

## בש"פ 7146/15 - פבל נפטלוביץ נגד מדינת ישראל

### בבית המשפט העליון

בש"פ 7146/15

לפני: כבוד השופטת ד' ברק-ארז

העורר: פבל נפטלוביץ

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע במ"ת 5000-15 מיום 3.9.2015 שניתנה על-ידי כב' השופט י' עדן ועל החלטתו מיום 8.10.2015 שניתנה על-ידי כב' השופט נ' אבו טהה

תאריך הישיבה: ט"ו בחשון התשע"ו (28.10.2015)

בשם העורר: עו"ד ערן צלניקר

בשם המשיבה: עו"ד יעל שרף

### **החלטה**

1. בפני ערר לפי סעיף 53 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים) על החלטתו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע מיום 3.9.2015 במ"ת 5000-15 (השופט י' עדן) לעצור את העורר עד תום ההליכים המשפטיים נגדו, וכן על החלטתו הנוספת מיום 8.10.2015 לדחות על הסף את בקשת

עמוד 1

2. ביום 30.7.2015 הוגש לבית המשפט המחוזי כתב אישום כנגד העורר. כתב האישום מפרט שני אירועים שונים שבהם, על פי הנטען, ביצע העורר עבירות מין בשתי אחיות קטינות, האחת בת 11 (להלן: המתלוננת 1) והשנייה בת 4 (להלן: המתלוננת 2). על פי המתואר, ביום 17.7.2015 שהו העורר ואשתו בביתן של האחיות כאורחים של הוריהן ונעתרו להזמנתם של ההורים להישאר ללון בחדר פנוי בבית. לאחר שבני הבית נרדמו, נותר העורר עם המתלוננת 1 בסלון הבית והשניים ניגנו בגיטרה. בעת שהיו לבד בסלון, כך נטען, הציע העורר למתלוננת 1 כי ילמד אותה כיצד לאחז בגיטרה. לצורך כך, אמר לה העורר להצמיד את הגיטרה לגופה, ומשעשתה כן הכניס את ידו מתחת לחולצתה ואחז בחוזקה בחזה. בהמשך לכך, העורר אמר למתלוננת 1 לשבת עליו ולהתקרב לגופו כדי שיוכל להסביר לה כיצד לאחז בגיטרה, או אז הוא הכניס את ידו לתוך מכנסיה ונגע בישבנה. על פי המתואר, בשלב זה חשה המתלוננת 1 אי נוחות, חששה מפני מעשיו של העורר וציינה בפניו כי היא מעוניינת ללכת לישון. העורר הציע למתלוננת 1 כי יישן לצדה, אך היא סירבה. אף על פי כן, על פי הנטען, העורר נכנס למיטתה של המתלוננת 1 בטענה כי הוא יישן לידה, ובעודה שוכבת במיטתה הכניס את ידיו למכנסיה ונגע בישבנה. המתלוננת 1 הזיזה את ידו של העורר וניסתה לחמוק ממנו, ולאחר מכן הוציא העורר את ידו ממכנסיה. כאשר יצא העורר מחדרה של המתלוננת 1 היא ברחת לחדרם של הוריה, שם ישנה גם המתלוננת 2. על פי המתואר, זמן מה לאחר מכן נכנס העורר לחדר שבו ישנו המתלוננות והוריהן, העיר את המתלוננת 2 והוציאה ממיטת הוריה מבלי שאלה שמו לב לכך. בשלב זה הוא נשא את המתלוננת 2 לחדר שממנו ברחת המתלוננת 1 והשכיב אותה על המיטה. לאחר מכן, כך נטען, הפשיט העורר את המתלוננת 2 ממכנסיה ומתחתוניה והחדיר אצבע לאיבר מינה ולישבנה כשהוא גורם לה לכאב. בנוסף לכך, העורר אמר למתלוננת 2 שהוא מציג בפניה "קסם", חשף את איבר מינו בפניה ואמר לה שמדובר ב"סוכריה". העורר נגע בפניה של המתלוננת 2 באמצעות איבר מינו. בשלב כלשהו, העורר הפשיט את המתלוננת 2 גם מחולצתה, הפך אותה על בטנה, ואז חיכך באיבר מינה את איבר מינו ו/או את אצבעו, וחדר אליו באמצעות אחד מהם. עוד מתואר בכתב האישום כי במועד כלשהו בחודש יוני 2015 או בסמוך לכך, ביקרו המתלוננות יחד עם הוריהן ועם אחותן הגדולה בבית העורר בקיבוץ גבים. במהלך הביקור, הציע העורר למתלוננת 1 להתלוות אליו לנסיעה ברכבו והיא נענתה להצעה. בשלב כלשהו הציע העורר למתלוננת 1 לנהוג יחד עמו ברכב ולשבת לצדו במושב הנהג. תוך כדי הנסיעה, כך נטען, הניח העורר את ידו על ירכה של המתלוננת 1 וכן על איבר מינה תוך שהוא מפעיל עליו לחץ באמצעות אצבעו.

3. בגין המעשים המתוארים יוחסו לעורר העבירות הבאות: אינוס לפי סעיף 345(ב)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) בנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק זה; מעשים מגונים (מספר עבירות) לפי סעיף 348(ב) לחוק העונשין בנסיבות סעיפים 345(ב)(1) ו-345(א)(1) לחוק זה; מתן הרשאה לקטין שאינו יכול לקבל רישיון נהיגה לנהוג ברכב לפי סעיף 36(ב) סיפא לפקודת התעבורה [נוסח חדש], התשכ"א-1961 (להלן: פקודת התעבורה); וכן הסתייעות ברכב לביצוע עבירת מין לפי סעיף 44 לפקודת התעבורה.

4. בד בבד עם הגשת כתב האישום, הגישה המדינה בקשה לעצור את העורר עד תום ההליכים המשפטיים נגדו. המדינה טענה בבקשה כי קיימות ראיות לכאורה כנגד העורר, ובהן: עדויותיהן של המתלוננות והתרשמותה של חוקרת הילדים ממהימנותן; חשיפת האירועים על ידי הקטינות בפני הוריהן בסמוך להתרחשותם; חוות דעת רפואיות; עימותים שנערכו; וכן עדויות נוספות. בהמשך לכך, נטען בבקשה כי כנגד העורר קמה עילת מעצר מכוח סעיף 21(א)(1)(ב) לחוק המעצרים, בשים לב למסוכנות הגבוהה הנשקפת ממנו. מסוכנות זו נלמדת, כך נטען, מן העבירות שביצע לכאורה

המעידות על בעיה בשליטה בדחפים מיניים ועל חוסר גבולות. כמו כן, טענה המדינה כי קיים יסוד סביר לחשש שמא העורר יפעל לשבשש הליכי משפט ולהדיח עדים אם ישוחרר ממעצרו.

5. ביום 5.8.2015 קיים בית המשפט המחוזי דיון בבקשת מעצרו של העורר. במהלך הדיון הודה בא-כוח העורר דאז הן בקיומן של ראיות לכאורה והן בקיומה של עילת מעצר, אך טען כי העורר הוא אדם נורמטיבי הטוען לחפותו וכי חלופת מעצר בירושלים, תחת השגחת הוריה של אשתו, תאפשר לאיין את המסוכנות הנשקפת ממנו לכאורה. לחילופין, התבקש בית המשפט להורות על קבלת תסקיר מעצר בעניינו של העורר. המדינה מצדה אמנם נתנה הסכמתה לעריכת תסקיר מעצר בעניינו של העורר, אך טענה כי החשש לשיבוש במקרה דנן הוא ממשי. זאת, בשים לב לשיחה שהוקלטה בין העורר לבין אשתו, אשר עתידה אף להעיד במשפטו, במהלך הפסקה בעימות שנערך ביניהם. לטענת המדינה, במסגרת השיחה ניסו השניים לתאם גרסאות תוך שהאישה מסבירה לעורר מה היו ההמלצות שנתן לה אביה בהקשר זה. המדינה הוסיפה וציינה כי לכך אף יש השלכה ביחס לחלופת המעצר המוצעת, מאחר שאביה של האישה הוצע על ידי העורר כמפקח. בהתאם להסכמתם של הצדדים, ובשים לב למסוכנות הנשקפת לכאורה מן העורר, בית המשפט המחוזי הורה על עריכת תסקיר מעצר בעניינו של העורר, אשר בגדרו תיבחן החלופה שהוצעה.

6. ביום 27.8.2015 הגיש שירות המבחן לבית המשפט המחוזי תסקיר מעצר בעניינו של העורר. בבואו להעריך את המסוכנות הנשקפת מן העורר ציין שירות המבחן כי העורר ניהן בכוחות חיוביים מתפקדים לצד צורך מתמיד בחיפוש אחר שייכות וחום. שירות המבחן התרשם גם כי העורר נעדר מיומנויות להסתגל למצבי קושי ותסכול. בנוסף, שירות המבחן ציין כי לא נצפו בעורר סממנים המעידים על סטייה מינית, אולם לא ניתן לשלול קיומה של רמת סיכון להישנותה של התנהגות מינית אסורה. בסיכומו של דבר, שירות המבחן קבע כי קיימת רמת סיכון להישנות של התנהגות עוברת חוק, אך הוסיף כי ניתן לצמצם אותה על ידי חלופת מעצר אשר תציב לעורר גבולות ברורים ותעובה על ידי גורמים מפקחים סמכותיים. באשר לחלופה, שירות המבחן התרשם לטובה מן המפקחים שהוצעו אשר מוכנים להשקיע מאמצים רבים לסייע לעורר לשמור על תנאי השחרור שיוטלו עליו ומבינים את המשמעות של שחרורו תחת פיקוחם. על כן, מצא שירות המבחן כי ייתכן שיש בחלופה המוצעת כדי להביא לצמצום הנדרש במסוכנות הנשקפת מן העורר. לבסוף, שירות המבחן המליץ על שחרורו של העורר לחלופת המעצר שהוצעה על ידו, בתנאים מגבילים, תוך הטלת פיקוח מעצר במסגרת שירות המבחן למשך חצי שנה ושילובו בקבוצה טיפולית.

7. בדיון שנערך בפני בית המשפט המחוזי טענה המדינה כי למרות שבמבט ראשון נראה תסקיר המעצר חיובי, לאמיתו של דבר הוא איננו כזה כלל וכלל. המדינה הפנתה לחוסר הוודאות שהביע שירות המבחן ביחס לאפשרות שהחלופה המוצעת אכן תאיין את מסוכנותו של העורר כנדרש. כמו כן, היא הוסיפה וטענה כי העורר הטעה את שירות המבחן עת שלל בפניו משיכה לקטינים, בשים לב לעבירות המיוחסות לו וכן להסתייגות שהביע שירות המבחן עצמו באשר לאפשרות לעמוד על התנהגותו המינית של העורר. יתר על כן, המדינה שבה והדגישה את הדברים החמורים, לשיטתה, שהוקלטו בשיחה בין העורר לבין אשתו במהלך הפסקה בעימות שנערך ביניהם. לטענת המדינה, מן ההקלטה עולה חשד ממשי לניסיון לשבשש את החקירה, ובכלל זה הודגש כי האישה ציינה שאביה הציע לה להכחיש כי שמעה קולות בכי בליל האירוע. מנגד, בא-כוח העורר ביקש לאמץ את המלצותיו של שירות המבחן והדגיש את איכותם הגבוהה של המפקחים המוצעים.

8. ביום 3.9.2015 דחה בית המשפט המחוזי את בקשתו של העורר לשחררו לחלופת מעצר. בפתח החלטתו ציין בית המשפט המחוזי כי השיחה שהוקלטה בין העורר לבין אשתו היא, על פניה, חמורה ביותר, בפרט ביחס לדברים שנאמרו לכאורה על ידי אביה של האישה, אשר אמור לשמש כמפקח על העורר. בית המשפט המחוזי הוסיף וציין כי

לאמיתו של דבר ניתן היה, ולו מן הטעם הזה, לדחות את חלופת המעצר שהוצעה. בית המשפט המחוזי הוסיף כי חומרת מעשיו של העורר מובילה אף היא למסקנה כי נשקפת ממנו מסוכנות גבוהה ביותר אשר לא ניתן לאיין באמצעות חלופת מעצר כלשהי.

9. ביום 2.10.2015 הגיש העורר לבית משפט זה בקשה להארכת מועד להגשת ערר. זאת, מאחר שביקש למצות הליכים במסגרת בקשה לעיון חוזר שיגיש לבית המשפט המחוזי על החלטתו מיום 3.9.2015. ביום 6.10.2015 הגיש העורר לבית המשפט המחוזי בקשה כאמור לעיון חוזר, שהתבססה על הטענה כי אין בחומר הראיות תשתית בסיסית לעבירת האינוס שיוחסה לעורר. ביום 15.10.2015 דחה בית המשפט המחוזי את הבקשה מבלי לקיים בה דיון, מן הטעם שאינה מעלה כל עילה לעיון חוזר בהחלטה שהתקבלה, בשים לב לאמות המידה הקבועות לכך בסעיף 52 לחוק המעצרים. בהמשך לכך, הוגש הערר דנן המכוון כנגד שתי ההחלטות שהתקבלו בעניינו של העורר.

הערר

10. בפתח הערר, שב וטוען העורר כי חומר החקירה בעניינו נעדר תשתית ראייתית להוכחתה של עבירת האינוס שיוחסה לו. בהקשר זה טוען העורר כי בדיון בבית המשפט המחוזי ביום 5.8.2015 הוא אמנם הודה בקיומן של ראיות לכאורה בעניינו באמצעות בא-כוחו דאז, אך כי נסיבות שבהן בחינת חומר הראיות "על פניו" מעלה כי אין תשתית ראייתית ראשונית לעבירה החמורה ביותר שיוחסה לעורר הן "נסיבות מיוחדות" המצדיקות את "פתיחת הראיות". מכל מקום, כך נטען, הן מחייבות עריכת דיון במעמד הצדדים בבקשה.

11. הטענה להעדרה של תשתית ראייתית מינימלית לביצועה של עבירת האונס התייחסה לכך שבעדותה של המתלוננת בפני חוקרת הילדים אין כל התייחסות ליסוד של חדירה לאיבר מינה של הילדה, יסוד נדרש שעל-פי הדין הקיים אין בלתו לצורך ביסוסה של עבירת האונס.

12. בנוסף, העורר סבור כי בהחלטה לדחות את שחרורו לחלופת המעצר שנבחנה, בית המשפט המחוזי ייחס משקל יתר לחומרת העבירה שיוחסה לו והתעלם מן הנתונים החיוביים הקיימים בעניינו. בהקשר זה, טוען העורר כי לא היה מקום לדחות את המלצותיו של שירות המבחן, בשים לב לאיכותה הגבוהה של החלופה המוצעת, אשר בגדרה הוצעו מפקחים ראויים וכן שהות בריחוק גיאוגרפי ניכר מן המתלוננת. לטענת העורר, לא ניתן לקבוע כי העבירות המיוחסות לו הן כה חמורות עד כי, באופן עקרוני, לא קיימת חלופת מעצר שבאמצעותה ניתן יהיה לאיין את המסוכנות הנשקפת ממנו. בהקשר זה, מפנה העורר למקרים שבהם יוחסו לנאשמים מעשים חמורים יותר, לשיטתו, אך לא נשללה לחלוטין האפשרות לשחררם לחלופת מעצר.

13. המדינה טוענת כי דין הערר להידחות.

14. באשר לפן הדיוני, המדינה מציינת כי בקשה לעיון חוזר אכן מחייבת דיון במעמד הצדדים, אך סבורה כי בנסיבות העניין אין טעם בהחזרת הדיון לבית המשפט המחוזי. לגופם של דברים, לשיטת המדינה, קיימת במקרה זה הצדקה לדחות את הבקשה "על הסף", בהתאם לכללים שנקבעו בפסיקה לפיהם לא ניתן לחזור "ולפתוח" את שאלת הראיות לכאורה בעקבות החלפת ייצוג.

15. למעלה מן הצורך, באת-כוח המדינה הצביעה על כך שעדותה של המתלוננת התייחסה ל"הכנסת אצבע" לישבן, וכן לממצאים בבדיקה הגופנית באשר לחיכוך חיצוני באיבר מינה של המתלוננת 2. עניינים אלה ייבחנו, כך נטען, במסגרת ההליך העיקרי, אך לא ניתן להסיק מהן כי נעדרת תשתית ראיינית נגד העורר.

16. את עיקר טענותיה ייחדה באת-כוח המדינה למסוכנותו הנטענת של העורר. בהקשר זה, עמדה באת-כוח המדינה על כך שהמתלוננות שבהן פגע העורר, על-פי הטענה, היו קורבנות אקראיים, כך שמבחינה זו הימצאותו של העורר מחוץ לכלא היא מסוכנת לכאורה גם לקטינות אחרות. היא אף הדגישה את חוסר הרתיעה והעדר הגבולות שהתבטאו בנסיבות ביצוען של העבירות (בסמיכות להורים, ואף תוך לקיחתה של קורבן העבירה מן המיטה שבה ישנה עם הוריה). באת-כוח המדינה הוסיפה כי צדק בית המשפט המחוזי בהתרשמותו השלילית מן החלופה המוצעת, שמבוססת על פיקוח של אנשים קרובים בסביבה שלכאורה אינה מכירה בחומרת מעשיו של העורר (בשים לב למעורבותו הנטענת של חמיו במתן עצות באשר לעדויות במשטרה, כפי שתואר לעיל).

17. בתשובתו חזר והדגיש בא-כוחו של העורר כי בית משפט זה אפשר בעבר אף לנאשמים בעבירות מין חמורות להשתחרר לחלופות מעצר, ואף ציין כי קיימים מקרים חמורים יותר להערכתו שבהם כך נעשה (תוך התייחסות לנסיבות מחמירות שלא התקיימו כאן, כדוגמת עבירות מין במשפחה וביצוע העבירות לאורך תקופה).

דיון והכרעה

18. לאחר ששקלתי את הדברים אני סבורה שדין הערר להידחות.

19. אכן, העורר צודק כי נכון וראוי לקיים דיון בבקשה לעיון חוזר במעמד הצדדים. הכללים החלים על הגשה של בקשה לעיון חוזר קבועים בסעיף 52(א) לחוק המעצרים הקובע כי "עצור... רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה לעיון חוזר... אם נתגלו עובדות חדשות, נשתנו נסיבות או עבר זמן ניכר מעת מתן ההחלטה". ביחס לאופן הדיון בבקשה לעיון חוזר חל סעיף 57 לחוק המעצרים לפיו דיון בבקשה "יהיה בפני המשוחרר בערובה או סניגורו, בפני עצור, ובפני תובע". דומה כי הדעה הרווחת בפסיקה, דעה שאף אני שותפה לה, גורסת כי לא תתקבל החלטה בבקשה לעיון חוזר מבלי שהתקיים בה דיון, אלא במקרה חריג שבחריג שבו באופן מובהק אין ולו ניצוץ ראשוני של התאמה לתנאים לקיומו של עיון חוזר, כדוגמת בקשות חוזרות ונשנות המוגשות במעין "שיטת מצליח" (ראו: בש"פ 1097/06 ביניב נ' מדינת ישראל, פסקה ד (9.2.2006); בש"פ 2586/13 אלרואי נ' מדינת ישראל, פסקאות 7-8 (24.4.2013)). זהירות זו מתחייבת מן האופי הטבוע בהליך המעצר, הליך הכרוך בפגיעה קשה בחירותו של אדם שעה שהוא עודו מוחזק כחף מפשע (ראו והשוו: בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010)).

20. עם זאת, אני מסכימה כי בנסיבות הקונקרטיות של המקרה שבפני אין טעם בהחזרת הדיון לבית המשפט המחוזי. זאת, מאחר שהתרשמתי כי אין כל הצדקה לקיומו של עיון חוזר בעניינו של העורר בשלב זה. כאמור, העורר הסכים לקיומן של ראיות לכאורה באמצעות בא-כוחו הקודם. למעשה, בא-כוחו הנוכחי אף אינו טוען כי חל שינוי במסכת הראיות, מלבד בחינתו הוא את החומרים הקיימים. אם כן, על פני הדברים, מקרה זה אינו מעלה כל הצדקה לחרוג מן הכלל הרחב לפיו שינוי בייצוג אינו מהווה עילה לחזור ולפתוח החלטה בעניין מעצר (ראו למשל: בש"פ 7391/01 אנואר נ' מדינת ישראל (4.10.2001); בש"פ 8649/05 זלצמן נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (7.10.2005); בש"פ 8265/09 מדינת ישראל נ' אלמליח, פסקה 22 (28.10.2009); בש"פ 6083/14 אבו אלהווה נ' מדינת ישראל, פסקה 4

עמוד 5

(19.9.2014)). לכך יש להוסיף כי אף לגופו של עניין, הטענות כי המקרה "על פניו" אינו מניח בסיס לראיות לכאורה אינן משכנעות בהתחשב ברף הראייתי הנדרש בשלב זה, להבדיל מאשר במשפט עצמו, וכן בשים לב לממצאים הרפואיים שנמצאו במתלוננת 2 ולנסיבות האופפות את המקרה.

21. למעלה מן הצורך אוסיף כי הטענה באשר לצד הראייתי מכוונת רק כנגד ייחוסה של עבירת האונס לעורר, ולא כנגד המעשים המגונים הרבים המיוחסים לו, אשר בנסיבות העניין חומרתם הלכאורית מעלה על פניה מסוכנות מפליגה, בעיקר בהתחשב בגילן של המתלוננות ובכך שהיו קורבנות מזדמנים (ראו: בש"פ 6016/15 מדינת ישראל נ' כהן, פסקה 11 (10.9.2015); בש"פ 7185/15 נחום נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (4.11.2015)).

22. עוד אני סבורה כי השילוב בין הנסיבות החמורות האופפות את ביצוע המעשים המיוחסים לעורר (עבירות מין בקטינות, ללא מורא מהימצאות הוריהן בקרבת מקום) לבין אי-הבהירות הקיימת באשר לתפיסת האנשים הקרובים לעורר את חומרת העבירות מצדיק את ההימנעות משחרורו לחלופת המעצר שהוצעה.

23. סוף דבר: הערר נדחה.

ניתנה היום, כ"ג בחשון התשע"ו (5.11.2015).

שׁוֹפֵט