

## בש"פ 248/20 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 248/20

לפני: כבוד השופט א' שטיין

העורר: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי נצרת במ"ת 31858-11-19 מיום 8.1.2020 שניתנה על-ידי השופטת א' לינדנשטראוס

בשם העורר: עו"ד תמי אולמן; עו"ד שאדי סרוג'י

בשם המשיבה: עו"ד מורן פולמן

החלטה

נושא ההליך

1. לפני ערר לפי סעיף 53(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים), על החלטת בית המשפט המחוזי נצרת (השופטת א' לינדנשטראוס) אשר ניתנה ביום 8.1.2020 במ"ת 31858-11-19 וקבעה כי העורר יעצר מאחורי סורג ובריח עד תום ההליכים המשפטיים אשר מתנהלים נגדו בתפ"ח 31824-11-19.

עמוד 1

2. ביום 14.11.2019 הוגש נגד העורר ונגד שניים נוספים (להלן: נאשם 1 ונאשם 3) כתב אישום המייחס להם אינוס בנסיבות מחמירות, עבירה לפי סעיף 345(ב)(5) בנסיבות סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). לעורר מיוחס גם מעשה סדום בנסיבות מחמירות, עבירה לפי סעיף 347(ב) בנסיבות סעיף 345(ב)(5) וסעיף 345(א)(4) לחוק העונשין; פגיעה בפרטיות, עבירה לפי סעיפים 2(1) ו-5 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; וכן הפצה של תוכן בעל אופי מיני באמצעות מכשיר טלפון סלולרי, עבירה לפי סעיף 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.
3. כתב האישום מספר כי ביום 21.10.2019, בסמוך לשעה 2:15, הבחין נאשם 1 בג' (להלן: המתלוננת) כשהיא שיכורה וצועדת לבד לדירתה (להלן: הדירה), לאחר שבילתה עם חברותיה בפאב הסמוך למקום מגוריה. נאשם 1 החליט לנצל את מצבה של המתלוננת ולקיים עמה יחסי מין כשהיא נתונה תחת השפעת אלכוהול ולשתף בכך את חבריו: נאשם 3 והעורר. בהתאם לתוכנית זו, יצר נאשם 1 קשר טלפוני עם העורר, שיתף אותו בכוונתו והציע לו להצטרף אליו. העורר נענה להצעה ולאחר שקיבל הנחיות מנאשם 1 נכנסו שניהם לדירה באופן הבא: תחילה, דפק נאשם 1 על דלת הדירה, וכשהמתלוננת פתחה את הדלת הוא נכנס לדירה; כעבור מספר דקות, ביקש נאשם 1 מהעורר להצטרף אליו, והעורר, שהמתין לקריאה זו מחוץ לדירה, עשה כדברו. בזמן שהשניים היו בדירה, וביודעם כי המתלוננת מצויה תחת השפעה של משקאות משכרים ואינה מסוגלת לתת הסכמה חופשית לקיום יחסי מין, הפשיטו העורר ונאשם 1 את המתלוננת מבגדיה התחתונים, החדירו את איברי מינם אל איבר מינה ואל פיה לסירוגין. בחלק מהזמן עשו השניים את מעשיהם בו זמנית; הם המשיכו במעשים אלה, עד אשר הגיעו לסיפוקם, גם לאחר שנכחו לראות שהמתלוננת בתולה תוך שהם מתעלמים מאנקות כאבה ומדימום שזב מאיבר מינה. במהלך שהותם בדירה, הקליט העורר באמצעות טלפון סלולרי חלק מההתרחשויות ללא ידיעתה וללא הסכמתה של המתלוננת (להלן: ההקלטה). לאחר מכן, הזמין נאשם 1 לדירה את נאשם 3 ואדם נוסף ושלח להם הקלטה קולית שבה נשמעות גניחות בעת קיום יחסי המין עם המתלוננת. בהמשך, הפסיק העורר את ההקלטה ויצא מהדירה בזמן שנאשם 1 המשיך לקיים יחסי מין עם המתלוננת. לאחר שיצא העורר מהדירה, הגיע נאשם 3 והצטרף לנאשם 1. באותו היום, שלח העורר את ההקלטה לשלושה אנשים נוספים.
4. בד-בבד עם הגשת כתב האישום, הגישה המדינה בקשה למעצר העורר ושני הנאשמים הנוספים עד לתום ההליכים המשפטיים המתנהלים נגדם. בבקשה נטען כי בידי המדינה ראיות לכאורה להוכחת אשמתם של העורר ושל שני הנאשמים הנוספים, ובהן: עדות המתלוננת; הודעות של חברותיה שהגיעו לדירה לאחר המעשה ותיארו את מצבה הנפשי הקשה; דו"חות משטרה ודו"חות רפואיים; וכן קלטות שמע המתעדות את המעשה ושיחות מוקלטות של הנאשמים. עוד נטען בבקשה כי נגד העורר (ונגד שני הנאשמים הנוספים) קמה עילת מעצר מכוח סעיף 21(א)(1)(ב) לחוק המעצרים יחד עם חזקת המסוכנות המעוגנת בסעיף 21(א)(1)(ג)(4) לחוק. המדינה הוסיפה וטענה, כי במקרים של עבירות מין חמורות במיוחד, דוגמת זו שלכאורה בוצעה על ידי העורר ושני הנאשמים האחרים, קיים חשש אינהרנטי ששחרור ממעצר יביא לשיבוש הליכי משפט; ומשכך, קמה נגד העורר (ונגד שני הנאשמים הנוספים) עילת מעצר נוספת לפי סעיף 21(א)(1)(א) לחוק המעצרים. בבקשה בכתב שהגיש העורר ביום 5.12.2019, הודיע הלה לבית משפט קמא כי הינו מסכים לקיומן של ראיות לכאורה ועילת מעצר נגדו, וביקש להפנותו לקבלת תסקיר מעצר מטעם שירות המבחן אשר יבחן האם ניתן להסתפק בעניינו בחלופת מעצר שפגיעתה בחירותו תהא פחותה, ולחלופין, האם ניתן להעבירו למעצר-בית תחת פיקוח אלקטרוני ותנאים מגבילים נוספים.

5. בעניינו של העורר הוגשו שני תסקירי מעצר מטעם שירות המבחן. התסקיר הראשון הוגש ביום 25.12.2019 (להלן: התסקיר הראשון). התסקיר השני הוגש ביום 5.1.2020, לאחר שבית משפט קמא הורה לשירות המבחן לשמוע את עמדתה של המתלוננת ולהשלים את התסקיר הראשון בהתאם (להלן: התסקיר השני). בתסקיר הראשון עמד שירות המבחן על נסיבותיו האישיות של העורר; על כך שהוא נעדר עבר פלילי וגדל במשפחה נורמטיבית, המתפקדת כראוי; ועל כך שהוא תפקד באופן תקין לאורך השנים במסגרות אליהן השתייך, אשר כללו לימודים ושירות צבאי. שירות המבחן הוסיף וציין כי דימויו העצמי של העורר נפגע בעקבות תאונת דרכים בה היה מעורב וכי ייתכן כי הינו סובל מפוסט-טראומה. כמו כן הדגיש השירות את התרשמותו כי העורר נתון במצוקה נפשית רבה בהיותו עצור וכי מעצרו השפיע עליו כגורם מרתיע ומציב גבולות. עוד ציין השירות, כי "ברקע לנסיבות מעצרו [של העורר] בלטו בחירות מוטעות". דומני שלא אטעה אם אומר, ב"רחל בתך הקטנה", כי הביטוי "בחירות מוטעות", שבו בחר השירות להשתמש, איננו מתייחס לבחירות שאדם עושה ביחס לעצמו כאשר, למשל, הוא בוחר לצאת החוצה ללא מעיל ביום קר וגשום או כאשר הוא בוחר ללמוד מקצוע שאינו הולם את אישיותו ואת כישוריו. מדובר ב"בחירות מוטעות" שמשאירות אחריהן נפגעות עם גוף פצוע וכואב ונפש הרוסה - וזאת יש לומר מפורשות. כמו כן ציין השירות, בהקשרן של אותן "בחירות מוטעות", כי העורר הציג את תפישותיו המיניות באופן חלקי ומצומצם, מבלי שאפשר היה לבדוק האם הוא רואה בנשים אובייקט לצורך סיפוק מיני בלבד. השירות סיכם את עמדתו באמירה מסוייגת כי "מדובר בהתרשמות ראשונית" וכי "הערכת מסוכנות מינית לא מתקיימת בשלב זה, אולם אין בכך לשלול סיכון להישנות התנהגות מינית פוגענית בעתיד". ביחס לחלופת המעצר שהוצעה מטעם העורר - מעצר-בית בבית אחותו (רוני) המרוחק ממקום מגורי המתלוננת, אשר יתנהל תחת פיקוח הוריו, אחיו, אחיותיו, גיסו ואנשים נוספים - הביע השירות את התרשמותו החיובית מהמפקחים המוצעים (למעט אחת מהם) והמליץ על שחרור העורר לחלופת המעצר.

6. המלצת השירות לשחרר את העורר למעצר-בית בהיעדר הערכה ברורה בנוגע למסוכנותו כמי שעלול לחזור על אותה "בחירה מוטעית" שעשה, עוררה קשיים. בית משפט קמא לא קיבל אפוא המלצה זו וביקש כי השירות יכין תסקיר עדכני ומשלים לאחר שאנשיו ישוחחו עם המתלוננת. השירות עשה כן והגיש לבית המשפט את התסקיר השני בו המליץ לשחרר את העורר למעצר-בית מלא תחת פיקוח אלקטרוני ותנאים מגבילים נוספים. המלצה זו לקחה בחשבון את מצבה של המתלוננת שחוותה שבר בחייה ואת ההתדרדרות הרגשית והנפשית ממנה היא סובלת לצד תסמינים פוסט-טראומטיים. כמו כן לקח השירות בחשבון את עמדת המתלוננת, אשר הביעה חשש משחרור העורר ושותפו ממעצרו. להערכת השירות, שחרור העורר ממעצרו עלול להרע את מצבה של המתלוננת ולערער את תחושת הביטחון שלה. באשר לעורר עצמו, השירות שב על התרשמותו כי מדובר ב"אדם אשר שמר על תפקוד תקין לאורך השנים, הנעדר מאפיינים עברייניים מושרשים [ש]חוה קשיים רבים במהלך מעצרו המהווה עבורו גורם מרתיע ומציב גבולות ברורים". לאור האמור, חזר בו השירות מהמלצתו הראשונה והמליץ הפעם על מעצרו של העורר באיזוק אלקטרוני אשר ינוהל באותו מקום (בית אחותו) ובאותם התנאים שהומלצו בתסקיר הראשון - וזאת, ללא חלונות התאוררות ותוך הפקדת ערבויות כספיות גבוהות.

ההחלטה קמא

7. לאחר ששמע את טענות הצדדים בדיון שהתקיים ביום 8.1.2020, דחה בית משפט קמא את המלצתו המתוקנת של שירות המבחן והורה על מעצרו של העורר מאחורי סורג ובריח עד תום ההליכים המשפטיים בתיק העיקרי. בהחלטתו, הפנה בית המשפט לסעיף 22ב(ב) לחוק המעצרים וקבע כי לא נמצאו טעמים מיוחדים אשר

נדרשים באותו סעיף למעצר באיזוק אלקטרוני כחלופה למעצר מאחורי סורג ובריח. בית המשפט קבע כי אמנם אין בנתוני העורר, כשלעצמם, כדי לחייב את מעצרו עד תום ההליכים, אולם נסיבות ביצוע העבירה ובכללן הקלטת המתלוננת - מעשה מתוחכם שנעשה על ידי העורר "כדי לחלץ [מהמתלוננת] שברי אמירות אודות עמדתה באשר לקיום יחסי המין" - מחייבות את המסקנה כי איזוק אלקטרוני לא ישיג את תכלית המעצר. בתוך כך, הדגיש בית המשפט כי מדובר במעשה שבוצע בצוותא חדא על ידי העורר ושני הנאשמים הנוספים בפרשה "בברוטאליות וללא רחם, אף שהם נוכחים לדעת כי מדובר במתלוננת שיכורה, ואף כשהם רואים שהיא בתולה, מדממת וכאובה". עוד הוסיף בית המשפט, כי מסוכנות העורר איננה מופנית כלפי קורבן מוגדר וספציפי - דבר הנלמד מכך שהלה לא הכיר את המתלוננת קודם למעשה - אלא כלפי כל קורבן מזדמן במצב דומה. לפיכך, נקבע כי הרחקתו של העורר מהמתלוננת לא תאיין את מסוכנותו כלפי ציבור הנשים. מטעמים אלה, סבר בית המשפט כי חלופת המעצר עליה המליץ שירות המבחן איננה בטוחה דיה, תוך שהוא מבהיר כי היות העורר נפגע מתאונת דרכים איננה בגדר נסיבה מיוחדת שבכוחה להטות את הכף לכיוון מעצרו באיזוק אלקטרוני. לבסוף ציין בית המשפט כי "לאמור לעיל יש להוסיף את התרשמותו של שירות המבחן ממצבה הנפשי של המתלוננת וההרעה הצפויה במצבה הנפשי, ככל [שהעורר], כמו [שאר הנאשמים], ישוחררו ממעצר", כאשר הוא מפנה להחלטתה של השופטת ד' ביניש (כתוארה אז) בבש"פ 7497/03 גואטה נ' מדינת ישראל (10.9.2003) (להלן: עניין גואטה).

מכאן הערר שלפניי.

טענות הצדדים

8. העורר טוען כי שגה בית משפט קמא כאשר הורה על מעצרו מאחורי סורג ובריח עד תום ההליכים. לדבריו, היה על בית המשפט לתת משקל לתסקירים מטעם שירות המבחן שהוגשו בעניינו; לעובדה שהוא נעדר עבר פלילי; לעובדה שחלופת המעצר המוצעת רחוקה מאוד ממגורי המתלוננת ומסביבת חייה; לכך שהמתלוננת אישרה כי מאז הגשת התלונה לא הופנתה אליה שום פניה מטעמו, במישרין או בעקיפין; וכן לעובדה כי המתלוננת לא הביעה חשש ששחרור העורר ממעצרו יניאה מלהעיד נגדו בבית המשפט. כמו כן טוען העורר כי בית המשפט שגה בהסתמכו על סעיף 22ב(ב) לחוק המעצרים, מאחר שלדבריו סעיף זה כלל איננו מתייחס לעבירות המיוחסות לו. העורר מוסיף וטוען בהקשר זה, כי בניגוד לקביעתו של בית המשפט שהתבססה על הסעיף האמור, לא היה מוטל עליו שום נטל להוכיח את קיומן של נסיבות מיוחדות אשר מצדיקות את מעברו למעצר בפיקוח אלקטרוני. העורר מסכם וטוען כי בית משפט קמא שגה בכך שביסס את החלטתו על הנסיבות המתוארות בכתב האישום תוך התעלמות מהמלצתו החד-משמעית של שירות המבחן ומהשלכותיה המשפטיות של חזקת החפות, אשר עומדת לזכותו. על בסיס טענות אלה, מבקש העורר כי אורה על שחרורו לחלופת מעצר ואטיל עליו, במסגרת זו, תנאים ומגבלות, כולל מעצר באיזוק אלקטרוני, לפי שיקול דעתי - והכל כדי למזער את הפגיעה בחירותו, לקיים את חזקת החפות, ולהקל על מצוקתו הנפשית.

9. המדינה, מנגד, סומכת את ידיה על ההחלטה קמא ועל נימוקיה. לטענתה, שיקול הדעת הסופי אם לאמץ את המלצותיו של שירות המבחן, ואם לאו, מצוי בידי בית המשפט אשר דן במעצרו של הנאשם; בשיקול הדעת אשר הופעל, כפי שהופעל בעניינו של העורר, לא נמצא שום פגם. בהקשר זה, המדינה מפרטת וטוענת כי עובדותיו של כתב האישום, המאומתות כדבעי בראיות לכאורה, מצביעות על המסוכנות הרבה הנשקפת מהעורר ועל היותו אדם שאיננו נרתע ממעשי אלימות אכזריים שמטרתם לספק את מאווייו ואת דחפיו המיניים. מטעמים אלה, סבורה המדינה כי מן הדין לדחות את הערר ולהשאיר את העורר מאחורי סורג ובריח עד אשר יוכרע משפטו.

10. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים, אלו שבכתובים ואלו שעלו במהלך הדיון שנתקיים לפניי, הגעתי למסקנה כי דין הערר להתקבל וכי מן הדין לקבל את המלצתו המתוקנת של שירות המבחן ולהעביר את העורר ממעצרו מאחורי סורג ובריא אל מעצר-בית מלא תחת פיקוח אלקטרוני, אשר יתקיים בבית אחותו (רוני) ביישוב אלון הגליל, בפיקוחם של שני מפקחים אמינים לפחות, שבעה ימים בשבוע בכל שעות היממה, ללא הפסקה וללא חלונות התאווירות - והכל בכפוף לתנאים מגבילים נוספים, אשר כוללים הפקדת דרכון, הפקדה כספית, הפקדת התחייבות עצמית וערבויות של צדדים שלישיים, כמפורט להלן, וכן מתן אפשרות למדינה לגבות מהמתלוננת את עדותה בזמן הקרוב בהתאם לאמור בסעיף 117 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ), אם המדינה תמצא זאת לנכון.

מעצר עד תום ההליכים: עילותיו וחלופותיו

11. עבירות האינוס ועבירות מין נוספות שבהן העורר מואשם נמצאות, בלי צל של ספק, ברף העליון של החומרה. לפי טענות המדינה, המאומתות בראיות לכאורה, העורר פגע ללא רחמים בגופה ובנפשה של המתלוננת. הוא ביטל את רצונה ואת פרטיותה, מחק את ה"אני" שלה מניה וביה והשתמש בה ככלי לסיפוק יצריו המעוותים והפוגעניים. מעשים אלו נעשו בשיתוף עם נאשם 1, והעורר אף דאג להקליטם לשם שעשוע שלו ושל חבריו, ואולי אף כדי ליצור ראייה שקרית אשר תציג את המתלוננת כמי שכביכול הסכימה לקיים יחסי מין עם העורר ועם שותפו. עונשים שברגיל ראוי להטיל בגין עבירות כאלה צריך שיהיו קרובים לעונשי המקסימום הקבועים בחוק - זאת, כדי להבטיח הרתעה כללית מפני התנהגות פוגענית ההורסת את חייהם של נפגעות ושל נפגעי העבירה ללא תקנה, וכדי שעונשו של העבריין יהא שקול לחומרת מעשיו ויעמיד את ערכה המוסרי של הנפגעת ממעשים אלו על כנו (ראו: ע"פ 4802/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 36 לפסק דיני והאסמכתאות שם (29.1.2019)). כפי שכבר הזדמן לי להעיר ביחס לעבירות מין חמורות, אשר פוגעות בקורבנות חסרי הגנה והורסות את חייהם, אל לנו לרחם על העבריין בבואנו לגזור את עונשו, שכן "שופט שמרחם על עבריין ומפחית את עונשו, תוך החלשת ההרתעה הכללית, איננו מרחם על הקורבנות" (ראו: ע"פ 3792/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (11.11.2018)).

12. ברם, דברים אלו יפים לעניין ענישת עבריינים אשר נמצאו אשמים אחרי שמעשיהם הפליליים הוכחו מעבר לספק סביר. נאשם שהעבירה המיוחסת לו טרם הוכחה, ושיכול שיצא זכאי בדינו, חוסה תחת כללים אחרים הניזונים מחזקת החפות (ראו: רינת קיטאי סנג'רו המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין 31-80 (2011), להלן: קיטאי סנג'רו). כללים אלו כוללים הלכה יסודית אשר קובעת כי מעצר עד תום ההליכים אינו משמש מקדמה על חשבון העונש אשר יוטל על הנאשם לכשיורשע; והוא גם אינו נועד לספק את מאוויי הציבור שרוצה לראות את הנאשם מאחורי סורג ובריא, ועל כן לשיקולים ממשפחת "מה יגידו הבריות?" אין מקום בהחלטות מעצר (ראו החלטתו של השופט מ' אלון (כתוארו אז) בב"ש 1/87 דננאשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 281, 287-289 (1987)). מטעמים אלה, חומרת העבירה המיוחסת לנאשם בהתבסס על ראיות לכאורה אינה יכולה לשמש, לבדה, עילה למעצרו עד תום ההליכים. כפי שהודגש בדברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - עיכוב, מעצר ושחרור), התשנ"ה-1995:

"בסוגית עילת המעצר עד תום ההליכים, המבוססת על חומרת העבירה, מוצע שינוי; השינוי הוא בהכרעה במחלוקת השופטים, בשאלת המעצר עד תום ההליכים בעילה של חומרת העבירה, בלבד. הצעת החוק מעדיפה את גישתו של כב' השופט אלון במחלוקת שבינו לבין חלק משופטי בית המשפט העליון בשאלה זו." (ראו סה"ח התשנ"ה 306, 308).

מאז חקיקת חוק המעצרים שלפיו אנו פועלים, מעצר עד תום ההליכים נועד להבטיח כי הנאשם ימנע מפעילות עבריינית ולא ינסה לשבש את מהלכי משפטו, וכי הלה יתייצב למשפטו ולריצויו עונשו, אם ימצא אשם (ראו: סעיף 21(א)(1) לחוק המעצרים; וכן קיטאי סנג'רו, בעמ' 99-150 ובעמ' 205-238). מעצר עד תום ההליכים מהווה אפוא אמצעי לאכיפת הדין הפלילי, אשר מופעל כל אימת שהוא דרוש להשגת מטרותיו, ולא מעבר לכך.

13. אמצעי זה הופך להיות בר-הפעלה בהתקיים שני תנאים מצטברים, שענינם ראיות התביעה ומסוכנות הנאשם. כדי להביא למעצרו של נאשם עד תום משפטו, המדינה חייבת להציג ראיות, אשר אם תימצאנה אמינות מעבר לספק סביר, יהא בכוחן להוכיח כי הנאשם ביצע את העבירה המיוחסת לו (ראו: סעיף 21(ב) לחוק המעצרים; וכן בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133 (1996)). התקיימותו של תנאי זה מהווה אינדיקציה לקיומה של הסתברות לא מבוטלת שהנאשם ביצע את העבירה המיוחסת לו, ועל כן היא מקטינה את כוחה של חזקת החפות העומדת לזכותו. כמו כן חייבת המדינה להוכיח את המסוכנות הנשקפת מהנאשם לאדם אחר, לציבור או להליך הפלילי. ההוכחה הנדרשת כאן צריכה לבסס את סבירותה של ההשערה כי אם הנאשם לא יעצר, הוא עלול לבצע מעשה עברייני אשר יפגע באדם ספציפי או בציבור כולו; לשבש את ההליך הפלילי המתנהל נגדו על ידי הדחת עד או בדרך אחרת; או להימלט מאימת הדין (ראו: סעיפים 21(א)(1) ו-21(א)(1)(ב) לחוק המעצרים; וכן קיטאי סנג'רו, בעמ' 255-299). בצדם של שני התנאים הללו עומד עיקרון כללי אשר מחייב את בית המשפט למזער את הפגיעה בחירותו של הנאשם כל אימת שניתן לעשות כן מבלי לפגוע במטרות המעצר מאחורי סורג ובריח. הווה אומר: מקום שאפשר להגשים את מטרות המעצר מאחורי סורג ובריח על ידי שחרור הנאשם לחלופת מעצר (לרבות מעצר-בית בפיקוח אלקטרוני) בתנאים שפגיעתם בחירותו של הנאשם תהא פחותה, חייב בית המשפט להורות על שחרורו באותם תנאים, והדברים ידועים (ראו: סעיף 21(ב)(1) לחוק המעצרים; קיטאי סנג'רו, בעמ' 28). עיקרון חשוב זה ניזון מזכות האדם לחירות ומחזקת החפות, והוא ייקרא להלן: "עיקרון הפגיעה הפחותה" (ראו: סעיף 1(ב) לחוק המעצרים).

14. הוראות דין אלה לא פועלות בגפן. בצדן, קבע המחוקק בסעיף 21(א)(1)(ג) לחוק המעצרים את חזקת המסוכנות אשר מחייבת את בית המשפט להניח כי אחת מעילות המעצר המפורטות בסעיף 21(א)(1)(ב) לחוק המעצרים התקיימה "אלא אם כן הוכיח הנאשם אחרת". חזקה זו חלה על כל נאשם שמואשם באחת העבירות המנויות בסעיף 21(א)(1)(ג) הנ"ל, ואלו כוללות, בין היתר, "עבירה שנעשתה באלימות חמורה או באכזריות" (כאמור בסעיף 21(א)(1)(ג)(4)).

15. כמו כן קבע המחוקק בסעיף 22(ב) לחוק המעצרים כדלקמן:

"מצא בית המשפט כי יש לעצור את הנאשם, לא יוטל מעצר בפיקוח אלקטרוני לגבי מי שנאשם בעבירות המפורטות להלן, אלא אם כן שוכנע בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, כי בשל נסיבות ביצוע העבירה או נסיבותיו המיוחדות של הנאשם, ובכלל זה היותו של הנאשם קטין, ניתן להסתפק במעצר בפיקוח אלקטרוני:

(1) עבירה מהעבירות המנויות בסעיף 21(א)(1)(ג); [...] (ההדגשה הוספה - א.ש.).

כפי שאראה להלן, הוראה זו אוסרת על העברתו של נאשם דוגמת העורר דכאן ממעצרו שבכלא אל מעצר תחת פיקוח אלקטרוני באין נסיבות מיוחדות: אלו שקשורות לנסיבות ביצוע העבירה המיוחסת לנאשם או, לחלופין, אלו שנוגעות לנסיבותיו המיוחדות של הנאשם. דברו זה של המחוקק עומד במוקד הדיון שלפניי, ואותו אקיים.

16. תחילה, אתייחס לאמור בסעיף 21(א)(1)(ג) לחוק המעצרים אשר זוקף את חזקת המסוכנות לחובתו של כל נאשם שלכאורה ביצע מעשה עבירה באלימות חמורה או באכזריות. ברי הוא, כי חזקה זו חלה על העורר דכאן כמי שביצע, לכאורה, עבירה של אינוס בנסיבות מחמירות. בניגוד לדברי באת-כוח העורר, שניסתה לשכנעני כי מעשי העבירה המיוחסים לשולחה אינם מכוננים את חזקת המסוכנות, אינוס בנסיבות מחמירות הוא מעשה אכזרי ואליים בדרגה חמורה מטיבו ומטבעו, אשר נכלל ברשימתו של סעיף 21(א)(1)(ג) לחוק המעצרים (ראו למשל: דברי השופטת ע' ברון בבש"פ 3322/18 מדינת ישראל נ' אסמאעיל, פסקה 6 (29.4.2018); דברי השופט א' שהם בבש"פ 5466/16 נסאר נ' מדינת ישראל, אשר נידון במאוחד עם בש"פ 5574/16 שחאדה נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (2.8.2016); דברי השופט ח' מלצר (כתוארו אז) בבש"פ 4114/16 מדינת ישראל נ' זליג, פסקה 18 (28.6.2016); דברי השופטת ד' ברק-ארז בבש"פ 585/16 מדינת ישראל נ' שריפוב, פסקה 12 (27.1.2016); וכן דברי השופט צ' זילברטל בבש"פ 2033/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (20.3.2012)). דבר זה נכון לא רק לגבי יסודות העבירה, כהגדרתם המופשטת, אלא גם - ואולי אף ביתר שאת - לגבי המעשה גופו אשר בוצע על ידי העורר ושותפו. מעשה שפל זה מדגים אכזריות ואלימות קשה בהתגלמותן.

17. חזקת המסוכנות שעלינו לזקוף לחובתו של העורר, משמעה, כשמה כן היא, שהעורר עלול לבצע עבירות הדומות לאלו אשר מקימות את החזקה בעניינו, אם לא יעצר מאחורי סורג ובריח (ראו שוב סעיף 21(א)(1)(ב) לחוק המעצרים). הווה אומר: אם העורר לא יעצר מאחורי סורג ובריח, הוא עלול לבצע עבירות מין בעלות אופי אליים. כך קבע המחוקק בעניינם של כלל הנאשמים דוגמת העורר דכאן, ועל דעתו לא נחלוק.

18. יחד עם זאת, חזקת המסוכנות היא חזקה שניתנת לסתירה. כאמור בסעיף 21(א)(1)(ג) סיפא, נאשם שמוכיח כי לא נשקפת ממנו מסוכנות כאמור יוכל לפטור את עצמו מעול המעצר עד תום ההליכים. ההוכחה הנדרשת כאן איננה דבר של מה בכך. הנאשם לא יוכל, למשל, לנטרל את חזקת המסוכנות אם יראה כי עברו נקי מהרשעות ויציג עדויות שתספרנה על מידותיו הטובות - זאת, ותו לא. מידע על עברו של הנאשם הינו חשוב אמנם בהערכת המסוכנות הנשקפת ממנו, אך מאחר שהלה לכאורה ביצע עבירה חמורה אשר מקימה את חזקת המסוכנות בעניינו, ומכיוון שהחלטת המעצר שבית המשפט צריך לקבל צופה אל פני העתיד, ולא אל פני העבר, משקלו של מידע כאמור יהא בהכרח מוגבל. מידע זה לבדו לא יוכל אפוא לנטרל את חזקת המסוכנות ולהוביל את בית המשפט אל המסקנה כי הנאשם איננו מסוכן ועל כן מן הדין הוא כי יהלך חופשי (ראו והשוו: בש"פ 2580/97 אנג'ל נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 415, 422 (1997); בש"פ 5480/00 מדינת ישראל נ' נססרה, פסקה 8 (3.8.2000)).

19. בנסיבות בהן לא עלה בידי הנאשם להפריך את חזקת המסוכנות, תידרש, ברגיל, המלצה חיובית, חד-משמעית ובלתי מסוייגת של שירות המבחן בדבר שחרורו לחלופת מעצר. המלצה כאמור צריכה להינתן בגופו של תסקיר מעצר אשר יוכן על ידי השירות ויוגש לבית המשפט בהתאם לאמור בסעיף 21א לחוק המעצרים - זאת, כדי לשכנע את בית המשפט כי ניתן לשחרר את הנאשם לחלופת מעצר למרות המסוכנות הנשקפת ממנו. חלופת מעצר שתוצע על ידי השירות, כשמה כן היא, אמורה לשמש תחליף הולם למעצר ולהשיג את מטרותיו: היא אמורה לשלול מהנאשם האפשרות לבצע עבירות, לשבש הליכים ולהימלט מאימת הדין. תסקיר השירות אשר בא להמליץ על שחרור הנאשם לחלופת מעצר אמור לסייע לבית המשפט לקבל החלטה בעניינם של תנאי השחרור ובכל הנוגע לחלופות המעצר האפשריות עבור הנאשם; וחובה על בית המשפט לשקלו בכובד ראש לאור עיקרון הפגיעה הפחותה (בש"פ 2790/17 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 10 (28.3.2017); בש"פ 9354/02 מדינת ישראל נ' גידיניאן (5.11.2002)).

סעיף 22(ב) לחוק המעצרים

20. סעיף 22ב(ב) לחוק המעצרים, שכאמור עומד במרכז דיונונו, מבוסס על אותם עקרונות וכללים. סעיף זה קובע, כאמור, כי נאשם שחזקת המסוכנות חלה עליו, ייעצר, ככלל, מאחורי סורג ובריה עד תום משפטו. ואולם, כעניין של חריג, רשאי בית המשפט לשחרר את הנאשם למעצר בפיקוח אלקטרוני תחת תנאים מגבילים בהתקיים נסיבות מיוחדות במעשה או בעושה. בהקשר זה חשוב להדגיש כי "נסיבותיו המיוחדות של הנאשם", אליהן מפנה הסעיף, כוללות את מכלול הנסיבות המיוחדות שבהן הנאשם נתון, ככל שאלו נוגעות למעצרו ומטרותיו. נסיבות אלו כוללות, ללא ספק, את "נסיבותיו האישיות של הנאשם" ואת "משמעות המעצר" עבורו - נתונים שאמורים להיכלל בתסקיר מעצר, כמצווה בסעיף 21א(ב) לחוק המעצרים. הווה אומר: "נסיבותיו המיוחדות של הנאשם", עליהן מדבר סעיף 22ב(ב) לחוק אינן מוגבלות לנסיבות אישיות; ולכך יש חשיבות במקרה דנן.

21. סעיף 22ב לחוק המעצרים חוקק במסגרתו של תיקון משנת תשע"ה, 2014, וניסוחו (במחילה מהמחוקק) לא היה מיטבי. הסעיף נוסח באופן שלכאורה חייב את מעצרו בכלא של נאשמים שבעבר ניתן היה לשחררם למעצר-בית באיזוק אלקטרוני, כחלק מתנאי השחרור המגבילים, גם כאשר חלה עליהם חזקת המסוכנות. בד-בבד, יצר הסעיף מעצר מסוג חדש - מעצר בפיקוח אלקטרוני מחוץ לכותלי הכלא - כאמצעי שאמור לבוא במקומו של שחרור בערובה ובתנאים מגבילים נוספים, אשר כוללים איזוק אלקטרוני המאפשר פיקוח על תנועותיו של המשוחרר בערובה. גדולה מזו: נוסחו של סעיף 22ב(ב) לחוק המעצרים אינו מונע את שחרורו של נאשם החוסה בצילה של חזקת המסוכנות בתנאים מגבילים שאינם כוללים פיקוח אלקטרוני, שכן סעיף זה חל רק אותם נאשמים שלגביהם נקבע - מטעמים עצמאיים, שמקומם בסעיף 21 לחוק והם אינם קשורים לסעיף 22ב(ב) - כי יש לעצורם וכי אין לשחררם.

22. פתרון לקשיים אלו ניתן בהחלטתו החשובה של השופט צ' זילברטל בבש"פ 2472/16 זיתוני נ' מדינת ישראל (03.04.2017) (להלן: עניין זיתוני). השופט זילברטל עמד על כך ש"סעיף 22ב לחוק המעצרים, שחוקק לאחרונה במסגרת חוק פיקוח אלקטרוני על עצור ועל אסיר משוחרר על-תנאי (תיקוני חקיקה), התשע"ה-2014, הרחיב את מעגל הנאשמים שאין הכרח להחזיקם בבית המעצר, וייצר קטגוריה שלא היתה קיימת קודם לחקיקתו: נאשמים שקודם לכן לא היה מקום לשחררם בערובה ועל כן דינם היה להיעצר, יכולים עכשיו להיות עצורים בפיקוח אלקטרוני" (שם, בפסקה 8); וכן עמד על כך ש"מהלך זה צמצם, לכאורה, במשהו את מגוון האפשרויות של שחרור נאשם בערובה, שכן "האיזוק האלקטרוני" ששימש בעבר כאחד מתנאי השחרור ממעצר, הוא עתה רכיב מרכיבי המעצר בפיקוח אלקטרוני." (שם).

23. מכאן עולה הקושי עליו כבר הצבעתי. כדבריו של השופט זילברטל,

"נמצא, כי מי שבעבר היה מועמד מתאים להיות משוחרר למעצר בית הכולל איזוק אלקטרוני, ולא בתנאים פחות הדוקים, יימצא עתה בין אלה שלא ניתן לשחררם בערובה אלא בין אלה המועמדים למעצר בפיקוח אלקטרוני. אלא שבקטגוריה זו, כאשר עסקינן בעבירות המנויות בסעיף 22ב(ב) לחוק המעצרים, נדרשים עתה "טעמים מיוחדים שיירשמו" בטרם יורה בית המשפט על מעצר בפיקוח אלקטרוני. טעמים כאלה לא נדרשו, גם ביחס לעבירות האמורות, כאשר הוחלט על שחרור לחלופת מעצר שכללה איזוק אלקטרוני. הנה כי כן - מצד אחד הורחב מעגל הנאשמים שניתן שלא לעצורם בבית המעצר ממש, מצד שני - מי שבעבר שוחרר למעצר בית באיזוק אלקטרוני ולא נמצא כי ניתן לשחררו בערובה (למשל - למעצר בית בפיקוח אנושי בלבד), צריך עתה להראות קיומם של "טעמים מיוחדים שיירשמו" כדי שיעצר בפיקוח אלקטרוני אם עבר עבירה מבין העבירות המנויות בסעיף 22ב(ב) לחוק המעצרים. בכך יתכן שמגזר מסוים של נאשמים עצורים מוצא עצמו, לאחר תיקון חוק המעצרים בסוגיית המעצר בפיקוח אלקטרוני, כשהאפשרות להוצאתו מבית המעצר הצטמצמה. להשקפתי, ספק אם זו הייתה כוונת המחוקק (וראו בהקשר זה: דברי ההסבר



להצעת חוק פיקוח אלקטרוני על עצור ועל אסיר משוחרר על-תנאי (תיקוני חקיקה), התשע"ד-2014, ה"ח 835, בעמ' 296). (שם).

24. השופט זילברטל לא רק הצביע על הקושי ופירוטו, אלא גם מצא לו פתרון, בקבעו כך:

"[...] כיוון שהתנאים הפיזיים או מהותם בעולם המציאות של המעצר בפיקוח אלקטרוני ושל האיזוק האלקטרוני (שהפך לנחלת העבר) לא השתנו, ניתן [...] גם עתה לבחון את האפשרות להורות על מעצר בפיקוח אלקטרוני בסיטואציות שבעבר התאימו לשחרור בתנאי מעצר בית באיזוק אלקטרוני." (הציטוטים וסימניהם הוסרו וההדגשה הוספה - א.ש.).

25. כמו כן קבע השופט זילברטל באותו הקשר כי -

"ענין זה משליך על הפרשנות שיש ליתן למונח "טעמים מיוחדים שיירשמו", הכלול בהוראת סעיף 22ב(ב) לחוק המעצרים. [...] עצם המלצת שירות המבחן וקיומם של מפקחים ראויים, לא יכולים להיחשב כ"טעמים מיוחדים", שכן מדובר בנתוני בסיס המאפשרים את אימוץ הפיקוח האלקטרוני בכל מקרה, ולא דווקא בעבירות המחייבות קיומם של "טעמים מיוחדים". מאידך גיסא, איני סבור שיש צורך להגדיר מראש קריטריונים ברורים לאותם "טעמים מיוחדים" וראוי לבחון ענין זה ממקרה למקרה, גם בהתחשב באמור לעיל, לפיו לא ראוי ש"יצירת" המכשיר של מעצר בפיקוח אלקטרוני תצמצם את קשת הנאשמים שניתן להוציאם מבית המעצר לעומת המצב ששרר קודם לתיקון החוק שבנדון. יש לזכור כי המחוקק קבע את הקטגוריות שבגדרן ימצאו אותם "טעמים מיוחדים" - "נסיבות ביצוע העבירה או נסיבותיו המיוחדות של הנאשם, ובכלל זה היותו של הנאשם קטין". כך, למשל, נראה שמצב בריאותי של נאשם, או מצוקה מיוחדת ממנה הוא סובל, יכולים לבוא בגדר "טעם מיוחד", כמו גם נסיבות מקלות הקשורות בדרך הקונקרטיית בה נעברה העבירה, בצרכי שיקום מיוחדים וכו'." (שם; ההדגשות הוספו - א.ש.).

26. ציטטתי בהרחבה מדבריו של השופט זילברטל בעניין זיתוני משני טעמים. ראשית, דברים אלה מפרשים נכונה את האמור בסעיף 22ב(ב) לחוק המעצרים, תוך שהם מיישבים את הסתירה הלכאורית שבינו לבין האמור בסעיף 21 לחוק; ועל כן אני מצטרף אליהם ללא כל הסתייגות. שנית, וחשוב לא פחות: דבריו של השופט זילברטל בעניין זיתוני אומצו בהסכמה מלאה בהחלטות מאוחרות יותר של בית משפט זה (ראו, למשל, את החלטת השופט ח' מלצר (כתוארו אז) בבש"פ 3251/17 משהראוי נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (11.5.2017); את החלטת השופט נ' סולברג בבש"פ 668/18, 673/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 7-15 (29.1.2018); ואת החלטת השופט ע' פוגלמן בבש"פ 5169/19 סמואיל נ' מדינת ישראל (14.8.2019) (להלן: עניין סמואיל)). ודוק: בכל אחד משלושת המקרים הללו מדובר היה בנאשם שמעצרו באיזוק אלקטרוני מחוץ לכותלי הכלא אושר, או אושר עקרונית, בשל נסיבותיו המיוחדות - לאו דווקא האישיות במובן הצר - למרות תחולתה של חזקת המסוכנות הקבועה בסעיף 22ב(ב) לחוק המעצרים. ההחלטות שניתנו במקרים אלו גם חזרו על קביעתו של השופט זילברטל כי הביטויים "טעמים מיוחדים" ו"נסיבותיו המיוחדות", שבהם עשה המחוקק שימוש בסעיף 22ב(ב) לחוק, מפנים לקשת רחבה ובלתי-מוגדרת מראש של מקרים אינדיבידואליים מיוחדים. כמו כן הודגש בהחלטות אלו כי שיקול הדעת שבית המשפט מפעיל בכגון דא איננו שונה משיקול הדעת אשר מופעל ביחס לנאשמים עליהם חלה חזקת המסוכנות לפי סעיף 21(א)(1)(ג) לחוק המעצרים, כאשר הוא כפוף לעיקרון הפגיעה הפחותה.

27. עיקרון הפגיעה הפחותה אכן הדרוך כל אחת ואחת מההחלטות הללו. החלטות אלו התבססו על נסיבותיו

המיוחדות של הנאשם, אשר מבדילות בינו לבין כלל הנאשמים עליהם חלה חזקת המסוכנות ואשר יש בהן כדי לנטרל את מסוכנותו באופן שיגשים את תכליות המעצר. בהחלטות אלו ובדומותיהן נדונו טיב הפיקוח האנושי שהועמד לנאשם לצד האיזוק האלקטרוני; הפנמת משמעותו של האיסור הפלילי על ידי הנאשם; השפעת המעצר על התנהלות הנאשם ועל בריאותו הפיזית והנפשית; וכמובן גם ההמלצות של שירות המבחן שבתסקיר המעצר. לצד כל אלו נשקלו לעיתים גם נסיבות מקלות בביצוע העבירה; וכן היות הנאשם נעדר עבר פלילי ואדם שתיפקד באורח נורמטיבי עד קרות האירוע (ראו למשל: בש"פ 969/19 אלטורי נ' מדינת ישראל (14.2.2019); בש"פ 7537/18 רג'בי נ' מדינת ישראל (20.11.2018); עניין סמואיל, פסקה 9; בש"פ 4354/19 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 22 (10.7.2019); בש"פ 268/20 מוסא נ' מדינת ישראל (20.1.2020); בש"פ 6642/19 קקון נ' מדינת ישראל (31.10.2019)). במלים אחרות: הנסיבות שאותן יש לשקול בגדרו של סעיף 22ב(ב) לחוק המעצרים אינן מהוות רשימה סגורה ומוגדרת מראש.

28. כפי שהוסבר על ידי השופט זילברטל בעניין זיתוני, "עצם המלצת שירות המבחן וקיומם של מפקחים ראויים, לא יכולים להיחשב כ"טעמים מיוחדים", שכן מדובר בנתוני בסיס המאפשרים את אימוץ הפיקוח האלקטרוני בכל מקרה" (שם, בפסקה 8), אולם נסיבותיו האישיות של הנאשם, עליהן מתבססת ההמלצה לשחררו לחלופת מעצר כזו או אחרת, וכן תכונותיה הייחודיות של מסגרת הפיקוח אשר הוצעה מטעמו ואושרה על ידי השירות בהחלט יכולות להיחשב למיוחדות דיון כדי לספק את דרישתו של סעיף 22ב(ב) לחוק.

מן הכלל אל הפרט

29. בניגוד לטענתה של באת-כוח העורר, בית משפט קמא בצדק מיקד את החלטתו על "טעמים מיוחדים" ועל "נסיבותיו המיוחדות" של העורר, כמשמעם בסעיף 22ב(ב) לחוק המעצרים. הוראותיו של סעיף זה, ובפרט האמור בסעיף-משנה 1), חלות על העורר לנוכח מהות העבירה שהלה לכאורה ביצע; וכפי שכבר הסברתי, טענתה של באת-כוח העורר כי להוראות אלו אין תחולה במקרה דנן איננה נכונה, שכן היא סותרת את פסיקתו העקבית של בית משפט זה.

30. בהחליטו, כפי שהחליט, במסגרת המשפטית הנכונה, הקבועה בסעיף 22ב(ב) לחוק, קבע בית משפט קמא כי בקשת העורר להשתחרר למעצר-בית תחת פיקוח אלקטרוני איננה נתמכת בטעמים מיוחדים או בנסיבות מיוחדות, ודחה את הבקשה. סבורני, עם כל הכבוד, כי בית משפט קמא לא הפעיל נכון את שיקול דעתו בהחליטו לדחות את בקשת העורר לאור המלצתו המתקנת של שירות המבחן.

31. ברי הוא, כי הנסיבות המיוחדות אשר נדרשות למעברו של העורר מבית המעצר למעצר-בית בפיקוח אלקטרוני אינן מצויות בנסיבות העבירה שהלה לכאורה ביצע. נסיבותיה של עבירה זו תומכות, כל כולן, בהמשך מעצרו של העורר מאחורי סורג ובריח. לא כך הוא לגבי נסיבותיו האישיות והאחרות של העורר. בעניין של נסיבות אלו, צדק בית משפט קמא בקבעו כי תאונת הדרכים שהעורר עבר והחוויה הפוסט-טראומטית שבה הוא נתון כתוצאה ממנה אינן בגדר "נסיבה מיוחדת".

32. דא עקא, בצדה של נסיבה זו מתקיימות במקרהו של העורר נסיבות אחרות עליהן הצביע שירות המבחן בשני תסקיריו. נסיבות אלו, שאותן בית משפט קמא לא ראה לזקוף לזכותו של העורר, מצדיקות, לדעתי, את שחרורו לחלופת מעצר באיזוק אלקטרוני אשר תהא מגובה בתנאים מגבילים נוספים. נסיבות אלו כוללות את השפעתו של

המעצר על העורר כמרתיע וכמציב גבולות ברורים; את העובדה שלעורר אין הרשעות קודמות; את המלצתו החוזרת של שירות המבחן לשחרורו של העורר למעצר-בית תחת פיקוח אלקטרוני, גם לאחר התרשמותו ממצבה של המתלוננת; את קביעתו של שירות המבחן כי מערך הפיקוח שהוצע מטעם העורר כולל אנשים אחראיים, מגויסים וסמכותיים שביכולתם להציב לעורר את הגבולות הנדרשים ולהביע עמדה ביקורתית כלפי מעשיו; את קיומה של חלופת מעצר המרוחקת מבחינת מיקומה הגאוגרפי ממקום מגורי המתלוננת; את נכונותם ואת יכולתם של מפקחי העורר לערוב לקיום תנאי שחרורו לכל חלופת מעצר שתיקבע עבורו; ואת העובדה שכפועל יוצא מכל אלו, מעצר-הבית בו יהיה העורר נתון, אם ישוחרר מבית המעצר, יגביל את חופש התנועה שלו ואת חירותו באופן שימזער את מסוכנותו ואולי אף יאיין אותה כליל. לכל אלו מצטרפת מצוקתו הנפשית של העורר אשר תוארה בתסקירי המעצר ששירות המבחן הגיש בעניינו, שגם אותה ראוי היה לשקול בגדרו של סעיף 22ב(ב) לחוק המעצרים. בית משפט קמא חייב היה לחבר את כל הנסיבות הללו למקבץ אחד, אשר לדעתי מספק טעם מיוחד לשחרור העורר לחלופת המעצר שהומלצה על ידי שירות המבחן, בכפוף לתנאים מגבילים נוספים - זאת, בשים לב לעיקרון הפגיעה הפחותה שלצדו עומד הכלל הגדול לפיו אין עוצרים נאשם עד תום ההליכים אך ורק בשל חומרתה של העבירה המיוחסת לו בכתב האישום.

מצבה הנפשי של המתלוננת ועמדתה לגבי חלופת מעצר

הדין

33. בית משפט קמא ראה במצבה הנפשי של המתלוננת נסיבה בעלת משקל אשר תומכת בהשאת העורר בבית המעצר - זאת, בהתבסס על החלטתו של בית משפט זה בעניין גואטה ובפסקי דין דומים. בעניין גואטה, נקבע כי "שחרורו של [הנאשם] לחלופה, ישפיע על האפשרות להעיד את המתלוננת וישבש את הליכי המשפט" לצד הקביעה כי "אם ישתחרר ממעצרו מי שמיוחסים לו המעשים הנטענים בכתב האישום, תהיה המתלוננת נתונה ללחץ נפשי ולחרדות, ותחוש כי נותרה ללא הגנה". החלטה זו התייחסה לחלופת מעצר באופן כללי, להבדיל מחלופה קונקרטית וקשיחה בדמותו של מעצר-בית מלא באיזוק אלקטרוני הכפוף לתנאים מגבילים נוספים. אכן, הלכה היא עמנו כי כאשר שחרור הנאשם לחלופת מעצר עלול לגרום למתלוננת להימנע ממסירת עדותה או לא להעיד באופן חופשי בשל פחד או מצוקה נפשית, מן הדין להחזיק את הנאשם בבית המעצר עד למסירת העדות (כמוסבר על ידי השופט י' עמית בבש"פ 3883/19 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 5 (11.6.2019); וראו גם את החלטת השופט ע' פוגלמן בבש"פ 6958/19 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 13 והאסמכתאות המובאות שם (30.10.2019)).

34. הלכה זו חשובה גם בענייננו, ולכך אתייחס בהמשך דברי. בנקודה זו, ברצוני להעמיד לצדה תנאי דיוני שנראה לי חשוב והכרחי. במקרים שבהם ראוי להפעיל הלכה זו, תהא זו חובתה של התביעה לשקול את העדת המתלוננת במסגרתה של גבייה מוקדמת של עדות לפי סעיף 117 לחסד"פ. לא זו אף זו: אם החשש שהמתלוננת תהסס למסור עדות אמת באופן חופשי הוא הסיבה היחידה לאי-שחרורו של הנאשם מבית המעצר לחלופת-מעצר המקיימת את עיקרון הפגיעה הפחותה, תידרש התביעה, לטעמי, לבחור בין העדת המתלוננת בגדרו של סעיף 117 לחסד"פ, שאחריה יועבר הנאשם לחלופת מעצר מתאימה, לבין שחרורו המידי של הנאשם לאותה חלופת מעצר. לדידי, בתנאים אלו ובהם בלבד, ניתן יהיה להצדיק את מעצרו של הנאשם מאחורי סורג ובריח כאמצעי אשר נועד למנוע "השפעה על עדים", כמותווה בסעיף 21(א)(1) לחוק המעצרים. לכך יש להוסיף כי מניעתם של מפגשים ומגעים כלשהם בין הנאשם למתלוננת, אף היא מהווה שיקול להשאתו של הנאשם בבית המעצר, כל אימת שלא ניתן למנוע מפגשים ומגעים כאמור ולהבטיח לנפגעת העבירה סביבה מוגנת באמצעות חלופת מעצר (כמוסבר על ידי השופט ע' ברון בבש"פ 1778/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (13.3.2017) (להלן: בש"פ 1778/17); וראו גם: בש"פ 651/06 מדינת

ישראל נג דבלט (23.1.2006); וכן את ההחלטה בבש"פ 5336/05 פלוני נ' מדינת ישראל (21.6.2005), אשר אסרה על שחרור הנאשם לחיק משפחתו לאחר שנקבע כי הלה לכאורה ביצע עבירת מין בתוך המשפחה).

35. כך או כך, אי-שחרורו של נאשם לחלופת מעצר איננו יכול להתבסס על התנגדות המתלוננת כשיקול בלעדי. ברי הוא, כי עלינו לעשות את כל אשר לאל ידינו כדי להקל על נפגעי עבירות מין, אולם לא נוכל - וממילא לא נרצה - להפקיד בידיהם את כוח הוטו אשר יאפשר להם למנוע מהנאשם שטרם הורשע בדינו, ושחזקת החפות עודנה עומדת לו, לקבל מבית המשפט הגנה מרבית על חירותו. יתרה מכך: הרעה במצבו הנפשי של קורבן העבירה לא יכולה לבדה להוות עילה לאי-שחרור הנאשם לחלופת מעצר. מצבו הנפשי של הקורבן לחוד וביטחונו לחוד: מבלי להקל ראש במצבם הנפשי של קורבנות העבירה, הוא איננו נכלל בין עילות המעצר המנויות בסעיף 21(א)(1) לחוק המעצרים. כפי שהוסבר לעיל, במקרים בהם קיימת חלופת מעצר שביכולתה להבטיח את עקרון הפגיעה הפחותה, יהא מצבה הנפשי של נפגעת העבירה שיקול להשארת הנאשם בבית המעצר רק כאשר שחרורה לחלופת מעצר עלול להשפיע על עדותה. אם מתסקיר שירות המבחן או מראיות אמינות אחרות עולה ששחרור הנאשם לחלופת מעצר יעמיק את השבר הנפשי של המתלוננת או יגרום לה להרגיש מאוימת ומפחדת, תהא זו חובתו של בית המשפט לבדוק אם הדבר עלול לגרום למתלוננת להירתע ממסירת עדותה במשפטו של הנאשם. בנסיבות אלו, אם בית המשפט מעריך שהמתלוננת אכן עלולה להימנע או להירתע ממסירת העדות, עליו להביא זאת בחשבון כשיקול משמעותי להשארת הנאשם בבית המעצר.

יישום הדין על המקרה דכאן

36. במקרה דנן, לא היינו עדים לשום ניסיון מטעם העורר ליצור מגע כלשהו עם המתלוננת. חלופת המעצר שעומדת על הפרק תהא מרוחקת גאוגרפית ממקום מגוריה של המתלוננת, וממילא תמנע מהעורר להגיע לסביבתה. המתלוננת גם לא הביעה חשש כי שחרור העורר למעצר-בית ירתיעה ממסירת עדות במשפטו או ייטע בה פחד וחרדה שלא יאפשרו לה להעיד באופן חופשי.

37. בתוך כך, שירות המבחן התרשם כי שחרור העורר מבית המעצר עלול לפגוע בתחושת הביטחון של המתלוננת, ובתרחיש זה אל לנו להקל ראש. תרחיש זה מחייבנו לקחת בחשבון את השלכתו האפשרית על עדות המתלוננת. בעניינים כגון זה, שומה עלינו ללכת לפי הכלל "ברי ושמא - ברי עדיף" ולהבטיח שהמתלוננת תמסור את עדותה ללא מורא (ראו החלטתי בבש"פ 3220/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 11-13 (26.5.2019)). מן הדין אפוא לאפשר לתביעה להחליט אם בדעתה לגבות את עדותה של המתלוננת במסגרתו של סעיף 117 לחסד"פ, קודם לשחרורו של העורר לחלופת המעצר אשר עומדת על הפרק; וכך ייעשה.

סוף דבר

38. בנסיבות אלה, סבורני כי יש לשחרר את העורר לחלופת מעצר בתנאים שהומלצו על ידי שירות המבחן ובתנאים מגבילים נוספים שאפרטם להלן, אשר כוללים מתן אפשרות לתביעה לגבות את עדותה של המתלוננת במסגרתו של סעיף 117 לחסד"פ לפני השחרור. שחרורו של נאשם באינוס בצוותא לחלופת מעצר היה - וישאר - בגדר חריג. ברם, חריגים כאלה קיימים (ראו והשוו בש"פ 529/13, 593/13, 647/13 פלוני נ' מדינת ישראל (29.1.2013)), והמקרה שלפני הוא אחד מהם.

39. מכל הטעמים דלעיל, אני מקבל את הערר ומורה על שחרור העורר לחלופת מעצר במתכונת של מעצר-בית מלא תחת פיקוח אלקטרוני ותנאים מגבילים נוספים כדלקמן:

א. העורר יהא נתון למעצר-בית מלא, ללא חלונות התאווררות, תחת פיקוח אלקטרוני ותחת פיקוח אנושי, אשר יבוצע על ידי שני מפקחים לפחות מאלו שנמצאו מתאימים ומקובלים על שירות המבחן.

ב. מעצר-בית כאמור יתקיים בבית אחותו של העורר (רוני) ביישוב אלון הגליל.

ג. הפיקוח האלקטרוני והאנושי, כאמור לעיל, ינוהל שבעה ימים בשבוע בכל שעות היממה, ללא יוצא מן הכלל.

ד. בטרם שחרורו לחלופת מעצר זו, יפקיד העורר בבית משפט קמא כל דרכון שברשותו, ויציאתו מן הארץ תיאסר עד גמר משפטו.

ה. כמו כן יפקיד העורר בבית משפט קמא, בטרם שחרורו לחלופת מעצר זו, עירבון כספי או ערבות בנקאית אוטונומית על סך של 150,000 ₪ וכן התחייבות עצמית וערבות צד ג' על סך כולל של 300,000 ₪, אשר תהא חתומה בידי שלושה ערבים שלפחות אחד מהם לא נמנה עם משפחתו הקרובה או הרחוקה (להלן: הערבים) - כל זאת, להבטחת קיומו של כל תנאי ותנאי לשחרורו מבית המעצר, כאמור בהחלטתי זו (להלן: הביטחונות).

ו. בד-בבד, יפקידו העורר והערבים בבית משפט קמא הצהרה בכתב שתאשר כי הם מודעים ומסכימים לכך שהפרתו של כל תנאי ותנאי לשחרור העורר לחלופת מעצר זו - בין אם נעשתה על ידי העורר ובין אם נעשתה על ידי אחד ממפקחיו - תביא לחילוט הביטחונות ולמימושם לטובת אוצר המדינה וכן להחזרתו המיידית של העורר למעצר מאחורי סורג ובריח.

ז. העורר יוכל לעזוב את בית אחותו אך ורק כדי להופיע למשפטו בישיבות שתיקבענה על ידי בית משפט קמא וכן כדי למלא את צרכיו הרפואיים לאחר קבלת אישור לכך מאת בית משפט קמא ובכפוף לתנאים אשר ייקבעו באותו אישור.

ח. שחרור העורר לחלופת מעצר זו יידחה עד ליום 16.2.2020 כדי לאפשר לתביעה להחליט אם בדעתה לגבות מהמתלוננת עדות מוקדמת לפי סעיף 117 לחסד"פ ולהודיע על כך לבית משפט קמא. באין הודעה כאמור, העורר יועבר לחלופת המעצר ביום 16.2.2020, או, בהסכמת התביעה, במועד מוקדם יותר. הודיעה התביעה לבית משפט קמא, עד ליום 16.2.2020, על כוונתה לגבות מהמתלוננת עדות מוקדמת לפי סעיף 117 לחסד"פ, שחרור העורר לחלופת המעצר יידחה עד ליום 12.3.2020. במקרה זה, העורר יועבר לחלופת המעצר ביום 12.3.2020 או בגמר מסירת העדות על ידי המתלוננת, לפי המוקדם.

ניתנה היום, ז' בשבט התש"ף (2.2.2020).

שׁוֹפֵט

---

עב F02.docx\_20002480