

עפ"ג 19967/12/13 - אליהו ימין, מדינת ישראל נגד מדינת ישראל, אליהו ימין

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו
בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ג 19967-12-13 ימין נ' מדינת ישראל

בפני כב' הנשיאה דבורה ברלינר - אב"ד

כב' השופט ג'ורג' קרא, ס"נ

כב' השופטת גיליה רביד

המערער בע"פ 19967-12-13: אליהו ימין

ע"י ב"כ עו"ד מנשה סלטון

המערערת בע"פ 44030-12-13: מדינת ישראל

ע"י עו"ד הדס שפיר מפרקליטות מחוז ת"א (פלילי)

- נגד -

המשיבה בע"פ 19967-12-13: מדינת ישראל

המשיב בע"פ 44030-12-13: אליהו ימין

פסק-דין

1. נגד המערער הוגש כתב-אישום, שבו יוחסה לו עבירה של מעשה מגונה בקטינה שטרם מלאו לה 14, עבירה על סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין. על-פי האמור בכתב האישום: בשבת - 25.9.10 - פגש המערער את המתלוננת, שהיא קטינה, שהיתה בזמן מעשה כבת 8 ב-____. בין המערער למתלוננת התפתחה שיחה, המתלוננת סיפרה לו כי אמה על ערש דווי, והמערער חיבק אותה ונתן לה עוגיות. בהמשך ישבה הקטינה על המערער. המערער חיבק אותה ונשק לה על פיה. לאחר-מכן פתח את רוכסן מכנסיו, הוציא את איבר מינו, ביקש ממנה להציץ בו

ולנשקו. המתלוננת אכן נישקה את איבר מינו. בעובדות אלה, כאמור, הודה המערער בבית-משפט קמא והורשע בעבירה שצויינה לעיל.

אנו רואים להעיר כבר בשלב זה, כי העובדות אותן פרטנו, קרובות באופיין למעשה סדום גם אם הוראת החיקוק היא כפי שצויין.

2. לאחר שהמערער הורשע הופנה לקבלת תסקיר. בפועל היו מספר תסקירים בפני בית-משפט קמא וכן חוות-דעת נוספות של גורמים שונים. המערער הופנה גם לוועדת האיבחון למפגרים וכן לקבלת חוות-דעת של המרכז להערכת מסוכנות. עוד הוגש לבית המשפט דו"ח איבחון פסיכולוגי של מרכז קרן שבחן את המערער בחינה ממצה והמציא חוות-דעת מפורטת ועדכנית. ניתן לומר, כי בסופו של יום היתה בפני בית-משפט קמא, ובדיעבד בפנינו, תמונת-מצב מלאה באשר למערער.

3. בית-משפט קמא (כב' השופט מ' פלד, ס"נ) קבע, כי מתחם הענישה בתיק זה נע בין 7 חודשים לשנה אחת מאסר. בשלב השני, קרי - שלב גזירת הדין, העמיד בית-משפט קמא את המערער ברף התחתון של המתחם שנקבע על ידו, והטיל עליו 7 חודשי מאסר לריצוי בפועל, 10 חודשי מאסר על תנאי וכן פיצוי כספי לקטינה בסך 4,000 ₪. על אלה עמד בית-משפט בהטילו את הענישה דלעיל: המעשה, כך על-פי הגדרתו של בית-משפט, הוא מעשה חמור. "משנה חומרה" יש למצוא בכך שמדובר בילדה כבת 8 שנים. העונש המזערי, בהינתן הוראת החיקוק שמדובר בה, היא שנה ו-9 חודשים. גם עונש מזערי זה מצביע על חומרה שייחס המחוקק לעבירה, המתבטא בעצם העובדה שראה לנכון לקבוע ענישה מזערית. עם זאת, מציין בית המשפט, כי סעיף 355 מאפשר גם סטייה מהעונש המזערי. במקרה הנוכחי, כפי שעולה מהתוצאה הסופית שצויינה כבר, ראה בית המשפט אכן לעשות שימוש באפשרות זו, וסטה מן העונש המזערי שנקבע על-ידי המחוקק.

בהמשך התייחס בית-משפט קמא למדיניות הענישה, כפי שהיא משתקפת מהפסיקה שהוגשה לו. נושא נוסף שהובא לידי ביטוי בגזר הדין הוא הנזקים הנפשיים שנגרמו לקטינה. בית המשפט ציין לענין זה: **"נראה כי הנאשם זיהה את הזדקקותה של הקטינה לחום ויחס אוהב, וניצל את חולשה וחוסר האונים ופגע בה"**. דברים אלה מצוטטים מתוך תסקיר הקורבן שהוגש לבית המשפט. בית המשפט דחה את טענתו של הסניגור בדבר הסכמתה של הקטינה וקבע כי מדובר בטענה מקוממת, שיש לדחותה מכל וכל.

4. באשר לעולה מחוות הדעת השונות: המערער נבדק, כאמור, במחלקת האיבחון של האגף לטיפול באדם עם פיגור שכלי במשרד הרווחה. הוועדה, שבחנה אותו, קבעה כי המערער מתפקד ברמה שאינה פיגור שכלי. כישוריו השכליים, לכל הדעות, אינם גבוהים וכך גם יכולתו להעריך את משמעות המעשה. יחד-עם-זאת נקבע, כי קיימת עצמאות גבוהה יחסית בכל תחומי ההסתגלות, והוא **"אחראי למעשיו ותוצאותיהם"**. מסוכנותו, כפי שנקבע על-ידי המרכז להערכת מסוכנות, היא בינונית. הוא זקוק לטיפול בהתאם ליכולותיו הקוגניטיביות.

5. על גזר הדין מונחים בפנינו שני ערעורים: המדינה מערערת על מה שהיא סבורה, קלות העונש שאיננו נותן

ביטוי, לא לחומרת העבירה, לא למיהותו של העבריין ואף לא למיהותה של קורבן העבירה. הסניגור מלין על ענישה מחמירה מדי, לשיטתו. המוטיב המרכזי בטיעונו של הסניגור הינו, יכולותיו הקוגניטיביות והאינטלקטואליות של המערער. בפתח הדיון ביקש הסניגור להגיש לנו חוות-דעת ובה השגה על הקביעה ולפיה המערער איננו פועל ברמת פיגור. לא קיבלנו את חוות הדעת והמצוי בפנינו בתחום זה, הינה הערכתה של הוועדה לאיבחון בהליך הפלילי, שמסקנתה הובאה לעיל. יחד-עם-זאת, נעיר כבר בשלב זה, כי מקובל עלינו שהמערער פועל בשוליים, וגם אם איננו מפגר, הוא איננו רחוק מהגדרה זו.

הסניגור מפנה לחוות הדעת הנוספות והאמור בהן. המערער זקוק לטיפול, ועל-כך יש תמימות דעים. שליחתו למאסר, לא זו בלבד שתגדע את תהליך הטיפול אלא תהווה עבורו קושי, שספק אם יוכל להתמודד עימו. ריצוי מאסר לאדם מסוגו של המערער הוא קשה במיוחד והמערער, כאמור, לא יוכל לעמוד בו. בשירות המבחן ניסו לאורך שנה שלמה למצוא למערער מסגרת טיפולית. המערער איננו אשם בכך שמסגרת כזו לא נמצאה בסופו של דבר.

בהיבט של תיקון 113 מפנה בא-כוח המערער לסעיף 40ט לתיקון. המערער, גם אם אינו נמנה עם מי שזכאי ליהנות מהגנתו של סייג לאחריות הפלילית, נמצא לא רחוק משם, ולכך צריך לתת משקל לענין הענישה. עוד מפנה בא-כוח המערער לסעיף 40ד. המערער זקוק לשיקום, הוא יכול לעבור תהליך שיקום, שעל-כן רשאי היה בית-משפט לסטות ממתחם הענישה, גם זה שנקבע על ידו. ככלל טוען הסניגור, כי מתחם הענישה שקבע בית-משפט קמא הוא מתחם מחמיר. הסניגור מפנה לפסיקה, שבה במקרים דומים הוטלו גם עונשים נמוכים יותר. בנסיבותיו של המערער שבפנינו, זו היתה הדרך הנכונה.

באשר למצבה של הקטינה - הסניגור אינו כופר בנסיבותיה הקשות של המתלוננת. אולם, לא המערער אחראי לנסיבות אלה, ואת העונש עליו לתת על הנזק שהוא גרם ולא על נזק שאיננו קשור אליו, שנובע מנסיבות שאין לו כל שליטה עליהן. משום כך, גם בנושא זה אין מקום לטיעונו של המדינה, כי יש להחמיר עם המערער בגין המעשים שביצע.

דיון והכרעה

6. תיק קשה והכרעה קשה. כל רכיב רלוונטי הגלום בעובדותיו של תיק זה - מייצג רף קיצון של הבעייה שעל הפרק. כך המעשה, כך העושה וכך במיוחד הקורבן. נתחיל מהמעשה: המעשה מכוער באופיו, הן בהתייחס לנסיבות הסובבות אותו והן בהתייחס למעשה הקונקרטי. באשר לנסיבות: מקובל עלינו טיעונו של התביעה, כי עצם העובדה שהמעשה בוצע בין כתלי בית-כנסת, מהווה נסיבה לחומרה. הקטינה הגיעה לאותו מקום, אל מקום בטוח, זה מקום שהיא רשאית להיות בו ולהרגיש מוגנת בין כתליו. לרוע המזל, אותו מקום הפך עבורה למלכודת. מעיון, בדיעבד, בתסקיר הקורבן עולה, כי המתלוננת, שהיתה, כזכור, כבת 8, ראתה במערער איש "צדיק" שאחראי על האוכל במקום, וכך התייחסה אליו. זוהי נסיבה נוספת שתרמה לה לתחושת המוגנות וחוסר הסכנה. לרוע המזל, המערער ניצל עובדה זו עד למקסימום.

7. באשר לאופיו של המעשה: ציינו כבר בפתיח לפסק הדין, כי המעשה קרוב באופיו למעשה סדום. המערער לא הסתפק בכך שנשק לקטינה וחייב אותה, אלא הוציא את איבר מינו והביא את הקטינה לכך שתנשק אותו. אנו רואים לציין כבר, בשלב זה, כי המערער הבין היטב את משמעות מעשיו וידע שהוא עושה מעשה אסור בתכלית האיסור. העובדה שהקטינה נישקה את איבר מינו, הופכת את המעשה ממעשה מגונה, כהגדרתו בחוק, למעשה מגונה חמור ושפל במיוחד.

נתון נוסף שיש לשקלל אותו בהקשר הנוכחי, הוא פער הגילים בין השניים. המערער הוא יליד 1973, הקטינה ילידת 2002. התאריכים מדברים בעד עצמם ואיננו רואים להוסיף על-כך.

8. כיוון שהזכרנו זאת, אנו רואים להתייחס, בשלב הנוכחי, לטענתו של הסניגור, ולפיה המערער אמנם בגיר בגילו אולם למעשה מדובר בילד בגופו של מבוגר. איננו מקבלים טיעון זה. אין מדובר בסקרנות בין ילדים, אלא בדחפים פדופיליים של אדם מבוגר. גם אדם שאיננו בעל רף משכל גבוה, ואפילו נקבל כי שרמתו השכלית קרובה לפיגור, יכול להיות במישור ההבנה והתודעה בעל הבנה של מבוגר. עיון בדברים שאמר המערער עצמו בפני הגופים השונים שבחנו אותו, הן שירות המבחן והן המרכז להערכת מסוכנות, מצביע על-כך שהמערער מבין היטב את משמעות מעשיו. מדובר במעשה מתוכנן מבחינתו, ברמה שהוא מסוגל לתכנן (ראה בהמשך) ואין מדובר בפעולה ילדותית, היתה או מתקרבת ברמתה לגילה של הקטינה.

כיוון שהתייחסנו להבנתו של המערער, נמשיך ונעסוק במיהותו. כאמור, מונחים בפנינו חוות-דעת רבות, ודעתנו היא כי יש בפנינו, כמו בפני בית-משפט קמא, תמונה מלאה באשר למערער. המערער בעל השכלה של 12 שנים, כולן בחינוך המיוחד. יחד עם זאת, גם השכלה בחינוך המיוחד היא השכלה, והמערער בוגר 12 שנים, ללמדך, שמצא את מקומו, גם אם במסגרת מיוחדת ומוגנת שנועדה לאנשים במצבו. המערער עבד 20 שנה באותו מקום. ושוב, יש בנתון זה כדי להצביע על יכולותיו הקוגניטיביות. התמדה באותו מקום עבודה, מלמדת על אפשרות להתאים עצמו למסגרות ולדרישות המופנות אליו.

8. המערער ציין בפני הגופים השונים, שבדקו אותו, כי הסיבה למעשיו היא, "**החברה שלי, היא הביאה לי את המקרה הזה שלא רצתה לקיים יחסי מין, אז נכנסתי לאטרף**". והרי לך סיבה לביצוע מעשה, שכמותה ניתן לשמוע מפי כל בגיר, ללא קשר למוגבלותו הקוגניטיבית והאינטלקטואלית. בהמשך מציין המערער את הדרך לביצוע המעשה. הקטינה, כך לדבריו, בכתה. הוא שאל אותה למה היא בוכה. היא שיתפה אותו בכך שאמה בבית חולים ואביה עומד למות. או-אז הביא לה אוכל כדי להרגיעה. יחד עם זאת, הבאת האוכל לא היתה נקייה משיקול נוסף. המערער ציין, "חשבת אולי ארגיע אותה כדי שאוכל לגעת בה" (ראה חוות-דעת של המרכז להערכת מסוכנות עמ' 4). בהמשך, כאמור, פתח את מכנסיו ועשה מה שעשה. נראה לנו, כי האמור לעיל צריך להשתקף גם במתחם הענישה. ובסופו של יום בענישה עצמה.

נסכם נושא זה ונאמר כדלקמן: מקובל עלינו כי מדובר באדם בעל ליקוי קוגניטיבי משמעותי, בעל קשיים חברתיים, בעל קווי-אישיות בלתי-בשלה ותלותית. לצד האמור לעיל, אנו מפנים לדברים שפורטו. המערער הבין היטב את משמעות מעשיו, הבין את האיסור שבהם והבין גם כי הוא גורם נזק לקטינה ועליו לתת את הדין על-כך.

9. באשר לקטינה: עיון בתסקיר הקורבן מעלה תמונה קשה ביותר באשר למצבה של המתלוננת שבפנינו. לא היה לה למתלוננת יום אחד של חסד בכל חייה הקצרים. מלכתחילה מדובר במתלוננת בעל עיכוב התפתחותי, שאומצה. לרוע המזל, אמה המאמצת חלתה בסרטן, ובמצב קשה זה בה המערער והוסיף נזק נוסף. אנו מקבלים את טענתו של הסניגור, כי לא המערער אחראי לכל קשייה של המתלוננת, יחד עם זאת המערער, לפי דבריו עצמו, זיהה חולשה, זיהה נזקקות וניצל אותה לצרכיו. קשה בדיעבד להפריד מה הנזק המדוייק שנגרם בעקבות מעשיו של המערער ומהו הנזק שנגרם כתוצאה מאותם תנאי חיים קשים שאין למערער כל תרומה להם. אולם, אין ספק שהמעשה תרם תרומה נוספת לסבלה של המתלוננת. המתלוננת גם היא הבינה, גם בגילה הצעיר, כי מדובר במעשה אסור והיא חשה תחושת אשמה בגינו. נציין, כי בסופו של דבר התבטאה אותה תחושת אשמה, בין היתר, בכך שהמתלוננת יצאה לרחובות לחפש לעצמה משפחה אומנת, ולא נפקד מקומו גם של ניסיון התאבדות. כאמור, איננו זוקפים את כל ההתפתחות הקשה לפתחו של המערער, אולם ללא ספק המעשה תרם את תרומתו.

9. תרגום כל האמור לעיל מביא אותנו למסקנות הבאות:

(א) באשר למתחם הענישה - נראה לנו, כי המתחם שציינה התביעה הוא מתחם נכון. המתחם עומד על 12 עד 24 חודשים. מתחם זה נותן ביטוי גם לעצם קיומו של עונש מזערי, ובהינתן האפשרות לסטות מהעונש המזערי, למידה שבה צריך לסטות ממנה. המתחם נותן ביטוי לגילה של הקטינה, במילים אחרות, למעשה העבירה בנסיבותיו.

(ב) בתוך מתחם הענישה הנ"ל אנו נותנים משקל מקסימלי למיהותו של המערער שבפנינו, על כל הקשיים שפרטנו לעיל. לפיכך, בתוך המתחם אנו מעמידים את העונש על הרף הנמוך ביותר, קרי - 12 חודשי מאסר. אנו רואים לציין כדלקמן: לא נעלם מעינינו האמור בחוות הדעת השונות, לרבות חוות הדעת האחרונה של ד"ר חלבן שהוגשה לנו הבוקר על-ידי הסניגור. מקובל עלינו, כי ריצוי מאסר עבור המערער שבפנינו על קשייו ורמת תפקודו אינו פשוט ויקשה עליו במיוחד. חזקה על שלטונות בית הסוהר שיהיו ערים לכך וימקמו אותו במקום שבו יוכל לעבור את תקופת המאסר. עדיין, איננו סבורים כי ניתן להסתפק בתיק זה ברף ענישה הנמוך אף מהרף המינימלי שנקבע על ידינו.

(ג) יתר חלקי גזר הדין ישארו בעינם.

החלטה

הנדון יתייצב למאסרו בבית מעצר ניצן ביום 18.3.14 עד השעה 12:00 או על-פי החלטת שב"ס, כשברשותו תעודת זהות או דרכון ועותק מפסק-דין זה.

עמוד 5

על הנדון לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שב"ס, טל':
08-9787377 ;08-9787336.

הערבויות שהופקדו בתיק ישמשו להבטחת התייצבותו לריצוי המאסר.

**ניתנה והודעה היום י"ז
אדר תשע"ד,
17/02/2014 במעמד
הצדדים.**

גיליה רביד, שופטת

ג'ורג קרא, ס"נ

**דבורה ברלינר, נשיאה
אב"ד**