

## ע"פ 8068/21 - פלוני נגד מדינת ישראל

### בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 8068/21

לפני:

כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט י' אלרון  
כבוד השופט ש' שוחט

המערער:

פלוני

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
מיום 10.10.2021 בתפ"ח 52775-01-20 שניתן על  
ידי כבוד השופטים: א' דראל; א' אברבנאל, ח' זנדברג

תאריך הישיבה:

ד' באדר ב' התשפ"ב (7.3.22)

בשם המערער:

עו"ד אשר אוחיון

בשם המשיבה:

עו"ד רחלי זוארץ-לוי

בשם נפגעת העבירה:

עו"ד רוני אלוני סדובניק

**פסק-דין**

השופט ש' שוחט:

עמוד 1

בהמשך להסדר טיעון שנחתם עמו, הודה המערער בעובדות כתב אישום מתוקן, שהוגש נגדו לבית המשפט המחוזי בירושלים. המערער הורשע, על פי הודאתו, בשתי עבירות של מעשה מגונה בקטינה, עבירות לפי סעיף 348(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 בנסיבות סעיף 345(א)(1) וסעיף 345(ב)(1) לחוק זה (להלן: חוק העונשין). לא הייתה הסכמה לעניין העונש.

1. על פי כתב האישום, בשתי הזדמנויות שונות, ביצע המערער, יליד 29.4.2001, במתלוננת, קטינה ילידת 16.6.2011, מעשה מגונה, עת ביקרה יחד עם הוריה בבית הוריו של המערער. בשני המקרים קרא המערער למתלוננת לבוא לחדרו תוך שהוא מציע לה צ'יפס (במקרה הראשון) ומבטיח לתת לה משהו (במקרה השני). המתלוננת השתכנעה, בשני המקרים, לבוא לחדרו שהיה ריק מאדם. במקרה הראשון אמר המערער למתלוננת שהוא רוצה לראות את מידת התחתונים שהיא לובשת. המתלוננת סירבה תחילה אך השתכנעה לעשות זאת אחרי שהמערער אמר לה שאחרת לא ייתן לה צ'יפס. המערער אמר למתלוננת להרים את שמלתה ומשעשתה כן הוריד את הגרביים והתחתונים שלבשה וקירב אליה את הטלפון הנייד שלו. בהמשך לכך המערער החדיר את אצבעו בין פלחי ישבנה של המתלוננת וגרם לה לכאב. לאחר מכן מישש באצבעו את איבר מינה. במקרה השני, לאחר שנכנסה לחדרו, הציע לה המערער שוקולד. משאמרה לו שאסור לה 'חלבי' אמר לה שייתן לה משהו אחר אם תעלה למיטתו. המתלוננת עלתה ונשכבה על המיטה. הנאשם נשכב לצדה אמר לה להסתובב עם הפנים אליו וחיבק אותה. בהמשך לכך, המערער אמר למתלוננת לקום וביקש לראות את המידה של תחתוניה. המערער הוריד את חצאיתה, גרביניה ותחתוניה של המתלוננת והחדיר את אצבעו בין פלחי ישבנה תוך שהוא גורם לה לכאב.

2. במעשים שתוארו לעיל, עשה המערער, בשתי הזדמנויות, מעשה מגונה במתלוננת, קטינה שטרם מלאו לה שש עשרה שנים, שלא בהסכמתה החופשית.

3. לפני בית המשפט המחוזי הונחו מספר תסקירים בנוגע למערער כמו גם הערכת מסוכנות ותסקיר נפגעת עבירה. כן העידו לפניו הורי המתלוננת ואמו של המערער.

4. בית המשפט המחוזי עמד על הערכים המוגנים שנפגעו, על מידת הפגיעה בהם ועל מדיניות הענישה הנהוגה בנסיבות שקשורות בביצוע העבירות, תוך הפנייה לפסיקה, וקבע את מתחם העונש ההולם לתקופה שבין שנתיים לארבע שנות מאסר בפועל, מאסר על תנאי ופיצוי כספי. בית המשפט המחוזי לא ראה לסטות לקולה ממתחם הענישה שקבע, חרף תהליך שיקומי בו השתתף המערער, אותה עת, באופן פעיל. בשים לב לכך שהמקרה הראשון בוצע עת היה קטין והשני סמוך לאחר שבגר; להיעדרו של עבר פלילי; להודאתו; להבעת החרטה שהביע; ולתהליך השיקומי שעבר, מיקם בית המשפט את עונשו של המערער ברף התחתון של מתחם הענישה. בית המשפט המחוזי גזר על המערער שנתיים מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו, מאסר על תנאי למשך ששה חודשים לבל יעבור, בתוך שלש שנים ממועד שחרורו מהמאסר, עבירת מין מסוג פשע ותשלום פיצוי למתלוננת בסכום של 7500 ש"ח.

5. המערער לא השלים עם התוצאה והגיש את הערעור שלפנינו שנסוב כולו על מרכיב המאסר בפועל שבגזר הדין.

6. בהודעת הערעור ובנימוקה טען המערער, כינכון וראוי היה לסטות לקולה ממתחם הענישה שנקבע אף מעונש המינימום שקבוע בחוק, שכולל מאסר מותנה, וזאת מהטעמים הבאים: תהליך השיקום המשמעותי והמוצלח

שהוא עבר במשך שנתיים ימים; המלצת שירות המבחן כי ישלים את התהליך הטיפולי תוך השתת מאסר בפועל שירוצה בעבודות שירות וצו מבחן לשנתיים; פרק הזמן הרב שעבר בין הכרעת הדין לגזירת העונש, במהלכו התקדם התהליך הטיפולי באופן משמעותי; ביצוע העבירות עת היה קטין ובסמוך לאחר שבגר; הימצאותו במעצר בית מלא בחלק ניכר מהתקופה בה התנהל ההליך המשפטי והימצאותו בחלק הנותר במעצר בית חלקי ברוב שעות היממה - מה שהגביל מאוד את חופש התנועה שלו וקטע את לימודיו בישיבה, אף ניתק אותו מחבריו והוא צעיר לימים. במהלך הדיון לפנינו חזר בא-כוח המערער והדגיש את החשיבות באי קטיעתו של התהליך הטיפולי, מה שעלול להוריד לטמיון את ההישגים שהושגו עד כה, וביקש להמיר את עונש המאסר מאחורי סורג ובריה לעונש מאסר שירוצה בעבודות שירות .

7. המשיבה ביקשה להישיר מבט אל הנסיבות של ביצוע העבירות; לגילה הצעיר של המתלוננת ולפער השנים; לתמונת הנזק החריגה ויוצאת הדופן שבמרכזה המתלוננת ואל גורמי הסיכון שפורטו בהערכת המסוכנות, שמצביעים על חשד לסטייה מינית פדופילית ועל חוסר תובנה לקיומה. לגישתה יש לתת עדיפות, במקרה שלפנינו, לשיקולי הגמול וההרתעה על פני שיקולי השיקום ולהותיר את העונש על כנו.

#### דיון והכרעה

8. המערער, יליד 29.4.2001, ביצע עבירות מין בקטינה בת כשמונה שנים, נכון למועד ביצועו, תוך ניצול פער הגילאים בינו לבניה, ניצול תמימותה ותומתה ותוך שימוש במניפולציות כלפיה. בשתי הזדמנויות, עת ביקרה הקטינה, יחד עם הוריה, בבית הוריו, פיתה אותה המערער לבוא עמו אל חדרו, שהיה ריק מאדם, וביצע בה את עבירות המין בהן הורשע.

9. לעבירות מין בכלל ובקטינים בפרט נודעת חומרה יתרה. פערי הכוחות המוגברים בין הפוגע לבין הקטין; גילם הצעיר ותמימותם של אלה שהופכת אותם לפגיעים במיוחד; והחשש מפני ההשלכות ארוכות הטווח על חייהם, מחייבת ענישה הולמת ומרתיעה (ראו: ע"פ 6881/14 פלוני נ' מדינת ישראל; 11.11.2015). מכאן, ועל דרך הכלל, השיקולים המרכזיים בענישת עברייני מין, שביצעו עבירות מין בקטינים, הם שיקולי הגמול וההרתעה, הן כלפי העברייני המבצע הן כלפי עבריינים לבוא. על העונש לבטא ולשקף את הסלידה של החברה ממעשים כאלה ואת החומרה הרבה שהיא מייחסת להם הן בקביעת מתחם העונש ההולם במקרה שעומד להכרעה הן בקביעת העונש לאותו מקרה, בתוך המתחם. בגדר מגמה זו על מתחם הענישה להלום את חומרת העבירות מושא כתבי האישום שמוגשים בגינן, כמו גם את נסיבות ביצועו. כך גם בקביעת העונש בתוך מתחם הענישה תוך התחשבות, כמובן, בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה.

10. בית המשפט המחוזי קבע, כאמור, את מתחם העונש ההולם לתקופה שבין שנתיים לארבע שנות מאסר בפועל, מאסר על תנאי ופיצוי כספי ומיקם את עונשו של המערער ברף התחתון, שנתיים מאסר בפועל, ועונשים נלווים.

11. בהודעת הערעור וביטעונו לפנינו לא קבל המערער על מתחם הענישה שנקבע בעניינו. את ההקלה בעונשו, על דרך של סטייה לקולה ממתחם הענישה שנקבע, עד כדי הטלת עונש מאסר של תשעה חודשים לריצוי בעבודות שירות, מבקש המערער לבסס על תהליך השיקום המוצלח והמשמעותי בו החל לפני כשנתיים ועל המלצת שירות המבחן לאפשר לו להשלים אותו.

12. את האפשרות לסטות לקולה ממתחם הענישה ההולם, אותו קבע בית המשפט על פי עיקרון ההלימה, בשל סיכויי שיקום, אנו מוצאים בסעיף 40ד(א) לחוק העונשין. בהתאם להוראת הסעיף, מצא בית המשפט, כי "הנאשם השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם" רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם ולקבוע את עונשו של הנאשם "לפי סיכויי שיקומו". בהתקיים הנסיבות שמפורטות בסעיף רשאי, אפוא, בית המשפט להעדיף את שיקולי השיקום ולבחור בענישה, על פי עיקרון ההלימה, שלא תפגע באופן ממשי בסיכויי השיקום (ראו: בע"פ 6637/17 קרנדל נ' מדינת ישראל; 18.4.2018), הבהיר בית משפט זה, כי היישום של הוראת הסעיף יכול שייעשה לא רק בעבירות קלות. עם זאת בעבירות עם חומרה יתרה ההתחשבות בשיקול השיקומי תיעשה רק בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן, לאחר שביהמ"ש שוכנע שהן גוברות על הצורך לקבוע את העונש במתחם העונש ההולם (ע"פ 779/15 פלוני נ' מדינת ישראל; 12.4.2015), ואין די בטענות בעלמא.

13. בעניינו של המערער הוגשו שלושה תסקירים. בחינת תסקירי המבחן שהוגשו מצביעים על כך שהמערער השתתף בתהליך טיפולי ארוך שבו החל כבר בהליכי המעצר. בתסקיר העדכני של שירות המבחן, מיום 3.3.2022, שהונח לפנינו לקראת הדיון בערעור, צוין כי המערער מפיק תועלת מהטיפול שעבר, נעזר בו כדי להעמיק הבנתו לגבי מניעיו שבבסיס העבירה, בזיהוי מצבי סיכון להישנות התנהגות פוגעת וכן ביכולת להתבונן בעצמו ולעבור תהליך של שינוי. שירות המבחן הצביע על ההפחתה שחלה במסוכנות של המערער כפי שבאה לידי ביטוי בהערכת המסוכנות העדכנית, מיום 21.1.2022, מבינונית לבינונית נמוכה וציין, כי הוא אמור להתחיל לעבוד על מעגל העבירה האישי שלו בעוד מספר שבועות כחלק מהשלמת התהליך הטיפולי.

אין בכך די כדי לקבל את הערעור.

14. בעוד ששירות המבחן שם לנגד עיניו באופן מובהק את שיקוליה השיקום של המערער, בית המשפט נדרש לתת את דעתו על מלאכת גזירת העונש מנקודת מבט רחבה יותר, ועליו לתת משקל, לצד שיקולי השיקום, גם לשיקולי ענישה נוספים ובהם הלימה, גמול והרתעת עבריינים פוטנציאליים. לכך יש להוסיף את הממצאים שמפורטים בהערכת המסוכנות העדכנית, שסותרים במידת מה את הערכת שירות המבחן, כגון: עדות לקיומם של עיוותי חשיבה שמאפיינים עברייני מין; העדר תובנה להשלכות מעשיו על הקטינה ומידת אמפטיה מצומצמת כלפיה; התבטאות הגנתית סביב עולמו המיני, ועוד. מכאן, דומה שעל המערער לעבור עוד כברת דרך ארוכה עד להשלמת התהליך הטיפולי ולא ניתן לקבוע, במידת וודאות מספקת, כי "יש סיכוי של ממש שישתקם".

15. אכן, העדפת שיקולי השיקום יכול ותעשה גם כאשר המערער טרם השתקם. עם זאת, נקודת המוצא היא כי מדובר בסמכות שבשיקול דעת ובית המשפט אינו מחויב לפעול כאמור בסעיף 40ד(א) לחוק העונשין גם כאשר מדובר בנאשם שהשתקם (ראו ע"פ 3102/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 21; 17.11.2014). ההשתתפות של המערער בתהליך טיפולי היא בראש ובראשונה לטובתו שלו ואחר כך לטובת זולתו, סביבתו הקרובה והרחוקה. מקריאת גזר דינו של בית המשפט המחוזי עולה, כי הוא התחשב בנטילת האחריות של המערער על מעשיו ומאמציו לחזור למוטב על דרך השתתפותו בתהליך השיקומי. בית המשפט המחוזי התייחס מפורשות לשיקול זה בבחינת הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה עת קבע את העונש ברף התחתון של מתחם העונש ההולם שמצא (ראו פסקה 52 לגזר הדין). בחינת העונש שהושת על המערער מעידה, כי השיקול משתקף בתוצאה ואין מקום להקלה נוספת בעונשו של המערער, על דרך של חריגה ממתחם הענישה, בשים לב למעשיו החמורים של המערער שנתנו את אותותיהם בקטינה וגרמו לה לנזק חמור עליו נמצאנו למדים גם מדברי הוריה שהופיעו לפנינו.

16. אציע, אפוא, לחבריי לדחות את הערעור תוך הבעת תקווה כי שירות בתי הסוהר ייעשה כל שניתן, מבחינתו, להשלמת הליך הטיפול במערער.

שׁוֹפֵט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

שׁוֹפֵט

השופט י' אלרון:

אני מסכים.

שׁוֹפֵט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ש' שוחט.

על המערער להתייצב לתחילת ריצוי עונשו בימ"ר ניצן, ביום 1.5.2022 לא יאוחר מהשעה 10:00, או על פי החלטת שב"ס, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על המערער לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיזן מוקדם, עם ענף אבחון ומיזן של שב"ס בטלפונים: 08-9787377, 08-9787336.

ניתן היום, ג' בניסן התשפ"ב (4.4.2022).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

---