



בש"פ 6473/21 - דוד בוטיאר נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 6473/21

לפני: כבוד השופט י' אלרון

העורר: דוד בוטיאר

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-
יפו ב-מ"ת 15172-06-21 מיום 19.9.2021 שניתנה
על ידי השופט שמואל מלמד

תאריך הישיבה: ל' בתשרי התשפ"ב (6.10.2021)

בשם העורר: עו"ד ישראל קליין

בשם המשיבה: עו"ד ורד חלאוה

החלטה

1. לפניי עררלפי סעיף 53 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים), על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופט ש' מלמד) בתיק מ"ת 15172-06-21 מיום 19.9.2021, במסגרתה הורה בית המשפט על מעצרו של העורר עד תום ההליכים נגדו.

רקע והליכים קודמים

2. נגד העורר ושני נאשמים נוספים הוגש ביום 7.6.2021 כתב אישום המייחס לעורר מעשה טרור של חבלה עמוד 1



בכונה מחמירה, לפי סעיף 329 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק) בצירוף סעיף 29 לחוק, יחד עם סעיף 37(א) לחוק המאבק בטרור, התשע"ז-2016, וגניבה ממניע גזעני, לפי סעיף 384 לחוק בצירוף סעיף 144 לחוק.

3. כתב האישום מתאר כי על רקע מבצע "שומר החומות", במהלכו אירעו התפרעויות אזרחיות ברחבי הארץ, ביום 12.5.2021 התרחשה התפרעות מאורגנת כנגד אזרחים ערבים ועסקים בבעלות ערבית בטיילת בבת-ים. במהלך התפרעות זו הותקף גם סעיד מוסא (להלן: המתלונן), שנכח במקום ברכבו. העורר הצטרף לפורעים שרדפו אחר המתלונן בעודו מנסה להימלט ברכבו וצעקו לעברו "ערבי, ערבי". לאחר שכשל ניסיונו של המתלונן לברוח הוא הוצא מרכבו והותקף על-ידי הפורעים באלימות קשה וממושכת שכללה אגרופים, בעיטות וחבטות באלה טלסקופית. במהלך אירוע זה העורר בעט בראשו ובצווארו של המתלונן שלוש פעמים. כתוצאה מהאירוע נגרמו למתלונן חבלות חמורות ובהן שברים בפניו וראשו. בשלב מאוחר יותר נכנס העורר יחד עם אחרים למסעדה שנפרצה במהלך ההתפרעויות וגנב פחיות שתייה.

4. בד בבד עם הגשת כתב האישום נגד העורר המשיבה ביקשה לעצרו עד תום ההליכים המשפטיים המתנהלים נגדו.

5. בהחלטה מיום 2.9.2021 קבע בית המשפט המחוזי כי מתקיימות ראיות לכאורה להוכחת אשמתו של העורר. בית המשפט שלל את טענתו כי המעשים בוצעו על רקע חשש שהמתלונן ניסה לבצע פיגוע דריסה, בקבעו כי גרסה זו אינה נתמכת בראיות הקיימות ולכן מקומה להיטען בהליך העיקרי. לצד זאת, קבע כי יש "כרסום" בראיות לכאורה לעניין הוכחת המניע הלאומני של העורר.

6. לאחר שבתסקיר מיום 18.8.2021 שירות המבחן לא נתן המלצה ולא ביצע הערכת מסוכנות לעורר בשל היעדר החלטה לעניין ראיות לכאורה, ביום 12.9.2021 ניתן תסקיר משלים. מהתסקירים עולה כי שירות המבחן התרשם שקיים סיכון להתנהגות אימפולסיבית ואלימה על רקע של השתייכות חברתית, בין היתר לאור קשייו בהצבת גבולות פנימיים במצבי דחק ובבחינת מוקדי סיכון אפשריים, והעריך כי קיימת רמת סיכון בינונית מצדו. לצד זאת שירות המבחן לא מצא "אינדיקציות לקיומן של עמדות גזעניות או אלימות מושרשת", ולאור התאמת המפקחים המוצעים המליץ על שחרור העורר לחלופת מעצר והטלת צו מבחן.

7. בהחלטה מושא ערר זה, מיום 19.9.2021, הורה בית המשפט על מעצר העורר עד תום ההליכים. בית המשפט עמד על מסוכנות העורר, העולה מחומרת המעשים המיוחסים לו ולאור התמונה הכוללת של האירוע, שהיווה מעשה לינץ', על רקע המצב המתוח בארץ אותה עת. עוד הדגיש כי "השתתפות באירוע כזה מעיד כאלף מונים על העדר גבולות והעדר יכולת של המשיבים לרסן את עצמם", וכי במצב זה אין בחלופות המעצר שהוצעו או במעצר באיזוק אלקטרוני כדי לאיין את מסוכנות העורר, חרף המלצת שירות המבחן.

טענות הצדדים בערר

8. מכאן הערר שבפניי, במסגרתו מבקש העורר להורות על שחרורו של העורר לחלופת מעצר בתנאים עליהם המליץ שירות המבחן.



העורר טוען כי בית המשפט שגה בקבעו דין אחד לכלל הנאשמים, וכי היה עליו לאבחן בין העורר לבין הנאשמים האחרים, לאור המלצת שירות המבחן החיובית בעניינו, לעומת ההמלצה השלילית בעניינם של שני הנאשמים האחרים, ולאור כך שהוא נעדר עבר פלילי.

עוד ביקש העורר להפנות לפסיקת בית משפט זה במקרים דומים, אף הם על רקע המתיחות האזרחית בזמן מבצע "שומר החומות", המעלה כי יש מקום לאפשר את מעצר העורר בפיקוח אלקטרוני.

לבסוף ובשים לב לפסיקה האמורה, נטען כי היה ראוי ליתן משקל רב יותר לקביעתו של בית המשפט המחוזי בדבר הכרסום הראייתי לקיומו של מניע לאומני, כמו גם העובדה שהעורר לא היה חלק מההתארגנות הראשונה של הפורעים.

9. מנגד, באת כוח המשיבה סומכת ידיה על החלטת בית המשפט המחוזי, ומבקשת להדגיש את קביעותיו בנוגע לחומרת מעשי העורר ומסוכנותו הנלמדת מהם, וזאת ביתר שאת על הרקע המתיחות הביטחונית אז.

המשיבה הדגישה כי העורר היה חלק מ"המעגל הפנימי" של הפורעים, וכתימוכין לכך הגישה תמונות מהאירוע. כן טענה שלאור כך שהאירוע התרחש על רקע "תקופה מטלטלת וסוערת" בארץ, קשה לראות את העורר כמי ש"נסחף" אליו.

לבסוף, טוענת המשיבה כי פסיקת בית משפט זה דווקא מלמדת כי ההחלטה לדחות את המלצת שירות המבחן אינה חריגה בנסיבות אלו, והפנתה להחלטות במקרים דומים שאירעו אף הם על רקע מבצע "שומר החומות", בהם דחה בית משפט בקשות להעברה למעצר בפיקוח אלקטרוני.

דין והכרעה

10. לאחר שעיניתי בטענות הצדדים ושמעתי את טיעוניהם בדיון שהתקיים לפניי, באתי לכלל מסקנה כי דין העורר להתקבל באופן חלקי, כך שעניינו של העורר יושב לבית המשפט המחוזי על מנת שיבחן את האפשרות למעצר העורר בפיקוח אלקטרוני.

11. אכן, המעשים החמורים המתוארים בכתב האישום, מהווים, כדברי בית משפט קמא, מעשה לינץ'. מעשים אלו אף שודרו בחדשות בזמן אמת, והתיעוד קשה לצפייה ומעורר שאט נפש. העורר הצטרף לפורעים עוד טרם הוצא המתלונן מרכבו, ואף בהמשך חלקו במעשי האלימות אינו מבוטל – שלוש בעיטות לראשו וצווארו של המתלונן, בעת שהלה מוטל על הכביש, חסר אונים, מוקף בפורעים ומוכה מכל עבר, ואין מציל.

12. אציין כי העורר אינו חולק על קביעתו של בית משפט המחוזי לעניין קיומן של ראיות לכאורה להוכחת אשמתו, למעט בעניין המניע הלאומני, ומקובלות עלי קביעותיו בעניין זה, כמו גם דחיית טענת העורר לקיומו של חשש סובייקטיבי מפני פיגוע דריסה.



יתרה מכך, כדברי בית המשפט, אף אם בראשית המעשה היה סבור העורר, כמו יתר המתפרעים, שמדובר בפיגוע דריסה, ההתרחשות המאוחרת היה בה כדי להבהיר שאין זה חשש אמת, וכי ברור שנהיגתו של המתלון את רכבו קדימה ואחור נבעו מלחץ וניסיון לברוח.

עוד אוסיף, כי אפילו היתה מתקבלת טענה זו, אף אם היה בה להצדיק את המרדף אחר רכבו של המתלון והצעקות, אין בה דבר כדי להצדיק את מעשי העורר לאחר הוצאת המתלון מהרכב, בעת ששכב על הכביש "מנוטרל".

13. לאחר כל האמור, ובשים לב לפסיקת בית משפט זה במקרים דומים, מצאתי לקבל את הערר, לאור הערכת שירות המבחן והמלצתו, קביעת בית משפט קמא בדבר הכרסום במניע הלאומני והעובדה שלא נטל חלק בהתארגנות המוקדמת להתפרעויות.

14. בענייננו, תסקיר שירות המבחן העריך רמת סיכון בינונית מצד העורר, בשל היעדר קושי בהצבת גבולות של העורר במצבי דחק וקושי לבחון מוקדי סיכון אפשריים בהתנהלותו. לצד זאת, שירות המבחן שלל עמדות גזעניות או דפוסי אלימות מושרשים מצד העורר, וציין כי גילה אמפתיה למתלון והכרה בחומרת הנזק שנגרם לו. עוד ציין שירות המבחן כי בני משפחת העורר מהווים גורמי תמיכה עבורו, ולאחר בחינת המפקחים המוצעים מצא כי חמישה מהם מתאימים לפיקוח והמליץ על שחרורו למעצר בית, אף ללא מעצר בפיקוח אלקטרוני, וכן המליץ לשלבו בטיפול.

בית משפט קמא, בהחלטה מושא הערר, סבר כי חומרת המעשים מעבירה נטל גבוה לעורר להראות מדוע יש להורות על חלופת מעצר בעניינו. עוד התייחס להמלצת שירות המבחן, אך קבע כי לאור חומרת המעשים הוא סבור שאין בחלופת המעצר לאיין את מסוכנות המשיבים, ביניהם העורר. אף שעמד על ההבדלים בין המשיבים, קבע כי לאור תוכנו של התסקיר "התוצאה הסופית של שירות המבחן היא שולית".

אמת, תסקיר שירות המבחן אינו חזות הכל. תסקיר המעצר נועד לסייע לבית המשפט בבחינת שיקולי מעצר, ואין הוא מחליף את שיקול דעתו במסגרת ההכרעה השיפוטית, בה נבחנת מערכת שיקולים רחבה וכוללת (בש"פ 2434/21 פלוני נ' מדינת ישראל (13.4.2021)).

עם זאת, כפי שצינתי לעיל, דומה כי לזכות העורר עומדות מספר נסיבות, המצטרפות להמלצה בתסקיר, ובהן התרשמותו הכוללת של שירות המבחן, שהיתה מורכבת כאמור, היעדר עבר פלילי, ובעיקר – קביעת בית משפט קמא, בהחלטה מיום 2.9.2021, בדבר הכרסום הראיתי במניע הלאומני שיוחס לעורר, אשר התבססה על העובדה שהעורר לא נטל חלק בהתארגנות המוקדמת. ואמנם, בהחלטתו בית המשפט התייחס לעובדה זו וציין כי "אמנם הטיעון שהמשיבים לא היו חלק מהחבורה הראשונית שהגיעה למקום כדי לפגוע בערבים יש לו חשיבות ומשקל אך לא לסוגיית הראיות לכאורה".

אעיר כי לטעמי קביעה זו של בית משפט קמא אף נתמכת בהתרשמות שירות המבחן בדבר היעדרם של דפוסים גזעניים אצל העורר וגילוי אמפתיה כלפי המתלון.



15. כמו כן, מצאתי כי יש בפסיקה אליה הפנה העורר כדי לתמוך בטענתו, ולאור הדמיון הרב בין האירוע דנן לבין האירועים נשוא החלטות אליהן הפנה, כמו גם הרקע הזהה לכל האירועים – התפרעויות אזרחיות בעת מבצע "שומר החומות", ראיתי לנכון לפרט.

בהחלטה בבש"פ 5798/21 מדינת ישראל נ' אבו אל היג'א (1.9.2021), נידון עניינם של המשיבים, צעירים ללא עבר פלילי, שהואשמו בעבירה הזוהר לענייננו, חבלה ברכב ממניע גזעני, ניסיון לתקיפת שוטר והתפרעות. המשיבים, שהיו חלק מהתארגנות שהתרחשה אך זמן קצר לאחר שפוזרו הפרות סדר במקום, התגודדו יחד עם אחרים סביב רכבו של קורבן העבירה, וחבלו בו וברכבו בצוותא באמצעות מכות ובעיטות וידויי אבנים לעברו. המשיב 1 בעט בדלת הנוסע של הרכב והכה את הקורבן מספר פעמים עם מקל עץ בפלג גופו העליון, והמשיב 2 הכניס את פלג גופו העליון לרכב ותקף אותו באגרופים, בעיטות וסטירות. בית משפט זה (השופט ע' ברון) קבע כי חרף מסוכנותם הרבה ואף שהתסקירים בעניינם אינם חיוביים לחלוטין – בהם הוערכה רמת סיכון בינונית ובינונית-נמוכה, בהתאמה – אין מקום להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי לקבל המלצת שירות המבחן, שסבר כי יש בחלופה המוצעת כדי לאיין את מסוכנות המשיבים.

בהחלטה נוספת, בבש"פ 5746/21 מדינת ישראל נ' בן עמי (20.8.2021), המשיב הואשם בעבירה זוהר לענייננו וכן בעבירת השתתפות בהתפרעות. המשיב השתתף בתהלוכה שלוותה בקריאות נגד ערבים, ובמהלכה ביצע תקיפה מתוכננת יחד עם אחרים כנגד אזרח ערבי, בה הכה אותו בכל חלקי גופו. בית המשפט המחוזי הורה על מעצרו בפיקוח אלקטרוני, בהסתמך על המלצת שירות המבחן, שהעריך רמת סיכון נמוכה, והיעדר עבר פלילי. בית משפט זה (השופט א' שטיין), בהסכמת הצדדים, קיבל חלקית את הערר אך בכל הקשור לתנאי העברתו למעצר, אך הותיר את מעצרו בפיקוח אלקטרוני.

לבסוף, בהחלטה בבש"פ 6048/21 תם נ' מדינת ישראל (5.10.2021) נידון עניינו של מי שהואשם בעבירה הזוהר לענייננו, יחד עם עבירה של חבלה ברכב ממניע גזעני. הנאשם, יחד עם אחרים, השתתף בתקיפה מתוכננת של אזרח ערבי בעת שישב במסגד, תוך שהוא מצויד בסכין, ואף נטל חלק בידיו אבנים על הקורבן ורכבו. בית המשפט המחוזי הורה לעצרו עד לתום ההליכים, לאחר שתסקיר שירות המבחן העריך מסוכנות בינונית והמליץ לשחררו לחלופת מעצר תוך הטלת צו פיקוח. בית משפט זה (השופט ע' גרוסקופף) קיבל את הערר והורה על החזרת התיק לבית המשפט המחוזי לצורך בחינת האפשרות למעצר בפיקוח אלקטרוני, בשל גילו, היעדרו של עבר פלילי והמלצת שירות המבחן.

לא מצאתי כי נסיבותיו של העורר חמורות ממקרים אלו, ואף להיפך, בשים לב לנסיבות שצוינו לעיל.

16. מטעמים אלו ואחרים אני גם סבור כי הפסיקה אליה המשיבה הפנתה אינה יפה לענייננו.

כך, בבש"פ 5066/21 מדינת ישראל נ' חלאף (23.7.2021) קיבל בית משפט זה ערר שהגישה המשיבה על ההחלטה לעצור את הנאשם בפיקוח אלקטרוני, לאחר שהואשם בעבירה הזוהר לענייננו. זאת, בשל קבלת תסקיר שלא המליץ על שחרורו לחלופת מעצר או על מעצר בפיקוח אלקטרוני, ובהינתן הרקע הלאומני-אידאולוגי לאירוע, המגביר את מסוכנותו. גם ההחלטה בבש"פ 6026/21 מדינת ישראל נ' אלמקייס (19.9.2021), בה התקבל ערר שהגישה המשיבה על ההחלטה לעצור את הנאשם בפיקוח אלקטרוני, לו יוחסה עבירת מעשה טרור של ניסיון רצח, נסמכה על



עברו הפלילי ודפוסית התנהגותו השוליים, וכן חומרת המעשים המיוחסים לו וחלקו הפעיל בהם.

נראה אם כך שהחלטות אלו נבדלות מענייננו, אם בהמלצת שירות המבחן ואם בחומרת העבירות, כמו גם ההיבט הלאומני.

17. על-כן, אף שבית משפט קמא מצא כי אין בחלופת המעצר עליה המליץ שירות המבחן כדי לאיין מסוכנותו של העורר, נדמה כי היה מקום לקבוע כי יש במעצר בפיקוח אלקטרוני, יחד עם הפיקוח האנושי, כדי להפחית את מסוכנותו במידה שתשיג את תכלית המעצר.

בעניין זה אוסיף, כי חרף טענת המשיבה שלא ניתן לראות בעורר כמי ש"נסחף" לתוך האירוע אין להתעלם מ"מהפן החברתי" הנלווה למעשים, כדברי השופטת ע' ברונבש"פ 5798/21 לעיל, המצביעים במידה מסוימת על מסוכנות קונקרטית יותר.

18. סופו של דבר, אני מורה על השבת עניינו של העורר לבית משפט קמא לצורך קבלת דיווח מאת מנהל הפיקוח האלקטרוני, כאמור בסעיף 22ב(ג) לחוק המעצרים, בדבר האפשרות כי במהלך תקופת מעצרו ישהה העורר בפיקוח אלקטרוני בבית סבתו בלוד כפי שהמליץ שירות המבחן, בפיקוח אחד המפקחים שצוינו בתסקיר המשלים ובמשך כל שעות היממה, ובכפוף לתנאים נוספים כפי שימצא לנכון בית משפט קמא.

ניתנה היום, ד' בחשוון התשפ"ב (10.10.2021).

ש ו פ ט