



בש"פ 2482/16 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 2482/16

כבוד השופט צ' זילברטל
פלוני

לפני:
העורר:

נ ג ד

מדינת ישראל

המשיבה:

ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע
בתיק מ"ת 5000-15 שניתנה ביום 24.3.2016 על ידי
כב' השופט נסר אבו טהה

כ"ד באדר ב' התשע"ו (3.4.2016)

תאריך הישיבה:

עו"ד ערן צליקר
עו"ד לינור בן אוליאל

בשם העורר:
בשם המשיב:

החלטה

ערר לפי סעיף 53(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים),
על החלטתו מיום 24.3.2016 של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע במ"ת 5000-15, שניתנה על-ידי כב' השופט נ' אבו
טהה, בגדרה נדחתה בקשת העורר לעיון חוזר בהחלטה לעצרו עד תום ההליכים.

רקע

עמוד 1



1. ביום 30.7.2015 הוגש כתב אישום נגד העורר, כבן 34, נשוי ללא ילדים, אקדמאי העוסק בתחום הקולנוע והטלוויזיה. על-פי עובדות כתב האישום, א.מ.ב., קטינה ילידת 2004 (להלן: המתלוננת 1) ו-ל.ב., קטינה ילידת 2011 (להלן: המתלוננת 2) הן אחיות, המתגוררות ב..... עם אמן. ביום 17.7.2015, בשעות הערב, התארחו העורר ואשתו, אשר לה היכרות מוקדמת עם אמן של המתלוננות, בבית המתלוננות, בו נכחו המתלוננות, אמן ובעלה לשעבר. נוכח השעה המאוחרת, נענו העורר ואשתו להזמנה ללון בחדר פנוי בבית. במהלך הלילה ולאחר שיתר בני הבית נרדמו, נותר העורר לנגן בגיטרה עם המתלוננת 1, בת ה-11, בסלון הבית. בהיותם לבדם, הציע העורר למתלוננת 1 ללמדה כיצד לאחוז בגיטרה. בתוך כך, הורה העורר למתלוננת 1 להצמיד את הגיטרה לגופה, הכניס את ידו מתחת לחולצתה ואחז בחוזקה בחזה, הורה לה לשבת עליו ולהתקרב לגופו, הכניס את ידו לתוך מכנסיה ונגע בישבנה - כל זאת, לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים וללא הסכמתה החופשית של המתלוננת 1. כדי להתחמק מהעורר, טענה המתלוננת 1 כי היא עייפה ומעוניינת לישון. בתגובה, שאל העורר את המתלוננת 1 אם היא רוצה שישן לידה, והיא השיבה בשלילה בציינה כי העורר אמור לישון עם אשתו. לאחר שנכנסה המתלוננת 1 למיטתה בחדרה, נכנס העורר למיטתה ונשכב לצדה, הכניס את ידו למכנסיה ונגע בישבנה ובגופה. המתלוננת 1 הזיזה את ידו של העורר וניסתה לחמוק ממנו, ואז הוציא העורר את ידו. לאחר מכן יצא העורר מהחדר, והמתלוננת 1 ברחה לחדר בו ישנו הוריה והמתלוננת 2, ונכנסה למיטתם.
2. כעולה מכתב האישום המקורי, זמן מה לאחר מכן, נכנס העורר לחדר בו ישנו המתלוננות עם הוריהן. העורר העיר את המתלוננת 2, שהייתה בת 4 במועד האירוע, הוציאה ממיטת הוריה, נשא אותה לחדר ממנו ברחה קודם לכן המתלוננת 1 והשכיבה על המיטה. המתלוננת 1 חששה שהעורר יפגע באחותה, המתלוננת 2, ולכן ניגשה לחדר בו שהו. משהבחין בה העורר, שאל אותה אם קרה משהו והורה לה לחזור לישון. לאחר מכן, הוריד העורר את מכנסיה ותחתונה של המתלוננת 2, החדיר אצבע לאיבר מינה ולישבנה, וגרם לה לכאב. העורר חשף בפני המתלוננת 2 את איבר מינו ואמר לה שזה סוכריה, הוריד את חולצתה, הפך אותה על בטנה, "חכך את איבר מינו ו/או את אצבעו והחדיר לאיבר מינה", והיכה עם איבר מינו בישבנה (בכתב האישום המתוקן, שיוזכר להלן, שונה תיאור זה של העובדות). לאחר מכן, הליבש העורר את המתלוננת 2 בבגדים אחרים. כתוצאה ממעשיו של העורר, נגרמו למתלוננת 2 אדמומיות, נפיחות ורגישות באזור כיפת הדגדגן.
3. במקרה נפרד שהתרחש מספר שבועות קודם לכן, בסביבות חודש יוני 2015, ביקרו המתלוננות יחד עם הוריהן ואחותן הגדולה בבית העורר. במהלך הביקור, בשעות הצהריים, התלוותה המתלוננת 1 לעורר ברכבו, לצורך רכישת סיגריות. בדרכם חזרה לביתו, הציע העורר למתלוננת 1 לנהוג עמו ברכבו, ולאחר שהפציר בה הסכימה לכן. המתלוננת 1 עברה לשבת עם העורר במושב הנהג, ונהגה איתו במשך מספר דקות כאשר היא אוחזת בהגה והוא מפעיל את הדוושות. תוך כדי הנסיעה, הניח העורר את ידו על ירך המתלוננת 1, וכן הניח את ידו על איבר מינה תוך שהוא מפעיל עליו לחץ עם אצבעו. המתלוננת 1 ביקשה מהעורר להסיר את ידו והוא עשה כן.
4. לפי כתב האישום, במעשים המתוארים לעיל אנס העורר את המתלוננת 2 שהיא קטינה שטרם מלאו לה 16 שנים, עבירה לפי סעיף 345(ב)(1) (ב)בניסבות סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק); ביצע מעשים מגונים בשתי המתלוננות שהן קטינות שטרם מלאו להן 16 שנים שלא בהסכמתן החופשית, עבירה לפי סעיף 348(ב)ב)בניסבות סעיף 345(ב)(1) (ב)בניסבות סעיף 345(א)(1) לחוק; הרשה לקטינה שאינה יכולה לקבל רישיון נהיגה לנהוג ברכב, עבירה לפי סעיף 336(ג) (ג)סיפא לפקודת התעבורה [נוסח חדש], התשכ"א-1961 (להלן: הפקודה); והסתייע ברכבו לביצוע עבירת מין, עבירה לפי סעיף 44 לפקודה.



5. בד בבד עם הגשת כתב האישום נגד העורר, הוגשה בקשה למעצרו עד תום ההליכים. בדיון מיום 5.8.2015 בפני בית המשפט המחוזי (כב' השופטת ר' ברקאי), הסכים בא-כוחו דאז של העורר כי קיימות ראיות לכאורה להרשעתו בעבירות המיוחסות לו, וכן לקיומה של עילת מעצר, ועתר לבחינת חלופת מעצר בבית הורא אשתו. בתום הדיון הנ"ל, הורה בית המשפט המחוזי על הכנת תסקיר מעצר בעניינו של העורר. בהמשך, אכן הוגש תסקיר שהמליץ על שחרורו של העורר לחלופת מעצר בבית הורא אשתו ובפיקוחם. בהחלטתו של בית המשפט המחוזי מיום 3.9.2015 (כב' השופט י' עדן), נקבע כי אין בכוחה של חלופת מעצר לאיין את המסוכנות הנשקפת מהעורר, והוא הורה על מעצרו של העורר עד תום ההליכים, שכן: "אינני סבור כי נכון הוא ליטול את הסיכון במתן אמון במי אשר ביצע, לכאורה, את המעשים הקשים ביותר המפורטים בכתב האישום, כלפי קטינות בגילאים האמורים, ובעוד הן מצויות בביתן, ובעוד הוריהן וגם רעייתו בבית".

6. ביום 6.10.2015 הגיש העורר, על-ידי בא-כוחו הנוכחי, בקשה לעיון חוזר בהחלטה לעצרו עד תום ההליכים, בטענה כי אין בידי המשיבה תשתית ראייתית כלשהי לעבירת האינוס. בהחלטה מיום 8.10.2015 דחה בית המשפט המחוזי (כב' השופט נ' אבו טהה) את הבקשה מבלי לקיים דיון במעמד הצדדים. בהחלטתו נקבע, כי לעורר לא קמה עילה לעיון חוזר לפי סעיף 52 לחוק המעצרים, כאשר אף החלפת ייצוג העורר אינה מהווה עילה לכך, וכי לגופם של דברים יש לקבל את עמדת בית המשפט אשר קבע כי ישנן ראיות לכאורה ועילת מעצר.

7. על החלטתו זו של בית המשפט המחוזי הגיש העורר ערר לבית משפט זה. בהחלטתה של השופטת ד' ברק-ארז מיום 5.11.2015 בבש"פ 7146/15, נדחה הערר, ונקבע, כי אמנם ראוי היה לבית המשפט המחוזי לקיים דיון בבקשה במעמד הצדדים, אך לגופם של דברים אין הצדקה לקיומו של עיון חוזר בעניינו של העורר בשלב זה. זאת, שכן המקרה "אינו מעלה כל הצדקה לחרוג מן הכלל הרחב לפיו שינוי בייצוג אינו מהווה עילה לחזור ולפתוח החלטה בעניין מעצר", ומשום שלגופו של עניין נראה כי המשיבה עמדה ברף הראייתי הנדרש בשלב זה לביסוס ראיות לכאורה. למעלה מן הצורך נקבע, כי המחלוקת על קיומן של ראיות לכאורה נוגעת אך לייחוסה של עבירת האינוס לעורר, כאשר חומרתם של המעשים המגונים הרבים המיוחסים לו לכשעצמה מעוררת מסוכנות מפליגה. עוד צוין בהחלטה, כי אף "השילוב בין הנסיבות החמורות האופפות את ביצוע המעשים המיוחסים לעורר ... לבין אי-הבהירות הקיימת באשר לתפיסת האנשים הקרובים לעורר את חומרת העבירות מצדיק את ההימנעות משחרורו לחלופת המעצר שהוצעה".

8. ביום 16.11.2015 הגיש העורר בקשה נוספת לעיון חוזר, במסגרתה הציע חלופת מעצר חדשה בעיר תל אביב, בפיקוחם של ארבעה מפקחים. בהחלטה מיום 25.11.2015 דחה בית המשפט המחוזי (כב' השופט נ' אבו טהה) את הבקשה, בקבעו כי לא נתגלו עובדות חדשות או השתנו הנסיבות, ואף לא חלף זמן ניכר מעת מתן ההחלטה הקודמת, באופן המצדיק להיעתר לבקשה. עוד נקבע בהחלטה, כי אין לייחס בנסיבות המקרה משקל לממד הגיאוגרפי של מקום החלופה המוצע, שכן מסוכנותו של העורר כללית ואינה מכוונת כלפי המתלוננות דווקא.

9. על החלטה זו של בית המשפט המחוזי, הגיש העורר ערר לבית משפט זה. בהחלטתו של השופט י' דנציגר מיום 2.12.2015 בבש"פ 8108/15, נדחה הערר "לא בלי התלבטות", וצוין כי אין בכך לשלול מן העורר להגיש בקשה לעיון חוזר ולבחינת חלופת מעצר, בחלוף הזמן ובהשתנות הנסיבות.

10. ביום 7.2.2016 הוגש לבקשת המשיבה כתב אישום מתוקן בעניינו של העורר, באופן שבו הוסרו מסעיף 6(ד) שבו המילים "ו/או את אצבעו והחדיר לאיבר מינה", אשר נכללו בכתב האישום המקורי בנוגע למעשיו של העורר כלפי



המתלוננת 2 (ויובהר, כי לא חל כל שינוי בסעיף 6(א) לכתב האישום, אשר גם לפיו החדיר העורר אצבע לאיבר מינה של המתלוננת 2, כמו גם לישובנה).

11. ביום 16.2.2016 התקיים דיון בפני המותב הדן בתיק העיקרי, במסגרתו כפר העורר בעובדות כתב האישום ונקבעו ארבעה מועדי הוכחות. במסגרת המענה לכתב האישום, העלה העורר, בין היתר, טענה מקדמית לפיה ישנה סלקטיביות באכיפה בהעמדתו לדיון בגין אינוס. כמו כן, הגיש העורר בקשה לגילוי חומרי חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: ה"ח"פ"), בה ביקש בין היתר מידע על אודות נתוני אכיפה ומדיניות העמדה לדיון במקרים דומים, אשר בהם כתב האישום כלל עבירה של אינוס. בהחלטת בית המשפט המחוזי מיום 20.3.2016, נדחתה הבקשה, כאשר לגבי חלקים מהמידע המבוקש נקבע כי מקומם להידון בפני המותב הדן בתיק העיקרי. על החלטה זו הוגש ערר לבית משפט זה (בש"פ 2447/16), שטרם נדון.

12. ביום 23.2.2016 הגיש העורר בקשה שלישית לעיון חוזר בהחלטה לעצרו עד תום ההליכים. בבקשתו נטען כי עומדות שלוש עילות המצדיקות עיון חוזר כאמור, והן שינוי נסיבות עקב תיקונו המהותי של כתב האישום, באופן שהתקבלו חלק מטענות העורר על היעדר תשתית ראייתית לעבירת האינוס; קיומן של עובדות חדשות, נוכח כפירת העורר בכתב האישום וקביעת התיק לשמיעת ראיות; והעובדה כי חלף זמן ממושך מאז נעצר העורר, ומאז מתן ההחלטה האחרונה בעניין מעצרו. ביום 14.3.2016 התקיים דיון בבקשה במעמד הצדדים, וביום 24.3.2016 הורה בית המשפט המחוזי על דחייתה. בהחלטתו, קבע בית המשפט (כב' השופט נ' אבו-טהה) כי המסגרת המתאימה לליבון המחלוקת העובדתית והמשפטית שהעלה העורר בבקשתו היא ההליך העיקרי, כי אין בתיקון כתב האישום כדי להפחית מהמסוכנות הגבוהה הנשקפת מהעורר, כי משנקבעו ארבעה מועדי הוכחות רצופים אין ממש בטענה להתמשכות ההליכים או לחלופין זמן ניכר, וכי ביחס לחלופות שהוצעו והומלצו על-ידי שירות המבחן, הנימוקים והטעמים שהובאו בהחלטת בית המשפט המחוזי מיום 25.11.2015 עומדים בעינם. על החלטה זו הוגש הערר דנן.

הערר

13. טענתו העיקרית של העורר בערר שלפניי, מופנית נגד קביעת בית המשפט כי קיימת תשתית ראייתית ומשפטית לעבירת האינוס. בעניין זה, טוען העורר כי בית המשפט לא קיים דיון לגופו של עניין בטענה, כאשר נדרשה בדיקה פשוטה של עובדה נטענת אל מול תשתית ראייתית והלכה משפטית נהגת. לטענת העורר, סעיף 6 לכתב האישום כלל שתי עובדות אשר לכאורה מבססות את עבירת האינוס, כפי שבא לידי ביטוי בניסוח "החדרת אצבע לאיבר המין". העורר טוען כי להשערתו, בסיכום עדות הקטינה בידי חוקרת הילדים, שעל בסיסו הוכן כתב האישום, נרשם בטעות כי הקטינה דיווחה על הכנסת אצבע לאיבר המין, וזאת משום שאין לכך כל זכר בתמלילים עצמם. עוד טוען העורר כי כתב האישום תוקן ללא כל הסבר, כאשר אחת משתי העובדות כאמור נמחקה ממנו, וכי העובדה הנוספת נותרה בנוסח עמום. כנטען, רק לאחר שהעורר הגיש בקשה לעיון בחומרי חקירה, המשיבה הבהירה בהקשר זה כי העורר "החדיר את אצבעותיו בין שפתי הפות על כיפת הדגדגן". העורר מפנה לפסיקה בטענה כי מגע באזור כיפת הדגדגן אינו מקים את עבירת האינוס, וכי הלכה היא שלשם התקיימותה נדרש בהכרח שמוקד המגע יהיה נרתיקה של המתלוננת, ומשכך - אין כל פוטנציאל להרשיע בעבירה זו במקרה דנן.

14. כמו כן, טוען העורר כי המקור הראייתי למגע המיוחס לו אשר מבסס עבירת אינוס, אינו חקירת המתלוננת 2, אלא מושתת על פרשנות חוות הדעת הרפואית המתייחסת לממצא חבלתי באזור זה, כאשר לשיטתו יש להטיל ספק



בחוות דעת זו, אשר אינה תואמת חוות דעת מוקדמות, שלפיהן המסקנה כי אירעה פגיעה מינית אינה חד משמעית. לעניין זה הציג בא-כוח העורר בעת הדיון בערר מסמך מיום 30.3.2016 שקיבל מפרקליטות מחוז הדרום, שנערך לאחר ראיון עם הרופאה החתומה על חוות הדעת, ממנו עולה, לטענתו, כי נחלשה עוד יותר עצמת המסקנה בדבר חדירה לאיבר המין.

ביחס לעדותה של המתלוננת 2, טוען העורר כי מדובר בעדות לקונית, כללית ושלדית, שהתיאורים הנמסרים בה סותרים את עצמם ונסתרים לפי ממצאים חיצוניים. בין היתר, נמצא בעדות זו שהמתלוננת 2 שוללת במקום אחד כי ראתה את איבר מינו של העורר (אם כי במקומות אחרים נאמרו על-ידה דברים שונים בעניין זה). כן נטען כי נפלו פגמים בעבודתה של חוקרת הילדים. העורר מדגיש כי לא מתקבל על הדעת שתתגבש עבירת אינוס, אלא לכל היותר מעשה מגונה, וכי פער זה נושא השלכות ממשיות, כולל לעניין המעצר.

15. בהמשך לכך טוען העורר, כי תיקון כתב האישום, והיעדר ההיתכנות להרשעתו בעבירת האינוס, משליכים על קיומה של עילת מסוכנות בעניינו. כמו כן, טוען העורר כי חלוף הזמן מאז שנדון מעצרו לאחרונה מצדיק לכשעצמו בחינה מחודשת של היתכנות לשחררו לחלופת מעצר. לפי העורר, רמת מסוכנותו פחתה מאז נעצר, וכן קיימות לגביו נסיבות שאינן מחמירות, כעולה מהערכת שירות המבחן.

16. טענה נוספת מפנה העורר נגד התבססות בית המשפט המחוזי על חומרת העבירות המיוחסות לו לצורך המשך מעצרו. המערער מפנה לפסיקה הקובעת כי ראוי להימנע מקביעה אפרוירית שאין לשקול אפשרות שחרור לחלופת מעצר בשל חומרת העבירות המיוחסות לנאשם, ובפרט ביחס לעבירות מין חמורות. עוד טוען המערער כי על-אף שביטול המשפט אינו כבול להמלצת שירות המבחן, הרי שיש מקום לתת לו משקל משמעותי, בצינו כי התסקיר המעמיק שניתן בעניינו חיובי וממליץ. העורר חוזר ומפרט על חלופות המעצר שהציע בעבר, בהדגישו כי שלושה מן המפקחים שהציע כבר נבדקו על-ידי שירות המבחן, כאשר ההתרשמות האישית מהם וכן מיכולתם לפקח על העורר נמצאה חיובית.

בדיון בערר הדגיש בא-כוח העורר כי יש אפשרות סבירה ששלושת המועדים הקבועים עתה להמשך שמיעת העדויות לא יתקיימו, לפחות בחלקם, ועל כן אין להניח שבעוד זמן קצר (המועדים המדוברים הם 4, 7 ו-11 בחודש זה) תתבהר התמונה הראייתית.

17. עמדת המשיבה היא כי דין הערר להידחות מנימוקי בית משפט קמא, וכפי שנקבע בהחלטותיו הקודמות של בית משפט זה. המשיבה טענה, כי הפרשה בכללותה, גם בהנחה - שאינה מקובלת עליה - שלא היתה חדירה לאיבר מינה או לישבנה של המתלוננת 2, מעידה על מסוכנות מובהקת מצד העורר, אשר הוכיח במעשיו שאין לו עכבות. המעשים המיוחסים לו נעשו שעה שהורי המתלוננות ורעיית העורר שהו באותה הדירה, ויש בכך להצביע על כך שהעורר אינו שולט ביצריו ועל כן הוא מהווה סכנה.

דיון והכרעה

18. חלק לא מבוטל מטענות העורר מתייחס למשקל הראיות שבידי המשיבה, וזאת לאחר שבתחילת הדרך הסכים בא-כוחו דאז לקיומן של ראיות לכאורה. לפיכך נאחז העורר בעובדת תיקון כתב האישום, המצביעה, לשיטתו, על כך



שמלכתחילה לא נעשתה הערכה נכונה של הראיות על-ידי המשיבה וכי התיקון מלמד כי חלק מטענותיו התקבלו. העורר טוען להבדל מהותי בין מצב בו נמצאו ראיות לכאוריות לגבי עבירת האונס לבין מצב של העדר ראיות בעלות משקל לכאורי לביצוע עבירה זו. כאמור, הן בהתחשב בתיקון כתב האישום, הן בהתחשב בהבהרת המשיבה שעולה ממנה כי לא היתה חדירה לנרתיק והן ממה שנאמר בראיון שנערך לרופאה, נטען כי עתה לא מתקיימת תשתית ראייתית לכאורית מספקת לביסוס עבירת האונס. נטען כי יש בכך כדי לשנות את מערך השיקולים הנוגעים למסוכנות, ובצירוף עובדת חלוף הזמן והצפי שהמשפט לא יסתיים בקרוב, הדבר מצדיק שחרור העורר לחלופת מעצר, כפי שהומלץ על-ידי שירות המבחן בראשית הדברים.

להשקפתי, גם אם יש ממש בטיעון שלפיו לא עולה מחומר הראיות כי היתה חדירה לאיבר מינה של המתלוננת 2 או לישבנה, ואיני מחווה דעה בעניין זה שכן לא נחשפתי למלוא חומר הראיות, אין בכך כדי לשנות מהערכת המסוכנות הנשקפת מהעורר, הערכה שעמדה ביסוד החלטות קודמות, לרבות החלטותיו של בית משפט זה, ואשר הובילה למסקנה לפיה אין מקום לשחררו ממעצר. במילים אחרות, גם אם תתקבל הטענה כי תיקון כתב האישום וההבהרות שניתנו ביחס לאופי הנגיעה באיבר מינה של המתלוננת 2 החלישו את האפשרות של הרשעה בעבירת אונס, ועל כן היתה עילה לבקש עיון מחדש בהחלטת המעצר, איני סבור כי ההערכות שנעשו בעבר באשר למסוכנות הנשקפת מהעורר אמורות להשתנות עקב כך. גם עתה מדובר על שורה של מעשים מיניים, בשתי מתלוננות רכות בשנים, שבוצעו בנסיבות המצביעות על העדר גבולות ועכבות – ולכן על מסוכנות. נגיעה באיבר מינה של ילדה בת ארבע, באופן שהותיר בה סימנים, גם אם אינה בבחינת אינוס כהגדרתו המשפטית, היא מעשה חמור דיו המצביע על מסוכנות. לכך יש להוסיף את יתר המעשים המיוחסים לעורר, כמפורט לעיל, ואת הנסיבות יוצאות הדופן של ביצועם.

לעת הזו, על-פי המתוכנן, אמור בית המשפט המחוזי להשלים את שמיעת העדויות בשלושת הדיונים שנקבעו, ויש לקוות שכן יהיה. אם במהלך דיונים אלה תשתנה התמונה הראייתית, ברור שפתוחה דרכו של העורר לבקש עיון מחדש במעצרו. אם יתברר שמשפטו מתעכב, יוכל להעלות טיעונים בסוגיה זו כאשר תתבקש הארכת מעצרו בתום תשעת חודשי המעצר הראשונים, ככל שמשפטו לא יסתיים עד אז. בשלב זה, וגם אם אקבל את הטענה כי האפשרות להרשיעו בעבירת אינוס נחלשה (מבלי להביע עמדה לגביה), איני סבור שהתקיימו התנאים המצדיקים לשנות מההחלטה על מעצר העורר אליה הגיע בית משפט זה פעמיים בעבר.

לפיכך לא אוכל להיענות לערר.

ניתנה היום, כ"ה באדר ב' התשע"ו (4.4.2016).

ש ו פ ט