|  |
| --- |
| בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים |

|  |
| --- |
| ע"פ 8881/17 |

|  |  |
| --- | --- |
| לפני: | כבוד השופט ע' פוגלמן |
|  | כבוד השופט ג' קרא |
|  | כבוד השופט ע' גרוסקופף |

|  |  |
| --- | --- |
| המערערת: | פלונית |

|  |  |
| --- | --- |
|  | נ ג ד |

|  |  |
| --- | --- |
| המשיבה: | מדינת ישראל |

|  |
| --- |
| ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה ב[ת"פ 48343-08-16](http://www.nevo.co.il/case/22036340) שניתן ביום 5.11.2017 ע"י כב' השופטת רבקה פוקס |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| תאריך הישיבה: | י"ז בסיון התשע"ח (31.5.18) |  |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המערערת: | עו"ד רומן קלוגרמן; עו"ד איילת עוז |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המשיבה:  בשם שירות המבחן: | עו"ד איתמר גלבפיש  הגב' ברכה וייס |

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [368ג](http://www.nevo.co.il/law/70301/368c)

מיני-רציו:

\* עונשה של המערערת בגין הרשעתה בהתעללות בחסר ישע הינו עונש קל, שאינו מצדיק הקלה נוספת. יודגש עם זאת, כי לביהמ"ש סמכות להורות על כך שעונשו של נתין זר ירוצה בדרך של עבודות שירות, וכי כאשר הוא מורה לממונה על עבודות שירות לבחון התאמת נאשם לביצוע עבודות שירות, מחויב הממונה לבחון זאת על בסיס בחינת התאמתו האינדיווידואלית של הנאשם לביצוע עבודות שירות.

\* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: התעללות בחסר ישע

\* עונשין – ענישה – עקרון ההלימה‏

\* עונשין – ענישה – דרכי ענישה: עבודות שירות

.

ערעור על גזר דינו של ביהמ"ש המחוזי בו נגזרו על המערערת (עובדת זרה) 3.5 חודשי מאסר בפועל ומאסר על תנאי והיא חויבה בתשלום פיצויים בסך 3,000 ₪, בגין הרשעתה (ע"פ הודאתה) בעבירת התעללות בחסר ישע. לטענת המערערת, עמדת הממונה על עבודות שירות, שלא הציבה בעבודות שירות, מנוגדת לדין.

.

ביהמ"ש העליון דחה את הערעור בקבעו:

המערערת הורשעה בביצוע עבירת התעללות בחסר ישע, שהעונש הקבוע בצדה הינו 9 שנות מאסר. אף שבמסגרת כתב האישום שבהסדר הטיעון יוחסה למערערת עבירה אחת לפי [סעיף 368ג](http://www.nevo.co.il/law/70301/368c) לחוק העונשין סיפא, מדובר בסדרת מעשים, שהתפרשה על פני שבוע ימים. כך שהתיאור היבש והתמציתי של המעשים אינו מבטא את מידת האלימות והכיעור הנגלים מצפיה בדיסק שתיעד את מעשי המערערת.

המתחם שנקבע ע"י בימ"ש קמא – בין 6 חודשים, שיכול וירוצו בעבודות שירות, עד לשנתיים וחצי מאסר לריצוי בפועל – בהינתן נסיבות הביצוע, ריבוי המעשים, משך התקופה ובמיוחד ככל שהוא מתייחס לרף התחתון שבו, עשה חסד עם המערערת. העמדת עונשה של המערערת על 3.5 חודשים בפועל בנסיבות העניין מהווה חריגה ממתחם העונש שנקבע, ומעשה חסד נוסף הגובל במידת הרחמים.

בבוא ביהמ"ש לגזור את הדין אל לו לשכוח את קורבן העבירה, קשישה תשושה, חולה וחסרת ישע, בערוב ימיה, שזקוקה לתמיכה וסעד, ותחת זאת זכתה למנה גדושה של מכות והשפלות דווקא מידי מי שאמורה הייתה לשמש עזר כנגדה.

ביהמ"ש אינו מתעלם מעברה הנקי של המערערת, הודאתה ונסיבותיה האישיות. אך המעשים בהם כשלה המערערת חייבו תגובה עונשית הולמת, ברוח העיקרון המנחה בתיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). עונש הולם וראוי בנסיבות העניין, הצדיק מסר עונשי של שליחת מבצע עבירה זו אל מאחורי סורג ובריח.

טיעונה של המערערת לאפליה בדין לאור העונש שנגזר בעניין פנטאה אינו יכול לעמוד לאור קיומן של נסיבות לקולא שאינן מתקיימות בעניינה של המערערת כאן, והחשוב מכל, עניינה של פנטאה נגזר במסגרת הסדר עונשי "סגור", ממנו אין ביהמ"ש אמור ללמוד על העונש הראוי.

בהינתן האמור, מתייתר הדיון בשאלה האם היה מקום בנסיבות העניין להורות על עבודות שירות למי שאינו תושב/אזרח ישראל. יודגש עם זאת, כי לביהמ"ש סמכות להורות על כך שעונשו של נתין זר ירוצה בדרך של עבודות שירות, וכי במקרה בו הוא מורה לממונה על עבודות שירות לבחון התאמת נאשם לביצוע עבודות שירות, מחויב הממונה לבחון זאת על בסיס בחינת התאמתו האינדיווידואלית של הנאשם לביצוע עבודות שירות. גישה עקרונית זו מקובלת הן על הסנגוריה הציבורית הן על פרקליטות המדינה, ולפיכך אין צורך להרחיב בעניין זה.

|  |
| --- |
| פסק-דין |

השופט ג' קרא:

1. ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופטת רבקה פוקס) ב[ת"פ 48343-08-16](http://www.nevo.co.il/case/22036340) מיום 5.11.2017 בו נגזרו על המערערת שלושה וחצי חודשי מאסר בפועל; שישה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים שלא תעבור עבירת התעללות אחראי בחסר ישע לפי [סעיף 368ג](http://www.nevo.co.il/law/70301/368c) סיפא ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), או כל עבירת אלימות מסוג פשע; 4 חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים שלא תעבור עבירת אלימות מסוג עוון וחוייבה בתשלום פיצויים בסך 3,000 ש"ח.

רקע והליכים קודמים

2. המערערת, עובדת זרה מסרילנקה, הועסקה כמטפלת סיעודית לקשישה חולת אלצהיימר (להלן: הקשישה) למשך שלוש שנים. בשל מצבה היתה הקשישה חסרת ישע ותלויה לחלוטין בעזרת הזולת בכל התפקודים הבסיסיים ביותר, לרבות ניידות, אכילה, רחצה, החתלה ועוד. המערערת הועסקה על ידי משפחתה של הקשישה והיתה אחראית לדאוג לכל מחסורה.

3. במהלך תקופה של שבוע תועדה המערערת כשהיא מתעללת בקשישה. בתמצית, מסכת ההתעללות כללה בין היתר את המעשים הבאים: דחיפת הקשישה, ייבוש שיער בגסות תוך טלטול ראשה וסטירה על פניה, משיכת מגבת בחוזקה שהיתה כרוכה סביב גופה של הקשישה, מה שגרם לנפילתה, ובעודה ערומה הכאתה באמצעות המגבת; הושבתה על המיטה בכוח תוך הדיפת ראשה; חיתולה תוך פיסוק רגליה בכוח ומכות; הושבתה על כיסא בפינת האכילה תוך שימוש בכוח והכאתה על ראשה; דחיפת ראשה של הקשישה לעבר כף האוכל; הכאתה במהלך האכלתה; הקמת הקשישה ממיטתה תוך משיכת בגדיה ותפיסת עורפה ודחיפתה מחוץ לחדר השינה; דחיפתה בכוח למיטה כשהיא ערומה והצמדת ראשה בכוח למזרון; חיתולה של הקשישה תוך פיסוק רגליה בכוח והכאתה ומשיכת ראשה באמצעות בגד שהיה כרוך סביב צווארה ועוד כהנה התנהגותיות דומות שחזרו על עצמן במשך שבוע ימים.

4. בגין המעשים המפורטים, הוגש נגד המערערת לבית המשפט המחוזי בחיפה במסגרת הסדר טיעון, שלא כלל הסכמה לעניין העונש, כתב אישום בו יוחסה למערערת עבירת התעללות בחסר ישע לפי [סעיף 368ג](http://www.nevo.co.il/law/70301/368c) סיפא ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301).

גזר הדין של בית משפט קמא

5. המערערת הורשעה על פי הודאתה במעשים המיוחסים לה בעבירת התעללות כאמור, ונשלחה לקבלת תסקיר מטעם שירות המבחן, מבלי שהמלצת התסקיר תחייב את המשיבה בעמדה עונשית כלשהי.

לאחר שבית המשפט קמא עמד על הערך המוגן של הגנה על כבודו, גופו ונפשו של הקשיש חסר הישע בשעת מחלתו, נזקקותו וזקנתו, קבע מתחם ענישה שנע בין ששה חודשים, שיכול וירוצו בעבודות שירות עד לשנתיים וחצי מאסר לריצוי בפועל.

בהתחשב בהודאתה, חרטתה והמלצת תסקיר שירות המבחן שלא לשלוח את המערערת לריצוי מאסר בפועל, גזר בית המשפט על המערערת עונש מאסר לתקופה של ששה חודשים, שיכול וירוצו בעבודות שירות וענישה נלווית כפי שפורט בפסקה 1 שלעיל.

6. הממונה על עבודות שירות הודיע לבית המשפט קמא כי המערערת לא תוכל לבצע עבודות שירות לאחר שאשרת שהייתה פגה במהלך ניהול ההליך. בית המשפט הורה לממונה על עבודות שירות לשקול בשנית את עמדתו ולאפשר למערערת ביצוע עבודות שירות לאור קיומו של תיק הדומה בנסיבותיו למקרה שבפנינו – [ת"פ 19607-05-16](http://www.nevo.co.il/case/21564070) מדינת ישראל נ' פנטאה [פורסם בנבו] (להלן: עניין פנטאה), שבו התאפשר ביצוע עבודות שירות למטפלת סיעודית, נתינה זרה, שאף היא הורשעה בעבירה דומה.

משחזר הממונה על התנגדותו, החליט בית המשפט קמא בהחלטה משלימה לגזר הדין, להעמיד את עונש המאסר לריצוי בפועל על שלושה וחצי חודשים, לאחר שנוכו ימי מעצר וימי מעצר הבית בהם שהתה המערערת, כשבכך נתן בית המשפט קמא "ביטוי לעובדה כי לנאשמת לא ניתנה אפשרות לרצות את עונש המאסר שהושת עליה בעבודות שירות, כפי שניתן בנסיבות דומות, לנאשמת אחרת ...".

על גזר הדין של בית משפט קמא הוגש הערעור שבפנינו.

טיעוני הצדדים בערעור

7. המערערת טוענת כי עמדתו של הממונה על עבודות שירות, שלא הציבה בעבודות שירות, מנוגדת לדין, וכי במסגרת בדיקת אפשרות השמתו של נאשם בעבודות שירות קבע המחוקק רשימה סגורה של שיקולים אותם רשאי הממונה לשקול, ושאלת תושבתו או אזרחותו של המועמד לעבודות שירות אינה מנויה עם רשימה זו. משכך, לעמדתה, טעה בית המשפט קמא בכך שלא הורה לממונה על עבודות השירות לשבץ את המערערת בעבודות שירות חרף עמדתו הנוגדת של הממונה.

לטענת ב"כ המערערת "החרגתם של נאשמים שאינם בעלי אשרת שהייה מגדר ריצוי מאסר על דרך של עבודות שירות מהווה התנייה אסורה, חריגה משיקולי הבניית שיקול הדעת בענישה, ופגיעה בלתי מידתית בחירות". עוד נטען להפלייה בענישה, בהפנותה לגזר הדין שהשית אותו מותב בעניין פנטאה, על מטפלת סיעודית מלטביה שהורשעה בעבירה דומה, שם הסכימה המשיבה לריצוי עונש המאסר בעבודות שירות, חרף פקיעת אשרת שהייתה של פנטאה בארץ. עוד טוענת ב"כ המערערת, כי סירובו של הממונה לאתר מקום עבודת שירות למערערת הביא לחריגה מהעונש ההולם והשתתתו של עונש שפגע בחירותה פגיעה קשה ביותר עקב חשיפתה לאוכלוסיית האסירים, משכל מטרתו של עונש עבודות השירות הוא לצמצם חשיפת אנשים כמו המערערת לאוכלוסיית האסירים בגין הנזק שעלול להיגרם לה עקב כך.

לאור האמור טענה ב"כ המערערת כי משהחליט בית המשפט קמא שלא לשבץ את המערערת בעבודות שירות, היה מקום לשנות מגזר דינו, כך שעונש המאסר שהוטל על המערערת יבוטל כליל וזאת מטעמי צדק. על עמדה זו חזרה ב"כ המערערת בערעור לפנינו.

המשיבה מתנגדת לקבלת הערעור. לגישתה, העונש שהוטל על המערערת הינו קל והחלטתה להשלים עימו, משלא הגישה ערעור על קולת העונש, נבעה מעצם המסר שהתלווה לתוצאה הסופית. קרי, ריצוי מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח הגם שלתקופה קצרה שאינה מביאה לידי ביטוי את מלוא חומרת מעשה העבירה שבו הורשעה המערערת. בצד האמור, מבהירה המשיבה כי מקום שבית המשפט מורה לממונה על עבודות שירות ליתן חוו"ד גם במקרה של נתין זר, על הממונה לפעול בהתאם להחלטת בית המשפט, הגם שעמדתה העקרונית של המשיבה היא כי אין מקום להורות על עבודות שירות לנתין זר.

באשר לטענה כי שליחת המערערת למאסר בפועל, בעוד שבעניינה של מי שהורשעה בעבירה דומה הסתפקה המדינה בענישה של עבודות שירות, מהווה אפליה פסולה, טענה המשיבה כי אין ללמוד מעניין פנטאה לענייננו. משנסיבות המקרה כאן אינן דומות לעניין פנטאה, שבו נגזר הדין במסגרת הסדר טיעון סגור, שבמסגרתו ניתן משקל לעמדת משפחתה של הקשישה, שביקשה שלא לגזור עונש מאסר בפועל על פנטאה, ונסיבות נוספות שאינן מתקיימות בעניינה של המערערת כאן. לאור האמור ביקשה המשיבה לדחות את ערעור המערערת ולהותיר את הענישה על כנה.

דיון והכרעה

8. לאחר שעיינו בנימוקי הערעור ושמענו את טיעוני הצדדים, החלטנו לדחות את הערעור ולהלן נימוקינו.

המערערת הורשעה בביצוע עבירת התעללות בחסר ישע לפי [סעיף 368ג](http://www.nevo.co.il/law/70301/368c) סיפא ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), שהעונש הקבוע בצדה הינו תשע שנות מאסר. אף שבמסגרת כתב האישום שבהסדר הטיעון יוחסה למערערת עבירה אחת לפי [סעיף 368ג](http://www.nevo.co.il/law/70301/368c) סיפא, מדובר בסדרה של מעשים, שהתפרשה על פני תקופה של שבוע ימים. כך שהתיאור היבש והתמציתי של המעשים אינו מבטא את מידת האלימות והכיעור הנגלים מצפיה בדיסק שתיעד את מעשי המערערת.

המתחם שנקבע על ידי בית המשפט קמא, בהינתן נסיבות הביצוע, ריבוי המעשים, משך התקופה ובמיוחד ככל שהוא מתייחס לרף התחתון שבו, עשה חסד עם המערערת.

העמדת עונשה של המערערת על שלושה וחצי חודשים לריצוי בפועל בנסיבות העניין מהווה חריגה ממתחם העונש שנקבע, ומעשה חסד נוסף הגובל במידת הרחמים.

יש לזכור, שבבוא בית המשפט לגזור את הדין אל לו לשכוח את קורבן העבירה, קשישה תשושה, חולה וחסרת ישע, בערוב ימיה, שזקוקה לתמיכה וסעד, ותחת זאת זכתה למנה גדושה של מכות והשפלות דווקא מידי מי שאמורה היתה לשמש עזר כנגדה.

איננו מתעלמים מעברה הנקי של המערערת, הודאתה ונסיבותיה האישיות.

המעשים בהם כשלה המערערת חייבו תגובה עונשית הולמת, ברוח העקרון המנחה בתיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). עונש הולם וראוי בנסיבות העניין, הצדיק מסר עונשי של שליחת מבצע עבירה זו אל מאחורי סורג ובריח.

טיעונה של המערערת לאפליה בדין לאור העונש שנגזר בעניין פנטאה אינו יכול לעמוד לאור קיומן של נסיבות לקולא שאינן מתקיימות בעניינה של המערערת כאן, והחשוב מכל, עניינה של פנטאה נגזר במסגרת הסדר עונשי "סגור", ממנו אין בית המשפט אמור ללמוד על העונש הראוי (ראו והשוו [ע"פ 278/14](http://www.nevo.co.il/case/11269662) כורבאג' נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (16.6.2014)).

כעולה מן האמור, עונשה של המערערת הינו עונש קל שאיננו מצדיק הקלה נוספת בו.

בהינתן התוצאה אליה הגענו, מתייתר הדיון בשאלה האם היה מקום בנסיבות העניין להורות על עבודות שירות למי שאינו תושב/אזרח ישראל. נדגיש עם זאת, כי לבית המשפט עומדת סמכות להורות על כך שעונשו של נתין זר ירוצה בדרך של עבודות שירות, וכי במקרה בו הוא מורה לממונה על עבודות שירות לבחון את התאמתו של נאשם לביצוע עבודות שירות, מחויב הממונה על עבודות שירות לבחון זאת על בסיס בחינת התאמתו האינדיווידואלית של הנאשם לביצוע עבודות שירות. גישה עקרונית זו מקובלת הן על הסנגוריה הציבורית (שהופיעה בשמה של המערערת), והן על פרקליטות המדינה, ולפיכך אין צורך להרחיב בעניין זה.

אנו דוחים את ערעורה של המערערת ומותירים את גזר דינו של בית המשפט המחוזי על כנו. המערערת תתייצב לריצוי עונשה בימ"ר קישון ביום 15.7.2018 עד לשעה 10:00, שברשותה תעודת זהות. על המערערת לתאם את הכניסה למאסר כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שב"ס, טלפונים 08-9787377, 08-9787336.

ניתן היום, ‏כ"ח בסיון התשע"ח (‏11.6.2018).

5129371

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 54678313ש ו פ ט | ש ו פ ט | ש ו פ ט |

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 17088810\_Q05.doc סח

מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, [supreme.court.gov.il](https://supreme.court.gov.il/)

ע' פוגלמן 54678313-8881/17

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](http://www.nevo.co.il/advertisements/nevo-100.doc)