



בבית המשפט העליון

בש"פ 5829/20

לפני: כבוד השופט נ' הנדל

העורר: פלוני

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מיום
10.6.2020 בפע"מ 19177-03-20 שניתנה על-ידי כבוד
סגנית הנשיאה ל' ברודי

תאריך הישיבה: ה' באלול התש"ף (25.8.2020)

בשם העורר: עו"ד שלומציון גבאי-מנדלמן

בשם המשיבה: עו"ד רוני זלושינסקי

החלטה

1. המפגש בין קטין שהורשע בעבירת מין לבין צו הפיקוח על עברייני מין עומד במרכז ערר זה. זהו ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בלוד, שבה התקבלה בקשת המשיבה וניתן בעניינו של העורר צו פיקוח לפי סעיף 12 לחוק ההגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, תשס"ו-2006 (להלן: חוק ההגנה) (פע"מ 19177-03-20, כב' סגנית הנשיאה ל' ברודי (החלטה מיום 10.6.2020)).

ערר זה עניינו בשאלת תחולתו של חוק ההגנה על העורר. העורר טוען כי החוק אינו חל עליו, ועל כן, בית המשפט אינו מוסמך ליתן צו פיקוח מכוחו בעניינו. טענה זו של העורר הועלתה בפני בית משפט קמא ונדחתה (פע"מ 19177-03-20, כב' סגנית הנשיאה ל' ברודי (החלטה מיום 15.3.2020)). בהיעדר אפשרות לערור על החלטת ביניים בהליך בטרם הוא הסתיים, טענה זו מועלית בערר כעת.

רקע עובדתי

2. העורר, יליד שנת 2001, הורשע על-פי הודייתו במסגרת הסדר טיעון באינוס של קטינה בת כ-12 וחצי שנים המתמודדת עם מוגבלות, ביחד עם שלושה נאשמים נוספים (עבירה לפי סעיף 345(א)(1) וסעיף 345(ב)(1) ו-5) לחוק העונשין, תשל"ז-1977). בעת ביצוע העבירה היה העורר בן פחות מ-14 שנים. על העורר, בהיותו בן כ-16 שנים ועשרה חודשים, הוטלו העונשים הבאים: שהות של 24 חודשים במעון הנעול "מצפה ים" (צו על-פי סעיף 25(א) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער)); וכן מאסר על תנאי ופיצוי לנפגעת העבירה כמפורט בגזר הדין (תפ"ח 31163-04-15, כב' השופטים מ' פינקלשטיין (סג"נ), ל' ברודי ור' אמיר (גזר דין מיום 5.12.2017)).

העורר נקלט במעון הנעול ביום 25.4.2018. לאחר שהות של כשנה ותשעה חודשים במעון, ביום 27.1.2020, הוגשו בעניינו בקשות מטעם הממונה על המעונות ומטעם שירות המבחן להמרת צו השהות במעון הנעול בעונש מאסר, בהתאם לסעיף 25 לחוק הנוער. זאת, על רקע מעורבותו באירועים חריגים רבים הכוללים אלימות, שימוש בסמים, בריחות משטח המעון, איומים כלפי אנשי הצוות במעון והמרדת נערים נוספים במעון. לאחר דיון, בהסכמת הצדדים, הורה בית המשפט על המרת השהות במעון הנעול במאסר בפועל לתקופה של כחודשיים, עד לתאריך 1.4.2020 (תפ"ח 31163-04-15, כב' השופטים מ' פינקלשטיין (סג"נ), ל' ברודי ור' אמיר (החלטה מיום 29.1.2020)). בפועל שוחרר העורר מהמאסר בשחרור מוקדם לאחר כחודש, בתאריך 1.3.2020.

לאחר שחרורו ממאסר, הוגשה על-ידי המשיבה בקשה למתן צו פיקוח לפי סעיף 12 לחוק ההגנה בעניינו של העורר. כאמור, העורר טען כי החוק לא חל עליו, אך בית משפט קמא דחה טענה זו. בקשת המשיבה התקבלה אפוא, כאשר הצדדים הגיעו להסכמה באשר לתנאי הצו ולמשך תוקפו (שנה). הערר נסוב רק על שאלת תחולתו של חוק ההגנה על העורר.

מסגרת נורמטיבית

3. סעיף 2 לחוק ההגנה כולל הגדרות לעניין חוק זה. בין היתר, הוא מגדיר מיהו עבריין מין שעליו יחול החוק. וזו לשון ההגדרה:

“עברייין מין” – מי שהורשע בעבירה 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.

אין מחלוקת כי העורר דנן אינו “עברייין מין” לעניין החוק על-פי החלופה הראשונה או השנייה בהגדרת מונח זה. הצדדים חלוקים אפוא בשאלה האם העורר נכנס בגדר החלופה השלישית. אף שניים מתנאי חלופה זו מוסכמים על הצדדים: כי ביום ביצוע העבירה היה העורר קטין וכי במועד שבו שוחרר מהמאסר מלאו לו 19 שנים. משכך, ליבת הערר היא בשאלה האם נכון להגדיר את העורר כמי ש”נידון למאסר בפועל”, כנדרש על-פי חלופה זו.

טענות הצדדים

4. הסנגורית המלומדת טוענת כי העונש שנגזר על העורר היה שהות במעון נעול במשך שנתיים, וזאת חלף מאסר. אמנם, עונש זה הומר בשלב מאוחר יותר בעונש מאסר בפועל, לנוכח התנהגותו במעון, אולם לא ניתן לראות את העורר כמי ש”נידון למאסר בפועל”. לשיטת הסנגורית, כוונת המחוקק הייתה להחיל את חוק ההגנה רק על קטינים שנידונו מלכתחילה, בעת היותם קטינים, לעונש מאסר בפועל, ובמיוחד לעונש מאסר ממושך ומשמעותי, שבמועד שחרורם ממנו יהיו מעל גיל 19 שנים. בערר מודגש כי העורר ביצע את העבירה בגיל צעיר מאוד שאינו קרוב לבגירות – 14 שנים, כי במועד ההמרה של עונשו העורר כבר לא היה קטין, כי בסופו של יום תקופת המאסר בפועל של העורר נמשכה כחודש ימים, וכי ההתנהגות של העורר שהובילה להמרה לא הייתה קשורה לעבירות המין שביצע ואף לא כללה התנהגות עבריינית בעלת אופי מיני. לנוכח כל האמור, באת-כוח העורר גורסת כי חוק ההגנה אינו חל על העורר, וכי משכך, החלטת בית המשפט המחוזי ליתן בעניינו של העורר צו פיקוח לפי סעיף 12 לחוק ההגנה התקבלה בחוסר סמכות.

באת-כוח העורר ביקשה להסתמך על החלטה שנתן בית המשפט המחוזי במקרה דומה, שבו הומר עונש שהותו של קטין במעון נעול למאסר בפועל. הוכרע כי במצב זה הקטין לא “נידון למאסר בפועל” בגין העבירות שביצע ועל כן חוק ההגנה אינו חל עליו (פע”מ 46390-12-18, כב’ השופטת העמיתה מ’ סוקולוב (החלטה מיום 27.5.2019)). עוד הפנתה באת-כוח העורר להחלטה שנתן בית משפט השלום במקרה שבו דובר בקטין

שנידון למאסר שיבוצע בדרך של עבודות שירות אולם בסופו של יום ביקש לרצות מאסר בפועל, מסיבות כלכליות ומשפחתיות. נפסק, גם בהסתמך על תכלית חוק ההגנה, כי הקטין לא "נידון למאסר בפועל", אלא רק ריצה מאסר בפועל, ועל כן לא ניתן להוציא בעניינו צו פיקוח לפי חוק ההגנה (ת"פ 18351-04-13, כב' הנשיאה ג' מור ויגוצקי (החלטה מיום 14.6.2016)).

בא-כוח המשיבה סומך ידו על החלטת בית משפט קמא. בדיון בפניי הוא טען כי החלטת בית המשפט המחוזי להמיר את עונשו של העורר לשהות במעון נעול לעונש מאסר דנה אותו למעשה לעונש מאסר בפועל, ובמובן זה הוא בבחינת מי שנידון למאסר בפועל. לפי קו זה, אין נפקות לשאלה מתי העורר נידון למאסר בפועל, שכן החוק אינו דורש כי הדבר ייעשה דווקא במועד מתן גזר הדין המקורי. בא-כוח המשיבה הוסיף כי כוונת המחוקק הייתה ככלל להחיל את חוק ההגנה גם על קטינים שביצעו עבירות מין, וכי הדבר נעשה לטובתם ולטובת החברה. משכך, עמדתו היא כי לא נפל כל פגם בהחלטת בית המשפט המחוזי ליתן בעניינו צו פיקוח מכוח חוק ההגנה.

דיון והכרעה

5. כאמור, סעיף 2 לחוק ההגנה הכולל הגדרה ל"עבריין מין" הוא הרלוונטי להכרעה בדבר תחולת החוק. ישנן שלוש חלופות. האחת – בגיר. השנייה – קטין שבמועד כתב האישום מלאו לו 19 שנים. שתי אלו אינן חלות על העורר. החלופה השלישית היא: "ביום ביצוע העבירה הוא היה קטין ונידון למאסר בפועל ובמועד שחרורו מלאו לו 19 שנים." חלופה זו כוללת שלושה תנאים. מוסכם כי חלים בעניינו התנאי הראשון – כי העורר היה קטין ביום ביצוע העבירה, והתנאי השלישי – כי ביום שחרורו מהמאסר מלאו לו 19 שנים. המחלוקת בין הצדדים היא בשאלה האם העורר "נידון למאסר בפועל".

מהו פירושה הנכון של התיבה "נידון למאסר בפועל"? האם מי שבמועד גזר הדין הוטל עליו לשהות במעון נעול, ולאחר מכן הומר עונש זה במאסר בפועל – נחשב למי שנידון למאסר בפועל? לשון אחר, האם "נידון" מוגבל למועד גזר הדין או צופה פני עתיד וכולל הטלת מאסר בשלב מאוחר יותר, עקב אי-עמידה בתנאי השהות במעון?

בחוק ההגנה אין הגדרה למילה "נידון", ואף לא מצאתי הגדרה למילה זו בחוקים סמוכים אחרים, כגון חוק העונשין וחוק הנוער. עמדת העורר היא כי המילה "נידון" מתייחסת רק למועד שבו ניתן גזר הדין – ובמועד זה, בעניינו, לא נידון העורר למאסר

בפועל. עונשו של העורר הומד אמנם למאסר בפועל, אך זה נעשה בשלב מאוחר יותר, וכן "עונשו הומד" אין פירושו כי הוא "נידון". עמדת המשיבה היא כי המילה "נידון" אינה מוגבלת למועד גזר הדין – ובסופו של דבר, בהחלטה על ההמרה לעונש מאסר, העורר אכן נידון על-ידי בית המשפט למאסר בפועל.

דעתי היא כי מבחינה לשונית, מילה זו מאפשרת את שתי הפרשנויות המנוגדות המוצעות: מחד גיסא, כעמדת העורר, לדון נאשם אינו שקול ללהמיר את עונשו של נאשם; מאידך גיסא, כעמדת המשיבה, וכפי שפסק בית משפט קמא, בסופו של יום, ההחלטה המאוחרת של בית המשפט דנה את העורר למאסר, כאשר על-פי לשון הסעיף אין נפקות לשאלה מתי הוא נידון למאסר. אפשר ש"נידון" משמעותו במועד גזר הדין ואפשר ש"נידון" משמעותו כי הדין, באמצעות החלטה שיפוטית, קובע כי מקומו במאסר מאחורי סורג ובריח. נחדד את הקושי תוך הפניה לחוק הנוער. מצד אחד, סעיף 25 לחוק הנוער קובע כי שהות במעון נעול מהווה עונש שרשאי בית משפט לנוער להטיל על קטין "במקום להטיל עליו מאסר". מצד שני, סעיף 25א לחוק הנוער מתייחס לאפשרות של החמרת צו השהות במעון הנעול במאסר, כהכרעה בשלב מאוחר יותר לאחר מתן גזר הדין, היה ומתקיימים התנאים הקבועים בסעיף. הואיל ולשון ההגדרה בחוק ההגנה מאפשרת את שתי הגישות הפרשניות, ושתיהן בעלות היגיון, נכון להכריע במחלוקת בין הצדדים על סמך הפרשנות התכליתית של המילה "נידון" בהקשר של חוק ההגנה בכלל ושל ההגדרות הקיימות בו לעבריינין מין בפרט.

בהקשר זה אציין במישור הכללי יותר, כי להשקפתי, מלאכת פרשנות תכליתית הנעשית בצורה מיטבית אינה מושתתת על שיקולים חיצוניים שבית המשפט קובע כי הם העומדים בליבת החוק אלא מבקשת ללמוד את התכלית מפרטי החוק עצמו. מעניין להביא בהקשר זה את גישת המשפט העברי. הרב יוסף דוב סולובייצ'יק, מגדולי הרבנים במחצית השנייה של המאה העשרים שנפטר בשנת 1993, סבר כי הפרשנות התכליתית הראויה של הדין – ובהקשרו של המצוות – היא זו שנשענת על פרטי ההלכה עצמה (EMANUEL RACKMAN, ONE MAN'S JUDAISM (1970); בעברית: עמנואל רקמן היהדות של יחיד (1988)). כך נבקש לפעול גם במקרה זה. התכלית נלמדת מסעיפים שונים בחוק ההגנה. זוהי ראייה הוליסטית של הפרשנות. המלאכה מצומצמת לחוק הרלוונטי אך לא רק לסעיף מושא הבדיקה הפרשנית. אין בכך כדי לשלול הסתייגות בדברי ההסבר להצעת החוק והדיון בכנסת, אך העיקר הוא בחוק כפי שנחקק.

6. חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין הינו בגדר חריג במובן שהוא מטיל מגבלות על נאשם שסיים לרצות את העונש שנגזר עליו בגזר הדין. מגבלות אלו המוטלות

בגין עבירת המין שביצע ממשיכות למעשה ללוות אותו עת הוא פותח דף חדש בחייו. מטרת החוק היא להגן על הציבור מתוך הנחה כי הסיכוי לעבריינות חוזרת משמעותי יותר בקרב מבצעי עבירות מין מאשר בקרב מבצעי עבירות אחרות. סעיף 1 לחוק מציין מפורשות כי המטרה של החוק היא "מניעת ביצוע עבירות מין חוזרות". לכן, החוק קובע את השימוש במגוון אמצעים וכלים, וביניהם הערכות מסוכנות לגבי עברייני מין בשלבים השונים של ההליך המשפטי, וכן פיקוח, מעקב ושיקום מונע לעברייני מין. הוראות דומות ואף מחמירות יותר באשר לעברייני מין שסיימו לרצות את העונש שנגזר עליהם קיימות במדינות אחרות, למשל בארצות הברית (ראו: בש"פ 9220/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 4-5, 8 (6.1.2011)). האמצעי שביקשה המשיבה לנקוט בהליך דנן הוא צו פיקוח לפי סעיף 12 לחוק ההגנה. המדובר בצו שרשאי בית המשפט להוציא לגבי עברייני מין לתקופה שיקבע (שלא תעלה על חמש שנים), אם סבר שרמת הסיכון כי עברייני המין יבצע עבירת מין נוספת אינה נמוכה. בית המשפט יכול לכלול בצו תנאים ומגבלות שונים כמפורט בסעיף 13(ב) לחוק ההגנה, כגון מגבלות על צריכת משקאות משכרים, על עבודה או התנדבות במקומות מסוימים, על הימצאות במקום מגוריו של נפגע העבירה או על התחברות עם קטינים.

סעיף 2 לחוק ההגנה מגדיר מהי עבירת מין לצורך החוק. הגדרה זו חופפת באופן כמעט מלא את ההגדרה של עבירות מין בחוק העונשין. למעשה, החוק חל על כל עבירת מין המצויה בחוק העונשין, מלבד העבירה של איסור פרסום שמו או פרטיו של מתלונן או נפגע עבירה (סעיף 352 לחוק העונשין). מכאן שלחוק תחולה רחבה על עבירות מין, והוא לא חל, למשל, רק על החמורות ביותר שבהן. כמו כן, כאמור, סעיף 2 לחוק ההגנה מגדיר מיהו עברייני מין לצורך החוק. יושם אל לב כי הגדרה זו נועדה לצמצם את היקף העבריינים שעליהם יחול החוק, תוך התייחסות לקטינים. הסעיף קובע כי עברייני מין הוא מי שהורשע בעבירת מין, אולם לא די בכך, אלא נדרש כי יתקיימו אחד מבין שלושה תנאים חלופיים נוספים. המחוקק יכול היה כמובן להסתפק בקביעה כי כל מי שהורשע בעבירת מין הוא עברייני מין לצורך תחולת החוק, אולם הוא בחר שלא לעשות כן.

בהגדרה של "עברייני מין" נקט המחוקק הבחנה מובהקת בין בגירים לקטינים. על-פי החלופה הראשונה בהגדרה האמורה, עברייני מין הוא "מי שהורשע בעבירת מין" ו"ביום ביצוע העבירה הוא היה בגיר". דהיינו, כל בגיר שביצע עבירת מין, כהגדרתה בחוק, נכנס לתחולת חוק ההגנה וכפוף באופן פוטנציאלי לאמצעים המגבילים שניתן להפעיל מכוחו. החלופה השנייה בהגדרה מחילה את חוק ההגנה על כל מי שביום ביצוע העבירה היה קטין וביום הגשת כתב האישום נגדו מלאו לו 19 שנים. דומה כי המחוקק ראה קבוצה זו של נאשמים כבגירים – כך בהתאם לסעיף 5א(ב) לחוק הנוער, שלפיו הם

יישפטו בבית משפט "רגיל" ולא בבית משפט לנוער. על כן נקבע בחוק כי גם על קבוצה זו יחול חוק ההגנה.

החלופה השלישית בהגדרה של "עברייני מין" בחוק ההגנה – "מי שהורשע בעבירת מין" ו"ביום ביצוע העבירה הוא היה קטין ונידון למאסר בפועל ובמועד שחרורו מלאו לו 19 שנים" – היא הרלוונטית לענייננו. היא חלה על קטין אשר נשפט בבית משפט לנוער. וכאן העיקר: בחלופה זו המחוקק בחר באופן מפורש שלא להחיל את חוק ההגנה על כל קטין אלא רק על מי ש"נידון למאסר בפועל ובמועד שחרורו מלאו לו 19 שנים". זאת ועוד: ההגדרה של "מאסר בפועל", המצויה אף היא בסעיף 2 לחוק ההגנה, מחריגה "מאסר בפועל אשר בית המשפט החליט שעברייני המין יישא את כולו בעבודת שירות". כלומר, על קטין שנידון לעונש שאינו מאסר בפועל – לרבות שהות במעון נעול, או שנידון למאסר בפועל אך ריצה אותו בדרך של עבודות שירות, או אפילו שנידון למאסר לתקופה שסיים לרצות מוקדם מגיל 19 – חוק ההגנה אינו חל ובית המשפט אינו מוסמך ליתן צו מכוחו בענייננו. לעומת זאת, כפי שראינו, החוק חל על כל בגיר שביצע עבירת מין, ללא תלות בעונש שנגזר עליו.

גזירה של עונש מאסר בפועל על קטין אינה עניין של מה בכך. הגישה העונשית תומכת בהקלה עם נאשם קטין ביחס לנאשם בגיר. עמדתו בעבר על כך שלכך שלושה נימוקים עיקריים: הראשון עניינו באחריות המופחתת של קטין בשל גילו; השני עניינו בהשפעה המועצמת של העונש על נאשם קטין לעומת נאשם בגיר; והשלישי עניינו בפוטנציאל השיקום המוגבר, ככלל, של קטין לעומת בגיר, המצדיק להעניק לשיקולי השיקום משקל משמעותי (ע"פ 5048/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 5 (14.2.2010)). כל אלו אף קובעים רף גבוה יותר להטלת עונש של מאסר בפועל על קטין, לעומת בגיר. הטלת מאסר בפועל נועדה למקרים חריגים ומתאימים, ומשקפת את התפיסה כי המעשה שביצע הקטין חמור במיוחד וכי לא ניתן להגשים את תכליות הענישה על-ידי נקיטת אמצעי מקל יותר. על כן, ניתן לומר כי בחירתו של המחוקק להחיל את חוק ההגנה רק על קטינים שנידונו למאסר בפועל, משקפת את כוונתו להשתמש באמצעי הפיקוח והמעקב הקבועים בחוק רק נגד קטינים שביצעו עבירות מין חמורות, שעל רקע מכלול נסיבות המעשה העושה, רק עונש מאסר בפועל יהלום אותן. לרוב אף מדובר בקטינים שנידונו לתקופת מאסר ממשית, שכן אחרת הם יסיימו לרצותו לפני גיל 19, וגם אז החוק לא יחול עליהם (אם כי נכון לציין כי ייתכנו מקרים שבהם גזר הדין יינתן מספר שנים לאחר ביצוע העבירה, כך שהקטין יסיים לרצות את עונש המאסר לאחר גיל 19 אף אם תקופת המאסר לא הייתה ממושכת).

כפי שצוין בדברי ההסבר לתיקון שבו נקבעה ההגדרה הנוכחית ל"עברייני מין" בחוק ההגנה, מטרת ההגדרה היא "ליצור קוהרנטיות לתפיסה המקורית של החוק ולפיה לא נכון להחיל את הוראות החוק על קטינים הנדונים בבית משפט לנוער" (דברי הסבר להצעת חוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין (תיקון), תש"ע-2010, ה"ח הממשלה 166, 475). אף בישיבת הכנסת בעניין חוק ההגנה ותחולתו על קטינים הוצגה תפיסה שלפיה יש שוני בין ביצוע עבירות מין על-ידי קטינים וביצוע על-ידי בגירים (פרוטוקול ישיבה מס' 427 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 10 (10.7.2011)). עולה כי אף היה רצון שלא להטיל אמצעי פיקוח על קטינים שביצעו עבירות מין והועלתה הסתייגות מהגדרת קטין כ"עברייני מין" בשל כל מקרה שבו ביצע עבירות מין. נוצרה פשרה בכך שהחוק יכול לחול על קטין שעבר עבירת מין, אבל לא באופן מוחלט ולא בכל מצב. הדרישה של הטלת מאסר בפועל במועד גזר הדין קשורה לתפיסה זו. במשפט אחד, ניכר כי המחוקק ביקש לצמצם את תחולת החוק על קטינים.

7. טרם נכריע, ולמעשה על מנת להכריע, נשוב לבחינת המקרה דנן. כאמור, העורר ביצע עבירת אינוס, בנסיבות מחמירות, כמה ימים לפני הגיעו לגיל 14 שנים. כתב האישום נגדו הוגש מספר חודשים לאחר מכן. הוא נשפט בבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לנוער. הלה גזר את דינו בהיותו בן כ-16 שנים ועשרה חודשים. בגזר דינו עמד בית המשפט המחוזי על חומרת מעשיו של העורר, והסביר כי לא ניתן להסתפק בעניינו בעונש מקל הכולל מאסר על תנאי, צו מבחן, תרומה ושירות לתועלת הציבור (של"צ), כפי שהמליץ שירות המבחן. על כן, הוא סבר כי עליו "לשקול את השמתם של הנאשמים [העורר ושותפיו לעבירה] במעון נעול, וזאת חלף מאסר" (פס' 88 לגזר הדין; ההדגשה במקור). לבסוף, פסק בית המשפט המחוזי כי "כאשר ההכרעה היא בין שליחתם של הנאשמים למאסר מאחורי סורג ובריח, יש להעדיף את השליחה למעון נעול" (שם). בגזר הדין נידון העורר לשהות של 24 חודשים במעון נעול. אנו רואים כי האפשרות לדון את העורר לעונש של מאסר בפועל עמדה לנגד עיניו של בית המשפט, אולם הוא מצא כי העונש של מעון נעול הולם יותר את מעשיו ואת נסיבות חייו. הערעור שהגיש העורר לבית משפט זה כנגד חומרת עונשו נדחה (ע"פ 608/18 פלוני נ' מדינת ישראל (17.4.2018)).

לאחר ששהה העורר במעון הנעול תקופה של כשנה ותשעה חודשים (21 מתוך 24 חודשים), הוגשו בעניינו בקשות מטעם הממונה על המעונות ומטעם שירות המבחן להמרת צו השהות במעון הנעול בעונש מאסר, מהנימוקים המפורטים לעיל, שעיקרם בהתנהגויות אלימות של העורר ובבריחותיו מהמעון. לאחר דיון הסכימו הצדדים על המרת עונש המעון הנעול במאסר בפועל עד לתאריך 1.4.2020, ובית המשפט הורה על

כך, זאת בהתאם לסעיף 25א(א) לחוק הנוער המסמיך אותו "להמיר את הצו האמור נצו להחזקת קטין מעון נעול] במאסר לתקופה שלא תעלה על יתרת התקופה שנותרה להשלמת הצו המקורי". כאמור, בפועל שוחרר העורר מהמאסר בשחרור מוקדם בתאריך 1.3.2020, כחודש לאחר הגיעו לגיל 19.

זה הרקע הנחוץ. אין מחלוקת כי העורר לא נידון למאסר בפועל במועד גזר הדין. בית המשפט המחוזי שגזר את דינו לא מצא לנכון לדון את העורר למאסר בפועל תוך שקילת מכלול נסיבות העושה והמעשה, לרבות חומרת עבירת המין שביצע על נסיבותיה. במקום זאת, הוא גזר על העורר עונש של שהות במעון נעול. רק בלית ברירה, משהדבר לא צלח בשל התנהגותו – שאינה קשורה לחומרתה או לאופיה של עבירת המין שבה הורשע – עונש זה הומר בעונש מאסר בפועל. המאסר בפועל נמשך כחודש ימים. הוא אכן שוחרר מהמאסר בגיל 19, אולם זמן קצר של חודש ימים לאחר הגיעו לגיל זה. מעניין לציין כאן כי גזר דינו של בית המשפט המחוזי, שעל-פיו נשלח העורר למעון נעול לתקופה של 24 חודשים, ניתן בתאריך 7.12.2017. אילו היה מוטל על העורר עונש מאסר בפועל למשך אותה תקופה כבר באותו מועד, והלה היה מתחיל לרצותו במהלך השבועות שלאחר מתן גזר הדין, הוא היה מסיים לרצותו בטרם הגיעו לגיל 19 – כך שחוק ההגנה לא היה חל עליו מטעם זה.

8. ועתה להכרעה המשפטית ברובד הכללי תוך יישום על המקרה הפרטני. לנוכח האפשרות להגיע לשתי התוצאות בפרשנות הלשונית והעמימות במילה "נידון" – המפתח להכרעה הוא הפרשנות התכליתית. הפרטים של חוק ההגנה מלמדים כאמור על הרצון לצמצם את תחולת החוק על הקטינים. בעיניי, יש להעניק משקל ממשי לכך שאף עונש מאסר הנישא בדרך של עבודות שירות אינו מוביל קטין הנושא בו לתחולת החוק. מכך נובע כי חשוב להתמקד בשאלה האם בית המשפט קבע כי העונש הראוי הוא מאסר בפועל במועד גזר הדין וכחלק מהעונש כפי שניתן.

כאן ניתן להיעזר בדוגמאות שונות. האחת עניינה בקטין שהורשע בעבירת מין ונידון לעבודות שירות, אך אינו עומד בתנאי ביצוען, ובעקבות זאת מוטל עליו מאסר בפועל מאחורי סורג וברית. הטלת עונש מאסר בפועל בדרך זו היא מצוות המחוקק (סעיף 51ט לחוק העונשין). אך ביחס לתחולת חוק ההגנה על הקטין על-פי החלופה השלישית של הגדרת "עבריין מין", הרי שבית המשפט לא מצא נכון לגזור עליו עונש מאסר בפועל. השינוי בעונשו בא בעקבות הפרת הנאשם את תנאי עבודות השירות ואינו קשור לעבירת המין שביצע במקור. דוגמא שנייה היא הטלת קנס על קטין שהורשע בעבירת מין. הקטין אינו משלם את הקנס ועקב כך מוטל עליו עונש מאסר במסגרת של מאסר חלף קנס (סעיף

71 לחוק העונשין). אף כאן נראה כי הרציונל הבוחן באיזו מידת חומרה בית המשפט שגזר את דינו של הקטין ראה את המקרה מוביל למסקנה כי לא די בתוצאה של מאסר בהמשך הדרך כדי להצדיק החלת חוק ההגנה עליו. נראה כי מבחינה תכליתית המבחן הוא האם גזר הדין הטיל על הנאשם עונש של מאסר בפועל לאחר שהורשע בעבירת מין. גזר הדין הוא המסמך הקובע, ולא התפתחות מאוחרת של הטלת מאסר משום אי-עמידה בתנאי עונש שאינו מאסר בפועל.

בענייננו, היות שהעורר לא נידון מלכתחילה למאסר, אלא עונשו לשהות במעון נעול הומר בהמשך לעונש מאסר בפועל. לא למותר לציין כי סעיף 25א לחוק הנוער המאפשר המרת השהות במעון נעול למאסר בפועל נותן את המפתחות לפתיחת ההליך לממונה על המעונות, לאחר קבלת תסקיר קצין מבחן לעניין זה. נקודה זו מדגישה את ההבדל בין השלב של גזר הדין לבין שלב המרת העונש. המרת עונשו של העורר נעשתה מסיבות שאינן נוגעות לחומרת עבירת המין שביצע. לפי האמור, אין מקום לראותו כמי ש"נידון למאסר בפועל", ובהתאם, כעבריינין מין לעניין חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין. כך, לנוכח כוונת המחוקק להחיל את חוק ההגנה על קטינים בהיקף מצומצם, רק במצבים שבהם חומרת מעשיהם הצדיקה להטיל עליהם מלכתחילה עונש מאסר. בראייה זו, יש לקבל את הערר, לקבוע כי החלטת בית המשפט המחוזי ליתן בענייננו של העורר צו פיקוח לפי סעיף 12 לחוק ההגנה, נתקבלה בהיעדר סמכות, ולהורות על ביטול החלטה זו.

נדמה כי פרשנות תכליתית זו תואמת עניין אחר ששונה ממקורו אך רלוונטי בהקשר הכללי יותר. ברע"ב 1049/15 נ' שידות בתי הסוהר (18.6.2015) נדרש בית משפט זה לפרשנות ההוראה שלפיה נאשם שנידון למאסר של מעל ארבע שנים אינו זכאי לשחרור מנהלי לפי סעיפים 68א ו-68 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971. באותו עניין, הנאשם נידון במועד גזר הדין לתקופת מאסר של שלוש שנים ועשרה חודשים. אלא, הואיל והוא לא שילם קנס שהושת עליו בהליך פלילי אחר, הוספו לתקופה זו שלוש חודשים נוספים של מאסר חלף הקנס. בחיבור בין שתי התקופות יצא כי עונש המאסר שלו עלה לכדי ארבע שנים וחודש אחד מאחורי סורג וברית. הכיצד יש לסווג את הנאשם מבחינת החוק? נפסק כי מבחינה תכליתית לא לנאשם כזה התכוון המחוקק כאשר החריג מתחולת הסדר השחרור המנהלי נאשם שעונש המאסר שלו עולה על ארבע שנים. לכן, אין לפרש את החוק באופן צר ודווקני, על סמך פרשנותו הלשונית בלבד, אלא יש להעניק משקל לתכליתו של השחרור המנהלי. תכלית זו היא למנוע צפיפות בבתי הסוהר ולשחרר לצורך כך את מי שהעבירות שביצעו אינן מהחמורות ביותר ומסוכנותם אינה גבוהה ביותר. כך משום ששחרורם יפגע במידה פחותה בתכליות הענישה, לעומת שחרור

של אסירים שביצעו עבירות חמורות יותר ובעלי מסוכנות גבוהה יותר בטרם יסיימו לרצות את עונשם. מאסר חלף קנס פניו "הם פני 'קנס'" (עניין נזר, פס' 6 לפסק דיני) ועל כן אין להביא אותו בחשבון לנוכח תכלית זו. על כן, הוכרע כי לצורך מגבלת ארבע השנים, יש לכלול רק את העונש שנגזר על הנאשם בגזר הדין בהלימה עם העבירה שביצע, ולא תוספת אחרת בגין אי תשלום הקנס. תוצאה זו תומכת בתוצאה במקרה דנן.

9. לקראת סיום מצאתי לציין כי לדברי הסנגורית בדיון בפניי, העורר החל בטיפול מרצונו, לוקח חלק במסגרת טיפולית של המרכז לשיקום עברייני מין ועובד מאז שהוא שוחרר. יש לקוות כי העורר ימשיך במסלול זה ויחזור לתלם. אמנם, מסקנתי היא כי על-פי פרשנות הדין המצוי, בית המשפט אינו מוסמך ליתן בעניינו של העורר צו פיקוח לפי חוק ההגנה, ולקבוע תנאים ומגבלות שיחולו עליו בהתאם. ברם, אין פירוש הדבר כי המגבלות שנקבעו אינן ראויות וכי אין בהן כדי לסייע לעורר להשתקם ולהיטיב עם החברה. בין היתר, המגבלות שהוטלו במסגרת צו הפיקוח בהחלטת בית המשפט המחוזי, ונקבעו בהסכמת הצדדים, הן איסור יצירת קשר ושהייה עם קטינות; איסור על צפייה והחזקה של חומרים פורנוגרפיים; איסור על יצירת קשר עם עברייני מין מורשעים (למעט במסגרת טיפולית); ואיסור לעבוד או להתנדב במסגרת המאפשרת שהייה ביחידות עם קטינות, גישה לאתרים פורנוגרפיים וזמינות לאלכוהול. דומה כי אלו הן מגבלות שראוי שהעורר ייקח על עצמו גם אם הפרתן לא תהיה כרוכה בסנקציה חוקית על-פי חוק ההגנה. לכל הפחות, מוטב שהעורר ישקול ביחד עם מטפלו אם לא כדאי לאמץ הרגלים מסוימים המרחיקים אותו מעבריינות. מובן כי אלו לא חייבים להיות מוגבלים בשנה. תוזכר בהקשר זה תפיסת המשפט העברי שלפיה ראוי כי אדם ירחיק את עצמו מן העבירה (ראו: משנה, ברכות א, א; הרב יוסף משאש נחלת אבות: על פרקי אבות ד, ב). כך בכלל, ובכך ביחס לעבירות מין ביתר שאת. התבונה והחוכמה האנושית בכלל האמור במשפט העברי רק עשויות לסייע לאדם שרוצה לחזור בתשובה ולמוטב.

10. סוף דבר: הערר מתקבל. צו הפיקוח לפי סעיף 12 לחוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין בעניינו של העורר בטל.

ניתנה היום, י' באלול התש"ף (8.2020.30).

ש ו פ ט