



## ע"פ 5107/18 - א ק נגד מדינת ישראל

### בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים ע"פ 5107/18

לפני:

כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופט א' שטיין

המערער:

א ק

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה  
מיום 7.6.2018 בת"פ 8628-03-17 שניתן על-ידי  
כבוד השופט א' טובי

תאריך הישיבה:

ה' בטבת התשע"ט (13.12.2018)

בשם המערער:

עו"ד ליאוניד פרחובניק

בשם המשיבה:

עו"ד שרית חתוקה

בשם שירות המבחן למבוגרים:

גב' ברכה וייס

מתורגמן לשפה הרוסית:

מר אלכסנדר צ'ריבאק

**פסק-דין**השופטת ד' ברק-ארז:



1. מהו העונש שהיה ראוי להשית על עובד במוסד לקשישים, אשר במהלך הטיפול בהם ביצע כלפיהם מעשי תקיפה ואיומים? ובהקשר זה, מהו המשקל שיש לתת, אם בכלל, לכך שלא ננקטו הליכים פליליים נגד מנהלי המוסד שבו עבד? אלה השאלות שהתבקשו להשיב עליהן. נקדים ונאמר, כי בחינתן חשפה מציאות קשה והציפה שאלות מכבידות, שאף חורגות מתחומי של הערעור הנוכחי, באשר לאמצעים שננקטים על מנת לוודא שמקרים מסוג זה לא יישנו.

כתב האישום ועיקרי התשתית העובדתית

2. נפתח בהצגת העובדות כפי שפורטו בכתב האישום שהוגש נגד המערער, יליד 1968, ושלושה נאשמים נוספים (להלן ביחד: הנאשמים), לבית המשפט המחוזי בחיפה (ת"פ 8628-03-17, השופט א' טובי). כל הנאשמים היו בזמנים הרלוונטיים עובדים באותו מוסד לקשישים בחיפה, "כיפת הזהב" (להלן: המוסד). המערער ושני נאשמים נוספים (להלן: חוסאם ו-פיטר) שהועסקו כמטפלים באחת המחלקות הסיעודיות, נעדרו הכשרה מקצועית כאחים. עבודתם כללה בין היתר השכמה של הקשישים, העברתם לכסאות ולמיטות, רחצה והחלפת טיטולים. הנאשמת הנוספת (להלן: אינסה) הייתה האחות האחראית במחלקה הסיעודית שבה עבד המערער. במחלקה שהו בתקופה הרלוונטית כ-36 מטופלים בעלי מגבלות קוגניטיביות ופיזיות, וכן קשיי תקשורת, כלומר מי שבמובהק היו חסרי ישע. כתב האישום ייחס לנאשמים עבירות שעניינן התעללות בחלק מהם, כמפורט להלן. בהמשך, במסגרת הסדר טיעון, שלא כלל הסכמה לעניין העונש, הוגש לבית המשפט המחוזי כתב אישום מתוקן, שאליו יתייחס המשך הדברים.

3. כתב האישום ייחס לנאשמים את העבירות הבאות: למערער - שתי עבירות של התעללות בחסר ישע על-ידי אחראי לפי סעיף 368ג סיפא לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק), עבירה של תקיפה בנסיבות מחמירות לפי סעיפים 379 ו-382(ב)(2) לחוק ושתי עבירות איומים לפי סעיף 192 לחוק; לחוסאם - שתי עבירות של התעללות בחסר ישע על-ידי אחראי ועבירת תקיפה בנסיבות מחמירות; לפיטר - עבירה של התעללות בחסר ישע על-ידי אחראי וארבע עבירות תקיפה בנסיבות מחמירות; ולאינסה - הפרת חובה של אחראי לפי סעיף 337 לחוק, הזנחת מושגחים לפי סעיף 362(ג) לחוק, והפרת חובת דיווח לפי 368ד(ג) לחוק (ריבוי עבירות).

4. על-פי החלק הכללי של כתב האישום, בזמנים הרלוונטיים קבעו נהלי המוסד כי במשמרת לילה בארבעה ימי חול "רגילים" (ימים שני עד חמישי) יעבדו במחלקה מטפל אחד ואחות, כי בימי ראשון ושישי יעבדו במשמרת לילה מטפל לצד אחות שתהיה אחראית באותה זמן גם על מחלקה נוספת, וכי בימי שבת יעבדו במחלקה מטפל אחד בלבד.

5. משמרת הלילה הוגדרה כחלה בין השעות 22.00 ועד לשעה 6.30 ביום המחרת.

על-פי הנחייתה של אינסה, היה על מטפל שעבד במשמרת לילה "רגילה" לדאוג שעד לסיום המשמרת שלו יהיו עשרה מהמטופלים מוכנים לאכול את ארוחת הבוקר (המוגשת בשעה 8.00), ולצורך כך היה עליו להשכים ולהעיר אותם בשעה מוקדמת ביותר על מנת לרחוץ אותם ולהחליף להם טיטולים. לעומת זאת, בלילה שבין שישי לשבת נדרש המטפל להכין 18 מטופלים לארוחת הבוקר, ולבצע לשם כך את הפעולות שצוינו לעיל. על מנת לעמוד במטלה זו, נכתב בכתב האישום, נדרש המטפל להתחיל בהשכמת המטופלים בשעות המאוחרות של הלילה, ולהובילם לחדר האוכל של המחלקה, שם נאלצו המטופלים להמתין שעות ארוכות עד לארוחת הבוקר.



6. עוד צוין בחלק הכללי של כתב האישום כי במחלקה התפתח נוהג שלפיו על בסיס יום-יומי, במשך שעות ארוכות במהלך היום, היו עובדי המחלקה "משחילים" מקל בין כסאות הגלגלים של כחמישה מטופלים כדי להגביל את תנועתם ולמנוע מהם את היכולת להזיז את כיסא הגלגלים ולהתנועע במחלקה באופן חופשי, על מנת שיהיה קל יותר לפקח עליהם. בנוסף, בשל אילוצי כוח אדם לא בוצעה הנחיית הפיזיותרפיסט במחלקה שקבעה ביחס למטופלים מסוימים כי נדרש יותר ממטפל אחד על-מנת להעבירם ממקום למקום. לפי כתב האישום, כאשר המערער, פיטר וחוסאם ביצעו את ההעברות לבדם, הם עשו כן בגסות ובכוח מעבר לנדרש. באופן דומה גם את החלפת הטיטולים והלבשת המטופלים ביצעו המערער, פיטר וחוסאם בגסות רבה. כמו כן, פעמים רבות לא החליפו עובדי המחלקה למטופלים טיטולים זמן סביר לאחר שעשו את צרכיהם.

7. כתב האישום מונה ארבעה אישומים, שכל אחד מהם נסב על מעשיו של אחד מן הנאשמים, על-פי הסדר הבא: הראשון - לחוסאם; השני - למערער; השלישי - לפיטר; הרביעי - לאינסה. בהתאם לכך נידרש ביתר פירוט לאמור באישום השני, שהוא העומד גם במוקד הערעור שבפנינו.

8. על-פי הנטען, ביום 11.12.2016 נכנס המערער לחדרו של מ' ו', קשיש יליד 1930 (להלן: מ' ו'). מ' ו' ביקש מהמערער לקחת אותו לשירותים, וזה השיב לו: "אצלנו אין שירותים, רק רצפה יש", ואף חזר על כך. המערער סירב לתחנונו של מ' ו' והורה לו לעשות את צרכיו בטיטול. בנוסף, ביום 30.12.2016, כאשר המערער השכיב אותו לישון שאל מ' ו' אם הוא אינו רוצה להכירו כאדם. המערער השיב: "אני לא רוצה להכיר אותך [...] בשבילי אתה סתם בנאדם, בנאדם זבל", ובהמשך התקרב אל מ' ו' ונופף בידו לכיוון פניו באופן מאיים.

9. ביום 15.12.2016 נכנס המערער לחדרה של א', קשישה ילידת 1925 (להלן: א') והחל מחליף לה טיטול כשהוא מסובב אותה מצד לצד. כש-א' ניסתה להתנגד למעשיו באמצעות ידה, הצמיד המערער את ברכו בחוזקה לחזה של א' ונשען עליה באופן שמנע ממנה לזוז. המערער הוסיף להלביש את א' כשהיא מייבבת וצועקת, ובתגובה לכך היכה אותה המערער בראשה בחזקה. המערער הושיב את א' על המיטה, הסיר את כובעה מראשה, הפשיט אותה מהסוודר שלבשה, וכשהשמיעה צעקה - הנחית על ערפה מכה חזקה. בהמשך, הלביש המערער את א' בכוח, הרים אותה מהמיטה, העבירה לכיסא הגלגלים והכה עם ידיו מאחורי ראשה מבלי לגעת בה על-מנת להפחידה.

10. ביום 23.12.2016 נכנס המערער לחדרה של א' בעת שישנה, ניגש למיטתה, הסיר מעליה את השמיכה והחל פותח את הטיטול שלבשה על-מנת להחליפו בטיטול נקי. א' התעוררה בבהלה, והמערער הזיז אותה באגרסיביות תוך שהוא מרחיק בכוח את ידיה. המערער המשיך והלביש את א' שאחזה בידו ואז היכה אותה בראשה.

11. ביום 30.12.2016 ג', קשיש יליד 1936, ישב בחדר האוכל במחלקה וקרא ספר ליד אחת המטפלות. המערער ניגש אליו, משך כלפי מטה את הכובע שחבש ג' כך שכיסה את פניו ואחז בו למשך מספר שניות תוך ש-ג' צווח עליו ומנסה להרחיק את הכובע מפניו. בשלב זה איים המערער על ג' באמרו "אל תגיד משהו, כל מילה שלך - פיצוץ" וכן "אתה הולך מחר לעובדת סוציאלית מחרתיים אני בא בלילה ומזיין אותך".

12. בנוסף, במספר הזדמנויות איים המערער על מ', יליד 1948 המתגורר גם הוא במוסד, באמרו: "תסבול. השבת אני עובד אז

תסבול ממני".

13. מבלי להרחיב שלא לצורך יצוין כי לחוסאם ולפיטר יוחסו מעשים ספציפיים הנוגעים למטופלים אחרים - לפיטר יוחסה הכאת מטופלת, וכן טיפול במטופלת אחרת כך שהיא מונפת לאוויר באמצעות מנוף לצורכי רחצה ועשיית צרכים; לחוסאם יוחסו מקרים שבהם היכה מטופלות, ובהן א', נהג בהן באגרסיביות וטילטל את אחת מהן בעת שהחליף לה טיטול. לעומת זאת, לאינסה יוחסו בעיקר מעשים שעניינם קביעת הנהלים במחלקה, התעלמות מתלונות של מטופלים ובני משפחה ואי-דיווח.

פסק דינו של המשפט המחוזי

14. לאחר שהתקיימו מספר ישיבות הוכחות שבמהלכן נשמעו עדויותיהם של חלק מן המטופלים בבית האבות, הודיעו הצדדים כי הגיעו להסדר טיעון, ובהתאם לאמור בו הודו ארבעת הנאשמים בעובדות כתב האישום המתוקן והורשעו על סמך הודאתם. לאחר קבלת תסקירים מאת שירות המבחן ושמיעת טיעוני הצדדים לעונש, נתן בית המשפט המחוזי את גזר הדין.

15. בית המשפט המחוזי עמד על חומרת המעשים שבוצעו ושבגדרם מצוקה ותסכול הופנו כלפי קשישים חסרי ישע שהיו נעדרים יכולת להתלונן. בצד זאת ציין בית המשפט המחוזי את חלקה של הנהלת המוסד בהתנהלות הקלוקלת שנחשפה בכתב האישום, והדגיש כי שיטות העבודה שהנהיגה חייבו את המטופלים לבצע את עבודתם באופן הגובל באכזריות ובהתעללות בקשישים שהיו תחת טיפולם. בהקשר זה ציין בית המשפט המחוזי כי מעובדות כתב האישום, שלא הייתה לגביהן מחלוקת, מתבקשת המסקנה כי טובת המטופלים, רווחתם וכבודם האישי לא היו בראש מעייניהם של בעלי המוסד ומנהליו, וכי דומה כי היו מונעים משיקולים אחרים. עם זאת, בית המשפט המחוזי הבהיר כי הדברים נאמרים בזירות המתבקשת משום שבעלי המוסד ומנהליו לא היו צד להליך ודבריהם לא נשמעו.

16. לאחר מכן, קיבל בית המשפט המחוזי את עמדת הנאשמים שלפיה יש לראות במעשים שביצע כל אחד מהם "אירוע" עברייני אחד, בניגוד לטענת המדינה. הלכה למעשה, אף העונשים שנגזרו על הנאשמים היו נמוכים בהרבה מאלה שביקשה המדינה.

17. בהתייחס למערער, קבע בית המשפט המחוזי כי התנהגותו כלפי קשישים חסרי ישע הייתה ברוטלית ואלימה, ואף גבלה בהתעללות סדיסטית תוך ניצול עליונותו הפיזית אל מול חולשתם ותשישותם של המטופלים. בית המשפט המחוזי קבע כי כתוצאה ממעשיו של המערער נפגעו במידה משמעותית הערכים של שמירה על גופו ובריאותו של אדם, על כבודו האישי, על זכותו לאוטונומיה ולחיים נוחים ומכבדים חרף מגבלות רפואיות וקוגניטיביות. בנוסף נקבע כי המערער הפר את חובת הנאמנות שלו כלפי המטופלים, וכי במעשיו פגע בערך של חמלה ואמפתיה כלפי חסרי ישע. על כן, קבע בית המשפט המחוזי כי יש להשית על המערער עונש של מאסר בפועל ודחה את המלצת שירות המבחן להעמיד את המערער תחת צו מבחן לתקופה של שנה שבמהלכה ישולב בהליך טיפולי, מתוך חתימה לכך שיושת עליו עונש של מאסר שירוצה בדרך של עבודות שירות. בסיכומו של דבר, העמיד בית המשפט המחוזי את מתחם העונש ההולם בין 18 ל-36 חודשי מאסר בפועל, חלף המתחם שטענה לו המדינה, שנע בין 4.5 ל-6.5 שנות מאסר בפועל.

18. קודם שגזר את עונשו של המערער בתוך המתחם, עמד בית המשפט המחוזי על טענות שהעלו הנאשמים בדבר אכיפה בררנית, טענות שעליהן שב המערער גם בפניו, כפי שמפורט בהמשך הדברים. בית המשפט המחוזי קבע כי חרף העובדה שמנהלי

המוסד ומנהלי המחלקה לא הועמדו לדין, אין בסיס לקביעה כי המדינה נקטה באכיפה בררנית. זאת, הן מאחר שהנאשמים ביצעו את המעשים האמורים בעצמם וחבים באחריות ישירה ומוחלטת בגינם, דבר המבחין אותם ממנהלי המוסד והמחלקה שאינם מצויים עימם באותה "קבוצת שוויון", והן מן הטעם שלא הוצגה כל תשתית ראיתית לגבי מידת מעורבותם של מנהלי המוסד, בעליו או מנהלי המחלקה במעשים העברייניים שנעשו, לא כל שכן בדבר ידיעתם, בין בפועל ובין בעצמת עיניים. יחד עם זאת, ציין בית המשפט המחוזי כי נהלי העבודה במוסד, שלא נתנו ביטוי הולם לרווחתם וטובתם של המטופלים וכן העובדה שהמחלקה פעלה תחת מחסור חריף בכוח אדם, הובאו בחשבון בעת קביעת המתחמים ביחס לנאשמים.

19. בסיכומו של דבר, גזר בית המשפט המחוזי על המערער 18 חודשי מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו (מיום 19.2.2017 ועד ליום 17.3.2017), 12 חודשי מאסר על תנאי לבל יעבור תוך שלוש שנים ממועד שחרורו את אחת העבירות שבהן הורשע בתיק זה לבד מעבירת איומים, ויורשע בגינה, פיצוי למתלונן מ' ו' בסך 3,000 שקלים ופיצוי למתלוננת א' בסך 12,000 שקלים.

20. להשלמת התמונה יצוין כי על חוסאם הוטלו גם כן 18 חודשי מאסר בפועל, 12 חודשי מאסר על תנאי ופיצויים למתלוננות שפגע בהן, פיטר נדון ל-9 חודשי מאסר בפועל (שבערעור נטען כי כבר סיים לרצותם), 6 חודשי מאסר על תנאי ופיצויים למתלוננות שפגע בהן, ואילו על אינסה נגזר מאסר בן 6 חודשים לריצוי בדרך של עבודות שירות, 6 חודשי מאסר על תנאי ופיצויים ל-7 מטופלים.

הערעור

21. הערעור שבפנינו מכון כלפי העונש שהושת על המערער. הטענות שהועלו בו נסבות על עניינו של המערער עצמו ונסיבותיו, וכן מצויות במישור של הגנה מן הצדק, כל זאת כמפורט להלן.

22. המערער טוען כי בית המשפט המחוזי לא שקל באופן נאות את הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כבר בשלב של קביעת המתחם. נסיבות אלה כללו לטענתו את כוח האדם המינימלי שהקצתה הנהלת המוסד לשם טיפול בדיירים והעובדה כי זו לא נקטה כל אמצעי לתיקון ההתנהלות שנבעה כתוצאה מכך, את האילוצים שכפתה עליו הנהלת המוסד לפעול בניגוד לנהלים שהוגדרו על-ידה ובניגוד לנהלי משרד הבריאות, ואת רמת האלימות שבה נקט המערער המצויה לטענתו ברף הנמוך, בהשוואה לנאשמים אחרים בפרשה. בהמשך לכך, וזאת בגדרי מתחם הענישה, טוען המערער כי צריך היה לתת יתר משקל לעובדה שהוא נעדר כל עבר פלילי, לאורח החיים הנורמטיבי שניהל קודם לאירועים, לתסקיר המבחן בעניינו, למחיר ששילמו הוא ומשפחתו בעקבות הפרשה, שכתוצאה ממנה פוטר מעבודתו ושמו פורסם, וכן להשפעה ההרסנית שיכול מאסר מאחורי סורג ובריה לגרום למי שעברו הפלילי נקי. מכל מקום, המערער מוסיף וטוען כי עניינו נמנה עם אותם מקרים שבהם יש לסטות מן המתחם שנקבע לפי סעיף 40ד לחוק העונשין, וזאת במיוחד לנוכח המלצתו של שירות המבחן להסתפק במאסר הניתן לריצוי בדרך של עבודות שירות, שהתייחסה גם למוטיבציה שלו להיגמל מהתמכרות לאלכוהול.

23. טיעון נוסף ונפרד של המערער התמקד בסוגיה של אכיפה בררנית. לשיטת המערער, העובדה שמנהלי המוסד לא הועמדו לדין חרף האחריות הרובצת על כתפיהם, לצד העובדה שאינסה, האחיות האחראיות שהתעלמה מתלוננות שהובאו בפניה והייתה מודעת ואחראית לפרקטיקה שנהגה במוסד, נדונה רק לשישה חודשי עבודות שירות, מלמדת כי מדובר במקרה של אכיפה בררנית המצדיק הפחתה בעונש מטעמי הגנה מן הצדק.



24. עוד יצוין כי לקראת הדיון בערעור הוגש תסקיר מעדכן מאת שירות המבחן שבו הומלץ לדחות את הדיון בארבעה חודשים שבמהלכם תיבחן יכולתו של המערער להתמיד בטיפול שהוא עובר להתמודדות עם התמכרותו לאלכוהול.

25. הדיון בערעור בפנינו התקיים ביום 13.12.2018. המערער חזר בו על עיקרי טענותיו, ואילו המדינה טענה כי דין הערעור להידחות.

26. לטענת המדינה, חומרת מעשיו של המערער מחייבת להשית עליו עונש של מאסר בפועל. המדינה מוסיפה וטוענת כי חרף טענות המערער, לא ניכרים בעניינו ניצנים של שיקום, ולפיכך אין מקום להקלה בעונשו מטעם זה. בנוסף, הודגש כי המערער נקט באלימות קשה בארבעה אירועים שונים כלפי מתלוננים שונים, ולפיכך אין לומר שמדובר במעידה חד-פעמית.

27. בכל הנוגע לטענות בדבר אכיפה בררנית, עמדה המשיבה על כך שבית המשפט המחוזי התייחס להתנהלות הממונים בגזר דינו של המערער ונתן לה משקל.

28. במהלך הדיון התבקשה המדינה להוסיף ולהתייחס להיבטים הכלליים של הפרשה, בין השאר בכל הנוגע להפקת הלקחים באשר להמשך התנהלותו של המוסד. בהמשך לכך, ביום 27.12.2018 הגישה המדינה הודעה משלימה מטעמה. בהודעה צוין כי ביום 19.2.2017, לאחר שנערך שימוע למוסד מטעם משרד הבריאות בכל הנוגע לעתידו ולפעילותו, הוחלט על נקיטת מספר צעדים נגדו, ובהם: החלפת ההנהלה בבעלי תפקידים חדשים בהסכמת משרד הבריאות, קיצור תקופת הרישיון ואיסור על קבלת חולים חדשים עד למתן החלטה אחרת, תגבור כוחות העזר בלילות והוספת אחות שתסייר בין כלל המחלקות ותדווח מדי יום ללשכת הבריאות המחוזית על ממצאיה. עוד צוין כי ביום 1.9.2017, לאחר שהושלמה החלפת ההנהלה במוסד ונערכו מספר ביקורות, נמצא שיפור משמעותי באיכות הטיפול בו והוחלט על הארכת תקופת הרישוי בשישה חודשים והסרת המגבלה לקבלת חולים חודשים לאשפוז. לצד זאת, עדיין דווחו ליקויים שהמוסד התבקש לשפרם. ביום 1.3.2018 הונפקה למוסד תעודת רישום חדשה עם הארכה טכנית של הרישוי לשלושה חודשים נוספים, ובהמשך הוצאה לו תעודה עדכנית עם תוקף רישוי לשנה ומונה לו מנהל רפואי חדש.

דיון והכרעה

29. לאחר שבחנו את מכלול החומר שבתיק, לרבות הודעת העדכון בדבר ההליך המינהלי שננקט כלפי המוסד, ושמענו את טענות באי-כוח הצדדים – אנו סבורים, חרף עננת השאלות שמוסיפה לרחף על היבטי הפרשה החורגים מענייננו, כי דין הערעור להידחות. הגענו לכלל דעה כי מעשיו של המערער הם חמורים במידה שאינה מאפשרת השלמה עם ענישה מופחתת מזו שהושתה עליו, וזאת מבלי לגרוע מהחומרה היתרה שאנו מייחסים להתנהלותו של המוסד ומסימני השאלה הרבים שצפים בנוגע להחלטות שהתקבלו בעניינו, שבשל המגבלות הדיוניות החלות עלינו נסתפק בהצבתם.

30. נתייחס למכלול הטענות העונשיות שהעלה המערער, ולאחר מכן נעסוק בנפרד בסוגית האכיפה הבררנית שביחס אליה מצאנו לנכון להרחיב.



31. כפי שכבר ציינו, לא מצאנו טעם בטענותיו של המערער במישור העונשי. העונש שהושת עליו אינו חמור כלל ועיקר בהתחשב בחומרת המעשים שביצע, שבחלקם יש גילויים ברורים של אכזריות רגשית, בנוסף להיבטים הפיזיים הקשים הגלומים בהם. בית המשפט המחוזי נתן ביטוי בגזירת העונש לשיקולים השונים להקלה בו, ועדיין הגיע למסקנה שאנחנו תמימי דעים ביחס אליה – כי עונש המאסר בפועל הוא עונש הולם. שיקולי השיקום שעליהם הצביע המערער, שיש לתת להם ביטוי במקרים מתאימים (ראו למשל: עיאשה נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (14.7.2013); צורדרקר בסט נ' מדינת ישראל, פסקה 32 (1.3.2015); פלוני נ' מדינת ישראל (12.4.2015); ע"פ 6637/17 קרנדל נ' מדינת ישראל, פסקאות 16-29 לחוות דעתי (18.4.2018)) אינם כבדי משקל דיים במקרה דנן, בשים לב לכך שאף שירות המבחן לא הצביע על תהליך שיקומי שהושלם בהצלחה (ומבלי להקל ראש בהתקדמות שהושגה עד כה). מבלי לגרוע מכך, תקוותנו עודנה נתונה לכך שהמערער ישכיל לנצל היטב את תקופת שהותו בכלא לצורכי שיקום.

32. נותרה אפוא סוגיית ההגנה מן הצדק, וליתר דיוק הטענה לאכיפה בררנית שהועלתה על-ידי המערער. אכן, בשלב זה, מדובר בטענה מבוססת היטב בפסיקתנו (ראו למשל: ע"פ 8551/11 סלכני נ' מדינת ישראל, פסקאות 13-21 (12.8.2012) (להלן: עניין סלכני); ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, פסקאות 41-44 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (1.3.2017)). כמו כן, הובהר בפסיקה כי לצורך ביסוסה של טענת האכיפה הבררנית לא נדרשת הוכחה כי התביעה פעלה מתוך מניע פסול (ראו: רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי, פסקאות 55-111 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר, ופסקאות 1-5 לחוות דעתי (31.10.2018) (להלן: עניין ורדי)), וכי לצד המקרים שבהם היא תשמש בסיס לביטולו של כתב האישום יהיו מקרים שבהם הסעד המתאים יהיה הקלה בעונש בלבד (ראו: ניר עם נ' משרד התעשייה המסחר והתעסוקה, פסקאות 4 ו-5 (6.2.2006); ג'אבר נ' מדינת ישראל, פסקה 31 (4.7.2011); סלכני, בפסקה 15; רע"פ 3829/15 קסאי נ' מדינת ישראל, פסקה 32 לחוות דעתי (20.12.2018)). עם זאת, לא ניתן לוותר על דרישת הבסיס והיא הוכחת הפליה, דהיינו יחס שונה לנאשמים שאין ביניהם הבחנה רלוונטית. ניתן להוסיף, כי יש מקרים שבהם קיימת הבחנה רלוונטית בין נאשמים או חשודים ועדיין עוצמתו של היחס השונה אליהם מעוררת תחושה קשה של אי-הגינות שעשויה להקים הגנה מן הצדק, גם מחוץ למסגרת של טענת הגנה בררנית, כמו בפרשת היתרי הבנייה שנדונה בעניין ורדי.

33. המדינה צודקת בכך שאין מדובר במקרה של "אכיפה בררנית" קלאסית. הרי יש נקודות שוני רלוונטיות בין מי שביצע עבירות אלימות מכוונות, לבין מי שיצר תנאים בלתי אפשריים לעבודה שהיו בית גידול לעבירות אלימות שנעשות על-ידי מי שבעצמם הם אנשים קש-יוזם. אולם, הבחנה זו אינה פועלת רק בכיוון אחד. יש חומרה הנלווית לביצוען של עבירות אלימות, ויש חומרה אחרת הכרוכה באחריות ליצירתם של תנאי עבודה קשים, שהאינטרס הכלכלי העומד ביסודם הוא ברור. אנו מנועים מלהתייחס בפירוט לנסיבותיהם של אחרים שאינם בפנינו, אך סימני השאלה שהוצבו הם במקומם. המקרה שבפנינו מהדהד, בהסתייגות הנדרשת ובשינויים המחויבים, את סיפורו של צ'קוב "לישון" – המגולל את מציאות חייה של נערה צעירה המועסקת בתנאים קשים, בין השאר בהשגחה על תינוק בוכה, כשכל מאווייה מכוונים למטרה אחת ויחידה – לישון. במציאות של חושים הלומים היא "מוצאת את האויב שמפריע לה לחיות", ואז מבצעת בו את המעשה הנורא מכול ושוקעת בשינה עמוקה. אין ספק כי המצוקה המתוארת בסיפור גדולה יותר מזו של עובדי המוסד, וכך גם המעשה הנורא שחותם אותו. אולם במהות, יש בו כדי להאיר את התנאים שלפעמים משמשים חממה לפגיעה בחסרי ישע.

35. במישור המעשי, נאמר כך: היריעה העובדתית שבפנינו אינה מאפשרת לקבוע ממצאים באשר להחלטות בעניינם של מעורבים אחרים שלא הוגש נגדם כתב אישום ואין מי שטוען בעניינם בפנינו. אולם, אף אם נניח לטובת המערער כי יש טעם בטענת ההגנה מן הצדק שהעלה, הרי שלא היה בה כדי להצדיק הקלה נוספת עמו, כאשר מביאים בחשבון את החומרה המופלגת של מעשיו. המעשים שהמערער הודה בביצועם אינם רק קשים, כפי שמשתקף מכתב האישום ומגזר דינו של בית המשפט המחוזי. אלה ביטאו, לפחות בחלקם, בחירה עצמאית וניכור רגשי, שהמציאות אשר שררה במוסד, איומה ככל שהייתה, לא חייבה אותם. ואפשר להציג את הדברים

גם מן הכיוון ההפוך: אלמלא היו "מרחפים" מעל עניינו סימני השאלה האמורים, עונשו של המערער היה עשוי להיחשב קל מדי.

36. בשולי הדברים יצוין כי בשנים האחרונות, ובין היתר מאז שנחשפו בתקשורת מקרי התעללות בקשישים ובהם הפרשה דנן, נחקקו חוקים שנועדו להסדיר את הנעשה במוסדות שבהם שוהים קשישים ולהגביר את הפיקוח עליהם (ראו: חוק הדיור המוגן, התשע"ב-2012, וכן: חוק לתיקון פקודת בריאות העם (מס' 33) התשע"ט-2019, העוסק בהתקנת מצלמות לשם הגנה על מאושפזים בבית חולים גריאטרי). הפיקוח על תנאי החיים של מי שזקוקים במיוחד להגנת המדינה על שלומם וכבודם הוא כמובן חשוב. אולם, יש לזכור כי אין די בו. מציאות החיים במוסדות לקשישים מבוססת קודם כל על קביעת סטנדרטים הולמים שעניינם ההכשרה שמקבלים המטפלים במוסדות ושמירה על יחס מספרינאות בין המטופלים לאנשיהצוות המטפלים בהם, כמו גם אכיפתם של אלה. אף מצלמה לא תרפא את היעדרם של אלה, ואף לא תוכל לשמש תחליף להנחלת הערך המוסרי והתרבותי של שמירה על כבוד האדם של קשישים וחסרי ישע. אל לעוסקים במלאכה לשכוח כי בני אדם מופקדים בידיהם, על כל המשתמע מכך.

37. סוף דבר: הערעור נדחה.

## ש ו פ ט ת

השופט י' עמית:

אני מסכים.

1. המקרה שלפנינו מעורר בקורא הרהורים נוגים. בידי מי אנו מפקידים, או שמא מפקירים, את ההורים שלנו? את האנשים היקרים לנו? מה קורה שם, בתחנה האחרונה במסע חייהם של חסרי ישע התלויים לחלוטין בעזרת הזולת בפעולות היום-יום?

חיוך, ליטוף, רוך, עדינות, חמלה – הם טיפה בים, שיכולה לעשות את כל ההבדל בין איבוד צלם אנוש לבין שמירה על צלם אנוש. אלא שהמערער גילה ניצנים של סדיסטיות לשמה ביחסו אל המטופלים התלויים בו. יוכיח דווקא האירוע הפחות חמור שנזכר בפסקה 11 לפסק דינה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, שם מתוארת סיטואציה של בריון שמתעמר בחלשים ממנו, סתם כך כי הוא יכול. גם האיומים שהטיח המערער בקשישים שהיו בטיפול מעידים על התנהגותו הבריונית ועל האימה שהטיל סביבו, תוך השפלה וביזוי של הקשישים.

אכן, קשים היו תנאי העסקתו של המערער באותה מחלקה. אך האם כל האחיות והמטפלים באותה מחלקה ובאותו בית אבות התנהגו כמו המערער? איני רואה הצדקה לפטור את המערער מאחריותו הישירה למעשיו-שלו.

2. המקרה שלפנינו מפנה את הזרקור אל מצוקת כוח העזר בבתי האבות. מקצוע המטפל בבית האבות מאופיין במעמד נמוך, הכנסה נמוכה, תנאי העסקה גרועים, היעדר אפשרויות קידום וביטחון תעסוקתי נמוך. השחיקה הנובעת מאופי העבודה ועומס העבודה מביאים הן לתחלופה מוגברת בקרב כוח העזר והן לתופעות של הזנחה והתעללות כמו במקרה שלפנינו.



הענישה היא האמצעי האחרון במיגור התופעה הקשה של התעללות בקשישים במסגרת המוסדית. האמצעי הראשון להתמודדות עם תופעה זו, לצד שיפור בתנאי השכר ההכשרה והעבודה של כוח העזר, הוא פתרון מצוקת כוח העזר בבתי האבות. על כך אין חולק, והנושא עלה בפנינו אך לאחרונה, בעתירה שביקשה להורות לממשלת ישראל להסדיר את העסקתם של 6,000 עובדים זרים בענף הסייעוד במחלקות לסיעודיים, תשושי נפש ותשושים בבתי האבות בישראל:

"הביקוש בענף הסייעוד עולה על ההיצע, ונוכח תנאי העבודה הקשים והשכר הנמוך יחסית לעומס העבודה, קיימת תחלופת עובדים גדולה בענף. בבתי האבות הסייעודיים מאושפזים קשישים ותשושי נפש, הנזקקים להשגחה רציפה או לסיוע בביצוע הפעילות היומיומית הבסיסית כמו רחצה, הלבשה, האכלה, ניידות, ועוד. אין חולק כי קיים מחסור חמור באחיות מוסמכות, באחיות מעשיות ובעיקר בכוח עזר, ונוצר פער בין דרישות משרד הבריאות לאיוש תקנים לבין המציאות בשטח. עקב מצוקת כוח האדם, בתי אבות נאלצים להעסיק עובדים שעות נוספות ורצופות בתת-תקן, על כל הכרוך בכך – שחיקה של עובדים ושיעורי עזיבה ותחלופה גבוהים; קושי בגיוס עובדים; והתפשרות על עובדים זמניים או עובדים לא איכותיים. מעת לעת הציבור נחשף לתופעות קשות של התעללות בקשישים, לעיתים על רקע לחץ פיזי ומנטלי ושחיקה נוכח שעות העבודה המרובות והעבודה הקשה הכרוכה בטיפול האישי בקשישים לאורך שעות רבות.

[...] המדינה אינה מתכחשת לבעיה, והיא מודעת לצורך ההולך ודוחק, למצוא פתרון למצוקת כוח האדם הנדרש למספר ההולך וגדל של קשישים במוסדות הסייעודיים.

[...] חזקה על המדינה כי תמשיך לפעול..."(בג"ץ 917/18 איגוד בתי אבות ודיור מוגן בישראל נ' ממשלת ישראל (31.12.2018) (הדגשה הוספה -"ע)).

יש לקוות כי גם פסק דינו זה יבהיר לעוסקים במלאכה את הצורך הדוחק בפתרון הבעיה.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

הנני מסכים עם האמור בפסק דינה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז ועם הערותיו של חברי, השופט י' עמית.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז. המערער יתייצב לריצוי עונשו בבימ"ר קישון ביום 17.2.2019 עד השעה 10:00, או על פי החלטת שירות בתי הסוהר, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על המערער לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיין מוקדם, עם ענף אבחון ומיין של שירות בתי הסוהר, בטלפונים: 08-9787377 או 08-9787336.



ניתן היום, י' בשבט התשע"ט (16.1.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

---