



## בש"פ 6605/18 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 6605/18

לפני: כבוד השופט ע' ברון

העורר: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 30.8.18 (כבוד השופט נ' בן-אור) ב-מ"ת 36655-03-18

בשם העורר: עו"ד יעקב קמר

בשם המשיבה: עו"ד קובי מוסקוביץ

החלטה

1. לפניי ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט נ' בן-אור) מיום 30.8.2018 ב-מ"ת 36655-03-18 שבה הורה בית המשפט על שחרור העורר לחלופת מעצר בית מלא בתנאים ובערבויות כפי שקבע, עד לסיום ההליכים בתיק הפלילי המתנהל נגדו; בעוד שלטענת העורר וכפי שיפורט, לא היה מקום להורות על מעצר בית כלל, כאשר לדבריו הסיכויים להרשעת העורר הם "קלושים עד אפסיים". יצוין כי ההחלטה שהיא נושא הערר ניתנה בהמשך להחלטה מיום 27.8.2018 (השופט ח' מאק-קלמנוביץ) שבה נקבע כי חלה התפתחות בתיק העיקרי שיש בה משום כרסום מסוים בתשתית הראייתית לאישומים נגד העורר. ההחלטה מיום 27.8.2018 ניתנה בבקשה שהגיש העורר

עמוד 1



לעיון חוזר בהחלטה קודמת שבה הורה בית המשפט המחוזי על מעצרו עד תום ההליכים (השופט מ' סובל, החלטה מיום 11.4.2018).

## הרקע לערר

2. נגד העורר הוגש כתב אישום ביום 18.3.2018 לבית המשפט המחוזי בירושלים, המייחס לו עבירות של אינוס - עבירה לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק); ניסיון למעשה סדום - עבירה לפי סעיף 347(ב) בנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק, בצירוף סעיף 25 לחוק; ומעשה מגונה - עבירה לפי סעיף 348(ג1) לחוק. על פי המתואר בכתב האישום, ביום 21.12.2013 בשעות הבוקר המוקדמות, שעה שהעורר נהג ברכב הסעות, הבחין במתלוננת, ילידת 13.10.1996, ובחברתה מחכות ל"טרמפ" ועצר לאוספן. העורר נעתר לבקשת המתלוננת וחברתה להסיע אותן כל אחת לביתה, והן עלו לרכב. לאחר שעצר העורר לחברתה של המתלוננת בביתה, המשיך העורר בנסיעה לכיוון שכונת מגוריה של המתלוננת תוך שהוא מחמיא ליופיה ומבקש שתיתן לו נשיקה. בשל חששה מהעורר, השיבה לו כי תנשק אותו לאחר שתד מהרכב, ובתגובה הוציא העורר את לשונו ושיחק עם הלשון מצד לצד בשפתיו. בשלב מסוים של הנסיעה ביקשה המתלוננת מהעורר לעצור את הרכב ולאפשר לה לרדת ממנו, ואילו העורר המשיך בנסיעה ודרש כי קודם תיתן לו נשיקה.

בסמוך לכך, עצר העורר את הרכב בפתאומיות, דחף את המתלוננת לעבר המושב האחורי והחל לכפות עצמו עליה, תוך שהוא עושה שימוש בכוח ומתעלם מהפצרותיה ובקשותיה שיפסיק ויניח לה ללכת. כאשר הגיע למקום רכב וצפר על שום ההפרעה לתנועה שיצר רכבו של העורר, חזר העורר למושב הנהג ונסע מרחק מה עד שעצר בצד הדרך. המתלוננת שבה וביקשה מהעורר שיפתח את הדלת ויאפשר לה לצאת מן הרכב, אך העורר לא נעתר לבקשותיה. המתלוננת שחששה לחייה פתחה את החלון והוציאה דרכו את רגליה במטרה לקפוץ דרך החלון ולהימלט מהרכב, אך על אף ניסיונותיה העורר הצליח לגבור על המתלוננת ולמשוך אותה בכוח חזרה לתוך הרכב. אדם שהתגורר בסמוך למקום (להלן: השכן) הבחין במתרחש דרך חלון ביתו, יצא מביתו והתקדם לכיוון הרכב. העורר הסיט את וילונות הרכב, הפשיל את מכנסיו ותחתוניו, אחז בראשה של המתלוננת בחוזקה וניסה להחדיר את איבר מינו לפיה, תוך שהיא מתנגדת לו. לאחר מכן, ותוך התעלמות מבקשותיה החוזרות שיחדול ממעשיו, הפשיט העורר את מכנסיה ותחתוניה של המתלוננת והצמיד את לשונו לאיבר מינה. אחר כך החדיר העורר את איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת, נגד רצונה, כשהיא דוחפת אותו בידיה. העורר המשיך במעשיו עד שהגיע לפורקן. השכן הגיע לרכב, הבחין בעורר כשהוא ללא מכנסיו ודפק על חלון הרכב. העורר בתגובה הרים את מכנסיו, ניגש למושב הנהג, ופתח את דלת הרכב. בשלב זה המתלוננת נמלטה והעורר החל בנסיעה מהמקום.

יצוין כי כתב האישום הוגש בחלוף כארבע שנים ושלושה חודשים מעת התרחשות המקרה, וזאת עקב גילוי חקירתי שבמסגרתו נמצאה התאמה בין פרופיל ה-DNA של כתמי הזרע שנמצאו על בגדי המתלוננת מיום האירוע, לבין פרופיל ה-DNA של העורר. גילוי זה הוביל למעצרו של העורר בחודש מרץ השנה.

3. בד בבד עם הגשת כתב האישום, הגישה המשיבה בקשה למעצרו של העורר עד תום ההליכים נגדו. בהחלטה מיום 20.3.2018 נקבע כי קיימות ראיות לכאורה להוכחת העבירות המיוחסות לעורר וכן כי קיימת עילת מסוכנות, הן לכלל הנשים והן למתלוננת בפרט, וזאת חרף העובדה כי חלפו למעלה מארבע שנים מאז האירוע ועד מעצרו של



העורר. בתסקיר המעצר מיום 25.3.2018 הומלץ להורות על מעצר העורר עד תום ההליכים, זאת בשל רמת סיכון גבוהה להישנות עבירות מין ובהעדר מפקחים מתאימים. משהונח התסקיר לפני בית המשפט, בהחלטה מיום 11.4.2018 הורה בית המשפט המחוזי (השופט מ' סובל) על מעצר העורר עד תום ההליכים. לאחר שהוגש ערר, שנמחק משקיבל בא כוח העורר את המלצת בית המשפט וחזר בו ממנו (בש"פ 3214/18, 29.4.2018), הגיש העורר לבית המשפט המחוזי בקשה לעיון חוזר שבה הוצעו מפקחים חדשים. במסגרת הדיון בבקשה הורה בית המשפט המחוזי על עריכת תסקיר משלים מאת שירות המבחן שיכלול גם את עמדת המתלוננת; ביום 27.5.2018 ניתן תסקיר כאמור, שבו חזר שירות המבחן על המלצתו בדבר מעצר העורר עד תום ההליכים.

ביום 3.6.2018 דחה בית המשפט את הבקשה לעיון חוזר (השופט מ' סובל), בהחלטה שדנה בעניין עילת המעצר וחלופת המעצר בלבד. בקשה שניה לעיון חוזר, שנסובה הפעם על שאלת קיומן של ראיות לכאורה, נדחתה אף היא בהחלטה מפורטת מיום 5.7.2018 תוך ניתוח כלל הראיות בתיק (השופט מ' סובל, להלן: ההחלטה מיום 5.7.2018). בהחלטה זו נקבע כי "הפוטנציאל הראייתי הגלום במכלול החומר שבתיק החקירה מקים סיכוי סביר לקביעה בהליך העיקרי כי המבקש ביצע במתלוננת את כל המעשים המיניים בניגוד להסכמתה" (סעיף 6). על החלטה זו הגיש העורר ערר לבית המשפט העליון (בש"פ 5571/18), שבו עמד על כך שקיימות תלונות קודמות שהגישה המתלוננת במקרים אחרים, ואלה נסגרו ללא הגשת כתב אישום בעילה של היעדר ראיות מספיקות להעמדה לדיון; ועל כן טען כי יש בכך כדי לפגוע עד מאד במהימנותה של המתלוננת. משהועלתה הטענה על ידי העורר ולאחר בירור שערכה המשיבה, הודיעה המשיבה כי תיקי החקירה שנפתחו בעקבות תלונות קודמות שהגישה המתלוננת ונסגרו כאמור, מהווים חומר חקירה רלוונטי. בהחלטה מיום 13.8.2018 קבע בית משפט זה (השופט י' אלרון) כי המסגרת הדינית המתאימה לדון בטענות העורר היא הגשת בקשה חדשה לעיון חוזר, וזאת משום שהמידע לגבי התלונות הקודמות לא היה מונח לפני בית המשפט בעת שניתנה ההחלטה מיום 5.7.2018; ועל כן נקבע בערר כי יש לשוב ולהגיש בקשה לעיון חוזר.

בעקבות כך אכן הוגשה בקשה נוספת לעיון חוזר, בהסתמך על חומר החקירה החדש בדבר תלונותיה הקודמות של המתלוננת. בהחלטה מיום 27.8.2018 (השופט ח' מאק-קלמנוביץ) קבע בית המשפט המחוזי כי "העובדות הידועות עתה באשר להגשת שלוש תלונות וסגירתן מחוסר ראיות מספיקות מחלישות את האמינות שניתן לייחס לגרסת המתלוננת, ובמארג הכולל מהוות כרסום מסוים בראיות התביעה" (סעיף 6). בהמשך לכך הוסיף וציין בית המשפט כי לעורר אין עבר פלילי, וכי למעלה מארבע שנים מעת האירועים נושא כתב האישום היה העורר חופשי ללא כל תנאי (מאחר שזוהתה החשוד בתיק לא היתה ידועה). בנסיבות אלה הגיע בית המשפט למסקנה כי מן הראוי לבחון אפשרות לשחרר את העורר לחלופת מעצר - ככל שתימצא חלופה מתאימה. בהמשך להחלטה זו, ביום 30.8.2018 ולאחר שהמפקחים המוצעים התייצבו ונחקרו, קבע בית המשפט (השופט נ' בן-אור) כי יש אמנם מקום לשחרר את העורר לחלופת מעצר; ומשקבע כך, הורה כי העורר יהיה נתון במעצר בית בפיקוח מלא בדירה ברחוב דב יוסף 2 בשכונת גילה, כשבכל שעות היממה ישהה במחיצתו אחד מן המפקחים שאושרו על ידי בית המשפט, וזאת בנוסף לתנאים מגבילים ולהפקדת ערבויות מצד העורר ומצד המפקחים. על החלטה זו נסוב הערר דנן.

טענות הצדדים

4. בא כוח העורר טוען כי שלוש תלונותיה הקודמות של המתלוננת, שכולן הוגשו כאשר היתה המתלוננת כבת 14-13, הן כוזבות ומלמדות על דפוס חוזר של בדיית תלונות. יצוין בנקודה זו כי נימוקי בא כוח העורר מתמקדים בהצגת המתלוננת כ"נאשמת", תוך התייחסות לאופן לבושה, מידת האיפור שלה וניסיונה המיני; כך, למשל, הוקדש פרק



בהודעת הערר ל"ניסיון מיני עשיר ומיומן מאת המתלוננת", ולעניין זה אני רואה לנכון להעיר כי קו טיעון מסוג זה הוא בלתי ראוי. בהמשך לכך, טוען העורר כי המתלוננת, אחותה (שהיא שוטרת), וכן חוקרת משטרה חברו יחדיו כדי לטפול האשמות שווא על "קורבנות" מזדמנים שנקרו בדרכה של המתלוננת.

לגופם של דברים, בא כוח העורר סבור כי תלונותיה הקודמות של המתלוננת, בלא שהוגש כתב אישום ובפרט משתיקי החקירה נסגרו, יוצרות כרסום משמעותי בתשתית הראייתית באופן המצדיק את שחרורו המלא של העורר; למצער, מבוקש להקל בתנאי מעצר הבית. לגישת בא כוח העורר, מכלול הדברים מלמד כי הסיכויים להרשעת העורר קלושים וממילא גם עילת המעצר. מנגד, המשיבה סבורה כי הכרסום הראייתי הוא שולי, וטוענת כי אין להקל במעצר הבית המלא שעליו הורה בית המשפט המחוזי, לא כל שכן להורות על שחרורו המלא של העורר - הגם שאין חולק כי במקרה דנן מדובר בנאשם צעיר, נטול עבר פלילי, שבחלוף הזמן מעת התרחשות האירועים (כשהיה משוחרר ללא כל תנאי כל תקופה זו) לא חזר על מעשים מסוג אלה, אף לא מעשים עברייניים כלשהם, ככל הידוע.

#### דיון והכרעה

5. נקודת המוצא לדיון היא ש"העובדה כי המתלוננת הגישה בעבר תלונה למשטרה בגין פגיעה מינית בה, היא כשלעצמה אינה רלוונטית להגנת המערער" (ע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל פ"ד נה(3) 873, 902 (14.5.2001); להלן: עניין אזולאי). זאת בהמשך להוראת סעיף 2א לחוק לתיקון סדרי דין (חקירת עדים), התשי"ח-1957, שלפיה בית המשפט לא ירשה חקירה בדבר עברו המיני של נפגע בעבירת מין, אלא אם כן ראה, מטעמים שיירשמו, כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין. תכלית הוראה זו היא להגן על קורבנות עבירות מין מפני פגיעה מיותרת ברגשותיהם ובפרטיותם (עניין אזולאי, 901).

כלל זה חל אף בכל הנוגע לתלונות קודמות שהוגשו על ידי המתלוננת, שאף הן נכנסות בגדרי "עבר מיני". כפי שכבר קבע בית משפט זה: "תלונות שהגישה מתלוננת בעבירת מין בגין מעשים מיניים שבוצעו בה על-ידי אחרים בעבר נכללות אף הן בגדר הכלל שלפיו אין להתיר חקירה בדבר עברו המיני של הקורבן" (עניין אזולאי, 901). ואולם בצד האמור, נפסק כי "אין לשלול קיומם של מקרים חריגים שבהם הגנת הנאשם תצדיק סטייה מכלל זה" (שם). עם זאת, באותם מקרים חריגים שבהם קיומן של תלונות קודמות שהגישה מתלוננת עשוי להיות רלוונטי, עדיין שומה על בית המשפט להתייחס אליהן במידה ובזהירות הנדרשת, כאשר כובד המשקל נתון לעובדות ולראיות בנסיבות העניין הקונקרטי. על כל מקרה להיבחן לגופו, בהתאם לנסיבות ולתשתית הראייתית הרלוונטית לו. מכל מקום, לא ניתן לצאת מהנחה כי עצם קיומן של תלונות קודמות, ואף תלונות שנסגרו בעילה של חוסר אשמה (שלא כבענייננו), מכתים באופן אוטומטי את מהימנות המתלוננת. וזאת, מבלי להביע דעה בנוגע למהימנות המתלוננת והעדים בתיק זה, שתעמוד למבחן בתיק העיקרי.

6. בהקשר זה יוער כי הליך המעצר אינו השלב המתאים להכריע בשאלת מהימנות עדים, וכפי שכבר נפסק מקדמת דנא "ההסתכלות הכוללת על חומר הראיות אינה מכריעה במהימנותם של העדים. הכרעה זו נעשית בהליך הפלילי העיקרי. אין מקומה בהליך הביניים שעניינו מעצר הנאשם עד תום ההליכים נגדו" (בש"פ 8087/95 שלמה זאדה נ' מדינת ישראל, בפסקה 15 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (15.4.1996)). עוד נקבע כי "שלב המעצר עד תום ההליכים אינו חזרה כללית לקראת המשפט הפלילי עצמו... זהו הליך נפרד ומיוחד, שבו נבחנת שאלת הראיות לכאורה"



(שם). בהליך בקשת המעצר על בית המשפט ליתן דעתו "אם מתוך מכלול חומר החקירה ניתן יהיה לשלוף בסוף ההליך השיפוטי תשתית עובדתית מרשיעה" (שם). שומה עליו לבחון "את הגיונם הפנימי של הדברים, את מידת הפירוט או ההכללה בהן, את נקודת האחיזה שבהם, את השתלבותם של הדברים אלה באלה" (שם).

7. בענייננו, עדותה של המתלוננת אינה ניצבת בחלל ריק והיא נתמכת בראיות נוספות (השכן שהיה עד למאבק לכאורה ברכב; קרובים שאליהם התקשרה המתלוננת בסמיכות לאירוע; רוכב אופנוע שהיה עד לתגובתה הנסערת רגעים קצרים לאחר האירוע; ראיה פורנזית הקושרת את העורר לכתמים שנמצאו על בגדי המתלוננת (דבר שכאמור הוביל למעצרו). המארג הכולל של העדויות וחומר החקירה מקים תשתית של ראיות לכאורה, שלא ניתן לבטלה במחי יד כפי שמבקש בא כוח העורר; והדברים יתבררו בהליך העיקרי.

בלא לגרוע מהאמור, בשקילת האיזונים הנדרשים בין חזקת החפות מחד גיסא ומידת המסוכנות הנשקפת מאידך גיסא, דומני כי נסיבותיו הייחודיות של העורר בכל זאת מצדיקות לעת הזו הקלה מסוימת בתנאי מעצר הבית, באופן שיותר לו לצאת לעבודה בשעות היום ובפיקוח. העורר הוא אדם צעיר כבן 27, נטול עבר פלילי. בחלוף הזמן מעת המעשים המיוחסים לו לבין המועד שבו נעצר, משך ארבע שנים שבהן טרם זוהה כחשוד באירוע, לא קמה טענה שביצע עבירה כלשהי, לא כל שכן עבירת מין. נראה גם כי אין בענייננו חשש שיציאתו לעבודה, בתחום ההובלה והשינוע, תביא לאינטראקציה כלשהי עם המתלוננת - שכן לא קיים ביניהם כל ממשק, והעורר לא יורשה להתקרב לאיזור מגוריה. בנוסף, בעניין זה יש ליתן משקל אף לקצב התקדמות ההליך העיקרי, כאשר בשלב זה נקבע דיון אחד בלבד, ודומה שצפויות לא מעט ישיבות נוספות.

סוף דבר

8. הערר מתקבל באופן חלקי. העורר יהא רשאי לצאת ממעצר הבית בין השעות 08:00-15:00 לצורך עבודה, זאת מבלי להתקרב לכתובתה של המערערת ברדיוס של לא פחות מ-3 קילומטר, כשבכל עת יהיה עימו מפקח מבין המפקחים שאושרו על ידי בית המשפט. יתר התנאים והערבויות יוותרו בעינם.

ניתנה היום, ל' בתשרי התשע"ט (9.10.2018).

ש ו פ ט ת

G04.doc\_18066050 דא