



בש"פ 6885/19 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 6885/19

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן

העורר: פלוני

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' הנשיאה ר' יפה-כ"ץ) בצ"א 43989-07-16 מיום 23.9.2019

תאריך הישיבה: כ"ט בתשרי התש"ף (28.10.2019)

בשם העורר: עו"ד אורי דייגי; עו"ד תאמר אסדי

בשם המשיבה: עו"ד עודד ציון

החלטה
**

לפניי ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' הנשיאה ר' יפה-כ"ץ) אשר דחה את בקשת העורר לעיון חוזר באחד מהתנאים המנויים בצו הפיקוח והמעקב שהוצא בעניינו.

העובדות הצריכות לעניין

עמוד 1



1. העורר הורשע בביצוע מעשה סדום בקטין מתחת לגיל 14 לפי סעיף 347(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) ובמעשה מגונה באיומים לפי סעיף 348(ב) לחוק העונשין. לפי האמור בגזר הדין של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' סגן הנשיא ב' אזולאי והשופטים נ' זלוצ'ובר ו-י' רז-לוי) מיום 14.2.2012, העורר הוביל את המתלונן בניגוד לרצונו, וביודעו שהמתלונן אך בן 7, לרכב שהיה בבעלותו ונמצא במקום מבודד, ובו הליש למתלונן טיטול לשם גירוי וסיפוק מיני וביצע בו מעשה סדום חרף התנגדותו וצעקותיו. באירוע נוסף, שהתרחש כאשר היה המתלונן בן 10, הכניס אותו העורר בניגוד לרצונו לשירותים הנמצאים בסופרמרקט, ושם הורה לו להוריד את מכנסיו ותחתוניו ולעשות את צרכיו, והליש לו טיטול לשם גירוי וסיפוק מיני. גם במקרה זה ביצע העורר מעשה סדום במתלונן, שצעק עד שעוברי אורח הגיעו לעזרתו. בשל מעשים אלה נגזר על העורר עונש של 7 שנות מאסר בפועל, 18 חודשי מאסר על תנאי למשך 3 שנים מיום שחרורו ממאסר, ופיצוי כספי למתלונן בסך 10,000 ש"ח.
2. ביום 25.5.2016 זומן העורר לפגישה עם מעריכת מסוכנות לפי סעיף 5 לחוק הגנה על הציבור מפני עבירות מין, התשס"ו-2006 (להלן: חוק ההגנה על הציבור או החוק), שאליה סירב להגיע. לפיכך התבססה חוות הדעת על מסמכים מתיקו של העורר ועל "גורמים סטטיים ודינמיים" אשר עמדו בפני מעריכת המסוכנות. ביום 19.6.2016 ניתנה חוות הדעת, ובה נקבע כי רמת מסוכנותו המינית של העורר גבוהה, וכי בין יתר גורמי הסיכון ניתן למנות הימצאות בקרב קטינים ביחידות וכל אינטראקציה תדירה עם קטינים. עוד צוין כי העורר שולל כוונה מינית בעבירות שביצע, ומתאר את מניעיו כ"בעיה נפשית ממנה סובל שנוגעת למשיכתו לחיתולים".
3. ביום 17.7.2016, לקראת שחרור העורר ממאסר, הגישה המדינה בקשה להוצאת צו פיקוח ומעקב למשך 4 שנים לגבי העורר, וזאת לפי סעיף 12 לחוק ההגנה על הציבור. בהסכמת הצדדים, הוצא צו פיקוח בגדרו נאסר על העורר, בין היתר, להתחבר לקטינים או לשהות ביחידות עם קטינים, וכן נקבע כי אסור לו להתקרב למקומות כינוס לקטינים דוגמת גני ילדים ובתי ספר. בנוסף, נאסר על העורר לרכוש, להחזיק או לשאת חיתולים, בין במישרין, בין בעקיפין (להלן: צו הפיקוח).
4. העורר שוחרר מן המאסר ביום 17.8.2016, ומאז הורשע כבר 3 פעמים עקב הפרה של תנאי מתנאיו של צו הפיקוח בעניינו. בתמצית: העורר נצפה ליד שער בית ספר; החזיק תמונות שלו לבוש בטיטול חרף האיסור על החזקת חיתולים; נתפס כשהוא לובש טיטול ומחזיק מוצץ בכיס מכנסיו; והתקשר עשרות פעמים לקטין שהכיר והציע לו להיפגש סמוך למקום מגוריו. בכל אחד מן המקרים הודה העורר במיוחס לו ונשפט לעונשי מאסר שמשכם המצטבר עמד על כ-17 חודשים. בנוסף נגזרו על העורר גם עונשי מאסר על תנאי, ולעיתים חויב להפקיד גם התחייבויות כספיות. בשתיים מן ההרשעות הללו הופעלו עונשי המאסר על תנאי, ובאחת מהן אף הופעלה התחייבות כספית שנתן.
5. ביום 8.1.2019 הגיש העורר בקשה לעיון חוזר בצו הפיקוח, ובפרט ביקש להתיר לו "להחזיק תחתונים סופגים וחיתולים", וזאת בטענה שהוא סובל מבעיית אי שליטה בסוגרים. לבקשה צורפו מספר מסמכים רפואיים שונים בהם הומלץ לעורר להשתמש במוצרי ספיגה, ונטען בה כי יש לבטל את המגבלה על החזקת חיתולים משעה שעברו שנתיים מיום הוצאת צו הפיקוח. זמן קצר לאחר הגשת הבקשה נעצר העורר בחשד להפרה של צו הפיקוח, ולכן ביקש למחוק את הבקשה לעיון חוזר.
6. ביום 19.3.2019, עת שהיה עצור בחשד להפרת צו הפיקוח ונמצא גם במאסר עקב עבירה פלילית שאינה נוגעת לעניינו, הגיש העורר עתירת אסיר ובה ביקש, בין היתר, להורות למרפאת הכלא לספק לו תחתונים סופגים



למבוגרים עקב בעיית השליטה בסוגרים. העורר טען כי צו הפיקוח, הקובע כאמור איסור על החזקת חיתולים, אינו מונע ממנו להחזיק תחתונים סופגים. ביום 15.5.2019 קבע בית המשפט המחוזי מרכז (כב' השופט העמית א' יעקב) כי אינו רואה הבדל עקרוני בין חיתולים לבין תחתונים סופגים, ומשכך דחה את עתירת האסיר בכל הנוגע לעניין זה (עת"א (מחוזי מר') 7618-04-19 פלוני נ' שירות בתי הסוהר (15.5.2019)). יוער כי בהמשך תקופת המאסר הסכימו בשירות בתי הסוהר לספק לעורר תחתונים סופגים, אך המדינה מציינת כי החלטה זו נבעה מהסיכון הנמוך שנשקף מהעורר בבית המאסר.

ההליך בבית המשפט המחוזי

7. ביום 22.10.2019, לאחר ששחרר ממאסר (בגין עבירה אחרת שאינה צריכה לעניינו), הגיש העורר בקשה נוספת לעיון חוזר בצו הפיקוח, ובפרט ביקש כי תינתן לו האפשרות להחזיק תחתונים סופגים במידה "מדיום". העורר חזר על הטענות שהועלו בבקשה הראשונה מיום 8.1.2019, והוסיף כי מאז החריפה בעייתו הרפואית, וכי בשלב מסוים אף סופקו לו מוצרי ספיגה עת ששהה במאסר.

8. ביום 23.9.2019 החליט בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' הנשיאה ר' יפה-כ"ץ) לדחות את הבקשה לעיון חוזר, וקבע כי העורר לא הצליח להרים את הנטל כי אין מסוכנות בהחזקת חיתולים על ידו. בית המשפט בחן את המסמכים הרפואיים שהגיש העורר, ובמהלך דיון שקיים בבקשה באותו היום אף שמע עדות מפי רופאה אשר בדקה את המבקש והמליצה לו, בין היתר, על שימוש בתחתונים סופגים (להלן: הרופאה המומחית). הרופאה המומחית תיארה את פרטיה של הבדיקה שבוצעה לעורר - שהיא בדיקה פיזיולוגית בעלת מאפיינים פולשניים - ותיארה כי ממצאיה של הבדיקה עולים בקנה אחד עם תלונות העורר על אי שליטה בסוגרים.

9. במהלך חקירתה על ידי באת כוח המדינה נשאלה הרופאה המומחית גם בנוגע לדרכים חלופיות להתמודדות עם בעייתו של העורר פרט לשימוש בתחתונים סופגים - הגם שסוגיה זו לא עמדה במרכז העדות - ומתשובתה ניתן להסיק כי ייתכן שניתן לתת לה מענה באמצעות תרגול, טמפון אנאלי, וגם באמצעים כירורגיים.

10. כאמור לעיל, בסופו של דבר החליט בית המשפט לדחות את בקשת העורר. בית המשפט קבע כי המלצותיה ומסקנותיה של הרופאה המומחית התבססו על דיווחי העורר במהלך הבדיקה, ומשכך קיימת אפשרות להטות את הבדיקה בהתאם לרצונו של הנבדק. עוד נקבע כי מסמך רפואי נוסף שהגיש העורר אינו אלא המלצה שניתנה לבקשתו. בית המשפט עמד גם על ממצאיה של הערכת המסוכנות בעניינו של העורר, אשר העלתה חשד למשיכה מינית לחיתולים, ועל כך שהעורר נתפס במספר הפרות של צו הפיקוח "המעידות כאלף עדים על רמת הסיכון הנשקף ממנו".

טענות הצדדים

11. מכאן הערר שלפניי. העורר סבור כי שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו כי לא הורם הנטל להצדקת שינוי בצו הפיקוח. במרכז הערר עומדת הטענה שלפיה מצבו הרפואי של העורר מצריך שימוש במוצרי ספיגה, ויש לאפשר לו לכל הפחות להחזיק תחתונים סופגים למבוגרים. לטענת העורר, יש ליתן משקל לכך שחלפו כבר כ-3 שנים מאז שהוצא צו הפיקוח, ולכך שבתקופה זו לא ביצע עבירת מין נוספת. העורר ציין כי הוא מתלונן במשך תקופה ארוכה על בעיית



השליטה בסוגרים, ומהימנותה של תלונה זו נלמדת ממסמכים רפואיים שונים ומבדיקה שנערכה לו על ידי הרופאה המומחית שהוזכרה לעיל. עוד טוען העורר כי חרף האפשרות התיאורטית להטות את הבדיקה, לא הובאה כל ראיה לכך שהבדיקה הוטתה במקרה זה. עוד מוסיף העורר כי הטיית הבדיקה מחייבת להכירה ברמה גבוהה, וכי קיים סיכוי נמוך לכך שהיה ביכולתו להשפיע עליה. נוסף על כך, הדגיש העורר כי בשלב מסוים במהלך שהותו במאסר ניתנה לו האפשרות להשתמש במוצרי ספיגה.

12. לשיטת העורר, יש לפרש את חוק ההגנה על הציבור על רקע עיקרון המידתיות החולש עליו. לטענתו, ההגבלה הנוגעת לרכישתם והחזקתם של חיתולים נוגדת את הוראת סעיף 13(ב) לחוק ההגנה על הציבור, הקובע כי בית המשפט יכול מגבלה בצו פיקוח אם הוא סבור כי קיים קשר בינה לבין הסיכון כי עבריו המין יבצע עבירת מין נוספת. בנוסף, נטען כי המגבלה מנוגדת אף להוראות סעיף 13(ג) לחוק ההגנה על הציבור, הקובע כי לא יכלול תנאי פיקוח מקום בו ניתן להשיג את מטרת הפיקוח באמצעות תנאי אחר שפגיעתו בעבריו המין פחותה. עוד מוסיף העורר כי אין הכרח בתנאי האוסר על החזקת חיתולים כאשר ממילא נאסר עליו לשהות ביחידות עם קטינים.

13. בדיון שהתקיים בפניי ביום 28.10.2019 טענה המדינה כי לשיטתה אין הבדל עקרוני בין חיתולים לבין תחתונים סופגים, וכי גם האחרונים עלולים להגביר את הסיכון הנובע מהעורר. המדינה ציינה כי העורר הפר את צו הפיקוח מספר פעמים מאז ששוחרר ממאסר, בין היתר גם בכך שניסה ליצור קשר עם קטינים, ולכן אין מקום להתיר לו להחזיק בחיתולים או בתחתונים סופגים המהווים גורם מגביר סיכון. באשר לבעיה הרפואית שעליה מתלונן העורר, טוענת המדינה כי מעדותה של הרופאה בבית המשפט המחוזי ניתן ללמוד כי הבדיקה שנערכה לעורר מבוססת במידה רבה על דיווח עצמי, ומשכך היא ניתנת להטיה. עוד ציינה המדינה כי בעדותה התייחסה הרופאה לאמצעים חלופיים לטיפול בבעיית השליטה בסוגרים, שכלל אינם דורשים מהעורר להחזיק מוצרי ספיגה האסורים לפי צו הפיקוח.

בתגובה ציין בא כוח העורר כי בדיקות רפואיות רבות מתבססות על דיווחי הנבדק, וכי פסילת הבדיקה בשל עילה זו לא מותירה לעורר כל דרך להוכיח כי הוא אכן סובל מאי שליטה בסוגרים.

דיון והכרעה

14. כידוע, מטרתו של חוק ההגנה על הציבור היא להגן מפני עבירות מין חוזרות על ידי עבריו המין שסיימו לשאת בעונשם וחזרו לקהילה (סעיף 1 לחוק ההגנה על הציבור; בש"פ 8763/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (23.12.2012)). אמצעי מרכזי להגשמת מטרה זו קבוע בסעיף 12(א) לחוק, המסמיק את בית המשפט להורות על הוצאת צו פיקוח ומעקב לגבי עבריו המין, אם שוכנע, לאחר שעיין בהערכת מסוכנות, כי קיימת רמת הסיכון ש"אינה נמוכה" לכך שעבריו המין יבצע עבירת מין נוספת.

לצד הענקת סמכויות פיקוח ומעקב הכרוכות בפגיעה בזכויותיהם של עבריו המין, קובע החוק שורת הסדרים שנועדו להבטיח כי פגיעה זו תהיה מידתית ככל הניתן. כך, סעיף 10 לחוק קובע כי הפיקוח יוטל "במידה הנדרשת" כדי למנוע את הישנותן של עבירות; סעיף 13(ב) קובע כי מגבלה קונקרטית יוטל רק אם "קיים קשר" בין המגבלה לבין הסיכון הנשקף מעבריו המין; וסעיף 13(ג) מוסיף וקובע, בין היתר, כי בית המשפט לא יורה על הכללתו של תנאי מסוים בצו הפיקוח אם ניתן להשיג את מטרת הפיקוח והמעקב באמצעות תנאי אחר "שפגיעתו בעבריו המין פחותה". בפסיקתו של בית משפט זה נקבע בעבר כי שתי הוראות אחרונות אלה מעגנות את מבחני המידתיות הראשון והשני



לעניין קביעת המגבלות בצו פיקוח (בש"פ 1741/14 מדינת ישראל נ' אשרף אחמד, פסקה 5 (26.3.2014); בש"פ 6817/11 רפאלי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (6.10.2011)). כן נקבע כי "תנאי מרכזי לעמידה במבחני המידתיות הוא כי [...] תנאי הפיקוח יקבעו בהתאמה אישית לנסיבות העברין הספציפי, לסיכון הנשקף ממנו ולעבירות שבהן הורשע. זאת כדי למנוע ביצוע עבירות הדומות לאלה שהורשע בהן" (בש"פ 5308/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (23.7.2012)).

15. נקודת המוצא בענייננו היא כי המסוכנות המינית הנשקפת מן העורר לציבור הרחב מצויה ברף הגבוה, וכי החזקת חיתולים היא גורם מגביר סיכון. הדברים עולים בבירור מהערכת המסוכנות, כמו גם מן העובדה שהעורר הורשע בשלוש הפרות מהותיות של צו הפיקוח, ומן העובדה שלא היה בחשש מפני מאסר נוסף כדי להרתיע את העורר מלבצע הפרות נוספות. מכאן גם ברור כי התנאי המקורי שנקבע בצו הפיקוח מקיים את דרישת החוק לקיומו של קשר בין טיבה של המגבלה שהוטלה לבין הצורך להגן על הציבור מפני ביצוע עבירות מין נוספות על ידי העורר.

16. אין לכחד כי תנאי זה מעורר קושי נוכח טענת העורר כי הוא סובל מבעיית אי שליטה בסוגרים. אם אמנם אלה הם פני הדברים, מניעת השימוש במוצרי ספיגה שעליהם אוסר הצו עלולה לפגוע בהתנהלות העורר ובכבודו, כל עוד לא עומד לו פתרון חלופי. אכן, בית המשפט המחוזי הטיל ספק בטענת העורר בדבר קיומה של בעיית שליטה בסוגרים, משמצא כי הבדיקה שעליה התבססה הרופאה המומחית שהובאה מטעם העורר ניתנת להטיה. ברם, לאחר שעיינתי בפרוטוקול חקירתה של הרופאה המומחית (חוות הדעת עצמה לא צורפה על ידי העורר), ובשים לב לעובדה שגם בתקופת מאסרו ביקש העורר - וקיבל - מוצרי ספיגה, מוכן אני להניח כי עלה בידי העורר לעמוד בנטל הראשוני להוכיח את קיומה של בעיית שליטה בסוגרים.

17. ואולם, גם תחת ההנחה האמורה, עיון בפרוטוקול עדותה של הרופאה המומחית מלמד, על פני הדברים, כי ישנן דרכי טיפול חלופיות בבעיית השליטה בסוגרים שאינן מחייבות שימוש במוצרי הספיגה האסורים לפי צו הפיקוח, ואפשרות זו אף הועלתה על ידי המדינה במהלך הדיון שהתקיים בפניי. בדיון לפניי לא הוצגה תשתית מתאימה כדי להראות כי באמצעים חלופיים אלה אין כדי ליתן מענה לבעיה שאותה העלה העורר.

18. בהינתן המכלול האמור, וחרף המורכבות המתעוררת במקרה דנן, סבורני כי בשלב זה עוצמת הסיכון הנשקפת מן העורר מכריעה את הכף. לפי התשתית שהונחה לפני בית המשפט המחוזי, הערכת המסוכנות ואופיין וטיבן של הפרות צו הפיקוח אינן מאפשרות להתיר לעורר להחזיק ברשותו חיתולים ותחתונים סופגים. לפיכך, איני סבור כי נפל פגם בהחלטת בית המשפט המחוזי לדחות את בקשת העיון החוזר.

19. ככל שבחלוף פרק זמן נוסף יתעוררו קשיים בשימוש באמצעים החלופיים, אין לשלול את אפשרותו של העותר לבקש עיון מחדש בצו הפיקוח, ולהניח תשתית מתאימה בשאלת החלופות האחרות לטיפול בבעיית השליטה בסוגרים. זאת, מבלי שאביע כל עמדה לגופם של דברים.

הערר נדחה אפוא.



ניתנה היום, ה' בחשוון התש"ף (3.11.2019).

ש ו פ ט
