

## בש"פ 9171/17 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 9171/17

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן

העורר: פלוני

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט א' חזק) במ"ת 29315-07-17 מיום 6.11.2017

תאריך הישיבה: י"ב בכסלו התשע"ח (30.11.2017)

בשם העורר: עו"ד ניל סיימון

בשם המשיבה: עו"ד אפרת גולדשטיין

### החלטה

לפניי ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט א' חזק) מיום 6.11.2017 שדחתה בקשה לעיון חוזר בהחלטה בדבר מעצר העורר עד תום ההליכים נגדו.

רקע והליכים קודמים

עמוד 1

1. ביום 13.7.2017 הוגש נגד העורר כתב אישום המייחס לו עבירות רבות של אינוס לפי סעיפים 345(א)(1) ו-345(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק העונשין) בנסיבות סעיף 351(א) לחוק זה; ועבירות רבות של מעשים מגונים לפי סעיף 348(ב) לחוק העונשין בנסיבות סעיפים 345(א)(1) ו-345(א)(3) לחוק זה בנסיבות סעיף 351(ג)(2) לחוק העונשין [כך במקור - ע' פ']. לפי הנטען בכתב האישום, במספר רב של מועדים, בין השנים 2011 ועד ליום מעצרו, ביצע העורר בקטינה שהיא בתה של אשתו הנוכחית מנישואיה הקודמים (ילידת שנת 2004; להלן בהתאמה: המתלוננת; והאם או האישה), מעשי אינוס ומעשים מגונים; כאשר באותם מועדים התגוררו העורר, האם, המתלוננת ויתר ילדי המשפחה בדירות שונות בבאר שבע, ובהמשך עברו להתגורר באופקים. המעשים האמורים בוצעו לכאורה בחדרה של המתלוננת ובמיטתה, בתדירות גבוהה ובמקרים רבים מאוד, תוך ניצול הזדמנויות שבהן הייתה המתלוננת לבדה או שעה שיתר בני הבית היו שקועים בשנתם. על פי המיוחס, העורר היה נכנס לחדרה של המתלוננת; מוריד את בגדיה; פושט את מכנסיו ותחתוניו; נוגע בה בכוח בחזה או באיבר מינה; ומחדיר את אצבעותיו לאיבר מינה. עוד צוין בכתב האישום כי בחלק מן המקרים האמורים העורר היה נשכב על גופה של המתלוננת, מחדיר את איבר מינו לאיבר מינה ובוועל אותה; וכי במהלך מעשיו הנטענים של העורר, המתלוננת הייתה עוצמת את עיניה וחשה כאב באיבר מינה. הוסף כי באחד מן המקרים המתוארים, במועד שאינו ידוע למשיבה, בעקבות המעשים כאמור, הגיע העורר לסיפוקו ושפך את זרעו; וכן כי באירוע אחר, עת למדה המתלוננת בכיתה ב', העורר שהה עמה לבדו בבית, ניגש אליה וניסה להפשיטה, ומשזו ביקשה ש"יעזוב אותה", העורר הכה בגבה בחוזקה. בעקבות המעשים האמורים, הגיעה המתלוננת באיחור לבית הספר במקרים רבים.

2. בד בבד עם הגשת כתב האישום, הגישה המשיבה בקשה לעצור את העורר עד תום ההליכים נגדו. בדיון שהתקיים ביום 19.7.2017 הסכים בא כוח העורר דאז לקיומן של ראיות לכאורה ועילת מעצר, וביקש כי שירות המבחן יערוך תסקיר מעצר בעניינו של זה. בהמשך לכך ובשים לב להתנגדות המשיבה, הורה בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט נ' אבו טהה) על עריכת תסקיר שירות מבחן בעניינו של העורר שיבחן, בין היתר, את יכולתה של חלופת מעצר "להציב גבולות להתנהגותו".

3. בתסקיר שנערך לעורר ביום 16.8.2017 (להלן: התסקיר) תיאר שירות המבחן כי בהתייחסו למתלוננת, ציין העורר כי מרגיש "קשר חם וקרוב אליה"; כי שימש עבורה דמות הורית "מכילה ומציבת גבולות עוד מילדותה"; וכן שלל קיומו של קשר מיני בינו לבינה. צוין כי להתרשמות שירות המבחן, העורר מרוכז במצבו האישי ומתקשה בביטוי אמפתי אשר להשלכות ההליך המשפטי על אשתו ועל המתלוננת. אשר לגורמי הסיכון הקיימים בעניינו של העורר, התייחס שירות המבחן, בין היתר, להעדר עברו הפלילי; ול"תפיסתו החיובית והמתפקדת הנמצאת בפער אל מול חומרת המיוחס לו"; ומנגד, לדפוסי התנהלותו של העורר המתאפיינים בניתוק רגשי ועמדה עצמית קורבנית; והפגיעה בדימויו הגברי, להערכת שירות המבחן, נוכח קשיים בתפקוד. על יסוד האמור, התרשם שירות המבחן כי לא ניתן לשלול את קיומה של רמת סיכון להתנהגות מינית עוברת חוק כלפי המתלוננת תוך שצוין כי רמת הסיכון לפגיעה בנשים זרות אינה גבוהה. בהמשך לכך, ציין שירות המבחן כי העורר שלל צורך בהתערבות טיפולית בכלל ובתחום המיני בפרט; וכן כי בשל עמדותיו כאמור, העורר אינו נמצא מתאים לשילוב בהליך טיפולי לחשודים בפגיעות מיניות. בגדר התסקיר נבחנה חלופת המעצר שהציע העורר בבית הוריו ז"ל במעלה אדומים בפיקוח אחיו ושתיים מאחיותיו (להלן: המפקחים המוצעים). שירות המבחן ציין כי התרשם שהמפקחים המוצעים מביעים רצון לסייע לעורר להשתחרר ממעצרו; וכי הם מחויבים "לעשות את ההתאמות הנדרשות בחייהם לצורך כך"; ומנגד, כי הקשר של העורר עם שניים מהמפקחים המוצעים התחדש והתחזק אך לאחרונה. בהקשר זה ציין שירות המבחן כי להתרשמותו, המוטיבציה של המפקחים המוצעים לסייע לעורר נובעת ממשבר משפחתי שפקד אותם עקב מות אמם מספר חודשים קודם לכן; וכמו כן כי התרשם שאלה מתמודדים עם קשיים כלכליים שעשויים להתעצם עקב שחרורו של העורר תחת פיקוחם. על יסוד האמור ועוד, העריך שירות המבחן כי המפקחים המוצעים יתקשו לעמוד בנטל הפיקוח לאורך זמן, ומשכך נמנע מלבוא בהמלצה לשחרור

4. ביום 11.9.2017, לאחר ששמע את טענות הצדדים כמו גם חקר את המפקחים המוצעים, הורה בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט א' חזק) על מעצרו של העורר עד תום ההליכים המשפטיים נגדו. אשר לראיות לכאורה בתיק, עמד בית המשפט על הסכמתו של בא כוח העורר לקיומן של אלו; וכן קבע כי עיקר ראיות המשיבה בתיק מבוססות על עדות המתלוננת ועל ראיות אשר למצבה הנפשי בעת ולאחר חשיפת הפגיעה האמורה. כמו כן, צוין כי משעדותה המוקדמת של המתלוננת כבר נגבתה בפני המותב שדן בתיק העיקרי (ביום 28.8.2017; להלן: העדות המוקדמת), מתייתר כעיקרון החשש משיבוש הליכי חקירה בעניין אם כי צוין כי יש לשקול את האפשרות שמא בהמשך יתעורר צורך לחקור את המתלוננת פעם נוספת. אשר למסוכנות הנשקפת מהעורר, עמד בית המשפט על האמור בתסקיר בקבעו כי זה מעלה חשש למסוכנות ממשית כלפי המתלוננת מצדו של העורר; וכן על כך שלאחר חשיפת הפרשה המתלוננת הוצאה מבית המשפחה למרכז חירום חרף מעצרו של העורר מאחורי סורג ובריח. בהמשך לכך, נקבע כי על אף שמחקירת המפקחים המוצעים בבית המשפט עולה תמונה שונה מזו שהציג שירות המבחן בתסקירו אשר לקשר הרציף ביניהם לבין העורר במשך השנים, לא קמו במקרה דנן נסיבות המצדיקות סטייה מהמלצות שירות המבחן בעניין. על יסוד על האמור קבע בית המשפט כי החלופה המוצעת לא תסכון.

5. ביום 19.10.2017 הגיש העורר ערר על החלטה אחרונה זו לבית משפט זה. בדיון שהתקיים בעניין, טען בא כוח העורר כי מאז הגשת הערר ולאחר עדותה המוקדמת, סיפרה המתלוננת לסבה - אבי אמה - כי שיקרה על אודות מעשי העורר האמורים. בהמשך לכך, הודיע הסב על האמור למשטרה ונחקר באזהרה בעניין; וכן המתלוננת נחקרה פעם נוספת על ידי חוקרת ילדים, ובמסגרת חקירה זו ציינה כי לא אמרה את האמת בגרסתה הקודמת (להלן: החקירה המשלימה). כמו כן, התייחס בא כוח העורר להערכתה של חוקרת הילדים אשר לחקירה המשלימה שבגדרה ציינה זו כי אין באפשרותה להעריך את מהימנות דברי המתלוננת. בהמלצת בית משפט זה (השופט ג' קרא) שלפיה ההליך המתאים לנקוט בו בנסיבות העניין הוא הגשת בקשה לעיון חוזר לבית המשפט המחוזי, חזר בו בא כוח העורר מהערר.

6. ביום 25.10.2017 הגיש העורר בקשה לעיון חוזר בהחלטת בית המשפט המחוזי מיום 11.9.2017 על יסוד המתואר לעיל. בהחלטה מיום 6.11.2017, לאחר ששמע את טענות הצדדים, דחה בית המשפט המחוזי את הבקשה לעיון חוזר. נקבע כי מחומר הראיות עולה כי קיימת לפחות ראשית ראייה לחששה של המתלוננת מתגובת אמה אשר לחשיפת האירועים נושא ההליך דנן; וכי לא ניתן לדחות על הסף את הטענה שלפיה שינוי גרסתה של המתלוננת קשור לחזרתה להתגורר עם אמה במועד סמוך לכך. כמו כן, נקבע כי עיון בחקירותיה של המתלוננת מלמד כי ניכר הבדל לכאורה בין מבע פניה ואופן הצגת דבריה במהלך חקירתה המשלימה לבין אלה במהלך חקירותיה הקודמות; כי הסבריה בחקירתה המשלימה "לא נשמעו כהסברים מלאים"; וכי להתרשמות חוקרת הילדים המתלוננת התקשתה להסביר את חזרתה מגרסתה המקורית. מנגד, ניתן משקל לכך שפרט לראיות שנוגעות לאופן חשיפת הדברים על ידי המתלוננת ולהתנהגותה לאחר מכן - לא נמצאו ראיות לתמיכת גרסתה המקורית; כמו גם לכך שבטופס סיכום חוקרת הילדים שנערך לאחר חקירתה המשלימה של המתלוננת, ציינה החוקרת כי היא מתקשה להעריך את מהימנות הדברים שאמרה המתלוננת במסגרת חקירה זו. כמו כן, צוין בית המשפט כי לא מצא לקבוע שעדות הסב מעלה ראיות לכאורה אשר לניסיונות שכנוע מצדו בדבר שינוי גרסת המתלוננת. על יסוד האמור ועוד קבע בית המשפט כי "חל כרסום מסוים בראיות העומדות כנגד המבקש [העורר - ע' פ'], ורף הראיות העומדות כנגדו פחת באופן שלא ניתן לבטלו" תוך שניתן משקל לכך שהמתלוננת שינתה את גרסתה עת היה העורר נתון במעצר מאחורי סורג ובריח. משכך, נפנה בית המשפט לבחון אם יש בשחרורו של העורר לחלופת המעצר המוצעת כדי להבטיח את שלום המתלוננת וכן מניעת קשר בין השניים. בהמשך לאמור לעיל ועל יסוד קביעותיו בעניין זה בהחלטתו מיום 11.9.2017 קבע בית המשפט כי לא ניתן

לשחרר את העורר לחלופה המוצעת; וכי מעדות חלק מהמפקחים המוצעים עולה כי אלה היו בקשר עם המתלוננת ואמה בעבר, ועל כן קיים ספק אם יש ביכולתם להוות "גורם עצמאי מפקח" ולמנוע קשר בין המתלוננת לבין העורר. משכך, ומשלא עלה בידי העורר להציע אפשרות נוספת כחלופת מעצר - נדחתה כאמור הבקשה לעיון חוזר.

#### טענות הצדדים

7. מכאן הערר שלפניי שבגדרו עותר העורר לשחררו לחלופת המעצר המוצעת. לטענתו, שגה בית המשפט המחוזי בקבעו כי חל כרסום "מסוים" בראיות לכאורה בתיק חלף "כרסום משמעותי ביותר"; וכן בקבעו כי קיים הבדל בין התנהגות המתלוננת בחקירותיה הקודמות לבין התנהגותה בחקירתה המשלימה בהתייחס למבע פניה ואופן הצגת דבריה. נטען כי בהתאם להלכה הפסוקה אין זה מתפקידו של שופט שדן בתיק המעצרים לקבוע ממצאי מהימנות כי אם הדבר מסור למותב שדן בתיק העיקרי. עוד הוסף כי לא קיימות ראיות נוספות בתיק שיש בהן כדי לתמוך בגרסתה המקורית של המתלוננת; וכמו כן כי שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו שלפיה לא ניתן לדחות על הסף את הטענה בדבר הקשר שבין שינוי גרסת המתלוננת לבין חזרתה להתגורר בבית המשפחה בסמיכות למועד זה, זאת משחומר הראיות אינו מלמד על קשר כאמור. לבסוף, משיג העורר על קביעות בית המשפט המחוזי אשר למפקחים המוצעים ועל אימוצו את הערכת שירות המבחן לגביהם חלף האמור בעדותם בבית המשפט. לטענתו, אלה מבינים היטב את תפקידם כמפקחים ויש ביכולתם לעמוד בנטל הפיקוח ללא כל קושי כלכלי או "בעיית זמן". עוד הוסיף העורר כי הערכתו של שירות המבחן אשר למצבם הכלכלי של המפקחים המוצעים איננה מבוססת באופן של ממש; וממילא אין בכך כדי לפסלם כמפקחים. כך גם אשר להיותם של המפקחים קרובי משפחתו של העורר.

8. בדיון לפניי טענה באת כוח המשיבה כי יש להותיר את החלטת בית המשפט המחוזי על כנה. באת כוח המשיבה הסכימה כי חל כרסום מסוים בראיות אם כי ציינה שאין בו כדי להצדיק את שחרורו של העורר לחלופת מעצר, זאת בשים לב להתרשמות שירות המבחן מן העורר ומהמפקחים המוצעים; ולכך כי לטענתה, החשש משיבוש הליכי משפט הוא משמעותי, בין היתר, נוכח נסיבות חזרתה של המתלוננת מגרסתה המקורית. בהקשר זה ציינה באת כוח המשיבה כי לאחר חשיפת הפרשה הוצאה המתלוננת מביתה ושהתה במרכז חירום; וכי נוכח החשש שהאם תדיח את המתלוננת מתלוננתה, הפגישות בין השתיים נערכו תחת פיקוח. בהמשך צוין כי משלא נמצאה מסגרת לימודית מתאימה למתלוננת, זו הוחזרה לבית אמה; ובמועד סמוך לכך, זו חזרה בה מגרסתה המקורית בפני סבה אשר מלכתחילה לא האמין לגרסתה על אודות התרחשותם של האירועים הנטענים.

#### דיון והכרעה

9. סעיף 52(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים) קובע כי עצור רשאי לפנות בבקשה לעיון חוזר בעניין הנוגע למעצרו "אם נתגלו עובדות חדשות, נשתנו נסיבות או עבר זמן ניכר מעת מתן ההחלטה" (בש"פ 9049/17 אבו סיאם נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (27.11.2017)); בש"פ 7371/17 רוחן נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (8.10.2017)). כבר נקבע בפסיקתנו כי בקשה כגון דא אינה מהווה "מסלול עוקף" לערעור על החלטת המעצר (בש"פ 6745/17 יונס נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (26.9.2017) (להלן: עניין יונס) וכי היא נתונה לביקורת שיפוטית של ערכאת הערעור בהתאם לסעיף 53(א) לחוק המעצרים. בענייננו, מקובל עליי כי שינוי גרסת המתלוננת אשר למעשים המיוחסים לעורר מהווה שינוי נסיבות שיש בו כדי להצדיק עיון חוזר בהחלטת מעצרו של העורר עד תום ההליכים כפי שיפורט להלן.

10. הלכה עמנו כי על מנת שתקום עילת שחרור ממעצר, לאחר שנקבע כי ישנן ראיות לכאורה לצורך החלטה על מעצרו של נאשם עד תום ההליכים נגדו, נדרש להצביע על "שינוי דרמטי בראיות התביעה ועל כרסום מהותי ומשמעותי בהן. צריך להתקיים מהפך ראייתי של ממש, בבחינת הפיכת הקערה על פיה, כך שהכף תיטה, לאור השינוי שחל, לעבר זיכוי של הנאשם על פני הרשעתו בדיון" (בש"פ 2159/03 חזיזה נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (25.3.2003); ראו גם בש"פ 6851/07 פאדל נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (28.8.2007); בש"פ 1119/07 מדינת ישראל נ' אריש, פסקה 6 (19.2.2007)). בענייננו, קבע בית המשפט המחוזי - ולכך הסכימה אף באת כוח המשיבה בדיון לפניי - כי חלה פגיעה מסוימת בעוצמת הראיות שעומדות לחובת העורר נוכח השינוי בגרסתה של המתלוננת. כך שלאחר עדותה המוקדמת של המתלוננת בבית המשפט המחוזי ובסמוך למועד שובה להתגורר בבית משפחתה, שינתה זו מגרסתה הראשונה המייחסת לעורר ביצוע של עבירות מין רבות במשך ילדותה, וטענה כי בדתה את האמור מליבה, בין היתר, נוכח רצונה להשתלב בקרב חברותיה. שני הצדדים הסכימו, בהתייחס להערות בית משפט קמא, כי אין זה מתפקידו של המותב שדן בהליך מעצרו של נאשם להכריע בשאלת מהימנותן של גרסאות מסוימות ולבכר גרסה אחת על פני גרסאות אחרות שנמסרו על ידי עדים בשלבים אחרים (השוו עניין יונס, פסקה 9). ואכן, מקומן של טענות הצדדים אשר להבדלים בין גרסאותיה של המתלוננת; מהימנותן; והמניעים לחזרתה מהגרסה המקורית להתברר במסגרת ההליך העיקרי על ידי המותב ששמע את עדותה המוקדמת של המתלוננת וזו עתידה להעיד בפניו בשנית ביום 14.12.2017.

11. לטענת העורר, נוכח הפגיעה האמורה בעצמת הראיות (אותה העריך כ"משמעותית ביותר") יש להורות על שחרורו לחלופת המעצר המוצעת. כידוע, החלטה בדבר שחרורו של נאשם לחלופת מעצר תלויה בעצמת הראיות לכאורה העומדות נגדו, בקיומה של עילת מעצר, וכן בשאלה אם ניתן להגשים את תכלית מעצרו באמצעות חלופה שתאיין את המסוכנות הנשקפת ממנו ושתפחית את הפגיעה בחירותו (סעיף 21(ב) לחוק המעצרים; בש"פ 7345/17 חדד נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (30.10.2017); בש"פ 7340/17 דפס נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (27.9.2017)). לצד האמור, פסיקתנו עמדה לא אחת על הזיקה שבין עצמת הראיות לכאורה לבין הנכונות להורות על חלופת מעצר (בש"פ 5564/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (8.8.2011)). כך, נקבע כי "ככל שעצמתן של הראיות לכאורה גדולה יותר, כך קטנה הנכונות להורות על חלופת מעצר ולהפך [...]". חולשה מסוימת בראיות הקיימות, הגם שאין בה כדי למנוע את המסקנה כי ישנן 'ראיות לכאורה', עשויה להוות שיקול התומך בשחרור העורר לחלופת מעצר, כאחד מבין מכלול השיקולים הנוגעים בדבר" (בש"פ 612/15 מידברג נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (5.2.2015)). בענייננו, מיוחסות לעורר עבירות מין שבוצעו לכאורה במסגרת תאו המשפחתי המקימות עילות מעצר בדמות מסוכנות ושיבוש מהלכי משפט, ואף קיים לגביו תסקיר מעצר שאינו חיובי ושבגדרו נדחתה אפשרות שחרורו לחלופה המוצעת. במקרה שלפנינו, נוכח השינוי בעצמת הראיות העומדות נגד העורר כמפורט לעיל, ראיתי להורות על הכנת תסקיר מעצר משלים שיבחן את אפשרות שחרורו של העורר הן לחלופת מעצר מוסדית, הן לחלופת מעצר ביתית שונה - ככל שיש בידי להציע חלופה כאמור והן לחלופת מעצר מעובה, ככל שחלופה שונה מזו שנבחנה במסגרת התסקיר הקודם אינה בנמצא. כמו כן יבחן שירות המבחן בגדר התסקיר המשלים את אפשרות מעצרו של העורר בפיקוח אלקטרוני. דברים אלה אמורים בשים לב לכך שעד למועד הדיון בתסקיר המשלים תושלם עדותה הנוספת של המתלוננת.

12. בא כוח העורר יפנה אפוא בהקדם האפשרי לשירות המבחן ויעדכנו אם יש בידי להציע חלופת מעצר אחרת מזו שנבחנה, כמו גם מפקחים נוספים בחלופה שנבחנה בעבר. תסקיר משלים מטעם שירות המבחן כמפורט לעיל יוגש לבית המשפט המחוזי תוך 20 ימים ממועד הפנייה האמורה, ובית המשפט יחליט בשאלת מעצרו של העורר בפיקוח אלקטרוני או שחרורו לחלופה כחכמתו.

הערר מתקבל אפוא באופן חלקי כמפורט לעיל.

ניתנה היום, ט"ו בכסלו התשע"ח (3.12.2017).

שׁוֹפֵט

---