

## ע"פ 3163/13 - מדינת ישראל נגד ניסים פינס

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 3163/13

ע"פ 3190/13

כבוד השופט י' דנציגר  
כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט צ' זילברטל

לפני:

מדינת ישראל

המערער בע"פ 3163/13  
והמשיבה בע"פ 3190/13

נ ג ד

ניסים פינס

המשיב בע"פ 3163/13  
והמערער בע"פ 3190/13

ערעורים על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
בתפ"ח 32518-02-11 שניתן ביום 18.03.2013 על ידי  
כבוד השופטים צבי סגל, משה יועד הכהן ובן-ציון  
גרינברג

י"א באדר ב התשע"ד (13.03.2014)

תאריך הישיבה:

עו"ד פרקליטות המדינה

בשם המערער:

עו"ד איתמר גלבפיש

בשם המערער בע"פ 3163/13  
והמשיבה בע"פ 3190/13:

עו"ד דוד ברהום

בשם המשיב בע"פ 3163/13  
והמערער בע"פ 3190/13:

הגב' ברכה וייס

בשם שירות המבחן למבוגרים:

**פסק-דין**

השופט י' עמית:

שני ערעורים על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים, אשר השית עונש מאסר בפועל של 15 שנה על המשיב בגין מעשי אינוס, כפי שיפורט להלן (המשיב הוא המערער בע"פ 3190/13 וייקרא לשם הנוחות: המשיב).

1. כתב האישום כולל שני אישומים, שהראשון ביניהם קשה במיוחד ועורר בשעתו הד ציבורי. ביום 4.2.2011 בשעות הבוקר, הבחין המשיב בילדה בת 12 ו-8 חודשים אשר לוקה בשכלה וסובלת ממוגבלויות שונות. המשיב הוביל את הילדה למדרגות בבניין במרכז העיר ירושלים, שם החדיר את איבר מינו לאיבר מינה. שומר ומנקה שהיו באזור הבחינו בנאשם ושאלו אותו לפשר מעשיו, ואז עזב המשיב את המקום, כשהוא מוביל את הילדה לבית קפה במרכז העיר, תוך שהוא אווז בזרועה, ונכנס עימה לשירותים. שם החדיר המשיב את איבר מינו לאיבר מינה מספר פעמים, תוך שהוא מכאיב לילדה ופוצע אותה. לאחר מכן הורה לה לעמוד על ברכיה כשידיה אווזות באסלת השירותים, והחדיר את איבר מינו לפי הטבעת שלה, תוך שהוא מכאיב לה ופוצע אותה. לאחר מכן דרש ממנה לבצע בו מין אוראלי, עד שהגיע לסיפוקו בפיה. במהלך כל אותו אירוע החדיר המשיב את אצבעותיו לאיבר מינה של הילדה.

האירועים המתוארים לעיל נמשכו משך כארבעים דקות. לאחר שלקוחות בית הקפה התלוננו על צעקות שנשמעו מחדר השירותים, נגשו עובדי בית הקפה לחדר השירותים ודרשו מהמשיב לפתוח את הדלת. משלא נענה המשיב לדרישתם, פרצו העובדים את דלת השירותים. המשיב, שנמצא עירום, צעק על העובדים כי יסגרו את הדלת, וכעבור מספר דקות יצא מהשירותים כאשר הילדה יוצאת עימו כשהיא לבושה חלקית, דומעת, מבולבלת ונפחדת. המשיב טען בפני עובדי בית הקפה כי הילדה היא חברתו והיא בת 16, ואמר לעובדים כי יחזור עוד מעט. אביה של הילדה, שחיפש אותה, הגיע באותה עת לבית הקפה, אך המשיב הצליח להימלט.

לא חלפו אלא חמישה ימים, והמשיב פגש בשעות הבוקר המוקדמות בקטינה, בת 13 שנים ו-11 חודשים, כאשר זו הלכה עם כלבתה לטיול. המשיב היה מוכר לקטינה כמי שנהג לפקוד את ביתם מעת לעת. לאחר שניסה לשכנע את הקטינה ללכת עמו והיא סירבה, המשיב הרים אותה במותניה והובילה לכיוון השיחים. הקטינה אמרה למשיב כי יחדל וניסתה להיאבק בו ולהימלט, אך המשיב הצמיד אותה לקיר, ומשסירבה לנשק אותו ולחבק אותו הוריד בכוח את מכנסיה ותחתוניה. הקטינה הרימה אותם אך המשיב חזר והוריד את מכנסיה ותחתוניה. לבסוף הצמיד אותה לקיר, נגע בידיו בישבנה, הפשיט את מכנסיו ותחתונו והתחכך בה עם איבר מינו. המשיב ניסה ליטול את ידה של הקטינה על מנת שתיגע באיבר מינו וניסה להכריח אותה לבצע בו מין אוראלי, אך הקטינה נאבקה בו. לאחר מכן שוב סובב אותה לקיר ונצמד אליה כשאיבר מינו חשוף וחיכך אותו בישבנה, תוך שהוא ממשש את גופה. לבסוף הצליחה הקטינה להימלט מהמשיב.

נוסף ונציין, כי באותו בוקר נפרצה דירה באיזור ונגנבו ממנה חפצים שונים שנתפסו לאחר מכן ברשותו של המשיב.

2. בגין האירועים המתוארים לעיל הורשע המשיב באישום הראשון בעבירות של אינוס קטינה שטרם מלאו לה 14 שנה, שלא בהסכמתה החופשית, תוך ניצול מצבה ותוך גרימת חבלה גופנית - עבירה לפי סעיף 345(ב)(1) בנסיבות סעיף 345(א)(1) ו-5), ולפי סעיף 345(ב)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק), וכן במעשה סדום בקטינה שטרם מלאו לה 14 שנה, שלא בהסכמתה החופשית, תוך ניצול מצבה ותוך גרימת חבלה גופנית - עבירה לפי סעיף 347(ב) לחוק בנסיבות הסעיפים הנ"ל.

בגין האישום השני הורשע המשיב במעשה מגונה בקטינה שטרם מלאו לה 14 שנה שלא בהסכמתה החופשית - עבירה לפי סעיף 348(ב) בנסיבות סעיף 345(ב)(1) ו-345(א)(1) לחוק, וכן בעבירה של החזקת נכסים שהושגו בפשע לפי סעיף 411 לחוק.

3. בית משפט קמא עמד בגזר דינו על השיקולים השונים כאמור בתיקון 113 לחוק העונשין, למרות שהתיקון לא חל במקרה דנן. בית המשפט ציין כי מתחם הענישה בגין המקרה הראשון נע בין 11 ל-18 שנים ובגין המעשה השני בין 12 חודשים ל-30 חודשים, ולסופו של יום השית על המשיב עונש של 15 שנות מאסר בפועל, שתי שנות מאסר על תנאי למשך שלוש שנים ופיצוי הילדה בסך 60,000 ₪ והקטינה השנייה בסכום של 30,000 ₪.

על כך נסבים שני הערעורים שבפנינו.

4. המדינה הצהירה בפתח הדברים כי עונש מאסר של 15 שנה לנאשם בן 20 הוא אכן עונש חמור, אלא שהנסיבות הקשות של המקרים, האופן האכזרי והקשה בה נהג המשיב בילדות רכות בשנים וההרס והסבל שגרם להן ולמשפחותיהן, כפי שעולה מתסקירי קורבן שהונחו בפני בית המשפט - כל אלה מצדיקים החמרה בעונשו של המשיב.

מנגד, טען המשיב כי בית משפט קמא לא נתן משקל לחוות דעת רפואית של ד"ר ורטמן, נוירולוג מטעם ההגנה, אשר לא נסתרה, ולפיה סובל המשיב מפגם אורגני מולד במוחו וכי פגיעה באותו אזור "עלולה בהחלט לתרום להתנהגויות האלימות ואי שמירת חוקי החברה הנ"ל".

5. אין חולק כי המעשים בהם הורשע המשיב, במיוחד האישום הראשון, הם יוצאי דופן באכזריותם ובשפלותם. משך כארבעים דקות התעלל המשיב, פשוטו כמשמעו, בילדה, ואפילו הדפיקות על דלת חדר השירותים לא הרתיעו אותו מלהמשיך במעשיו. רק לאחר שהדלת נפרצה, המשיב יצא עם הילדה מחדר השירותים כשהיא מעורטלת מבגדיה ושרויה בהלם. בעקבות האונס חל אצל הילדה שינוי קוגניטיבי והתנהגותי שהחמיר מאוד את מצבה, אשר ממילא לא היה מן המשופרים עוד קודם לכן, והמעשה ותוצאותיו השפיעו על התא המשפחתי כולו. לא אחת נאמר בפסיקה כי על בית המשפט להגן על קורבנות חלשים ובעלי מוגבלות, מפני עברייני מין חסרי מצפון וכי "בעבירות מין חמורות, יש להעדיף, ככלל, את שיקולי הגמול וההרתעה, על פני שיקולים אחרים, לרבות צרכי שיקומו של העבריין" (ע"פ 9392/12 יגודאב נ' מדינת ישראל, פסקה 15 לפסק הדין והאסמכתאות שם (1.10.2013)).

הקטינה השנייה אומנם נחלצה ברוב תושייתה מהמשיב, אך מתסקיר קורבן עולה כי המעשה השפיע עליה ועל המערכת המשפחתית שלה בצורה קשה. כאמור, המשיב הורשע באישום זה בעבירה של מעשה מגונה, אך המדובר במעשה מגונה שנמצא ברף גבוה מאוד, על סף של ניסיון אינוס בכוח, כך שהיה מקום לקבוע מתחם ענישה גבוה יותר מזה שנקבע על ידי בית משפט קמא (12 עד 30 חודשים בלבד).

לכל אלה יש להוסיף כי למשיב עבר פלילי בעבירות רכוש ואלימות למרות גילו הצעיר, ואך כשבוע לפני שביצע את המעשה מושא האישום הראשון, הושת עליו צו מבחן לתקופה של שנה בגין עבירות אלימות.

זאת ועוד. רמת המסוכנות של המשיב הוערכה כגבוהה לטווח הארוך, והוא אובחן כבעל אישיות אנטי-סוציאלית המלווה בנטייה קשה לאלימות ומסוכנות כלפי הסובב.

6. במצב הדברים הרגיל, נוכח הרוע והחומרה של נסיבות המעשה באישום הראשון ונסיבות האישום השני,

ובהתחשב גם בשיקולים של הגנה על שלום הציבור, דומה שהיה מקום לקבל את ערעור המדינה ולהחמיר בעונשו של המשיב.

אולם, בשורה התחתונה מצאנו כי אין מקום להתערב בפסק דינו של בית משפט קמא, לאור המצב הנפשי המיוחד של המשיב. כפי שנקבע על ידי הניירולוג ולא נסתר, המשיב "סובל מפגיעה מוחית אורביטו-פרונטלית אשר נמצא בבסיס הפרעת התנהגותו והאירועים בהם היה מעורב". בעיה זו ממנה סובל המשיב לא אובחנה במהלך השנים ולאורך המסלול הפלילי בחייו, וכפי שציינה גב' ברכה וייס בדיון בפנינו, שירות המבחן המליץ בשעתו על צו מבחן לגבי המשיב, משהבחין כי קיימת אצלו בעיה, אך לא נמצאה לו מסגרת מתאימה.

לשם קביעת אחריות פלילית, הכשירות לדין היא בינארית, ובמקרה דנן, אין חולק כי המשיב כשיר לעמוד לדין ולא עומדת לו הגנת אי שפיות בעת ביצוע המעשים. אולם בגזירת העונש, רשאי בית המשפט להתחשב ב"סיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה"; ב"יכולתו של הנאשם להבין את אשר הוא עושה, את הפסול שבמעשהו, או את משמעות מעשהו [...]"; וכן ב"יכולתו של הנאשם להימנע מהמעשה ומידת השליטה שלו על מעשהו [...]". (סעיפים 40ט(5) - (7) לחוק). בית משפט קמא ציין בגזר דינו כי "אך ורק בחוות דעתו של ד"ר ורטמן קיימת התייחסות לפגם אורגני במוחו של הנאשם. ועדיין, גם אם לא נמצאו תימוכין פוזיטיביים מוחלטים לגישה זו, הרי שמקובלת עלי אמירתו של ד"ר ורטמן, שבנתיבה פסעו גם חוות הדעת האחרות [...] משכך, ולאור האמור, יש לתת משקל מסוים לנסיבה זו ויש לראות בה נסיבה לקולא".

7. הנה כי כן, ומבלי להידרש לשאלה לאיזה סעיף בדיוק נופל עניינו של המשיב, בית משפט קמא כבר לקח בחשבון את מצבו של המשיב בעת קביעת העונש, ובכך איזן בין שיקולי הענישה הנוגדים.

בהתחשב בשיקולים דלעיל, אין לנו אלא לחזור לכלל לפיו אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בחומרת העונש, למעט במקרים חריגים בהם נפלה טעות בולטת בגזר הדין או שהעונש שהושת על הנאשם חורג באופן קיצוני מרף הענישה הנוהג בנסיבות דומות. האיזון בין השיקולים השונים כאמור לעיל, מביא למסקנה כי המקרה שבפנינו אינו מצדיק התערבות.

אשר על כן, שני הערעורים נדחים.

שׁוֹפֵט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

שׁוֹפֵט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, י"ז באדר ב' התשע"ד (19.3.2014).

שופט שופט שופט

---