



עפ"ג 13572/12/15 - בן זקורסקי נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

02 נובמבר 2016

עפ"ג 13572-12-15

לפני: כב' השופט יעקב שפסר, סג"נ, אב"ד
כב' השופטת זהבה בוסתן
כב' השופט ד"ר שמואל בורנשטיין
המעורר: בן זקורסקי
ע"י ב"כ עו"ד א' סלטו
נגד
המשיבה: מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד א' שרגנהיים - פמ"מ

פסק דין

1. ערעור על גזר דינו של בית משפט השלום ברחובות מיום 8.11.15 בת"פ 4638-05-13 (הנשיאה השופטת ע' רון), בו הורשע המערער על פי הודאתו בהחזקת חומר תועבה (עבירה לפי סעיף 214 (ב3) לחוק העונשין התשל"ז - 1977), ונדון לחודשיים מאסר בפועל ולשבועה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים לבל יעבור עבירה בה הורשע.

2. עפ"י העובדות בהן הורשע, החזיק המערער עובר לתאריך 8.2.11 ובמשך מספר חודשים בביתו, במחשב נייד ובכרטיס הזיכרון של הטלפון הנייד שלו, קבצים, סרטונים ומאות תמונות בעלי תוכן פדופילי, בהם נצפו, בין היתר, קטינים המופיעים בעירום מלא או חלקי, כאשר הם מבצעים אקטים מיניים שונים. את הסרטים והתמונות הוריד הנאשם למחשבו ולטלפון שלו באמצעות תוכנת שיתוף קבצים באינטרנט.

3. בית המשפט קמא סקר בהכרעת דינו את טיעוני הצדדים ועתירותיהם: התביעה עתרה למאסר המתקרב לרף הגבוה של מתחם הענישה העומד לדעתה על שנת מאסר שהוא העונש המירבי הקבוע לצידה של העבירה, וההגנה עתרה לרף הנמוך של המתחם, שלדעתה הוא מאסר מותנה. כן ציין ביהמ"ש קמא את שיקולי החומרה והקולא ובכללם את העובדה, כי למערער עבר פלילי רלבנטי בגין הרשעה משנת 2006 בעבירה של מעשה מגונה בפני קטינים. מנגד ציין את נסיבותיו האישיות הלא קלות של המערער, את לקיחת האחריות ואת חלוף הזמן. בנוסף, ציין ביהמ"ש קמא, את העובדה כי לאחר שנדחה על ידי שירות המבחן, פנה המערער לטיפול פרטי ונטל בו חלק משך ארבעה חדשים, עד שהחל לעבוד בעבודה חדשה וחדל מן הטיפול.

בגזר דינו מפרט ביהמ"ש גם את האמור במסמך שהוגש ע"י ד"ר טל כרמי-קציר מהמרכז לבריאות הנפש - אברבנאל אשר בדקה את המערער, סקרה את עניינו ומצאה אותו מתאים לטיפול במרפאה. עם זאת ההתרשמות היתה כי הפיק תועלת נמוכה מהקבוצה הטיפולית בה השתתף.



ביהמ"ש קמא הפנה גם להתרשמות שירות המבחן, לפיה מדובר בסיכון גבוה מאד לחזרה לביצוע עבירות דומות. לטעמו של שירות המבחן זקוק המערער לטיפול משולב פסיכיאטרי לצד טיפול אינטנסיבי המוצע במרכז יום לעברייני מין. המערער גילה אמביוולנטיות רבה לסיוע מסוג זה. כפי שפורט במסמך של שירות המבחן הוצעו לו מספר מסגרות טיפוליות, אולם הוא דחה את האפשרויות האמורות. בשל כל אלה - לא מצא שירות המבחן לבוא בהמלצה טיפולית.

בית המשפט קמא היפנה את המערער מספר פעמים לממונה על עבודות השירות אשר מצאו כבלתי מתאים לביצוע עבודות שירות. נציין כי אף אנו מצאנו לנכון לשלוח את המערער פעם נוספת לממונה בתקוה כי ימצא לו מקום השמה (ישיבת 7.2.16), ואולם עפ"י חו"ד שהונחה על שולחנו, לא שינה הממונה את עמדתו ולא מצא מקום השמה מתאים למערער. גם נסיון נוסף שערכנו (ישיבת 19.6.16), לשלוח את המערער לשירות המבחן לבחינת הליך טיפולי פרטי לא צלח, זאת נוכח סגירת המרפאה המוצעת על ידו והפסקת פעילותה.

לאחר סקירת הנתונים האישיים פנה בית המשפט קמא לדון בעבירה, ציין את תכלית החקיקה והחשיבות במיגור התופעה, כשההערכה היא שכל עוד יהיה ביקוש לפרסומים מעין אלה, תמשיך להתקיים התעשייה הפסולה של ניצול קטינים. על כן מצא המחוקק כי אפילו נעשים הדברים בתחום הפרט, יש מקום להילחם בהם באמצעות ענישה פלילית.

במכלול האמור, גזר בית המשפט את עונשו של המערער כמפורט בסעיף 1 לעיל.

4. תמצית נימוקי הערעור היא, כי המדובר בענישה של מאסר בפועל שלא על דרך עבודות שירות, לראשונה מאז חוקק החוק לפני 18 שנה. לטענת המערער מדיניות הענישה הנוהגת, נסיבות ביצוע העבירה ונסיבותיו האישיות של המערער, אינן מצדיקות יצירת תקדים כאמור.

המדובר לטענת המערער בהחזקת חומר התועבה לתקופה קצרה. המערער מחק מיוזמתו את כל הקבצים שהכילו חומר תועבה בטרם נפתחה חקירת המשטרה והודה בביצוע העבירות מיד בהזדמנות הראשונה, הן במשטרה והן בבית המשפט. באשר לנסיבותיו האישיות מציין המערער כי ננטש על ידי אביו בהיותו בן 10 חדשים, וגודל על ידי אמו בלבד. בהיותו בן 5 שנים עבר התעללות מינית על ידי גבר זר, אח"כ עלה ארצה בגפו, שירת בצה"ל, והוא עובד למחייתו. המערער גר עם אמו וזולתה אין לו משפחה נוספת, הוא המפרנס היחיד ומאסרו יפגע אנושות גם באמו. המערער מציין כי פנה ביוזמתו לטיפול מרפאתי וטופל משך 4 חדשים על חשבון.

המערער מתנגד ואינו מוכן להשתלב בהליך הטיפולי המוצע על ידי שירות המבחן - טיפול אינטנסיבי בהוסטל לעברייני מין "מעגלים". לטענתו, הוא אינו יכול בנסיבותיו לקבל דרך טיפולית זו, זאת בשל הצורך לשהות ליד אמו שהיא אשה בת 69 הסובלת מבעיות בריאות, מתקשה בהליכה ונתמכת בין השאר ממשכורתו. הטיפול היחיד אותו מוכן הוא לקבל הוא טיפול פרטי, אצל גורם רפואי שאינו מוכר כ"מורשה", טיפול הנשלל על ידי שירות המבחן כבלתי מתאים בנסיבותיו ובמצבו של המערער.

במהלך הדיון שהתנהל לפנינו, ומשהוברר כי נוכח נתוני המערער, לא מוכן שירות המבחן לאמץ דרך טיפולית חליפית זולת המוצע על ידו, חזר ב"כ המערער על טיעוניו וטען כי שגה בית המשפט קמא בקביעת המתחם והעונש הראוי בעניינו של מרשו. לדבריו מתחם העונש ההולם לעבירה דנן הוא בין מאסר על תנאי לבין עבודות שירות ומשלא ניתן לבצען - אין לגזור עונש חמור יותר בדמות מאסר בפועל, אלא להקל בדיון. כן חזר ב"כ המערער על יתר טיעוניו



הנוגעים לנסיבותיו האישיות של המערער. בכל מקרה טען המערער כי מבין שתי האפשרויות - שנת טיפול בהוסטל או חדשים מאסר, מעדיף הוא את "האפשרות הפחות גרועה" היינו חדשים מאסר.

ב"כ המערער הוסיף וטען כי הממונה על עבודות השירות חרג מסמכותו ופעל בניגוד לדין. לדבריו, קיימת אבחנה עפ"י החוק בין מצב בו נמצא שנאשם אינו מתאים לביצוע עבודות שירות, לבין מצב בו לא נמצא מקום להשמתו מסיבות שונות. האפשרות הראשונה, בה נמצא שנאשם אינו מתאים לביצוע עבודות שירות יכולה להיות מבוססת על חוות דעת קצין משטרה או עובד שב"כ או שב"ס. בכל מקרה אחר לא ניתן לקבוע כי נאשם לא מתאים לעבודות שירות, אלא צריך לקבוע שלא נמצא עבורו מקום. במילים אחרות, המערער טוען, כי החוק אינו מאפשר לממונה על עבודות שירות לקבוע שאדם אינו מתאים לביצוע עבודות שירות.

5. המשיבה עותרת לדחיית הערעור וסומכת טענותיה על גזר דינו של בית המשפט קמא. ב"כ המשיבה מפנה לנסיבות החוזרים להביא את המערער למציאת מקום בו יוכל המערער לבצע עבודות שירות שנכשלו, ועל כן לא ניתן לדעתה לומר כי בית המשפט שגה בקביעתו.

בטיעוניה לפנינו הוסיפה ב"כ המשיבה וציינה, כי המדובר בתיק שונה בנוף התיקים מסוג זה ובעל חומרה יתרה, שעניינו במערער עם ריבוי סוגי סטיות מיניות, בעל מסוכנות גבוהה, עבריין מין גם בעברו, שלא עבר טיפול, ואשר ביהמ"ש קמא מצא לאזן בעונשו בכך שלא הטיל עליו 6 חדשי מאסר אלא חודשים בלבד. לטענתה, עבודות שירות הן קודם כל מאסר, ורק אח"כ רשאי בית המשפט להמירם לעבודות שירות, כך שאין כלל סטיה מהמתחם, כשבעניינו נגזר מאסר בפועל נוכח מסוכנותו הספציפית של המערער.

המשיבה מתייחסת גם לשאלת חלופה הזמן וטוענת כי המדובר בדחיות שנבעו מנסיבות למציאת מקום לביצוע עבודות שירות ולא בשל עיכוב בטיפול המשפטי בתיק.

6. לאחר שעיינו בהודעת הערעור על נספחיה ושמענו את טיעוני הצדדים, סבורים אנו כי לא נפלה שגגה מלפני בית המשפט קמא בגזר דינו. אדרבא, בית המשפט קמא אכן עשה מאמץ ראוי לציון לשלב את המערער בעבודות שירות, מאמץ שלמרבה הצער כשל.

7. כאמור גם במסגרת הליך הערעור, נעשה על ידינו מאמץ חוזר, פעמיים, לבחינת אפשרות השמתו של המערער במסגרת עבודות שירות, ואולם הממונה על עבודות השירות חזר וקבע בשתי חוות הדעת שהגיש (מיום 23.3.16 ומיום 4.4.16), כי אין ביכולתו למצוא מקום השמה למערער והוא נמצא על ידו כלא מתאים לעבודות שירות.

8. בישיבה נוספת שקיימנו ביום 19.6.16, נעשה נסיון נוסף לשלב את המערער בהליך טיפולי ובהחלטתנו מאותו מועד מצאנו לאפשר לשירות המבחן לחוות דעתו בדבר אפשרות לטיפול פרטי שהוצעה על ידי המערער.

בחוו"ד שירות המבחן מיום 11.7.16 לא מצא שירות המבחן את המסגרת הטיפולית הפרטית המוצעת על ידי המערער כמתאימה, בהיותה בלתי מוכרת על פי חוק הטיפול בעברייני מין כמרכז מורשה לטיפול בעברייני מין, וכן אינטנסיביות הטיפול בה אינה הולמת את מסוכנותו המינית ואינה הולמת את צרכיו ומצבו. שירות המבחן מציין כי



המערער שולל אפשרות שהוצעה לו להשתלב בטיפול במסגרת הוסטל לעברייני מין, ומתרשם כי מגלה נוקשות רבה ואינו מוכן לבחון אפשרויות טיפוליות מותאמות עבורו.

בסיכום הדברים מציין שירות המבחן כי מדובר בתמונה מדאיגה של אדם הסובל מסטיות מיניות, מגלה עיסוק יתר במין ובעל קשיים שונים. מקורות התמיכה בו דלים ונוכח עמדתו הנוקשה, לא ניתן לתת לו את הסיוע הנדרש במצבו, זולת המוצע לעיל לו הוא מסרב, ועל כן לא הוגשה המלצה טיפולית בעניינו.

9. בעקבות חוות הדעת האמורה, הוגשה עמדת המערער אשר מציין כי בנסיבותיו לא יוכל להשתלב בהוסטל, זאת בשל דאגתו לאמו עימה הוא חי והתלויה בו רגשית וכלכלית.

10. לאחר שעיינו בכלל החומר ושמענו את טיעוני הצדדים, לא מצאנו מקום לקבלת הערעור.

11. ראשית, יש לזכור כי הכלל הוא שערכאת ערעור לא תתערב בעונש שהוטל על-ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים נדירים בהם מתקיימת סטייה מהותית ממדיניות הענישה הראויה, או כאשר מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות את הדבר. לא מצאנו בנסיבות עניינו, בהן מדובר במערער בעל סטיות מכמה סוגים, מסוכנותו רבה, בעל עבר פלילי בעבירות מין קודמת, והמסרב להיעתר למסלול הטיפול המוצע על ידי שירות המבחן, כי המדובר בחריגה ממדיניות הענישה המצדיקה התערבות בענישה.

12. שנית ובעיקר, לנגד עינינו עומדת התכלית שבבסיס העבירה שעניינה החזקת חומר פורנוגרפי של קטינים. תכלית זו הובהרה היטב בהחלטתו של בית המשפט העליון ברע"פ 3890/09 מור נ' מדינת ישראל פסקה 3, [פורסמה בנבו] (17.5.2009):

"... החזקת פרסום תועבה ובו דמותו של קטין - היא בראש ובראשונה מיגור התופעה החמורה של התעללות מינית בקטינים. סיווגה כ"עוון" אינו משנה מן החומרה המיוחסת לעבירה זו, ואף לא מן העובדה כי במעשיו תרם המבקש לעידוד התופעה, גם אם בעקיפין. אדרבא, העבירה בה הורשע המבקש נועדה לטפל בדיוק במקרים בהם הפגיעה הנגרמת לקטינים איננה ישירה, אלא כזו הנגרמת על ידי אלו המחזיקים ברשותם חומר פדופילי, ובכך מעודדים את יצירתו והפצתו."

ראויים לעיון גם הדברים שנאמרו בע"פ 1269/15 פלוני נ' מדינת ישראל פסקה 12 [פורסם בנבו] (23.12.2015):

"האיסור על החזקת ופרסום חומרים פורנוגרפיים נועד למנוע שני נזקים עיקריים: הנזק הראשון הנגרם מפרסום ומהחזקה של פורנוגרפיית ילדים הוא פגיעה בכבוד ילדים ובפרטיותם (ערך הכבוד וערך הפרטיות). נזק זה נוגע בראש ובראשונה לילדים שהם מושא החומר הפורנוגרפי עצמו. עוצמת הנזק וחומרתו תלויה, כמובן, באופי הצילום, בנסיבות הפקתו ובתפוצה אליה הוא מגיע, אך בכל מקרה, פרטיותם וכבודם של הילדים המופיעים



בחומרים מסוג זה נפגעים מעצם כך שנעשה בצילומים אלה שימוש מיני. הנזק השני הוא פגיעה פיזית-מינית בילדים (הערך של שלמות הגוף והגנת נפשם של ילדים). הקשר הסיבתי המופיע בספרות בין החזקה ופרסום של חומרים פורנוגרפיים לבין פגיעה פיזית-מינית בילדים הוא כפול. ראשית, צריכת חומר תועבה בדמות פורנוגרפית קטנים עלולה לעודד את השוק להוסיף ולייצר חומרים כאמור, דבר הכרוך בפגיעה פיזית-מינית בילדים כמפורט לעיל. כמו כן, קים חשש שהמחזיק עצמו ישתמש בחומרים שברשותו על-מנת לשדל ילדים אחרים ליצור עבורו חומרים פורנוגרפיים בהשתתפותם. שנית, החזקת חומרים כאמור עלולה להביא לפגיעה פיזית-מינית בילדים על-ידי המחזיק, אשר ינסה לחקות את המעשים המוצגים בחומר הפורנוגרפי..."

13. לא מצאנו ממש גם בטענתו של המערער לפיה חרג כביכול הממונה על עבודות שירות מסמכותו בכך שקבע כי לא מצא את המערער כמתאים לעבודות שירות. עיון בחוות דעת הממונה מיום 23.3.13 ומיום 4.4.16 מלמד, כי הממונה ציין מפורשות בסעיף 3: "**לנידון לא נמצא מקום להשמה בעבודת שירות**". פסקה זו מופיעה גם בחוות דעת הממונה שהוגשו ביום 18.3.15, ביום 26.7.15 וביום 21.10.15 לבית המשפט קמא. מאליו ברור כי אין יסוד לטענת המערער והממונה לא חרג מסמכותו כנטען ע"י ב"כ המערער. מעבר לאמור בסעיף 4.2 - המהווה סיכום של חוות דעתו, מפרט הממונה את מקומות ההשמה אותם בדק ומציין כי כולם מסרבים להעסיק את המערער בשל אופי העבירה ומידת המסוכנות הנשקפת ממנו, וחוסר היכולת לפיקוח עליו. בנסיבות אלה מצא שאינו מתאים לביצוע עבודות השירות בשל רמת מסוכנותו הגבוהה. פירוט חוות דעתו של הממונה עליה מתבססת המלצתו, רצויה לדעתנו ואף מחויבת המציאות ויש בה כדי לפרוש לפני בית המשפט הדיוני את מלוא התמונה המתבקשת קודם שיגזור את הדין. איננו מוצאים שיש בפירוט זה כדי להחליף את שיקול דעתו של בית המשפט או לחרוג מהמנדט שניתן לממונה, וכל כולה אמצעי עזר נוסף שתכליתו לספק לבית המשפט מידע והערכה נדרשת לצורך שיקול מכלול הגורמים הרלבנטיים לענישה שיגזור.

14. עיינו בפסקי הדין אליהם היפנה אותנו ב"כ המערער ולא מצאנו כי תורמים הם תרומה של ממש לענייננו. בע"פ 10292/06 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (8.4.2008), היה מדובר בעניינים של קטינים, נעדרי עבר פלילי, שהביעו חרטה ושיתפו פעולה עם הגורמים הטיפולים בהליך השיקומי בשירות המבחן שמצאו סיכויי שיקום בעניינים, הצביעו על הנזק הרב שייגרם משליחתם לכלא, והמליצו להתמקד בעונש שיקומי של מאסר בעבודות שירות, ולהימנע משליחתם לבית הסוהר. בית המשפט העליון הדגיש באותו עניין כי מדובר בקטינים שעלו על דרך השיקום, וכן ציין כי התביעה עצמה, הסכימה להטלת עונש שירות לתועלת הציבור. עוד יצוין כי בית המשפט גזר את עונשם של המערערים שם לעבודות שירות ורק בדיעבד, משלא נמצא מקום השמה עבורם המיר את העונש למאסר בפועל.

דבר מהאמור אינו דומה לענייננו ולא ניתן לגזור גזירה שווה מפסה"ד הנ"ל. בענייננו אין המדובר בקטין שהקונספציה העונשית בענייניו כידוע שונה מהותית, אלא במערער בשנות הארבעים לחייו, שבניגוד למצב הדברים שבפסה"ד הנ"ל, נושא על גבו עבר פלילי רלוונטי, ובניגוד לעניינים של הקטינים אשר שיתפו פעולה בהליך הטיפולי ונמצא תסקיר חיובי ואפיק שיקומי בעניינים, אף התסקיר בענייניו של המערער שלילי ונעדר המלצה. בניגוד לפסה"ד אליו היפנה ב"כ המערער, גם גזר הדין נשוא ענייניו שניתן בבית המשפט קמא איזן מראש כראוי בעונשו של המערער ודן אותו מלכתחילה לחדשים מאסר בלבד, ולא למלוא התקופה האפשרית לביצוע בעבודות שירות.



בע"פ 779/08 **אלי מוסלי נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (1.4.2009), היתה ליבת פסה"ד בכפיפות סמכותו של הממונה לסמכות בית המשפט וקביעה כי שיקול דעתו של הממונה איננו בא להחליף את שיקול דעתו של בית המשפט. אין חולק בעניין זה. ואולם בהבדל מענייננו, בו לא קבע בית המשפט קמא כי המערער ירצה עבודות שירות, אלא אדרבא, הוא קבע ריצוי עונש של מאסר בפועל (ואך בדק במסגרת בדיקותיו המוקדמות לגזר הדין אפשרות לעבודות שירות), הרי שעניינו של פסק הדין בבית המשפט העליון הוא בגזר דין שקבע עבודות שירות ושונה בעקבות המלצת הממונה, דבר שנמצא כחריגה מסמכותו של הממונה. יצוין כי בפסק הדין האמור צידדה דעת הרוב בבית המשפט (השופטים פרוקצ'יה ומלצר) בהרחבת סמכויות הממונה וקביעה כי שיקוליו בדין יסודן, אלא שבנסיבות הקונקרטיות של אותו מקרה התקבל הערעור (השופטים ג'ובראן ומלצר כנגד דעתה החולקת של השופטת פרוקצ'יה).

רע"פ 3667/14 **קובי קרדי נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (1.6.2014), חוזר גם כן על העקרונות האמורים.

הנה כי כן, קיימים הבדלים של ממש בין פסה"ד אליהם היפנה ב"כ המערער לנסיבות מרשו, אשר לא רק שאינם תואמים לענייננו, ולא ניתן ללמוד מהם גזירה שווה, אלא שהעקרונות שנקבעו בהם לא נסתרו כלל בפסק דינו של בית המשפט קמא נושא ערעור זה.

15. לא מצאנו כל ממש גם בטענות המערער לחריגה ממתחם הענישה הראוי או בעונש הקונקרטי שהושת על המערער. מתחם הענישה שנקבע בין מאסר מותנה ושל"צ לששה חדשי מאסר בפועל מקובל עלינו, וסבורים אנו, נוכח המסוכנות המובהקת העולה בעניינו של המערער ומשכשלה כל חלופה טיפולית בעניינו, בעטיו שלו ובשל סירובו ונוקשותו, כמפורט בהרחבה לעיל וזאת למרות המאמצים הלא מבוטלים שנעשו בעניינו, ועל רקע תכלית הענישה שתוארה, כי גם העונש הקונקרטי שנגזר על ידי בית המשפט קמא, מתון ומידתי ואינו חורג מרמת הענישה הראויה, באופן המצדיק התערבותנו.

16. בנסיבות אלה, נדחה הערעור.

ניתן היום, א' חשוון תשע"ז, 02 נובמבר 2016, במעמד הצדדים.

שמואל בורנשטיין, שופט

זהבה בוסתן, שופטת

יעקב שפסר, שופט
אב"ד