר עד תום ההליכים נגדו, חרף המלצת שירות המבחן (להלן: ההחלטה השלישית של בית המשפט המחוזי). בית המשפט קבע כי עניינו של העורר אינו עומד בתנאים אשר נקבעו בבש"פ 1981/11 מדינת ישראל נ' סויסה(21.3.2011) (להלן: הלכת סויסה) לצורך שילוב נאשם בחלופת מעצר טיפולית, וזאת מהנימוקים הבאים:

ראשית, העורר לא התחיל הליך טיפולי בטרם מעצרו; שנית, שירות המבחן אינו מתייחס לסיכוי ההליך אלא רק מציין את המוטיבציה של העורר להשתתף בהליך טיפולי. כמו כן, שירות המבחן מעלה את האפשרות שההליך הטיפולי יופסק בטרם עת, באופן המלמד על ספק מסוים בהצלחת ההליך; שלישית, לא קיימת אינדיקציה לאיון המסוכנות בחלופה המוצעת הואיל ואינה חלופה הרמטית.

11. ביום 27.8.2023 דחה בית המשפט המחוזי (השופט י' פרסקי) את בקשתו של העורר לצאת ממעצרו לרגל עמוד 3

חתונתה של אחותו, אשר עתידה להתקיים ביום 5.9.2023 (להלן: ההחלטה הרביעית של בית המשפט המחוזי). בית המשפט קבע כי לאור מסוכנותו של העורר וההחלטה אשר הורתה על מעצרו עד תום ההליכים - הרי שצריכות להיות נסיבות מיוחדות וחריגות ביותר לצורך היעדרות לבקשה, אשר אינן מתקיימות בעניינו. העורר טען כי בעניינו של הנאשם האחר, שעומד איתו לדין בגין ביצוע אותם המעשים, ניתנה החלטה על שחרור למספר שעות לצורך השתתפות בחתונתה של אחותו, ולכן תהא זו הפליה שלא לאפשר את יציאתו של העורר. ואולם, בית המשפט המחוזי קבע כי אין ממש בטענת ההפליה, מקום בו בעניינו של האחר טרם ניתנה החלטה סופית בבקשה למעצר עד תום ההליכים, בניגוד לעורר.

מכאן הערר שלפניי, המופנה הן כנגד ההחלטה השלישית של בית המשפט המחוזי, אשר הורתה כאמור על מעצר העורר עד לתום ההליכים; והן כנגד ההחלטה הרביעית של בית המשפט המחוזי, אשר דחתה את בקשתו לצאת לחתונת אחותו.

טיעוני העורר

12. לטענת העורר, נוכח המלצתו של שירות המבחן בתסקירי המעצר, שגה בית המשפט משקבע כי אין מקום להורות על שחרורו לחלופה טיפולית. לשיטתו, בית המשפט לא נתן משקל מספק לכך שגילה מוטיבציה כנה לערוך שינוי ולעבור הליך טיפולי מחייב, לכך שלשיטתו לאור האמור בתסקיר שירות המבחן, פוטנציאל ההצלחה של ההליך השיקומי גבוה, ולכך שהוא פיתח ציפיות לאחר שנשלח לעבור ראיון ובדיקות רפואיות לצורך בחינת התאמתו למוסד הטיפולי. עוד טען העורר כי: "כלל הנתונים השליליים (נסיבות העבירה, העבר הפלילי לפני 5 שנים), היו מונחים גם בפניו של בית המשפט העליון שיכל בהינף יד לדחות את הערר בטענה כי לא נפלה שגגה. אלא שבית המשפט העליון מצא לנכון כן לבחון חלופות, וזאת למרות כל הנתונים השליליים". לטענת העורר, החלטת בית המשפט העליון הותירה בפני בית המשפט המחוזי שיקול דעת ביחס לתסקירים שיתקבלו, אך "בית המשפט העליון לא ביקש להפעיל שיקול דעת כזה שיחזיר את העניין לנקודות האפס".

כמו כן, טוען העורר כי בכל תסקיר שבו ממליץ שירות המבחן על שילוב בקהילה, נדרש הוא לאפשרות שהנאשם ייפלט מסיבות כאלו ואחרות מהמסגרת הטיפולית, ונערך לחלופה למקרה כזה. על כן, אין בהיערכות לחלופה מגבה כדי להסיק ששירות המבחן ספקני ביחס להצלחת הטיפול בעניינו של העורר. העורר טוען כי ניתן ללמוד מהתסקירים ששירות המבחן סבור שסיכויי הצלחת ההליך הטיפולי גבוהים, וכי לעמדה זו שותפים גם שירות בתי הסוהר וגורמי הקהילה הטיפולית, המעריכים כי הוא בעל מוטיבציה להצליח בטיפול הגמילה.

בנוסף, טוען העורר כי שגה בית המשפט המחוזי בקבעו כי החלופה הטיפולית אינה הרמטית ולפיכך אינה מפיגה את המסוכנות בצורה מספקת, מקום בו "כל הקהילות הטיפוליות אינן הרמטיות, המטופלים אינם קשורים באזיקים, וברגע שהם נפלטים חלילה קיים דיווח מייד".

13. ביחס להחלטה הרביעית, שלא להתיר לעורר לצאת ממעצרו לרגל חתונת אחותו, טוען העורר כי שגה בית המשפט המחוזי עת קבע כי אין ממש בטענת ההפליה, מקום בו גם העורר וגם שותפו האחר "כבר נעצרו עד תום ההליכים ע"י כב' השופט אבו טהה, ואשר בגין החלטה זו הוגש ערר והוחלט לקבל תסקיר". עוד טוען העורר כי במקרים דומים אפשר בית המשפט יציאה לאירועים מסוג האירוע דן.

עמוד 4

14. בדיון שנערך לפניו ביום 31.8.2023, חזר בא כוח העורר על טענותיו. המשיבה, לעומת זאת, סמכה את ידיה על קביעתו של בית המשפט קמא, הן ביחס למעצר עד תום ההליכים, והן ביחס לשחרורו של העורר לחתונתה של אחותו. באת-כוחה של המשיבה טענה כי העורר אינו עומד בתנאים שהותוו בהלכת סויסה, ביחס לשילוב נאשם בחלופת מעצר טיפולית, וכן כי אין להתערב בהחלטה ביחס לשחרורו לחתונה, מקום בו הכלל הוא שלא תתאפשר יציאה של עצורים עד תום ההליכים לאירוע משפחתי.

דיון והכרעה

15. עיקרו של הערר שבפניי הינו בהחלטתו השלישית של בית המשפט המחוזי, שעניינה ביישומה של הלכת סויסה על נסיבותיו של העניין דנן.

אין חולק שהעורר לא החל בהליך טיפולי קודם למעצרו (וגם לא הביע, במעשה ובהתנהגות, את רצונו בכך), כך שהתנאי הראשון לעניין הלכת סויסה אינו מתקיים. ממילא אין חולק שמה שהעורר עותר לו הינו להיכלל באותם מקרים, חריגים, בהם יסתפק בית המשפט בקיום שני התנאים האחרים שנקבעו בהלכת סויסה: סיכויי הצלחת הטיפול ושיש בחלופה כדי לאיין או להקהות את עילת המעצר (מסוכנות, חשש לשיבוש הליכי משפט).

בהחלטה השלישית של בית המשפט המחוזי, עמד בית המשפט, נכונה, על תנאיה של הלכת סויסה, ובאשר לאותם שני תנאים בהם מתרכז הדיון, קבע כי הם אינם מתקיימים בעניינו של העורר דנן ועל כן הורה על מעצרו של העורר עד תום ההליכים, מאחורי סורג ובריה.

16. הנני סבור כי בהנמקתו לעניין בחינת התקיימותם של התנאי השני והשלישי על פי הלכת סויסה, בנסיבות הקונקרטיות דנן, טעה בית המשפט קמא:

לגבי התנאי שעניינו בסיכויי הצלחת הטיפול - אכן, לא ניתן למצוא בתסקירי שירות המבחן אמירה מפורשת לפיה הערכת שירות המבחן הינה שסיכויי הצלחת הטיפול הינם טובים. יחד עם זאת, לדעתי, כך עולה בברור מהתסקירים: שירות המבחן מציין את המוטיבציה של העורר להשתלב בטיפול ואת התמיכה המשפחתית שהינו צפוי לקבל, כך ש-"קיימים גורמי תמיכה חיצוניים וכוחות פנימיים שסייעו[ו] לו [לעורר -י'כ'] לצלוח הליך זה" (תסקיר מיום 20.8.2023). שירות המבחן גם מפנה לכך שזוהי הערכתם של גורמי הטיפול בשב"ס וכן של הגורמים הרלבנטיים בקהילה הטיפולית. לאחר ועל בסיס כל אלו המליץ שירות המבחן להורות של שחרורו של העורר לחלופה הטיפולית המוצעת. להשקפתי, האמור לעיל ממלא את התנאי שעניינו סיכויי הצלחה של הטיפול. עוד מקבל אני את טענת העורר כי התייחסותו של שירות המבחן לאפשרות שהעורר יפלט מהטיפול אינה מעידה על ספקות לגבי הצלחת הטיפול אלא נועדה לענות על היבט הנדרש על פי הפסיקה (וההתייחסות אליו תינתן להלן).

לגבי התנאי שעניינו בשאלה האם בחלופה יש כדי לאיין או להקהות את עילת המעצר- הפנה בית המשפט קמא לכך שהחלופה המוצעת "אינה חלופה הרמטית" ומכאן הגיע למסקנה לפיה "אין שום אינדיקציה לאיין המסוכנות בחלופה המוצעת". אין דעתי כדעתו של בית המשפט קמא גם בעניין זה: לא הייתה מחלוקת בפניי כי המוסד המוצע -

"בית אור אביבה - הרטוב" - מקיים את רמת ההבטחה והמגבלות על חופש החוסים בו, מהסוג הגבוה שבנמצא (ובמילים אחרות, שלא קיים, למצער לעת הזאת, בישראל, מוסד גמילה סגור שרמת האבטחה והמגבלות בו הינה גבוהה יותר). אזכיר כי התנאי, כפי שנקבע בהלכת סויסה, אינו לאיון מוחלט של עילת המעצר אלא גם להקהייתה. יתר על כן, הלכת סויסה לא נפסקה (ויושמה מאז בפסיקתם של בתי המשפט, לרבות בית משפט זה), בחלל ריק תאורטי אלא לגבי מוסדות הגמילה הסגורים בישראל, כפי שהם. בנסיבות אלו לא ניתן לפסוק שהעובדה שאין מדובר בחלופה "הרמטית" משמעה אי קיום התנאי השלישי שנקבע בהלכת סויסה, שכן קביעה שכזו כמוה כחתיירה תחת ההלכה הפסוקה עצמה.

17. התוצאה היא שדין הערר על ההחלטה השלישית של בית המשפט המחוזי, להתקבל.

בהקשר זה אציין את המסד המשפטי שעמד בפני בית המשפט המחוזי בעת שניתנה ההחלטה השלישית, ושעומד גם ביסוד החלטתי זו: בית משפט זה, בהחלטתו של חברי, השופט ע'גרוסקופף, קיבל את הערר על החלטתו הראשונה של בית המשפט המחוזי והורה על קבלת תסקיר מבחן, הואיל ולהשקפתו, למרות הנסיבות החמורות של העבירה שהעורר מואשם בה והרשעתו הקודמת בעבירות סמים חמורות, "יש צורך בקבלת נתונים נוספים בעניינו, על מנת לבחון אם ניתן לאיין את המסוכנות הנשקפת ממנו באמצעות חלופה הולמת." משנמסר תסקיר שירות המבחן ובו ההמלצה על בחינת החלופה של שחרור למוסד לטיפול בגמילה, יישם בית המשפט קמא, בהחלטה השנייה, את החלטתו של בית משפט זה, על קידום בחינתה של אותה חלופה. בעקבות כך הוגש התסקיר המשלים של שירות המבחן ובו המלצה לעניין חלופת מעצר במסגרת טיפולית סגורה. במצב זה נכון עשה בית המשפט קמא, בהחלטתו השלישית, כאשר בחן לגופו של עניין את יישום התנאים שנקבעו בהלכת סויסה על נסיבות המקרה שבפניו (בהקשר זה, הטענה בערר לפיה בית המשפט קמא, בהחלטתו השלישית, התעלם, כביכול, מההחלטות שקדמו להחלטתו השלישית, אינה מקובלת עליו ונדחית בזאת). יחד עם זאת, דעתי היא, כאמור לעיל, שבמלאכת היישום האמורה טעה בית המשפט קמא ומכאן קבלת הערר.

ולעניין זה, הדגשה נוספת: העורר דן מואשם בעבירות סמים וגניבת חשמל חמורות ביותר (הכמות שנתפסה עומדת על כמעט 200 ק"ג וערך החשמל על כ-250,000 ש"ח, הכל לפי הנתען בכתב האישום). העורר הורשע, בשנת 2019, בעבירות סחר בסמים ונגזרו עליו 16 חודשי מאסר בפועל וכן מאסרים מותנים. לא יהיה זה מיותר לציין כי בפסיקתו של בית משפט זה קיימים גוונים שונים לעניין שאלת עצם החובה להידרש לתסקיר שירות מבחן בנסיבות כאלו. השחרור לחלופת מעצר בעבירות מסוג העבירות דן (קל וחומר בחומרתן בעניין דן) הינו חריג. החלופה שעניינה שחרור לחלופה טיפולית על יסוד התקיימות התנאים השני והשלישי בהלכת סויסה (קרי - במצב בו הנאשם לא החל בטיפול קודם למעצרו), אף היא בגדר חריג, המתייחס ל-"מקרים נדירים, חריגים שבחריגים" (מובא מפסק דינו של חברי, השופט א' שטיינבבש"פ 4621/22 אלעסם נגד מדינת ישראל (2.8.2022)). המתבקש מהאמור לעיל הינו ששחרור לחלופה טיפולית בנסיבות מסוגן של הנסיבות דן אמור להיות, אם בכלל, נדיר שבנדירים וחריג שבחריגים. לו דעתי להישמע, ראוי שכך גם יהיה, בפועל, בעתיד.

18. באשר לערר על ההחלטה הרביעית של בית המשפט המחוזי, הרי בהינתן החלטתי לקבל את הערר על ההחלטה השלישית של בית המשפט המחוזי, נשמט הטעם שעמד ביסוד ההחלטה הנ"ל ולא יכולה להיות מחלוקת של ממש שדין הערר, גם על החלטה זו, להתקבל.

19. התוצאה היא שהנני מורה לשחרר את העורר לחלופה הטיפולית הסגורה בהתאם להמלצת שירות המבחן וכן

על שחרורו לזמן קצר לצורך השתתפות בחתונת אחותו הקבועה ליום 5.9.2023.

הסדרת האמור לעיל וקביעת תנאים מפורטים בהקשרו יהיו בהחלטה שתינתן על ידי בית המשפט קמא.

ניתנה היום, ט"ו באלול התשפ"ג (1.9.2023).

ש ו פ ט
