



מ"ת 9528/03/21 - מדינת ישראל נגד יניב ברוך לוי

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

בפני כבוד השופט נסר אבו טהה

25 מאי 2021
מ"ת 9528-03-21

המבקשת

מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד נתנאל סאלי אביטל

נגד
המשיב

יניב ברוך לוי
ע"י ב"כ עו"ד שני מורן

החלטה ביחס למשיב 1

1. בתאריך 04.03.2021, הוגש כנגד המשיב ונאשם 2 כתב אישום המייחס להם לכאורה עבירות של ייצור, הכנה והפקה של סמים, החזקת סם שלא לצריכה עצמית בניגוד לפקודת הסמים המסוכנים מסוג פשע, לצד בקשה למעצרים עד תום ההליכים.

2. על פי עובדות כתב האישום, עובר ליום 18.02.2021, קשרו המשיב ונאשם 2 קשר לבצע פשע - גידול סם מסוג קנבוס בכמות מסחרית (להלן: "הקשר" ו"הסם"). במסגרת הקשר ולשם קידומו ביום 15.10.2020 שכר המשיב בית קרקע בן שישה חדרים במושב אשבול (להלן: "הבית"). לאחר מכן, במסגרת הקשר, הצטיידו המשיב ונאשם 2 בצידוד לצורך גידול הסם, בין היתר הצטיידו באמצעי תאורה, מיזוג, השקיה, חומרי דישון, אדניות ועוד (להלן: "הצידוד"). המשיב ונאשם 2 התקינו את הצידוד הדרוש לגידול הסם בחדרים של הבית.

לאחר יום 15.10.2020, שתלו המשיב ונאשם 2 בשלושה חדרים של הבית כ-183 שתילים של סם במשקל כולל של **55.22 ק"ג** בתוך אדניות ודאגו לטפל בשתילים כנדרש. המשיב ונאשם 2 החזיקו בנוסף גם בתפוזת סם במשקל של **4.64 ק"ג** (להלן: "החדר").

בנוסף לכך, במועד הנ"ל, בחדר נוסף בבית, החזיקו המשיב ונאשם 2 בסם שהונח לייבוש במשקל כולל של **14.20 ק"ג**. ביום 18.02.2021, בסמוך לשעה 23:30, שהו המשיב ונאשם 2 בחדר וטיפלו בשתילי סם קטופים ובוצע מעצרים.

3. בתאריך 25.03.2021, ובהעדר מחלוקת בדבר קיומן של ראיות לכאורה ועילת מעצר, נעתר בית המשפט לבקשת המאשימה, להורות על מעצרים עד תום ההליכים, מבלי הפניתם לקבלת תסקירי מעצר מאת שרות המבחן, שכן לא הובאו בעניינם נסיבות חריגות או מיוחדות, כנדרש על פי המבחנים

שהותו בפסיקה בעבירות נשוא כתב האישום (ראה החלטה מפורטת מיום 25.03.2021).

4. בתאריך 08.04.2021, ערר המשיב כנגד ההחלטה בדבר מעצרו עד תום ההליכים לבית המשפט העליון, שנידון בפני **כב' השופט ע. גרוסקופף**, במסגרת **בש"פ 2166/21**, שם נקבע, בין היתר:

"את עמדתי העקרונית ביחס לשאלת מעצרו עד תום ההליכים של נאשמים בעבירות הנוגעות לייצור מסחרי של סמים מסוכנים מסוג קנאביס הבעתי בבש"פ 8640/20 אבו קרינאת נ' מדינת ישראל (23.12.2020) (להלן: "עניין אבו קרינאת") ולא אחזור עליה.

אכן, כפי שציינתי באותו עניין, נראה כי קיימות גישות שונות בעניין זה בפסיקת בית המשפט העליון. ואולם, די בעובדה זו שלפי זרם אחד בפסיקה קיימת אפשרות לשחרר לחלופת מעצר בנסיבות מתאימות, על מנת ללמד כי קבלת תסקיר שירות המבחן איננה חסרת תוחלת, ובכך להצדיק שליחה לתסקיר בטרם קבלת החלטה על מעצר עד תום ההליכים.

לפיכך, הריני לקבל את הערר במובן זה שהחלטתו של בית המשפט קמא בדבר מעצר עד תום ההליכים תבוטל.

שירות המבחן מתבקש להכין תסקיר מעצר בעניין של העורר... יקיים בית המשפט קמא דיון נוסף בבקשה למעצר עד תום ההליכים, תוך שייתן דעתו לאמור בעניין אבו קרינאת... " (הדגשה שלי, לא במקור)

5. תסקיר כאמור התקבל, וממנו עולה, כי המשיב בן 46, נשוי ואב ל-3 ילדים, סיים 12 שנות לימוד, שירת שירות צבאי מלא, נעדר עבר פלילי. עובר למעצרו התגורר במושב שדה צבי.

לדבריו, בשל התפשטות נגיף הקורונה, חנות הבגדים אותה ניהלה אשתו, לא תפקדה, ובשל כך נקלעו לחובות, ובעקבות כך, החל ללוות כסף מ"השוק האפור". עוד לדבריו, מעולם לא התנסה בסמים. באשר לשותף לכתב האישום - מסר, כי הכירו כחצי שנה טרם מעצרו במסגרת נטילת הלוואות מ"השוק האפור".

הערכת סיכון - לצד כוחותיו החיוביים, ניתן להבחין בגורמי סיכון. התרשמות מאדם אשר במצבי משבר ודחק כלכלי, מתקשה להיעזר בגורמי התמיכה שבסביבתו ובחר לפנות ל"שוק האפור", לצורך מציאת פתרון מהיר למצוקתו הכלכלית. במצבים אלו, עלול להיגרר ולהתקשות לעמוד בפיתויים. נוטה להציג עצמו באופן חיובי, תוך הדגשת חלקיו המתפקדים.

שרות המבחן מציין, כי התרשם מפער בין אופן תיאורו את עצמו, לבין אופן תפקודו בפועל ומעורבותו הנוכחית בפלילים. עוד להערכתם, למשיב קשרים חברתיים שוליים, אך התקשה לשתף בהם - **קיים סיכון למעורבות חוזרת בתחום הסמים.**

הערכת הצורך בטיפול - המשיב התקשה לבחון את הצורך בשילובו בהליך טיפול ואת הכשלים בהתנהגותו. אולם, לאחר ששרות המבחן העריך, כי הוא זקוק לשילוב בהליך טיפולי, אשר יסייע לו לבחון את דפוסי המכשילים, מסר, כי יהיה מוכן להשתלב בהליך טיפולי.

חלופת המעצר שנבחנה - בדמות מעצר בית מלא בבית הוריו בבאר-שבע ובפיקוחם (אמו בת 68, אביו בן 73) (להלן: "החלופה" ו"המפקחים").

שרות המבחן התרשם שהוריו מגויסים לסייע לו ויש ביכולתם להוות עבורו דמויות סמכותיות ומצבות גבולות עבורו. עוד התרשם השרות, כי חוויית המעצר מהווה עבורו גורם מרתיע.

לסיכום - שרות המבחן ממליץ על שחרורו של המשיב לחלופת המעצר המוצעת, בפיקוחם של הוריו, לצד הטלת צו פיקוח מעצרים, במסגרתו ישולב בקבוצה טיפולית התואמת את צרכיו, לרבות ביצוע בדיקות שתן מעקביות.

6. **ב"כ המשיב** עתרה להורות על שחרורו של המשיב לחלופת המעצר שנבחנה והומלצה במסגרת תסקיר המעצר, וביתר שאת, בשים לב לסיפא של הוראת בית המשפט העליון ("בית משפט קמא ייתן דעתו לאמור בעניין אבו קרינאת").

בהקשר זה נטען, כי בבש"פ 8640/20, **אבו קרינאת נ' מדינת ישראל**, נקבע על ידי כב' השופט ע. גרוסקופף

על פי הגישה "המאבחנת", בעבירות הנוגעות לייצור והפקה של סמים מסוג קנבוס, הכלל הוא כי ניתן להעביר את הנאשם למעצר בפיקוח אלקטרוני או למעצר בית חלף החלטה על מעצר מאחורי סורג ובריח עד תום ההליכים המשפטיים, וזאת אף במקרים בהם מדובר בנאשם מבוגר שהוא המבצע העיקרי של העבירה, ואף במקרים בהם נתפסו בחזקתו כמויות משמעותיות של שתילי קנביס וסם שהופק מהם, המעידות על פעילות בעלת גוון מסחרי מובהק. זאת, בייחוד כאשר יש התרשמות חיובית של שרות המבחן מהנאשם ומחלופת המעצר שהוצעה.

משכך הם פני הדברים בעניינו של המשיב, היינו, המשיב נעדר עבר פלילי, התקבל תסקיר חיובי אשר המליץ על החלופה שנבחנה כחלופה הולמת, מה גם, מדובר בחלופה שמרחיקה אותו מסביבתו הטבעית, וכוללת פיקוח מלא ומתמיד של ערבים שהותירו רושם חיובי בפני שרות המבחן, שכן ביכולתם להוות עבורו דמויות סמכותיות ומצבות גבול.

על רקע האמור לעיל, עתרה הסנגורית ליישם את הכלל שנקבע בבש"פ 8640/20 גם בעניינו של המשיב דנן.

7. **ב"כ המבקשת** מנגד, עתר לדחות את המלצת שרות המבחן ולהותיר את המשיב במעצר עד תום

ההליכים, וזאת מהטעמים הבאים:

ראשית - נטען, כי נקודת המוצא בעבירות נשוא כתב האישום, היא, כי העבירות מקימות חזקת מסוכנות סטטוטורית מכוח סעיף 21(א)(1)(ג)(3) לחוק סדר הדין הפלילי, שלא בנקל ניתן לאיינה באמצעות חלופת מעצר או במעצר בדרך של פיקוח אלקטרוני.

בהקשר זה, לענייננו, נטען, כי המשיב ושותפו לכתב האישום, גידלו והחזיקו שלא לצריכה עצמית, כמות גדולה יחסית (74 ק"ג סם מסוג קנבוס). מדובר בגידול שיטתי ומאורגן של סם בכמות מסחרית, תוך השקעה כספית משמעותית במעבדה מאובזרת.

עוד בהקשר זה נטען, כי גם על פי הפסיקה המצדדת בנאשמים דומיננטיים הנמצאים **במעגל הראשון**, לבין נאשמים הנמצאים **במעגל השני** והנמשכים אחרי הגורמים העיקריים. עניינו של המשיב לא נמנה על המעגל השני, בשים לב למידת מעורבותו העמוקה, שכן על פי חומר הראיות, לצורך גידול הסמים, שכר בית בתמורה לתשלום חודשי על סך 4,800 ₪ (שילם שלושה חודשים מראש על פי חוזה השכירות), דאג לרכוש את כל חומרי הגלם כדי להקים את מערך הגידול בעצמו (התקנת מזגנים, צינורות השקיה, מאווררים, חומרי דישון, אדניות, ביצוע עבודות חשמל, השגחה וטיפול מתמיד בשתילים עד קטיפתם).

עוד בהקשר זה, הפנה ב"כ המבקשת למקרה דומה שנידון לאחרונה בבית המשפט העליון, בפני **כב' השופט נ. הנדל, בבש"פ 1700/21**, פסקה 2 - שם **התקבל ערר** המדינה כנגד נאשם שהועבר ממעצר מאחורי סורג ובריא - למעצר באזוק אלקטרוני.

בית המשפט העליון ביטל את המעצר באזוק אלקטרוני והורה על מעצרו עד תום ההליכים, תוך ציון הדברים הבאים:

("אין להתעלם מהמאמצים שביצע המשיב, לכאורה, לצורך הגשמת תכניתו העבריינית. בהם השכרת דירה והקמת מעבדה לצורך גידול הסם... השקיע השקעה כספית ניכרת הכוללת תשלום דמי שכירות..." (החלטה מיום 14.03.2021). קל וחומר בענייננו, שרות המבחן ממליץ על מעצר בית.

עוד בהקשר זה נטען, כי הכלל שהתווה בית המשפט העליון, תקף אף בעניינם של נאשמים צעירים נעדרי עבר פלילי, לצד תסקיר חיובי (ראה בש"פ 4457/18; בש"פ 2773/17; בש"פ 8262/18; בש"פ 7968/20; בש"פ 6705/20; בש"פ 1700/21).

שנית, אשר להמלצת שרות המבחן - נטען, כי מדובר בהמלצה כשמה היא, שאינה מחייבת את שיקול דעתו של בית המשפט, שכן השיקולים המנחים את שרות המבחן בהמלצתו והשיקולים והאינטרסים שעל בית המשפט לשקול לצורך החלטתו, לא בהכרח זהים וחופפים הם (ראה לעניין זה בש"פ 5309/05).

לגופם של דברים - נטען, כי שרות המבחן לא שיקף נכונה את רמת המסוכנות הגבוהה הנשקפת מן המשיב, בשים לב למעשה ונסיבותיו, לרבות חזקת המסוכנות הסטטוטורית העומדת לחובתו, וביתר שאת, כאשר מתרשם השרות, כי למשיב יש קשרים שוליים ומתקשה לבחון אותם ולשתף בהם.

עוד נטען, כי מסקנות התסקיר לא מתיישבות עם חומר הראיות, הן ביחס לרקע למעשה והן ביחס לאפיק הטיפול המוצע (בדיקות שתן), שעה שהמשיב מסר, הן בחקירתו והן בשרות המבחן, כי מעולם לא עשה שימוש בסמים.

עוד בהקשר למצב הכלכלי, הפנה ב"כ המבקשת להחלטת בית המשפט העליון, **כב' השופט עמית, בבש"פ 8003/18**:

"קשריו של העורר לחברה שולית על רקע הסתבכותו הכספית, מוסיפים לחזקת המסוכנות הסטטוטורית הקבועה בחוק... מי שעיקר עיסוקו לטפל במאה ק"ג של סמים, מקומו בבית המעצר. אין בנסיבות של העורר כדי להצדיק חריגה מן הכלל הנקוט בעבירות סמים כגון דא, להורות על מעצר עד תום ההליכים." ראה גם **בש"פ 3833/13, כב' השופט נ. סולברג**, בעניין עמוס נ' מדינת ישראל. על כן, לשיטת המבקשת, אין לייחס משקל לטענת המשיב, כי בשל חובותיו לשוק האפור, נאלץ לגדל את הסמים. על כן, לשיטת המבקשת, המלצת שרות המבחן לא עולה בקנה אחד עם מי שעיקר עיסוקו לגדל סמים בכמות מסחרית.

שלישית, אשר להוראת בית המשפט העליון (כב' השופט גרוסקופף) בעניינו של המשיב שניתנה בבש"פ 2166/21, לפיה, בית המשפט המחוזי ייתן את דעתו לאמור בעניין אבו קרינאת (בש"פ 8640/20, מיום 23.12.2020).

נטען, כי בניגוד לדברי הסנגורית, בית המשפט העליון, לא הנחה לשחרר את המשיב, אלא להפנותו לקבלת תסקיר, תוך מתן הדעת לאמור בעניין אבו קרינאת.

בהקשר לאבו קרינאת נטען, כי נעשתה אבחנה בין שתי גישות. האחת הינה הגישה **האחידה**, לפיה נקודת המוצא שבעבירות הכנה, ייצור, הפקה של סמים מסוכנים, על פי הפקודה, מקימות עילת מעצר סטטוטורית וככלל, מחייבות מעצר מאחורי סורג ובריה עד תום ההליכים המשפטיים. זאת, בשל הסכנה הרבה שנשקפת מעבירות אלו לשלום הציבור, ונוכח החשש שלא יהא בכל חלופת מעצר כדי לאיין את החשש שהנאשם יבצע עבירות סמים נוספות. יחד עם זאת, בית המשפט יחרוג מהכלל האמור מקום בו קיימות נסיבות חריגות המצדיקות זאת. גישה זו אף מתייחסת באופן אחיד לכל סוגי הסמים המסוכנים.

השנייה, הגישה **המאבחנת** בין הכנה, ייצור והפקה של סמים מסוכנים במקרה הכללי, לבין גידול והפקה של סמים מסוג קנביס (להלן: "הגישה המאבחנת"). על פי השנייה, הכלל הוא, כי ניתן להעביר את הנאשם למעצר

בפיקוח אלקטרוני או למעצר בית חלף החלטה על מעצר מאחורי סורג וברית, וזאת אף במקרים בהם מדובר בנאשם מבוגר שהוא המבצע העיקרי של העבירה, ואף במקרים בהם נתפסו בחזקתו כמויות משמעותיות של שתילי קנביס וסם שהופק מהם, המעידות על פעילות בעלת גוון מסחרי מובהק. זאת, בייחוד כאשר יש התרשמות חיובית של שרות המבחן ומחלופת המעצר שהוצעה.

לשיטת המבקשת, **עמדת המדינה** עומדת בעינה והינה, כי קנביס הוא סם מסוכן לכל דבר ועניין, כך שהכלל הוא מעצר מאחורי סורג וברית, והחריג הינו שחרור בדומה **לגישה האחידה** המוצגת בעניין אבו קרינאת, וזאת מהטעמים הבאים:

- נטען, כי בסקירת הפסיקה של בית המשפט העליון, **טרם** ההחלטה בעניין **אבו קרינאת**, ניתן לראות באופן מובהק, כי הזרם המרכזי של בית המשפט העליון, מאמץ את **עמדת המדינה**. (ראה: בש"פ 3383/18; בש"פ 8262/18; בש"פ 7902/18; בש"פ 4457/18; בש"פ 2878/17; בש"פ 1566/14; בש"פ 248/20; בש"פ 6705/20; בש"פ 90623/20; בש"פ 1747/07; בש"פ 7283/16; בש"פ 3174/18; בש"פ 490/17; בש"פ 8003/18)

- גם **לאחר** מתן ההחלטה בעניין אבו קרינאת, נטען, כי בית המשפט העליון המשיך לאמץ את **הגישה האחידה**, ראה לעניין זה **בש"פ 9023/20**, פסקה 18, שם הדגיש **כב' השופט שטיין**, כי אינו מביע הסכמה מראש להרחבת החריג שנקבע בעניין אבו קרינאת.

- עוד נטען, כי גם בדיון שהתקיים בהרכב של שלושה שופטים בבית המשפט העליון **בע"פ 6299/20**, **שחר חן נ' מדינת ישראל** (כב' השופטים וילנר, קרא וסולברג), בית המשפט העליון מצא לנכון לומר את הדברים הבאים בהקשר להחלטה שניתנה בעניין **אבו קרינאת**:

"לצד האמור נוכח ניסיונו של ב"כ המערער להיבנות מהאמור בבש"פ 8604/20, אבו קרינאת נ' מדינת ישראל (23.12.2020), ראינו לנכון להעיר הערה, ולהבהיר: פקודת הסמים המסוכנים קובעת במפורש כי קנביס הרי הוא "סם מסוכן". כך קבע המחוקק. קביעתו זו - היא הדין הנוהג והמחייב. סחר בסמים הוא סחר בסמים, ותפיסה שלפיה סחר בסמים "קלים" איננו סחר בסמים מסוכנים, משוללת יסוד, אין לה אחיזה לא בדיון המצוי, ולא בדיון הראוי. צרכנים ומשתמשים - ראו הוזהרתם", דברי השופט **י. עמית בע"פ 2596/18**, **זמורי נ' מדינת ישראל**, פסקה 8 (המערער הקים מעבדה לגידול סם מסוג קנביס בדירה ששכר, בה גידל והפיק 600 שתילים במשקל כולל של 90 ק"ג).

- עוד בהקשר זה, הפנה ב"כ המבקשת לפסיקה שבאה לאחר אמירות בית המשפט העליון בע"פ 6299/20, במסגרתם ניסו המערערים והעוררים בהליכי מעצר וענישה, להיבנות מהאמור באבו קרינאת, ועם זאת, בית המשפט העליון המשיך לאמץ את **הגישה האחידה**, תוך הסתמכות על ע"פ 6299/20 (ראה **רע"פ 2277/21**, פסקה 10; **רע"פ 3059/21**, פסקה 13; **בש"פ 1700/21**; **רע"פ 174/21**, פסקה 11).

- לשיטת ב"כ המבקשת, הזרם המרכזי בבית המשפט העליון ממשיך לאמץ את עמדת המדינה. עוד לשיטת המבקשת, ההחלטה בעניין אבו קרינאת, הופכת את היוצרות וקובעת נטל הפוך מהקבוע בחוק. עניין זה גם פוגע באופן מהותי בעניין אחדות הפסיקה ואפליה בין נאשמים, שכן האחד יעצר עד תום ההליכים על פי **הגישה האחידה**, והאחר ישוחרר על פי **הגישה המאבחת**.

בהקשר זה, הפנה ב"כ המבקשת לבש"פ 2224/94, **מדינת ישראל נ' שטרית**, מפ"כ כב' **השופט חשין**.

"הנה זה שופט פלוני נמנה עם אסכולה מקלה, הנה זה שופט פלוני נמנה עם אסכולה מחמירה, והנה זה שופט אלמוני נמנה עם אסכולה מחמירה-ביותר... כי חלוקה זו ל"אסכולות" עלולה להביא למירון אחרי שופט - להבדילו מפניה לבית המשפט - ועל דרך זה עלול בית המשפט העליון, כלשונו החריפה של השופט זילברג, להפוך מבית משפט להיותו "בית שופטים"... ראוי שייעשה וביהמ"ש ידבר בקול אחד. כך היה בעניינו של "העד השותק"; כך ראוי אף שיהיה בעניינו."

לסיכום - עתר ב"כ המבקשת לדחות את המלצת שרות המבחן ולהורות על מעצרו של המשיב עד תום ההליכים המשפטיים נגדו, בהעדר נסיבות חריגות ויוצאות דופן, כנדרש על פי **הגישה האחידה**, וביתר שאת, כאשר לא ניתנה הנחיה ספציפית לשחרור כטענת הסנגורית, שכן אין בהחזרת הדיון למותב זה כדי לכבול את שיקול דעתו של בית המשפט וההחלטה נתונה לו בכל מובן. (ראה בש"פ 7752/11)

דין והכרעה

8. אשר לתסקיר - כידוע, המלצת שרות המבחן בתסקיר המעצר הינה בגדר המלצה בלבד, ואין בית המשפט כבול אליה. שכן התסקיר הינו אחרי הכל, אך **אמצעי וכלי עזר** לשם קבלת אינפורמציה עובר לקבלת ההחלטה.

עוד בהקשר זה נקבע בפסיקה, כי השיקולים המנחים את שרות המבחן בהמלצתו, והשיקולים והאינטרסים שעל בית המשפט לשקול לצורך החלטתו, לא בהכרח זהים וחופפים הם (ראה בש"פ 6626/10; בש"פ 9189/09; בש"פ 431/11; בש"פ 5309/05).

לגופם של דברים, מעיון בחומר הראיות (הודעות המשיב מיום 22.02.2021, עמ' 3-4), המשיב מעיד על עצמו כמכור להימורים מזה מספר שנים, ועל רקע כך הלווה כספים מ"השוק האפור".

כך גם מעיון בהודעת רעייתו של המשיב (מיום 23.02.2021), שם מספרת בין היתר, כי המשיב מכור להימורים, ועל רקע כך נוצרו חובות כספיים עד שנאלצו למכור את ביתם במושב שדה צבי. עוד מסרה, כי כל ניסיונותיה שהמשיב יחדל מהימורים, לא צלחו, ולבסוף החליטה להיפרד ממנו ועברה להתגורר יחד עם ילדיה הקטינים ביחידת דיור בבית הוריה במושב שדה צבי. עוד מסרה, כי חנות הבגדים שבבעלותה מתפקדת ולא נטלה הלוואות, ואף יש לה חשבון בנק בנפרד. עוד מסרה, כי המשיב לסירוגין, היה לן ביחידת הדיור וגם אצל הוריו

לשאלת החוקר: מה הקשר שלה לבית ששכר המשיב, שכן שמה מופיע בחוזה השכירות.

מסרה: כי המשיב סיפר לה, כי לא נוח לו ביחידת הדיור בשל צפיפות, וביקש עזרתה שרק תחתום על חוזה שכירות בבית במושב מבועים עבורו, מבלי לשלם דבר, וכך עשתה (הבית שימש כמעבדה לגידול סמים, כמתואר בכתב האישום).

דומני, שלאור האמור לעיל, עולה, כי התמונה העובדתית שעל בסיסה הסתמך שירות המבחן אינה עולה בקנה אחד עם הראיות הקיימות בתיק ואין בה כדי לשקף את התמונה הכוללת ביחס להתנהלות המשיב, לרבות מסקנותיו של התסקיר. המשיב לא שיתף את שירות המבחן לעניין התמכרותו להימורים ולמקור חובותיו הכספיים. דווקא רכיב זה של התנהלות פלילית על רקע מצוקה כלכלית, מגבירה עד מאוד את הסיכון מפניו.

עוד בהקשר זה, גם הוריו של המשיב שמוצעים כחלופה וכדמויות שביכולתם להוות עבורו דמויות סמכותיות ומצבות גבול, לא דיווחו לשירות המבחן על התמכרותו רבת השנים להימורים ושכתוצאה ממנה נקלע לקשיים כלכליים ופנייה ל"שוק האפור".

דומני, שהוריו של המשיב יתקשו לזהות מוקדי סיכון, ויש לתהות כיצד הוריו לא שיתפו את שירות המבחן כפי שעולה מדברי רעייתו, כי שנים רבות נוהג המשיב להמר וגרם להם לחובות כספיים ואף למכירת הבית ולבסוף נפרדה ממנו. ואם תמצי לומר כי ידעו על התמכרותו אולם לא ראו לנכון לפרט על עליה בפני שירות המבחן, שגם בכך יש כדי להעמיד בספק את יכולתם לשמש כחלופה.

עוד נקודה לציון - המלצת שירות המבחן למתן בדיקות שתן - מצטרף אנוכי לתהייה שהעלה ב"כ המבקשת, שעה שהמשיב, הן בחקירתו והן בפני שירות המבחן, מסר, כי מעולם לא עשה שימוש בסמים וגם לא נמצאה שום אינדיקציה בחומר החקירה או בדברי הוריו או רעייתו, בדבר שימוש בסמים.

יוצא אפוא, כי המשיב והערבים לא דיווחו לשירות המבחן את כל האמת, כך שרכיבים אלו לא נלקחו בחשבון בעת גיבוש הערכת המסוכנות, שכן הערכת המסוכנות מבוססת על נתונים שגויים.

משכך הם פני הדברים, לטעמי, אין לייחס משקל של ממש להמלצת שירות המבחן.

9. למעשה, המחלוקת שנפלה בין הצדדים, מחד - לשיטת הסנגורית, יש ליישם את עניין אבו קרינאת בבש"פ 8640/20 (להלן: "**הגישה המאבחת**") בעניינו של המשיב. בפועל, להורות על שחרורו בהתאם להמלצת שירות המבחן, ומאידך - לשיטת המבקשת, לדחות את המלצת שירות המבחן ולהורות על מעצרו עד תום ההליכים, בהעדר נסיבות מיוחדות וחריגות (להלן: "**הגישה האחידה**").

10. כיוון שהתפתחה בפסיקה בעת האחרונה **גישה אחרת**, המאבחנת בין הכנה, ייצור והפקה של סמים מסוכנים במקרה הכללי, לבין גידול והפקה של סמים מסוג קנביס (להלן: "**הגישה המאבחנת**"), בעבירות הנוגעות לייצור והפקה של סמים מסוג קנביס, הכלל הוא כי ניתן להעביר את הנאשם למעצר בפיקוח אלקטרוני או למעצר בית חלף החלטה על מעצר מאחורי סורג ובריה עד תום ההליכים המשפטיים, וזאת אף במקרים בהם מדובר בנאשם מבוגר שהוא המבצע העיקרי של העבירה, ואף אם נתפסו בחזקתו כמויות משמעותיות של שתילי קנביס וסם שהופק מהם, המעידות על פעילות בעלת גוון מסחרי מובהק. זאת, בייחוד כאשר יש התרשמות חיובית של שרות המבחן מן הנאשם ומחלופת המעצר שהוצעה.

לעומת הגישה המרכזית אשר מתייחסת **באופן אחיד** לכל סוגי הסמים המסוכנים, (להלן: "**הגישה האחידה**") לפיה הכלל הינו מעצר מאחורי סורג ובריה. יחד עם זאת, לא אחת נקבע בפסיקה, כי בית המשפט יחרוג מהכלל האמור מקום בו קיימות נסיבות חריגות המצדיקות זאת.

11. לאור מחלוקת זו, קיימות מספר אפשרויות בידיו של שופט הכפוף להחלטות בית המשפט העליון, לאור סעיף 20(ב) לחוק יסוד השפיטה. יפים לענייננו דברי כב' השופט ד. לוי מביט המשפט העליון ב**בש"פ 4994/91, מרדכי אסרף נ' מדינת ישראל**.

האפשרות הראשונה - לעקוב אחר **התקדים האחרון** בסוגיה, "על פי גישה זו בכוחו של פסק דין מאוחר לבטל פסק דין מוקדם" (ראה לעניין זה ספרו של כב' הנשיא ברק כתוארו אז - שיקול דעת שיפוטי, עמ' 124).

האפשרות השנייה - לעקוב אחר **דעת הרוב**, כפי שהיא התבטאה בהחלטות השונות של שופטי בית המשפט העליון.

האפשרות השלישית - ניתן לומר, כי "הערכאה רשאית לבחור **כל פתרון** הנראה לה חוקי" (ראה ספרו של כב' הנשיא ברק כתוארו אז - שיקול דעת שיפוטי - עמ' 124).

12. לענייננו - על פי המבחן הראשון - התקדים האחרון. ראה בש"פ 9023/20, בש"פ 1700/21, ע"פ 6299/20, רע"פ 2277/21, רע"פ 3059/21, רע"פ 174/21. דהיינו, שיש ליישם את הגישה האחידה על פני הגישה המאבחנת.

13. על פי המבחן השני - המותבים הדוגלים בגישה האחידה -

כב' הנשיאה אסתר חיות - ראה בש"פ 3056/15, כב' השופט עוזי פוגלמן - ראה בש"פ 3174/18, כב' השופט ניל הנדל - ראה בש"פ 1700/21, כב' השופט מני מזוז - ראה בש"פ 7283/16, כב' השופט יצחק עמית - ראה

בש"פ 490/17, בש"פ 8003/18, כב' השופט יוסף אלרון - בש"פ 6667/20, בש"פ 6705/20, כב' השופט דוד מינץ - בש"פ 4457/18, כב' השופטת יעל וילנר - ע"פ 62999/20, כב' השופט ג'ורג' קרא - רע"פ 2277/21, בש"פ 8494/20, רע"פ 174/21, רע"פ 3059/21, כב' השופט נועם סולברג - ע"פ 6299/20, בש"פ 2962/18, כב' השופטת דפנה ברק ארז - בש"פ 8253/14, בש"פ 692/19, כב' המשנה לנשיאה, השופט חנן מלצר - בש"פ 5324/17.

יוצא אפוא, שדעת הרוב בבית המשפט העליון, מצדדת ב**גישה האחידה**.

14. אמנם המבחן **השלישי** אינו מגדיר במדויק כיצד ועל פי מה להחליט על מנת להגיע לאותו הפתרון הנראה לה חוקי, ואולם, נדמה כי ניתן לעשות שימוש עזר בשני המבחנים שפורטו לעיל. ודוק, מקום ששני המבחנים מובילים לאותה התוצאה, ובמובהק, כפי המקרה הנדון, או אז, נכון לו לבית המשפט לראות בכך כהלכה ש"משקלה הסגולי" רב יותר, ולהכריע לפיה.

15. ויודגש, אין באמור, כדי לפטור את בית משפט זה מלעשות כמצוות בית המשפט העליון (בבש"פ 2166/21 - כב' השופט ע. גרוסקופף), לבחון את עניינו של המשיב בהתאם לאמור בעניין **אבו קרינאת בבש"פ 8640/20**.

16. יישום האמור גם בהתאם לגישה שננקטה בעניין אבו קרינאת, אין בו כדי לשנות ממסקנתי וזאת בהינתן כך שהמלצת התסקיר מבוססת על נתונים שגויים ואף חלקיים, תוך התעלמות מגורמי סיכון מהותיים ביחס למשיב וכך גם בנוגע למפקחים המוצעים. בכך שונה עניינו מעניינו של אבו קרינאת שבו שירות המבחן המליץ בהסתמך על נתונים מלאים שלא נסתרו בחומר הראיות.

17. שתי הערות טרם סיום. כב' בית במשפט העליון, השיב הדיון למוטב זה עם "קריאת כיוון" לגבי אופן בחינת ענינו של המשיב, וכך כאמור נעשה. ברם, אין ללמוד מהחלטת בית המשפט העליון, כפי שביקשה ללמד הסניגורית, כי מדובר בהחלטה המורה על תוצאה אחת ויחידה, שעניינה שחרור. פשיטא כי אם כך היו פני הדברים, אלו היו מוצאים ביטויים המפורש. החזרת הדיון בפני כוללת בתוכה הותרת שיקול הדעת לגבי ההחלטה הסופית בהתאם לאמור בתסקיר, אך לא רק.

בעניין זה ראה דברי בית המשפט העליון **בבש"פ 7752/11 מדינת ישראל נ' יקיר אוחיון** שבו בית משפט העליון ביקר דרך הילוכו של בית משפט מחוזי שראה עצמו כמי שנשלל ממנו שיקול הדעת עם השבת התיק להידון בפניו בשנית.

והערה אחרונה טרם סיום. בטיעוניה בפני הלינה המדינה על כך שהנחייה לבחון את ענינו של המשיב לפי אסכולה מסוימת, ואין בלתי, יכולה להביא ל"מירוץ אחרי שופט - להבדילו מפנייה לבית המשפט" (ראה עמ' 7 לטיעוניה הכתובים והפנייה לאמור בבש"פ 2224/94 מדינת ישראל נ' שטרית). במקרה הנדון, בית

המשפט העליון הורה לפעול במתווה מסוים וכך נעשה. משכך, לא מצאתי להידרש לטענה.

18. מכל האמור לעיל, הנני מורה על מעצרו של המשיב עד תום ההליכים המשפטיים נגדו, משלא הובאו בעניינו נסיבות מיוחדות וחריגות כנדרש על פי המבחנים בפסיקה, וביתר שאת, משלא שוכנעתי שיש בחלופה שהומלצה על ידי שרות המבחן, כדי להשיג את תכלית המעצר (ראה נימוקי ההחלטה גם מיום 25.03.2021).

עותק ההחלטה יישלח לשרות המבחן ולב"כ הצדדים.

ב"כ המבקשת ידאג ליטול את חומר החקירה מלשכתי.

ניתנה והודעה היום י"ד סיוון תשפ"א, 25/05/2021 במעמד הנוכחים.

נסר אבו טהה, שופט