

## ע"פ 8689/23 - פלוני נגד מדינת ישראל, פלונית

בבית המשפט העליון

ע"פ 8689/23

לפני: כבוד השופט י' כשר

המבקש: פלוני

נגד

המשיבות: 1. מדינת ישראל  
2. פלונית

בקשה לעיכוב ביצוע גזר דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (השופטים ח' טרסי, ע' דרויאן-גמליאל ו-ה' רוזנברג שיינרט), מיום 7.11.2023, ב-תפח"ע 50308-06-22.

תאריך הישיבה: ב' בטבתתשפ"ד (14.12.2023)

בשם המבקש: עו"ד עמיחי ימין  
בשם המשיבה 1: עו"ד מריה ציבלין

### החלטה

בקשה לעיכוב ביצוע גזר דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (השופטים ח' טרסי, ע' דרויאן-גמליאל ו-ה' רוזנברג שיינרט), מיום 7.11.2023, ב-תפח"ע 50308-06-22, עד להכרעה בערעור שהוגש על גזר הדין.

רקע הדברים

1. ביום 23.6.2022 הוגש כתב אישום נגד שני נאשמים (המבקש דן היה הנאשם 2 בכתב האישום). כתב האישום ייחס לנאשמים עבירות מין חמורות, שבוצעו בצוותא, כלפי קטינה (בת 13 בעת ביצוע המעשים). המבקש היה

אף הוא קטין בעת ביצוע המעשים (בן 15 ושלושה חודשים) ואילו הנאשם 1 היה בעת ביצוע המעשים בגיר (בן מעט יותר מ-19 שנה).

ביום 23.11.2022 הודיעו הצדדים כי הגיעו להסדר טיעון, על פיו יודו הנאשמים בכתב אישום מתוקן ובית המשפט ייקבע את העונש. המבקש הודה, על יסוד עובדות כתב האישום המתוקן, בביצוע העבירות הבאות (הכרעת דין מיום 23.11.2022; להלן: הכרעת הדין):

(-) ריבוי עבירות אינוס של קטינה, שטרם מלאו לה שש-עשרה שנה, תוך שימוש בכוח ובאיומים וללא הסכמתה החופשית, בנוכחות אחר שחבר עם הנאשם לביצוע האינוס - לפי סעיפים 345(ב)(5) ו-1 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק), ובנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק.

(-) ריבוי עבירות מעשה-סדום בקטינה, שטרם מלאו לה שש-עשרה שנה, תוך שימוש בכוח ובאיומים וללא הסכמתה החופשית, בנוכחות אחר שחבר עם הנאשם לביצוע המעשה - לפי סעיף 347(ב) לחוק, ובנסיבות סעיפים 345(ב)(5) ו-1, ובנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק.

אין מחלוקת כי מדובר בהרשעה בכתב אישום חמור. עובדות כתב האישום קשות לקריאה, שלא לומר מזעזעות. העבירות המתוארות שם, שנעברו כאמור כלפי קטינה כבת 13 בלבד, בצוותא, הן מהחמורות שקיימות בחוק. העבירות נעברו תוך שימוש באלימות וגילוי אכזריות כלפי נפגעת העבירה. עוד יצוין כי אמנם מדובר בעבירות שבוצעו במסגרת אירוע אחד, אולם מדובר באירוע נמשך, הכולל מספר תקיפות מיניות קשות ונפרדות.

2. בהכרעת הדין לא נקבע כי המבקש יורשע בעבירות האמורות. זאת, לנוכח גילו הצעיר והאפשרות בדין לקבוע אי-הרשעה (לפי סעיף 24 לחוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול (התשל"א-1971) (להלן: חוק הנוער)). עם זאת, בגזר הדין שניתן ביום 7.11.2023, הורשע המבקש בעבירות הנ"ל, בהתאם להסכמתו ולהמלצת שירות המבחן לנוער.

3. בגזר הדין עמד בית המשפט המחוזי על הדרכים הנבדלות בקביעת עונשם של שני הנאשמים, בהינתן שהנאשם 1 בגיר בעוד המבקש בעניינו קטין, וכנגזרת מכך עקרונות הענישה שונים הם.

תסקירי שירות המבחן שהוגשו לבית המשפט המחוזי, לקראת גזירת העונש, בהתייחס למבקש, הציגו תמונה שחל בה שינוי: בתסקיר המבחן הראשון שהוגש, ההתרשמות הייתה כי למבקש דפוסי מחשבה בעייתיים וכי "התהליך הטיפולי יהיה ארוך ואינטנסיבי" (תסקיר מיום 3.4.2023). בתסקיר המשלים שהוגש כארבעה חודשים לאחר מכן (ביום 17.8.2023), המליץ שירות המבחן "לאפשר לנאשם להמשיך בדרך השיקום והטיפול, אליה נרתם יחד עם הוריו". בתסקיר זה, עמד שירות המבחן על השינוי הניכר במבקש וכברת הדרך המשמעותית שעבר בטיפול; כמו גם ההתרשמות כי הוא נוטל אחריות למעשיו ומצוי בתהליך של העמקת ההבנה בדבר חומרת המעשים (אם כי, בצד הדברים, שב שירות המבחן על "קווי האישיות המורכבים" שנמצאו באבחון של המבקש). בהתאם לאמור, המליץ שירות המבחן להימנע מהטלת עונש מאסר שייקטע את התהליך הטיפולי.

בתסקיר המשלים הנוסף, שהוגש ביום 31.8.2023, המליץ שירות המבחן לנוער כי יוטלו על המבקש 9 חודשי מאסר שירוצו בדרך של עבודות שירות, וכן ענישה נלווית וצו מבחן למשך שנה וחצי. על המלצה זו שבה העובדת הסוציאלית מטעם שירות המבחן לנוער במסגרת הדיון לטיעונים לעונש, ביום 19.9.2023.

מכאן פנה בית המשפט המחוזי לסקור פסיקה בעבירות דומות, על מנת לעמוד על המדיניות הפסיקתית הנהוגה. זאת, הגם שעסקינן בקטין, ועל כן נקודת המוצא היא מתן משקל מוגבר לעיקרון השיקום ואינדיבידואליות הענישה. כפי שתיאר בית המשפט קמא: "עניינו של [המבקש] ניצב בין שני קטבים רבי-כוח, המשפיעים במנוגד על מהות הענישה ומידתה. מצד אחד, נסיבות מחמירות שבראשן חומרת העבירות, המכוונות לענישה של שנות מאסר בפועל, ומצד שני, המלצה ברורה של גורמי חינוך, טיפול ושיקום, להימנע כליל מעונש הכרוך בכליאה" (פסקה 81 לגזר הדין).

בהתבסס על סקירת הפסיקה ועל תסקירי שירות המבחן בעניינו של המבקש, בית המשפט המחוזי קבע כי אין לקבל את המלצת שירות המבחן לנוער בדבר הימנעות מגזירת עונש של מאסר בפועל מאחורי סורג ובריה, על המבקש. זאת, בהינתן דפוסי האישיות הבעייתיים של המבקש, וחומרת העבירות שביצע. וכפי שקבע בית המשפט המחוזי:

"הנאשם עשה כברת דרך טיפולית משמעותית, אך הדרך עדיין ארוכה מאוד. איננו סבורים כי מדובר במהלך טיפולי יוצא דופן המאיין כל שיקול נוגד, ולא הובהר אם וכיצד יינתן בו מענה לסיכון שבקווי אופי ובעיוותי חשיבה מטרידים ומדאיגים. ככלל, חומרתן של העבירות שביצע קטין, יכולה בהחלט שתגיע לדרגה שבה יהיה ההליך השיקומי שעובר הקטין מוצלח ומבטיח ככל שיהיה, ותהיינה ההמלצות של שירות המבחן חד-משמעיות ככל שתהיינה, לא ניתן להורות אלא על מאסר מאחורי סורג ובריה ולפרק זמן משמעותי. שיקול השיקום, גם לגבי קטנים, אינו עומד לבדו וככל שהעבירה חמורה יותר כן משקל שיקול ההלימה נהיה כבד יותר" (פסקאות 89-90 לגזר הדין).

אשר על כן, קבע בית המשפט המחוזי כי יש להורות על מאסר המבקש מאחורי סורג ובריה. במסגרת קביעת תקופת המאסר ניתן משקל, בין היתר, לקטינותו של המבקש ולהליך השיקום החיובי; ועל כן הועמד העונש על 42 חודשי מאסר בפועל (בניכוי ימי מעצרו). לצד זאת, הוטלו על המבקש 9 חודשי מאסר על תנאי; וכן פיצוי לנפגעת העבירה על סך של 70,000 ש"ח שיופקד עד ליום 1.1.2024.

לשם שלמות התמונה יצוין כי על הנאשם 1 (אשר היה כאמור בגיר בעת ביצוע העבירות), הוטל עונש של 8 שנות מאסר בפועל, 12 חודשי מאסר על תנאי, ופיצוי לנפגעת העבירה על סך של 70,000 ש"ח.

4. המבקש הגיש ערעור על גזר הדין, ולצדו הבקשה דנן לעיכוב ביצוע.

הערעור והבקשה לעיכוב ביצוע

5. טענתו העיקרית של המבקש בערעור היא כי נפלה שגגה בכך שבית המשפט קמא מצא שלא לאמץ את

המלצת שירות המבחן לנוער בעניינו. לעמדת המבקש, בהתחשב בגילו הצעיר בעת ביצוע העבירה (15 ושלשה חודשים) וכברת הדרך השיקומית שעבר, יש להקל בעונשו ולהורות על העונש שהומלץ על ידי שירות המבחן לנוער - 9 חודשי מאסר שירוצו בדרך של עבודות שירות, וצו מבחן למשך שנה וחצי.

אשר לרכיב הפיצוי לנפגעת העבירה, טוען המבקש כי אין ביכולתו לשאת בתשלום הגבוה כשלעצמו, לא כל שכן בתנאי התשלום שנקבעו בגזר הדין (הפקדת הסכום במלואו בקופת בית המשפט עד ליום 1.1.2024). זאת, בהיותו תלמיד תיכון המצוי בתנאים מגבילים במשך תקופה ארוכה; ובהינתן מצבה הכלכלי של משפחתו.

6. בבקשה לעיכוב ביצוע מבוקש כי יעוכב ביצוע עונש המאסר בפועל. יוער כי בבקשה התבקש גם עיכוב ביצוע רכיב הפיצוי לנפגעת העבירה, אולם בדיון שנערך בפניו ביום 14.12.2023, חזר בו ב"כ המבקש מהבקשה לעיכוב ביצוע של רכיב זה.

בבקשה לעיכוב ביצוע נטען, בעיקרם של דברים, כי על מנת שהערעור לא יסוכל, יש לאפשר למותב הערעור להידרש לאפשרות כי לא יוטל עונש מאסר בפועל כלל (בהתאם להמלצת שירות המבחן לנוער) - ולשם כך יש מקום להורות על עיכוב ביצוע. טענתו של המבקש היא כי במכלול הנסיבות, ובעיקר בהינתן המלצת שירות המבחן לנוער, אין מדובר בערעור שסיכויי נמוכים, וכי דחיית הבקשה לעיכוב ביצוע תפגע פגיעה קשה בסיכויי הערעור להתקבל.

7. בדיון שנערך לפניו, טענה ב"כ המשיבה כי סיכויי הערעור נמוכים ואינם מצדיקים עיכוב ביצוע. במסגרת זו נטען כי מעשים בדרגת חומרה כה גבוהה, כפי שהורשע בהם המבקש, אינם מתיישבים עם ענישה מקלה, לא כל שכן ענישה בדרך של עבודות שירות. ב"כ המשיבה הדגישה כי אין מדובר בשאלה בינארית, דהיינו - לא כל פעם שקיימת המלצה של שירות המבחן שלא התקבלה בבית המשפט קמא, יינתן עיכוב ביצוע "אוטומטי" על מנת שלא ליתר את הערעור.

דיון והכרעה

8. נקודת המוצא לדיון בבקשות לעיכוב ביצוע היא בכלל לפיו נאשם שהורשע ונגזר דינו יחל בריצוי עונשו באופן מיידי, ואין בהגשת ערעור כשלעצמה כדי להצדיק את עיכוב ביצוע גזר הדין.

עם זאת, לבית המשפט מסור שיקול דעת לעכב את ביצוע עונש המאסר, ועליו לתת דעתו לכלל הנסיבות והנתונים הרלוונטיים בעניינו של המבקש. במסגרת זו יש לבחון שלל שיקולים, לרבות: העבירה ונסיבות ביצועה; משך תקופת המאסר שנגזרה; סיכויי הערעור; עברו הפלילי של המבקש והתנהגותו במהלך המשפט; נסיבותיו האישיות של המבקש; ואופיו של הליך הערעור, דהיינו - האם מדובר בערעור על חומרת העונש בלבד, או שמא גם על הכרעת הדין - ולאזן בין השיקולים השונים בגדרו של המקרה הפרטני (ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241 (2000) (להלן: עניין שוורץ)).

9. כפי שהוסבר בעניין שוורץ, האיזון שעורך בית המשפט, במסגרת החלטה בבקשה לעיכוב ביצוע, הינו בין האינטרס הציבורי באכיפה אפקטיבית של החוק (לרבות היבטים של מסוכנות, חשש להימלטות מהדין, שמירה על ארון הציבור באכיפה אפקטיבית של הדין, ואינטרס הרתעת הרבים), לבין מימוש זכות הערעור והצורך להימנע מפגיעה קשה ובלתי הפיכה במערער, באם ערעורו יתקבל. וכך נקבע בעניין שוורץ:

"האינטרס הציבורי, על היבטיו השונים, לרבות שיקולי הרתעה, אפקטיביות ושמירה על ארון הציבור במערכת אכיפת החוק, עומד בעינו כאשר דנים אנו בסוגיית עיכוב ביצוע מאסר בתקופת הערעור. אלא שבהתקיים הליך של ערעור על פסק-הדין שבו הוטל עונש מאסר, החשש לפגיעה באינטרס הציבורי ושאלת המשקל שישליתן לזהם בעליצביון מורכב יותר. אלמול השיקולים שמנינו לעיל, ניצבה צורך להימנע מפגיעה קשה ובלתי הפיכה בנידון עקב מאסרו המידי, אם יתברר בדיעבד - לאחר בירור ערעורו - כי מאסרו היה בלתי מוצדק. אין להמעיט בחומרתה של פגיעה שכזו [...] פגיעה כזו איננה רק עניינו של הפרט אלא היא נוגעת גם לאינטרס ציבורי כללי; האינטרס הציבורי הברור הוא כי אנשים אשר בסופו של הליך המשפטי ימצאו זכאים בפסק-דין סופי, לא ירצו עונש מאסר. זאת ועוד, ארון הציבור במערכת המשפט והאכיפה עלול להיפגע בצורה קשה אם יתברר בדיעבד כי המאסר שרוצה היה בלתי מוצדק" (שם, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת ד' ביניש; ההדגשה הוספה - י' כ').

10. הנסיבות דנן מעוררות דילמה של ממש: הגם שהמבקש אינו מערער על הרשעתו והגם שעונש המאסר שנגזר עליו הינו לתקופה משמעותית של 42 חודשים (כך שלא ניתן לטעון שעד להכרעה בערעור ירצה חלק ניכר ממנו), אם יתקבל ערעורו של המבקש במלואו, המשמעות היא כי הוא לא יידרש לשאת בעונש מאסר מאחורי סורג וברח כלל (אלא בדרך של עבודות שירות). במובן זה, ערעורו של המבקש "קרוב" יותר למקרה של ערעור על הכרעת דין, שאז קיים חשש כי אם הערעור יתקבל בלא שגזר הדין יעוכב - המערער ירצה עונש מאסר שהוא לא אמור היה לרצות כלל.

טענתו של המבקש כי דחיית בקשתו לעיכוב ביצוע יש בה, במידה רבה, משום סיכול זכות הערעור המוקנית לו, וכי, למצער, קיים חשש לפגיעה קשה ובלתי הפיכה בו באם תדחה בקשתו לעיכוב ביצוע והוא יזכה לבסוף בערעורו (שכן ירצה, לראשונה בחייו, עונש מאסר מאחורי סורג וברח), הינה, אפוא, טענה של ממש.

עם זאת, מן העבר השני ניצב האינטרס הציבורי, כאמור, באכיפה אפקטיבית של החוק. לעניין זה, ביישום לנסיבות דנן, טעם עיקרי הוא כי העבירה שביצע המבקש ונסיבות ביצועה הינן חמורות ביותר.

בנסיבות מסוג זה שמורה חשיבות רבה להערכת סיכויי הערעור להתקבל, ובמקרה דנן - להערכת הסיכוי שבית משפט זה, בעת שיידון בערעור לגופו, יקבל את הערעור ויפחית את עונשו של המבקש למאסר שירות בעבודות שירות. אם הסיכוי נמוך, ככלל הכף תיטה אל עבר דחיית הבקשה לעיכוב ביצוע. עם זאת, אם סיכויי הערעור אינם נמוכים - ייתכן ויהיה מקום להורות על עיכוב ביצוע על מנת שלא לסכל את הערעור.

11. בזהירות המתבקשת, אומר שסיכויי הערעור דנן, להשקפתי, אינם גבוהים. זאת, בעיקר לנוכח החומרה הרבה של העבירה ונסיבות ביצועה.

כמו כן מקובלת עליו קביעתו של בית המשפט קמא לפיה: "ככלל, חומרתן של העבירות שביצע קטין, יכולה בהחלט שתגיע לדרגה שבה יהיה ההליך השיקומי שעובר הקטין מוצלח ומבטיח ככל שיהיה, ותהיינה ההמלצות של שירות המבחן חד-משמעיות ככל שתהיינה, לא ניתן להורות אלא על מאסר מאחורי סורג ובריה ולפרק זמן משמעותי" (הדברים תואמים במדויק את חוות דעתי ב-ע"פ 1589/23 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (להלן: ע"פ 1589/23)).

מנגד, הפגיעה במבקש ובערעורו, באם לא ינתן על ידי צו לעיכוב ביצוע, הינה מובהקת: כפי שהודגש, הערעור נסמך על שיקולי שיקום ומעמדם הרם בענישת קטינים (סעיפים 1א, 24 ו-25 לחוק הנוער; וראו: ע"פ 1589/23, פסקאות 16-18 לחוות דעתה של השופטת ר' רונן); וכן על המלצת שירות המבחן לפיה יש להימנע מהטלת עונש מאסר מאחורי סורג ובריה על המבקש כדי למנוע פגיעה בשיקומו. המצב בו בעוד הערעור תלוי ועומד יתחיל המבקש לרצות עונש מאסר מאחורי סורג ובריה יש בו משום פגיעה מהותית בערעור, כאמור לעיל, וחשש של ממש לפגיעה במבקש בהיבט השיקומי (באם יתקבל לאחר מכן ערעורו).

לצד האמור עומד גילו הצעיר במיוחד של המבקש בעת ביצוע העבירה (בן 15 ושלושה חודשים); והעובדה שהמבקש מצוי עתה במעצר בית בתנאים מגבילים מופחתים, ולא במעצר מאחורי סורג ובריה (מ"ת 50284-06-22, החלטה מיום 19.7.2023, השופטת א' פינק).

סבורני כי גם ערעור שסיכוייו לא היו מצדיקים צו לעיכוב ביצוע, בנסיבות "רגילות", יכול ויצדיק צו לעיכוב ביצוע בנסיבות מיוחדות כאמור, כבענייננו.

12. אכן, גם כאשר עסקינן בענישת קטינים, אין לדעתי לקבוע כלל גורף לפיו מקום בו מוגש ערעור על ידי קטין שהוטל עליו עונש מאסר מאחורי סורג ובריה, לתקופה משמעותית, בניגוד להמלצת שירות המבחן - יש מקום ליתן צו לעיכוב ביצוע. לעמדתי, יש לבחון כל מקרה בהתאם לנסיבותיו.

סקירת הפסיקה מלמדת על קיומם של תקדימים למתן צו לעיכוב ביצוע בנסיבות דומות (ראו: ע"פ 8863/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (11.1.2016)), וכן על תקדימים להימנעות ממתן צו לעיכוב ביצוע בנסיבות שאף הן דומות (ראו: ע"פ 4604/15 פלוני נ' מדינת ישראל (9.7.2015); ע"פ 2045/23 פלוני נ' מדינת ישראל (3.4.2023)). כל מקרה ונסיבותיו הקונקרטיים.

באשר לענישה עצמה, עיון נוסף בפסיקה מלמד שלא ניתן לומר שאין תקדים לפסיקת עונש של מאסר בעבודות שירות, במסגרת קבלת ערעור של קטין על עונשו, גם כאשר עסקינן בעבירות קשות וחמורות (ראו: ע"פ 7105/22 פלוני נ' מדינת ישראל (12.1.2023); ע"פ 214/15 פלוני נ' מדינת ישראל (2.6.2016)).

13. לאחר התלבטות נראה לי, למרות השקפתי על סיכויי הערעור, שלא ניתן לומר שסיכוייו של הערעור הינם כה נמוכים עד שאין לעכב ביצוע למרות הפגיעה החריפה בזכות הערעור של המבקש שתגרם עקב כך. לכן, בדעתי לקבל את הבקשה ולעכב את ביצוע עונש המאסר שהוטל על המבקש.

14. סוף דבר: אנימורהעלעיוכובביצועעונושהמאסרבפועלשהוטלעלהמבקשעדלהכרעהבערעור. למענהסרספק, יתרכיביגזרהדיןאינםמעוכבים. התנאים המגבילים שהוטלו בבית המשפט המחוזי יותרו על כנם.

הערעור ייקבע לדיון בפני הרכב בהקדם, בכפוף לאילוצי היומן.

ניתנה היום, ז' בטבת התשפ"ד (19.12.2023).

שׁוֹפֵט

---