



ע"פ 2085/16 - שמואל אזולאי נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2085/16

לפני: כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערער: שמואל אזולאי

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על גזר הדין של בית המשפט המחוזי בבאר שבע
בת"פ 37131-07-15 מיום 25.1.2016 שניתן על-ידי
השופט י' עדן

תאריך הישיבה: י"ב באלול התשע"ו (15.09.2016)

בשם המערער: עו"ד אורי דייגי

בשם המשיבה: עו"ד סיגל בלום

בשם שירות המבחן למבוגרים: גב' ברכה וייס

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. ערעור על גזר הדין של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בת"פ 37131-07-15 מיום 25.1.2016 (השופט י' עדן) במסגרתו נגזרו על המערער 42 חודשי מאסר בפועל (39 חודשי מאסר בפועל בתוספת 3 חודשי מאסר על-תנאי שהופעל במצטבר), ומאסר על-תנאי. כמו כן חוייב המערער בתשלום פיצוי למתלוננת בסך של 5,000 ₪.

עיקרי כתב האישום

2. המערער הורשע על-פי הודאתו בביצוע עבירה של מעשה מגונה בקטינה שטרם מלאו לה שש עשרה שנים, וביצוע עבירה של הפרת צו פיקוח לפי סעיף 22(א) לחוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006. על-פי המתואר בכתב האישום המתוקן, במהלך חודש יוני 2015, בעת שישב על ספסל ברחוב, קרא המערער למתלוננת, קטינה כבת 4 וחצי ששיחקה בקרבת מקום, לגשת אליו. המתלוננת ניגשה אל המערער, וזה "ביצע בה מעשה מגונה בכך שחיבק אותה בשתי ידיו ונגע בישבנה מעל למכנסיה" (פסקה 1 לגזר הדין). שכנה אשר הבחינה במתרחש החלה לצעוק על המערער והוא חדל ממעשיו. ביום 11.7.2015, בשעה ששיחקה המתלוננת סמוך לביתה, קרא לה המערער, "החזיק אותה בידה ולקח אותה אל מאחורי הבניין לבין השיחים" (שם). מעשים אלו ביצע המערער תוך שהוא מפר צו פיקוח שהוצא נגדו ביום 1.8.2012.

עיקרי גזר הדין של בית המשפט המחוזי

3. לאחר שסקר בקצרה את טענות הצדדים לעונש, פנה בית המשפט המחוזי לקבוע את מתחם העונש ההולם. בפתח דבריו ציין בית המשפט המחוזי כי בעבירת המעשה המגונה שבה הורשע המערער נקבע עונש מינימלי של 30 חודשי מאסר (רבע מן העונש המרבי), אשר מהווה את הרף התחתון במתחם העונש ההולם, זולת אם נתקיימו טעמים מיוחדים המצדיקים לחרוג ממנו לקולא, טעמים אשר אינם מתקיימים בענייננו. בית המשפט המחוזי עמד על החומרה הגלומה במעשיו של המערער, בהן את מדיניות הענישה הנהוגה, ועמד על נסיבות ביצוע העבירה, בפרט העובדה שבוצעה בהיות המערער נתון תחת צו פיקוח. בסיכומם של דברים נקבע כי מתחם העונש ההולם לשתי העבירות גם יחד – המעשה המגונה והפרת צו הפיקוח – נע בין 33 ל-54 חודשי מאסר בפועל.

4. בבואו לגזור את עונשו של המערער בתוך המתחם נדרש בית המשפט המחוזי לתסקיר שירות המבחן שהוגש בעניינו של המערער ולעברו הפלילי. על-פי התסקיר, המערער נעדר מוטיבציה פנימית לעריכת שינוי בחייו, וישנו סיכון גבוה להישנות העבירות. לפיכך, הומלץ על "ענישה מוחשית אשר תהווה גבול חיצוני משמעותי מפני ביצוע עבירות דומות בעתיד" (פסקה 10 לגזר הדין). כמו כן, בית המשפט המחוזי קבע כי יש ליתן 'משקל רב' לעברו הפלילי של המערער, שכבר ריצה בעבר מאסר ממושך בגין ביצוע עבירות מין, כמו גם לעובדה שזוהי הפעם השלישית שבה הוא מפר את צו הפיקוח שהוטל עליו. נוכח האמור גזר בית המשפט המחוזי על המערער 39 חודשי מאסר בפועל. בנוסף, הפעיל בית המשפט המחוזי מאסר מותנה של 3 חודשים שהוטל על המערער בשנת 2015. נוכח העובדה שכבר הופעל בעבר מאסר מותנה שהוטל על המערער, בחופף, ומשלא היה בכך כדי להרתיעו, החליט בית המשפט המחוזי להפעיל את המאסר המותנה במצטבר. בסך הכל נגזרו על המערער 42 חודשי מאסר בפועל. כמו כן, בית המשפט המחוזי קבע מאסר על-תנאי לתקופה של שנה, והתנאי הוא שהמערער לא יעבור על אחת העבירות בגין הורשע במשך שלוש שנים מיום שחרורו. בנוסף חוייב המערער בתשלום פיצוי למתלוננת בסך של 5,000 ₪.

מכאן הערעור שלפנינו.

עיקרי טענות הצדדים בערעור

5. המערער מצביע על מספר שגיאות שנפלו לדעתו בגזר הדין: ראשית, מתחם העונש שנקבע גבוה, ואינו הולם את המעשה שביצע. לטענתו, המעשה המגונה בו הורשע – נגיעה קצרה בישבנה של המתלוננת מעל לבגדיה – נמצא ברף הנמוך של העבירה, ובכך יש משום טעם מיוחד המצדיק סטייה לקולא מהעונש המינימלי הקבוע בחוק. כמו כן, המערער מצביע על כך שבהתאם להוראת סעיף 355(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק), רשאי בית המשפט לקבוע כי חלק מהעונש המינימלי ירוצה בדרך של מאסר על-תנאי, וזאת ללא צורך בקיומם של טעמים מיוחדים. לדבריו, באופן זה יכול וצריך היה בית המשפט המחוזי להעמיד את הרף התחתון של המתחם על עונש נמוך באופן משמעותי מזה שנקבע; שנית, לטענת המערער שגה בית המשפט המחוזי כשבחן את מדיניות הענישה הנהוגה בהסתמך על פסקי דין שנסיונותיהם חמורות יותר מאלו שבעניינו, ובכך שגזר עליו עונש חמור יותר מזה שנגזר בפסקי דין אלו; שלישית, שגה בית המשפט המחוזי כשקבע כי הפרת צו הפיקוח מהווה נסיבה מחמירה לביצוע המעשה המגונה, ולהיפך – כי ביצוע המעשה המגונה משליך על חומרתה של הפרת צו הפיקוח. לטענת המערער, ניתוח זה שגוי שכן תוצאתו היא שהוא נענש פעמיים בגין כל אחד מן המעשים. לפיכך, בקביעת מתחם העונש ההולם, יש להבחין בין מתחמי העונש המקובלים בכל אחת מן העבירות; רביעית, שגה בית המשפט המחוזי בכך שהפעיל את שלושת חודשי המאסר המותנה במצטבר. לטענת המערער, העובדה כי הודה במעשיו וחסך זמן שיפוטי יקר מצדיקה בנסיבות העניין חפיפה של המאסר המותנה, ולו באופן חלקי; חמישית, שגה בית המשפט המחוזי בכך שקבע מאסר על-תנאי לתקופה של שנה גם ביחס לעבירה של הפרת צו פיקוח. השתת שנת מאסר על-תנאי בגין הפרתה של עבירה זו אינה מידתית וחורגת מן המקובל. נוכח האמור טוען המערער כי עונשו חריג בחומרתו, ומבקש כי נפחית ממנו באופן משמעותי.

6. ב"כ המשיבה מצדה סומכת ידיה על נימוקיו של בית המשפט המחוזי וסבורה כי בנסיבות העניין העונש שהושת על המערער הולם. במיוחד הדגישה ב"כ המשיבה את הוראת סעיף 40 לחוק, הקובעת כי בית המשפט רשאי להחמיר בעונשו של נאשם אף מעבר למתחם העונש שנקבע, מקום בו "יש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות, וכי החמרה בעונשו והרחקתו מהציבור נדרשות כדי להגן על שלום הציבור". לטענתה, סעיף זה הולם את הנדון דידן (אף שבית המשפט המחוזי לא הסתמך עליו בגזר הדין), שכן הערכת המסוכנות בעניינו של המערער מצביעה על מסוכנות גבוהה להישנות המעשים, דבר המחייב את הרחקתו של המערער מהציבור לתקופה ממושכת.

דיון והכרעה

7. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים מזה ומזה, ובמיוחד לאחר שעיינתי בהערכת המסוכנות ובתסקיר שירות המבחן שהוגשו בעניינו של המערער, באתי לכלל מסקנה כי דין הערעור לעניין עונש המאסר בפועל – להידחות. יחד עם זאת, לעניין עונש המאסר על-תנאי סבורי כי יש לקבל את הערעור, במובן זה שעונש המאסר על-תנאי בגין ביצוע עבירה של הפרת צו פיקוח בתקופת התנאי יקוצר משנת מאסר ל-5 חודשי מאסר.

8. כידוע, ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בגזר הדין שקבעה הערכאה הדיונית, אלא במצבים חריגים (ע"פ 3856/13 גוני נ' 8).



מדינת ישראל (3.2.2014) פסקה 9). עניינו של המערער אינו בא בגדרם של אותם מצבים חריגים המצדיקים כי נתערב ונפחית מעונשו. אדרבה, המסוכנות הגבוהה הנשקפת מן המערער והחשיבות הרבה שבהגנה על שלום הציבור מפניו מחייבות להותיר את עונשו החמור על כנו, כפי שיפורט להלן.

9. לעניין הרף התחתון של מתחם העונש ההולם, לא מצאתי כי שגה בית המשפט המחוזי בכך שהעמיד את הרף על 33 חודשי מאסר. המחוקק קבע כי העונש המינימלי עבור מעשה מגונה כעין זה שביצע המערער יעמוד על 30 חודשי מאסר (רבע מן העונש המרבי), זולת אם נתקיימו טעמים מיוחדים המצדיקים לחרוג מעונש זה. בכך ביטא המחוקק את החומרה הרבה שיש לייחס למעשים אלו. המערער טוען כי נתקיים בעניינו 'טעם מיוחד' המצדיק לחרוג מן העונש המינימלי, שכן מעשהו נמצא ברף הנמוך של עבירת המעשה המגונה. לטעמי, עובדה זו כשלעצמה אינה יכולה להחשב ל'טעם מיוחד' המצדיק חריגה לקולא, לבטח לא בנסיבות דנן. למערער 'היסטוריה' של עבירות מין שבגינן ריצה מאסר ממושך, וזו לו הפעם השלישית להפר את צו הפיקוח שהוטל עליו. זאת ועוד, המעשה המגונה שביצע המערער במתלוננת נשאר אמנם ברף הנמוך, אך זאת בין היתר הודות לכך ששכנתה של המתלוננת ראתה את הנעשה, צעקה וגרמה לו לחדול ממעשיו. אלמלא כן, אין לדעת עד היכן היו הדברים מגיעים. המערער מציין גם כי לפי הוראת סעיף 355(ב) לחוק רשאי היה בית המשפט לקבוע עונש מינימלי הנמוך מ-30 חודשי מאסר בפועל ואת היתרה לקבוע על דרך של מאסר על-תנאי. אכן, בית המשפט המחוזי רשאי היה לעשות כן, אך לא ראה לנכון לעשות כן, ואיני רואה עילה להתערב בהחלטתו. בנסיבות העניין, העמדת הרף התחתון על 33 חודשי מאסר בגין ביצוען של שתי העבירות - הן עבירת המעשה המגונה, הן עבירת ההפרה של צו הפיקוח - הולמת.

10. אשר לטענותיו של המערער ביחס לבחינת מדיניות הענישה הנהוגה, לא מצאתי שיש בהן כדי להצדיק את התערבותנו. עיינתי בפסקי הדין אליהם הפנה המערער בטענותיו, ועליהם נסמך בית המשפט המחוזי בגזר הדין. אכן, המעשים הנדונים שם חמורים בהשוואה לזה שביצע המערער, בעוד העונשים שנגזרו קלים יותר. אף על-פי כן, יש הצדקה להבחין בין הנדון שם לנדון דידן. באותם עניינים לא היתה לנאשמים 'היסטוריה' של עבירות מין קודמות, ומסוכנותם היתה נמוכה יותר. לכך הצטרפו נסיבות אישיות נוספות שתמכו בענישה מקלה. לא כן בענייננו, שעברו הפלילי של המערער - מכביד, ומסוכנותו - גבוהה.

11. שקלתי את טענת המערער לפיה יש קושי בקביעה כי הפרת צו הפיקוח מהווה נסיבה מחמירה לביצוע המעשה המגונה, ולהיפך - כי ביצוע המעשה המגונה מהווה נסיבה מחמירה להפרת צו הפיקוח. ספק בעיני אם אמנם יש בכך משום ענישה כפולה של המערער. בית המשפט המחוזי קבע מתחם עונש הולם אחד לשתי העבירות גם יחד, אך טבעי הוא כי יתן דעתו על הזיקה ההדדית ביניהן (בפרט כאשר אין זו הפעם הראשונה בה מפר המערער את צו הפיקוח). כך או אחרת, 'בשורה התחתונה', העונש שנגזר על המערער מתאים וראוי בנסיבות העניין. כפי שציננה ב"כ המשיבה, בעניינו של המערער ישנו אינטרס ציבורי מובהק בענישה חמורה ומוחשית. כאמור, על-פי הוראת סעיף 40 לחוק, מקום בו "יש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות, וכי החמרה בעונשו והרחקתו מהציבור נדרשות כדי להגן על שלום הציבור, רשאי [בית המשפט] לחרוג ממתחם העונש ההולם... בית המשפט לא יקבע כאמור אלא אם כן מצא שלנאשם עבר פלילי משמעותי או אם הוצגה לו חוות דעת מקצועית". אמנם, עניינו של הסעיף בחריגה ממתחם העונש ההולם, אולם כוחו יפה גם לעניינו מקל וחומר. אם יש בכוחו של עקרון ההגנה על הציבור כדי לגבור על עקרון ההלימה, ודאי שיש בכוחו כדי להשפיע על קביעת עונשו של הנאשם בגבולות העונש ההולם (יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך ג 1510 (מהדורה שלישית, 2014)). למערער עבר פלילי משמעותי, הכולל ביצוע עבירות מין חמורות בגין ריצה מאסר ממושך, כמו גם שתי הפרות קודמות של צו הפיקוח. חוות הדעת המקצועיות שהוגשו בעניינו של המערער מטעם שירות המבחן והמרכז להערכת



מסוכנות מלמדות אף הן על ההכרח להחמיר עמו. המערער אינו מביע חרטה על מעשיו ואינו מתבייש בהם; ניסיונות לשלבו באפיקים טיפוליים לא צלחו בשל חוסר נכונות מצדו לעשות כן; הוא אינו משולב בפעילויות חינוך ותעסוקה; ובעיקר – רמת מסוכנותו המינית גבוהה. על רקע האמור, וחרף העובדה שהמעשה המגונה בו הורשע המערער נמצא ברף הנמוך של עבירות המין, עונשו של המערער – 39 חודשי מאסר – ראוי, והחלטת בית המשפט המחוזי להפעיל את המאסר המותנה במצטבר לעונש זה – צודקת.

12. לצד זאת, כפי שציינתי בפתיח דבכי, יש מקום לקבל את טענתו של המערער לעניין עונש המאסר על-תנאי שיושת עליו אם ישוב ויפר את צו הפיקוח המוטל עליו בתקופת התנאי. הטלת מאסר על-תנאי לתקופה של שנה בגין הפרה של צו פיקוח אכן גבוהה מן המקובל, ובדיון שנערך לפנינו הודיעה ב"כ המשיבה כי לא תתנגד לקיצור התקופה. לפיכך, סבורני כי יש להפחית את עונש המאסר על-תנאי בגין ביצוע עבירה של הפרת צו פיקוח בתקופת התנאי, ולהעמידו על 5 חודשי מאסר.

13. אשר על כן, הערעור לעניין עונש המאסר בפועל – נדחה; לעומת זאת, לעניין עונש המאסר על-תנאי אציע לחברותי לקבל את הערעור, במובן זה שעונש המאסר על-תנאי בגין ביצוע עבירה של הפרת צו פיקוח בתקופת התנאי יופחת ויעמוד על 5 חודשי מאסר.

14. בשולי הדברים, ומתוך תקווה שיש בכך טעם, אמליץ למערער לשוב בו מדרכי הרעה, ולהשתלב באופן כן ואמיתי בתכנית טיפולית מתאימה שתסייע לו להתמודד עם הדחפים והקשיים המלווים את שגרת יומו. כמה עוד קטינים וקטינות יפלו קרבן למעשיו? עד מתי ימשיך לצאת ולבוא בשערי בית האסורים? אכן, המערער כבר אינו אדם צעיר, ואולם מקובלנו כי 'כל עוד הנר דולק אפשר לתקן'.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופטת ד' ברק-ארז:

אני מסכימה.

עמוד 5



ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נעם סולברג.

ניתן היום, כ"ד באלול התשע"ו (27.9.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת
