



בבית המשפט העליון

בש"פ 2650/23

לפני: כבוד השופט א' שטיין

העורר: Gedun Dhargay

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו ב-
מ"ת 60982-01-23 מיום 29.3.2023 שניתנה על ידי השופט
צ' קאפח

תאריך הישיבה: י"ב בניסן התשפ"ג (3.4.2023)

בשם העורר: עו"ד מיכאל סיבוני; עו"ד רונן משה; עו"ד קובי רון

בשם המשיבה: עו"ד נגה בן סידי

מתורגמן: מר נתן שלום

החלטה

1. לפניי ערר לפי סעיף 53(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים), על החלטת בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (השופט צ' קאפח) אשר ניתנה ביום 29.3.2023 במ"ת 60982-01-23. במסגרת החלטה זו, הורה בית המשפט על מעצרו של העורר עד תום ההליכים המשפטיים אשר מתנהלים נגדו בתפ"ח (מחוזי תל אביב-יפו) 61044-01-23 (להלן: ההליך העיקרי).

2. ביום 25.1.2023 הוגש נגד העורר כתב אישום בהליך העיקרי. כתב האישום מכיל שני אישומים. האישום הראשון מייחס לעורר מעשה מגונה (ריבוי מעשים), עבירה לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק); האישום השני מייחס לעורר מעשה מגונה (ריבוי מעשים), עבירה לפי

סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין; וכן אינוס, עבירה לפי סעיף 345(א)(1) לחוק.

3. כתב האישום מספר כי העורר – יליד טיבט, ובעל אזרחות איטלקית – עוסק ברפואה אלטרנטיבית-טיבטית. הוא נהג לפקוד את ישראל מדי שנה כדי להציע ולתת את שירותיו כמרפא אלטרנטיבי הוליסטי לאנשים שפנו אליו. במסגרת זו, טיפל העורר בשתי נשים: ש' ו-מ'. נטען כי במהלך הטיפול, העורר ביצע במטופלות אלה מעשים מגונים בנסיבות אינוס, וכן אנס את המטופלת מ' – מעשים אשר נעשו על ידו באמתלה שמדובר בחלק משיטת הטיפול. ככל שהיתה "הסכמה" למעשים כאמור מצד המטופלות, "הסכמה" כאמור – או, ליתר דיוק, אי-הבעת התנגדות למה שהעורר הציג בפניהן, בכזב, כחלק משיטת הטיפול – הושגה במרמה.

4. איני רואה סיבה לעמוד על פרטי המעשים המיוחסים לעורר. אסתפק בלומר כי מדובר במעשים פוגעניים חמורים ביותר, אשר מערבים בתוכם רמייה, ניצול מצוקתן של המטופלות והפיכתן לכלי לסיפוק מאווייו המיניים של העורר בניגוד לרצונן האמיתי. לית מאן דפליג שביצועם של מעשים אלה על ידי העורר מאומת בראיות לכאורה. אם בית המשפט אשר דן בהליך העיקרי יקבע כי עובדותיו של כתב-האישום הן עובדות אמת, העורר ייענש בחומרה אשר תהלוך את מעשיו ותמלא את הצורך החברתי בהרתעת הרבים.

5. דא עקא, המערער עדיין לא הורשע בדינו וטוען לחפותו. לזכותו עומדים חזקת החפות והכלל היסודי אשר קובע כי מעצרו של נאשם אינו אמור לשמש מקדמה על חשבון העונש (ראו: בש"פ 248/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 והאסמכתאות שם (2.2.2020) (להלן: בש"פ 248/20)). למעצרו של נאשם עד תום משפטו יש שלוש מטרות: שלילת האפשרות לבצע מעשי עבירה; שלילת האפשרות לשבש מהלכי משפטו; ושליילת האפשרות להימלט מאימת הדין (ראו: שם, פסקה 13 והאסמכתאות שם). כאשר מטרות אלה ניתנות להשגה בדרך שאינה כוללת את מעצרו של הנאשם בין כותלי הכלא, בתי המשפט מצווים לבכרה על פני המעצר (ראו: סעיף 1(ב) לחוק המעצרים; וכן בש"פ 248/20, פסקה 13). אולם, חלופת מעצר כאמור תתאפשר רק כאשר היא מאיינת, ברמה המעשית, את התרחישים של ביצוע עבירות, שיבוש מהלכי משפט או הימלטות מהדין על ידי הנאשם (ראו: בש"פ 248/20, פסקאות 18-19). במילים אחרות: חלופת מעצר תהא עדיפה על מעצר בכלא כאשר היא הופכת את הסתברות התרחיש שבו הנאשם מבצע עבירות, משבש מהלכי משפטו או נמלט מהדין לזניחה (ראו: שם). כפי שיוסבר להלן, אלה הם פני הדברים במקרה שלפנינו. סבורני כי העורר ראוי לחלופת מעצר בדמותו של

מעצר בפיקוח אלקטרוני ואנושי אשר יתקיים בתנאים של מעצר-בית מלא הרחק ממקום מגוריהן של נפגעות העבירה.

6. בד-בבד עם הגשת כתב האישום, הגישה המדינה בקשה למעצר העורר עד תום ההליך העיקרי. ביום 28.2.2023 הוגש תסקיר מעצר בעניינו של העורר, ובו המליץ שירות המבחן על שחרור העורר למעצר-בית אשר ינוהל בבית חבריו בקיבוץ שובל. המלצה זאת ניתנה חרף העובדה שנפגעות העבירות, אשר מיוחסות לעורר, מתנגדות בתוקף לשחרורו מהמעצר – התפתחות שבלי ספק תסב להן סבל נפשי. בית המשפט המחוזי לא קיבל את המלצתו של שירות המבחן. בהחלטתו מיום 1.3.2023, הורה בית המשפט על מעצרו של העורר עד תום ההליך העיקרי – זאת, בשל החשש להימלטות העורר מאימת הדין על רקע היותו אזרח זר.

7. העורר הגיש ערר על החלטה זו. ביום 15.3.2023 הורה בית משפט זה (השופט ע' גרוסקופף), אשר דן בערר, לבחון את האפשרות להעביר את העורר למעצר בפיקוח אלקטרוני מחוץ לכלא (ראו: בש"פ Gedun Dhargay 1879/23 נ' מדינת ישראל (15.3.2023)). באופן ספציפי יותר, החלטה זו קבעה כי על בית המשפט המחוזי לבחון את שני אלו: (1) התייחסותן של ש' ו-מ' לאפשרות שחרורו של העורר לחלופת מעצר; וכן (2) האפשרות לאיין את סיכון ההימלטות מן הארץ אשר נשקף מהעורר, או, למצער, להקטינו באמצעות פעולות המדינה מול גורמי חוץ, כדוגמת שגרירות איטליה בישראל.

8. בתסקיר שהוגש לבית המשפט המחוזי ביום 26.3.2023, המליץ שירות המבחן על שחרורו של העורר למעצר בפיקוח אלקטרוני. על אף האמור, בהחלטתו מיום 29.3.2023, הותיר בית המשפט המחוזי את החלטתו המקורית בדבר מעצרו של העורר בין כותלי הכלא על כנה.

9. העורר תוקף את החלטתו האחרונה של בית המשפט המחוזי. לטענת העורר, בית המשפט המחוזי לא פעל בהתאם להחלטתו של בית משפט זה, שכאמור ניתנה ביום 15.3.2023, והתעלם משורה ארוכה של שיקולים אשר תומכים בהעברת העורר מן הכלא למעצר בפיקוח אלקטרוני מחוץ לכלא.

10. מנגד, המדינה סומכת את ידיה על החלטתו האחרונה של בית משפט קמא ועל נימוקיה. המדינה מוסיפה וטוענת כי המסוכנות אשר נשקפת מהעורר לציבור ולהליך

הפלילי שמתנהל נגדו אינה מאפשרת את שחרורו לחלופת מעצר. המדינה חולקת על המלצתו של שירות המבחן ומבקשת שלא אבסס עליה את החלטתי בערר.

11. הדין עם העורר.

12. דיני מעצר ושחרור, שמכוחם ניתן להגביל את חירותו של אדם העומד למשפט פלילי, מחייבים את בתי המשפט לצמצם את הפגיעה בחירותו של נאשם עד למינימום הכרחי – כל אימת שמדובר בנאשם אשר טרם נמצא חייב בדינו ואשר נהנה מחזקת החפות (ראו: בש"פ 248/20, פסקאות 12-13, 27 והאסמכתאות שם). עיקרון חשוב זה ייקרא בהמשך דבריי עיקרון החירות. עיקרון החירות מאפשר את החזקתו של נאשם בכלא בהתקיים שני תנאים מצטברים. ראשית, מעשה העבירה המיוחס לנאשם בכתב האישום צריך להיות מאומת בראיות לכאורה. הוזה אומר: על-מנת להצדיק את מעצר הנאשם עד תום משפטו, המדינה חייבת להציג ראיות, אשר אם תימצאנה אמינות מעבר לספק סביר, יהא בכוחן להוכיח כי הלה 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)). שנית, מעצרו של נאשם בין כותלי הכלא יתאפשר רק באין אפשרות מעשית אחרת לאיין את המסוכנות הנשקפת ממנו לציבור או להליך המשפטי שמתנהל נגדו (ראו: סעיפים 21(א)(1) ו-21(א)(1)(ב) לחוק המעצרים).

13. בתי המשפט נדרשים להעריך מסוכנות כאמור כעניין של עובדה, או לקבעה כעניין של חזקה משפטית, כאשר מדובר באחד המקרים הנשלטים על ידי חזקת המסוכנות הסטטוטורית אשר מעוגנת בסעיף 21(א)(1)(ג) לחוק המעצרים. בקבוצת המקרים הראשונה, מדובר בהערכת מסוכנות אינדיבידואלית, אשר ממוקדת בעניינו של הנאשם הספציפי העומד לדין. במסגרת הערכה זו, על בית המשפט לשקול את האמור בכתב האישום יחד עם הראיות אשר באות לאמתו, וכן את עברו של הנאשם, את קשריו החברתיים והמשפחתיים, ואת נסיבות חייו. בבואו לגבש הערכת מסוכנות לאורם של נתונים אלו, רשאי בית המשפט – אם כי לא חייב – להיעזר בשירות המבחן ולהורות לשירות להכין תסקיר מעצר אודות הנאשם (ראו: סעיף 21א לחוק המעצרים).

14. נאשם שמקרהו משתייך לקבוצת המקרים השניה מוחזק כמי ששחרורו מן הכלא יסכן את הציבור ואת מטרותיו של ההליך המשפטי אשר מתנהל בעניינו; ועל כן מוטל עליו הנטל לשכנע את בית המשפט כי הוא אינו מסוכן, או כי ניתן לאיין את המסוכנות הנשקפת ממנו לציבור ולהליך במסגרתה של חלופת מעצר כזאת או אחרת שברצונו

להציע – כדוגמת מעצר בפיקוח אלקטרוני תחת תנאים מגבילים קשיחים. שחרורו של נאשם כזה לחלופת מעצר לא יתאפשר אלא מטעמים מיוחדים (ראו: סעיף 22ב(ב) לחוק המעצרים; וכן בש"פ 248/20, פסקאות 14-18, 20-26). כפי שכבר הזדמן לי לקבוע, נאשם שהדין מסמנו כמסוכן לציבור ולהליך לא יוכל, ברגיל, להפריך את חזקת המסוכנות הנזקפת לחובתו אם אין בידו חוות דעת חיובית של שירות המבחן אשר ממליצה, ללא הסתייגויות, על שחרורו מן הכלא עם או בלי תנאים מגבילים, או על העברתו מבית המעצר למעצר בפיקוח אלקטרוני מחוץ לכלא (ראו: בש"פ 248/20, פסקה 19). המלצה חיובית כאמור תהווה, ברגיל, תנאי הכרחי – אם כי לא תנאי מספיק – להעמדת חלופת מעצר לנאשם שחוסה בצילה של חזקת המסוכנות (ראו: שם, פסקה 28).

כללים אלה סוכמו על ידי במספר הזדמנויות, כדלקמן:

"כאשר כתב אישום, המאומת כדבעי בראיות לכאורה, מייחס לנאשם בגיר עבירה שמעמידתו בחזקת מסוכן כאמור בסעיפים 21(א)(1)(ג) ו-22ב(ב) לחוק המעצרים [...] השאלה שיש לשאול ביחס לאפשרות לשחררו מן הכלא בתנאים מגבילים או להעבירו למעצר בפיקוח אלקטרוני אל מחוץ לכותלי הכלא, היא לא 'למה לא?', אלא 'למה כן?' (ראו: פסקה 19 להחלטתי בבש"פ 250/21 מדינת ישראל נ' פרוך (31.1.2021), והאסמכתאות שם). חלופה כאמור לא תתאפשר אלא בהתקיים טעמים מיוחדים, והנטל להוכיח את התקיימותם רובץ על הנאשם (ראו: בש"פ 248/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 26-20 (2.2.2020); בש"פ 1230/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (3.3.2020))" (ראו: בש"פ 2545/23 אכטילאט נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (3.4.2023)).

15. המקרה הנוכחי משתייך לקבוצת המקרים הראשונה. מעשיו הפוגעניים של העורר אשר פורטו בכתב האישום, ואשר מאומתים בראיות לכאורה, מצביעים על מסוכנותו כעברייני מין – זאת, למרות שלעורר אין הרשעות קודמות וחרף העובדה שמליצי היושר אשר דיברו בזכותו עם נציגי שירות המבחן תיארוהו כאדם חיובי. כפי שצויין בעניינו על ידי בית משפט קמא, בצטטו את דברי חז"ל, "אין אפוטרופוס לעריות".

16. מאידך, העורר מציע חלופת מעצר הדוקה מאד בקיבוץ שובל אשר כוללת שלושה מפקחים לעילא ולעילא, שאושרו על ידי שירות המבחן והותירו רושם חיובי אצל בית משפט קמא. מעצרו של העורר בפיקוח אלקטרוני בתנאים של מעצר-בית מלא בקיבוץ שובל, תחת פיקוחם של מפקחים אלה – כאשר הוא מגובה באיסור יציאה מן

הארץ, באיסור על יצירת קשר עם נפגעות העבירה, ש' ו-מ', באיסור על מפגשים עם מטופלים ובחובה להפקיד ביטחונות כספיים כבדים – יאיין ברמה המעשית את התרחיש שבו העורר ינסה לשבש את מהלכי משפטו, לבצע עבירות מין או להימלט מהדין. תסקירי שירות המבחן, אשר הוגשו לבית משפט קמא בעניינו של העורר, תומכים בהערכה זו.

17. דומני כי לא אטעה אם אומר שהערכה זו היתה מקובלת גם על בית משפט קמא. למרות הערכה זו, בית משפט קמא קבע כי העורר יישאר במעצרו בכלא מפאת החשש ששחרורו לחלופת מעצר יסב סבל נפשי לנפגעות העבירה, ש' ו-מ'. קביעה זו התבססה על החלטת השופט גרוסקופף הנזכרת לעיל, אשר ביקשה לבחון את התייחסותן של ש' ו-מ' לאפשרות שחרורו של העורר לחלופת מעצר.

במילותיו של בית משפט קמא:

"חזקה היא שביהמ"ש העליון אינו משחית מילותיו לריק. משנתבקשתי לבחון את עמדת המתלוננות, הכוונה הינה לנזקים האפשריים במישור הנפשי אשר יגרמו למתלוננות. התסקיר מתייחס לכך ובירור עדכני שנעשה במהלך הדיון מעלה כי ככל שהדבר נוגע למתלוננות, להעברת המשיב לאיזוק אלקטרוני תהיה תוצאה קשה לגביהן. אני מעריך כי המשיב באופן קונקרטי אינו מסכן את המתלוננות, אולם אינני יכול להתעלם מהנזק אשר יכול להיגרם למתלוננות כתוצאה מהעברת המשיב למעצר באיזוק אלקטרוני. זו היתה הנחיית ביהמ"ש העליון וזה המתווה בו אני הולך. התוצאה היא שהמשיב יותר במעצר עד תום ההליכים".

18. עם החלטה זו אין בידי להסכים. ראשית, השופט גרוסקופף לא קבע בהחלטתו האמורה כי סבל נפשי אשר עלול להיגרם לנפגעות העבירה עקב העברת העורר למעצר באיזוק אלקטרוני מחוץ לכלא, יהא בגדר שיקול בלעדי ומכריע להשארת העורר בבית המעצר. השופט גרוסקופף ראה בסבל נפשי זה נתון שחובה להתחשב בו כחלק ממכלול הנתונים בהחלטה בדבר מעצרו של העורר. אודה ולא אכחד: לראייתו של נתון זה כמכריע את הכף לטובת מעצר בכלא יש אחיזה בפסיקתנו (ראו: בש"פ 248/20, פסקה 33 והאסמכתאות שם). אולם, הנני סבור כי העלאתו של נתון זה, חשוב ככל שיהיה, לדרגה של שיקול בלעדי ומכריע הינה מנוגדת להוראותיו של חוק המעצרים ולעיקרון החירות.

כפי שכבר הזדמן לי להסביר:

"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. [...] במקרים בהם קיימת חלופת מעצר שביכולתה להבטיח את עקרון הפגיעה הפחותה, יהא מצבה הנפשי של נפגעת העבירה שיקול להשאת הנאשם בבית המעצר רק כאשר שחרורו 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 ומפוחדת, 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 להשאת הנאשם בבית המעצר" (ראו: בש"פ 248/20, פסקה 35; ההדגשה במקור – א.ש.; כמו כן, ראו דברי השופט ד' מין' בבש"פ 1596/20 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 16 (1.3.2020)).

19. הנני סבור כי ברגיל ראוי להקדים את עדותה של נפגעת העבירה להעברתו של הנאשם העצור בכלא לחלופת מעצר (ראו והשוו: בש"פ 248/20, פסקה 34). אולם, כאשר שירות המבחן בדק ולא מצא שום אינדיקציה לכך שהעברת הנאשם לחלופת מעצר תסכל מתן עדות-אמת על ידי נפגעת העבירה, אני רואה סיבה שלא לשחרר את הנאשם לחלופת מעצר – כל אימת שחלופה זו מאיינת, ברמה המעשית, את הסיכון כי הלה יבצע עבירות, ישבש מהלכי משפטו או יימלט מהדין.

20. במקרה שלפניי, נפגעות העבירה, ש' ו-מ', לא נתנו לשירות המבחן כל אינדיקציה לכך שאחת מהן תתקשה למסור את עדותה נגד העורר אם הלה ישוחרר מן הכלא לאזוק אלקטרוני המגובה במעצר-בית מלא. בנסיבות אלה, מבלי להקל ראש

בתחושותיהן של נפגעות העבירה ובסבלן, סבורני כי אין מקום לחסום את דרכו של העורר לחלופת מעצר.

21. אשר על כן, אני מקבל את הערר ומורה על העברת העורר למעצר באזוק אלקטרוני אשר ינוהל במתכונת של מעצר-בית בביתם של ה"ה אראלה ודניאל דוניבסקי, בקיבוץ שובל, תחת פיקוחם של שלושת המפקחים אשר אושרו על ידי שירות המבחן – ה"ה אראלה ודניאל דוניבסקי ומר אהוד קריניס (להלן: המפקחים) – וזאת, בתנאים נוספים כדלקמן:

א. העורר יהא נתון במעצר-בית מלא, ללא חלונות התאווירות, תחת פיקוח אלקטרוני ותחת פיקוח אנושי, אשר יבוצע על ידי שניים מהמפקחים לפחות.

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

ג. העורר יימנע מיצירת קשר כלשהו, במישרין או בעקיפין, עם ש' ו/או עם מ'.

ד. העורר יימנע כליל מקבלת מטופלים וממתן טיפול כלשהו עד לגמר משפטו בהליך העיקרי.

ה. לפני העברתו לחלופת מעצר זו, יפקיד העורר בבית משפט קמא כל דרכון ותעודת מעבר שברשותו, וכן עותק מכל בקשה לחידוש דרכון או להנפקתו שהלה הגיש; ויציאתו מן הארץ תיאסר עד גמר משפטו בהליך העיקרי.

ו. כמו כן יפקיד העורר בבית משפט קמא, לפני שחרורו לחלופת מעצר זו, ערבות בנקאית אוטונומית על סך של 150,000 ש"ח, וכן התחייבות עצמית וערבות צד ג' על סך כולל של 200,000 ש"ח, אשר תהא חתומה בידי שלושת המפקחים – כל זאת, להבטחת קיומו של כל תנאי ותנאי לשחרורו מבית המעצר, כאמור בהחלטתי זו (להלן: הביטחונות).

ז. בד-בבד, יפקידו העורר והמפקחים 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 ובריה.

ח. העורר יוכל לעזוב את הבית בקיבוץ שובל בו יהא עצור אך ורק כדי להופיע למשפטו בשיבות 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.

ט. העמדת חלופת-מעצר זו לעורר כפופה לאישור ההיתכנות מטעמו של מנהל הפיקוח האלקטרוני.

ניתנה היום, ט"ז בניסן התשפ"ג (7.4.2023).

ש ו פ ט