



בש"פ 2596/23 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 2596/23

לפני:

כבוד השופט א' שטיין

המבקש:

פלוני

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי נצרת (השופט ג' צפריר) שניתנה ביום 12.3.2023 בפע"מ
16300-02-23

בשם המבקש:

עו"ד לירון מלכה

בשם המשיבה:

עו"ד עינת גרוסמן

החלטה

1. לפניי ערר על החלטת בית המשפט המחוזי נצרת (השופט ג' צפריר) אשר ניתנה ביום 12.3.2023 בפע"מ 16300-02-23. במסגרת החלטה זו, קבע בית המשפט כי העורר עונה על ההגדרה של "עבריין מין" לפי חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006 (להלן: חוק ההגנה או החוק) והורה על עריכת הערכת מסוכנות אודותיו.

2. במוקד הערר עומדת השאלה האם חוק ההגנה חל על העורר, בהינתן היותו קטין בזמן ביצוע העבירות בהן



הוא הורשע, שבעקבותיהן ניתנה ההחלטה מושא הערר.

3. בסעיף 2 לחוק ההגנה מפורטות שלוש חלופות להגדרתו של "עברין מין":

"עברין מין" - מי שהורשע בעבירת מין ומתקיים בו אחד מאלה:

(1) ביום ביצוע העבירה הוא היה בגיר;

(2) ביום ביצוע העבירה הוא היה קטין וביום הגשת כתב האישום נגדו מלאו לו 19 שנים;

(3) ביום ביצוע העבירה הוא היה קטין ונידון למאסר בפועל ובמועד שחרורו מלאו לו 19 שנים.

4. המדינה טוענת כי מקרהו של העורר נופל תחת החלופה השלישית: ביום ביצוע העבירות בהן העורר הורשע הוא היה קטין; העורר נידון למאסר בפועל; ובמועד שחרורו מהמאסר מלאו לו 19 שנים.

5. העורר טוען כי הדבר אינו כך, ועל כן אין מקום לערוך בעניינו הערכת מסוכנות.

6. ואלו העובדות הצריכות לענייננו: העורר, יליד נובמבר 2002, הודה והורשע, במסגרת הסדר טיעון, בכתב אישום מתוקן אשר ייחס לו שישה אישומים שעניינם עבירות מין שהלה ביצע בהיותו קטין בן 16-17 באמצעות הרשת החברתית אינסטגרם. לפי עובדות כתב האישום, העורר יצר קשר עם חמש קטינות דרך האינסטגרם ובדרכים-לא-דרכים שכנען לשלוח לו תמונות עירום וסרטונים בהם הן חושפות את גופן ונוגעות בעצמן - כאשר העורר מתריע בפניהן שאם לא תעשנה כרצונו הוא יפיץ את תמונותיהן האינטימיות או יפגע בהן בדרך אחרת. כמה מהקטינות עשו כדבריו. בשל מעשים אלו, הורשע העורר בריבוי עבירות של גרם מעשה אינוס לפי סעיפים 345(א)(1) ו-350 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); ריבוי עבירות של סחיטה באיומים לפי סעיף 428 סיפא ורישא לחוק העונשין; וריבוי עבירות של איומים לפי סעיף 192 לחוק העונשין. כן הורשע העורר בניסיון לפגיעה בפרטיות, עבירה לפי סעיפים 5 ו-2(3) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 - זאת, במסגרת האישום השישי לפיו הוא נכנס לשירותים בעקבות אחת המתלוננות וניסה לצלמה בעודה בתא השירותים.

לבקשת העורר, לכתב אישום זה צורף כתב אישום נוסף במסגרתו הודה העורר בהפרת הוראה חוקית, עבירה לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין, ובכניסה למקום מגורים בכוונה לבצע עבירה, עבירה לפי סעיף 406(א) לחוק העונשין. לפי עובדות כתב האישום הנוסף, בהיותו נתון במעצר בפיקוח אלקטרוני, נכנס העורר לבית שכניו במטרה לגנוב. בהמשך, הוא נכנס לחדר השינה של המתלוננת ונעמד מעל מיטתה. המתלוננת התעוררה, ראתה את העורר בסמוך למיטה, החלה לצעוק והעורר נס חזרה לביתו.

7. ביום 31.10.2022 ניתן גזר הדין בענייננו של העורר (בית המשפט לנוער בבית המשפט המחוזי נצרת בתפ"ח 52940-01-20). במסגרתו של גזר דין זה, השית בית המשפט על העורר את העונשים הבאים: מאסר בפועל כמניין ימי מעצרו (כשלושה חודשים); 12 חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים לבל יעבור עבירה מסוג פשע; 6 חודשי עמוד 2



מאסר על תנאי לבל יעבור כל עבירה מסוג עוון; וכן פיצויים לחמש מתלוננות בסכומים שונים. כמו כן הוטל על העורר צו מבחן למשך 24 חודשים במסגרתו ניתנו צו פיקוח בתנאי מגורים בפנימייה עד הגיעו לגיל 21 וצו שירות לתועלת הציבור בהיקף של 200 שעות.

8. ביום 15.1.2023 הגישה המדינה בקשה למותב שנתן את גזר הדין ובמסגרתה ביקשה כי בית המשפט יורה על עריכת הערכת מסוכנות בעניינו של העורר בהתאם לחוק ההגנה. בהתאם להערות בית המשפט, הגישה המדינה את הבקשה בשנית למותב שאינו דן בתיק העיקרי, במסגרתה ביקשה כי תיערך בעניינו של העורר הערכת מסוכנות על מנת לבחון אפשרות של הטלת מגבלות במסגרת צו פיקוח לפי חוק ההגנה. העורר התנגד לבקשה וטען כי אינו עונה להגדרת "עבריין מין" בחוק ועל כן החוק לא חל עליו ואין מקום להערכת מסוכנות.

9. ביום 12.3.2023 קבע בית משפט קמא כי העורר עונה על הגדרת "עבריין מין" בחוק ההגנה. בית המשפט קבע כי העורר אמנם ביצע את העבירות בהיותו קטין, אולם הוא סיים לרצות את מאסרו לאחר שמלאו לו 19 שנה, כאמור בסעיף 2 לחוק. כן קבע בית המשפט כי טענת העורר לפיה משמעות ניכוי ימי מעצרו היא כי העורר ריצה, כביכול, את מאסרו בזמן שהיה עצור והשתחרר מהמאסר ביום השחרור ממעצרו - בעודו מתחת לגיל 19 - אינה תואמת את האמור בסעיף 43 לחוק העונשין, אשר קובע כי "מי שנדון למאסר תיחשב תקופת מאסרו מיום גזר הדין אם לא הורה בית המשפט אחרת". בית משפט קמא הסביר כי בית המשפט שגזר את עונשו של העורר ניכה אומנם את ימי מעצרו מעונש המאסר שהשית עליו - ניכוי אשר איפס את תקופת המאסר שנקבעה כאמור, אולם הוא לא קבע במפורש מועד אחר לביצוע גזר הדין; ועל כן תקופת המאסר צריכה להיספר מיום גזר הדין, כמצווה בסעיף 43 לחוק העונשין.

10. על החלטה זו הגיש העורר את הערר שלפניי.

11. במסגרת הערר, טוען העורר כי שגה בית משפט קמא בקבעו כי הוא עונה על הגדרת "עבריין מין" שבחוק ההגנה. נטען כי במסגרת גזר הדין בית המשפט קבע כי רכיב המאסר בפועל יהיה "כאורך תקופת מעצרו כך שמאסרו רוצה"; ועל כן הפרשנות הנכונה לגזר הדין היא כי העורר כלל לא נאסר או, לחלופין, כי מועד שחרורו של העורר ממאסרו הוא מועד שחרורו מן המעצר, ביום 5.11.2020, בעודו מתחת לגיל 19. בהתאם לאמור, נטען כי העורר לא נכלל בהגדרת "עבריין מין" שבחוק. עוד נטען כי מכיוון שבגזר הדין נכתב כי "מאסרו רוצה", הרי שבית המשפט "הורה אחרת" בהתאם להוראות סעיף 43 לחוק העונשין - הווה אומר: הוראת בית המשפט היתה שהמאסר רוצה במלואו ביום שחרורו של העורר מהמעצר ביום 5.11.2020, בטרם חגג את יום הולדתו ה-19. כן נטען כי פרשנות זו מתחייבת לנוכח שני אלו: (1) כוונת המחוקק להחיל את חוק ההגנה על קטינים במשורה ובמקרים בהם הקטין ביצע עבירת מין חמורה במיוחד; וכן (2) כוונתו של בית המשפט שגזר את עונשו של העורר להימנע משליחתו למאסר בכלא. כמו כן נטען כי ממילא אין מקום להחיל על העורר צו פיקוח, שכן הוא נתון תחת צו מבחן וצו מגורים בפנימייה אשר הקימו מערך פיקוח מספק.

12. מנגד, המדינה טוענת כי מקרהו של העורר נופל תחת סעיף 2, חלופה (3) לחוק ההגנה. המדינה מסבירה כי מאסרו של העורר, אשר קוזז במלואו על ידי המעצר, הוא עונש שהושת עליו ביום גזר הדין, אחרי שמלאו לו 19 שנים, ושריצויו הסתיים באותו יום ממש בשל הקיזוז. המדינה מוסיפה ומבהירה כי המחוקק ביקש להחיל את החוק, בין היתר, על קטינים אשר ביצעו עבירות מין חמורות, שהובילו למאסרם, ואשר בגרו והגיעו לגיל 19 במועד שחרורם מהמאסר או



לפניו. בהקשר זה נטען כי אומנם, בסופו של יום, הוטל על העורר עונש שיקומי, אולם יחד עם כך בית המשפט שגזר את הדין לא נמנע מלהטיל על העורר מאסר לריצוי בפועל לנוכח חומרת העבירות שהלה ביצע; וחזקה היא שבית המשפט היה מודע להשלכותיו של מאסר בפועל לעניין חוק ההגנה ביחס לנאשם הכמעט בן-20 אשר עמד לפניו במועד גזר הדין.

13. בהתאם להחלטתי מיום 4.4.2023, השלימו בעלי הדין את טיעוניהם בכתובים. במסגרת טיעונים אלה, התייחסו בעלי הדין לשאלה פרוצדורלית שעלתה במהלך הדיון: האם נתונה בידי הסמכות לדון בערר שלפניי לאור העובדה שחוק ההגנה אינו מעניק זכות ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בדבר עצם עריכתה של הערכת מסוכנות - להבדיל מהערכת המסוכנות גופה וצו פיקוח שמוצא בעקבותיה (ראו: סעיף 23(2)(א) בצירוף סעיפים 12, 13, 14 ו-18 לחוק ההגנה)?

14. לטענת העורר, המדינה ביקשה הערכת מסוכנות שלא במסגרת צו פיקוח ולכן מדובר בהחלטה סופית הנספחת להליך פלילי שהסתיים, שניתן לערר עליה בזכות. מנגד, המדינה טענה כי ההליך של הוצאת צו פיקוח במסגרת חוק ההגנה הוא מנהלי במהותו ועל כן ההחלטה מושא הערר היא "החלטה אחרת" במובנו של סעיף 41(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט). על החלטה כאמור ניתן לערער ברשות במסגרתו של הליך שמתקיים בפני דן יחיד, כאמור בסעיף 26(4) לחוק בתי המשפט. לגופם של דברים, הסכימה המדינה למתן רשות ערר בשל מורכבות הסוגיה שלפניי והשפעתה על המשך ההליך.

15. לנוכח הסכמת המדינה כי אדון בערר לגופו של עניין - כמתחייב במקרים בהם הוצא צו פיקוח לפי חוק ההגנה - החלטתי לעשות כן מבלי להכריע בשאלה הדיונית שעלתה.

16. לגופם של דברים, החלופה השלישית להגדרתו של "עברין מין" - שכאמור נקבעה בסעיף 2 לחוק ההגנה - קובעת ארבעה תנאים מצטברים: (1) מי שהורשע בעבירת מין; (2) ביום ביצוע העבירה הוא היה קטין; (3) נידון למאסר בפועל; ו-(4) במועד שחרורו ממאסר מלאו לו 19 שנים. בענייננו אין מחלוקת באשר להתקיימותם של שלושת התנאים הראשונים. המחלוקת בה נדרשתי להכריע לכאן או לכאן נוגעת לתנאי הרביעי בלבד, דהיינו, לשאלה "האם העורר הגיע לגיל 19 ביום שחרורו מהמאסר?".

17. לשאלה זו אין להשיב אלא בחיוב.

18. ראשית, אציין ואדגיש את נקודת המוצא לדיון: בית המשפט המחוזי שקבע את עונשו של העורר השית עליו מאסר לריצוי בפועל. החלטת בית המשפט לפיה תקופת המאסר תחפוף את ימי מעצרו של העורר, שיקזזו אותה במלואה, אין לפרשה כהחלטה להימנע מלהטיל עונש מאסר. בנסיבות אלה, כאמור בסעיף 2 לחוק ההגנה, המועד הקובע לעניין גילו של העברין - כמכונן את הדרישה להערכת מסוכנות מינית אודותיו - הוא מועד שחרורו מהמאסר; ובמועד זה לבדו יש להתמקד.

19. העורר טוען, כאמור, כי הוא שוחרר ממאסרו ביום שחרורו מן המעצר. לדבריו, כך קבע בית המשפט שגזר את דינו.



20. טענה זו נדונה לכישלון. יום השחרור ממאסר מסמן את גמר ריצוי העונש מאחורי סורג ובריה: יום שבו רואים את העבריין שנמצא חייב בדינו כמי שכבר שילם את חובו לחברה וכמי שפותח דף חדש בחייו בהיותו חופשי (בכפוף למאסר על-תנאי, שיכול שיהא תלוי נגדו בעת שחרורו מן הכלא). האם העורר נמצא חייב בדינו ובית המשפט הטיל עליו עונש במועד בו שוחרר ממעצרו? התשובה לשאלה זו היא שלילית. האם במועד בו שוחרר העורר ממעצרו הוא שילם את חובו לחברה ופתח דף חדש? גם לשאלה זו אין להשיב אלא בשלילה מוחלטת. המעצר בו שהה העורר ממילא לא היה בגדר עונש אשר מקדם את אינטרס החברה בהלימה, בהרתעה ובהרחקת העבריין מהחברה. העורר נעצר כדי שתשילל ממנו האפשרות לבצע עבירות נוספות, לשבש מהלכי משפט או להימלט מהדין (ראו: סעיפים 13 ו-21 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996; וכן בש"פ 7768/15 פלוגי נ' מדינת ישראל, פסקה 24 (20.4.2016)).

21. בית המשפט שגזר את עונשו של העורר לא יכול היה אפוא לשחררו מהמאסר שבו העורר שוחרר ממעצרו עוד בטרם נמצא חייב בדינו. יום שחרורו של העורר מהמאסר שהושת עליו לא יכול היה להיקבע למועד שקדם להרשעתו, מטעמים מובנים. ברי הוא, על-כן, שבית המשפט שגזר את עונשו של העורר החליט שמעשי העורר היו חמורים דיים כדי לחייב את מאסרו מאחורי סורג ובריה ובהתאם לכך השית על העורר עונש מאסר. בד-בבד, בית המשפט החליט להטיל על העורר עונש מאסר שאורכו כתקופת ימי מעצרו וניכה מתקופה זו את ימי המעצר, כמקובל. כתוצאה מניכוי זה, לא נותרו לעורר ימי מאסר לרצות והוא שוחרר ממאסרו לביתו. שחרור זה התרחש ביום גזר הדין, 31.10.2022. ביום זה, העורר היה קרוב לגיל 20, ולפיכך הוא עונה להגדרה של "עבריין מין" שבסעיף 2 לחוק ההגנה - עבריין שעל אודותיו ניתן וראוי לערוך הערכת מסוכנות למען ההגנה על הציבור.

22. העורר מבסס את טיעונו על האמור בסעיף 43 לחוק העונשין, אשר קובע כי "מי שנדון למאסר תיחשב תקופת מאסרו מיום גזר הדין אם לא הורה בית המשפט אחרת" (ההדגשה הוספה - א.ש.). לטענת העורר, בקבעו כי תקופת מאסרו תהא כימי מעצרו, בית המשפט שגזר את עונשו קבע את מועד שחרורו מן המאסר ליום שבו הוא השתחרר ממעצרו.

23. טענה זו, אין בידי לקבל משלוש סיבות.

24. ראשית, סעיף 43 לחוק העונשין מכיל בחובו הוראה אשר צופה פני-עתיד, ולא פני-עבר. הוראה זו מסמיכה את בית המשפט שהטיל עונש מאסר על נאשם בעקבות הרשעתו לקבוע כי המאסר לא ירוצה לאלתר אלא במועד מאוחר יותר. בית משפט זה קבע פה-אחד, במותב מורחב של תשעה שופטים, כי הוראה זו חופפת במידה רבה את האמור בסעיף 44 לחוק העונשין אשר מסמך את בית המשפט שהטיל על נאשם עונש מאסר "לצוות שהעונשיתחילמן התאריך שקבע" (ההדגשה הוספה - א.ש.). (ראו: ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241, פסקה 7 והאסמכתאות שם (2000)). הוראות חוק אלה מאפשרות לבית המשפט לעכב או לדחות את תחילת ריצויו של מאסר למועד שאחרי גזר הדין, הא ותו לא, ואין לראות בהן מכונת-זמן תוצר המדע הבדיוני, שבכוחה להזיז את ריצוי המאסר אחורה בזמן לתקופה שקדמה לגזר הדין ואף להרשעה.

25. סעיף 43 לחוק העונשין פורש גם כ"ההוראה הסטטוטורית המרכזית בדבר ניכוי ימי המעצר מתקופת המאסר שהוטלה על נאשם שהורשע בעבירה במסגרת גזר הדין" (ראו: ע"פ 201/18 טויזר נ' מדינת ישראל, פסקה 16 לפסק דינו של השופט ח' מלצר) (8.7.2018); וראו גם, מיני רבים: רע"ב 542/11 מדינת ישראל נ' ספיר, פסקה 8 לפסק דינו של



השופט י' עמית (13.1.2011) (להלן: עניין ספיר)). ברם, הפחתה זו של תקופת המאסר היא בגדר החלטה שיפוטית אשר צופה את פני העתיד ואינה משנה את העבר. החלטה זו קובעת את אורך התקופה בה יהא על הנאשם לשהות בכלא במועד נתינתו של גזר הדין, ואין לראות בה משום ייחוס המאסר לאחור - למועד שבו הנאשם טרם הורשע וטרם נענש.

26. שנית, בית המשפט שגזר את עונשו של העורר ממילא לא קבע שתקופת מאסרו תימנה ממועד שאינו יום גזר-הדין. כל שקבע בית המשפט הוא שימי מעצרו של העורר יוכו, כמקובל, מתקופת מאסרו אשר מתחילה ביום גזר הדין. כפועל יוצא מקביעה זו, ובהתחשב בתקופת שהותו של העורר במעצר - שכאמור נכתה מימי מאסרו - מאסרו בא לסיומו ביום גזר הדין, 31.10.2022, קרוב ליום הולדתו ה-20. בהתאם לכך, העורר עונה להגדרת "עבריין מין" שבחוק ההגנה ולפיכך ניתן וראוי לערוך בעניינו הערכת מסוכנות כדי להגן על הציבור.

27. זאת ועוד: הלכה היא עמנו כי "לנאשם אין זכות קנויה לניכוי ימי מעצר מעונש המאסר שנגזר עליו, והשאלה אם ראוי לנכות את ימי המעצר מעונש המאסר מהווה שיקול אחד מתוך מכלול שיקולי ענישה שעל בית המשפט לשקול" (ראו, מיני רבים: ע"פ 3924/17 אלבז נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת א' חיות (27.7.2017); וכן עניין ספיר, פסקה 8 לפסק דינו של השופט י' עמית). אין צל של ספק בכך שבית המשפט המחוזי שגזר את עונשו של העורר פעל לפי הלכה זו כאשר מצא לנכון לנכות מתקופת מאסרו את ימי המעצר. כפועל יוצא מכך, ברי הוא כי ההחלטה הקריטית לעניינו - החלטת בית המשפט לשחרר את העורר מהמאסר על יסוד שיקולי הענישה שנשקלו - ניתנה ביום גזר הדין, 31.10.2022, ביחס לבגיר אשר חצה את הקו של גיל 19.

28. אשר על כן, העורר עונה על ההגדרה של "עבריין מין" בחוק ההגנה. במאמר מוסגר, אציין כי מסקנה זאת נתמכת לא רק על ידי לשון החוק אלא גם על ידי תכליתו. החרגתם של קטינים מהמסגרת של צווי פיקוח לפי חוק ההגנה נעשתה על ידי המחוקק מטעמי שיקום שעל בסיסם הוקמו מנגנוני טיפול ייעודיים בגדרי חוק הנוער (שפיטה, ענישהודרכיטיפול), התשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער). מטעמים מובנים, המחוקק החליט שלא להחיל החרגה זו על עברייני מין צעירים שעבירותיהם הצדיקו הטלת מאסר מאחורי סורג ובריה ושהגיעו לגיל 19 בגמר ריצוי עונש המאסר (כפי שעולה מדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, אשר קדמו לחקיקת החוק והתקיימו במועדים שונים). לעניינו של חוק ההגנה, דינם של עבריינים כאלה כדין עברייני מין בגירים.

29. הערר נדחה אפוא בזאת. החלטת בית משפט קמא בדבר הערכת מסוכנותו של העורר תעמוד בעינה.

30. בשולי הדברים, הנני מוצא לנכון להפנות את תשומת לבם של בעלי הדין לכך שהעורר נדון, בד-בבד, למאסר בפועל ולשירות לתועלת הציבור - דבר שאינו עולה בקנה אחד עם האמור בסעיף 71א(א) לחוק העונשין ובסעיפים 24(1), 24א לחוק הנוער.

ניתנה היום, כ"ז באייר התשפ"ג (18.5.2023).

ש ו פ ט


