

## בש"פ 6410/17 - א ס נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 6410/17

לפני: המבקש:  
כבוד השופטת ע' ברון  
א ס

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשת רשות ערר על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מיום 9.7.2017 ב-עמ"ת 44961-05-17 (כבוד השופט ע' קובו)

בשם המבקש: עו"ד איתן און  
בשם המשיבה: עו"ד ארז בן-ארויה

### החלטה

1. בקשת רשות ערר על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מיום 9.7.2017 ב-עמ"ת 44961-05-17 (השופט ע' קובו) שבגדרה דחה בית המשפט המחוזי את ערר המבקש על החלטת בית משפט השלום בפתח תקוה (השופטת א' כריף) ולפיה המבקש יהיה נתון במעצר עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו.

רקע

2. ביום 15.3.2017 נעצר המבקש בגין חשד לעבירות סמים מרובות ובגין חשד לבעילה אסורה בהסכמה; וביום

עמוד 1

4.4.2017 הוגש נגד המבקש כתב אישום הכולל 14 אישומים: בגין סחר בסם מסוכן (ריבוי עבירות) וכן ייבוא סם מסוכן (לפי סעיף 13 בצירוף 19א לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: הפקודה)), ייצור והכנת סם מסוכן (לפי סעיף 6 לפקודה), החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית (לפי סעיף 7(א) בצירוף סעיף 7(ג) רישא לפקודה) וכן עבירה של בעילה אסורה בהסכמה (לפי סעיף 346(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)).

על פי עובדות כתב האישום, במהלך כשנתיים וחצי, בין חודש אוגוסט 2014 לבין חודש מרץ 2017, עסק המבקש במכירת סמים מסוכנים. במסגרת זו מכר מנות סם רבות ובתדירות רבה ל-10 אנשים שונים; וכן ייבא סם מחו"ל ואף ייצר והכין מנות סם. נוסף על אלה, בתקופה שבין חודש דצמבר 2016 ועד לחודש מרץ 2017 ביצע המבקש בעילה אסורה בהסכמה בקטינה, ילידת 2002, בארבע הזדמנויות שונות. עוד צוין בכתב האישום כי במהלך חודש אוקטובר 2016 פנה המבקש לחברו בבקשה שהלה ישמור בחזקתו כסף בכספת שהביא עימו המבקש, ואף ביקש מן החבר להסתיר את הכספת בארגז מתחת למיטה. בתמורה שילם לחבר 300 ₪ לשבוע, כאשר מידי שבוע פקד את ביתו של החבר והפקיד בכספת מזומנים שקיבל בתמורה למכירת הסם. עד למעצרו הסתיר המבקש בכספת סכום של 616,750 ₪.

בית משפט השלום

3. בד בבד עם הגשת כתב האישום הוגשה בקשה למעצרו של המבקש עד תום ההליכים. המבקש לא חלק על קיומן של ראיות לכאורה בעניינו, וממילא גם לא על קיומה של עילת מעצר, כאשר עבירות הסחר בסמים מקימות חזקת מסוכנות סטטוטורית. טיעונו התמקד בשאלת שחרורו לחלופת מעצר. טרם שיכריע בעניין, הורה בית המשפט על עריכת תסקיר שירות מבחן בעניינו של המבקש.

בתסקיר מיום 4.5.2017, פורטו נסיבות חייו של המבקש. צוין כי הוא מתקשה להתנהל ביציבות ולהסתגל למסגרות החיים השונות, בין היתר כיוון שלדבריו אובחן בעבר כלוקה בפיגור שכלי קל; וכן מסר המבקש כי הוא סובל מקשיים נפשיים שבגינם הוא מצוי במעקב רפואי ואף מטופל תרופתית. עוד צוין כי התייחסותו ועמדותיו של המבקש ילדותיות וכי הוא נוטה להיגרר אחר אחרים ומתקשה בבקרה עצמית בהקשרים שונים. על פי התסקיר בשנים האחרונות חלה הדרדרות בתפקודו של המבקש, שהובילה לחיפוש קבוצת שייכות ותחושות כוח ושליטה שאותן מצא בחברה שולית ובעולם הסמים. נאמר כי הסנקציה הננקטת כלפי המבקש נחוות על ידו באופן קשה ומהווה אמצעי מרתיע ומפחית סיכון.

בהמשך נבחנו בתסקיר חלופות המעצר שהציע המבקש. נמצא כי החלופות טובות וכי המפקחים שנבחנו יוכלו לספק פיקוח יעיל ומפחית סיכון, ובכלל זה ללוות את המבקש בצרכיו המשפטיים והטיפוליים. לסיכום, שירות המבחן המליץ לשחרר את המבקש לחלופת מעצר בבית אחיו הבכור וגיסתו, שם יוכלו גם שני אחיו הצעירים של המבקש לסייע בפיקוח; וכן והומלץ להטיל עליו צו פיקוח למשך 6 חודשים שמסגרתו יבחן שירות המבחן אפשרויות טיפוליות המותאמות למאפייניו של המבקש.

4. לאחר שהתסקיר האמור הונח על שולחנו של בית משפט השלום, בהחלטתו מיום 7.5.2017 הורה בית המשפט על תסקיר משלים שיבחן אפשרות מעצרו של המבקש בפיקוח אלקטרוני, וכן על בדיקת היתכנות המעצר בפיקוח

אלקטרוני בחלופה המוצעת. עם זאת ציין בית המשפט כי הוא מורה כן "מבלי לטעת ציפיות או לקבוע מסמרות". ביום 11.5.2017 הוגש התסקיר המשלים וצוין בו כי המבקש מתאים למעצר בפיקוח אלקטרוני, אך רמת המסוכנות הנשקפת מהמבקש לא מצריכה זאת; על כן חזר שירות המבחן על המלצתו לשחרור המבקש לחלופת מעצר. יצוין כי ניתן גם אישור בדבר היתכנות המעצר בפיקוח אלקטרוני.

5. ביום 16.5.2017, ועל אף התסקירים החיוביים, הורה בית משפט השלום על מעצרו של המבקש עד לתום ההליכים; וזאת מן הטעם שהגם שהמפקחים המוצעים נמצאו ראויים, התקשה בית המשפט ליתן אמון במבקש עצמו. בית המשפט קבע כי מעובדות כתב האישים עולה פעילות רחבת היקף בתחום הסחר בסמים, דבר המצביע על היותו של המבקש נטוע בעולם הסמים. הודגש כי ההלכה הנוהגת היא כי מי שמעורב בעבירות סחר בסמים, לא ישוחרר לחלופת מעצר אלא במקרים חריגים; וכי בעבירות מסוג זה גם מעצר בפיקוח אלקטרוני לא יתאפשר אלא בהתקיים "טעמים מיוחדים שיירשמו", כאמור בסעיף 22 ב(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המעצרים"); וטעמים כאלה אינם מתקיימים בענייננו.

בית המשפט המחוזי

6. על החלטת בית משפט השלום מיום 16.5.2017 הגיש המבקש ערר לבית המשפט המחוזי. בדיון שהתקיים ביום 7.6.2017, ולאחר שנשמעו טענות הצדדים, הורה בית המשפט המחוזי על דחיית הדיון עד לאחר הגשת חוות הדעת הפסיכיאטרית שנתבקשה בתיק העיקרי.

חוות הדעת הפסיכיאטרית הוגשה ביום 13.6.2017. צוין בה כי הבודקים נתקלו בחוסר שיתוף פעולה מוחלט מצדו של המבקש; זיהו מגמתיות בתשובותיו; וכן הפרזה מלאכותית ומכוונת של סימפטומים של בעיה רפואית. בסיכום חוות הדעת צוין כי המבקש לא לקה ואינו לוקה במחלת נפש, וכי אין קשר בין ביצוע המעשים המיוחסים לו להפרעה פסיכיאטרית כלשהי; כי ניסיונות הנבדק להחמיר את מצבו הקוגניטיבי דרך הפגנה קיצונית של אי הבנה מוחלטת של עניינים אלמנטריים ובסיסיים, לא עולה אפילו עם אבחנה של פיגור שכלי קל המופיעה בתיקו הרפואי של המבקש; וכי אין קשר בין מעשים מתוחכמים כגון סחר בסמים לבין לקות קוגניטיבית. כן נקבע כי בהיעדר סימפטומים פסיכיאטריים קליניים אין מקום לאשפוז והתערבות פסיכיאטרית.

7. לאחר שחוות הדעת הפסיכיאטרית הונחה על שולחנו של בית המשפט המחוזי והתקיים דיון במעמד הצדדים, ביום 9.7.2017 ניתנה החלטתו הדוחה את הערר על החלטת בית משפט השלום שהורה על מעצרו של המבקש עד תום ההליכים המשפטיים נגדו. בהחלטתו הפנה בית המשפט המחוזי להמלצת שירות המבחן שניזונה מתיאורו של המבקש את מצבו הקוגניטיבי והנפשי; ובתוך כך ציין בית המשפט כי "לקות נפשית או קוגניטיבית משמעותית עשויה לעלות כדי 'טעמים מיוחדים' לפי סעיף 22 ב(ב) לחוק המעצרים. ואולם לנוכח האמור בחוות הדעת הפסיכיאטרית, שעלה ממנה כי התנהגותו של המבקש אינה תואמת את שמסר לשירות המבחן, קבע בית המשפט המחוזי כי לא מתקיימים בעניינו של המבקש 'טעמים מיוחדים' שרק בהתקיימם ניתן להסתפק במעצר בפיקוח אלקטרוני. בית המשפט המחוזי הוסיף וציין כי חוות הדעת הפסיכיאטרית, ובתוך כך התרשמותו של הבודק מהתנהלותו המגמתית ולא אותנטית של המבקש לאורך הבדיקה, גורעות ממסקנות תסקיר שירות המבחן. נאמר כי דברים אלה מעמידים את התסקיר באור שונה, וכי יש בהם כדי לחזק את מסקנת בית משפט השלום כי אין ליתן אמון במבקש עצמו. בשולי הדברים ציין בית המשפט המחוזי כי כיוון שבערר עסקין "מקום שאין הכף נוטה באופן ברור לכאן או לכאן, נחוץ 'טעם של ממש כדי לבטל את ההחלטה'", וכי

בענייננו לא מצא בית המשפט המחוזי שגיאה בהחלטת בית משפט השלום. לבסוף צוין בהחלטה כי על אף דחיית הערר בשלב הנוכחי, ככל שתתקבל חוות דעת קוגניטיבית לפי חוק הסעד (טיפול באנשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית), התשכ"ט-1969, שתצביע על מוגבלות שכלית ברמה שתצדיק בקשה לעיון חוזר, יוכל המבקש להגיש בקשה מתאימה לבית המשפט.

החלטתו של בית המשפט המחוזי היא כאמור נושא הערר שלפניי.

טיעוני הצדדים

8. לטענת המבקש שגה בית המשפט המחוזי בעת שסמך את החלטתו על חוות הדעת הפסיכיאטרית. לשיטתו, חוות הדעת הייתה מגמתית ולא אמינה ואין בה כדי לשנות מתיקו הרפואי של המבקש המייחס לו פיגור שכלי קל; מן המצוקה הנפשית שבה נתון המבקש; וכן מהמלצות שירות המבחן שניתנו בענייננו. לטענת המבקש, נסיבותיו המיוחדות מצדיקות את שחרורו למעצר בפיקוח אלקטרוני.

9. נוסף על האמור טוען המבקש כי בענייננו קיימת שאלה משפטית בעלת חשיבות עקרונית החורגת מעניינם של הצדדים. לטענת המבקש ישנן בפסיקה שתי הלכות הסותרות הן את עצמן והן את החוק. האחת היא ההלכה המעוגנת בחקיקה בסעיף 21 (ב) (1) לחוק המעצרים, והיא כי לא יעצר אדם אם ניתן לממש את תכלית המעצר בדרך שפגיעתה בחירותו פחותה. השנייה, היא ההלכה שעליה לטענת המבקש נסמך בית המשפט המחוזי כדי להצדיק את המעצר בענייננו, ולפיה לאחר שערכאת הערר בוחנת את הערר, ואם אין הכף נוטה באופן ברור למעצרו של הנאשם או לשחרורו, נדרש טעם של ממש כדי לשנות את החלטת בית המשפט שעליו עוררים. לשיטת המבקש סתירה זו מתחזקת שעה שעל פי הלכות בית משפט זה, על הערכאה שדנה בערר לדון בנושא De Novo; קרי, לדון בו "מחדש", כאילו הייתה ערכאה ראשונה. לשיטת המבקש, נדרש לקבוע באופן ברור כי בעת שישנן שתי חלופות אפשריות ואין הכף נוטה באופן ברור לשחרור או למעצר, יש להורות על שחרורו של הנאשם משזו החלופה הפוגענית פחות.

9. מנגד, לעמדת המשיבה ענייננו של המבקש אינו עומד בקריטריונים שנקבעו בפסיקה למתן רשות ערר. לשיטתה, נסיבותיו הפרטניות של המבקש נדונו בשתי ערכאות שונות שהגיעו למסקנה זהה, והיא כי נסיבות אלה אינן מצדיקות שחרור לחלופת מעצר – מסקנה הנתמכת גם בחוות הדעת הפסיכיאטרית שעמדה לפני בית המשפט המחוזי בהחלטתו. לעניין טענתו של העורר כי אין להשלים עם ההלכה לפיה במקרה שאין הכף נוטה לכאן או לכאן נדרש טעם של ממש על מנת לסטות מההחלטה נושא הערר – הרי שהלכה זו נזכרה רק בשולי דבריו של בית המשפט המחוזי, ולאחר שבית המשפט המחוזי בחן את הדברים באופן עצמאי; ומשעשה כן היה תמים דעים עם ההחלטה שיצאה מלפני בית משפט השלום.

דיון והכרעה

10. לאחר שעיניתי בבקשת רשות הערר על צרופותיה ובתגובה לה, הגעתי למסקנה כי דינה של הבקשה להידחות.

מדובר בערר ב"גלגול שלישי", ובבקשות מעין אלו נוהגת אמת מידה מצמצמת הדומה במהותה לזו שהותוותה ב- ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982)). על פי אמת מידה מצמצמת זו, רשות לערור תינתן רק במקרים חריגים שבהם מתעוררת שאלה משפטית בעלת חשיבות עקרונית, החורגת מעניינם של הצדדים להליך, או במקרים שבהם מתקיימות נסיבות פרטניות חריגות ומיוחדות המצדיקות זאת, כגון פגיעה לא מידתית בזכויות הנאשם או אי מתן משקל ראוי לשלום הציבור ולביטחונו (ראו למשל: □אבו ג'אמע נ' מדינת ישראל (27.7.2015); □מדינת ישראל נ' פלוני (22.2.2013); □גמאל אל ג'ניני נ' מדינת ישראל (22.3.2012); □ג'ריס נ' ג'ריס (17.5.2011)). בא-כוח העורר ניסה אמנם לשוות נופך עקרוני לבקשת רשות הערר. כך, משטען לקיומה של סתירה שיש להכריע בה, בין הוראת סעיף 21(ב)(1) לחוק המעצרים וההלכה מכוחו המורה על מעצרו של נאשם רק מקום שלא ניתן להשיג את מטרת המעצר באמצעים פוגעניים פחות, לבין ההלכה שלפיה במקרה שהכף אינה נוטה באופן ברור לשחרור או למעצר, אזי בהיעדר טעם של ממש ערכאת ערעור לא תסטה מהחלטת בית משפט קמא שהורה על מעצר. ואולם בחינה של בקשת הערר מגלה כי למעשה הבקשה אינה חורגת מענייני הפרטני של המבקש, וכי אין בטענות שהעלה משום נסיבות חריגות המצדיקות להיעתר לה ב"גלגול שלישי". די בטעם זה כדי לדחות את הבקשה, ועם זאת אוסיף מספר הערות לגופו של עניין.

11. בהתייחס לנסיבותיו הפרטניות של המבקש כמתואר בבקשה, אלה כולן היו פרושות לפני בית המשפט המחוזי ונלקחו על ידו בחשבון; ועל פניו לא נפל פגם, לא כל שכן פגם מהותי, בהחלטתו. חוות הדעת הפסיכיאטרית הצביעה על קשיים ממשיים ליתן אמון במבקש, משזה ניסה לכל הפחות להקצין את תסמיניו, ככל הנראה על מנת לזכות ברווח משני; וייתכן כי ולא מצאתי יסוד לטענותיו של המבקש בדבר מגמתיות הבדיקה או ביחס לאמינותה. יתרה מכך, יש לזכור כי עניינינו בעבירות חמורות, שבוצעו כנטען בתדירות גבוהה ולאורך זמן, הכוללות סחר ייבוא וייצור סמים ומקימות חזקת מסוכנות סטוטורית. יוסף לכך כי לחובתו של המבקש שלוש הרשעות קודמות, לרבות בגין הפרת הוראה חוקית; והמעשים המיוחסים לו בוצעו בזמן שתלויים נגדו שני כתבי אישום אחרים בגין עבירות סמים. כל זאת, בצירוף חוות הדעת הפסיכיאטרית שאך חיזקה את התרשמות בית משפט השלום שלפיה לא ניתן לתת אמון במבקש, הובילו את בית המשפט המחוזי להחלטתו ואין יסוד וצידוק לשנות ממנה. עם זאת, ועל אף האמור, בית המשפט המחוזי לא סתם את הגולל והותיר פתח לבקשה לעיון חוזר בהחלטתו, ככל שתתקבל חוות דעת המצביעה על מוגבלות שכלית ברמה שתצדיק זאת.

12. נוסף על כן, טוען המבקש כאמור כי ההלכה - שלפיה מקום שבו ערכאת הערעור מוצאת כי הכף אינה נוטה בבירור למעצר או לשחרור לחלופה, יש להצביע על טעם של ממש כדי לסטות מהחלטת הערכאה שדנה בבקשה לראשונה - עומדת בסתירה לחוק ולהלכה אחרת של בית משפט זה, ומשכך עניינו מעלה שאלה משפטית עקרונית החורגת מעניינם של הצדדים ומצדיק לכן מתן רשות ערר. גם טענה זו אין בה כדי להועיל למבקש; וזאת מן הטעם שהחלטה נושא הבקשה אינה נסמכת על ההלכה שעליה הוא מלין, ולא ניתן לה משקל של ממש. למעשה, בית המשפט המחוזי הבהיר כי איזכור ההלכה נעשה רק בשולי הדברים, וזאת לאחר ששטח את נימוקיו לדחיית הערר לגופו. מכאן שלסוגיה שלשיטת המבקש היא בעלת חשיבות עקרונית, לא נודעה כלל השפעה על המסקנה והתוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי.

13. יוער עם זאת כי אף לגופו של עניין אין ממש בטענותיו של המבקש לעניין ההלכות הסותרות, כביכול. הדברים אמורים בכך שההלכות שהמבקש טוען כי סותרות המה, למעשה אינן סותרות כלל ועיקר כי אם משלימות זו את זו - שכן הן אינן חלות על אותם מצבים. סעיף 21(ב)(1) לחוק המעצרים קובע כי נאשם ייעצר עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו רק במקרה ש"לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של

הנאשם פחותה". במובן זה, הצדק עם המבקש כי במקרים שבהם ניתן להשיג את תכליות המעצר באמצעות חלופה פוגענית פחות, שומה על בית המשפט לנקוט בחלופה כזו כמצוות המחוקק. עם זאת, מטבע הדברים ישנם מצבים שבהם נראה כי כפות המאזניים מעוינות ואין הכף נוטה באופן ברור למעצרו של הנאשם או לשחרורו לחלופה, כגון מקרים שבהם קיים חוסר ודאות בנוגע לשאלה אם חלופת מעצר יכול שיהא בה משום מענה הולם למסוכנותו של נאשם; והדברים אמורים אף במעצר בפיקוח אלקטרוני. במקרים מעין אלה, יש מקום ורציונל להלכה שלפיה יידרש טעם של ממש כדי לסטות מהחלטת בית המשפט שדן בנושא לראשונה; וזאת בלא לגרוע מכך שבית המשפט היושב בערר יידרש לסוגיית המעצר באופן עצמאי. למעשה, המבקש גוזר גזירה שווה בין מקרה שבו ברור על פניו כי חלופת מעצר יש בה כדי ליתן מענה מספק לתכליות המעצר; לבין מקרים שבהם הכף אינה נוטה באופן מובהק למעצר או לשחרור לחלופה, ומשמע שבאותם מקרים לא ניתן לקבוע כי ניתן להשיג את תכלית המעצר על דרך של חלופה. אלה כאמור מצבים שונים וההתייחסות בהתאם.

14. סוף דבר, מכל האמור לעיל, הבקשה למתן רשות ערר נדחית.

ניתנה היום, ח' באלול התשע"ז (30.8.2017).

שׁוֹפֵט

---