



ע"פ 1384/15 - אמיר אזברגה נגד מדינת ישראל, פלונית

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 1384/15

לפני: כבוד השופט ס' ג'ובראן

כבוד השופטת א' חיות

כבוד השופט מ' מזוז

המעורר: אמיר אזברגה

נ ג ד

המשיבים: 1. מדינת ישראל

2. פלונית

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע
מיום 11.1.2015 בתפ"ח 56096-11-13 שניתן על ידי
כבוד השופטים: ר' יפה כ"ץ - סג"נ, א' ואגו וי' צלקובניק

תאריך הישיבה: ב' בטבת התשע"ו (14.12.2015)

בשם המערער: עו"ד בועז קניג

בשם המשיבים: עו"ד עמרי כהן

פסק-דין

השופט ס' ג'ובראן:

עמוד 1



1. ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (סגנית הנשיא ר' יפה-כ"ץ, והשופטים א' ואגו ו' צלקובניק) בתפ"ח 11-13-56096 מיום 11.1.2015, במסגרתו הושת על המערער עונש של 4.5 שנות מאסר בפועל; שנת מאסר על תנאי שלא יעבור למשך 3 שנים מיום שחרורו מהמאסר כל עבירה בניגוד לסימן ה' של פרק י' בחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); ופיצוי סמלי למתלוננת בסך של 25,000 ש"ח.

רקע והליכים

2. המערער הורשע, על יסוד הודאתו בעובדות כתב אישום מתוקן, בביצוע עבירות של ניסיון לאינסוס, לפי סעיף 345(א)(1) בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין (להלן: עבירת ניסיון לאינסוס); וניסיון למעשה סדום, לפי סעיף 347(ב) בנסיבות סעיף 345(א)(1) ובצירוף סעיף 25 לחוק העונשין (להלן: עבירת ניסיון למעשה סדום). על פי עובדות כתב האישום המתוקן, ביום 11.11.2013 שהתה המתלוננת ביחד עם חבריה לעבודה בבית מלון בים המלח. סמוך לשעה 22:30, הלכה המתלוננת לחוף ים הסמוך למלון ונשכבה על גבה על ערימת מיטות שיזוף שהייתה מונחת על החוף. כעבור מספר דקות, המערער הגיע למקום ודרש לשלום המתלוננת. בין השניים החלו חילופי דברים, שבהם היא שבה והבהירה לו כי איננה מעוניינת לשוחח עמו וביקשה שיעזוב אותה, אך הוא המשיך להפנות הערות לכיוונה.

לפתע, בעוד המתלוננת שוכבת על גבה, המערער התנפל עליה, הניח בחוזקה את ידו הימנית על פיה ואפה, ובמקביל אחז במכנסיה באמצעות ידו השמאלית, משך אותם בכוח והורידם עד לברכיה. על פי המתואר, בעוד שהוא חוסם את דרכי נשימתה, המערער ניסה להכניס בכוח את ידו מתחת לתחתוני המתלוננת וכן להכניס את אצבעותיו לתוך איבר מינה, ללא הסכמתה החופשית. עוד מתואר כי בכל הזמן הזה, המתלוננת התנגדה למעשי המערער על ידי כך שהכתה אותו בראשו באמצעות מכשיר הטלפון הנייד שהחזיקה בידה, וכן על ידי כך שסגרה רגליה בחוזקה. חרף התנגדות המתלוננת, המערער הרים את רגליה, שלח ידו לכיוון ישבנה, תפס את תחתוניה מאחור ומשך אותם כלפי מטה. המערער המשיך והכניס את ידו מתחת לתחתוני המתלוננת וניסה להחדיר את אצבעותיו לפי הטבעת שלה, ללא הסכמתה החופשית. המתלוננת המשיכה להיאבק בו, תפסה באוזנו, והחלה להכות אותו באמצעות אגרופים בפניו ובראשו, עד אשר חדל ממעשיו.

גזר הדין של בית המשפט המחוזי

3. ביום 11.1.2015 גזר בית המשפט המחוזי את דינו של המערער. בגזר דינו, בית המשפט עמד על הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירות, על הנסיבות הקשורות בביצוע העבירות ועל מדיניות הענישה הנהוגה. באשר לערך החברתי שנפגע, נקבע כי מעשיו של המערער פגעו בערכים המוגנים של כבוד האדם וזכות הפרט על גופו. באשר לנסיבות הקשורות לביצוע העבירה, בית המשפט המחוזי התחשב בכך שהעבירות בוצעו בכוח, תוך התעלמות מבקשותיה של המתלוננת לחדילת המעשים; בכך שמדובר בניסיון ולא במעשה מוגמר; בכך שהניסיון כלל ניסיון להחדרת אצבעות במאובחן מאיברים אחרים - אך זאת הן לאיבר מינה של המתלוננת והן לישבנה; ובכך שהמערער לא חדל ממעשיו מרצונו אלא רק משום שהמתלוננת הצליחה לסכל את ביצוע העבירה המושלמת בכך שנאבקה בו. באשר למדיניות הענישה הנהוגה, בית המשפט המחוזי לא מצא באף אחד מפסקי הדין שהובאו בפניו מקרה הדומה לזה שלפניו. בהתחשב במכלול השיקולים, בית המשפט המחוזי העמיד את מתחם העונש ההולם בגין שתי העבירות על 4 עד 7 שנות



מאסר בפועל, לצד עונשים נלווים.

4.

על מנת לקבוע את העונש המתאים למערער, בית המשפט המחוזי בחן את נסיבותיו האישיות של המערער שאין קשורות לביצוע העבירה. מחד, בית המשפט המחוזי ייחס משקל לקולה להיות המערער נעדר עבר פלילי ובעל אישיות דלה, וכן בית המשפט נתן משקל של ממש לגילו הצעיר בעת ביצוע העבירה – 18 ו-3 שבועות בלבד. מאידך, בית המשפט המחוזי שקל לחומרה את העובדה שהמערער לא הפנים את חומרת מעשיו אלא השליך את עיקר האחריות על האלכוהול, את חוסר עניינו בהליך טיפולי, ואת מסוכנותו המינית הבינונית-גבוהה. לנוכח כל האמור, בית המשפט המחוזי מצא כי מעשיו החמורים של המערער מחייבים ענישה הולמת בדמות מאסר ממושך לריצוי בפועל, שתהיה משמעותית ומרתיעה. עם זאת, לאור היות המערער "בגיר צעיר", בית המשפט לא מצא לנכון למצות עמו את הדין, וגזר את עונשו כאמור בפסקה 1 לעיל. מכאן הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים

5.

המערער טוען בערעורו כי בית המשפט המחוזי החמיר עמו יתר על המידה ומבקש מבית משפט זה להקל בעונשו. המערער סבור כי בית המשפט המחוזי שגה בקביעת מתחם העונש ההולם, ולדידו, על המתחם להיות נמוך במידה ניכרת מזה שנקבע. עוד גורס המערער כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שלא מיקם את עונשו בתחתית המוחלטת של המתחם שקבע. זאת, בשל שורה של נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, ביניהן הפגיעה של העונש בו ובמשפחתו; שיתוף הפעולה שלו עם רשויות אכיפת החוק; נסיבות חייו הקשות; העדר עבר פלילי; ובפרט היותו "בגיר צעיר" בעת ביצוע העבירות. לבסוף, המערער מלין נגד סכום הפיצוי שנגזר עליו לשלם, וטוען כי הוא מופרז בנסיבות העניין.

6.

המשיבה, מנגד, טוענת כי יש לדחות את הערעור. לשיטתה, בית המשפט המחוזי התחשב בכלל השיקולים הרלבנטיים וגזר את עונשו של המערער בהתאם. המשיבה סבורה כי גם אם החל תהליך שיקום, אין סיבה המצדיקה התערבות בעונש שהושת. לעמדתה, העונש שנגזר על המערער לא חורג ממדיניות הענישה הנוהגת ואין מקום להתערב בו. עוד מציינת המשיבה, כי המערער טרם שילם את סכום הפיצוי או חלק ממנו, ועל כן אין הצדקה להפחתתו.

תסקיר שירות מבחן משלים

7.

ביום 10.12.2015 הוגש תסקיר שירות מבחן משלים בעניינו של המערער. מן התסקיר עולה כי המערער היה מעורב באירוע שלילי בכלא "דקל" ובשל כך הודח מהמחלקה הטיפולית והועבר לכלא "אלה". שם, נקלט תחילה באגף בידוד – אגף המוגדר כאגף ענישה ומגיעים אליו אסירים שהיו להם בעיות משמעת – אליו חזר תוך זמן קצר, ומשכך לא שולב בתעסוקה ובחינוך. בהמשך, המערער הועבר לכלא "רימונים", שם הוא משולב כיום בכיתת חינוך באגף מתקדמים, ללא בעיות משמעת. שירות המבחן ציין כי בהתייחסותו לעבירה מול גורמי הטיפול בכלא, המערער כעת מודה במיוחס לו אך מתקשה לקבל את העובדה שביצע את העבירות, ומציין כי היה תחת השפעת סמים ואלכוהול כאשר ביצע אותן. עוד צוין, כי כיום המערער אינו מתנגד להשתלב בטיפול בתחום עבירותיו, אך עובר לכך הוא מעוניין להשתלב בטיפול בתחום התמכרותו.



דיון והכרעה

8. לאחר עיון בגזר דינו של בית המשפט המחוזי ובנימוקי הערעור, ולאחר שמיעת הצדדים לפנינו, הגענו למסקנה כי דין הערעור להידחות.

9. הלכה ידועה היא שערכאת הערעור אינה מתערבת בחומרת העונש שנקבעה על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים בהם העונש שנגזר חורג במידה רבה מרמת הענישה הנוהגת או הראויה במקרים דומים (ראו: ע"פ 2715/15 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 (20.9.2015); ע"פ 5767/14 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 90 (16.6.2015); ע"פ 5500/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 10 (6.11.2014)). לטעמנו, המקרה הנוכחי אינו נמנה על אותם המקרים המצדיקים התערבות, כפי שיובהר להלן.

10. אנו סבורים כי גזר דינו של בית המשפט המחוזי מבוסס ומנומק היטב, וניכר כי נלקחו בחשבון כל השיקולים הרלבנטיים. בפסיקת בית משפט זה הודגש כי מדיניות הענישה בעבירות מין צריכה להיות מחמירה, ולבטא את הנזקים המשמעותיים הנגרמים לנפגעי עבירות אלה (ע"פ 8031/13 שדרין נ' מדינת ישראל, בפסקה 38 (22.7.2015); ע"פ 5949/13 שרחה נ' מדינת ישראל, בפסקה 37 (17.3.2014)), וכן את האינטרס הציבורי בהרתעתם של עברייני מין פוטנציאליים ממימוש מזימותיהם (ע"פ 7660/14 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 9 (17.9.2015); ע"פ 2848/14 סיגר נ' מדינת ישראל, בפסקה 40 (12.11.2014)). בענייננו, כאמור, מתחם העונש ההולם נקבע בגין שתי עבירות מין – ניסיון לאינוס וניסיון למעשה סדום. שתי עבירות אלה הן חמורות, וזאת אף כשלא מדובר בעבירות המושלמות אלא בניסיון לבצען בלבד. לאחרונה, בית משפט זה פסק כי ככלל, הרף התחתון של מתחם העונש בעבירת ניסיון לאינוס יהיה זהה לרף התחתון בעבירת האינוס, דהיינו – עונש המינימום הקבוע בחוק לעבירת האינוס בסעיף 355 לחוק העונשין (4 שנות מאסר). הטעמים לכך נעוצים הן באשמתו המוסרית הדומה של הנאשם, והן בפגיעה הנפשית הקשה העלולה להיגרם לנפגע (ראו והשוו: ע"פ 4876/15 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקאות 29-35 (3.12.2015) (להלן: עניין פלוני)). במקרה שלפנינו, הרף התחתון של מתחם העונש ההולם – בגין שתי העבירות – הועמד על הרף המינימאלי לעבירת ניסיון לאינוס שנקבע בעניין פלוני, ומשכך אין בידינו לקבל את טענת המערער כי על המתחם להיות נמוך במידה ניכרת מזה שקבע בית המשפט המחוזי.

11. כמו כן, אנו סבורים כי העונש שהוטל על המערער בתוך המתחם הוא עונש ראוי, המאזן היטב בין השיקולים לקולה ולחומרה בעניינו. טענתו המרכזית של המערער לעניין זה היא כי היה על בית המשפט למקם את עונשו בתחתית המוחלטת של המתחם בשל היותו "בגיר צעיר", ואולם דין טענה זו להידחות. אמנם המערער אכן "בגיר צעיר" שכן היה בן 18 ו-3 שבועות בלבד בעת ביצוע העבירה, אך אין בעובדה זו כשלעצמה כדי להצדיק הקלה בעונשו. דוקטרינת הבגירים הצעירים אינה קטגוריה נפרדת הפורצת את גבולות החוק, אלא כלי פרשני המסייע ביישום ההוראות בחוק העונשין, המבנות את שיקול הדעת השיפוטי, על נסיבותיו של כל מקרה. הפעלת הדוקטרינה נעשית בכל מקרה לגופו, בהתאם לנסיבות ביצוע העבירה ולנסיבותיו של הנאשם שאינן קשורות בביצוע העבירה, ולא מתוך חזקה כללית כי בגיר צעיר ראוי להקלה אוטומטית בעונשו. זאת, כפי שהובהר לאחרונה בע"פ 2420/15 אבטליון נ' מדינת ישראל (29.11.2015):

"דהיינו, הקלה בעונשו של בגיר צעיר לא תיעשה, אלא אם בית המשפט השתכנע על יסוד החומר המונח בפניו, כי מתקיימות בבגיר הצעיר אותן נסיבות מיוחדות העשויות להצדיק מתן הקלה מסוימת בעונשו – וזאת, במסגרת הכללים הקבועים בדיון. ויודגש, "בגיר



צעיר" אינו מעין "מונח קסם", המצדיק כשלעצמו הקלה בעונשו של נאשם המשתייך לקבוצת הגילאים המסוימת – אלא מדובר בקבוצת משתנים, אשר יש לבחון את המידה שבה הם מתקיימים בכל נאשם בגיר צעיר לגופו.

11. [...] לכל אחד מאותם מאפיינים קיימת אכסניה מתאימה בהוראות חוק העונשין, המאפשרת להעניק לו את משקלו הראוי בעת גזירת העונש – ככל שאותו מאפיין מתקיים בבגיר הצעיר העומד בפני בית המשפט ובהתאם למידה שבה הוא מתקיים בו, והכל לפי מיטב התרשמותו של בית המשפט בכל מקרה לגופו" (שם, פסקאות 20-21; ההדגשה במקור – ס.ג.).

12. במקרה שלפנינו, בית המשפט המחוזי מצא כי המערער הוא "בגיר צעיר" והתחשב בכך באופן ברור וחד-משמעי בגזירת עונשו. כאמור, בית המשפט המחוזי ציין במפורש כי הוא נותן "משקל של ממש" לגילו הצעיר של המערער בעת ביצוע העבירה והבהיר כי בשל כך אינו ממצה עמו את הדין (פסקה 9 לגזר הדין). זאת, בהתאם לסעיף 40א(1) לחוק העונשין המאפשר לבית המשפט להתחשב בגזירת העונש המתאים לנאשם ב"פגיעה של העונש בנאשם, לרבות בשל גילו". עוד התחשב בית המשפט בהיות המערער בעל אישיות דלה ונעדר עבר פלילי, ואולם לא גזר את דינו על התחתית המוחלטת של מתחם העונש שנקבע בשל נסיבות אחרות לחומרה שאינן קשורות לביצוע העבירה, וביניהן אי-הפנמת חומרת המעשים על ידו והשלכת עיקר האחריות על האלכוהול. בנסיבות המקרה ובנסיבות העושה, כמתואר לעיל, מצאנו כי בית המשפט המחוזי הלך כברת דרך לכיוונו של המערער ולא מצאנו הצדקה להקלה נוספת בעונשו.

13. כן אין בידינו לקבל את טענות המערער נגד סכום הפיצוי שנפסק כי עליו לשלם למתלוננת. כידוע, ערכאת הערעור תתערב בגובה פיצוי שהושת על נאשם במקרים קיצוניים בלבד, כאשר גובה הפיצוי חורג בצורה משמעותית ממדיניות הפיצוי שנקבעה בפסיקה, או מטעם נסיבות כלכליות חריגות (ע"פ 1072/15 שיינס נ' מדינת ישראל, בפסקה 44 (10.11.2015); ע"פ 4466/12 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 19 (8.1.2014)). במקרה שלפנינו, מדובר בסכום פיצוי סמלי בלבד אשר אינו גבוה באופן משמעותי ממדיניות הפיצוי הנוהגת, ואף נמוך למדי בהתחשב בנזקים החמורים שנגרמו למתלוננת ואשר פורטו בתסקיר נפגע העבירה (כעולה מפסקה 4 לגזר הדין). סכום זה נועד לסייע למתלוננת בהתמודדות עם אשר אירע לה, וגם בו אין מקום להתערב. אשר על כן, דין הערעור להידחות.

14. לסיום, אנו תקווה כי המערער ינצל את תקופת מאסרו לטובת המשך שיקומו. לאור גילו הצעיר, והעובדה כי כל חייו עוד לפניו, יש לקוות כי ינצל את המסגרות הטיפוליות המוצעות לו בבית הסוהר, ויחזור אל המוטב.

15. סוף דבר, הערעור נדחה.

ניתן היום, ד' בטבת התשע"ו (16.12.2015).



ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט