



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 8299/19

ע"פ 8318/19

לפני: כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופט א' שטיין

המערער ב-ע"פ 8299/19
והמשיב ב-ע"פ 8318/19: פלוני

נ ג ד

המשיבה ב-ע"פ 8299/19
והמערערת ב-ע"פ 8318/19: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים ב-תפ"ח 35907-02-17 מיום 26.6.2019 ומיום 31.10.2019 שניתן על ידי סגן הנשיא י' נועם והשופטים ר' פרידמן-פלדמן ו-א' אברבנאל

תאריך הישיבה: כ"ד באייר התש"ף (18.05.2020)

בשם המערער ב-ע"פ 8299/19
והמשיב ב-ע"פ 8318/19: עו"ד שני פוגודה; עו"ד נועה זעירא

בשם המשיבה ב-ע"פ 8299/19
והמערערת ב-ע"פ 8318/19: עו"ד דגנית כהן ויליאמס

פסק-דין

השופט י' אלרון:

1. לפנינו ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (מפי השופט א' אברבנאל ובהסכמת סגן הנשיא י' נועם והשופטת ר' פרידמן-פלדמן) בתפ"ח 35907-

02-17 מיום 26.6.2019, בגדרה הרשיע בית המשפט את המערער בעבירות של מעשים מגונים בקשישה חולת אלצהיימר, וכך שני ערעורים על גזר דינו מיום 31.10.2019, על חומרת העונש מזה וקולת העונש מזה.

כתב האישום וההליך בבית המשפט המחוזי

2. נגד המערער בע"פ 8299/19 (להלן: המערער) הוגש ביום 16.2.2017 כתב אישום המייחס לו עבירה של מעשה סדום בידי אחראי על חסר ישע, לפי סעיפים 351(א), 347(ב) ו-345(א)(5) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), ושתי עבירות של מעשה מגונה, לפי סעיפים 348(א) ו-345(א)(5) לחוק העונשין.

3. על פי המתואר בחלק הכללי של כתב האישום, במועדים הרלוונטיים שימש המערער (יליד 1945) נהג מונית, ובתפקידו זה נהג להסיע שלוש פעמים בשבוע את המתלוננת, ילידת 1935, ממרכז לקשישים חולי אלצהיימר ודמנציה (להלן: המרכז הטיפולי) בחזרה לביתה. כעשור קודם לאירועים המתוארים בכתב האישום חלתה המתלוננת במחלת אלצהיימר, ועם השנים החמיר מצבה באופן הדרגתי. במועדים הרלוונטיים לא היתה המתלוננת מסוגלת לתפקד בביתה לבדה, והיתה זקוקה להשגחה 24 שעות ביממה.

על פי המתואר באישום הראשון, ביום 3.11.2016, כשחנה המערער בחניית ביתה של המתלוננת לאחר שהסיעה מהמרכז הטיפולי, נגעה המתלוננת לבקשתו באיבר מינו, ובהמשך נישקה את איבר מינו ומצצה אותו. במהלך המעשים הגיע המערער לידי סיפוק.

על פי המתואר באישום השני, שבוע ימים לאחר מכן, ביום 10.11.2016, כשחנה המערער בחניית ביתה של המתלוננת לאחר שהסיעה מהמרכז הטיפולי, נגעה המתלוננת לבקשתו באיבר מינו ונישקה את איבר מינו.

4. בתשובתו לאישום לא הכחיש המערער "שבוצעו מעשים מיניים בינו לבין המתלוננת", אך טען כי לא היה מודע להיותה חסרת ישע. בהקשר זה נטען כי אף ש"ידע שיש לה בעיית זיכרון, הוא לא יכול היה לדעת שהיא חסרת יכולת לתת הסכמה בתור נהג מונית שהסיע אותה" (עמ' 2 לפרוטוקול הדיון מיום 11.5.2017).

5. המתלוננת, שנחקרה במשטרה, נפטרה במהלך המשפט.

6. להשלמת התמונה העובדתית יצוין כבר עתה, כי מעדות בנה של המתלוננת בפני בית המשפט המחוזי עלה כי לאחר האירוע השני המתואר בכתב האישום פגשה המתלוננת את בנה, שהתגורר בסמוך אליה, והראתה לו כוס מיץ פטל שקיבלה מהמערער. לשאלתו מדוע המערער נותן לה מתנות השיבה, במילותיו של הבן, "שהוא ביקש ממנה לגעת בו, היא מצביעה לכיוון האיבר מין שלה, שהוא ביקש ממנה לגעת בכלי שלו ולנשק אותו ולגעת ואז הוא נהיה גדול ויפה והוא נהיה מאוד שמח ומרוצה מזה ומבסוט ואז הוא נותן לה מתנה" (עמ' 13 לפרוטוקול הדיון מיום 6.7.2017).

בנה של המתלוננת התקשר מיד למנהל תחנת המוניות ומסר למתלוננת את הטלפון על מנת שתתאר בפניו את ההתרחשות עליה סיפרה לו. בעקבות זאת שוחח מנהל התחנה עם המערער, שטח בפניו את תלונת הבן ותיאר את התרשמותו מהשיחה שקיים עם המתלוננת ובנה. מנהל התחנה דרש מהמערער להפסיק לאלתר את עבודתו כנהג מונית, והתריע בפניו כי עליו לפצות את המתלוננת בסך של לפחות 50,000 ש"ח, תוך שנרמז כי בעקבות זאת יאות בנה שלא להגיש נגדו תלונה במשטרה.

לאחר אותה שיחה, ובעקבות התייעצות עם עורך דין, הגיש מנהל תחנת המוניות תלונה במשטרה נגד המערער. בטרם הוחל בשמיעת הראיות, נפטר מנהל התחנה.

7. המשיבה בע"פ 8299/19 והמערערת בע"פ 8318/19 (להלן: המשיבה) הגישה, במסגרת ההליך בבית המשפט המחוזי, תיעוד קולי של השיחה בין מנהל התחנה למערער, שהוקלטה ללא ידיעת המערער (ת2א). יצוין כבר עתה כי במסגרת ההליך בבית המשפט המחוזי חלק המערער על קבילותה של השיחה כראיה, אך בהליך שבפנינו לא שב עוד על טענותיו בענין זה, אלא טען כי יש לייחס לה משקל ראייתי אפסי.

הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי

8. בהכרעת דינו הבהיר בית המשפט המחוזי כי במסגרת ההליך נחלקו הצדדים בארבע סוגיות מרכזיות:

האחת – האם האירועים התרחשו ביוזמתו של המערער ותוך השתתפותו בהם;

השניה – האם באירוע הראשון המתואר בכתב האישום החדיר המערער את איבר מינו לפיה של המתלוננת;

השלישית – האם בשל מחלתה נשללה יכולתה של המתלוננת לתת הסכמה חופשית למעשים המיניים ואלה נעשו בה תוך ניצול לקותה;

והרביעית – האם המערער היה מודע למצבה של המתלוננת בעת התרחשות האירועים.

9. בית המשפט השיב על הסוגיה הראשונה בחיוב, תוך שנדחתה גרסת המערער, כפי שבאה לידי ביטוי בחקירתו במשטרה, לפיה המתלוננת ביוזמתה פתחה את רוכסן מכנסיו, התכופפה, קירבה את פיה למפשעתו ו"שיחקה", כלשונו, באיבר מינו. לדבריו, האירוע כולו נמשך "דקה שתיים" ונפסק מיוזמתו, לאחר שאמר לה שאין לו זמן כי עליו להסיע נוסע נוסף.

בית המשפט קבע ביחס לכך:

"יש לקבל את טענת המאשימה כי ההתרחשות המתוארת על ידי הנאשם [המערער – 'א'] אינה סבירה. הנאשם גבר מלא לבוש מכנסי ג'ינס, ישב בעת המעשים במוניתו. לא בנקל תתאפשר הפעולה המיוחסת על ידו ל[מתלוננת] – פתיחת רוכסן מכנסיו, הזזת תחתוניו, הוצאת איבר מינו אל מחוץ לתחתוניו, ונגיעות בו, ללא כל שיתוף פעולה מצדו, וכשבעת האירועים אוחזת המתלוננת בידה השנייה בארנקה ומבצעת את כל הפעולות ביד אחת ולמרות התנגדותו. ... אילו הייתה אמת בתיאור הדברים האמור, בקלות רבה היה בידי הנאשם להפסיק את המעשים. די בהורדת כף ידו לעבר רוכסן מכנסיו כדי למנוע מ[המתלוננת] לבצע בו את המעשים בניגוד לרצונו – מעשים שלטענתו ארכו כדקה עד שתי דקות. תיאור הדברים על ידי הנאשם עומד בניגוד לכל הגיון, ודבריו בחקירתו כי נהנה במידה מסוימת מהמגע, אף הם אינם עולים בקנה אחד עם תיאור הדברים על ידו בעדותו" (עמ' 20 להכרעת הדין).

בית המשפט הוסיף וקבע כי דברי מנהל התחנה למערער בשיחתם, לפיהם המתלוננת דיווחה שהמערער אמר לה "בואי תגעי בזין שלי, ככה, בשביל שהמקום יתנפח" אמנם אינם קבילים כראיה, אך "משהוטחו הדברים בנאשם והלה לא הכחיש אותם אומר הדבר דרשני" (עמ' 21 להכרעת הדין).

בדומה, עמד בית המשפט על כך שבמהלך השיחה האמורה לא קיבל מנהל התחנה את גרסת המערער לפיה ידה של המתלוננת הגיעה לכיוון איבר מינו "במקרה",

והטיח בו "לא, אתה כיוונת את היד לשם", והמערער השיב "בסדר", ולא שב עוד על גרסתו.

בית המשפט קיבל אמנם באופן חלקי את טענת המערער לפיה "בשל הדינמיקה שנוצרה בשיחה, בחר שלא להתעמת עם מנהל התחנה", אך בהצטרף דברים אלו לדברים נוספים שאמר בשיחה המוקלטת וכן לחוסר ההיגיון שבגרסתו, סבר בית המשפט כי די בכך כדי לקבוע שהמערער חשף את איבר מינו בפני המתלוננת וביצע בה מעשים מגונים בשתי ההזדמנויות.

10. לעומת זאת, באשר לסוגיה השנייה, קבע בית המשפט כי אין די בראיות שהוצגו כדי לקבוע כי באירוע הראשון המתואר בכתב האישום החדיר המערער את איבר מינו לפי המתלוננת. בהקשר זה, נקבע כי דברי המערער למנהל התחנה "בסדר. מצצה. בסדר" – לאחר שהלה הטיח בו כי "היא מצצה לך את הזין" – הם ראיה יחידה שלא נמצאה כל ראיה התומכת בה, ויש לייחס לה משקל מוגבל, לנוכח העובדה שמדובר "בשיחה בלתי פורמלית בין מנהל התחנה לנהג, שבה מסתייג הנאשם מהטענה כי החדיר את איבר מינו לפיה של [המתלוננת] ולבסוף מרצה את המנהל" (עמ' 22 להכרעת הדין).

11. אשר לסוגיה השלישית, נקבע כי הונחה בפני בית המשפט "תשתית מוצקה לקביעת ממצא כי בעת האירועים שבכתב האישום [המתלוננת] הייתה 'לקויה בשכלה'" וכי לא היה בידיה לתת הסכמה חופשית למגע מיני עם המערער. קביעות אלו נסמכו על עדות בנה של המתלוננת; התיעוד הרפואי של ד"ר המרמן-רוזנברג, רופאה של המתלוננת מהמכון לרפואה גריאטרית בקופת החולים, ועדותו בבית המשפט; עדות חוקרת המשטרה שחקרה את המתלוננת; ולבסוף – התרשמותו של בית המשפט מהמתלוננת.

12. תשתית ראייתית זו היא שעמדה גם בבסיס קביעתו של בית המשפט המחוזי ביחס לסוגיה הרביעית, לפיה המערער היה מודע למצבה של המתלוננת וניצל ביודעין את מצוקתה לשם קיום המגע המיני. לכך התווספו גם דבריו של המערער הן בשיחה המוקלטת הן בעדותו כי הוא היה ער למצבה של המתלוננת, וכן בכיו בסוף אותה שיחה ותגובתו להאשמות שהטיח בו מנהל התחנה במילים "אתה צודק", המהווים ביטוי לתחושת האשם וההכרה בחומרת מעשיו.

13. לנוכח כל האמור, נקבע בהכרעת הדין כי בשתי ההזדמנויות המתוארות בכתב האישום חשף המערער את איבר מינו לפני המתלוננת, ולבקשתו היא נגעה באיבר מינו, כאשר בפעם השנייה היא גם נישקה את איבר מינו. עוד נקבע, כי בעת האירועים

המתוארים היו יכולתיה הקוגניטיביות של המתלוננת ירודות בשל דמנציה, ומשכך נשללה יכולתה לתת הסכמה חופשית למעשים. לבסוף נקבע כי המערער היה מודע למצבה, וניצל אותו על מנת לבצע את המעשים.

על בסיס קביעות עובדתיות אלה, הרשיע בית המשפט המחוזי את המערער בביצוע שתי עבירות של מעשה מגונה בחסר ישע, וזיכה אותו מעבירת מעשה סדום.

גזר הדין של בית המשפט המחוזי

14. בגזר דינו עמד בית המשפט על כך שהתכלית החקיקתית ביסוד העבירות בהן הורשע המערער היא הגנה מפני פגיעה בגופו וכבודו של אדם, ובמיוחד בעניינם של חסרי ישע, ועל כך שעבירות אלו מבזות את נפגע העבירה, פוגעות בכבודו ושוללות את זכותו לאוטונומיה על גופו – זכות העומדת לו אף כשיכולותיו הקוגניטיביות ירודות.

לאחר שבית המשפט בחן את מנעד הפסיקה הרחב באשר לענישה בגין עבירות של מעשים מגונים בחסר ישע, ואת נסיבות העניין – ובהן פגיעה במתלוננת על אף מודעות למצבה; ניצול לרעה של האמון שניתן בו כנהג הסעות של המתלוננת; חזרה על המעשים בשתי הזדמנויות; והפגיעה הנפשית שנגרמה לבנה כתוצאה מהמעשים, כעולה מעדותו בשלב הטיעונים לעונש – נקבע כי מתחם העונש ההולם נע בין 6 חודשי מאסר לריצוי בפועל, בין כתלי בית הכלא, לבין שנתיים מאסר.

15. אשר לגזירת העונש בתוך המתחם, נקבע כי "אין חולק כי את עונשו יש למקם בקרבת תחתית המתחם", לנוכח גילו המתקדם של המערער (75 שנים), היעדר עבר פלילי בעניינו ומצבו הרפואי. הוער כי המערער אמנם לא הודה בביצוע העבירות, אך ניהול המשפט הביא לזיכוי מעבירה חמורה יותר. עוד נלקח בחשבון העונש המזערי לעבירה בה הורשע, העומד לפי סעיף 355 לחוק העונשין על 21 חודשי מאסר.

בהתחשב בכל אלו גזר בית המשפט המחוזי על המערער את העונשים הבאים: 6 חודשי מאסר בפועל "לריצוי של ממש בין כתלי הכלא"; 15 חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, לכל יעבור בתקופה זו עבירת מין מסוג פשע; פיצויים לבנה של המתלוננת בסך 50,000 ש"ח בגין הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מהעבירה; ופסילת רישיון נהיגה ברכב ציבורי לתקופה של 5 שנים.

16. להשלמת התמונה יצוין כי בית המשפט המחוזי נעתר לבקשת המערער והורה על עיכוב ביצוע עונש המאסר עד להכרעה בערעור.

טענות הצדדים בערעור על הכרעת הדין

17. בערעורו טוען המערער שלוש טענות מרכזיות.

טענתו הראשונה היא כי שגה בית המשפט המחוזי כאשר נתן משקל משמעותי לשיחה המוקלטת כראיה לחובתו, וקבע על בסיסה קביעות עובדתיות שגויות.

לטענתו, הנסיבות החריגות בהן התקיימה השיחה אינן מאפשרות להסתמך על הדברים שאמר במהלכה. בהקשר זה נטען כי מדובר בשיחה בלתי רשמית במסגרתה התודע המערער לראשונה לחשדות נגדו; כי שיחה זו הפכה במהרה "למעין חקירה" וזאת בניגוד לחקירה משטרתית בה החשוד מוזהר לגבי החשדות נגדו, תוך שמובהרות לו ההשלכות של דבריו וניתנת לו האפשרות להתייעץ עם עורך דין; כי קיימים פערי כוחות מובנים בין מנהל התחנה כמעסיק למערער הכפוף לו, שאף מועצמים במהלך השיחה כאשר מנהל התחנה מודיע למערער על הפסקת עבודתו; וכי מנהל התחנה הפעיל על המערער מכבש לחצים להודות במעשים שייחס לו, תוך שהטעה אותו לחשוב שהוא צפוי לעונש מאסר ממושך.

לנוכח כל זאת, כך נטען, אין לקבל את דברי המערער בשיחה כפשוטם אלא כתגובה "לסיטואציה זרה ומאימת", כאשר על המערער הופעלו לחצים "בעוצמה גבוהה אפילו יותר מחקירה רגילה".

לבסוף הודגש, כי אין להלום את הנמקת בית המשפט המחוזי בקובעו כי יש ליתן משקל לדברי המערער בשיחה, מן הטעם שלא היה אומר את הדברים אלמלא היו נכונים, שכן גישה זו מבטלת את עקרון היסוד לפיו יש לבחון בזהירות אמרות של חשודים, בשל החשש מהודאות שווא.

18. טענתו השנייה של המערער היא כי מחדלי חקירה חמורים הסבו לו נזק ראייתי ופגעו באופן משמעותי ביכולתו להתגונן מפני האישומים, באופן המצדיק את זיכויו.

נטען כי המתלוננת לא נבדקה על ידי פסיכיאטר מומחה בסמוך לאירועים, אלא רק במסגרת השלמת החקירה. בית המשפט המחוזי קבע אמנם כי מדובר במחדל חקירתי

חמור, אך לצד זאת קבע כי "אין במחדל האמור כדי להוביל לזיכוי הנאשם", שכן "לבית המשפט הוגש חומר ראיות עשיר ומשכנע שעל פיו ניתן להגיע לממצא חד משמעי" באשר למצבה הקוגניטיבי של המתלוננת. המערער טוען, כי קביעה זו היא שגויה, שכן בית המשפט המחוזי מצא להסתמך על התרשמותם של מי שאינם מומחים (בנה של המתלוננת, חוקרת המשטרה ושופטי בית המשפט המחוזי עצמם) כדי לקבוע ממצאי עובדה ביחס להסכמתה של המתלוננת.

מחדל חקירתי נוסף לו טוען המערער הוא כי תשאולה של המתלוננת נעשה בניגוד לכללי החקירה שנקבעו בחוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005 (להלן: חוק הליכי חקירה והעדה). בהקשר זה נטען כי המתלוננת לא נחקרה על ידי חוקר מיוחד בעל הכשרה ומיומנות להתמודד עם נחקרים עם לקות שכלית, וממילא גם לא נבדקה על ידי איש מקצוע. כמו כן, החקירה לא תועדה בתיעוד חזותי ואף לא קולי. הודגש כי חוקרת המשטרה היתה מודעת למצבה של המתלוננת ועל אף זאת לא סיפקה הסברים בעדותה בבית המשפט מדוע חקרה את המתלוננת שלא על פי הוראות הדין.

19. טענתו השלישית של המערער היא כי במצב הראייתי הקיים, מתעורר ספק כבד ביחס לאשמתו. בהקשר זה נטען כי לא הוצג בפני בית המשפט מידע רפואי מהימן שיכול היה לסייע לו להגיע למסקנה משפטית מבוססת, וכי לא היה מקום להסתמך על עדותו של הבן כחלופה לעריכת בדיקה פסיכיאטרית במועד המתאים, או על עדותה של החוקרת שאינה בעלת הכשרה מיוחדת, או על התרשמותו של בית המשפט עצמו, כאשר המתלוננת התייצבה בפניו בחלוף כמעט שנה ממועד האירועים.

20. מנגד, המשיבה סבורה כי יש לדחות את הערעור על הכרעת הדין, תוך שהיא סומכת ידיה על קביעותיו של בית המשפט המחוזי.

באשר למשקלה של השיחה המוקלטת, נטען כי העובדה שהמערער לא הכחיש את ההאשמות שהטיח בו מנהל התחנה, אלא להיפך – אמר לו שהוא מבין את כעסו וביקש ממנו לעזור לו – מלמדת כי המערער אישר למעשה את הדברים.

ביחס לטענת מחדלי החקירה, נטען כי בית המשפט לא ביסס את הרשעת המערער על הודעת המתלוננת, ולכן היעדרה של חקירה מותאמת או מתועדת לא קיפח את הגנת המערער. בדומה, אף היעדר בדיקה רפואית למתלוננת בסמוך לאירועים לא פגע ביכולתו של המערער להתגונן מפני האישומים, כך נטען, שכן ניתן היה לקבוע

ממצאים באשר למצבה הקוגניטיבי בתקופה הרלוונטית בהתבסס על בדיקות רפואיות אחרות שנערכו למתלוננת.

ולבסוף, באשר להתבססותו של בית המשפט המחוזי על ראיות שאינן רפואיות בקביעת מצבה הקוגניטיבי של המתלוננת, נטען כי הצטרפותם יחד של עדות בנה של המתלוננת; עדות החוקרת שגבתה את ההודעה מהמתלוננת; אמרתיו של המערער עצמו בשיחה המוקלטת ובעדותו על מצבה של המתלוננת; וכן התרשמותו הישירה של בית המשפט – מספיקה לצורך קביעת הממצא העובדתי כי בעת האירועים היתה המתלוננת 'לקויה בשכלה'.

טענות הצדדים בערעורים על גזר הדין

21. הערעור בע"פ 8318/19 מופנה נגד קולת העונש.

לטענת המשיבה, עונש המאסר שהושת על המערער "רחוק מלהלום את חומרת מעשיו המחפירים ומידת אשמו".

המשיבה טוענת, כי בשלב קביעת מתחם הענישה לא התחשב בית המשפט המחוזי בעונש המזערי הקבוע בסעיף 355(א) לחוק העונשין, וכתוצאה מכך, הרף התחתון של המתחם שנקבע "רחוק באופן קיצוני" מהעונש המזערי (21 חודשים) ואילו הרף העליון של המתחם "כמעט ונושק" לעונש המזערי. זאת, מבלי שבית המשפט נימק מה הן הנסיבות המצדיקות פער כה קיצוני בין העונש המזערי לבין הרף התחתון של המתחם, וכאשר לשיטת המשיבה כלל לא מתקיימות נסיבות כאמור במקרה דנן.

עוד נטען, כי בית המשפט לא נתן משקל בגזר דינו לשיקול הרתעת הרבים והצורך להחמיר את הענישה "בעבירות הקשות לגילוי מחד [גיסא] וקלות לביצוע מאידך [גיסא]", וכי אין בעונש שהשית בית המשפט המחוזי על המערער "כדי להעביר מסר הרתעתי חד וברור מפני פגיעה בקשישים חסרי ישע, שאפילו אינם מסוגלים להתלונן על ניצולם המחפיר".

22. הערעור בע"פ 8299/19 מופנה נגד חומרת העונש.

לטענת המערער, בית המשפט החמיר עימו יתר על המידה בהשוואה למדיניות הענישה במקרים דומים. לשיטתו, קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה הרף התחתון

של מתחם הענישה ההולם חייב לכלול עונש מאסר לריצוי בין כתלי בית המאסר, סוטה ממדיניות הענישה הנוהגת. לתמיכה בטענתו הציג המערער גזרי דין שבהם הושטו על נאשמים עונשי מאסר של חודשים ספורים לריצוי בדרך של עבודות שירות, גם במצבים של ריבוי עבירות.

עוד נטען כי בקביעה לפיה הרף התחתון של מתחם הענישה יהא עונש מאסר לריצוי בפועל, סטה בית המשפט המחוזי מהתכליות המונחות בבסיס סעיף 51ב(א) לחוק העונשין (תיקון מס' 133 – הוראת שעה), התשע"ח-2018, אשר הורה על הארכת התקופה לנשיאת עונש מאסר בעבודת שירות, מתקופה של 6 חודשים לתקופה של 9 חודשים. לשיטת המערער, תכליות אלו, שהן שיקום הנאשם ו"צמצום השימוש במאסרים במקרים שבהם המאסר אינו הכרחי לצורך הגבלת יכולתו של הנאשם לביצוע עבירות", מחייבות הטלת עונש של עבודות שירות גם במקרה זה.

המערער הוסיף וטען כי נסיבותיו האישיות מצדיקות גם הן הימנעות מהשתתפות עונש מאסר בפועל: גילו המבוגר, מחלת ריאות חסימתית כרונית ממנה הוא סובל – וכתוצאה מכך גם היותו בקבוצת סיכון להידבקות בנגיף הקורונה, וכן היותו מטופל באמו הקשישה.

23. אשר לטענת המשיבה בדבר הסטייה מהעונש המזערי, נטען כי מחדלי החקירה, לצד שיקולי שיקום, מצדיקים את קביעת הרף התחתון של המתחם מתחת לעונש המזערי.

ואחרון, ביחס לטענת המשיבה לפיה הענישה שהוטלה על המערער אינה מרתיעה דיה, נטען כי שיקולי הרתעה אינם חזות הכל וכי נסיבות ביצוע העבירות בידי המערער אינן כאלו המצדיקות ענישה מרתיעה במיוחד.

דיון והכרעה

הערעור על הכרעת הדין

24. הלכה ידועה היא כי אין בית משפט שלערעור נוטה להתערב בממצאי העובדה של הערכאה המבררת, כמי שהתרשמה באופן בלתי אמצעי מן העדים ומן הראיות שהוגשו לה, למעט במקרים חריגים (ראו למשל ע"פ 4226/11 אבו חדיר נ' מדינת ישראל, בפסקה ל"א (15.2.2016)).

בנסיבות העניין דנן, אני סבור כי הרשעת המערער מעוגנת היטב בחומר הראיות, תוך שבית המשפט שקל בזהירות ובקפידה רבה את הראיות שבאו בפניו ואף זיכה את המערער מהעבירה החמורה שיוחסה לו בכתב האישום (מעשה סדום).

משכך, לא נמצא כל יסוד להתערב בהכרעת דינו המנומקת והמבוססת כדבעי של בית המשפט המחוזי.

25. הרשעת המערער בשתי עבירות של מעשה מגונה בחסר ישע התבססה על קביעותיו של בית המשפט המחוזי כי האירועים התרחשו ביוזמתו של המערער ותוך השתתפותו בהם; וכי המערער ניצל את היותה של המתלוננת דמנטית ונעדרת על כן יכולת לתת את הסכמתה למעשים.

להלן אדון בקביעות אלו על פי סדרן, תוך התייחסות לטענות המערער ביחס אליהן.

26. הקביעה הראשונה – לפיה האירועים התרחשו ביוזמת המערער ותוך השתתפותו בהם – נסמכה על תוכן השיחה המוקלטת בין מנהל התחנה למערער, כמו גם על דחיית גרסתו של המערער כפי שהוצגה בחקירתו במשטרה ובעדותו בבית המשפט.

27. האזנתי ברוב קשב לשיחה המוקלטת בין המערער למנהל התחנה הנסער והמזועזע למשמע אוזניו לנוכח תלונת בנה של המתלוננת, והתרשמתי ממידת האותנטיות שבה. התובנה החד-משמעית הנלמדת מהאזנה לשיחה היא כי כאשר מטיח מנהל התחנה במערער את המיוחס לו על ידי בנה של המתלוננת, הוא לא מכחיש זאת מכל וכל בצורה נחרצת כפי שניתן היה לצפות מאדם חף מפשע.

אמנם, תחילה מביע המערער התנגדות רפה לחלק מהדברים המיוחסים לו – כאשר המנהל מטיח בפניו שהוא אנס את המתלוננת הוא מגיב "חס וחלילה" ו"אני בסך הכל נותן לה יד", וכאשר המנהל אומר לו שהיא "מצצה לך" תגובתו היא "אני לא חושב"; אך מיד לאחר מכן הוא שב ומבקש מהמנהל שיעזור לו ויחלצו מהמצב אליו נקלע, באומרו: "טוב מה אתה מציע? עזוב אתה תעזור לי. טוב עזוב. ... מצצה, בסדר, מצצה. אתה תעזור לי" (ת/א, עמ' 3 שורה 35).

בהמשך, שוב מודה המערער בפני מנהל התחנה לפחות בחלק מהמיוחס לו: "עזוב, אנחנו ביננו. גברים. (משפט לא ברור) ליד. משחק. וקצת נגעה בו, זה הכל"

ומוסיף: "אתה כועס עלי, אני יודע" (שם, בעמ' 6, שורות 12-4). לשאלת המנהל אם הגיע לסיפוק מיני השיב "מילה לא ברורה) כמעט. אבל גמרתי. דוגרי אני אומר לך. אבל אה המצב הזה הוא לא נעים. אם אתה יודע הכל, והיא תיארה את זה לבן שלה..." (שם, בעמ' 9 שורות 11-13).

בהמשך השיחה, ביקש המערער להציג גרסה "מרוככת" לאירועים, אך מיד כשמנהל התחנה דחה גרסה זו, חזר בו המערער:

"המערער: תקשיב שניה. כל הדרך אנחנו שרים וזה, נותן לה יד. סבבה. אז פעם פעם במקרה עשתה ככה, אז היא נשאר היד. אה פעם שנייה... מנהל התחנה: לא, אתה כיוונת את היד לשם. המערער: בסדר. מנהל התחנה: עלי אל תעבוד. המערער: בסדר, אני לא עובד עליך. אני גם לא עובד על החוקרים. החוקר יודע מה הוא. מנהל התחנה: ברור. הוא בקלות מוציא ממך המערער: עכשיו אתה חוקר. אתה יודע בדיוק מה היא עשתה ומה אני עשיתי. עכשיו אני נמצא בבעיה, אני לא יודע איך לפתור את זה" (שם, בעמ' 9 שורות 34-23).

זאת ועוד. כבר בפתח השיחה דורש מנהל התחנה מהמערער להפסיק את עבודתו בתחנת המוניות ולהימנע מנהיגה בכלי תחבורה ציבורית, והמערער מסכים לכך מיד. בהמשך השיחה הוא אף מבקש מהמנהל כי יודיע על כך לבנה של המתלוננת, מתוך תקווה כי הדבר יפיס את דעתו. כמו כן הוא מבקש ממנו לא לספר לעובדים האחרים את הסיבה להפסקת עבודתו.

בכך יש כדי לחזק את המסקנה כי אף אם המערער לא הסכים לטענת המנהל כי אנס את המתלוננת, הוא מכיר ומודה בכך שמעשיו עם המתלוננת אינם יכולים להיחשב כיחסים מיניים בהסכמה.

יתירה מזאת. במהלך השיחה מביע מנהל התחנה סלידה וזעזוע מהתנהלותו של המערער, תוך שהוא אומר לו, ביחס למצבה הקוגניטיבי של המתלוננת, כי:

"מנהל התחנה: יש לה שכל של אחת בת שנתיים. חסרת ישע. זה כמו היא חולת אלצהיימר. היא משהו משובש אצלה. המערער: אני יודע, מה? בשביל זה היא נמצאת שמה, בשביל זה אני לוקח אותה כל הזמן.

מנהל התחנה: נו וסומכים עליך
 המערער: ואני עוזר ואני עוזר" (שם, בעמ' 8 שורות 7-
 11).

כלומר, המערער מכיר בחולשתה השכלית של המתלוננת כתוצאה ממחלתה, ומודה כי ידע על כך בעת ביצוע המעשים.

28. אכן, במהלך השיחה מטיח מנהל התחנה במערער דברים קשים, ומביע זעזוע ואף סלידה ממעשיו כפי שתוארו בפניו על ידי המתלוננת ובנה. מנהל התחנה מציג פרשנות משלו למצב המשפטי ("זה נקרא יותר גרוע מאונס"; "דבר כזה אתה יכול לשבת שלוש ארבע שנים") ותחזית עגומה למדי באשר להשלכות מעשיו ("הוא רוצה מצידו שתפסיד את הבית שלך"; "מחר ישמעו עליך בחדשות... הבושות שאתה תקבל"; "אתה מחר יכול למצוא את עצמך ... עם אזיקים ביד"). במובן זה, יש מידה מסוימת של צדק בטענת באת-כוח המערער באשר לפערי הכוחות המובנים בין המנהל למערער. ביטוי מסוים ליחסי הכוחות הללו מצוי בשטף הדיבור של המנהל, שלעיתים לא מניח למערער להגיב לדברים שהוא מטיח בו.

ואולם, איני סבור כי הדינמיקה בשיחה היא כזו של איומים, הפעלת מכבש לחצים או ניצול חוסר ההבנה המשפטית של המערער, כפי שביקשה באת-כוחו לטעון.

לצד הסלידה וההלם שהביע המנהל במהלך השיחה ממעשי המערער, מתקבל הרושם הברור שהוא מבקש לסייע לו, באומרו "אני מלווה אותך עכשיו לעניין הזה. זה לא שאני נוטש אותך, הבנת?". כבר מתחילת השיחה מציב עצמו המנהל כמתווך בין המערער לבנה של המתלוננת, תוך שהוא מציע שהמערער ישלם פיצוי כספי גבוה למתלוננת כאשר משתמע כי בכך יימנע בנה מהגשת תלונה במשטרה. אין ספק כי הַלֵךְ רות זה מצד מנהל התחנה, והתחושה כי הוא עומד לצידו, הם שאיפשרו למערער להתבטא בחופשיות ולהגיב לדברים בצורה כנה ואותנטית.

29. לאור זאת, אני סבור כי יש לראות בדברי המערער בשיחה המוקלטת ראשית הודאה מצידו בביצוע המעשים, ובנסיבות הענין כפי שתוארו, אין לקבל את הטענה לפיה יש לחשוש מהודאת שווא מצידו. בדין נתן אפוא בית המשפט המחוזי משקל של ממש לשיחה המוקלטת כראיה לחובת המערער.

30. לצד זאת, נקט בית המשפט כאמור מידה רבה של זהירות כשנמנע מלהרשיע את המערער בעבירה של מעשה סדום בהתבסס אך ורק על דבריו באותה שיחה. בזיכויו

מעבירה זו התקבל במובן מסוים חלק מטענות המערער באשר להיותה של השיחה "בלתי פורמלית", ולדינמיקה שנוצרה בשיחה בה בחר המערער שלא להתעמת עם מנהל התחנה בכל ענין וענין, אלא "לקדמה לכיוונים מעשיים", כלשון הכרעת הדין. ממילא ניתן בכך גם ביטוי ראוי למגבלותיה של השיחה המוקלטת כראיה חד-משמעית לחובת המערער.

היעדר ההיגיון בגרסת המערער – כפי שהובאה הן בחקירתו במשטרה (ת/1) הן בעדותו בבית המשפט – מחזק את ההנחה שהמעשים נעשו ביוזמת המערער, ולא ביוזמת המתלוננת תוך הימנעותו מלקחת בהם חלק פעיל, כפי שטען. בעדותו בבית המשפט לא עלה בידי המערער להבהיר כיצד הצליחה המתלוננת לבצע את הפעולות שייחס לה, ומדוע נמנע הוא עצמו מלהתנגד למעשים. בצדק דחה על כן בית המשפט המחוזי את גרסתו, שאינה מתיישבת עם השכל הישר, ואף לא עם דבריו בשיחה המוקלטת לפיהם מגעה של המתלוננת באיבר מינו כמעט והביאו לסיפוק מיני.

31. קביעתו השניה של בית המשפט היתה כי המתלוננת "לקויה בשכלה", והמעשים המיניים בוצעו "תוך ניצול" לקות זו, במובנם של מושגים אלו בסעיף 345(א)(5) לחוק העונשין. קביעות אלו נסמכו על תשתית ראייתית רחבה:

ראשית, בהתבסס על עדותו של הבן על התנהגותה היומיומית של אמו ועל יכולותיה הקוגניטיביות בעת הרלוונטית – לפיה "אין לה רצון עצמי. היא לא מבינה... אם אומרים לה משהו, היא חושבת שזה מה שצריך לעשות... כמו ילד כזה... היא לא כל כך מבינה מה נכון, מה לא נכון" (עמ' 12 לפרוטוקול הדיון מיום 6.7.2017);

שנית, בהתבסס על עדותו של ד"ר המרמן-רוזנברג, לפיה "אם מתחילים לדבר איתה זה ברור די מהר שהיא לא מתמצאת" (עמ' 42 לפרוטוקול הדיון מיום 6.7.2017);

שלישית, בהתבסס על התרשמותו של בית המשפט מהמתלוננת בעת שנכחה בבית המשפט, כאשר באותו מעמד הגיבה המתלוננת בבלבול והשיבה לשאלות שנשאלה בצורה לא קוהרנטית (עמ' 54-62 לפרוטוקול הדיון מיום 6.7.2017);

ורביעית, בהתבסס על עדותה של חוקרת המשטרה שגבתה הודעה מהמתלוננת בסמוך להגשת התלונה, וציינה במסגרת הודעה זו כי "הנ"ל לא מפוקסת בכלל" (ת/4, עמ' 1 שורה 5). בעדותה בבית המשפט תיארה חוקרת המשטרה כי תשובותיה של המתלוננת לשאלות שנשאלה היו לא ברורות ו"היא דיברה המון דברים לא רלוונטיים כמו יורד גשם בחוץ, דברים כאלה" (עמ' 127 לפרוטוקול הדיון מיום 24.1.2018).

32. תמים דעות אני עם בית המשפט המחוזי, כי אף שההימנעות מבדיקתה של המתלוננת על ידי פסיכיאטר מומחה בסמוך להגשת התלונה מהווה מחדל חקירתי חמור, די היה בתשתית הראייתית הקיימת כדי לקבוע ממצאים בשאלת מצבה הנפשי, וממילא אין לומר כי מחדל זה קיפח את הגנת המערער באופן המצדיק את זיכוי (ראו למשל ע"פ 8965/18 מחאג'נה נ' מדינת ישראל, בפסקה 35 לפסק דיני (3.11.2019)).

ראיה מרכזית למצבה הקוגניטיבי נמצאה ב"רישומי ביקורים" של ד"ר המרמן-רוזנברג, האחד משנת 2012, למעלה מארבע שנים לפני האירועים, והשני מיום 6.6.2017, כשבעה חודשים לאחריהם.

כבר בבדיקה משנת 2012 נמצא כי המתלוננת סובלת מדמנציה עקב מחלת האלצהיימר, וצוין כי:

"מצבה מחמיר באופן הדרגתי עד שעכשיו אינה מסוגלת לתפקד בביתה ואינה מסוגלת להישאר בביתה לבד. עוד צוין כי היא זקוקה לעזרה בלבוש, ברחצה, בעשיית הצרכים, בהכנת ובהגשת ארוחותיה. בסיכום הבדיקה נמצא כי המתלוננת "זקוקה להשגחה במשך עשרים וארבע שעות ביום" (ת/א3).

בבדיקה הנוספת בראשית חודש יוני 2017, שנעשתה לצורך העברת חוות דעת למשטרה במסגרת תיק החקירה, נמצא כי המתלוננת:

"אינה מבינה את המתרחש בסביבתה, שקועה בעצמה ואינה מתעניינת הרבה באחרים. מאידך גם קל לפתות אותה. היא חסרת אונים וכמה שמסוגלת היא משתפת פעולה ונכנעת לרצון של אחרים. אינה מבינה איך לסרב. אין בהתנהגות שלה סמנים של דחף מיני פעיל" (ת/3).

נמצאנו למדים אם כן, כי מצבה התפקודי של המתלוננת היה ירוד למדי כבר בשנת 2012, ואין חולק כי מצב זה לא השתפר מאז. בהצטרפה של בדיקה זו לבדיקה הנוספת שנערכה למתלוננת כשבעה חודשים לאחר האירוע השני המתואר בכתב האישום, ועל אף פער הזמנים, לא נותר עוד ספק באשר לכך שבעת התרחשות האירועים יכולותיה הקוגניטיביות של המתלוננת לא איפשרו לה לתת הסכמה חופשית מדעת למגע מיני עם המערער, שעימו היתה לה היכרות שטחית בלבד.

33. מסקנה זו מתחזקת למול דבריו של המערער עצמו בשיחה המוקלטת, אשר אישר במשתמע את דבריו של מנהל התחנה "משהו משובש אצלה", כשאמר כי הוא מודע לכך שהמתלוננת נמצאת במרכז הטיפולי בשל מחלת האלצהיימר שלה; וכן למול דבריו בעדותו בבית המשפט, לפיהם "היה לה לפעמים חוסר זיכרון" (עמ' 167 לפרוטוקול מיום 24.1.2018) ולפיהם אופן ההתנהגות המבולבל והדיבור המנותק שלה בבית המשפט, היו דומים לאופן התנהגותה ודיבורה בעת שנהג להסיע אותה למרכז הטיפולי (שם, בעמ' 227).

34. אין בידי לקבל את טענת המערער לפיה לא הוצג לבית המשפט "מידע רפואי מהימן" באשר למצבה הקוגניטיבי של המתלוננת, כך שמסקנתו המשפטית נסמכה על "ראיות שאינן רפואיות", כטענתו.

בניגוד לנטען, רשאי בית המשפט ללמוד על מצבו הקוגניטיבי של עד או מתלונן מעדות בן משפחתו או קרובו המכירו היטב, ואף אין כל פסול בכך שבית המשפט מצא להתרשם בעצמו באופן בלתי אמצעי מהמתלוננת, הגם שלא עלתה על דוכן העדים (ראו, בשינויים המתחייבים מאי-העדתה של המתלוננת, ע"פ 2480/09 פדלון נ' מדינת ישראל ((7.9.2011)).

התשתית הראייתית המוצקה הכוללת את התיעוד הרפואי של ד"ר המרמן-רוזנברג; עדות בנה של המתלוננת; דבריו של המערער עצמו על מצבה של המתלוננת, בשיחה המוקלטת ובעדותו בבית המשפט; עדות חוקרת המשטרה על מצבה של המתלוננת בעת מסירת הודעתה במשטרה; והתרשמותו הישירה של בית המשפט מהמתלוננת – איפשרה אפוא לבית המשפט המחוזי לקבוע ממצאי עובדה בדבר לקותה הנפשית של המתלוננת, אף בהיעדר בדיקה פסיכיאטרית מזמן אמת.

35. מסקנתי לפיה המחדל החקירתי של אי-עריכת בדיקה עדכנית באשר למצבה הקוגניטיבי של המתלוננת בסמוך להגשת התלונה לא גרם במקרה זה לפגיעה בהגנת המערער, יפה גם ביחס למחדל החקירתי הנוסף, והוא – כי תשאולה של המתלוננת במסגרת הודעתה במשטרה נעשה בניגוד לכללי סדר הדין העוסקים באנשים עם מוגבלויות.

אכן, יש ממש בטענת המערער, לפיה הוראות חוק הליכי חקירה והעדה לא כובדו במקרה דנן, ועל כך יש להצר. לפי הוראת סעיף 3(ב) לחוק זה, משנוכחה חוקרת המשטרה לדעת שהמתלוננת היא בעלת מוגבלות שכלית, היה עליה להפנותה ל"חוקר

מיוחד", שהוא, על פי סעיף 6 לאותו חוק, פסיכולוג, עובד סוציאלי, קרימינולוג קליני או בעל הכשרה בתחום המיוחד, אשר עבר הכשרה לצורך תפקידו. חוקר מיוחד זה רשאי היה להיעזר באיש מקצוע שהיה עשוי לסייע לו בגביית העדות, כאמור בסעיף 7(ב) לחוק. כמו כן, בניגוד להוראת סעיף 10 לחוק האמור, לא תועדה חקירת המתלוננת בתיעוד חזותי או בתיעוד קולי.

ואולם, לצד הוראות החוק האמורות הדורשות חקירה מותאמת ומתועדת, סעיף 14 לחוק זה קובע כי גם אם נערכה לאדם עם מוגבלות חקירה שלא בידי חוקר מיוחד, אין הדבר פוגם בחוקיותה של החקירה (ע"פ 9197/18 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 38 (23.1.2020); ע"פ 4793/08 רג'בי נ' מדינת ישראל, בפסקה 38 (26.9.2011)).

יתירה מזאת, במקרה דנן, הודעת המתלוננת הוגשה, כאמור בהכרעת הדין, רק לצורך הוכחת מצבה של המתלוננת סמוך ככל האפשר למועד ביצוע המעשים, ומבלי שהצדדים ביקשו לבסס עליה ממצא עובדתי כלשהו – ובית המשפט אכן נמנע מלעשות כן. בנסיבות אלה, היעדרה של חקירה מותאמת או מתועדת כנדרש – אף שהוא מהווה מחדל חקירתי – לא פגע בהגנת המערער; ממילא אין במחדל זה כשלעצמו כדי להביא לזיכוי.

36. המסקנות המתבקשות הן אפוא כי קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי – כי המערער יזם והשתתף במעשים המיניים וכי עשה כן תוך ניצול לקותה של המתלוננת – בדין יסודם; כי ראוי היה ליתן משקל לשיחה המוקלטת כראיה לחובת המערער; כי מחדלי החקירה עליהם הצביע המערער לא קיפחו את הגנתו באופן המצדיק את זיכוי; וכי ההתבססות של בית המשפט המחוזי על מגוון ראיות לצורך הערכת מצבה הנפשי של המתלוננת היתה מוצדקת.

לנוכח כל האמור, דעתי היא כי יש לדחות את הערעור על הכרעת הדין, וכך אציע לחברי לעשות.

הערעורים על גזר הדין

37. לאחר שעיינתי בנימוקי הערעור ושמעתי את טענות הצדדים בדיון, באתי לכלל מסקנה כי דין הערעור על חומרת העונש להידחות, בעוד שדין הערעור על קולת העונש להתקבל.

הגם שככלל אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בעונש שהושת על ידי הערכאה הדיונית, אני סבור כי בנסיבות דנן מוצדקת התערבותנו במידת העונש, מהטעמים שיפורטו להלן.

38. חברה מתוקנת נמדדת ביחסה לזקנים, לחלשים ולחסרי ישע. נצטוונו בספר ויקרא "מִפְּנֵי שְׂיֵבָה תִּקּוּם וְהַדְרַת פְּנֵי זָקֵן וְנִהְיֵאתָ מֵאֲלֹהֶיךָ" (ויקרא יט, לב). אך לא הדר ולא מורא היו במעשי המערער; כי אם חילול כבודה וביזויה של אישה בעשור התשיעי לחייה, הלקויה בשכלה עקב מחלת האלצהיימר.

בשתי הזדמנויות שונות שנקרו לידו ניצל המערער את חולשתה השכלית של המתלוננת, הוליך אותה שולל וגרם לה לבצע בו מעשים מיניים למען יבוא על סיפוקו. כל זאת, תוך שמעל באמון שניתן בו כבעל תפקיד המופקד על הסעתה של המתלוננת, בהיכרותו עימה וביודעו על מגבלותיה. מעשהו זהו מעורר תחושה קשה של סלידה ושאט נפש.

בנסיבות אלה, אין בידי לקבל את טענת המערער לפיה שיקולי שיקום בלבד הם אלו שצריכים לעמוד לנגד עיני בית המשפט בעת גזירת עונשו, באופן המבכר השתת עונש לריצוי בדרך של עבודות שירות על פני עונש מאסר בפועל. לטעמי, חומרת העבירות ופגיעתן הקשה בערכים המוגנים של שמירה על גופו וכבודו של אדם, ובמיוחד קשישים חסרי ישע, מחייבת דווקא ענישה מרתיעה במיוחד, אשר תבטא את הסלידה החברתית מהמעשים.

39. המשיבה טענה, כי בשלב קביעת מתחם הענישה לא התחשב בית המשפט המחוזי בהוראת סעיף 355(א) לחוק העונשין, הקובעת כי עונשו של מי שהורשע בעבירה בה הורשע המערער – "לא יפחת ... מרבע העונש המרבי שנקבע לאותה עבירה, אלא אם כן החליט בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, להקל בעונשו".

העונש הקבוע לצידה של העבירה בה הורשע המערער, מעשה מגונה באישה הלקויה בשכלה, לפי סעיפים 348(א) ו-345(א)(5) לחוק העונשין, הוא שבע שנים. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, העונש המזערי לעבירה עומד אפוא על 21 חודשי מאסר. בית המשפט המחוזי קבע כי עונש זה יחושב כך ש-6 חודשים מתוכו ירוצו בדרך של מאסר בפועל ו-15 חודשים בדרך של מאסר על תנאי. בכך אין כל פסול, שכן סעיף 355(ב) לחוק העונשין מורנו כי עונש המאסר "לא יהיה, בהעדר טעמים מיוחדים, כולו על תנאי". מכאן, שניתן לחשב את העונש המזערי כך שחלקו יושת בדרך של מאסר על תנאי (ע"פ

337/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 13 (9.9.2013); ע"פ 8235/19 פלוני נ' מדינת ישראל (11.5.2020).

בניגוד לטענת המשיבה, בית המשפט לא התעלם אפוא מהעונש המזערי הקבוע בצד העבירה, אלא התחשב בו בשלב גזירת עונשו של המערער בתוך המתחם. ואולם, שגגה אחרת נפלה תחת ידו של בית המשפט המחוזי, שכן בקביעת העונש לא נלקחה בחשבון העובדה כי המערער הורשע בשתי עבירות של מעשה מגונה בחסרת ישע באופן המשנה את התמונה העונשית. גם בשל כך מוטל עלינו להתערב בגזר דינו ולהחמיר בעונשו של המערער.

40. לא נעלמו מעיני נסיבותיו האישיות של המערער, ובהן גילו המבוגר, כבן 75 שנים, והעובדה שאינו מצוי בקו הבריאות. ואולם, כפי שקבעתי בענין אחר, לא בכל מקרה בו בריאותו של אדם שהורשע בדין לקויה, ימנע הדבר את כניסתו למאסר (ראו ע"פ 2724/17 מורגנשטרן נ' מדינת ישראל, בפסקה 55 לפסק דיני (24.4.2018)). בענייננו, לא נטען כי מצבו הבריאותי של המערער אינו מאפשר לו לשהות בתנאי מאסר בפועל, וחזקה על שירות בתי הסוהר כי הוא ערוך ליתן למערער כל טיפול רפואי שיזדקק לו.

41. בנסיבות אלה, אני סבור כי יש להעמיד את עונשו של המערער על 15 חודשי מאסר לריצוי בפועל, תחת העונש של 6 חודשי מאסר בפועל שנגזר עליו בבית המשפט המחוזי.

יודגש, כי לדידי אף עונש זה אינו הולם דיו את המעשים החמורים בהם הורשע המערער, ומן הראוי היה להטיל עליו עונש חמור ממנו; אך כלל נקוט בדינו כי אין ערכאת הערעור נוהגת למצות את הדין עם המערער.

42. אשר על כן, אציע לחבריי לדחות את ערעורו של המערער על הכרעת הדין וגזר הדין, ולקבל את ערעורה של המשיבה על גזר הדין, כך שרכיב עונש המאסר בפועל שהוטל על המערער יעמוד על 15 חודשי מאסר. יתר רכיבי הענישה יותרו על כנם.

השופטת ע' ברון:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי השופט י' אלרון ולדרך הילוכו, הן לעניין הכרעת הדין הן לעניין גזר הדין.

שופטת

השופט א' שטיין:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' אלרון.

ניתן היום, ח' בסיון התש"ף (31.5.2020).

שופט

שופט

שופטת