



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5593/21

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ע' גרוסקופף
כבוד השופט א' שטיין

המערער: פלוני

נ ג ד

המשיבים: 1. מדינת ישראל
2. א.כ. - נפגע העבירה (קטין)

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית משפט לנוער בתפ"ח 043117-10-18 שניתן ביום 04.07.2021 על ידי כבוד השופטים א' הלמן, י' שטרית וס' דבור

תאריך הישיבה: י"ג בתשרי התשפ"ב (19.9.2021)

בשם המערער: עו"ד נסרין אלכסנדר, עו"ד ירון שומרון
בשם המשיבה 1: עו"ד ורד חלאוה
בשם המשיב 2: עו"ד יוסי רז
בשם שירות המבחן לנוער: עו"ס טלי סמואל

פסק-דין

השופט י' עמית:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית משפט לנוער (כב' ס' הנשיא השופטת א' הלמן, והשופטים י' שטרית ו-ס' דבור) בתפ"ח 43117-10-18 מיום 4.7.2021. במסגרת פסק הדין הורשע המערער בביצוע מעשה סדום ומעשה מגונה בקטין שטרם מלאו לו 14 שנים, ונגזר עליו עונש מאסר ל-24 חודשים ועונשים נלווים. הערעור נסב על קביעת בית המשפט לפיה על המערער לרצות את עונשו בדרך של מאסר בפועל ולא במעון הנעול שבו שהה עובר למתן גזר הדין.

כתב האישום וההליך בפני בית המשפט המחוזי

1. המערער, יליד 2003, הודה בכתב אישום מתוקן במסגרת הסדר טיעון המייחס לו ביצוע מעשה סדום – עבירה לפי סעיף 347(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: 1.

חוק העונשין או החוק) בנסיבות סעיף 345(א)(3); ומעשה מגונה בקטין שטרם מלאו לו 14 שנים – עבירה לפי סעיף 348(א) לחוק בנסיבות סעיף 345(א)(3) לחוק. הסדר הטיעון לא כלל הסכמה לעניין העונש.

על פי כתב האישום המתוקן, במהלך החופש הגדול של שנת 2018, הגיעו המתלונן (להלן גם: נפגע העבירה), קטין יליד 2006, ושני חבריו לשחות בנהר הירדן, ובשלב כלשהו הגיע למקום המערער והצטרף אליהם. לאחר שהביעו כוונתם לשוב לעיר מגוריהם, ומשלא נותר למתלונן מקום לנסיעה עם חבריו, הצטרף המתלונן אל המערער שהסיע אותו על גבי אופניים חשמליים. במהלך הנסיעה, לאחר שירד המערער מהכביש ונסע בצד הדרך בין מטעים, הכניס המערער את ידו לתוך מכנסיו של המתלונן ונגע באיבר מינו לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיני. המתלונן מצדו ביקש מהמערער שיפסיק. לאחר שהמערער עצר את אופניו והמתלונן ירד מהם, תפס המערער את המתלונן מאחור, פשט ממנו את מכנסיו, החזיק אותו והחדיר את איבר מינו לפי הטבעת של המתלונן בתנועות חוזרות ונשנות תוך שהוא גורם למתלונן כאב. המתלונן, שביקש מהמערער שיניח לו, הצליח להדוף אותו ועזב את המקום.

2. בעניינו של המערער הוגשו מספר רב של תסקירי שירות המבחן לנוער שתיארו את הרקע האישי והמשפחתי של המערער ואת ההליכים השיקומיים-טיפוליים שננקטו בעניינו. מהתסקירים מצטיירת תמונה עגומה ומורכבת ביחס לרקע המשפחתי של המערער: המערער גדל במשפחה קשת יום המונה זוג הורים גרושים ושישה ילדים, אביו היה מעורב בפלילים וריצה עונש מאסר בכלא, אחיו נפטר בגיל צעיר, והמשפחה כולה מוכרת לרווחה, בין היתר, על רקע גילויי אלימות מצד האב כלפי האם ומעורבות הורית לקויה וחסרה.

בסופו של עניין הגיע שירות המבחן לידי המלצה להרשיע את המערער בעבירות אשר בביצוען הודה, ולגזור עליו עונש מאסר של שנתיים במעון נעול לפי סעיף 25(א)(1) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער). עוד התייחס שירות המבחן לבקשת המעון, לפיה ככל שבית המשפט יגזור על המערער עונש מאסר במעון נעול, יהיה ניתן להעביר את המערער מהמרחב הנעול למרחב "קידום" ולהיפך, לפי התקדמותו בטיפול.

3. לבית המשפט המחוזי הוגשו גם תסקירי נפגע עבירה של המתלונן, בהם פורטו המחירים הרגשיים הקשים שגבתה הפגיעה במתלונן ובמשפחתו. מהתסקירים עולה, בין היתר, כי מצבו הרגשי של המתלונן מחמיר עם הזמן, בייחוד סביב ביקוריו של המערער

בעיר מגוריהם, שמגבירים אצל המתלונן תחושות פחד מחשש למפגש אקראי, ובפרט כשלטענתו המערער מנסה ליצור קשר עם חבריו.

4. על יסוד הודאתו של המערער במיוחס לו בכתב האישום המתוקן, ולנוכח המלצת שירות המבחן לסיים את ההליך בהרשעה, הרשיע בית המשפט את המערער בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן כמפורט לעיל.

5. בגזר הדין, דחה בית המשפט את המלצת שירות המבחן כי המערער ירצה את עונש המאסר במעון נעול. זאת, לאחר שעמד על מגוון השיקולים בעניינו, כגון חומרתן של העבירות מושא ההליך, היעדר אמפתיה מצדו כלפי נפגע העבירה, והיעדר הירתמות ממשית להליך השיקום שבאה לידי ביטוי, בין היתר, בעובדה כי במהלך ההליך ובזמן שהותו במעון ביצע המערער מעשה מגונה בקטין אחר, בגינו אף הוגש נגדו כתב אישום נוסף. לאור האמור, ומשהגיע בית המשפט למסקנה כי סיכוייו של המערער להשתקם אינם גבוהים, נקבע כי אין לקבל את המלצת שירות המבחן ועל המערער לרצות את עונשו בדרך של מאסר בפועל. עוד נקבע כי אין מקום לנכות את פרק הזמן שבו שהה המערער בתנאים מגבילים במוסדות הטיפוליים השונים מתקופת המאסר בפועל שהושתה עליו. זאת, מן הטעם שככלל, תקופת השהיה במוסד טיפולי אינה שונה מהשמה במעצר בית, וכשם שאין מנכים תקופה זו מתקופת המאסר בפועל, כך אין לנכות את התקופה של שהות במעון נעול מימי המעצר.

בסופו של יום ולנוכח כל האמור, בית המשפט גזר על המערער עונש מאסר בפועל לתקופה של 24 חודשים בניכוי ימי מעצרו; 18 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור בתוך תקופה של 3 שנים כל עבירת מין מסוג פשע; 6 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור בתוך תקופה של 3 שנים כל עבירת מין מסוג עוון; ופיצוי כספי למתלונן בסך של 40,000 ₪.

טענות הצדדים בערעור

6. הערעור נסב כאמור על רכיב המאסר בגזר הדין, לפיו על המערער לרצות 24 חודשי מאסר בפועל. בד בבד עם הגשת הערעור הגיש המערער בקשה לעיכוב ביצוע עונש המאסר, וזו נדונה לפניי ביום 19.8.2021 והתקבלה עד להכרעה בערעור דנן.

המערער טען, בין היתר, כי לא היה מקום לסטות מהמלצת שירות המבחן לפיה יש לאפשר למערער לרצות את עונשו במעון הנעול תחת מאסר בפועל; כי בית המשפט

לא נתן משקל ראוי לנסיבות ביצוע העבירות, לנסיבות האישיות של המערער ולהליך הטיפולי שבו הוא מצוי; וכי בית המשפט התעלם ממדיניות הענישה המקובלת במקרים דומים. עוד נטען כי לא ייתכן שהליך שיקומי ארוך יהווה שיקול להחמרת ענישה, ובפרט בעניינו של המערער שבו לנסיבותיו האישיות יש תרומה משמעותית להתמשכות ההליך, וכי מסקנה זו של בית המשפט פוגעת ברציונל השיקום שבחוק הנוער ואינה מתיישבת עם עמדתם של גורמי המקצוע.

המערער הוסיף וטען כי עונש המאסר בפועל קוטע את ההליך הטיפולי הארוך שעובר המערער, ומונע בעדו הזדמנות אמיתית להשתקם, כאשר לטענתו, עומדת האפשרות להעבירו לריצוי המשך תקופת מאסרו בבית סוהר ככל שלא ישתף פעולה בהליך הטיפול ויגרום להפסקתו. בנוסף, הליך המערער על ההשוואה שערך בית המשפט בין שהות במעון נעול לבין שהות במעצר בית לצורך ניכוי ימים מעונש המאסר בפועל, וטען כי קביעה זו עלולה להשפיע לרעה על נכונותם של קטינים לעבור תהליכים דומים במסגרת ההליך הפלילי, מחשש שלא יתחשבו במאמציהם, במידה ויכשלו, במסגרת גזר הדין בעניינם.

7. לקראת הדיון בערעור התקבל תסקיר משלים מטעם שירות המבחן שחזר על הערכות גורמי הטיפול לפיהן, בין היתר, המערער זקוק להתערבות טיפולית מעמיקה; כי הוא מתקדם בהליך הטיפולי במעון; כי מדובר בנער בר-טיפול; וכי במשך תקופה ארוכה לא נתקבלו דיווחים מהמעון על התנהגויות בעייתיות או מיניות חריגות נוספות מצדו. שירות המבחן חזר והמליץ על השארתו של המערער במעון הנעול חלף שליחתו למאסר בפועל, שלהערכתו תקטע את ההליך הטיפולי שבו מצוי המערער ותשפיע עליו באופן שלילי.

8. בדיון בערעור מיום 19.9.2021, טענה ב"כ המערער כי כיום המערער לוקח אחריות על המעשה, מזדהה עם הקורבן ומביע רצון לפתוח בדף חדש; כי עונש המאסר בפועל שהושת על המערער, בניגוד להמלצת שירות המבחן, הרסני עבור המערער שנמצא בהליך טיפולי במעון למעלה משנתיים; וכי מדובר בעונש חמור וכבד ביחס לחומרת העבירות ולגילו הצעיר של המערער, ויש להתחשב במשך הזמן הארוך שכבר השתתף בטיפול במעון עובר למתן גזר הדין בעניינו.

בדיון נכחה גם נציגת שירות המבחן שחזרה על ההמלצות בתסקיר וטענה כי ככלל ניכרת התקדמות הדרגתית של המערער, אם כי לא בקצב המצופה. שירות המבחן התרשם כי מדובר במערער שזקוק להתערבות טיפולית מעמיקה לשם מניעת ביצוע

עבירות נוספות, והליך במסגרת המעון יכול לתת מענה לצרכים אלו, בעוד שעונש מאסר בפועל עלול להביא לתוצאה הפוכה.

9. מנגד, ב"כ המשיבה טענה כי הצטברות הנתונים במקרה זה חריגה ואיננה מצביעה על הירתמות אמיתית לטיפול. נטען כי נסיבותיו האישיות של המערער אינן יכולות להצדיק חוסר היענות לטיפול, וכי יש לשים את הדגש על שיקולי הרתעה ולהתחשב בהתמודדותו ובמצבו של המתלונן-נפגע העבירה.

דיון והכרעה

10. המקרה שלפנינו גבולי ומעורר דילמה באיזון בין שיקולי הענישה השונים בבואנו לדון בעניינו של המערער, שהיה כבן 15 וחצי בעת ביצוע המעשים.

לאחר ששקלתי את טענות הצדדים מזה ומזה, בכתב ובעל פה, הגעתי לכלל מסקנה כי בנסיבות המיוחדות של מקרה זה דין הערעור להתקבל, כך שחלף עונש המאסר מאחורי סורג ובריח שהושת על המערער, יש להורות על המשך שהייתו במעון הנעול, בהתאם להוראת סעיף 25(א)(1) לחוק הנוער הקובע כלהלן:

קטין שהורשע, רשאי בית משפט לנוער, במקום להטיל עליו מאסר לצוות על החזקתו במעון נעול לתקופה שיקבע ובלבד שלא תעלה על תקופת המאסר המרבית הקבועה לעבירה שבה הורשע הקטין;

11. כידוע, קטינות אינה מהווה חסינות מהרשעה ממשית (ע"פ 4150/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (5.8.2009)). יחד עם זאת, נקבע כי ענישת קטינים שונה מהותית מזו של בגירים, ולרוב יינתן בעניינם משקל דומיננטי לשיקול השיקום (ע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד סג(1) 752, 771 (להלן: עניין פלוני); ע"פ 6163/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (14.3.2011); ע"פ 6736/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (12.1.2017) (להלן: ע"פ 6736/16)), וזאת בשל הערך החברתי שבהחזרת קטינים למוטב. ברוח זו נקבע כי במסגרת מלאכת האיזון, על בית המשפט להעניק משקל מיוחד לנסיבות האישיות של הקטין הנאשם, לגילו ולסיכויי השיקום בעניינו (עניין פלוני, עמ' 774; ע"פ 1004/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (9.8.2006)).

12. אמת היא כי המלצות הגורמים המקצועיים, ובכללן המלצות שירות המבחן, אינן מחייבות את בית המשפט והוא איננו כבול להן (ע"פ 7870/19 פלוני נ' מדינת ישראל,

פסקה 20 (14.4.2021)). יחד עם זאת, בית משפט זה כבר עמד על המשקל המיוחד שיש להקנות לשיקולי השיקום במסגרת מדיניות הענישה כאשר מדובר בהליכים פליליים בעניינם של קטינים, ומשכך, ובעת עריכת האיזון בין השיקולים השונים, יש לתת משקל מיוחד להמלצות הגורמים המקצועיים, אך זאת מבלי שתוגבל סמכותו של בית המשפט לדחותן בהתקיימם של טעמים מוצדקים (עניין פלוני, עמ' 771-772).

במקרה זה אני סבור כי ראוי לאמץ את המלצות גורמי המקצוע, שהצביעו על כך שהמשך שהותו של המערער במעון תתרום לשיקומו, בעוד שליחתו למאסר ככל הנראה תשיג את המטרה ההפוכה, ותפגע ביכולתו להשתקם בעתיד. לא נעלמה מעיניי כי בפני המערער עוד עומדת דרך למיצוי מלוא פוטנציאל ההליך השיקומי בעניינו, אך לנוכח המלצות הגורמים המקצועיים ובראי תכליתו השיקומית של חוק הנוער, אני סבור כי יש לאפשר למערער להמשיך את הליך השיקום במעון הנעול ולרצות בדרך זו את עונש המאסר שנגזר עליו.

13. משבאתי לכלל מסקנה כי על המערער לרצות את עונשו במעון הנעול חלף מאסר בפועל, מתייתר הצורך להידרש לטענת המערער לפיה היה על בית המשפט לנכות מתקופת המאסר בפועל שנגזרה על המערער את פרק הזמן שבו שהה במעון הנעול (וראו הדיון בע"פ 6736/16, פסקה 12).

14. בשולי הדברים אך לא בשולי חשיבותם, מצאתי להדגיש כי ריצוי מאסרו של המערער במעון הנעול חלף המאסר בפועל איננו בגדר "מתנת חינם" הניתנת למערער, אלא מותנית בהירתמותו הממשית להליך השיקומי. אם יהיה הנער להפר את התכנית הטיפולית שתותווה לו, לרבות סירוב מתמשך מצדו להשתתף בטיפולים השונים שהמעון מעניק, ובאופן שיסכל את ההליך השיקומי כולו, אזי תעמוד האפשרות להעבירו להמשך ריצוי עונשו מאחורי סורג ובריה כפי שהושת עליו בתחילה, וזאת מכוח הוראת סעיף 25א(א) לחוק הנוער, הקובע כלהלן:

ציווה בית משפט לנוער על החזקתו של קטין במעון נעול במקום על מאסרו לפי הוראות סעיף 25א(1) או (2), רשאי הוא, לבקשת הממונה על המעונות, לאחר שהוגש לו תסקיר קצין מבחן לעניין זה, להמיר את הצו האמור במאסר לתקופה שלא תעלה על יתרת התקופה שנותרה להשלמת הצו המקורי, אם שוכנע כי התקיים אחד מאלה:

(1) הקטין מסכן או עלול לסכן את עצמו או אחרים;

(2) הקטין גורם נזק חמור ומתמשך לרכוש;

(3) התנהגות הקטין במעון באופן מתמשך, לרבות בריחה חוזרת ונשנית של הקטין מהמעון, לא מאפשרת לקיים את הצו במעון.

(על הפעלת סעיף 25א(א) במקרה של סירוב להשתתף בקבוצה טיפולית לעברייני
מין ראו ע"פ 3164/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 3-4 לפסק דיני (26.5.2016)).

סוף דבר

15. אשר על כן, אמליץ לחבריי לקבל את הערעור ולהמיר את עונש המאסר בפועל
שהושת על המערער, למאסר במעון הנעול. יתר רכיבי גזר הדין ינתְּרו על כנם.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ט"ו בחשון התשפ"ב (21.10.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט