

## בש"פ 5474/14 - מדינת ישראל נגד מאיר אוחנה

בבית המשפט העליון

בש"פ 5474/14

לפני: כבוד השופטת ד' ברק-ארז

העוררת: מדינת ישראל

נגד

המשיב: מאיר אוחנה

ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 22.7.2014 במ"ת 26115-07-14 שניתנה על-ידי כבוד השופטת מ' סוקולוב

תאריך הישיבה: כ"א באב התשע"ד (17.08.14)  
בשם העוררת: עו"ד קרן רוט

בשם המשיב: עו"ד דרור מתתיהו, עו"ד הגר נגלר

### החלטה

1. בפני ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 22.7.2014 (מ"ת 26115-07-14, השופטת מ' סוקולוב), שנסבה על בקשת המדינה להטלת ערבויות על המשיב.

רקע והליכים קודמים

עמוד 1

2. ביום 14.7.2014 הוגש נגד המשיב כתב אישום לבית המשפט המחוזי המייחס לו, במסגרת שני אישומים, עבירות רבות על חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 (להלן: חוק מע"מ), פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1971 (להלן: פקודת מס הכנסה) חוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000 (להלן: חוק איסור הלבנת הון) ופקודת המכס [נוסח חדש] (להלן: פקודת המכס).

3. החלק הכללי של כתב האישום מגולל מסכת עבריינית רחבת היקף שהתרחשה לפי הנטען במהלך השנים 2011-2012, בעת שהמשיב פעל כמורשה לעסוק בסחר ביהלומים וניהל משרד בבורסה ליהלומים ברמת גן.

4. האישום הראשון נסב בעיקרו על הוצאת חשבוניות כוזבות שיצרו מצג שווא של מכר יהלומים ליהלומנים, בהיקף של 148 מיליון דולר. על-פי המתואר באישום זה, המשיב קיבל מדי שבוע כסף מזומן מחלפנים שהועבר אליו במישרין או באמצעות משרד לשירותי מטבע בניהולם של שניים אחרים - מנחם מגן ודורון אלעד (להלן בהתאמה: מגן ואלעד). בכסף שהועבר אליו עשה המשיב שימוש כדי לבצע ניכיון שיקים עבור יהלומנים שונים. היהלומנים היו מוסרים למשיב שיקים, גם כן במישרין או באמצעות משרדם של מגן ואלעד, מקבלים תמורתם כסף מזומן והמשיב היה מוציא בגין השיקים שנמסרו לו חשבוניות כוזבות אשר העידו על כך שכביכול הוא מכר יהלומים ליהלומן שנתן את השיק. בפועל, כך נטען, המשיב לא מכר יהלומים לנותני השיקים כמפורט בחשבוניות. את השיקים שקיבל בדרך זו הפקיד המשיב בחשבון בנק שלו מסוג "נקוב יהלומים" (חשבון המשמש עוסקים בסחר ביהלומים, ונהנה מהטבות בנקאיות שונות) בסניף הבורסה ליהלומים בבנק SBI ההודי (להלן: הבנק ההודי).

5. לפי כתב האישום, המשיב גבה עמלות מנותני השיקים בתמורה לשירותי הניכיון שקיבלו ממנו ולהוצאת החשבוניות הכוזבות - בסך של כ-2,960,000 דולר. המשיב התחמק מתשלום מס הכנסה ומס ערך מוסף בגין הכנסותיו מעמלות אלה, תוך הפרתן של חובות דיווח ושל הוראות נוספות המנויות בפקודת מס הכנסה, בחוק מע"מ ובדינים אחרים.

6. האישום השני נסב בעיקרו על העברתם לחו"ל של כספים שהופקדו בחשבונו של המשיב בבנק ההודי, עבור חלפנים שונים ובהתאם להוראותיהם, ללא דיווח לרשויות לאיסור הלבנת הון. זאת, תוך נקיטת שורה של מעשי זיוף ומרמה שתכליתם ליצור מצג שווא של ייבוא יהלומים בהיקף של 148 מיליון דולר והעברת תשלומים תמורתם (למרות שיהלומים כאלה לא יובאו למעשה).

7. כתב האישום כלל בקשה לחילוט רכוש לפי סעיף 21 לחוק איסור הלבנת הון וצורפה לו רשימה מפורטת של הרכוש שחילוטו התבקש, עד סך כולל של 148 מיליון דולר. הרשימה כללה מקרקעין המצויים בארץ ובארצות-הברית, יהלומים, כסף מזומן, חשבונות בנק בארץ ובארצות הברית, אופנוע ומניות. חלק ניכר מהרכוש המפורט נתפס או הוקפא מכוח צו זמני שהוציא בית משפט השלום בראשון לציון ביום 8.1.2012. במקביל, גם בית משפט בארצות הברית הוציא צו זמני לתפיסת רכוש של המשיב המצוי שם על-פי בקשה לסיוע משפטי וצווים שהוצאו בישראל.

8. עם הגשת כתב האישום, הגישה המדינה גם בקשה דחופה להטלת ערבויות על המשיב ומתן צו עיכוב יציאה מהארץ נגדו, לפי סעיפים 44, 46 ו-48 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים), וזאת על מנת להבטיח את התייצבותו למשפט. בבקשה נטען כי נוכח כתב האישום החמור שהוגש נגד המשיב קיים חשש ממשי ומיידי שהוא יפעל להימלטות מן הדין, חשש הגובר נוכח העובדה שלמשיב יכולת גבוהה להעביר

את מרכז חייו לחו"ל. על כן, כך נטען, יש להוציא כנגד המשיב צו עיכוב יציאה מן הארץ וכן להטיל עליו ערבויות משמעותיות באופן הבא: הפקדת 1,500,000 שקל במזומן או כערבות בנקאית; ערבות עצמית בסך 1,500,000 שקל וערבות צד ג' בסך מיליון שקל.

9. להשלמת התמונה, יצוין כי אף כנגד מגן ואלעד הוגשו כתבי אישום, כל אחד מהם בנפרד. כנגד שניהם אף הוצאו צווי עיכוב יציאה מהארץ - כנגד מגן בהסכמתו, וכנגד אלעד חרף התנגדותו. בעניינו של מגן נקבע כי יתרת חשבון הבנק שלו בסך כמיליון ושלוש מאות אלף שקל, שנתפסה על-פי הצו הזמני, תשמש גם כערובה, וכן נקבע שיפקיד ערבות עצמית בסך 750,000 שקל וערבות צד ג' של שני ערבים בסך חצי מיליון שקל כל אחת. בעניינו של אלעד, נדחתה בקשת המדינה להורות על הפקדות נוספות מעבר לרכוש שנתפס, נקבעה ערבות עצמית בסך מיליון שקל ונדרשה הפקדת ערבות צד ג' של שני ערבים בסך חצי מיליון שקל כל אחת.

10. בהחלטתו מיום 22.7.2014 הורה בית המשפט המחוזי על מתן סעד זמני לתפיסת רכושו של המשיב עד לתום ההליכים נגדו, למעט באשר לחשבונו בבנק דיסקונט, שלגביו הסכימו הצדדים כי ישוחרר ולא יוקפא. בית המשפט המחוזי קיבל את בקשת המשיב כי הערובה תילקח מתוך הרכוש שנתפס, חרף התנגדות המדינה. בית המשפט המחוזי קבע כי בעניינו של מגן המדינה הסכימה שהערובות יילקחו מהרכוש התפוס, וכי אין מקום לאבחן בשלב זה בין המשיב לבין מגן, ועל כן הורה כי הסכום במזומן בסך מיליון וחצי שקל יילקח מתוך הרכוש התפוס. עוד נקבע כי שתי בנותיו של המשיב יחתמו על ערבות צד ג' על סכום כולל של מיליון שקל. כמו כן, על אף התנגדות המשיב שטען כי עסקיו נמצאים בחו"ל, הוצא כנגדו צו עיכוב יציאה מהארץ, בכפוף לכך שזה יבוטל אם וכאשר תוגש בקשה מתאימה הנתמכת בערבות צד ג' של חתנו של המשיב, על סך חצי מיליון שקל. עוד נקבע כי בתקופה שבה ישהה המשיב בחו"ל, החתן הערב ושתי בנותיו של המשיב לא יוכלו לצאת את הארץ עד לחזרתו של המשיב.

#### טענות הצדדים

11. המדינה הגישה את הערר שלפני על החלטתו של בית המשפט המחוזי. לטענתה, בנסיבות העניין היה מקום ליתן צו גורף האוסר על יציאתו של המשיב מהארץ. המדינה עומדת על כך שקיים חשש ממשי ומידי לכך שהמשיב ימלט מן הדין וטוענת כי חשש זה גדול במיוחד כיוון שלמשיב יכולת גבוהה להעביר את מרכז חייו לחו"ל: הוא בעל נכסים רבים בארצות הברית (חברות, חשבונות בנק ובתיים); אין לו ילדים קטינים בישראל; קיים חשד שחלק בלתי מבוטל מכספו ומרכושו כבר נמצא מחוץ לישראל כיוון שלא נתפסו נכסים משמעותיים בארץ הרשומים על שמו; והוא אף נוסע לחו"ל לעתים קרובות לצורך עסקיו. לשיטתה של המדינה, אין בתנאים המגבילים שנקבעו בנסיבות המתוארות כדי לתת מענה סביר לחשש מהימלטות המשיב.

12. באופן פרטני סבורה המדינה כי בית המשפט המחוזי שגה שעה שאפשר למשיב לצאת מן הארץ בכפוף לכך שבאותה עת ישהו בה בנותיו וחתנו. המדינה טוענת שלא ברורה האפקטיביות של תנאי זה נוכח אי-הבהירות באשר ליכולתן של הרשויות למנוע את יציאתם של שלושת הערבים מן הארץ אם יפר המשיב את האמון שניתן בו.

13. המדינה סבורה כי לא היה מקום לאמץ מנגנון קבוע שיאפשר למשיב לצאת בכל עת מן הארץ בתנאים שנקבעו, מה גם שאין מניעה לכך שאף במצב דברים של הוצאת צו גורף כנגדו הוא יגיש בקשות פרטניות ליציאה לחו"ל שייבחנו על-פי נסיבותיהן בכל מקרה ומקרה.

14. המשיב, מנגד, סומך ידיו על החלטתו של בית המשפט המחוזי. עם זאת, הוא נכון לכך שהערבויות שיינתנו על-ידו ועל-ידי הערבים לו יהיו גדולות משנקבע, ואף נכון לכך שייקבע תנאי לפיו אם לא יחזור לארץ יחולט כל רכושו. הוא אף הצהיר על כך שחתנו הנוסף יסכים אף הוא לחתום על ערבות צד שלישי עבורו בסך של 250,000 שקל.

15. המשיב עומד על כך שמבחינתו היציאה לחו"ל היא חיונית על מנת שיוכל להמשיך ולתפקד כסוחר בתחום היהלומים, מה גם שעל רקע הגשת כתב האישום נגדו קיימת הסתייגות רבה בקרב העוסקים בתחום בישראל לעשות עמו עסקים.

16. המשיב מצביע על כך שמשפחתו נמצאת כולה בישראל - אשתו, בנותיו ומשפחותיהן, אמו הקשישה ואחיו, ולכן אין להניח שיבקש לעזוב את הארץ. כמו כן, הוא טוען כי לאורך כל התקופה הארוכה של החקירה ואף לאחר שהתקבלה ההחלטה העקרונית על הגשת כתב אישום בכפוף לשימוע הוא יצא את המדינה ושב אליה.

17. באשר לאכיפת התנאי שעניינו אי-יציאתם מן הארץ של בנותיו וחתנו ציין בא-כוחו של המשיב כי לשיטתו תנאי זה ניתן לאכיפה לפחות באופן חלקי - עד אשר ישולמו הכספים שלהם התחייבו הערבים.

18. המשיב סבור שהמנגנון שקבע בית המשפט המחוזי - אשר מייתר את הצורך לפנות לבית המשפט כל אימת שהמשיב יידרש ליציאה מן הארץ - הוא מחויב המציאות לנוכח ההישנות הצפויה של בקשות מסוג זה, באופן שיחסוך זמן שיפוטי ואף עלויות נוספות למשיב עצמו. לשם כך הפנה בא-כוח המשיב להחלטתו של בית המשפט המחוזי בחיפה בצ"א 19838-03-12 פיסו נ' מדינת ישראל (21.10.2012) (להלן: עניין פיסו), שבו ביטל השופט (כתוארו אז) ר' שפירא צו שניתן לעיכוב יציאתם של נאשמים את הארץ, וקבע תחתיו מנגנון לפיו דרכוניהם של הנאשמים יוחזקו בידי נאמן, אשר ימסור את הדרכונים לנאשמים לבקשתם לפני נסיעה צפויה, בכפוף לקבלת הסכמתו של בא-כוח המדינה.

19. באת-כוח המדינה ציינה בתשובתה כי לשיטתה אף התניית יציאתם מן הארץ של הערבים עד לתשלום התחייבויותיהם, במקרה של הפרה מצד המשיב, לא תוכל לעמוד, בשם לב לכך שהכספים אינם עומדים בהכרח לרשותם, וכך תשלום ההתחייבויות עשוי להשתרע על פני שנים. לשיטתה, הדרך האפקטיבית היחידה להבטחת חזרתו של המשיב לישראל אמורה להיות הפקדות כספיות משמעותיות. בהתייחס להחלטה בעניין פיסו הצביעה באת-כוח המדינה על כך שהיא הייתה תולדה של תקופה ארוכה שבה הנאשמים יצאו מן הארץ וחזרו אליה, בתדירות גבוהה ובהסכמה של הפרקליטות, גם לאחר שהוגש כתב האישום נגדם. באת-כוח המדינה הדגישה אפוא שהחלטה בעניין פיסו ניתנה על רקע הניסיון המצטבר באותו הליך, ניסיון אשר נעדר לטענתה בענייננו. לבסוף, טענה באת-כוח המדינה כי עם הגשת כתב האישום גובר החשש להימלטותו של המשיב, ומבחינה זו לא ניתן ללמוד באופן מובן מאליו מהתמדתו לחזור לישראל כל עוד לא הוגש נגדו כתב האישום, אף כאשר אפשרות זו כבר הייתה בגדר הצפוי.

20. בא-כוחו של המשיב חזר וטען בתגובה לכך כי לנוכח תפיסת רכושו של המשיב אין ביכולתו לבצע הפקדות כספיות נוספות.

דיון והכרעה

21. לאחר שבחנתי את הדברים עמדתי היא שהחלטתו של בית המשפט המחוזי אינה יכולה לעמוד.

22. כידוע, הזכות לחופש תנועה על דרך של יציאה מן הארץ היא חלק מהותי מן הזכות הבסיסית לחירות, ואף זכתה להגנה חוקתית מפורשת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בסעיף 6(א) לחוק זה). כפי שטען גם בא-כוחו של המשיב, זוהי נקודת המוצא לדין באשר להגבלת יציאתו לחו"ל של נאשם. בית משפט זה התווה את המסגרת הנורמטיבית לדין בכך עוד בבש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 290 (1993) בסמוך לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. באותו עניין קבע המשנה לנשיא (כתוארו אז) א' ברק כי "לא כל חשש לאי-התייצבות מצדיק הגבלת חופש היציאה מן הארץ. לאור אופייה החוקתית של הזכות לצאת הארץ, רק אפשרות סבירה או ודאות קרובה... לאי-התייצבות למשפט יצדיקו מתן צו איסור יציאה מהארץ" (שם, בעמ' 294). זאת ועוד, גם במקרה כזה "מן הראוי הוא לבחון אם לא קיימים אמצעים חמורים פחות מאיסור היציאה, כדי להבטיח את התייצבותו" (שם).

23. בהמשך לכך, בהחלטות מאוחרות יותר נקבע כי המבחן המקובל לאיזון בין זכותו של נאשם לחירות התנועה לבין האינטרס בקיום ההליך בעניינו הוא המבחן של אפשרות סבירה, היינו קיומו של יסוד סביר לחשש כי יציאתו של נאשם מן הארץ תסכל את ההליך המשפטי נגדו (בש"פ 1986/94 מדינת ישראל נ' עמר, פ"ד מח(3) 133, 142-143 (1994); בש"פ 1037/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (7.2.2012) (להלן: עניין פלוני)). מבחן זה אף עולה מנוסחו של סעיף 48(ב) לחוק המעצרים, שמתייחס למתן צו כאמור כאשר "קיימת אפשרות סבירה שהמשוחרר לא יתייצב לחקירה, לדין במשפט או לנשיאת עונשו". בהפעלת המבחן על בית המשפט לשקול, בין היתר, את חומרתו ונסיבות ביצוען של העבירות המיוחסות לנאשם בכתב האישום, את השלב שבו עומד ההליך הפלילי, את חומרת העונש הצפוי ואת נסיבותיו האישיות של הנאשם (בש"פ 1746/10 ניימן נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (26.4.2010) (להלן: עניין ניימן)), כאשר כל מקרה נבחן לפי נסיבותיו (עניין פלוני, בפסקה 11; עניין ניימן, בפסקה 19).

24. נוכח אמות מידה אלה אני סבורה שבמקרה זה מכלול הנסיבות - המעלה חשש כבד להימלטות - אינו מאפשר לקבוע כי בשלב זה יציאתו של המשיב לחו"ל תהיה ברירת המחדל ללא הפקדות כספיות ממשיות. זאת, בהתחשב בחומרת העבירות המיוחסות לו, בתחכומן ובהיקפן העצום; בעובדה שלטענת המדינה המשיב הוא בעל רכוש רב בחו"ל; וכן בכך שאופי פעילותו העסקית מעורר חשש סביר כי יוכל להימלט מישראל ללא קושי רב. מנגד, המשיב אמנם טען שיידרש ליציאה לחו"ל לצורך עסקיו, אך לא פרס צפי קונקרטי לגבי נסיעות במידה המצדיקה לקבוע מנגנון קבוע בשלב זה.

25. בעת הזאת, בטרם הראה המשיב כי הופג החשש כי הוא יימלט לחו"ל גם לאחר שהוגש נגדו כתב אישום (להבדיל משלבי החקירה שבטרם הגשת כתב האישום), אין מקום לקבוע את נקודת האיזון כך שיציאתו תותר באופן כללי, בכפוף לתנאים מגבילים, אלא יש להותיר את איסור היציאה מן הארץ על מכונו (ראו והשוו: בש"פ 5851/00 רבינוביץ' נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 666, 671-672 (2000)). יחד עם זאת, מובן כי המשיב יהיה רשאי להגיש בקשה לאשר את יציאתו לחו"ל לצורך נסיעה קונקרטי, ובית המשפט המחוזי יקבע בהתייחס לכל בקשה כזו את התנאים המגבילים הראויים בנסיבות העניין. יצוין כי איני פוסלת על הסף את האפשרות כי בסופו של יום, לאחר שהמשיב יוכיח כי ניתן לתת בו אמון, תשתנה נקודת האיזון לכיוון קביעת הסדר שיאפשר את יציאתו של המשיב לחו"ל מבלי שתוגש בקשה פרטנית בטרם כל נסיעה (כפי שנעשה בעניין פיסו). אולם, העת לכך טרם בשלה.

26. משהגעתי למסקנה זו, איני צריכה להכריע באשר לפרטי המנגנון שקבע בית המשפט המחוזי בכל הנוגע

לתנאים שיילוו לו, ובעיקר להתניית יציאתו לחו"ל של המשיב בכך שבני משפחתו הקרובים, המשמשים כערבים לו, יהיו מנועים לצאת מן הארץ בעת שהוא יוצא לחו"ל.

27. עם זאת, אני מבקשת להוסיף כי לכאורה המנגנון שעליו הורה בית המשפט המחוזי, המבוסס על כך שבני משפחתו הקרובים של המשיב יהיו מנועים לצאת מן הארץ בעת שהוא יוצא לחו"ל, ואף מבלי לקבוע סייגים באשר למשך הזמן שבו יהיו כפופים למגבלה זו, מעורר קשיים של ממש - הן מלכתחילה, במישור העקרוני, והן בדיעבד, אם יהיה צורך לאכוף מגבלות אלה.

28. למעשה, בחינתם של התנאים המגבילים שנקבעו בהחלטתו של בית המשפט המחוזי באשר ליציאתו של המשיב לחו"ל מובילה למסקנה שאף בית המשפט המחוזי עצמו סבר שאין די בערבויות הכספיות כדי להבטיח את התייצבותו של המשיב למשפטו. על כן, הוא הוסיף עליהן את ההתחייבות בנוגע ליציאה מן הארץ של בני משפחתו. אולם, כאן נשאלת אפוא השאלה: אם לא יחזור המשיב לישראל - האם יהיו בני משפחתו "אסירי ציון" (במובן חדש של מונח זה)?

29. אכן, כריכת יציאתו לחו"ל של ערב בחזרתו של חייב היא פרקטיקה קיימת שנעשה בה שימוש בחלק מן המקרים שבהם מוטל עיכוב יציאה מן הארץ בדין האזרחי. כך למשל במסגרת הליכי הוצאה לפועל (ראו למשל: הנחיות להגשת בקשת חייב לביטול עיכוב יציאה מהארץ (סעד 62) (מעודכן ליום 3.10.2011)). כך גם במסגרת הליכי פשיטת רגל (ראו למשל: פש"ר 27183-11-09 בר און נ' כונס נכסים רשמי מחוז חיפה (13.3.2011)). אולם, אף מבלי לבחון דוגמאות אלה לגופן, בינן לבין המקרה שלפנינו יש הבדלים לא מבוטלים. המרכזי שבהם טמון בתכלית שנועד להשיג עיכוב היציאה שמוטל על האדם שאת צעדיו מנסים להצר. בעוד שבדין האזרחי המטרה היא להבטיח קיומו של תשלום חוב (או אפשרות להיפרע ממי שבינתיים לא הוכרז כחייב), הרי שבדין הפלילי המטרה היא להבטיח את התייצבותו של הנאשם למשפט. בהקשר זה, ובשונה מאשר בתחום האזרחי - תשלום הכסף אינו התכלית, אלא בעצמו הוא אמצעי בלבד (לדיון בהבחנה בין האינטרסים שבגינם ניתן להגביל את זכות היציאה מהארץ, ולאופן עריכת האיזון בין זכות היציאה מן הארץ לבין אינטרסים אלה ראו: יפה זילברשץ "זכות היציאה ממדינה" משפטים כג 69, 90-95 (1994)). הבדל זה בא לידי ביטוי כמובן בעובדה הפשוטה שבהליך האזרחי ניתן לבטל את איסור היציאה מהארץ באמצעות תשלום החוב - ובכך גם לקיים את תכליתו של האיסור. לעומת זאת, בהליך הפלילי אף תשלום חובו של הערב אינו מקיים את התכלית המקורית של האיסור: הבטחת התייצבות למשפט.

30. לכאורה, דומה כי עיכוב יציאה מן הארץ של ערבים בהליך הפלילי במתכונת שעליה הורה בית המשפט המחוזי יתקשה להיחשב אמצעי מידתי. ראשית, בניגוד לדין האזרחי בו קיימת הלימה בין עיכוב יציאתו מן הארץ של הערב לבין התכלית שאותה הוא נועד להשיג, בהליך הפלילי עיכוב היציאה מהארץ יתקשה יותר לעמוד במבחן האמצעי הרציונאלי. כידוע, עיכוב יציאה מן הארץ אינו אמור לשמש למטרת הפעלת לחץ כדי שקרוביו וידידיו של נאשם "יפדו אותו משוביו" (ראו: בג"ץ 219/64 ש'רוזוב, א' רוזוב אדריכלים בע"מ נ' דודא, פ"ד יח(3) 412, 416 (1964); רע"א 4990/98 סדרס נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 588 (2000) (להלן: עניין סדרס)). מקל וחומר שאין להפקיד את חירות התנועה של הערבים בידי של הנאשם. שנית, דומה שעיקוב היציאה מהארץ יתקשה גם לעמוד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. כאשר בוחנים את הנזק שעלול להיגרם לערבים מקום בו יימלט הנאשם מאימת הדין, מתעורר חשש של ממש כי הטלת איסור שימנע את יציאתם מן הארץ עד שישבו הנאשם יגרור פגיעה אנושה בחופש התנועה שלהם, ויהפוך אותם למעין "בני ערובה" של הנאשם. שלישית, ולבסוף, מתעוררים אף ספקות באשר להתקיימותו של מבחן המידתיות במובן הצר. לא למותר להפנות כאן לסעיף 46(א) לחוק המעצרים, אשר קובע כדלקמן: "ציווה שופט לשחרר אדם בערובה או להטיל עליו ערובה, יקבע את סוג הערובה, גובה הערובה, וכן את תנאי הערובה ומשך תוקפם; והכל במידה שאינה

עולה על הנדרש כדי להשיג את מטרות הטלת הערובה".

31. חיזוק נוסף לגישתי אני מוצאת בכך שבמקרים רבים הגבלה על עיכוב יציאה מן הארץ היא מוגבלת בזמן, מתוך הכרה בפגיעה החמורה הכרוכה בה על הזכות לחופש התנועה. הגבלת תוקפו של צו עיכוב יציאה מן הארץ לתקופה של שנה עוגנה כבר בתקנות בתי המשפט (עיכוב יציאה), התשי"ח-1957. בהמשך לכך, הוראה דומה מעוגנת בתקנה 384(ד) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. גם תקנה 22(ד) לתקנות ההוצאה לפועל, התש"ם-1979 קובעת כי צו עיכוב יציאה מן הארץ שניתן במסגרת הליכי הוצאה לפועל נגד חייב יפקע בתום שנה מיום נתינתו, למעט במקרים ספציפיים הקבועים בתקנה זו, ובכפוף לסמכותו של רשם ההוצאה לפועל להאריך את הצו בהתאם לתקנה 22(ה). דוגמה נוספת היא עניין סדרס, שבו קבע בית משפט זה כי יש לקרוא לתוך הוראות חוק מע"מ הגבלה של תקופת צו עיכוב יציאה שניתן מכוחו, על-אף שבחוק עצמו לא קיימת הגבלה כאמור (שם, בעמ' 594). עמדה על כך גם פרופסור יפה זילברשץ במאמרה "עיכוב יציאה מהארץ על-פי צו של בית משפט" מחקרי משפט יב 71 (1995):

"אם בכל זאת ניתן הצו, עליו להיות מוגבל בזמן ונחיצותו חייבת להיבחן מחדש על-ידי בית המשפט בכל פרק זמן סביר, או לבקשת כל אחד מן הצדדים לדיון בכל עת. גורם הזמן הוא מרכיב חשוב במימוש זכות היציאה. ככל שהגבלת היציאה היא לתקופה ארוכה יותר, הפגיעה בזכות היציאה גדולה יותר. ועל כן מראש, צו עיכוב היציאה חייב להיות לפרק זמן קצוב... " (שם, בעמ' 82).

32. הגבלתו של צו עיכוב היציאה בזמן היא חלק מהניסיון להקפיד על כך שזכותו היסודית של המעוכב לא תהא למעלה מן הדרוש (ראו גם: עניין סדרס, בעמ' 594), ומכל מקום לא תשמש כאמצעי לחץ בלבד. הגישה לפיה צו בדבר הגבלה של חופש התנועה מחוץ למדינה ללא הגבלת זמן וללא סייגים אינו מידתי באה לידי ביטוי גם בפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם. ראו למשל: Gochev (41463/02); Foldes and Foldesne Hajlik v. Hungary (2006) (34383/03) (v. Bulgaria (2009)).

33. יישום האמור על ענייננו מצביע על הקושי הטמון לכאורה בתנאי שקבע בית המשפט המחוזי בעניין הגבלת יציאתם של הערבים. כאמור, במקרה שבו יימלט המשיב מאימת הדין, נראה לכאורה כי לא ניתן יהיה להשאיר את המשיבים כ"בני ערובה" לתקופה בלתי קצובה עד שישוב. כשם שנדרש למעט ככל האפשר בפגיעה בזכותו החוקתית של נאשם לצאת את הארץ, הרי שמקל וחומר, יש להקפיד אף על השמירה על זכותו החוקתית של מי שלא הואשם בפלילים ורק מסר את ערבותו בהליך. אם כן, מעבר לעצם הפגיעה בזכויות הערבים, קיים ספק האם קביעה מראש לפיה ערב לא יוכל לצאת מן הארץ עד לשובו של הנאשם היא אפקטיבית - בשים לב לכך שלאורך זמן לא ניתן יהיה למנוע מהערבים לצאת את הארץ גם אם המשיב יימלט, תוך הנחה שעיכובם לא ימלא אחר התכלית המקורית שלשמה הוא נועד, היינו הבטחת התייצבותו של המשיב למשפטו.

34. לסיכום, אני נוטה לסבור, כי קביעת תנאי בגדרי ההליך הפלילי לפיו ערב לא יוכל לצאת מן הארץ עד לשובו של הנאשם ארצה וללא מגבלת זמן אינה מידתית ועל כן ספק אם היא אפקטיבית.

35. במסגרת הנוכחית, אין צורך לבחון את מכלול השאלות הנלוות שעשויות להתעורר, בין השאר בכל הנוגע לאפשרות של קשירה מסוימת בין יציאתו של נאשם לחו"ל לבין איסור יציאה מן הארץ של ערב למשך תקופה תחומה ומדודה. כך למשל, ייתכן שיותר לאשת עסקים המואשמת בפלילים לצאת לחו"ל לנסיעה קצרה לצורך עסקיה, וכתנאי

לכך ייאסר על בן זוגה, הערב לה, לצאת לחו"ל עד לתאריך חזרתה המיועד של הנאשמת, וזאת מחשש כי אם ייסעו יחד היא עלולה להעתיק את מרכז חייה לחו"ל. אולם, במקרה שבו הנאשמת לא תחזור, לא יהפוך בן הזוג ל"אסיר ציון", אלא יהיה עליו לממש את ערבותו הכספית. עיכוב יציאתו של הערב כאמצעי לחץ העומד בפני עצמו לא יוכל לסכון – אף לא לתקופה מוגבלת. אכן, ייתכן כי בשלב זה יתבקש צו איסור יציאה מן הארץ בהתייחס לערב על מנת להבטיח את תשלום הערבות, אולם אז, בשונה מן ההסדר שעליו הורה בית המשפט המחוזי, יצטרך בית המשפט לבחון את מכלול נסיבות העניין ולהחליט אם נקיטת אמצעי זה היא ראויה. ההבדל של מצב דברים כזה לבין ההסדר שנקבע בידי בית המשפט המחוזי בענייננו הוא משמעותי – ככל שיתבקש צו שיאסור על הערב לצאת מן הארץ גם לאחר שהתברר כי הנאשמת לא חזרה הוא יהיה נתון לשיקול בית המשפט ולא יהיה "אוטומטי", ומכל מקום מטרתו תהיה הבטחת תשלום הערבות עליה התחייב הערב ולא הבטחת שובה של הנאשמת לארץ – מטרה שחרף חשיבותה הרבה החזקתו של הערב בישראל באופן קבוע אינה יכולה להוות אמצעי ראוי למימושה. מכל מקום, הסדר כזה לא נידון בפני וממילא אין לי צורך להכריע בו.

36. למותר לציין כי בהסכמה גורפת של הערבים לתנאי שלפיו הם יהיו מנועים לצאת את הארץ כל עוד המשיב שוהה בחו"ל אין כדי "להכשיר" תנאי כזה, מאחר שאין בכוחה של הסכמה לרפא פגיעה לא מידתית בזכויות יסוד (לדעות השונות בנוגע לשאלת ההסכמה כמקור סמכות לפגיעה בזכויות במסגרת סדר הדין הפלילי, ראו: רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (6.3.2012)). יצוין כי במקרה זה אף הנשיאה (בדימ' ד' ביניש, שהכירה באפשרות של עריכת חיפוש באדם מכוח הסכמתו הדגישה כי מדובר היה ב"פגיעה קלה יחסית בזכות" (שם, בפסקה 25), מה שאין כן בענייננו). לכך ניתן להוסיף כי מן הפרספקטיבה של דיני החוזים תיחשב הסכמה כזו לנוגדת את תקנת הציבור (ראו והשוו: בש"פ 3739/93 אל-נבארי נ' מדינת ישראל (25.8.1993)). כן ראו: עופר גרוסקופף "חוזה פסול" חוזים כרך ג 568, 473 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003)).

37. על כל זאת חשוב להוסיף את המובן מאליו – כאשר ערב מתחייב לתנאי מסוים, יש להבטיח כי הובהרו לו התנאים להם התחייב. אין לכחד כי במקרה הנוכחי מתעורר ספק האם הערבים לחזרתו של המשיב הבינו את משמעותה והיקפה של התחייבותם שלא לצאת מן הארץ, התחייבות שלא הופיעה במפורש בכתבי הערבות עליהם חתמו.

38. אשר על כן, הערר מתקבל במובן זה שייאסר על המשיב לצאת מן הארץ, בכפוף לכל החלטה שיפוטית אחרת. ככל שטרם עשה כן, המשיב יפקיד לאלתר את דרכו במזכירות בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו. כאמור, אין בכך כדי למנוע מן המשיב להגיש לבית המשפט המחוזי בקשות פרטניות ליציאה לחו"ל.

ניתנה היום, ב' באלול התשע"ד (28.8.2014).

ש ו פ ט ת