

## בש"פ 6927/19 - עימאד גרגאוי נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 6927/19

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן

העורר: עימאד גרגאוי

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטות בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופטת ג' שלו) במ"ת 69352-07-19 מהימים 10.10.2019 ו-13.8.2019

תאריך הישיבה: ז' בחשון התש"ף (05.11.2019)

בשם העורר: עו"ד אורי דייגי; עו"ד לילי פטישי

בשם המשיבה: עו"ד ארז בן ארויה

### החלטה

1. נגד העורר הוגש כתב אישום האוחז שני אישומים שענינם עבירות מין בקטינים. שני האירועים נושא כתב האישום התרחשו בזמן שהעורר היה נתון לצו פיקוח לפי חוק ההגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006 (להלן: חוק ההגנה על הציבור). הצו אסר על העורר להתחבר עם קטינים משני המינים, לשהות עמם שלא בנוכחות בגיר נוסף ובתנאים שנקבעו, וכן הורה על הרחקת העורר ממקומות כינוס לקטינים דוגמת בתי ספר, גני ילדים, גני שעשועים, פארקים, מתקני בילוי וכדומה.

2. במוקד האישום הראשון תקיפתה של קטינה בת 10. על פי המתואר בכתב האישום, העורר נסע באוטובוס בשעת צהריים, הבחין במתלוננת צועדת ברחוב והחליט לתקוף אותה מינית. העורר ירד מן האוטובוס, עקב אחר המתלוננת וחשף את איבר מינו. המתלוננת הבחינה בעורר החשוף והחלה להימלט. העורר השיג את המתלוננת, הצמיד אותה אל קיר ומנע ממנה להתרחק, חרף ניסיונותיה להיחלץ ואמירתה כי תפנה למשטרה. העורר הניח את ידה של המתלוננת אל אבר מינו והניעה עליו. המתלוננת הפצירה בעורר שיחדול ממעשיו, אך ללא הועיל. בשלב מסוים הבחינה המתלוננת ברכב יוצא מחנייה בקרב מקום וניסתה לזעוק לעזרה, אבל העורר חסם את פיה ומנע ממנה להימלט. לאחר מכן, החדיר העורר את אבר מינו לפיה של המתלוננת ואחז בראשה בחזקה. המתלוננת ניסתה להרחיק את העורר מעליה והכתה אותו, אך רק בפעם השלישית שהכתה אותו הצליחה להרחיקו מעט, להיחלץ מאחיזתו, ולהימלט מהמקום בריצה. העורר רץ אחרי המתלוננת, אך כשהבחין באנשים נוספים באזור שאליו רצה, עלה על אוטובוס שעבר במקום. יוער כי כתב האישום מתאר כי לאורך האירוע פנה העורר למתלוננת בשפה הערבית שאותה אינה מבינה.

3. בגין מעשים אלה יוחסו לעורר עבירות של מעשה סדום לפי סעיף 347(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק) בנסיבות סעיף 345(ב)(1) לחוק; מעשה מגונה לפי סעיף 348(ב) בנסיבות סעיפים 345(ב)(1) ו-345(א)(1) לחוק; מעשה מגונה בפומבי לפי סעיף 349(ב) לחוק; ועבירה של הפרת צו פיקוח לפי סעיף 22(א) לחוק ההגנה על הציבור.

4. על פי האישום השני, במועד מסוים במהלך שנת 2019 יצא העורר לגן שעשועים שבו פגש בקטינה המלווה שני ילדים קטנים ממנה. העורר הסתובב לעברם, חשף את אבר מינו ואונן לפניהם, תוך שהוא קורא לקטינה להסתכל עליו. שלושת הקטינים הבחינו במעשי העורר ורצו מהמקום. העורר עקב אחריהם, אך הבחין באישה היושבת בסמוך ועזב את גן השעשועים. בגין מעשים יוחסו לעורר עבירות של מעשה מגונה בפומבי לפי סעיף 349(ב) לחוק העונשין; והפרת צו פיקוח לפי סעיף 22(א) לחוק ההגנה על הציבור.

5. בצד כתב האישום הוגשה בקשה למעצר העורר עד תום ההליכים המשפטיים נגדו. במסגרת הדיון בשאלת קיומן של ראיות לכאורה הסכים העורר כי ישנן ראיות לכאורה להוכחת עצם קיומו של האירוע נושא האישום הראשון; ואישר כי הוא הדמות הנצפית בסרטוני האבטחה הרלוונטיים. אף על פי כן, העורר טען כי ישנה חולשה משמעותית בראיות, שכן אין ראיות הקושרות אותו במישרין לאירוע התקיפה עצמו. העורר טען כי לעניין זה אין להתחשב בהודאתו ובאמרותיו במשטרה, שכן נפלו פגמים קשים בחקירתו. העורר טען כי לא הוזנה כדיון, כי נפגעה זכותו להיוועצות בעורך דין, וכי הגם שהיה ברור לגמרי כי העורר הוא "אדם עם מוגבלות שכלית" כמשמעותו בחוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית), התשס"ו-2005 (להלן: חוק ההתאמות), חקירתו לא בוצעה על ידי חוקר מתאים.

6. ביום 13.8.2019 קבע בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופטת ג' שלו) כי ישנן ראיות לכאורה לחובת העורר, וכי אלו נסמכות על כמה נדבכים: עדות המתלוננת ועדויות על מצבה; הודאת העורר; וחומר נוסף הקושר אותו לזירת האירוע במועד האירוע. בית המשפט בחן את טענותיו של העורר בדבר פגמים שנפלו בחקירתו וקבע כי יש בהן ממש. נמצא כי ההודעה על זכויותיו של העורר נעשתה בצורה לא מסודרת ולא מיטבית; וכי קיימות אינדיקציות לכך שהתקיימה לפחות שיחה אחת בין העורר לבין החוקרים לפני התשאול המוקלט שאין לה תיעוד בתיק. לעומת זאת, בית המשפט סבר כי בטענות העורר בדבר הצורך בחקירתו לפי חוק ההתאמות יש פנים לכאן ולכאן. כך, בצד אינדיקציות מסוימות לכך שהעורר מתפקד ברמה גבולית על רקע הנמכה קוגניטיבית, ישנן אינדיקציות לתפקוד תקין ובהן כי העורר עובד, נשוי, אב לילדים ולא מונה לו אפוטרופוס לדיון. זאת ועוד, חוק ההתאמות עצמו קובע כי אי קיום חקירה לפיו

מקום בו הדבר נדרש אינה גוררת מאליו את פסילתה; ואם נמסרה הודאה, על התביעה להוכיח כי זו ניתנה באופן חופשי ומרצון.

7. בית המשפט התייחס לפגמים אלה, וציין כי כבר בשלב המעצר יש לבחון טענות כבדות משקל בדבר פגיעה בזכויות הנחקר. עם זאת, הודגש כי אין מדובר בשיקול בלעדי, ויש לבחון את מכלול השיקולים הרלוונטיים לשאלת המשך המעצר. בנסיבות המקרה דנן, בית המשפט סבר כי אין בטענות העורר בדבר פגמים שנפלו בחקירתו כדי לשנות מן המסקנה כי יש ראיות לכאוריות לחובתו, בהסתמך גם על הודאתו ואמרותיו במשטרה; ולא ראה לקבוע כי פגמים אלו כשלעצמם מביאים לחולשה משמעותית בראיות לחובתו. בית המשפט סבר כי במקרה דנן דינן של הטענות השונות להתברר לגופן בהליך העיקרי, שבו גם יקבע אם הופרו זכויות העורר, אם הופעל כלפיו אמצעי פסול, ואם היה באלה כדי להשפיע על אמיתות הודאתו.

8. עוד ציין בית המשפט כי אינו מתרשם שהודאתו של העורר היא הודאת שווא שנמסרה עקב ניסיונו לרצות את חוקריו. מחומר החקירה ניכר בבירור כי ישנן נקודות בחקירה שבהן העורר עומד על דעתו ומסרב להודות במעשים מסוימים שהוצגו לו על ידי החוקרים. כמו כן, העורר מסר תיאור מפורט בנוגע לאישום הראשון, המתיישב היטב עם עדות המתלוננת ועם סרטוני האבטחה, ובמקרים שבהם היה פער מסוים בין הגרסאות, דבק העורר בגרסתו. כמו כן, העורר מסר פרטים שלא היו ידועים לחוקרים בנוגע ליום האירוע, ובחקירתו השנייה, לאחר שנועץ עם עורך דין, שב וטען כי כל מה שאמר בחקירתו הקודמת היה אמת.

9. בצד קביעתו האמורה הוסיף בית המשפט וקבע כי גם ללא הודאת העורר ישנן די ראיות לכאורה להוכחת המיוחס לו. ראשית, המתלוננת מסרה עדות שאינה שנויה במחלוקת ושחוקרת הילדים התרשמה שרמת מהימנותה גבוהה. המתלוננת אמנם לא הצביעה במישרין על העורר כתוקף, אך מסרה כמה תיאורים המתיישבים היטב עם מאפייניו. כך למשל, המתלוננת תיארה חשוד שגילו בין 20 ל-30, והעורר הוא בן 25; התיאור הפיזי של העורר ושל לבושו עולה בקנה אחד עם סרטוני האבטחה - שהעורר זיהה את עצמו בהם - ועם פרטי הלבוש שנתפסו בביתו; והעורר הוא דובר ערבית, כפי שתיארה המתלוננת. שנית, סרטוני האבטחה בשעות הרלוונטיות מראים את הקטינה צועדת לבדה, ושתי דקות לאכן מכן נצפה העורר יורד מאוטובוס ומביט שמאלה, לכיוונה, ומתחיל לרוץ. בין 10 ל-12 דקות לאחר מכן נצפתה דמות התואמת לתיאורו של העורר יוצאת מאזור סמוך ונמלטת מהמקום. שלישית, במסגרת החקירה אותרו חלק מהאוטובוסים שבהם נסע העורר באותו היום ובהם טביעות אצבע של העורר. בית המשפט קבע כי הגם שמדובר בראיות נסיבתיות בלבד, מדובר בראיות נסיבתיות חזקות מאוד הקושרות בין המשיב לבין המתלוננת בשעות הרלוונטיות ובמקום הרלוונטי, וציין גם כי סרטוני האבטחה מתיישבים בצורה הדוקה עם גרסתו של העורר בשחזור שנערך לו ואף בחקירותיו.

10. בית המשפט המשיך וקבע כי ישנה עילת מעצר שעניינה המסוכנות הרבה הנשקפת מן העורר. זו נלמדת מן המעשים המיוחסים לו, כמו גם מעברו הפלילי של העורר הכולל שתי הרשעות בעבירות מין, כשבפעם הראשונה הורשע בעת שהיה קטין ונידון לאי הרשעה, ובפעם השנייה הוטל עליו מאסר מותנה. לכך יש להוסיף את העובדה שהעבירות נושא כתב האישום בוצעו תוך הפרת צו פיקוח לפי חוק ההגנה על הציבור; את הערכת המסוכנות שהוכנה במסגרת תיק קודם שבו הורשע העורר שלפיה המסוכנות הנשקפת ממנו היא גבוהה; ומן העובדה שבחקירתו בקשר להליך זה התייחס העורר לדחפיו המיניים המוגברים הגורמים לו לעשות מעשים מיניים אימפולסיביים כשהוא רואה נשים או קטינות. נוכח האמור העריך בית המשפט כי ספק רב אם ניתן יהיה להפיג את המסוכנות הנשקפת מן העורר בחלופת מעצר, וציין כי הסיכוי לשחררו לכזו הוא קלוש. אף על פי כן, בית המשפט הורה על קבלת תסקיר שיבחן את חלופת המעצר שהוצעה

יוער כי בהחלטתו זו דחה בית המשפט את בקשת העורר לאסור על פרסום פרטיו, והורה על איסור פרסום כל פרט שיש בו כדי לזהות את המתלוננת.

11. בהמשך להחלטת בית המשפט הוכן תסקיר בעניינו של העורר. התסקיר סוקר באריכות את המידע שהצטבר על העורר בשירות המבחן אגב הטיפול בו בהליכים השונים בעניינו, ומתייחס גם למידע שהתקבל מגורמי טיפול נוספים. בתמצית, עולה כי העורר הוא צעיר בן 25, נשוי ואב לשני ילדים קטנים, אשתו הרה עם ילדם השלישי. העורר הוא בעל יכולות קוגניטיביות נמוכות. לאורך השנים נעשו ניסיונות לשלבו במסגרות שונות ללא הצלחה. מתואר כי בשלב מסוים בוצע אבחון לעורר שבסופו נקבע כי אינו סובל מפיגור. כן ציין שירות המבחן כי אין לשלול שיכולותיו של העורר פחות נמוכות מכפי שנראה על פני הדברים, שכן דומה שהעורר מעצים מעט את חומרת מצבו כדי להימנע מלקיחת אחריות מלאה על מעשיו. עוד צוין כי לעורר יכולות תחכום, תכנון והשפעה על סביבתו.

12. בכל הנוגע למסוכנות הנשקפת מן העורר, עולה כי לעורר דחפים מיניים ברמה גבוהה שאותם הוא מתקשה לווסת, וכי הוא פועל לממשם באופן אימפולסיבי, תוך ריכוז עצמי גבוה, מתקשה לראות את האחר ולגלות אמפתיה לסביבתו. כן עולה כי העורר העיד על עצמו כי הוא חש משיכה מינית לקטינים וריגוש מחשיפה עצמית. ניסיונות טיפוליים בעבר לא צלחו, בין היתר משום שלא היו מותאמים ליכולותיו של העורר ולשפתו. במקרה אחד, בחלוף שנת טיפול עזב מטפלו דובר הערבית של העורר והטיפול נפסק. כמו כן, שירות המבחן התרשם כי ההליכים המשפטיים הקודמים בעניינו של העורר וצו הפיקוח שהוטל עליו אינם משמשים כגורם מרתיע. נוכח האמור, שירות המבחן העריך כי נשקפת מהעורר רמת סיכון גבוהה להתנהגות מינית פוגענית, לצד קושי לעמוד בתנאים מגבילים ובגבולות חיצוניים שמוצבים לו. שירות המבחן נמנע אפוא מלבוא בהמלצה על חלופת המעצר שהציע העורר בבית הוריו, בפיקוח אביו ואחיו. במיוחד צוין כי אביו של העורר אינו מתאים לשמש כמפקח, שכן גישתו ביחס לעורר מגוננת, הוא מתקשה לראות בו כפוגע מינית, ומתייחס אליו כילד קטן שאינו אחראי למעשיו. בצד האמור, צוין כי כדי להפחית את המסוכנות הנשקפת מן העורר נדרש טיפול אינטנסיבי; וכי לפני שנה נפתח לראשונה בישראל הוסטל ייעודי לעברייני מין המתאים לצרכיו הייחודיים של העורר ("שיבולים"). העורר הביע רצון להשתלב במסגרת זו ושירות המבחן העביר את פרטיו לצורך בחינת התאמתו וקביעת ראיון קבלה.

13. בהחלטה מיום 15.9.2019, לאחר שעין בתסקיר האמור, חזר בית המשפט על עמדתו כי מכלול מאפייני המסוכנות הנשקפת מן העורר אינם מאפשרים לשחררו לחלופת מעצר. עוד צוין כי ככלל, חלופה טיפולית אינה נבחנת בשלב המעצר אלא בתום ההליך העיקרי, אגב הדיון בעונש. אף על פי כן, ולצורך פרישתה של התשתית המלאה, התיר בית המשפט לעורר לצאת לראיון קבלה בהוסטל. שירות המבחן התבקש לעדכן על תוצאות הראיון, ולהתייחס גם לשאלה אם מדובר בחלופה סגורה "הרמטית".

14. לאחר ראיון הקבלה שנערך לעורר הוגש תסקיר משלים ודווח כי ההוסטל מוכן לקבל אליו את העורר. אשר למאפייני ההוסטל, הוסבר כי מדובר במסגרת חוץ ביתית סגורה, הנותנת מענה 24 שעות ביממה, בכל ימות השבוע. אף על פי כן, ההוסטל אינו מוגדר כחלופת מעצר. למטופלים בו ניתנת אפשרות לצאת לביקורי בית ולחופשות, בכפוף לתנאים ולתכנית הטיפול הנקבעת ביחס לכל מטופל. במענה לכך הציע שירות המבחן כי לעורר יותר לצאת מן ההוסטל רק באישור בית משפט, ובליווי "ערב מגבה" שאושר על ידו. לעניין זה הוצעו אביו ואחיו של העורר, וצוין כי הגם שלא

הומלצו כמפקחים במסגרת חלופת מעצר, הם יכולים לשמש כערבים מגבים. עוד הוצע כי יציאה מכל טעם אחר תיעשה בלוייו איש צוות מן ההוסטל או ערב אחר שיאושר על ידי בית המשפט.

15. בהחלטה מיום 10.10.2019 דחה בית המשפט את המלצתו האמורה של שירות המבחן והורה על מעצר העורר עד תום ההליכים המשפטיים נגדו. בית המשפט סבר כי אין בחלופה הטיפולית בהוסטל - שאינה חלופה סגורה ושאינה נהגת בה מדיניות של חופשות - כדי ליתן מענה לרמת המסוכנות הגבוהה הנשקפת מן העורר. הוסבר כי במקרה של הפרה ויציאה מן ההוסטל נמסרת אמנם הודעה לשירות המבחן או לבית המשפט, אך לא ננקט צעד מעשי למנוע את היציאה. עוד דחה בית המשפט את האפשרות שאביו ואחיו של העורר ישמשו כ"ערבים מגבים" נוכח ההסתייגויות שהביע שירות המבחן בתסקיר הראשון בדבר יכולתם לשמש כמפקחים. לכך יש לצרף את הכלל הבסיסי שלפיו הליך טיפולי יישקל במסגרת ההליך העיקרי ולא במסגרת הליכי המעצר, כאמור לעיל.

16. מכאן הערר שלפניי, אשר כפי שהובהר בדיון שהתקיים לפני ביום 5.11.2019, מופנה הן להחלטת בית המשפט מיום 13.8.2019 בדבר קיומן של ראיות לכאורה, הן להחלטתו מיום 10.10.2019 בדבר מעצר העורר עד תום ההליכים. במסגרת הערר, עותר העורר להורות על שחרורו לחלופת מעצר בהוסטל "שיבולים", בכפוף לתנאים המגבילים שהוצעו בתסקיר שירות המבחן. בתמצית, העורר טוען כי שגה בית המשפט המחוזי שהותיר את בחינת הטענות בדבר פגמים שנפלו בחקירתו להליך העיקרי. לדידו, חומרם של הפגמים היא כזו המחייבת בחינה כבר בשלב המעצר, וקביעה כי ישנו כרסום משמעותי בראיות הלכאוריות, במידה המצדיקה את שחרורו לחלופת מעצר. העורר שב ועומד על הפגמים שנפלו לטענתו בחקירתו: העובדה שהזוהר - באופן חלקי בלבד - 30 דקות לאחר שתושאל וכבר מסר הודאה; "הכוונתו" על ידי החוקר להסכים לדחיית מועד ההיוועצות עם עורך דין; ואי חקירתו על פי חוק ההתאמות חרף היותו בבירור אדם עם מוגבלות שכלית כמשמעותה בחוק. עוד נטען כי שגה בית המשפט שפנה לבחון את אמיתות הודאתו של העורר לאחר שקבע כי נפלו פגמים בגבייתה, שכן הדבר נוגד את פי הלכת יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006)), שלפיה פגיעה שלא כדין בזכויות הנחקר עלולה להביא לפסילת הודאתו גם אם אין ספק בדבר אמיתותה. עוד טוען העורר כי שגה בית המשפט בקביעתו כי גם ללא הודאת העורר ישנן ראיות לכאורה לחובתו. הגם שהעורר עודו מסכים כי סרטוני האבטחה ממקמים אותו בזירת האירוע במועדים הרלוונטיים; וכי תיאורו החיצוני תואם לזה שמסרה המתלוננת; הוא עומד על כך שלא די באלה כדי להביא להרשעתו.

17. עוד טוען העורר כי יש לשחררו לחלופת מעצר בהוסטל. העורר מדגיש כי פתיחתו של ההוסטל לפני כשנה יצרה לראשונה הזדמנות ממשית לטיפול מתאים בו ולהפחתת המסוכנות הנשקפת ממנו. לעומת זאת, בכלא אין מסגרת טיפולית מתאימה, ולכן ישנו אינטרס ציבורי ראשון במעלה לטפל בו כבר כעת. עוד נטען כי בנסיבות העניין יש לראות בהוסטל חלופה סגורה דיה, וכי יש ליטול סיכון מסוים כדי לאפשר טיפול בעורר.

18. כאמור לעיל, ביום 5.11.2019 התקיים דיון במעמד הצדדים. בפתח הדיון הוריתי כי שמו של העורר אינו נתון לצו איסור פרסום, כפי שהוחלט בבית המשפט המחוזי. בדיון לפניי חזר העורר על טענותיו כפי שפורטו לעיל. העורר הדגיש כי לשיטתו הודאתו במשטרה היא הראיה המרכזית בתיק; וכי נוכח הפגמים שנפלו בגבייתה, אין מנוס משחרורו לחלופת מעצר. כן טען כי גם אם ישוחרר להוסטל לא יוכל לצאת לחופשות עד שבית המשפט יתיר לו לעשות כן.

19. המשיבה מצדה טענה כי דין הערר להידחות, וסמכה ידיה על החלטותיו של בית המשפט המחוזי. המשיבה הדגישה כי גם בהנחה שנפלו פגמים בחקירת העורר, הרי שלכל היותר משמעות הדבר היא כי משקלן של הראיות פחות

(הגם שלדידה לא כך הדבר); וכי גם אז, המכלול הראייתי מגבש בבירור תשתית ראייתית לכאורית נגד העורר. בכל הנוגע לאפשרות שחרור העורר להוסטל, המשיבה הדגישה כי בהיעדר פיקוח אנושי המונע את יכולתו של העורר לצאת מן המקום, לא ניתן לאיין את המסוכנות הגבוהה הנשקפת ממנו.

דין והכרעה

לאחר ששקלתי את הדברים ועיינתי בחומר החקירה, נחה דעתי כי דין הערר להידחות.

20. כידוע, בית המשפט יורה על מעצרו של נאשם עד תום ההליכים המשפטיים נגדו רק אם שוכנע כי ישנן "ראיות לכאורה" להוכחת המעשים המיוחסים לו בכתב האישום (סעיף 21(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים, התשנ"ו-1996)). בשלב זה, על בית המשפט לבחון אם בכוחן של הראיות הגולמיות שנאספו עד כה נגד הנאשם להקים סיכוי סביר להרשעתו. השאלה בשלב זה אינה אם הראיות מצביעות על הרשעת העורר מעבר לכל ספק סביר, אלא רק אם אלו נושאות בחובן את הפוטנציאל הראייתי הדרוש להרשעתו, במבט צופה פני עתיד, ובהנחה שיצלחו את "כור ההיתוך" של ההליך הפלילי. זאת, למעט במקרים שבהם עיון בחומר החקירה מגלה פרכות מהותיות, ליקויים יסודיים או קשיים אינהרנטיים המעידים על כרסום ממשי בראיות התביעה (בש"פ 1566/14 עבד רבה נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (7.3.2014) (להלן: עניין עבד רבה); בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 147-146 (1996)).

21. בענייננו, אין מחלוקת ממשית בנוגע למארג הראייתי הלכאורי הכולל, שכן העורר אינו חולק על קיומן של ראיות לכאורה להוכחת עצם קיומו של אירוע התקיפה; כמו גם על נוכחותו בקרבת זירת האירוע במועדים הרלוונטיים. המחלוקת ממוקדת אפוא בשאלה אם הפגמים בחקירתו של העורר לא מחייבים התעלמות מהודאתו ואמרותיו במטרה, או למצער קביעה כי ישנה חולשה ראייתית משמעותית המחייבת את שחרור העורר לחלופת מעצר.

22. להשקפתי יש להשיב על שאלה זו בשלילה. טעם אחד לכך הוא כי מקובלת עלי מסקנת בית המשפט המחוזי כי קיימת תשתית ראייתית לכאורית גם בנפרד מהודאות העורר. הראיות הלכאוריות הנוגעות לאישום הראשון משתלבות זו בזו לכדי סיפור מעשה עקבי וקוהרנטי. ראשונה היא גרסת המתלוננת. סיכום חקירת הילדים שנערכה למתלוננת מלמד כי היא מסרה תיאור מפורט רציף והגיוני של האירועים, כפי יכולתה של קטינה בת 10. חוקרת הילדים התרשמה כי "המתלוננת דיווחה על אירוע אותו חוותה. רצף השתלשלות האירוע הגיוני ועקבי וכן הוא מעוגן בזמן, מקום וקונטקסט" (טופס סיכום חקירת ילדים, בעמ' 5). גרסתה של המתלוננת נתמכת בראיות נוספות. המשמעותית בהן לדידי הם סרטוני האבטחה הממקמים את העורר בקרבת זירת האירוע ובמסלול התקיפה שתיארה המתלוננת במועדים הרלוונטיים, ושאינן בנמצא כל הסבר אחר להימצאותו של העורר שם במועדים הרלוונטיים.

23. נוסף על כך, ישנן הודעות המתארות את מצבה הנפשי של המתלוננת בסמוך לאחר האירוע, עת הגיעה אל הגן של אחיה הקטן. אם של ילד אחר שנכחה במקום תיארה כי המתלוננת הייתה חיוורת ונראתה "מפוחדת, בהלם, בשוק" (הודעה מיום 17.7.2019, שורה 3). עוד ציינה האם כי העוררת חזרה ואמרה כי יש מישהו שמפחיד אותה. גם סייעת הגן מסרה דברים דומים. סבה של המתלוננת סיפר כי כשהגיע לאסוף אותה מהגן היא הייתה "בוכייה וסהרורית" (הודעה מיום 17.7.2019, שורה 6), וכי בדרכם חזרה ברכב סיפרה לו באופן חלקי את פרטי האירוע. אמה של המתלוננת מסרה גם כי כשבתה הגיעה הביתה היא הייתה מבוהלת וסיפרה לה באופן חלקי על אשר ארע. כמה שעות

עמוד 6

לאחר מכן, כשהתלוותה לאמה אל תחנת המשטרה, חלקה עמה את פרטי המקרה הנוספים. גם תיאורו של התוקף כפי שמסרה המתלוננת עולה בקנה אחד עם מראהו של העורר, עם גילו, ועם הבגדים שנתפסו אצלו - מכנסי ג'ינס ארוכים וחולצת תכלת בהירה.

בצד הדברים מבקש אני להתייחס גם לטענות בדבר פגמים שנפלו בחקירת העורר והשלכתם על הקביעה בדבר קיומן של ראיות לכאורה.

טענות לפגמים בחקירה והשפעתן על הקביעה בדבר קיומן של ראיות לכאורה

24. כידוע, בית המשפט אינו רשאי להסתמך על ראיות בלתי קבילות בשלב המעצר, דוגמת הודאה שהושגה בדרך פסולה. עם זאת, בית המשפט רשאי להסתמך על ראיות שעולה טענה נגד קבילותן, אם הוא מעריך כי הפגם הנתען עשוי למצוא מענה במסגרת ההליך העיקרי (עניין עבד רבה, פסקה 9; בש"פ 6718/14 סוויסה נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (26.10.2014); בש"פ 1572/05 זוארץ נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (10.4.2005)). על רקע זה כבר נפסק כי בית המשפט נדרש לבחון טענות הנוגעות לנסיבות השגתן של ראיות העומדות לחובת הנאשם ולפגמים שנפלו בהקשר זה כבר בשלב המעצר. אף נקבע כי פגמים חמורים ומהותיים בהליך החקירה עלולים לשמוט את הקרקע תחת המשך מעצרו של הנאשם (בש"פ 9220/12 פרץ נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (26.12.2012); וכי פגמים חמורים פחות עשויים להוביל למסקנה בדבר חולשה מסוימת בתשתית הראייתית הלכאורית (בש"פ 5612/18 גבאי נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (23.8.2018) (להלן: עניין גבאי)). ואולם, יש לבחון את הדברים בכל מקרה לגופו, בשים לב לטיבו ולעצמתו של הפגם הנתען וליתר נסיבות העניין.

25. בענייננו, בית המשפט המחוזי בחן את טענות העורר בדבר פגמים שנפלו בחקירתו ומצא כי יש בהן ממש. עם זאת, בית המשפט לא שוכנע כי טיבם וחומרם של הפגמים מחייבים את המסקנה כי ישנה חולשה משמעותית בראיות הלכאוריות נגדו במידה המחייבת את שחרורו לחלופת מעצר. לאחר עיון בחומר החקירה, שותף אני למסקנתו זו. אתייחס לעיקרי הדברים.

26. אזהרת העורר. בעניין זה, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, ניכר כי נפלו פגמים באזהרתו של העורר, וכי זו לא נעשתה בצורה מלאה, מדויקת ומיטבית (ראו תמליל חקירת העורר מיום 22.7.2019 בעמ' 3, ש' 9-21, ובעמ' 21, ש' 14-25; יצוין כי על התמליל עצמו מצוין, כנראה בטעות, התאריך 25.7.2019).

27. חקירה לפי חוק ההתאמות. גם בעניין זה שוכנעתי, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, כי המסגרת המתאימה לברור שאלת סיווגו של העורר כ"אדם עם מוגבלות שכלית" לפי חוק ההתאמות היא ההליך העיקרי. ממילא, גם אם היה מקום לחקור את העורר על פי חוק זה, הרי שעניין זה כשלעצמו אינו פוגע בחוקיות החקירה (סעיף 14 לחוק), ואף אינו פוסל הודאה שניתנה במסגרת זו. התוצאה היחידה היא כי במקרה כזה נדרשת התביעה להוכיח מיוזמתה כי הנחקר מסר את ההודאה באופן חופשי ומרצון (סעיף 15 לחוק).

28. הפרת זכות ההיוועצות בעורך דין. העורר טוען כי החוקר "תמרן" את השיחה כדי שיסכים לדחות את מועד ההיוועצות, לאחר שכבר הודה במעשים. מבלי לנטוע מסמרות, מוכן אני להניח לטובת המערער כי גם בהיבט זה נפל

פגם. בסופו של יום נושא הפגמים שנפלו ומשקלם יתבררו בהליך העיקרי. בצד האמור, בשלב המעצר ניתן לקבוע כי הפגמים שנפלו גורעים במידת מה מעצמת הראיות. כפי שנפסק:

"קיימת 'מקבילית כוחות' בין עוצמת הראיות לכאורה לבין מידת ההגבלה על חירותו של הנאשם. ככל שעוצמת הראיות קטנה יותר ובחינת חומר החקירה, אפילו בשלב הלכאורי, מעוררת ספקות וסתירות, כך תגדל הנכונות לשחרר לחלופת מעצר. ולהיפך, ככל שהראיות לכאורה חזקות וחד-משמעיות יותר, ובהתקיים שאר התנאים להורות על מעצר, כך תקטן הנכונות להסתפק בחלופת מעצר [...] מקום בו עילת המעצר היא עוצמתית, והאינטרס שביסוד המעצר הוא כזה שכל נטילת סיכון לגביו תהיה בלתי סבירה, כך שאין למעשה חלופת מעצר מתאימה שתוכל להגשים את מטרות המעצר, לא יהא מנוס ממעצרו של הנאשם, על אף הבעייתיות במשקלן של הראיות לכאורה (בש"פ 5564/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (8.8.2011)).

29. כפי שהדגשתי, בעניינו קיימת תשתית ראייתית לכאורית למעשים המיוחסים לעורר גם בנפרד מהודאתו (ואיני קובע מסמרות בשאלה האם די בה, כשלעצמה, כדי לבסס סיכוי סביר להרשעה), וזאת בצד הודאתו של העורר. בנסיבות אלה, ובהינתן עצמת הסיכון הנשקפת מהעורר, אני סבור כי האיזון בין השיקולים מוביל למסקנה כי אין מנוס ממעצרו של העורר. איני מקל ראש בטענה כי ההוסטל המוצע מציג לראשונה אפשרות טיפולית התואמת את צרכיו של הייחודיים של העורר, הזקוק לטיפול אינטנסיבי, וכי ישנו אינטרס ציבורי ברור בהפחתת המסוכנות הנשקפת ממנו. עם זאת, יש לזכור כי בשלב דיוני זה השאלה המוטלת לפתחי היא אם יש בשחרורו של העורר להוסטל כדי לאיין את המסוכנות הנשקפת ממנו (בש"פ 755/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (11.2.2016) (להלן: עניין פלוני)). על כך אין מנוס מלהשיב בשלילה. המעשים המיוחסים לעורר בגדרו של האישום הראשון מצויים ברף חומרה גבוה ביותר. בתוך רגעים קלים בלבד החליט העורר לתקוף מינית קטינה צעירה שהלכה לתומה ברחוב. העורר פעל להגשמת תכניתו העבריינית באופן מידי, עקבי ותקיף. גם לאחר שנחלצה המתלוננת מאחיזתו והחלה להימלט מפניו המשיך העורר ורדף אחריה, והפסיק רק לאחר שהבחין באנשים נוספים.

30. האישום השני מצטרף לתמונת המסוכנות המינית הכוללת המאפיינת את העורר, ונלמדת גם מעברו הפלילי ומהערכת המסוכנות הגבוהה בתסקיר שירות המבחן. לפי זו, העורר סובל מדחפים מיניים מוגברים שבהם הוא מתקשה לשלוט, ופועל למימושם תוך נכונות לפגוע גם בקטניות. העורר אף הודה במעשיו, ותיאר בחקירתו את דפוס ההתנהגות האמור. לכל אלה יש להוסיף את העובדה כי המעשים המיוחסים לעורר בכתב האישום בוצעו תוך הפרת צו פיקוח שניתן בעניינו, כך שלא היה בצו או בהליכים המשפטיים הקודמים בעניינו כדי לשמש גורם מרתיע ומרסן. משאלה הם פני הדברים, איני סבור כי ניתן לאיין את המסוכנות הנשקפת מן העורר בחלופת מעצר בהוסטל. כפי שציין בית המשפט המחוזי, לא מדובר בחלופה סגורה הרמטית. ברצותו, יוכל העורר לצאת מהמקום מבלי שינקטו אמצעים מעשיים למנוע זאת ממנו. המענה שהוצג לבעיה זו, שלפיו בשלב ראשון לא יותר לעורר לצאת לחופשות, וכי גם לאחר מכן יצא לחופשות רק באישור בית המשפט, אינה מניחה את הדעת, בשים לב לכך שהעורר אינו מורתע מצווי פיקוח, מהליכים שיפוטניים ומגבלות חיצוניות המוצבות לו (עניין פלוני, פסקאות 11-12). כמו כן, אף לא נחה דעתי כי אביו ואחיו של העורר יכולים לשמש כ"ערבים מגבילים", הגם שנמצא כי אינם מתאימים לשמש כמפקחים. דומה כי אותן בעיות הנוגעות ליכולת הפיקוח של שניהם רלוונטיות בה במידה לגבי יכולתם לשמש כ"ערבים מגבילים".

31. לכך יש להוסיף כי ככלל, הצורך בטיפול אינטנסיבי אינו שיקול רלוונטי בשלב המעצר עד תום ההליכים, אלא בתום ההליך העיקרי, בשלב גזירת העונש (בש"פ 7873/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (20.11.2012) (להלן: בש"פ 7873/12)). זאת, מבלי להידרש לשאלה - שעלתה בעקיפין בהחלטת בית המשפט המחוזי - אם גם לגבי עברייני



מין יש להחיל את המבחנים שנקבעו בהלכת סוויסה (בש"פ 1981/11 מדינת ישראל נ' סויסה, פ"ד סד(3) 101 (2011)) לגבי מכורים לסמים, בדבר האפשרות להשתלב בהליך טיפולי כבר בשלב המעצר (ראו בש"פ 7873/12, שם; והשוו לעניין פלוני, פסקה 13).

סוף דבר, הערר נדחה.

ניתנה היום, ט"ז בחשון התש"פ (14.11.2019).

שׁוֹפֵט

---