

## ע"פ 2906/19 - פלוני נגד מדינת ישראל, פלוני

### בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 2906/19

לפני:  
כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופט י' אלרון  
כבוד השופט א' שטיין

המערער: פלוני

נגד

המשיבים:  
1. מדינת ישראל  
2. פלוני

ערעור על גזר הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים  
מיום 18.3.2019 בת"פ 53635-06-17 שניתן על ידי  
כבוד השופט א' רון

תאריך הישיבה: כ"ד בסיון התשע"ט (27.6.2019)

בשם המערער: עו"ד מוחמד ח'לאילה

בשם המשיבה 1:  
בשם המשיב 2:  
עו"ד קובי מושקוביץ  
עו"ד חיים בלייכר

בשם שירות המבחן לנוער: גב' טלי סמואל

מתורגמן: מר ג'ריסגבריס

עמוד 1

השופט נ' סולברג:

1. ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 18.3.2019 בת"פ 53635-06-17 (השופט א' רון), בגדרו הורשע המערער בעבירת תקיפה בנסיבות מחמירות ממניע גזעני. על המערער נגזר עונש של 6 חודשי מאסר בפועל, מחציתם לריצוי מאחורי סורג ובריה ומחציתם לריצוי בעבודות שירות, ומאסר על-תנאי. כמו כן, חויב המערער בתשלום פיצוי למתלונן בסך של 15,000 ₪.

רקע ועיקרי כתב האישום המתוקן

2. לפי כתב האישום המתוקן, בבוקרו של יום 17.6.2017 שהה המערער, קטין בן כ-15 וחצי בעת ההיא, יחד עם שני קטינים נוספים בדרך שכם בירושלים. השלושה הבחינו במתלונן - אדם בעל חזות יהודית-דתית -כשהוא צועד בצדו השני של הרחוב, וחצו את הכביש לכיוונו. כשהתקרבו אליו, זרקו לעברו אבנים גדולות מטווח קצר. חלק מן האבנים פגעו בגבו של המתלונן וגרמו לו לחבלות; בו ביום נעצרו המערער ושני שותפיו.

3. המערער הודה בעובדות כתב האישום המתוקן, ובהחלטה מיום 7.1.2018 קבע בית המשפט המחוזי כי ביצע את העבירות המיוחסות לו. בהכרעת הדין מיום 18.3.2019, הורשע המערער בעבירה של תקיפה בנסיבות מחמירות ממניע גזעני (סעיפים 379, 382 (א) ו-144 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). שני שותפיו של המערער הורשעו גם הם, על בסיס הודאתם, שניתנה במסגרת הסדר טיעון. על כל אחד מהם הושת עונש של 8 חודשי מאסר בפועל, מאסר על-תנאי, והם חויבו בתשלום פיצוי למתלונן בסך של 7,500 ₪.

עיקרי גזר הדין של בית המשפט המחוזי

4. בית המשפט המחוזי התייחס לתסקיר מטעם שירות המבחן שהוגש בעניינו של המערער. מן התסקיר עלתה תמונה חיובית, שהציגה נער אחראי, בעל מוטיבציה ויכולת לקיים אורח חיים נורמטיבי, אשר השתתפותו במעשה העבירה היא בבחינת חריג. צוין לטובה ההליך השיקומי שעבר המערער במשך מספר חודשים, והומלץ להימנע מהטלת עונש מאסר בפועל, שעלול לקטוע את התקדמותו. בית המשפט עמד על הנסיבות המטות לקולה בנדון דידן-קטינותו של המערער, הודאתו, לקיחת האחריות, הרתמותו להליכי השיקום והעדר עבר פלילי. הודגש גם משקלם המיוחד של שיקולי השיקום, מקום שעסקינן בקטין אשר נרתם באופן מוצלח להליך השיקום. מן העבר השני, עמד בית המשפט על חומרתם היתרה של מעשי המערער, בפרט נוכח המניע הגזעני שהוביל לביצועם ושמיחד אותם מתקיפה 'סתם', ועל הצורך בענישה מחמירה ההולמת את חומרת המעשים. לפיכך נקבע, כי אין מנוס מהרשעת המערער, ומהשתת עונש מאסר בפועל, חרף הנסיבות המקלות כאמור. בית המשפט התייחס גם לעונשים שהושתו על שני שותפיו של המערער - 8 חודשי מאסר בפועל, וחויב בתשלום פיצוי למתלונן בסך של 7,500 ₪. הודגש, כי השותפים גם הם קטינים בני גילו של המערער, גם הם נעדרי עבר פלילי, וכי העונשים שנגזרו עליהם אינם מחמירים ביחס למעשיהם. לפיכך נקבע, כי אין לגזור על המערער עונש שונה באופן מהותי מזה שהושת על שותפיו לביצוע העבירה.

5. כחלק מן הטיעונים לעונש, ביקשה ב"כ המדינה להגיש לעיונו של בית המשפט הצהרה מטעם המתלונן, נפגע העבירה, שנערכה לפי חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001 (להלן: חוק זכויות נפגעי עבירה). המתלונן נמנעמלהתייצב לפני בית המשפט, משום שחשש להתייצב בנוכחות תוקפיו. לפיכך, התנגד ב"כ המערער להגשת הצהרה, שכן נמנע ממנו לחקור את המתלונן בחקירה נגדית על תוכן הצהרתו. בהחלטה מיום 9.7.2018, לאחר ששמע את טענות הצדדים בנושא, קבע בית המשפט כי יקבל את הצהרה לעיונו. הודגש, כי הצהרה נועדה בעיקרה לשקף את נקודת מבטו של המתלונן, להבדיל מהוכחת נתונים אובייקטיביים ממש - וכי לפיכך ניתן לקבלה. יחד עם זאת נקבע, כי העדר אפשרות לחקור את המתלונן בחקירה נגדית יבוא לידי ביטוי בהפחתת המשקל שינתן להצהרה.

6. סוף דבר נקבע, כי איזון ראוי של מכלול השיקולים האמורים מוביל לענישה המשלבת מאסר לתקופה מוגבלת מאחורי סורג ובריה, ולצדה מאסר על-תנאי וחיוב בתשלום פיצוי למתלונן. על המערער הושת עונש של 6 חודשי מאסר בפועל, מתוכם 3 חודשים לריצוי מאחורי סורג ובריה, ו-3 חודשים לריצוי בדרך של עבודות שירות, ומאסר על-תנאי. המערער חויב גם בתשלום פיצוי למתלונן בסך של 15,000 ₪, או 60 ימי מאסר תחתיו.

מכאן הערעור שלפנינו.

עיקרי טענות הצדדים בערעור

7. בערעור דן, מבקש המערער כי נורה על ביטול הרשעתו ונסתפק תחתיה בקביעה כי ביצע את העבירות המיוחסות לו. לחלופין, עותר המערער להקלה בגזר דינו. ב"כ המערער מדגיש את גילו הצעיר של שולחו, שבעת ביצוע העבירה היה כבן 15 וחצי שנים, כשיקול המצדיק הקלה משמעותית עמו. כמו כן, הודגש הליך השיקום שעבר ועובר המערער, כפי שניכר מתסקירי שירות המבחן החיוביים שניתנו בעניינו. ב"כ המערער הטעים ועמד על המדיניות הנקוטה בפסיקה, לפיה יש לייחס משקל רב לשיקולי שיקום בעת ענישתם של עבריינים קטינים. לשיטתו, בכל אלו לא התחשב בית המשפט המחוזי. נטען, כי נוכח התמונה החיובית המצטיירת מתסקירי שירות המבחן בעניינו של המערער, הומלץ להימנע מהטלת עונש מאסר בפועל, לבל תיקטע התקדמותו החיובית בהליך הטיפול - וכי לא היה מקום לסטות מהמלצה זו. עוד נטען, כי לא היה מקום להסתמך על הצהרת המתלונן בדבר נזקיו והפגיעה בו מבלי לאפשר חקירה נגדית ביחס אליה. אשר לרכיב הפיצויים נטען, כי לא היה מקום להחמיר במישור זה עם המערער יותר מאשר עם שותפיו, וכי לא היה מקום לקבוע חלופה בדמות 60 ימי מאסר במקרה של אי-תשלום הפיצוי, להבדיל מאי-תשלום קנס.

8. ביום 13.6.2019 הוגש לעיונו תסקיר משלים מטעם שירות המבחן. בתסקיר נמסר, כי מאז מעצרו של המערער חלה ירידה בתפקודו בבית הספר, וכי החל מחודש פברואר 2019 הפסיק לחלוטין להגיע לבית הספר. עוד נמסר, כי המערער מביע חרטה, מבין את הפסול שבהתנהגותו ושואף לנהל אורח חיים נורמטיבי, וכי ניכר שההליך הטיפולי סייע בהרחקתו מהתנהגות עבריינית. נוכח האמור, המלצת שירות המבחן נותרה בעינה - הרשעת המערער והשתת עונש מאסר בפועל, לריצוי בעבודות שירות, לצד מאסר על-תנאי.

9. בדיון שנערך לפנינו ביום 27.6.2019, חזר ב"כ המערער על טיעונו באשר להליך השיקום שעובר המערער והצורך להתחשב בו. נטען, כי נוכח ההבדלים המהותיים בין המערער לבין שותפיו במישור זה, היה מקום להקל עמו

עוד, וכי ענישה בדרך של מאסר בפועל עשויה להסיט אותו מן הדרך השיקומית שבה החל לצעוד. ב"כ המשיבה טען לפנינו, כי גזר הדין תואם את הנהוג בפסיקה ומבוסס כדבעי; אדרבה, גזר הדין מקל. מקום שעסקין בעבירות שבבסיסן מניע גזעני, על הענישה לכלול מאסר מאחורי סורג ובריח. הודגש, כי המערער ושותפיו הם בני אותם גילאים, וכי עונש המאסר שהושת עליהם - 8 חודשים משכו - גם הוא כלל וכלל איננו מן החמורים. אשר לגובה הפיצוי נטען, כי זה נקבע בהתחשב בסבלו של המתלונן כפי שעולה מהצהרתו, ובהתחשב בנכות זמנית שנקבעה לו על-ידי המוסד לביטוח לאומי. ב"כ המתלונן טען לפנינו על המצוקה הנפשית אשר פקדה את המתלונן בעקבות התקיפה, וציין כי מחמת פחדו וחששותיו בעקבות תקיפתו נראה שהמתלונן ימנע גם מנקיטה בהליך אזרחי לשם קבלת פיצויים. נציגת שירות המבחן חזרה לפנינו על המלצתה, לפיה ניתן להסתפק בהרשעת המערער ובהטלת עונש מאסר בפועל בדרך של עבודות שירות.

#### דיון והכרעה

10. לאחר שנדרשתי לטענות הצדדים לפנינו, אלו שבכתב ואלו שבעל-פה, ועיינתי בפסק הדין של בית המשפט המחוזי - באתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות ברובו, למעט בסוגיה אחת שתפורט להלן. להוציא סוגיה מתוחמת זו, הנדון דין איננו נמנה על המקרים החריגים שבהם יש מקום להתערבותה של ערכאת הערעור (ראו ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל (29.1.2009)).

11. כידוע, לא הרי ענישת קטין כהרי ענישת בגיר. מקום שעסקין בעבריו בגיר, ברירת המחדל היא כי קביעת האשם גוררת אחריה הרשעה, למעט במצבים חריגים (ראו: ע"פ 2083/96 כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 337 (1997)). להבדיל, מקום שבו בקטין עסקין, משקל רב יותר ניתן לנסיבותיו האישיות ולשיקולי שיקום. לפיכך, הרשעה היא אחת מבין מספר תוצאות אפשריות של קביעה כי הקטין אכן ביצע את המיוחס לו, כמצוות סעיף 24 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (ראו ע"פ 8690/15 מדינת ישראל נ' פלוני (6.6.2016)). זהו מישור אחד שבו ניתן משקל מוגבר לעניינו של הקטין, מחמת קטינותו. מישור נוסף שבו שיקולים אלו מקבלים ביטוי מוגבר הוא בקביעת עונשו של הקטין, מקום שנקבע כי יש להרשיעו (ע"פ 4890/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 594 (2002); ע"פ 8164/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 577 (2004) (להלן: ע"פ 8164/02)).

12. יחד עם האמור, הלכה ידועה עמנו היא כי "קטינות אינה יוצרת חסינות, ולעתים שיקולים של הרתעה, מניעה ותגמול עולים במשקלם על השיקול השיקומי" (ע"פ 8164/02 הנ"ל, בעמודים 583-584). בגדרי איזון זה, אל מול עניינו של הקטין מובאים שיקולים הנוגעים לחומרת העבירה, הצורך בהרתעה, והצורך בהגנה על הציבור (ראו ע"פ 2669/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נד(3) 685, 691 (2000)). למעשי תוקפנות, בפרט כאלו המונעים מגזענות ומאיבה, נודעת חומרה מיוחדת. "עברות כאלו חותרות תחת עצם מהותנו, הן כמדינת חוק הן כמדינה יהודית ודמוקרטית" (ע"פ 5469/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה יז (13.4.2014) (להלן: ע"פ 5469/13)). נקבע לא אחת, כי המאבק בעבריינות שכזו, שבסיסה ברקע אידיאולוגי-לאומני, מחייב את דחייתם של שיקולים אחרים מפני הצורך בהרתעה - וזאת גם מקום שבו עסקין בעבריו שהוא קטין (ע"פ 3450/16 פלוני נ' מדינת ישראל (7.8.2016); ע"פ 3702/14 פלוני נ' מדינת ישראל (28.9.2014); ע"פ 3981/14 פלוני נ' מדינת ישראל (3.8.2014)).

13. מן הכלל אל הפרט. על רקע האמור, סבורני כי האיזון שערך בית המשפט המחוזי בגזר הדין -הולם. בית

המשפט שקל את חומרתם של מעשי המערער וחבר מרעיו מזה, הצורך בהרתעה ובהקעת המעשים מזה, ושיקולים הנוגעים לנסיבותיו האישיות ולשיקומו של המערער מזה. בכלל אלו, עמד בית המשפט על גילו הצעיר של המערער בעת ביצוע המעשים; המסלול השיקומי שאליו נרתם; העדרו של עבר פלילי; והמלצת שירות המבחן. אכן, צעיר היה המערער בעת ביצוע העבירה, ויש לברך על הרתמות כנה מצד מי שסרח, לתיקון דרכיו ולהשתלבות בחברה. לשיקולים אלו ניתן ביטוי של ממש בגדרי העונש שהושת, המצוי ברף נמוך של חומרה ביחס לטיב העבירה ולחומרתה. יחד עם זאת, עניינו במעשים שמפאת חומרתם, 'פטור בלא כלום' - הן מבחינת ההרשעה, הן מבחינת מאסר מאחורי סורג ובריה - אי אפשר (ע"פ 5469/13 הנ"ל, בפסקאות יז-יח; ראו גם ע"פ 5634/16 שחר נ' מדינת ישראל (27.10.2016); ע"פ 3183/16 עופרי נ' מדינת ישראל (8.3.2017); ע"פ 2150/17 פלוני נ' מדינת ישראל (14.5.2018)). 'תמהיל' ענישה כפי שהושת, המשלב מאסר מאחורי סורג ובריה עם מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות, מאזן בנסיבות העניין אל-נכון בין הצורך בהרתעה ובהקעת המעשים החמורים, לבין הרצון שלא לפגוע בשיקומו של המערער, דרך צמצום האפשרות להשפעה שלילית בבית הסוהר.

14. דין הערעור להידחות גם באשר לרכיב הפיצוי. ב"כ המערער מלין על הפער שבין הפיצוי שנפסק לחובת המערער, לבין הפיצויים שנפסקו לחובת שני שותפיו לעבירה. אלא שעניינו של המערער נבדל מעניינם של שותפיו במספר פרמטרים, ואין בהשוואה ביניהם לבדה כדי להצדיק את התערבותנו. כידוע, מלאכת הענישה איננה אריתמטיקה; העונש המוטל על כל פרט מהווה מכלול בפני עצמו, ובו איזונים פנימיים. מקום שהקל בית המשפט ברכיב המאסר מחמת נסיבותיו המיוחדות של המערער, אפשר שראה לאזן במעט דרך השתתפות פיצוי בשיעור גבוה מזה שהושת על השותפים, הגם שהפיצוי כשלעצמו - מתון.

15. נוכח גובהו המתון של הפיצוי שהושת, אינני רואה נפקות מעשית בנדון דידן לסוגיה שאותה העלה ב"כ המערער, שעניינה הסתמכות על הצהרת המתלונן חרף אי-קיומה של חקירה נגדית. ממילא, הפיצוי מתון, וניתן היה להשיתו גם על בסיס העובדות שבהן הודה המערער לבדן. התוצאה תעמוד בעינה. מעבר לצורך - ומבלי לטעת מסמרות בדבר - אעיר, כי על פני הדברים אין טעם לפגם בהסתמכות על הצהרת נפגע עבירה, גם מבלעדי קיומה של חקירה נגדית, למצער כשהצהרה מובאת כדי להציג את תחושותיו הסובייקטיביות בדבר הפגיעה שנבעה מן העבירה.

16. הצהרת נפגע עבירה, הנערכת לפי סעיף 18 לחוק זכויות נפגעי עבירה, נועדה להגשה בשלב גזירת העונש, וכך מורנו הסעיף: "נפגע עבירה זכאי למסור הצהרה בכתב לגוף החוקר או לתובע, על כל פגיעה ונזק שנגרמו לו בשל העבירה, לרבות נזק גוף, נזק נפשי או נזק לרכוש; מסר הנפגע הצהרה כאמור, זכאי הוא שהתובע יביא את הצהרתו לפני בית המשפט בדיון בענין גזר דינו של הנאשם" (סעיף 18(א) לחוק זכויות נפגעי עבירה). בסעיף קטן (ב) נקבע, כי אין בהוראה האמורה כדי לגרוע מהוראות סעיף 187 לחוק סדר הדין הפלילי, העוסק בהבאת ראיות לענין העונש בשלב גזירת הדין. על כך מובהר, בדברי ההסבר להצעת חוק זכויות נפגעי עבירה, כי "מוצע לקבוע שאין בהבאתה [של הצהרת הנפגע לפני בית המשפט - נ' ס'] כאמור כדי לגרוע מסמכותו של תובע להביא ראיות לענין העונש, ובכלל זה להעיד את הנפגע" (ה"חתישס"א 506, 509-510; ההדגשה הוספה). צא ולמד, האפשרות להביא הצהרת נפגע לפני בית המשפט מלכתחילה לא נועדה להיקשר בטבורה בהבאת הנפגע לפני בית המשפט, להעיד ולהחקר על הצהרתו.

17. הפרופוזיציה אף עשויה שלא לעלות בקנה אחד עם מעמדו הייחודי של נפגע העבירה בהליך הפלילי, אשר מחד

גיסא נתפס כגורם בעל "תפקיד חיוני בהרכבת תמונה ממצה וכוללת של הפרשה העומדת לדיון" (ע"פ 1932/04 רג'בי נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (14.4.2005)), ושראוי לאפשר לדבריו להישמע; ומאידך גיסא, מחייב רגישות-יתר במידה ובאופן מעורבותו בהליך (עיינו ע"פ 9150/08 ביטון נ' מדינת ישראל, פסקאות 6-10 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל (23.7.2009)). בייחוד אמורים הדברים מקום שבו מעורבותו של הנפגע בהליך עשויה להיות בניגוד לרצונו, ואף לפגוע בו. אכן, הדעת נותנת כי במצבים מסוימים יהיה רצוי להתיר את חקירתו של הנפגע על הצהרתו. כך למשל, ומבלי לקבוע מסמרות בדבר, הצידוק לכך יתחזק מקום שהצהרת הנפגע תשמש לביסוס נתונים אובייקטיביים, שניתן לחקור, להוכיח ולהפריך - להבדיל מהצהרה המביאה בעיקרה עמדות סובייקטיביות, שאין ערך רב לחקירה ביחס אליהן (וראו ע"פ 51/16 סמל ז' א' נ' התובע הצבאי הראשי (1.9.2016)). כאמור, הסוגיה היא מעבר לצורך בענייננו, שכן ממילא פיצוי מתון כפי שהושת איננו נזקק לעוגן, מעבר לעובדות שבהן הודה המערער במסגרת כתב האישום המתוקן.

18. בשולי הדברים אציין, כי לא היה מקום להשית על המערער חלופת מאסר תחת תשלום הפיצוי, והדבר מנוגד להלכות שיצאו מלפני בית משפט זה בנושא (ע"פ 435/88 ניסים נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 498 (1989); ע"פ 5761/05 מג'דלאוי נ' מדינת ישראל (24.7.2006); ע"פ 2143/10 שלום נ' מדינת ישראל (20.1.2011); ע"פ 961/16 אלהרוש נ' מדינת ישראל (25.11.2018)). לפיכך, דין הערעור להתקבל ביחס לרכיב זה.

19. אשר על כן, אציע לחבכי כי נדחה את הערעור על הרשעתו של המערער, וכי נקבל באופן חלקי את הערעור על גזר הדין: החלופה בגין אי-תשלום הפיצוי, בדמות 60 ימי מאסר - תבוטל. שאר רכיבי גזר הדין יעמדו בעינם.

המערער יתייצב לשאת בעונש המאסר בפועל בימ"ר ניצן, ביום 11.8.2019 עד השעה 10:00, או על פי החלטת שירות בתי הסוהר, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על המערער לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיזן מוקדם, עם ענף אבחון ומיזן של שירות בתי הסוהר, בטלפונים: 08-9787377 או 08-9787336.

שׁוֹפֵט

השופט י' אלרון:

אני מסכים.

שׁוֹפֵט

השופט א' שטיין:

אני מסכים.

שופט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נעםסולברג.

ניתן היום, י"א בתמוז התשע"ט (14.7.2019).

שופט

שופט

שופט

---