



עפ"פ 901/23 - אורטל בנימין נ' מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 901/23

לפני:

כבוד המשנה לנשיא נעם סולברג
כבוד השופטת גילה כנפי-שטייניץ
כבוד השופט חאלד כבוב

המערערת:
נגד

אורטל בנימין

המשיבים:

1. מדינת ישראל
2. המתלוננים

ערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט
המחוזי בתל אביב-יפו (כבוד השופט י' טופף)
בת"פ 40999-01-21 מימים 20.07.2022
ו-26.12.2022

י"ז באדר ב' התשפ"ד (27 במארס 2024)

תאריך ישיבה:
בשם המערערת:
בשם משיבה 1:

עו"ד לינור בן אוליאל

פסק-דין

השופט חאלד כבוב:

1. שוב, למרבה הצער, נדרשים אנו לפרשה של התעללות בפעוטות על-ידי אחראי. הפרשה בה עסקינן התרחשה ב'גן סיגל' שבעיר חולון, שם עבדה המערערת כסייעת. במסגרת הפרשה הועמדו לדין שש נשות צוות. ארבע מהן בבית משפט השלום (מכיוון שלא יוחסה להן עבירה של התעללות); ושתיים מהן, המערערת ונאשמת נוספת, בבית המשפט המחוזי.

הערעור שלפנינו נסוב על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כבוד השופט י' טופף) בת"פ 40999-01-21 מימים 20.07.2022 ו-26.12.2022. כפי שיתואר להלן, בהכרעת הדין, הנפרסת על פני קרוב למאתיים וחמישים עמודים, הורשעה המערערת בתשע עבירות של התעללות בקטין על-ידי אחראי, לפי סעיף 368 סיפא לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק או חוק



העונשין) - שמונה עבירות של התעללות פיזית בפעוטות ספציפיים, ועבירה אחת של התעללות נפשית ביחס לכל הפעוטות שנחשפו למעשים; שש-עשרה עבירות של תקיפת קטין על-ידי אחראי הגורמת חבלה של ממש, לפי סעיף 368ב(א) סיפא לחוק; ועשרים עבירות של תקיפה סתם, לפי סעיף 379 לחוק. בצד האמור, המערערת זופתה מהעבירות שיוחסו לה בגין עשרים וארבעה אירועים נוספים שיוחסו לה בכתב האישום. בגזר הדין, הנפרס על פני למעלה ממאה עמודים, הוטל על המערערת עונש של שמונה שנות מאסר בפועל, לצד מאסר מותנה ופיצוי בסך של 120,000 ש"ח לנפגעי העבירות.

עיקרי כתב האישום וההליך בבית המשפט המחוזי

2. כתב האישום המתוקן בשלישית שהוגש נגד המערערת והנאשמת הנוספת, עוסק בתקופה בת פחות מחודש ימים - מיום 16.07.2020 ועד ליום 11.08.2020 (להלן: התקופה). אז, התעורר חשדם של חלק מההורים אשר פעלו על מנת להשיג גישה לתוכן המצלמות המותקנות בגן, והמעשים הופסקו. לפי החלק הכללי בכתב האישום, במהלך התקופה, המערערת והנאשמת הנוספת תקפו את הפעוטות, דבר יום ביומו, לעיתים תוך גרימת מכאוב. בכתב האישום נטען כי השתיים אחזו בפעוטות בחוזקה; משכו אותם מהידיים והרגליים; גררו, הרימו והטיחו אותם בעוצמה על מזרנים או על כיסאות; וכיסו אותם מכף רגל ועד ראש בשמיכה, בעת הרדמתם לשנת הצהריים. לפי הנטען, במהלך התקופה האמורה השתיים השליטו בגן אווירה של פחד, נהגו בפעוטות כאילו היו חפצים וביצעו פעילויות "בצורה מכנית". ההתעללות בפעוטות, שיוחסה למערערת ולנאשמת הנוספת, באה לידי ביטוי בעוצמת המעשים, תדירותם והיקפם ביחס לילדי קבוצת גיל 'הבוגרים' עמה השתיים עבדו, כולם ילידי השנים 2017-2018 (קרי, בני כשנתיים-שלוש באותה תקופה). עד כאן, החלק הכללי. בחלק המתאר את ה'אישום השני', פורטו כלל האירועים בעטיים הועמדה המערערת לדין - כפי שאלה נקלטו במצלמות הגן. בסופו של דבר, כתב האישום ייחס למערערת את העבירות הבאות: התעללות בקטין (ריבוי עבירות); תקיפת קטין הגורמת חבלה של ממש (ריבוי עבירות); ותקיפה סתם (ריבוי עבירות).

3. המערערת כפרה מכול וכול בעובדות כתב האישום ומשכך התקיים הליך הוכחות מלא.

4. פרשת התביעה התבססה, בעיקרה, על סרטונים מהמצלמות שבגן וכן על עדויות. בין העדים השונים נכללו גם הורים של פעוטות, שהעידו הן לעניין אופן השגת הסרטונים הן לעניין מצב ילדיהם. כן הובאו עדויות של שוטרים שלקחו חלק בצוות החקירה. בנוסף, נשמעו עדויות של גורמים טיפוליים שונים - בכללם ד"ר גויכמן, רופאה מומחית בפסיכיאטריה שחיוותה דעתה על יסוד צפייה בחלק מהסרטונים, מבלי שפגשה את הפעוטות. בנוסף נשמעה עדותן של ד"ר מאור (גם היא מומחית בפסיכיאטריה), של הגב' נועה אור שחר (קלינאית תקשורת), והגב' עדי זלצר (מרפאה בעיסוק) - שלושתן העידו אך ביחס לפעוטה א.ל.; כן העידה הגב' מאיה ששון (מדריכת הורים ויועצת שינה), שהציגה סיכום שהוכן על-ידיה ביחס לפעוט א.כ. כמו כן, התבססה התביעה על הגרסה שמסרה המערערת במשטרה. עם זאת, כבר עתה יצוין, כי המאשימה לא הגישה חוות דעת או תעודות רפואיות בנוגע לפגיעות פיזיות שנגרמו למי מהפעוטות.



5. פרשת ההגנה כללה את עדותן של הנאשמות. ברם, כפי שיפורט להלן, עדותה של המערערת לא נשמעה במסגרת חקירה ראשית או חוזרת, אלא בחקירה נגדית בלבד. קו ההגנה העיקרי של המערערת היה כי הסרטונים ממצלמות הגן אינם ראיות קבילות, ולחלופין כי יש ליתן להם משקל נמוך עד אפסי מאחר שהם אינם משקפים את המציאות כפי שהיא התרחשה. מכל מקום נטען, כי ההתנהלות המתועדת בסרטונים לא עולה כדי עבירות פליליות, אלא לכל היותר התנהגות שאינה הולמת. בנוסף נטען, כי החלטות שונות שהתקבלו על-ידי בית המשפט במעלה הדרך, פגעו בזכותה להליך הוגן.

6. משתמה שמיעת העדויות, הצדדים סיכמו טענותיהם בכתב, באופן תמציתי ביותר; וזאת בהתאם להחלטת בית המשפט מיום 06.04.2022, אשר הגבילה את אורך הסיכומים לעשרה עמודים, לרבות נספחים. יצוין, כי המדינה צירפה לסיכומיה נספח המפנה ל-96 אירועים המיוחסים למערערת, בחלוקה לפי המעשים שאירעו ביחס לפעוטות השונים, בהתאם לסעיפי כתב האישום. קיצורו של דבר, המדינה ביקשה להרשיע את המערערת בעבירה אחת של התעללות נפשית ביחס לכל ילדי הגן שהיו נוכחים במקום; 26 עבירות של התעללות קונקרטית בפעוטות ספציפיים; ו-9 עבירות של תקיפת קטין. כן התבקש להרשיע את המערערת ב-17 עבירות של תקיפה סתם ביחס לפעוטות שזהותם אינה ידועה, וזאת, כך נטען, על מנת למנוע מצב שבו המערערת תורשע פעמיים בעבירת התעללות לגבי אותו פעוט. לאחר מכן, ניתנה הכרעת הדין.

הכרעת הדין

7. תחילה, דן בית המשפט המחוזי, באופן מפורט, בשאלות העובדתיות והמשפטיות שהתעוררו ביחס לסרטונים שתיעדו את שהתרחש בגן, ובפרט נדונה שאלת קבילותם ומשקלם. בהקשר זה נקבע, כי עלה בידי המדינה להוכיח את מהימנותם ואמינותם של הסרטונים שהועתקו מהכונן הקשיח המקורי. בתוך כך נקבע, כי התיעוד מציג באופן נאמן, רציף ומלא, ללא תוספות או מחיקות, את ההתרחשויות בגן. כן נקבע, כי איכות הצילום טובה וכי אין בעיה בזיהוי פרטים. עוד צוין, כי חותמת הזמן שבסרטונים תקינה. לא זו אף זו הובהר, כי בית המשפט צפה בסרטונים המלאים, וכי בהתאם נמצא שאין ממש בטענה לפיה הסרטונים נערכו באופן שאינו תואם למציאות. בבחינת למעלה מן הצורך צוין, כי אף אם היה נקבע שהסרטונים הושגו שלא כדין, היה מקום לקבל את הסרטונים כראיה קבילה במקרה זה, בהתאם לדוקטרינת הפסילה היחסית שנקבעה בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: הלכת יששכרוב). זאת, מכיוון שאין בנדון חשש מפני התנהלות לא חוקית של גורמי חקירה; מכיוון שהסרטונים "לא שובשו ולא בושלו"; ומכיוון שבאיזון בין השפעת פסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק, ובין בחינת מהות העבירות המיוחסות לנאשמות ומידת חומרתן - ממילא יש לקבל את הסרטונים כראיה במקרה זה.

8. בשלב זה בית המשפט התמקד בפרטי האישום השני ביחס לכל פעוט ופעוטת שניתן לזהות - ונקבע, לאחר שהביא את דברי המערערת במשטרה ובבית המשפט (עדות שאותה הגדיר כ'מיתממת'), האם הנטען בכתב האישום ביחס לכל אירוע ואירוע עולה בקנה אחד עם התיעוד בסרטונים. לאחר מכן, על



יסוד מקבץ של קביעות, ביחס לכל פעוט ופעוט, הכריע בית המשפט את דינה של המערערת. בהקשר אחרון זה יוער, כי מקום בו הורשעה המערערת בעבירת התעללות בפעוט או בפעוטה, בית משפט קמא נמנע מהרשעתה גם בעבירות של תקיפה בגין אותה מסכת עובדתית.

9. לאחר מכן, נדרש בית המשפט לשאלה "האם מלבד האירועים הקונקרטיים של מעשי תקיפה והתעללות גופניים אשר נדונו לעיל, יש מקום לזקוף לחובת הנאשמות גם התעללות נפשית כלפי כלל הפעוטות, או חלקם, אלה שהיו קרבנות להתעללות גופנית ואף אלה שלא, אך בשל המראות והקולות להם נחשפו כלל הפעוטות והאווירה הכוללת שכל אחת מהנאשמות השרתה סביבה כתוצאה מהתנהלותה בגן"; זאת, בהתבסס, בין היתר, על תפ"ח 5589-10-20 מדינת ישראל נ' משה (25.08.2021). לאחר שבית המשפט נתן דעתו למכלול נסיבות העניין, נקבע כך: "מסה כה חריגה של הפרעות התנהגותיות והתמודדויות כה חריגות, אשר חזרו על עצמן בקרב כל פעוטות הגן, באופן המתואר בעדויות ההורים, אינה מותירה מקום לספק בדבר הקשר שבין האירועים החריגים בגן, מצד כל אחת מהנאשמות בפני עצמה, ללא קשר לרעותה, לבין אותותיהם על התנהגות הילדים והפגיעה בהם. תוצאות נזיקיות קשות אלו מלמדות לשיטתי יותר מכל כי כל ילדי הגן נפגעו מהתנהגות הנאשמות, וכאמור די במעשים בהן הורשעו, כדי להשפיע על כלל הפעוטות, הן אלה שהרגישו זאת במישרין על גופם, והן אלה שהיו אך עדים להתנהלותן של הנאשמות כלפי אחרים, וחוו זאת דרכם. בהקשר זה אין נפקא מינה אם מדובר בפעוט אחד שנפגע מהמעשים שלא כוונו אליו או שמא כל הפעוטות כאחד".

10. בהמשך, בית המשפט דן ודחה את טענות המערערת לאכיפה בררנית מכוח סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; ודחה גם את בקשת המדינה להרשיע את המערערת בעבירות נוספות שהתגלו אגב ניהול ההליך בהתאם לסעיף 184 לחוק האמור.

11. בסופו של יום, כמפורט בפתח הדברים, המערערת הורשעה בתשע עבירות של התעללות בקטין על-ידי אחראי; שש-עשרה עבירות של תקיפת קטין על-ידי אחראי הגורמת חבלה של ממש; ועשרים עבירות של תקיפה סתם.

גזר הדין

12. במסגרת הדין לעונש, המאשימה זימנה לעדות שתי אימהות של פעוטות שהעידו על מצב ילדיהן, והגישה 11 'הצהרות הורי נפגעי עבירה' (אחת מהן, של אחת משתי האימהות שזומנו לעדות). ההורים תיארו את מצבם של הפעוטות ככזה שהחמיר מאז שהותם בגן סיגל, בפרט בכל הנוגע להפרעות התנהגות שונות; עיכוב התפתחותי; עיכוב שפתי וכיו"ב. באות-כוח המאשימה עתרו לקביעת מתחם של עשר עד חמש-עשרה שנות מאסר בפועל למערערת, ועתרו למקם את עונשה בתחתית חציו העליון. נטען, כי בתיק זה ישנה חומרה יתרה בשים לב ל"היקף חריג ביותר של מספר אירועי אלימות ושל מספר הפעוטות שנפגעו; [ל]הרשעה בעבירה של התעללות נפשית בכל פעוטות הגן, לרבות הנזקים שנגרמו להם בפועל ופוטנציאל הנזק, כפי שאלו פורטו בהכרעת הדין; [ול]ריבוי המעשים שנקבע



לגביהם כי יש בהם סכנת חיים ממשית, כגון: כיסוי פעוטות בשמיכה מעל לראשם באופן שיטתי, דבר שיכול היה לגרום לחנק".

13. מנגד, המערערת הציגה מספר מסמכים, לרבות כאלו הנוגעים בילדיה ומצבם הבריאותי והנפשי, וכאלו הנוגעים בה. במכתב שהוגש מטעם "התחלה חדשה" - מרכז טיפולי ואבחון לאוכלוסיות עוברי חוק" פורט סיפור חייה של המערערת, החל מילדותה הקשה; עובר בתלות שפיתחה באמה (שגם היא עבדה בגן סיגל בתקופה הרלוונטית), תלות שהובילה לאי גיוסה לצבא; וכלה במעצרה מול ילדיה. במכתב הוסבר, כי ניכרת במערערת מצוקה נפשית משמעותית, וכי היא זקוקה למענה טיפולי נוסף להפחתת חרדה. כן צורף מכתב מטעם פסיכיאטר מומחה, המתאר תלונות על תסמינים של דיכאון, חרדה, ומצב רוח ירוד; בסופו ניתנה המלצה להמשך טיפול, לרבות תרופתי. בטיעון לעונש הודגש, כי בהליך ההוכחות היו בעיות כבדות משקל, וכי למערערת נערך "מסע ציד" ו"משפט שדה" שכללו השפלות, אלימות והפגנות, בחלקן, לפי הנטען, הורי הפעוטות 'לקחו את החוק לידיים' ופגעו במערערת. בהקשר זה הוגשו צילומים של צמיג רכב מנוקב; העתק תלונותיה של המערערת במשטרה; וצילומים של הודעות ותכתובות 'רדיפה' במרשתת. כן הודגש, כי מתחם העונש לו עתרה המדינה נועד לרצות ולהפיס את דעת הקהל, וכי פסקי הדין אליהם היא הפנתה נסובים על מקרים חמורים בהרבה, בהם הוגשו ראיות קונקרטיות בדבר נזק ממשי וישיר, בעטיו נדרש טיפול רפואי. לסיכום, בא-כוח המערערת טען למתחם שנע בין תשעה חודשי מאסר בדרך של עבודות שירות, לחמישה-עשר חודשי מאסר בפועל.

14. משהונחו בפניו טענות הצדדים, פנה בית המשפט למלאכת גזירת הדין. ראשית נקבע, כי בנסיבות העניין נכון לקבוע מתחם עונש אחד לעבירות השונות בהן הורשעה המערערת, וזאת בהתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה ומידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. בהקשר זה עמד בית המשפט על הערכים המוגנים שנפגעו מביצוע העבירות, ובין היתר הוזכרו הערכים שעניינם באוטונומיה ובזכותו של כל אדם, לרבות פעוט, לשלמות גופו, נפשו וביטחונו. כן הוזכר הערך החברתי הטמון בהגנה על קטינים וחסרי ישע, דווקא מפני מי שהופקדו על שלומם, בריאותם, שלוותם, רווחתם ושלמות גופם ונפשם - ואשר מעלו בתפקידם. הודגש, כי נוכח נסיבות ביצוע העבירות **"מידת הפגיעה בערכים החברתיים המוגנים במקרה דנא [...]** הינה **ברף גבוה הניצב במקום החומרה**" (הדגשה במקור - ח' כ'). בהמשך, בית משפט קמא התייחס, בהרחבה, לתיקונים מס' 143 ו-144 לחוק העונשין, בציינו כי הגם שהם אינם חלים על העבירות שנקבע כי בוצעו על-ידי המערערת, "אין להתעלם מתכלית תיקוני החקיקה, העולה בקנה אחד עם מגמת החמרת הענישה בעבירות של תקיפה והתעללות בקטינים ובחסרי ישע במסגרות חינוכיות וטיפוליות על ידי הצוות האחראי עליהם [...]" בהינתן כי תופעה נקלית ובזויה זו הפכה לאחרונה למכת מדינה". כן סקר בית המשפט את הנסיבות של ביצוע העבירות השונות, תוך שנקבע כי לא קדם לביצוע תכנון מוקדם.

אחר כל אלו, ולאחר בחינת מדיניות הענישה הנוהגת כנלמד מפרשות קודמות, לחלקן אדרש בהמשך,



נקבע למערערת מתחם עונש שנע בין 6 ל-12 שנות מאסר בפועל, לצד ענישה נלווית.

15. לאחר מכן, פנה בית המשפט לגזירת העונש בתוך המתחם, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות לעבירה. כאן המקום לציין, כי לאחר הכרעת הדין וכן במהלך הטיעונים לעונש, בית משפט קמא דחה את בקשת המערערת (והנאשמת הנוספת) לקבלת תסקיר. זאת, על אף שהודגש כי המערערת היא אישה צעירה, גרושה ואם לשלושה קטינים, שיש לתת את הדעת לפוטנציאל ההשפעה של מאסרה גם עליהם - כפי שאבהיר בהמשך. בהקשר זה צוין בגזר הדין, כפי שפורט בהחלטה מיום 20.07.2022, כי "אין כל חובה בדין להידרש לתסקיר שירות מבחן בשאלת העונש ביחס לנאשמות. הנאשמות לא קיבלו אחריות על מעשיהן ולא הביעו רצון להשתלב במסגרת טיפולית שיקומית על מנת להעמיק ברקע לביצוע העבירות מצדן ולסייע בידן לשקם את אורחות חייהן ולהימנע מביצוע מעשים דומים בעתיד. משכך, לא מצאתי כל הצדקה לדחות את המשך המשפט למשך חודשים רבים, משהוהר לנאשמות כי הן רשאיות להציג את ראיותיהן ולהשמיע את טיעוניהן ביחס לנסיבותיהן האישיות, ללא צורך 'בתיאור' של שירות המבחן בהקשר זה". אחר דברים אלו, בית המשפט הביא בחשבון שיקולים נוספים, לרבות אי לקיחת אחריות מצד המערערת על מעשיה, גם בעת התנצלותה, ואף הכחשתם תחילה, מחד גיסא; ומאידך גיסא, את גילה הצעיר, היעדר עבר פלילי והשפעת שהותה מאחורי סורג ובריש על ילדיה.

בהתאם לכל האמור, עונשה של המערערת מוקם בחלקו העליון של השליש התחתון של המתחם שנקבע, כך שנגזר עליה עונש של שמונה שנות מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרה, לצד מאסר מותנה ופיצוי בסך של 120,000 ש"ח שיחולק בין נפגעי העבירה, על פי פירוט שהתבקשה המדינה להגיש. כל זאת, תוך שהודגש, כי לא נמצא טעם מבורר לסטות, לקולה או לחומרה, ממתחם הענישה שנקבע.

הערעור

16. המערערת ביקשה להשיג הן על הכרעת הדין הן על גזר הדין. לשיטתה, יש להורות על זיכוי המלא, ולחלופין יש להחזיר את עניינה לבית המשפט המחוזי לשמיעת התיק מחדש. לחלופי חלופין נטען, כי יש להקל בעונשה באופן ניכר. אשר להכרעת הדין, נטען כי בית המשפט המחוזי שגה משהורה על קבלת הסרטונים חרף העובדה שהם הושגו בתרמית מבעלת הגן. עוד נטען, כי קיים חשש משמעותי שהסרטונים ערוכים ואינם משקפים את המציאות, מאחר ששרשרת החזקתם לא הוכחה כיאות. לחלופין נטען, כי גם אם הסרטונים עומדים במבחני הקבילות, הרי שיש ליתן להם משקל ראייתי נמוך. מכל מקום, כך נטען, אף אם יינתן לסרטונים מלוא המשקל הראייתי, הרי שבנסיבות העניין כלל לא מתגבשים היסודות של העבירות בהן המערערת הורשעה. זאת, בפרט, מקום בו ההרשעה מתבססת על סרטונים ללא קול, בהיעדר עדות של נפגעי העבירה, ומבלי שהובא תיעוד קונקרטי על אודות נזקים פיזיים שנגרמו למי מהפעוטות. בהקשר זה הוטעם, כי לא הוגשו תסקירי נפגע עבירה; לא הוגשו תעודות רפואיות קונקרטיות בדבר נזקים פיזיים שנגרמו לפעוטות; וד"ר גויכמן נתנה חוות דעת כוללת ותיאורטית, שלא ניתן לקחתה בחשבון, משהיא מתבססת על צפייה בחלק מהסרטונים בלבד. לא זו אף זו, הן בכתובים הן בדיון בעל-פה, הקדיש בא-כוח המערערת חלק ניכר מטענותיו לכך שנפגעה זכותה של מרשתו להליך הוגן, לאור יחסו של בית משפט קמא אליה. בנוסף נטען, כי בית המשפט המחוזי



החמיר עם המערערת יתר על המידה, גם ביחס למתחם שנקבע וגם ביחס לעונש שנגזר עליה, כאשר הציב אותה בשורה אחת עם הפרשות החמורות ביותר של אלימות כלפי פעוטות בגני ילדים. אשר על כן, המערערת גרסה כי יש להתערב ולהקל בעונשה באופן משמעותי. יתרה מכך, הערעור על חומרת העונש הופנה גם נגד רכיב הפיצויים, עת נטען כי מדובר בסכום שרירותי שהוטל כאמצעי עונשי נוסף, תוך התעלמות ממצבה הכלכלי של המבקשת ותוך התעמרות בה.

17. עמדת המדינה היא כי דין הערעור להידחות על כל חלקיו. הודגש כי רוב טענות המערערת נדונו בהרחבה על-ידי הערכאה הדיונית - ונדחו. בהקשר זה הוטעם, כי המערערת מבקשת מערכאת הערעור להתערב בקביעות עובדה ומימנות, בניגוד להלכה המושרשת לפיה אין היא נוטה לעשות כן. בנוסף הודגש, כי האירועים בעטיים הורשעה המערערת מתועדים בווידאו, ולא נפלה כל טעות בהחלטה לקבל את התיעוד המצולם כראיה מרכזית; בפרט בשים לב לכך שהמערערת זיהתה את עצמה בצילומים. המדינה הדגישה, כי יש לדחות מכול וכול את הטענה לפיה יש קושי להרשיע על בסיס סרטונים אילמים. כמו כן, המדינה דחתה את טענות המערערת בדבר פגיעה בזכותה להליך הוגן, לרבות בדרך של אכיפה בררנית; את הטענות לפיהן המעשים שתוארו בכתב האישום לא עולים כדי עבירות פליליות, או שלא הוכחו היסודות העובדתיים והנפשיים של העבירות; ואת הטענות כי מדובר בעונש חסר תקדים. טרם חתימה הדגישה המדינה כי גם אין בנמצא טעם מבורר להתערב בפיצויים שנפסקו.

18. בדיון שהתקיים לפנינו ביום 27.03.2024 בא-כוח המערערת שב על הטענות ביחס לקבילות סרטוני הווידאו ולחלופין למשקל שיש ליתן להם. זאת, לצד טענתו כי ממילא לא הוכחו היסודות של העבירות מושא כתב האישום. לצד זאת, עיקר הדיון נסוב על אודות הפגיעה הנטענת בזכותה של המערערת להליך הוגן. בהקשר זה, בא-כוח המערערת התמקד בסוגיית זימון המערערת לעדות, תוך שימוש בצו הבאה, חרף מצבה הבריאותי, דבר שהוביל לשלילת זכותה של המערערת לפרוש את גרסתה במסגרת חקירה ראשית. כן הוזכר, כי בית המשפט המחוזי מנע קבלת תסקיר עונש, בשל הרצון 'שלא לעכב את התיק' על אף שמדובר באישה צעירה, אם לשלושה קטינים, שזהו המפגש הראשון שלה עם מערכת אכיפת החוק. עוד הודגש, כי הכרעת הדין וגזר הדין כתובים באופן גוזמאי, כי הם רוויים בדרמטיות ורגשות שאינם הולמים הליך אדברסרי וצודק, ואינם משקפים את האובייקטיביות הנדרשת ממי שיושב בדין בלב פתוח ונפש חפצה. צוין, כי היושב בדין בכה, בהתייפחות של ממש, בעת מתן הכרעת דינו; איחר בכניסתו לאולם באופן שאפשר להורי הפעוטות ולתקשורת להתעמר במערערת; ועוד כהנה וכהנה טענות. מנגד, באת-כוח המדינה חזרה באופן תמציתי וממוקד על עיקרי טענותיה והבהירה כי חלק ניכר מהטענות, לרבות אלו באשר למצבה הרפואי של המערערת, הועלו לראשונה במועד הדיון בבית משפט זה. בסופו של דבר באת-כוח המדינה סמכה ידה על פסק הדין של בית המשפט קמא, נוכח חומרת האירועים העולה מהסרטונים, ועתרה לדחיית הערעור.

19. אגב טיעוני הצדדים הערנו ודרשנו הבהרות מעורכי הדין. כבר בשלב מוקדם של הדיון ציין ראש ההרכב, על דעת ההרכב כולו, כי אנו סבורים שהראיות קבילות. לאחר שמיעת טיעון - יצאנו



להתייעצות. כשחזרנו שיקפנו לצדדים את התרשמותנו מהדין ואת עמדתנו הלכאורית, לפיה, לאחר לבטים ועל אף מורכבות הדברים, על פניו דין הערעור להידחות. לאחר שבא-כוח המערער נטל שהות ונועץ במרשתו, הוא הודיענו כי האחרונה קיבלה את המלצתו לעמוד על מתן פסק דין - ומכאן הכרעתנו.

דין והכרעה

20. לאחר הדיון שנערך בפנינו שבתי ובחנתי את טענות הצדדים, אלו בכתב ואלו שבעל-פה. צפיתי אף בסרטונים. לאחר שהפכתי ושבתי והפכתי בדברים, שוכנעתי כי דין הערעור על הכרעת הדין - להתקבל באופן חלקי; וכי מטעם זה, וכן מטעמים נוספים שיפורטו בהמשך, יש להקל קמעא בעונש המאסר של המערער. כך אציע לחברי לעשות.

הערעור על הכרעת הדין

21. הערעור על הכרעת הדין נסוב על ארבע טענות מרכזיות: (1) הטענה ביחס לקבילות הסרטונים ומשקלם; (2) הטענה ביחס לקיומה של אכיפה בררנית; (3) הטענה לפיה כל המעשים הנצפים בסרטונים לא עולים כדי עבירות פליליות; ו-(4) הטענה ביחס לפגיעה בזכותה החוקתית של המערער להליך הוגן. אדון בטענות אלה כסדרן.

הטענות ביחס לסרטונים

22. כזכור, המערער טענה כי הסרטונים על אשר אירע בגן בתקופה הרלוונטית אינם קבילים כראיה, וזאת משני טעמים עיקריים: הראשון, מאחר ששרשרת העברת הסרטונים לא הוכחה כיאות, ועל כן קיים חשש כי הם אינם משקפים את המציאות באופן אותנטי; והשני, מאחר שהסרטונים הושגו במרמה, ללא צו שיפוטי, תוך פגיעה בזכויותיה של המערער. טענות אלו אינן מקובלות עליי.

23. אשר לאופן העברת הסרטונים. אמנם, כפי שציין בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין - "שרשרת העברת אותם מוצגים מיד ליד מאז הוצאתם מהגן ועד להבאתם למשטרת ישראל אינה חפה מקשיים"; אך קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי ביחס לשרשרת ההעברה - מבוססות היטב על העדויות שהובאו בפניו והתרשמותו הישירה מהעדים, בהם נתן את אמונו. כפי שצינה המדינה, אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית; ובית משפט זה, בשבתו כבית משפט לערעורים, לא מתערב בממצאים כאמור אלא בהתאם לחריגים השונים שהתעצבו בפסיקה (להרחבה ראו פסקאות 48-60 לחוות דעתי בע"פ 1324/23 אבו עבד נ' מדינת ישראל (15.07.2024)). בענייננו - המערער לא השכילה להצביע על טעם מבורר המצדיק סטייה מהלכה זו.

24. בהקשר זה יוזכר, כי בית המשפט המחוזי נדרש לאמינותו, איכותו והשתלבותו של התיעוד החזותי במארג הראיות הכולל; ובנוגע למשקלו, בית המשפט נתן דעתו לאיכות הצילום ויכולתו לשקף נכונה



את המציאות. חלק מטענותיה של המערערת נגד הסרטונים שהוצגו, נסובות, הלכה למעשה, סביב כלל הראיה הטובה ביותר. ברם, כידוע, "בפסיקתו של בית משפט זה ניכר כרסום בכוחו של כלל הראיה הטובה ביותר, כאשר נרשמת מגמה להכיר בהעתק ראייה ככל שאין חשש לאמינותה" (בג"ץ 1433/18 פלוני נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, פסקה 13 (12.04.2018)). לאמיתו של דבר, השתרש בפסיקה הכלל, לפיו "בהיעדר חשש לאמינות ה'העתק', לא יהיה באי הבאת המסמך המקורי כשלעצמו כדי לכרסם בתשתית הראייתית של בעל הדין העושה בו שימוש" (ע"א 9622/07 הולין נ' קופתחולים כללית של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פסקה 25 (30.05.2010); כן ראו: ע"א 2449/08 טואשי נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ (16.11.2010); ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 565 (1993); ובאופן מפורט על יסודותיו של כלל זה, והתמורות שחלו בו בארץ ובעולם: ע"פ 4481/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 21-27 (16.11.2016) (להלן: עניין פלוני)). כאמור לעיל - בענייננו נקבע שאין כל חשש כי הסרטונים לא משקפים באופן אותנטי את שהתרחש בגן, ובקביעה זו לא מצאתי עילה להתערב.

25. בנתון לאמור, בנדון דידן אין קושי ראייתי בקבילותם של הסרטונים שמתעדים את העבירות שבבסיס כתב האישום. כפי שנקבע בעניין פלוני, והדברים יפים גם בענייננו:

"לאור ההתפתחויות הטכנולוגיות, המצמצמות את הפער שהיה בעבר בין מסמך מקור להעתקו, ולאור הגמשת כללי קבילות הראיות ומתן הדגש לשאלת משקלה של הראיה, אין עוד טעם מבורר לפסול העתק של הקלטה. זאת, ככל שבעל הדין, המבקש להגישו, מצהיר כי ההקלטה המקורית אינה ברשותו, וההעתק נחזה להיות העתק מהימן של אותה הקלטה. במצב דברים זה, יהא מקום לשקול את פסילת העתק ההקלטה כראיה, רק מקום בו המבקש את הפסילה, יציג ראיות קונקרטיות המעוררות חשש של ממש כי ההקלטה מזוייפת. אחרת, אין לפסול את ההקלטה, על יסודו של כלל 'הראיה הטובה ביותר', וזאת בלבד. אין צריך לומר, כי השגות בדבר איכות ההקלטה או מהימנותו של המקליט ילקחו בחשבון בעת קביעת משקלה של הראיה" (שם, בפסקה 28).

26. אשר לאופן השגת הסרטונים, יש לזכור כי סיגל, מנהלת הגן, נתנה את מכשיר ההקלטה, מרצונה, לידי אמה של אחת הפעוטות. משכך, איני סבור כי בית משפט קמא נפל לכלל שגיאה, עת קבע כי המערערת לא יכולה להיבנות מכלל הפסלות שנקבע בהלכת יששכרוב. זאת, בפרט, משנמצא כי השגת הכונן הקשיח המקורי לא בוצעה על-ידי רשויות אכיפת החוק; ולאור כך שמלאכת האמת ועשיית הצדק מחייבת קבלת הסרטונים כראיה - אף אם היה ניתן להשיגם בדרך של הגשת תלונה למשטרת ישראל.

27. במאמר מוסגר יוער, כי אין בכך משום מתן היתר או הכשר להתנהלות דומה במקרים אחרים, שבהם יבקש מאן דהוא להשיג סרטונים ממעונות יום לפעוטות; אלא שכל מקרה יבחן לגופו על פי נסיבותיו והדין החל באותה העת (וראו: סעיף 7(א) לחוק התקנת מצלמות לשם הגנה על פעוטות במעונות יום לפעוטות, התשע"ט-2018, שנכנס לתוקף לאחר קורות האירועים מושא ענייננו (להלן: חוק המצלמות)).



28. סיכומה של נקודה זו: בדין נקבע כי הסרטונים קבילים כראיות להוכחת אשמתה של המערערת, וכי אין מניעה ליתן להם משקל ראיתי מלא.

הטענה לאכיפה בררנית

29. כידוע, טענה לאכיפה בררנית יכולה ללבוש מספר מופעים, אולם בבסיסה הטענה היא כי סמכות האכיפה הופעלה נגד אחד ולא נגד אחרים, ללא כל טעם המצדיק את ההבחנה ביניהם (רע"פ 1611/16 ורדי נ' מדינת ישראל, פסקה 65 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ח' מלצר (31.10.2018) (להלן: עניין ורדי); ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ, פסקה 23 (10.09.2013); ישגב נקדימון הגנה מן הצדק (מהדורה שלישית 2021)). בענייננו, טענת המערערת לאכיפה בררנית מופנית כלפי שיקול הדעת של רשויות התביעה לכלול בכתב האישום גם עבירות של התעללות בחסר ישע, באופן שהוביל לכך שעניינה נדון בבית המשפט המחוזי ולא בבית משפט השלום, בשונה מעניינן של מעורבות אחרות בפרשה; וזאת לצד ההחלטה שלא להגיש כתב אישום נגד בעלת הגן מכוח "אחריותה השילוחית" בגין עבירת התעללות. ברם, "על המבקש לחסות בצלה של הגנה מן הצדק בטענה של אכיפה בררנית, להוכיח כי ההבחנה בין המעורבים השונים מבוססת על שיקולים בלתי ענייניים של המאשימה" (ע"פ 8204/14 זלום נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (15.04.2015)); או כי מדובר ב"אכיפה אשר פוגעת בשוויון בין שווים כאשר הדבר נעשה למטרה פסולה, מתוך שרירות-לב או על בסיס שיקולים שלא ממין העניין" (ע"פ 6918/21 בן נון נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (20.12.2022)); או כי מדובר במחדל, רשלנות או טעות בשיקול דעתה של הרשות, תוך שנדרש להצביע לעניין זה על ליקוי מהותי (עניין ורדי, בפסקה 99). בענייננו, לא שוכנעתי כי המערערת הצליחה לעמוד בנטל המונח לפתחה, ולפיכך, מצאתי לדחות את טענתה בדבר קיומה של אכיפה בררנית.

הטענה כי לא מתגבשות עבירות פליליות בענייננו

30. המערערת הוסיפה וטענה כי המעשים שתועדו בסרטונים לא מגבשים עבירה פלילית, אלא לכל היותר התנהגות שאינה ראויה. ואולם, טענותיה של המערערת בהקשר זה נטענו באופן כוללני, כמעט פשטני, ביחס לאירועים כולם - כמקשה אחת. המערערת, מטעמיה, נמנעה מלהתייחס במפורש, לאירוע פרטני זה או אחר, או אף למקבץ אירועים קונקרטי ביחס לפעוט פלוני או פעוטה אלמונית (לעניין עבירת ההתעללות - ראו סעיפים 29-46 וסעיפים 69-82 להודעת הערעור, ופרקים ב ו-ד לעיקרי הטיעון; לעניין עבירות של תקיפה סתם ותקיפת קטין הגורמת חבלה של ממש - סעיפים 47-68 להודעת הערעור, ופרק ג לעיקרי הטיעון). הבעייתיות בהסתפקות בטענה כוללנית מעין זו - ברורה. שהרי, כאשר נאשם מורשע בדין והוא מגיש על כך ערעור - עליו לבסס את הטענה כי הערכאה קמא שגתה בניתוח המשפטי או בקביעות העובדתיות שהובילו להרשעתו, מכיוון שחזקת החפות אינה עומדת לו עוד (ראו למשל: ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241, 255 (2000)). בניגוד לכך, טענתה הכללית של המערערת כי כל העובדות שנקבעו בעניינה, אינן מבססות את המסקנה המשפטית בדבר הרשעתה בכל העבירות שיוחסו לה - ללא הפניה לשגיאה בקביעת עובדה ספציפית, או במסקנה משפטית ספציפית הנובעת ממנה - אינה יכולה לבסס את ערעורה, והיא אינה מסייעת



לערכאת הערעור לערוך ביקורת קונקרטית ומושכלת על הקביעות שבפסק הדין. טענה כזו, שהיא בבחינת 'No case to answer', יכול שיש לה מקום בערכאה הדיונית, כאשר על התביעה להוכיח את אשמתו של הנאשם מעבר לספק סביר; אך לא בערכאת הערעור.

31. אודה ולא אכחד. כאשר התיק הגיע לעיוני כשופט תורן במסגרת הבקשה לעיכוב ביצוע עונש המאסר בפועל שנגזר על המערערת, וכן כאשר התכוננתי לדיון בעל-פה - לא צפיתי בסרטונים. זאת, מהטעם שבא-כוח המערערת לא הפנה בערעורו, ולו למקרה אחד ספציפי, שבו בית המשפט המחוזי תיאר את הסרטונים באופן שגוי. טענה מעין זו, הדורשת צפיה בסרטונים, כלל לא נטענה. משכך, הנחתי הייתה כי אין מחלוקת עובדתית ביחס לתיאור שנכתב בפסק דינו של בית המשפט המחוזי; אלא רק מחלוקת משפטית בשאלה אם העובדות המפורטות בפסק הדין מגבשות את יסודות העבירות שיוחסו למערערת. על שאלה אחרונה זו תשובתי הייתה בחיוב.

32. חרף האמור, במסגרת כתיבת פסק הדין, צפיתי בסרטונים, ומסקנותיי מהצפייה הן, בתמצית, כדלהלן: מעשיה של המערערת חצו את הרף הפלילי, ועל כן אין יסוד לטענה, הכוללנית, לפיה יש לזכות את המערערת מכל אשמה. עם זאת, ומבלי להקל ראש במעשי המערערת, במקרים רבים מדובר במעשים שאינם ברף הגבוה של העבירות שבהן היא הורשעה. בהקשר זה מצאתי, כי בית משפט קמא העצים את האירועים, עת תיאר את מעשיה של המערערת, לעומת העובדות העולות מהסרטונים. במידה רבה כפועל יוצא מהאמור לעיל, הגעתי למסקנה כי יש לזכות את המערערת מעבירה של התעללות נפשית ביחס לכל ילדי הגן; וכי יש להקל במידת-מה בעונשה.

כך בתמצית, ומכאן בהרחבה.

33. תחילה, אבקש להעיר מספר הערות תמציתיות על יסודות העבירות שבהן הורשעה המערערת.

ראשית, בהיותה הביטוי הבסיסי לפגיעה באחר, די בקיומו של מגע ישיר או עקיף בגופו של אדם, או הפעלת כוח הגורמת לנזק או אי נוחות, ללא הסכמה או סמכות שבדין, כדי שתתגבש העבירה של תקיפה סתם. אכן, לגננות ולסייעות בגני ילדים מותר לגעת בגופם של הפעוטות, ולעתים אף להפעיל כוח מסוים על מנת להעביר אותם ממקום למקום, בין היתר, על מנת לשמור על הסדר והארגון בגן; אך פעולה שכזו צריכה להיעשות ברגישות המתבקשת מהעובדה שבפעוטות עסקינן. לא בחפצים. בענייננו, כאשר מתבוננים בהתנהגות המערערת מבעד לסרטונים, ניתן לראות התנהלות החורגת מגדר פעולה אסרטיבית-חינוכית מקובלת ביחס לפעוטות בגן ילדים. התנהלות זו, במקרים רבים, עולה כדי עבירה פלילית.

שנית, המונח "חבלה של ממש", שהוא הרכיב התוצאתי של העבירה הקבועה בסעיף 368ב לחוק העונשין, זכה לפרשנות מרחיבה בפסיקה לפיה יכול שהרכיב התוצאתי יושלם מעצם ההוכחה כי התקיפה הובילה למכאוב ממשי, גם מבלי שייותרו סימנים או ליקויים קבועים. בנוסף, יכול הרכיב התוצאתי להילמד מעדות נפגע העבירה, שלפיה ברור כי נגרם לו כאב ממשי, או מתעודה רפואית מזמן אמת (ראו והשוו: ע"פ 1976/11 ויספיש נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (16.11.2011)). בדומה, אין



מניעה להסיק על קיומו של מכאוב ממשי מניסיון החיים והשכל הישר. בענייננו, בית משפט קמא קבע, על יסוד צפייה בסרטונים, כי המערערת גרמה לפעוטות למכאוב ממשי במספר מקרים. טענתה של המערערת נגד ההרשעה בעבירה זו היא כי - בהיעדר ראיה מחזקת, דוגמת תעודה רפואית או חבורה פיזית - לא ניתן להוכיח על בסיס סרטונים אילמים כי נגרמו לפעוט חבלות של ממש. טענה זו לא אוכל לקבל. מאחר שניסיון החיים מלמד כי מכה עזה גורמת למכאוב, ומאחר שניתן להעריך עוצמה של מכה הנחזית בסרטון - גם אם הסרטון אינו מלווה בקול - אין מניעה עקרונית להרשיע בעבירה זו על בסיס סרטון אילם (וראו בהקשר זה את ההסדר שנקבע ביחס לגני ילדים בסיפא סעיף 3(א) לחוק המצלמות). זאת, כמובן, מקום בו ניתן לקבוע, ברף הנדרש, כי התקיימו היסודות הדרושים לשם הרשעה בעבירה הנחזית לעין. לצד זאת, ברי כי ככל שניתן לתמוך ראיה זו בעדויות או בתעודות רפואיות - יש לכך משקל משמעותי.

שלישית, עבירת ההתעללות בחסר ישע, שהיא עבירת התנהגות, פנים רבות לה. "מן הפסיקה עולה כי מדובר בעבירה רחבה הכוללת מגוון של התנהגויות, כיד הדמיון הרעה. לעיתים מדובר במעשה אחד, הכולל אלמנט בולט של ביזוי, השפלה או דיכוי. בפעמים אחרות, כאשר אלמנטים אלה אינם דומיננטיים, מדובר בגילויי אכזריות יוצאי דופן. בקבוצה נוספת של מקרים, כאשר אלמנטים אלה אינם בולטים, מדובר במעשים הנמשכים לאורך תקופה ארוכה ונעשים באורח שיטתי. למרבה הצער, רבים מן המקרים משלבים בתוכם את אלה כְּאַלֶּה" (ע"פ 7704/13 מרגולין נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (08.12.215) והאסמכתאות שם; ראו גם: רע"פ 2861/24 רום נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (23.06.2024)). בענייננו, דומה שהעיקר הוא בשיטתיות המעשים - אירועים רבים על פני תקופה של פחות מחודש ימים.

ואכן, מטבע הדברים, כאשר ישנה קשת רחבה של מעשים ונסיבות שנכנסים בגדרי עבירה מסוימת (תהא זו עבירת ההתעללות, תקיפה סתם או תקיפת קטין הגורמת חבלה של ממש), יכול להיווצר בידול משמעותי בין מקרים שונים, ביחס לחומרת העבירה ונסיבותיה. כפי שארחיב להלן, על הבידול האמור לבוא לידי ביטוי בעיקר במישור הענישה.

34. ובחזרה לענייננו. כפי שציינתי לעיל, מעיון בסרטונים עולה כי לעיתים קיים פער, אף משמעותי, בין תיאור מעשיה של המערערת בפסק דינו של בית משפט קמא, ובין מה שתועד על-ידי המצלמות. פער זה כולל תיאורים מופרזים ומוגזמים. בהקשר זה יוזכר, כי קביעותיו של בית משפט קמא באשר לאירועים שבגינם הורשעה המערערת מבוססות בעיקרן על סרטונים, וביחס לראיות מסוג זה אין יתרון ממשי לערכאה הדיונית (ראו למשל: ע"פ 6174/23 עגאג נ' מדינת ישראל, פסקה 12 לחוות דעתו של השופט ע' גרוסקופף (שנותר בדעת מיעוט לעניין התוצאה) (06.08.2024), והאסמכתאות שם).

35. אפתח בדוגמה, שבמבט ראשון עלולה להיעלם מן העין, אך יש בה לטעמי כדי להעיד על התנהלות רחבה יותר. בית המשפט המחוזי נקט במילים הבאות על מנת לתאר את אחד המעשים שפורטו בכתב האישום (פסקה 163(א) להכרעת הדין):



"[המעשה האמור] הינו לשיטתי מעשה פסול, אלים, מבזה, מעורר אימה ופלצות, תוך ניצול לרעה של יחסי התלות של הפעוטות בצוות הגן, ויש בו את הסממנים הנדרשים לעבירת התעללות".

36. תיאור חמור שכזה מעורר, מטבע הדברים, אסוציאציות של אלימות פיזית קשה כלפי פעוטות. ובכן, מדובר בפרקטיקה שבמסגרתה עובדות הגן, לרבות המערערת, היו מכסות חלק מהפעוטות, בני כשנתיים-שלוש, בשמיכה עד מעל לראשיהם, במטרה לסייע להם לישון במרחב המואר ולעיתים רועש של הגן.

37. ייאמר מיד, כי המסקנה העקרונית, שלפיה אין זה נכון לכסות פעוטות בשמיכה עד מעל לראשיהם - מקובלת עליי. המערערת שגתה בפרקטיקה זו. אך מכאן ועד המסקנה כי מדובר ב"מעשה פסול, אלים, מבזה, מעורר אימה ופלצות, תוך ניצול לרעה של יחסי התלות של הפעוטות בצוות הגן" - הדרך ארוכה מאוד. יש להישמר מאסקלציה של תיאורים מופרזים ומחמירים במקום שהדבר אינו נדרש ואינו נכון.

38. מדובר כאמור בדוגמה אחת, אך היא אינה הדוגמה היחידה שבה הרטוריקה בדבר חומרת מעשיה של המערערת, כעולה מכתב האישום ומפסק הדין, אינה תואמת את העובדות הנגלות לעין. מדובר בתופעה ששבה על עצמה. על מנת להמחיש את העניין, אעמוד להלן על חלק מן העבירות שיוחסו למערערת ביחס לפעוטה א.ל., הפעוטה הראשונה שעניינה נדון בהכרעת הדין (הסעיפים הרלוונטיים בהכרעת הדין הם 163(א)-(ח), והסרטונים מסומנים בכונן שהוגש לתיק בית המשפט, בהתאמה: (E/4/344; E/1/313; E/1/315; E/1/388; E/2/81; E/3/81; E/3/208; E/3/228).

39. אפתח דווקא באירוע שממנו המערערת זוכתה. סעיף 10(ה) לכתב האישום מתאר אירוע שבו הפעוטה א.ל. שכבה במרחב הנוסף (כהגדרתו שם). או אז המערערת הגיעה "וזרקה מוצץ על הרצפה במרחב הנוסף, ו-א.ל. ניגשה לקחת אותו מהרצפה ושמה בפיה", כך לשון כתב האישום. ביחס למקרה זה, המערערת הסבירה כי היא ניסתה למסור לפעוטה את המוצץ. חרף האמור, המאשימה ביקשה בסיכומיה להרשיע את המערערת בעבירה של תקיפה בגין אירוע זה. והתקשיתי שלא לתהות - הלזה ייקרא במחוזותינו עבירה פלילית!? ואכן, במקרה זה לא נותרה לבית המשפט המחוזי ברירה אלא לזכות את המערערת; אך העובדה שהמאשימה ייחסה למערערת עבירה פלילית בנסיבות העניין, אומרת דרשני.

40. במקרה אחר תואר בכתב האישום, כי המערערת ישבה על ספה בסמוך למזרנים שעליהם שכבו הפעוטות. בשלב מסוים, כך נטען, המערערת "שלחה את ידה לעבר הפעוטה א.ל., אשר שכבה על מזן הסמוך לספה, הכתה אותה בחוזקה באמצעות ידה, ואז הרימה את א.ל. והטיחה אותה בכוח על המזן" (פסקה 10(י) לכתב האישום). מקריאה של כתב האישום נדמה, כי המערערת החליטה, סתם כך, להכות פעוטה ששכבה על מזן לידה. קורא תמים של כתב האישום עלול היה לסבור כי מדובר באישה סדיסטית שנהנית מגרימת כאב לפעוטות. בית המשפט הוסיף וציין כי "מצפיה בסרטון עולה בבירור המתואר בכתב האישום. [המערערת] תועדה ביושבה על ספה בצמידות לפעוטה א.ל., אשר



הייתה שכובה על מזרן כשכל גופה מכוסה בשמיכה. [המערערת] מצדה הייתה עסוקה במכשיר הטלפון שלה, וכל אימת שהפעוטה זזה מעט מתחת לשמיכה, כמעין מבקשת להיחלץ ממלכודת, היא ספגה מכה ומשיכה ברוטלית בזרועה מצד [המערערת], אשר נראית כמי שמנוחתה הופרעה" (פסקה 163(ג) להכרעת הדין).

צפיתי אף אני בסרטון. התרשמתי שונה עד מאוד. מדובר באירוע שארך שניות ספורות: המערערת נצפית ישובה על הספה ליד המזרן שעליו הייתה א.ל. המכוסה בשמיכה (בהערת אגב אציין כי בניגוד לבית משפט קמא, אני לא הצלחתי לזהות אם המערערת החזיקה מכשיר טלפון ביד, 11:59:01 בשעון הסרטון); א.ל. זזה מעט מתחת לשמיכה (11:59:03); המערערת הבחינה בכך ורכנה לכיוון א.ל. (11:59:04); המערערת הזיזה דבר מה מתחת לשמיכה (11:59:06, בעדותה בבית המשפט הסבירה כי היא הרחיקה מ-א.ל. צעצועים שהיו מתחת לשמיכה, ולטעמי לא ניתן לשלול זאת); לאחר מכן, המערערת הזיזה את א.ל. לצד המזרן, בצורה אגרסיבית, וכיסתה אותה בשמיכה (11:59:09-11:59:06). עד כאן מה שראיתי. לא ראיתי הרמה והטחה, לא ראיתי ניסיון להיחלץ ממלכודת, לא ראיתי מכה ומשיכה ברוטלית, ועוד. אכן, מוטב היה שהמערערת תזכור כי מדובר בפעוטה ולא תנהג כלפיה באופן אגרסיבי כלל. עם זאת, במשפט פלילי עסקינן - אין מקום להפרזות ולגוזמאות; הדיוק בתיאור העובדות - הכרחי. מכל מקום, ברי כי רף החומרה שתואר על-ידי בית משפט קמא אינו תואם את שנצפה בסרטון.

41. אירוע נוסף בכתב האישום (פסקה 11(ה)) מתאר כי המערערת אחזה בידה של הפעוטה א.ל., ומשכה אותה מעלה באופן ש-א.ל. הייתה באוויר, ובידה השנייה אחזה בטלפון נייד. תואר, כי המערערת הובילה את א.ל. כך מקצה המרחב המרכזי לעבר המרחב הנוסף, ושם הטיחה אותה על המזרן וכיסתה אותה בשמיכה מעל ראשה. בכל הנוגע למקרה זה, בית משפט קמא קבע כי המערערת נצפית מחזיקה בפעוטה כמתואר בכתב האישום, ומטיחה אותה על המזרן, כאילו הייתה חפץ. לעומת זאת, צפייה בסרטון מלמדת כי המערערת אחזה את הפעוטה בגופה (11:48:59, לפי שעון הסרטון); כאשר גם במקרה זה לא ניתן לראות שהמערערת "הטיחה" את הפעוטה על המזרן לנוכח זווית הצילום (11:49:06), ואין זה מן הנמנע כי המערערת הניחה את הפעוטה על המזרן. במבט רחב יותר יוער, כי עיון בסרטונים מלמד גם כי בחלק לא מבוטל מן המקרים יש קושי בקליטת מלוא האירוע, נוכח אובייקטים התלויים על תקרת האזור המשותף בגן.

42. זאת ועוד, סעיפים 175(ב), 175(ה) ו-177(ג) להכרעת הדין, עסקו במקרים שנקבע כי עולים כדי תקיפה הגורמת חבלה של ממש. עם זאת, ה"חבלה של ממש" אינה ברורה מאליה כאשר צופים בסרטון (הסרטונים הרלוונטיים מסומנים, בהתאמה: E/4/404; E/4/107; E/3/242). ניתן היה להאריך עוד ועוד ביחס לכל אירוע ואירוע המפורט בכתב האישום, אך דומני כי הנקודה הובהרה.

43. כללו של דבר: המעיין בכתב האישום, כמו גם בפסק הדין קמא, עלול להגיע למסקנה כי מעשיה של המערערת ניצבים ברף העליון של החומרה. ואולם, צפייה בסרטונים, משקפת מציאות מורכבת, ורף חומרה פחות באופן משמעותי. אשוב ואבהיר, כי אין בכך משום הקלת ראש במעשיה של



המערערת, שגם מפניהם יש לשמור על פעוטות והם ראויים לגנאי וענישה. ואולם, האמת ניתנת וצריכה להיאמר - רוב רובם של המקרים המתועדים בסרטונים אינם מתעדים אלימות או התעללות ברף גבוה, לשון המעטה. משכך, אין זה מפתיע, כי בענייננו לא נטען כי מעשי המערערת גרמו לפעוטות, על אף גילם ורכותם, לפציעות, המטומות או דימומים, ואף אין כל תיעוד רפואי כזה מזמן אמת. גם תסקירי נפגעי עבירה אין בנדון דידן. אמנם, בענייננו הובאו, כאמור, אי אלו חוות דעת מטעם גורמים טיפוליים שונים. ואולם, ראשית, אין זה ברור האם ניתן לבסס על גביהן את הנזקים הנטענים ברמה הנדרשת במשפט הפלילי. שנית, והיא עיקר, בהינתן שהמערערת לא פעלה לבדה בגן (כזכור, חמש נשות צוות נוספות הורשעו בעבירות כלפי הפעוטות, ברמות חומרה שונות), קשה מאוד לבסס קשר סיבתי בין הנזקים המשוערים המפורטים בחוות הדעת של ד"ר גויכמן, המתייחסת באופן תיאורטי ורחב לילדי הגן, ובין התנהלותה של המערערת באופן ספציפי.

44. בהקשר אחרון זה אעיר, כי מהפסיקה שהצטברה עד כה דומה כי ישנם שני סוגים, שני אבות טיפוס, של מטפלות אלימות. הסוג הראשון, והחמור יותר, הוא 'המטפלת הנוקמת'. זוהי מטפלת שיצא קצפה על הפעוטות המסורים לטיפול, ובעקבות זאת היא מחליטה באופן מודע לפגוע בהם. מקרים מעין אלו, שלדאבון הלב מוכרים לנו, כוללים שימוש באלימות מכוונת ואכזרית כלפי הפעוטות, שלעתים אף מסתיימת בפציעתם. בניגוד לכך, הסוג השני, הוא המטפלת האגרסיבית. מטפלת זו מנסה לבצע את עבודתה, ובכלל זה, למנוע מהפעוטות לפגוע בעצמם וזה בזו, תוך שמירה על סדר בגן. עם זאת, אותה מטפלת נוהגת בפעוטות באגרסיביות רבה אגב פעולותיה, ומשתמשת בכוח החורג חריגה ניכרת מגדר הסביר בנסיבות העניין. ואכן, המשפט הפלילי נועד להגן ולשמור על פעוטות חסרי ישע מפני שני סוגי המטפלות; ברם, אל לנו לטשטש את הגבול הברור שעובר ביניהם.

בענייננו, מצפייה בסרטונים שוכנעתי כי יש לסווג את פעולותיה של המערערת בסוג השני של המקרים. פעולותיה של המערערת לא נעשו מתוך אכזריות או במטרה לבזות ולהשפיל את הפעוטות, כי אם מתוך תפיסה, שגויה, בדבר גבולות הפעלת הכוח הלגיטימיים כלפי פעוטות בני גילם במסגרת חינוכית. כפי שצינתי לעיל, העובדה שחומרת העבירות ונסיבותיהן פחותות, משמעותית, מהאמור בפסק הדין קמא, תילקח בחשבון בשלב העונש.

45. בצד זאת ובראי האמור, הגעתי למסקנה כי לא ניתן להותיר על כנה את הרשעתה של המערערת בעבירה של התעללות נפשית ביחס לכל הפעוטות הגן. אסביר בתמצית. האפשרות להרשיע בעבירת התעללות על בסיס מעשים שפעוט נחשף אליהם, מבלי שהם כונו אליו באופן ישיר אלא בשל נוכחותו בסיטואציה, הוכרה בפירוש בגדרי ע"פ 1779/22 משה נ' מדינת ישראל, פסקאות 44-49 (18.06.2023); עת מדובר היה באחת מהפרשות החמורות והמזעזעות שידעה מדינת ישראל, בכל הנוגע לאלימות במשפחה. במסגרתה, אדם הכה את אשתו באכזריות רבה ויוצאת דופן, למול ילדם הקט, באמצעות מכות מערוך שניפצו את פניה ובדקירות סכין שחוררו את גופה, והיה כפסע מליטול את חייה. לאחר מכן, האב אחז בבן הפעוט כשהוא מגואל בדם האם (ראו שם, בפסקאות 4-8). לשיטתי, אפשרות להרשעה מעין זו, הגם שאינה שנויה במחלוקת, אין להרחיב עד בלי גבול ושיעור.



לפיכך, משהגעתי למסקנה כי מעשי המערערת כלפי הפעוטות שביחס אליהם היא הורשעה אינם ברף הגבוה של החומרה - שוב אין מקום להרשיע את המערערת בעבירה של התעללות בגין כך שפעוטות נוספים נחשפו למעשיה.

הפגיעה בזכות להליך הוגן

46. מכאן, לטענות כי יש לזכות את המערערת מחמת פגיעה בזכותה להליך הוגן, המופנות, רובן ככולן, להתנהלות המותב דלמטה.

47. כידוע, בית משפט זה הכיר בזכות להליך הוגן כזכות חוקתית יסודית ובסיסית ואין על כך חולק (מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354, 376 (2002); אהרן ברק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק - כרך ב - הזכות לכבוד האדם 1153-1149 (מסדרת פירוש לחוקי היסוד, יצחק זמיר עורך, 2023)). ניתן לברך על כך שבשיטתנו המשפטית כל נאשם או עבריין זכאים להליך הוגן ומשפט צדק משלב החקירה, עובר לשלב העמדתם לדין וכלה בעת שמיעת ערעורם. יפים בהקשר זה דבריו הנכוחים של השופט י' אלרון, שהיטיב לבאר, כדרכו, כיצד הזכות להליך הוגן של מי שעומדים בפני כוחה של המדינה בהליך פלילי שזורה, כחוט השני, לכל אורכו של ההליך הפלילי:

"זכות זו נועדה להבטיח פרוצדורה הוגנת וערובות דיוניות הולמות להגנותו של ההליך הפלילי כלפי הנאשם והיא חלה בשלב החקירה ושלב המשפט כאחד [...] זכות זו, על נגזרותיה הדיוניות, נועדה לאזן את יחסי הכוח הבלתי שוויוניים שבין הנאשם לבין התביעה ולהבטיח כי לנאשם תינתן הזדמנות מלאה להציג גרסת חפות ולפעול להוכחתה [...]. אחד מעמודי התווך של הזכות להליך הוגן היא זכות הנאשם להשיב באופן מלא לאישום נגדו. אף נקבע כי 'זכות' הנאשם לפרוס את הגנתו בבית-המשפט היא זכות יסוד' [...] זכות זו, המכונה 'הזכות להתגונן', נגזרת משיטת משפטנו הקובעת כי הסנקציה הפלילית תוטל רק לאחר הליך הוגן, במסגרתו התאפשר לנאשם לשטוח את טענותיו כלפי האישום נגדו [...] הזכות להתגונן כוללת שני היבטים: ראשית, אפשרות 'טכנית' לנהל את ההגנה, ובתוך כך להיות מיוצג על ידי סגור, לחקור את עדי התביעה בחקירה נגדית, להביא ראיות ולטעון טענות. שנית, מבחינה מהותית, הזכות להתגונן כוללת את האפשרות לגבש ולהציג קו הגנה ביחס לעבירה שיוחסה לנאשם [...]. הזכות להתגונן באה לידי ביטוי מובהק גם באופן שבו עוצבו שלבי הליך המשפט הפלילי: [...] כל שלב בהליך הפלילי, החל מהגשת כתב האישום, נועד לאפשר לנאשם לבנות את הגנתו המיטבית בהתבסס על מכלול הראיות שנצברו על ידי רשויות אכיפת החוק ולבסס את טענותיו כלפי העבירות והעובדות שמייחסת לו המדינה. כפי שהובהר לעיל, זכות זו אינה בעלת אופי 'טכני' בלבד, אלא שיש לה השלכות משמעותיות על יכולת הנאשם להתמודד עם פערי הכוחות בינו לבין המאשימה ולבסס את הגנתו בהתבסס על מסד ראיתי רחב ככל הניתן" (ע"פ 7218/22 אלמלח נ' מדינת ישראל, פסקאות 124-127 לחוות דעתו של השופט אלרון (29.01.2025) (להלן: עניין אלמלח; ההפניות הושמטו - ח' כ').

48. בענייננו, הפגיעה בזכות להליך הוגן באה לידי ביטוי, בעיקר, בקביעות שניתנו באשר לאופן מתן



עדוּתה של המערערת. אפרט קמעא.

מרגע שהסתיימה פרשת התביעה, צוות ההגנה ובית המשפט נקלעו ל'סחרור' של בקשות והחלטות, בטווח זמנים קצר מאוד, בדבר המועדים לשמיעת עדותה של המערערת, וזאת נוכח טענותיה כי מצבה הרפואי לא מאפשר את העדתה (לפירוט הדברים בסוגיה זו ראו פסק דינה של הנשיאה א' חיות בע"פ 2153/22 בנימין נ' מדינת ישראל (30.03.2022), שניתן במסגרת ערעור על החלטת בית משפט קמא שלא לפסול עצמו מלדון בעניינה של המערערת; וכן ראו החלטתי בתיק דנן מיום 09.02.2023, פסקה 12). בתמצית, לאחר שתמה פרשת התביעה ביום 21.02.2022, נקבע כי שמיעת פרשת ההגנה תחל כעבור שלושה ימים, ביום 24.02.2022. ואולם, הדין נדחה. תחילה, נוכח הידבקותו של אחד מחברי צוות ההגנה בוורוס הקורונה; ובהמשך, נוכח אשפוזה של המערערת בגין מצבה הרפואי שחייב מנוחה ממושכת. בהחלטה מיום 14.03.2022, נקבע כי אם תבקש המערערת דחייה נוספת של מועד הדיון מטעמים רפואיים, אזי "בית המשפט יידרש לבקשתה ככל שתצורף לה תעודה רפואית חתומה על ידי רופא שבדק אותה לצורך כך, כאשר באותו המעמד יובהר לרופא כי עליו להתייבב בעצמו בבית המשפט לדיון הקבוע ליום 24.3.2022. כמו כן, חובה על ב"כ [המערערת] לדאוג לזימונו של אותו רופא למועד הדיון האמור".

בבקשות שהוגשו מטעם המערערת בימים הסמוכים למועד הדיון הנקבע, נטען כי לא יתאפשר למערערת להעיד ביום 24.03.2022, משעליה להוסיף ולשהות במנוחה. בהקשר זה יוער, כי המערערת טענה כי היא אושפזה במרכז רפואי מאיר בין הימים 07.03.2022-02.03.2022 בשל לחץ תוך גולגלתי, שעלול לסכן את חייה. זאת ועוד, מסמכיה הרפואיים לא הוצאו על-ידי רופאים פרטיים, כי אם על-ידי רופאים מהמגזר הציבורי. דבר זה מעורר תהייה כיצד היה מצופה מהמערערת לפעול להבאת רופאים אלו במועד דיון ספציפי שנקבע לעדותה על-ידי בית המשפט. תהיות דומות הובעו על-ידי בא-כוח המערערת בפני בית המשפט בזמן אמת (ראו למשל בקשה מיום 20.03.2022); אך ללא הועיל. במקום זאת, בית משפט קמא חזר על החלטתו לפיה, אם המערערת מעוניינת לדחות את עדותה, עליה לדאוג לכך שרופאיה יתייבבו בעצמם לדיון. חרף האמור, המערערת לא התייבבה לדיון הקבוע ליום 24.03.2022, ובא-כוחה טען בפני בית המשפט, כי מצבה הרפואי של מרשתו, מחייב מנוחה, וכי יש לו מסמכים רפואיים להציג שמאמתים זאת. בהחלטה מאותו היום שב המותב על הנחייתו מיום 14.03.2022; תוך שהובהר כי המטרה היא "להבין את מגבלותיה הנטענות באשר למסירת עדות בבית המשפט ו/או להבין מהם התנאים שנדרשים לצורך כך". בית המשפט ציין כי הוא מסרב לעיין במסמכים הרפואיים שהביא עמו בא-כוח המערערת, מאחר שעורכי המסמכים לא התייבבו להעיד. במקום זאת, בית המשפט הורה על הוצאת צו הבאה למערערת, לביצוע מידי. בסופו של דבר, המערערת הגיעה בעצמה לבית המשפט, הוכנסה על-ידי שוטרים שהמתינו לה בכניסה, ולאחר דיון שנערך בפניה נקבע כי עדותה תשמע למחרת, 25.03.2024.

ואולם, גם למחרת טען בא-כוח המערערת כי הוא אינו יכול לחקור את מרשתו שהיא זקוקה למנוחה, וכי לשיטתו, יהיה זה עוול מצדו לחקור אותה במצבה הרפואי כאשר רופאיה הורו לה להיות



במנוחה מוחלטת. בית משפט קמא דחה טענה זו, סרב לעיין במסמכים הרפואיים שבא-כוח המערערת ביקש להגיש, וקבע כי היה על המערערת להגיש את המסמכים הרפואיים באמצעות עורכייה, קרי, הרופאים החתומים עליהם. בנוסף, נקבע כי אם המערערת לא תחקר, בו ביום, בחקירה ראשית, יראו בכך משום ויתור על זכותה לפרוס את גרסתה בחקירה ראשית (עמודים 1432-1443 לפרוטוקול). ואכן, מאחר שבא-כוח המערערת עמד על הטענה כי מרשתו לא כשירה להעיד, המערערת נחקרה על-ידי המאשימה בחקירה נגדית בלבד, תוך שהיא שבה מידי פעם על הטענה כי מצבה הבריאותי אינו מאפשר לה למסור עדות כיאות (ראו למשל בעמוד 1443 ובעמוד 1445 לפרוטוקול). עוד יצוין, כי בתום החקירה הנגדית, בית המשפט הציע לבא-כוחה של המערערת לחקור אותה בחקירה חוזרת, אך הלה השיב כי הוא זקוק לשהות מסוימת על מנת לעבור על הפרוטוקולים, וזאת מאחר שהחקירה הנגדית נפרסה על פני למעלה מעשר שעות. בתגובה, הודיע לו בית המשפט כי הוא רואה בכך משום ויתור על זכותו לחקור חקירה חוזרת (עמודים 1702-1703 לפרוטוקול). כך יצא, כאמור לעיל, שעדותה של המערערת נשמעה במסגרת חקירה נגדית בלבד.

49. אמנם, הן בהכרעת הדין הן בגזר הדין בית המשפט המחוזי עמד על כך, שלשיטתו, לא הייתה הצדקה לבקשת המבקשת לדחות את מסירת עדותה, וכי היא לא השכילה להוכיח, באמצעות הרופאים שערכו את המלצותיה הרפואיות, שמצבה הבריאותי פגע ביכולתה להציג את גרסתה. ברם, מעיון בתיק בית משפט קמא וכן מהטענות שנשמעו בדיון שערכנו, מצטיירת תמונה עגומה שמוטב היה להימנע ממנה, לשון המעטה. טוב אֶךְ אֶפִּים מִגִּבּוֹר וּמִשָּׁל בְּרוּחוֹ מִלֵּכְד עִיר (משלי, ט"ז ל"ב).

50. במאמר מוסגר יוער, בתמצית, כי יש לתמוה אף על החלטת בית משפט קמא להגביל את סיכומי הצדדים לעשרה עמודים כולל נספחים. התיאור העובדתי שבפסק הדין, המתייחס לאירועים שבגינם הואשמה המערערת בלבד, נפרש על פני כששים עמודים (עמודים 110-170 להכרעת הדין). אין זה ברור אפוא כיצד היה מצופה מהמערערת לפרוש את סיכומיה על פני עשרה עמודים בלבד.

51. בצד האמור, לאחר עיון מעמיק במכלול טענות המערערת בנדון, ולאור השיח והשיג בדיון שנערך לפנינו, במסגרתו דרשנו תשובות והבהרות בהקשר זה, באתי למסקנה כי אין בטענותיה של המערערת במישור ההליך שהתנהל בעניינה בבית משפט קמא כדי להוביל לזיכוי כפי שהתבקש על-ידה. זאת, שכן בסופו של יום, לא נפגעה ליבת זכותה של המערערת להתגונן מפני ההאשמות שיוחסו לה. לצד זאת, כפי שארחיב להלן, יש מקום להתחשב בטענותיה של המערערת, גם במישור זה, כדי להצדיק הפחתה מסוימת בעונשה. לסוגיה זו אפנה כעת.

הערעור על גזר הדין

52. כידוע, אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בגזר הדין של הערכאה הדיונית, אלא במקרים של סטייה ניכרת מהענישה המקובלת והראויה, או כשנפלה שגגה בגזר הדין (ראו למשל: ע"פ 1450/24 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (15.12.2024)). כפי שיפורט להלן, לאחר שקילת הדברים בכובד ראש, לא פעם ולא פעמיים, סבורני כי עונשה של המערערת, שהועמד על שמונה שנות



מאסר בפועל, חמור באופן ניכר ממדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים, וכי החמרה זו נעשתה באופן לא מדוד או הדרגתי כמתחייב בשיטתנו המשפטית. לפיכך, וכן בשים לב לשגיאות העובדתיות שנפלו בהכרעת הדין, לזיכוי החלקי של המערערת, ולפגמים שנפלו בניהול ההליך בעניינה, אציע לחברי להקל בעונשה של המערערת, וזאת מבלי לגרוע ממגמת ההחמרה הקיימת בעבירות שבהן היא הורשעה. הכול - כפי שיפורט מיד.

מדיניות הענישה הנוהגת

53. בית משפט זה עמד לא אחת על מדיניות הענישה המחמירה שראוי לנקוט בה ביחס למעשים שכללו שימוש בכוח והתעללות כלפי פעוטות חסרי ישע - מדיניות אשר חלה בייחוד מקום בו האחראי על הפעוט הוא זה שביצע את העבירה. לעבירות מעין אלו, השלכות רחבות שאין להקל בהן ראש. יפים לעניין זה דבריו של חברי, המשנה לנשיא סולברג:

"יום מפקידים הורים את היקר להם מכל בידיהם הנאמנות של אנשי חינוך וטיפול, זאת מתוך תקווה ואמונה שהילדים זוכים להגנה ולטיפול במסגרת החינוכית. אכן, על צוותי החינוך מוטלת מלאכה קשה, מתישה, ולעיתים שוחקת, והם עושים מלאכת קודש זו, במסירות, במקצועיות ובנאמנות. פרשות התעללות כמו זו שלפנינו מפוררות את האמון היסודי אשר ניתן בגורמים האמונים על טיפול בילדים, ומובילות לחשדנות כלפיהם, מבלי שדבק רבב במעשיהם" (ראו: ע"פ 830/23 קסיס נ' מדינת ישראל, פסקה 41 (18.06.2023) (להלן: עניין קסיס)).

54. כך הובהר בפסיקה, כי על מנת למגר מקרים מעין אלה יש ליתן משקל מוגבר לשיקולי הרתעה בגדרי מלאכת גזירת העונש, וזאת בין היתר "מחמת תלותם המוחלטת של הפעוטות באחראים עליהם" (שם, בפסקה 43); ונוכח הקושי האובייקטיבי בגילוי, שכן "הפעוטות אינם מסוגלים לספר על הפגיעות שחו" (שם). מדיניות ההחמרה בענישה באה לידי ביטוי בפסיקת בתי המשפט, עת הם גוזרים עונשי מאסר משמעותיים, גם במקרים של עבירות אלימות שאינן ברף הגבוה, מקום בו מדובר באלימות כלפי קטינים או חסרי ישע, ובפרט כאמור כאשר הן מבוצעות על-ידי מטפלם; וזהו גם רצונו של המחוקק כפי שזה בא לידי ביטוי בתיקון מס' 143 לחוק העונשין (ס"ח 2998, התשפ"ב-2022).

55. לצד זאת, והגם שאין לנאשם 'זכות קנויה' כי בית המשפט לא יחמיר בעונשו מעבר לרמת הענישה הנוהגת במועד ביצוע העבירה (ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור, פסקה 76 (04.09.2007)) - הלכה היא עמנו כי מגמה של החמרה בענישה והעלאת רף הענישה, צריכה להיעשות באופן הדרגתי ומדוד (ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל, בפסקה 79 (12.11.2011); ע"פ 4737/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (27.07.2016); ע"פ 8333/15 מדינת ישראל נ' חאלדי, פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (23.08.2016); ע"פ 3164/14 פן נ' מדינת ישראל, פסקה 162 לחוות דעתו של השופט ח' מלצר (29.06.2015)). בהקשר זה נקבע בע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל, סד(2) 666 (2011):



"מובן הדבר שאין בית המשפט כבול לעולם לרף הענישה הנוהג, ופשיטא כי רשאי בית המשפט, כשהשעה צריכה לכך, להחמיר ולהעלות את רף הענישה. יש מהפכות המתחילות מלמטה, ופעמים שהעלאת רף הענישה בעבירה כזו או אחרת נעשית על ידי הערכאות הדיוניות וזוכה בדיעבד לגושפנקא של בית משפט זה. ככלל, העלאת רף הענישה צריכה להיעשות בהדרגתיות, תוך בחינה כפולה של רף הענישה הנוהג, הן ביחס לעבירות הקונקרטיות שבפניו, והן ביחס לעבירות אחרות בדיני העונשין. הצורך בבחינה כפולה מעין זו הוא ברור: הבחינה האחת נדרשת על מנת לשמור על עקרון אחידות הענישה, למען יושתו עונשים דומים על אלה המבצעים עבירות דומות (בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה). הבחינה השנייה נדרשת על מנת לשמר קיומו של מדרג ענישה הגיוני בין העבירות השונות, כך שלא ייווצר מצב בו פלוני אשר הורשע בעבירה מסוימת, ישא בעונש כבד מאלמוני אשר הורשע בעבירה חמורה יותר" (ההדגשה הוספה - ח' כ').

56. הגיונו של כלל זה, כאמור, בטעמים של שוויון, אחידות בענישה ובקיום מדרג ענישה הגון והגיוני בין העבירות השונות על-פי מידת חומרת נסיבות ביצוען. זאת, באופן העולה בקנה אחד עם תיקון 113 לחוק העונשין (וראו האמור בדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 241; וכן אצל אורן גזל-אייל "מתחמים לא הולמים: על עיקרון ההלימה בקביעת מתחם הענישה ההולם" משפטים על אתר ו 1 (2013); על תכלית השוויון ראו ע"פ 6527/23 מדחת נ' מדינת ישראל, פסקה 9 לחוות דעתי (12.01.2025)).

57. לענייננו, רלוונטי במיוחד עניין קסיס, שנדון בבית המשפט המחוזי בחיפה שם נגזרו על המטפלות עונשים בני חמש שנים ומחצה, אך זאת בגין התעללות חמורה באופן משמעותי מהמקרה דנן, שכללה פגיעות פיזיות עזות בפעוטות. עונשים אלו אמנם הוחמרו בבית משפט זה לעונשים בני שש שנים ותשעה חודשים ושבע שנים ומחצה, אך כאמור בגין אירועים חמורים באופן משמעותי מהמקרה דנן. כדי לעמוד על הפער בין המקרים, אביא מעט, קצה קצהו, של המתואר בפסקאות 3-15 לפסק הדין של חברי:

"העבירות, המתועדות בצילומי וידאו, כללו הטחת הפעוטות ברצפה; טלטולים עזים; מכות מסוגים שונים - לרבות פגיעות ישירות בראשם של הפעוטות, באגרופים ובבעיטות. [...] הסרטונים מלמדים על התנהלות אלימה, סדרתית ומתמשכת. בעוצמה רבה הוכו הפעוטות [...] תחילה משכה בידו בחוזקה, ולאחר שהתיישב סטרה לו בראשו בעוצמה רבה, גופו היטלטל, עד שאיבד את שיווי משקלו ונפל לרצפה. באופן דומה פעלה [...] כאשר משכה בשיער הפעוט בחוזקה ובעטה ברגלו [...] ביום 22.2.2021, ישבה סאוסן על כיסא והחזיקה בידיה את הפעוט ש"ג, טלטלה את גופו ואת ראשו בעוצמה, מצד לצד, במשך מספר שניות, סטרה לו על פניו, וכפתה אותו בשעה שניסה להימלט בבכי מאחיזתה, ללא הועיל; לאחר מכן, הגדילה עשות והכתה אותו בגופו מספר פעמים [...] ביום 10.3.2021, ביצעו סאוסן ושורוק בפעוט א"ש מעשי אלימות



רבים, עד כי ניתן לומר, למרבה הבושה והצער, כי הפך לשק החבטות שלהן. תחילה, אחזה סאוסן בידו בחוזקה, הניפה אותו באוויר והטיחה אותו במזרון, משל היה בובת משחק. לאחר מכן, הפלתה בו את מכותיה שלוש פעמים. כשסיימה סאוסן, ניגשה שורוק אל א"ש, עת ישב על הספה, אחזה בחוזקה בידו וברגלו, הניפה אותו באוויר תוך כדי טלטולו והטיחה אותו בחוזקה על המזרון. סמוך לאחר מכן, בעת ששכב א"ש, כשפניו מופנות אל המזרון, ניגשה אליו שורוק פעם נוספת, חבטה בראשו בידה מספר פעמים, והכתה אותו בפלג גופו העליון. באותו יום עשתה שורוק מעשי אלימות גם כלפי הפעוטה ל"ש - הרימה אותה, סטרה על פניה, הטיחה אותה ברצפה וחבטה בעוצמה רבה בחלקו האחורי של ראשה. מספר דקות לאחר מכן, הרימה אותה שוב, הטיחה אותה במזרון, כשהיא אוחזת בחוזקה בשערה ומצמידה את ראשה למזרון מספר פעמים. [...] כן] ביצעו סאוסן ושורוק מעשי אלימות קשים בא"ש, שכללו טלטול, הטחה ברצפה, הנפת הפעוט כאשר רגליו מופנות כלפי מעלה, וראשו כלפי מטה, תוך הכאתו במכות נמרצות, בפלג גופו העליון, בגבו ובראשו [...] ביום 20.4.2021, ביצעה סאוסן מעשי אלימות רבים כלפי התינוקת ו"ע: טלטלה את גופה בחוזקה, מספר רב של פעמים, ובמשך זמן רב הצמידה אותה לגופה בעודה יושבת, ואחר זאת הטיחה אותה על רגליה. ביום המחרת, 21.4.2021, 'זכה' ש"ג לנחת זרוען של סאוסן ושורוק. תחילה הטיחה אותו סאוסן בספה, הכתה אותו בראשו פעם ופעמיים, הרימה אותו בכוח תוך שהיא מעקמת את ידו, ולבסוף דחפה אותו ממנה והלאה, ככלי מאוס. כל זאת עשתה סאוסן באכזריות רבה, כשש"ג בוכה לנגד עיניה. סמוך לאחר מכן, התיישב הפעוט על הספה ובכה. שורוק התיישבה בסמוך אליו, וכאשר ניסה לקום מן הספה, אחזה בכתפיו בכוח, ואז משכה בשיערו וטלטלה את ראשו במהירות ובנמרצות, אנה ואנה. מספר שניות לאחר מכן היטה הפעוט את גופו כלפי מטה, ובתגובה, אחזה שורוק בחוזקה בשיערו, וטלטלה את ראשו עוד שלוש פעמים. כך שבה ופעלה שורוק בחלוף מספר דקות".

ובאשר לנזקים הפיזיים שאירעו באותו מקרה, הטעים חברי, על יסוד האמור בגזר הדין שהתבסס על תסקירים קונקרטיים, כי לצד הנזקים הרגשיים, הנפשיים וההתפתחותיים שנגרמו לפעוטות, אשר לא כולם היו ידועים באותה העת, כי נגרמו גם נזקים פיזיים קונקרטיים. בעניין זה הוזכר "מצבו הרפואי של הפעוט ש"ג, אשר סובל מצניחה בעין שמאל, וקיים חשש לליקויים שנגרמו לו בשמיעה. הפעוט ש"ג אף מצוי בבירורים רפואיים, ובכללם בירורים נירולוגיים בחשד לתסמונת התינוק המנוער, בירורים אורולוגיים מחשש לקרע באזור האשכים, ובירורים אורתופדיים מחשש לפגיעה בשלד. כפי שפורט בתסקירים בהרחבה, גם לפעוטות אחרים נגרמו נזקים פיזיים בדרגות חומרה שונות".



הנה כי כן, בעניין קסיס שכלל נסיבות ותוצאות חמורות באופן משמעותי מהמקרה דנן, נגזרו עונשים קלים מהעונש שנגזר על המערערת.

58. עוד ניתן להזכיר את עניין מעודה, שנידון זמן לא רב עובר לענייננו, שם הושת על הנאשמת עונש בן 9 שנים. אך זאת, בתמצית, בגין כך שתקפה תינוקות ופעוטות בגן הילדים בו עבדה, בין היתר, בכך ש:"כיסתה את ראשם של הקטינים בשמיכה וישבה עליהם למניעת תזוזה; **קשרה ידי קטין באמצעות חוט** למשך דקות עד שעות; הרימה קטינים באמצעות אחיזה בכוח בזרוע, הניפה אותם באוויר והכל עד להטחתם ברצפה; טלטלה תינוקות; העמידה פעוטות עם הפנים אל הקיר, לעתים למשך מספר שעות; **הצליפה** בקטינים באמצעות חיתול; **סטרה** להם; **צבטה ומשכה** ראשם של פעוטות לאחר תוך **חסימת אפם ופיהם, עד שהתגלעו קשיי נשימה**" (ת"פ 14327-07-19 מדינת ישראל נ' מעודה, בפסקה 2 (09.12.2020) (ההדגשות הוספו - ח' כ')).

59. בניגוד לכך, בענייננו, ומבלי להקל ראש בחומרת מעשיה של המערערת, רף האלימות העולה מהסרטונים, שעל בסיסם היא הורשעה - הוא פחות באופן משמעותי מהמקרים שצוינו לעיל. כך למשל, בענייננו אין אינדיקציה - בסרטונים או בכל דרך אחרת - לחניקות בידים, חבטות בראש, קשירות, ישיבה על פעוטות כשהם מכוסים בשמיכה, הצלפות באמצעות חפצים שונים, ועוד. בנוסף, בענייננו לא הובאה כל אינדיקציה לקיומם של נזקים פיזיים שנגרמו לפעוטות, כאשר הנזקים שתוארו בהחלטת בית משפט קמא - מתמצים בנזקים נפשיים, רובם הגדול משוערים, כאשר הקשר הסיבתי בינם לבין מעשי המערערת, באופן קונקרטי, לא הוכח כדבעי. כאמור, אין להקל ראש במעשי המערערת, וכפי שציין בית משפט קמא ישנו חשש כי יתברר בעתיד כי הם הסבו לפעוטות נזק נפשי. ברם, בשונה למשל מעניין קסיס המתואר לעיל - בגדרו נידונו נזקים פיזיים שכללו למשל ליקויים בשמיעה, צניחה בעין שמאל, ובירורים רפואיים נוירולוגיים, אורולוגיים ואורתופדיים - בענייננו לא נטען, וממילא לא הוכח, כי הפעוטות סבלו מנזקים פיזיים או חבלות שדרשו טיפול או בירור רפואי. זאת, באופן שראוי שישליך גם על מידת החומרה הגלומה בנסיבות ביצוע העבירות במקרה דנן.

60. ניתן אף לומר - וזה אולי העיקר בענייננו - שמצפייה בסרטונים עולה כי אף שהמערערת שגתה בהתנהלותה הכוחנית והאגרסיבית במקרים רבים, רף האכזריות שבמעשיה הוא פחות באופן משמעותי מהמעשים שתוארו בעניין מעודה ובעניין קסיס. אם להשתמש בסיווג שהוצע לעיל - מעשיה של המערערת מתאימים לסיווג של המטפלת 'האגרסיבית', ולא לקטגוריה, החמורה יותר, של המטפלת 'הנוקמת'.

61. הנה כי כן, חרף מגמת ההחמרה בעבירות שעניינן פגיעה בפעוטות חסרי ישע על-ידי אחראי, מדיניות הענישה הנוהגת מחייבת הקלה מסוימת בעונש שנגזר על המערערת (וראו: עפ"ג 56688-12-24 פלונית נ' מדינת ישראל (11.06.2025)).



שיקולים נוספים

62. זאת ועוד, כפי שתיארתי לעיל, זכותה של המערערת להליך הוגן נפגמה במידת מה. לא בכדי הארכתי לעיל, בתיאור ההליך בבית משפט קמא, שבסיומו נשללה מהמערערת האפשרות למסור את גרסתה במסגרת חקירה ראשית. כאמור, לאחר שבחנתי את כלל נסיבות העניין, מצאתי כי הגם שאין בטענות אלו כדי להצדיק את זיכוי המערערת, יש בהן כדי להצדיק הקלה מסוימת בעונשה (ראו: עניין אלמלח, פסקה 14 לחוות דעתו של השופט ע' גרוסקופף (שנותר במיעוט לעניין התוצאה) וההפניות הרבות שם).

63. בנוסף, סבורני כי שגה בית משפט קמא גם בהחלטתו בדבר אי-קבלת תסקיר לעונש בנסיבות העניין. סעיף 37(א) לחוק העונשין מורה כי בית המשפט רשאי, לאחר שהרשיע נאשם אך בטרם גזר את דינו, לדרוש תסקיר בכתב של קצין מבחן, בהתייחס לעברו של הנאשם; מצבו המשפחתי; מצבו הכלכלי; המצב בריאותי של הנאשם ובני משפחתו; וכן אם ישנן נסיבות פרטיות שהביאוהו לידי עבירה. בהמשך קובע סעיף 38(א) לחוק העונשין, חובה לקבל תסקיר שירות מבחן לפני השתתפות עונש מאסר בפועל; ברם, לפי סעיף 38(ב) לחוק שר המשפטים רשאי, באכרזה שתפורסם ברשומות, לסייג את תחולת סעיף קטן (א). וכך אכן נעשה ביום 02.01.1964, עת נקבע כי אין חובה לקבל תסקיר בטרם הטלת עונש מאסר, בין היתר אם לנאשם מלאו 21 שנים בעת ביצוע העבירה (סעיף 1.1 לאכרזת דרכי ענישה (תסקיר של קצין מבחן), התשכ"ד-1964; ע"פ 1019/13 פאס נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (06.07.2015); ע"פ 2583/06 עמר נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (04.09.2006)).

64. בהתאם נקבע בפסיקה, כי הזמנת תסקיר במקרים אלו מסורה לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית (ע"פ 2031/23 בסטי נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (28.02.2024)). ברבות השנים שורה ארוכה של שיקולים נשקלו בהקשר, זה ובתוך כך ניתן למנות, בין היתר, את פוטנציאל ההליך השיקומי בעניינו של נאשם; נטילת אחריות או אי נטילתה על-ידו; מועד הגשת הבקשה לקבלת תסקיר; הימשכות ההליכים; עברו הפלילי או היעדרו; האם מדובר בהשתתפות עונש מאסר בפועל ראשון; האם צפוי כי מדובר במאסר משמעותי מבחינת משכו; ההשלכות הצפויות של הענישה על הנאשם ומשפחתו; אפשרות הצגת הנסיבות הרלוונטיות לבית המשפט גם בהיעדר תסקיר; או נסיבות אישיות אחרות, שראוי להביא לפני בית המשפט דווקא בסיועו של שירות המבחן (ראו מיני רבים: רע"פ 5308/01 מאחמיד נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (07.08.2001); ע"פ 5626/14 לנקין נ' מדינת ישראל (02.08.2015); רע"פ 1883/19 ביטון נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (28.03.2019)). כפי שציינתי ברע"פ 50051-11-24 אל פראוונה נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (28.11.2024):

"לתסקיר שירות המבחן חשיבות רבה בסיועו לבתי המשפט בגזירת הדין. כך, לצד סיוע בבחינת סיכויי השיקום, ביכולתו של התסקיר להניח לפני בית המשפט תמונה מלאה יותר ביחס לנאשם, תוך הבאת הרקע והנתונים הרלוונטיים על אודותיו בטרם מתן גזר דין בעניינו. על כן, בבואו של בית המשפט להכריע באם להפנות נאשם לקבלת תסקיר שירות המבחן עליו לשקול, במסגרת כלל שיקוליו, גם את



הצורך בסיועו של שירות המבחן לשם בחינת נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, ובתוך כך, במקרים המתאימים, גם את ההשלכות הצפויות של הענישה על הנאשם ועל משפחתו, בהינתן נסיבותיו האישיות".

65. בנתון לאמור, במקרה שלפנינו, נכון, ראוי ומוצדק היה להידרש לתסקיר. זאת, בשים לב לכך שהמערערת היא אישה צעירה, גרושה, ואם לשלושה קטינים שהיו במשמורתה, כאשר מאסר ממושך שלה צפוי להשפיע עליהם במידה רבה; זוהי היתקלותה הראשונה עם מערכת אכיפת החוק; והמאסר שהוטל עליה היה לתקופה ממושכת מאוד. לפיכך, סבורני כי שגה בית משפט קמא עת דחה את בקשת המערערת לקבל תסקיר לעונש בטרם ייגזר דינה. כאמור לעיל, בית המשפט שם את הדגש בהקשר זה על סירובה של המערערת להליך טיפולי ועל הרצון שלא לעכב את התיק. ואולם, כאשר עסקינן באם צעירה לשלושה ילדים קטנים המצויים במשמורתה הבלעדית, לא היה נכון להיאחז בשיקולים אלו, ולהימנע מקבלת תסקיר שיפרוש בפני בית המשפט תמונה רחבה, ככל הניתן, באשר לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, כמפורט בסעיף 40^א לחוק העונשין. האיזון שערך בית משפט קמא בהקשר זה - שגוי.

66. שגגה נוספת בגזר הדין קשורה לרוחב המתחם שנקבע. כידוע, תיקון 113 לחוק העונשין, שעיגן את הרפורמה בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, נחקק בעקבות ביקורת על אודות פערי ענישה בין נאשמים דומים שהורשעו בביצוע עבירות דומות. המחוקק סבר כי תופעה זו יסודה בשילוב שבין שיקול הדעת הרחב המוקנה לבית המשפט בעת גזירת העונש, והיעדר הכוונה או הנחיה בנוגע לאופן הפעלת שיקול הדעת בעת מלאכת גזירת העונש (וראו, פסק דינו של חברי בע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל, פ"ד סו(2) 772, 787-788 (2013) (להלן: עניין סעד)). משכך, המחוקק התווה מודל תלת-שלבי למלאכת גזירת העונש: ראשית, יש לקבוע האם הנאשם מורשע במספר עבירות או בעבירה אחת, ובהתאם האם עסקינן באירוע אחד עם מתחם ענישה אחד, או במספר אירועים ולהם ייגזרו מתחמי ענישה נפרדים (סעיף 40^א לחוק העונשין); שנית, יקבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתחשב, בין היתר, בעבירה ובנסיבות הקשורות בביצועה (סעיף 40^א לחוק); שלישית, ייגזר העונש ככלל בתוך מתחם העונש ההולם, וזאת בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות לעבירה (סעיף 40^ב לחוק), וכחריג לכלל נקבע כי בית המשפט רשאי לסטות לקולה או לחומרה ממתחם הענישה בהתאם לחריגים המנויים (סעיף 40^ד לחוק וסעיף 40^ה לחוק). בכך, הוסטה נקודת הכובד מן העושה אל המעשה במטרה לייצר אחידות גדולה יותר תוך שימת דגש על עיקרון ההלימה (וראו: ע"פ 1077/22 קאדר נ' מדינת ישראל (01.06.2022)).

67. משכך, יש לתת את הדעת לרוחבו של מתחם הענישה ההולם שנקבע. שהרי, מתחם ענישה רחב, כבעניינו (שש עד תריסר שנים) לא משרת את עיקרון ההלימה ואין בו כדי להתוות את דרכו של בית המשפט, באופן המצר ומגביל את שיקול דעתו, תוך בידול בין ביצוע עבירה לפי נסיבות ביצועה. בקביעת מתחם עונש רחב מידי, אובד היחס הראוי שבין חומרת העבירה ומידת אשמו של מבצעה לבין העונש; ו'כל האפשרויות פתוחות' גם לאחר קביעת המתחם (ראו והשוו: עניין סעד, פסקה 24; יורם



רבין ויניב ואקי דיני עונשין ג 1473-1474 (מהדורה שלישית, 2014)). וכפי שכבר נפסק בסמוך לתיקון 113:

"החוק אינו מגדיר את היקפו הרצוי של מתחם העונש, אך ברי כי מתחם רחב מדי, המסוגל להכיל שלל מעשים ונסיבות, כך שכל תוצאה עונשית 'תיתפס' בתוכו, איננו מתחם ראוי, שכן הוא ירוקן מתוכן את תכלית החוק [...] בהקשר זה יש לתת את הדעת לעובדה, שכלל שנקבע מתחם צר יותר, כך יוענק משקל נמוך יותר לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה (המנויות כזכור בסעיף 40א), שהן ברובן נסיבות המקלות עם הנאשם. ולהיפך: ככל שנקבע מתחם רחב יותר, כך תהיה לנסיבות אלה השפעה גדולה יותר על קביעת העונש" (ע"פ 1323/13 חסן נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (05.06.2013)).

68. טרם חתימה יוער, כי מטבע הדברים, פרשות שעוסקות בפגיעה בחסרי ישע מעוררות אמוציות רבות. בשנים האחרונות, נוכח הנסיקה בשימוש במצלמות אבטחה בגנים ואמצעים טכנולוגיים אחרים (ביוזמת הורים שחוששים וחושדים, ולא אחת בצדק), פרשות מעין אלו מצויות במוקד התודעה הציבורית. אכן, ניתן להבין לליבם של הורים שזועמים על מי שגומלים להם רעה תחת טובה, אחרי ששמו בידיהם את בֶּבֶת עינם; ילדיהם היקרים להם מכל (או הוריהם, במקרים העוסקים בפגיעה בקשישים על-ידי מטפליהם). לא אחת, פרשות מסוג זה ראשיתן ב'קמפיין' ציבורי ברשתות החברתיות, שמלווה את ההליך הפלילי כולו - מבית הנאשם ועד לבית המשפט; מהגן ועד תחנות המשטרה ומשרדי הפרקליטות. לא זו אף זו, הליכים מעין אלה, שנוגעים לעיתים לקבוצת הורים שנקשרו בגורל מר אחד, מושפעים ממעורבות יתרה של הקרובים לחסרי הישע שמבקשים למצות את הדין עם החשוד או הנאשם. בזהירות המתבקשת אומר, כי לא ניתן לשלול את האפשרות שהתיאורים המופרזים שבכתב האישום (ואזכיר למשל את ייחוס עבירת התקיפה למערערת בגין מסירה של מוצץ לפעוטה) ובפסק הדין קמא, הושפעו מהאווירה הציבורית בסוגיה (וראו והשוו למתואר במאמרה של פרופ' מרים גור-אריה "המשפט הפלילי בפסיקת בית המשפט העליון בשנת תשע"א - מגמה של הרחבת האחריות הפלילית ושל החמרת הענישה" דין ודברים ז 59, (תשע"ג); ע"פ 7936/13 לוי נ' מדינת ישראל, פסקאות 32-34 (16.12.2014)).

סוף דבר

69. לאור כל האמור לעיל, אציע לחבריי כי נקבל בחלקו את הערעור על הכרעת הדין, כך שנזכה את המערערת מעבירה של התעללות נפשית בכל הפעוטות בגן. כן אציע לחבריי כי נקבל את הערעור על גזר הדין באופן חלקי, ונעמיד את עונשה של המערערת על חמש וחצי שנות מאסר מאחורי סורג ובריח, מבלי להתערב ביתר חלקי גזר הדין.



חאלד כבוב

שופט

עמוד 25



השופטת גילה כנפי-שטייניץ:

1. עיינתי בחוות דעתו של חברי השופט ח' כבוב, וראיתי להצטרף לתוצאה שאליה הגיע. באשר להכרעת הדין - כמו חברי, אני סבורה כי יש להותיר את הרשעת המערערת בכלל העבירות על כנה, למעט עבירת ההתעללות הנפשית בפעוטות הגן - ממנה יש לזכותה. אשר לגזר הדין - מפאת זיכוייה מן העבירה האמורה, בשים לב למדיניות הענישה הנוהגת, ובשל קשיים מסוימים שנפלו בניהול ההליך, אני מסכימה כי יש להקל בעונשה של המערערת.

לצד זאת, ראיתי להרחיב מעט בחלק מן הסוגיות שעל הפרק, ובפרט בסוגיית פליליות מעשיה של המערערת ומידת חומרתם; וכן ביסודות עבירת ההתעללות הנפשית בקטין בשל חשיפתו למעשי אלימות שכוונו כלפי אחר.

פליליות מעשיה של המערערת

2. צפיתי בסרטונים לפני הדין וצפיתי בהם שוב לאורך כתיבת חוות דעתי. אומר כי הצפייה בסרטונים מגלה תמונה קשה ומצמררת של התנהלות מטפלת בילדי גן, התנהלות חסרת אנושיות, נעדרת חמלה, חפצית ולעיתים אכזרית. בין המעשים הנצפים ניתן לחזות באחיזה אגרסיבית בפעוטות, גרירתם באמצעות אחיזה בזרועם, הרמתם והטחתם בחוזקה על הרצפה, על מזרנים או על כיסאות, דחיפתם והפלתם ארצה, כיסויים בעת השכבתם לישון בשמיכה עד למעלה מראשם, האכלתם במהירות בדרך שנדמית כהאבסה, והושבה על כיסא אוכל מוגבה לזמן ממושך כאמצעי ענישה. מדובר במעשים קשים לצפייה, מקוממים, המכווצים את הלב. הצפייה במכלול האירועים מותירה את הרושם הברור שהמערערת מתייחסת לפעוטות כאילו היו חפצים - משליכה אותם, הודפת, לעיתים גם מכה ובוועטת. כל זאת תוך ביצוע פעולות שגרתיות לסיפוק צרכיהם הבסיסיים בצורה "מכנית" וקרה. בעיקר בולטת הגסות שבפעולותיה, חוסר הרגישות, עד כדי אטימות מוחלטת לעובדה שמדובר בפעוטות רכים בשנים, העשויים לחוש סבל או כאב - ואף שאלה הופקדו בידיה למען תעניק להם טיפול אוהב ומסור. עוד ניתן ללמוד מן הסרטונים כי אין מדובר בהתנהלות חד-פעמית, יוצאת דופן או אקראית, אלא בשגרת יומם של המערערת וילדי הגן. כן בולטת לעין העובדה שהמעשים לא נעשו בסתר או בהיחבא, אלא לנגד עיני שאר חברות צוות הגן, משל היו אלה מעשי טיפול נורמטיביים ומתבקשים.

3. בית המשפט המחוזי, בהכרעת דינו המפורטת, נתן ביטוי לחומרה הרבה של המעשים. אמנם נכון, כפי שציין חברי השופט כבוב - לעיתים נטה להפרזה מסוימת בתיאור חלק מן האירועים. לעיתים נטל 'חירות ספרותית' להוספת פרשנות לגבי תחושות הילדים, מניעי המערערת, ופרטים נוספים שאינם עולים באופן ברור מן הסרטונים, המוסיפים לאירועים משנה חומרה. עם זאת אעיר, כי בשונה מחברי, אני סבורה כי הקושי האמור בתיאור העובדות התקיים "ביחס לכל אירוע ואירוע" בהכרעת הדין, וכך גם אני מוצאת כמוהו קושי במקרים שבגינם הורשעה המערערת בעבירה של תקיפה הגורמת חבלה של ממש (פסקה 42 לחוות דעתו). לצד זאת, אני מצטרפת למסר העולה מחוות דעתו של חברי, ולפיו בעת קביעת העובדות, ראוי לדייק בהן - לא להפריז, גם לא להקל - לתאר דברים כהווייתם כפי שאלה



נראים בצפייה בסרטון, וזאת בזהירות ההולמת את המשפט הפלילי; בלי הגזמות, השערות או 'תיבול' של העובדות.

4. חברי מציין בחוות דעתו כי רוב רובם של המעשים שביצעה המערערת אינם "ברף הגבוה" של מקרי האלימות וההתעללות בפעוטות. אמנם, לדאבון הלב, לפני בתי המשפט הובאו, ועדיין מובאים, מקרים מחרידים, סדיסטיים, של הכאה מכוונת של פעוטות ותינוקות בעוצמה; טלטולים; קשירה וכפיתה; סטירות, אגרופים ובעיטות; מעשי זוועה שהדעת אינה סובלת אשר גרמו לפגיעות גופניות משמעותיות, לצד פגיעות נפשיות. יש לומר בפה מלא: אין זה המצב בענייננו - ולמסקנה זו יש ליתן ביטוי במישור הענישה. עם זאת, לא הייתי פוטר את מעשיה של המערערת כאגרסיביות גרידא. הרחק מכך. אמנם, בחלק מן המקרים נראה כי המערערת מבצעת מעשי 'שגרה' של העברת פעוטות ממקום למקום, האכלתם והשכבתם לישון, בצורה אגרסיבית - ואולם במקרים אחרים נראית המערערת מכה את הפעוטות, דוחפת בעוצמה, מטיחה לרצפה או בועטת ברגלה; מעשים פסולים מן השורש שאינם מבטאים רק "תפיסה, שגויה, בדבר גבולות הפעלת הכוח הלגיטימיים כלפי פעוטות" (פסקה 44 לחוות דעתו של חברי), אלא אכזריות של ממש.

5. ואוסף, והדבר בעל חשיבות לעניין רף הפליליות בעבירות מן הסוג הנדון - גם מעשה אגרסיבי שעשוי להיראות "מינורי" בהקשר אחד, כמו משיכה מהזרוע, הדיפה, הושבה בכוח על כיסא - נצבע בצבע מחמיר כאשר הוא מבוצע בפעוטות חסרי ישע על-ידי מטפלת האחראית על שלומם ורווחתם. יש לזכור כי מדובר בפעוטות חסרי "קול" התלויים תלות מוחלטת במטפלת, פעוטות נעדרי יכולת לבטא את עצמם או להתנגד למעשים, ולעיתים גם להבינם; ואף אין ביכולתם להלין עליהם לפני קרוב או מושיע. למעשה, זהו גם הרקע המאפשר את ביצוע המעשים. פגיעה בפעוטות אלה, בעודם מצויים בתקופה כה רגישה מבחינת התפתחותם הפיזית והנפשית, עלולה לגרום לנזקים כבירים שהשלכותיהם ילוו אותם שנים רבות. בנסיבות האמורות, פעולות כוחניות מן הסוג שפורט עשויות בהחלט לעלות כדי עבירה פלילית של תקיפה, ובמקרים המתאימים אף התעללות (וראו ע"פ 405/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 247, 254 (2004) (להלן: עניין פלוני)); לא כל שכן, מקום בו מדובר, כבענייננו, בפעולות המבוצעות באופן סדרתי ומתמשך. בהקשר אחרון זה, חשוב להתבונן ביער שמבעד לסבך העצים, מעבר לדחיפה, ההטחה או הגרירה הבודדת - בשגרת היום הקשה בגן, במסגרתה נחשפו הפעוטות למעשי אלימות חדשות לבקרים. יש להבהיר בקול צלול וברור: אין מקום למעשים נפסדים כאלה, ואין לגלות כלפיהם סלחנות - לא כשיטת חינוך, לא כאמצעי לשמירה על הסדר במסגרת, ולא כתוצר של עייפות ושחיקה הכרוכות בעבודת הטיפול בפעוטות. מי שאינו מסוגל לטפל בפעוטות באופן חומל ומסור כראוי להם - ירחק מגני ילדים.

התעללות נפשית בקטין בשל חשיפתו למעשי אלימות שכוונו כלפי אחרים

6. ראיתי להרחיב מעט גם בסוגיית זיכוייה של המערערת מעבירה של התעללות נפשית כלפי כלל הפעוטות בגן. בית המשפט המחוזי ראה להרשיעה בעבירה זו לאחר שמצא כי "[הנאשמת נהגה] באלימות, בגסות, תוך ביזוי, דיכוי והחפצה כלפי פעוטות הגן, באופן שיטתי ומתמשך... אף אם המעשים



הפיזיים כוונת כלפי מיעוט מסוים, די בכך כדי להשליך על כלל פעוטות הגן, לרבות אלה שלא הותקפו פיזית על ידי מי מהנאשמות" (פסקה 252 להכרעת דינו).

7. עבירת ההתעללות בקטין או בחסר ישע מעוגנת בסעיף 368 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק), וקובעת כדלהלן:

"העושה בקטין או בחסר ישע מעשה התעללות גופנית, נפשית או מינית, דינו - מאסר שבע שנים; היה העושה אחראי על קטין או חסר ישע, דינו - מאסר תשע שנים" (להלן: עבירת ההתעללות).

בניגוד לעבירות אחרות, דוגמת עבירת התקיפה, הרכיב העובדתי-התנהגותי של עבירת ההתעללות אינו מוגדר בחוק, ולמעשה, מותר לבתי המשפט את מלאכת יציקת התוכן לביטוי "מעשה התעללות" (רע"פ 6477/20 שחם נ' מדינת ישראל, פסקה 9 לפסק דינו של המשנה לנשיאה הנדל (15.11.2021)). ואכן, פסיקת בתי המשפט בעשורים האחרונים נתנה בביטוי זה סימנים. כך נקבע, כי התעללות היא התנהגות הנושאת מאפיינים של אכזריות כלפי הזולת, חוסר אנושיות, השפלת הקורבן, דיכוי, ביזוי והטלת אימה, העשויה לבוא לידי ביטוי בביצוע מעשה בודד או, כך על פי רוב, בביצוע סדרת מעשים לאורך זמן (ע"פ 7704/13 מרגולין נ' מדינת ישראל, פסקאות 7-8 לפסק דינו של השופט הנדל (8.12.2015) (להלן: עניין מרגולין); ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145, 170 (2000) (להלן: עניין פלונית)); כאשר זו נבחנת על פי נקודת המבט האובייקטיבית של המתבונן מן הצד, ובשים לב להקשר ולנסיבות העניין (עניין פלונית, בעמ' 169). הגם שעבירת ההתעללות איננה עבירה תוצאתית הדורשת, לשם השלמתה, גרימת נזק לקטין או לחסר הישע - היא מאופיינת בפוטנציאל לגרימת סבל או נזק לקורבן (עניין מרגולין, בפסקאות 7-8 לפסק דינו של השופט הנדל). ולבסוף, וחשוב לענייננו, בבחינת מעשה התעללות, יש ליתן משקל לפערי הכוחות בין הקורבן לנאשם ולתלותו של הראשון באחרון, וכן למידת חוסר הישע של הקורבן; זאת, לאור תכליתה של העבירה - הגנה על קטינים וחסרי ישע שאין בכוחם להגן על עצמם (שם; עניין פלונית, בעמ' 167-169).

8. סעיף העבירה מונה שלושה סוגים של התעללות כלפי קטינים וחסרי ישע: התעללות גופנית, נפשית ומינית. כפי שצוין בעבר, בעוד שביחס להתעללות גופנית ומינית ניתן למצוא עבירות 'מקבילות' בחוק העונשין המגינות מפני פגיעה גופנית או מינית, למשל עבירות התקיפה או עשיית מעשה מגונה (ולהבחנה בין התעללות גופנית לתקיפה ראו עניין פלונית, בעמ' 169) - להתעללות הנפשית, הרלוונטית לענייננו, אין עבירה מקבילה המגינה מפני פגיעה נפשית (עניין מרגולין, בפסקה 7 לפסק דינו של השופט הנדל). נקודה זו יכולה להעיד על החשיבות שראה המחוקק בהגנה על קטינים וחסרי ישע מפני פגיעה נפשית - כמי שמועדים יותר לפגיעות מסוג זה, העשויות להותיר בהם צלקות לשנים רבות (וראו גם דברי הסבר להצעת חוק קטינים וחסרי ישע, התשמ"ט-1989, אשר הובילה בהמשך לחקיקת עבירת ההתעללות: "ההתעללות והניצול של אלה שאין בכוחם להשיב מחייבת דין לעצמו שאינו דומה לחובל חברו").



סקירה קצרה של המקרים שתוארו בפסיקה מגלה, כי התעללות נפשית יכולה להתבטא במגוון רחב של התנהגויות - כך למשל, התעללות כזו נמצאה במעשיו של אב שגזז פאה מפאותיהם של בניו הקטינים לעת שנתם (ע"פ 2696/96 פלוני נ' מדינת ישראל (28.11.1996)); של אב שהכה את בתו לקוית הלמידה, איים עליה ועלב בה (עניין פלוני, בעמ' 247); של שוטר שהכה עצירים פלסטינאים קטינים וכפה עליהם לשיר שיר המבזה את הנביא מוחמד (ע"פ 1752/00 מדינת ישראל נ' נקאש, פ"ד נד(2) 72 (2000)); ושל אנשי צוות רפואי בבית חולים פסיכיאטרי שניצלו חולשתו של חוסה, הליבו אותו בבגדים קרועים וגזרו את בגדיו (עניין מרגולין, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט הנדל).

9. השאלה הניצבת לפנינו, היא סוגיית פרשנותו של הרכיב הנסיבתי של העבירה, העושה "בקטין" - ובאופן קונקרטי, השאלה האם ניתן להרשיע אדם בהתעללות נפשית בקטין בגין עשיית מעשה אלים שלא כוון כלפיו, אך הקטין נחשף אליו. סוגיה זו נדונה במפורט לראשונה בעניין משה (ע"פ 1779/22 משה נ' מדינת ישראל, פסקאות 44-49 (18.6.2023) (להלן: עניין משה)). כפי שהזכיר חברי השופט כבוב, מדובר היה באחד מאירועי האלימות הקשים והאכזריים שידענו בעשור האחרון. באותו אירוע, ניסה הנאשם לרצוח את אשתו בביתם עת הלם בה בעוצמה שוב ושוב במערוך, חנק אותה, ודקר אותה בסכין מספר רב של פעמים - כל זאת לעיני בנם הפעוט, עוד לא בן שנתיים, ששהה לצד אמו, בוכה ומכוסה בדמה; תוך שהאם מפצירה בנאשם כל העת כי יחדל ממעשיו וירחיק את בנם מן המקום. בעניין זה נקבע, כי מעשי הנאשם מגבשים עבירת התעללות בקטין, תוך שהודגשה, בין היתר, עוצמת האלימות הקיצונית אליה נחשף הילד ומשכה, וכן העובדה כי "בחירת [הנאשם] שלא לחדול ממעשיו או להרחיק את הילד מהזירה, כפתה עליו, הלכה למעשה, לא רק להיות עד לזוועה שהתחוללה אלא גם להיות חלק מההתרחשות עצמה" (שם, בפסקה 47).

10. ההלכה שנפסקה בעניין משה יושמה לא אחת בפסיקת הערכאות הדיוניות גם במקרים מן הסוג שבענייננו - מטפלות במסגרת חינוכית-טיפולית שנהגו באלימות כלפי פעוטות לעיני יתר פעוטות הגן. כך, בעניין קסיס הורשעו שתי מטפלות, אם ובת, בביצוע בצוותא של עבירת התעללות נפשית בכלל הפעוטות במעון שהיו תחת אחריותן, "בשל האווירה הכוללת ששררה במעון באופן תמידי, שיטות הטיפול האגרסיביות והאירועים הפיזיים להם נחשפו הפעוטות" (ת"פ (מחוזי חי') 39933-05-21 מדינת ישראל נ' קסיס, פסקה 26 (21.3.2022)); וראו גם בערעור לעניין חומרת העונש: ע"פ 830/23 קסיס נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (18.6.2023)). באותו מקרה מדובר היה במעשי אלימות חמורים שביצעו הנאשמות בפעוטות במעון, חלקם בני מספר חודשים בלבד, במשך תקופה של כחצי שנה - בין היתר, חבטו הנאשמות בפעוטות והכו אותם נמרצות במשך דקות ארוכות, טלטלו אותם בחוזקה, סטרו להם, כפתו אותם, הניפו אותם באוויר והטיחו אותם ברצפה (וראו גם ת"פ (מחוזי ב"ש) 13227-10-21 מדינת ישראל נ' סאלם, פסקה 23 (27.6.2023), שערעור בעניינו תלוי ועומד לפני בית משפט זה: ע"פ 3558/24 סאלם נ' מדינת ישראל). במקרים אחרים זוכו מטפלות בערכאות הדיוניות מעבירה דומה שיוחסה להן, משלא הוכח מי מהקטינים נכח בכל אירוע והאם הבחין במעשים האלימים (ת"פ (מחוזי ת"א) 31306-11-20 מדינת ישראל נ' קזקביץ, פסקה "א. כללי" (12.10.2021)); משנקבע כי המעשים נמשכו על פני תקופה תחומה וקצרה בזמן, ולא הוכח כי "המדובר בהתנהגות אלימה אכזרית



ושיטתית" (ת"פ (מחוזי מר') 62398-02-22 מדינת ישראל נ' ליבוביץ, פסקה 887 (15.10.2024)); או בהעדר זיהוי של הפעוטות שנחשפו למעשים, כמו גם העדר הוכחה לגבי היקף הנזק הפוטנציאלי שנגרם להם כתוצאה מכך (ת"פ (מחוזי ים) 11173-04-22 מדינת ישראל נ' נחמיה, פסקאות 61-62 (5.3.2025)).

11. טרם בחינת מאפייניה של עבירת ההתעללות בקטין בגין מעשים שבוצעו באחר, ראוי להקדים הערת אזהרה. הרשעה בעבירה של התעללות נפשית בנסיבות הנדונות, הגם שהיא אפשרית וראויה במקרים המתאימים - מאתגרת יותר בהשוואה למקרה 'הרגיל' שבו מעשה ההתעללות מופנה ישירות כלפי הקטין. מעשה אלים שנעשה בקטין עצמו (הכאתו, השפלתו, גזיזת פָּאָתוֹ וכיוצא באלו), מקיים ביתר קלות, מטבע הדברים, את סממני ההתעללות, לרבות ממד האכזריות, ההשפלה או הדיכוי והפוטנציאל לגרימת נזק - בהשוואה למקרה החריג בו הקטין רק נוכח בסיטואציה האלימה. בנסיבות אלה, ומקום שעסקינן במשפט פלילי הדורש היצמדות לעקרון החוקיות ומחייב קביעתן של נורמות ברורות ומפורשות - שומה עלינו לנהוג בזהירות יתרה בבואנו לקבוע את גדרי המקרים שייתפסו ברשתה של העבירה (והשוו: רע"פ 4743/20 לייבל נ' מדינת ישראל, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת וילנר (21.7.2022); ע"פ 5955/22 מדינת ישראל נ' אלוביץ', פסקה 71 (13.7.2023); רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (13.8.2008)).

12. לרקע הסקירה שהובאה, ניתן להצביע על שני מבחנים מרכזיים הנדרשים להכרעה בשאלה האם התקיימו יסודות העבירה של התעללות נפשית בקטין, בשל חשיפתו למעשי אלימות המופנים כלפי אדם אחר בסביבתו הקרובה. האחד, הוא חומרת המעשים להם נחשף הקטין, על פי איכותם וכמותם. בהקשר זה, כאשר מדובר בחשיפה למעשה אלימות קשה וקיצוני במהותו כבעניין משה, ניתן להסתפק באירוע אחד; אולם גם מעשי אלימות בעלי חומרה פחותה מכך, עשויים לגבש את רמת החומרה הנדרשת אם נעשו בתדירות גבוהה עד כדי יצירת אווירת איום, דיכוי, ביזוי או הטלת אימה, לה נחשף הקטין לאורך זמן. המבחן השני, הוא עוצמת החשיפה לאירועי האלימות. לעניין זה לא ניתן להסתפק בנוכחותו של הקטין בקרבת מקום, באירוע כזה או אחר, אלא נדרש להראות כי הקטין נחשף למעשי האלימות באופן ממשי, דוגמת הפעוט בעניין משה, עד כי הקטין הצופה הפך לחלק מההתרחשות עצמה - וניתן לומר כי מעשה ההתעללות נעשה "בו". השילוב בין שתי הדרישות האמורות, על רקע פערי הכוחות בין המטפל לקורבן, מקיים אפוא את מאפייניה של עבירת ההתעללות ככזו הכוללת אכזריות, דיכוי או השפלה, וכן פוטנציאל לגרימת סבל או נזק לקורבן העבירה.

13. ובחזרה לענייננו. בחינת השיקולים האמורים מובילה למסקנה כי יש לזכות את המערערת מעבירת ההתעללות הנפשית בה הורשעה. לעניין זה, די להידרש לשיקול השני של עוצמת החשיפה. מצפייה בסרטונים, קשה לעמוד על חשיפה מיוחדת של הפעוטות להתרחשויות האלימות שכוונו כלפי חבריהם. למעשה, רבים מהמעשים שבהם הורשעה המערערת התרחשו בעת שהפעוטות הושכבו לישון, שעה שחלק מהם ישנו כבר או שניסו להירדם כאשר שמיכה מכסה את פניהם, כך שספק אם נחשפו למעשים שבוצעו בחבריהם (ראו למשל סרטוני מצלמות הגן מיום 16.7.2020 בשעה 11:55;



27.7.2020 בשעה 11:59; 5.8.2020 בשעה 12:09). אף כאשר בוצעו המעשים בסמיכות מקום לפעוטות שהיו ערים והסתובבו בגן, לאור משכם הקצר של חלק מהמעשים - הדיפת פעוט או אחיזת בעוצמה למשך שברירי שנייה - עולה קושי לקבוע כי אלה נחשפו לאירוע ולאמוד את עוצמת החשיפה (ראו למשל סרטוני מצלמות הגן מיום 16.7.2020 בשעה 11:42; 20.7.2020 בשעה 11:30; 27.7.2020 בשעה 15:37; 28.7.2020 בשעה 15:45). באשר לחוות הדעת הפסיכיאטרית שהוצגה לפני בית המשפט המחוזי כמו גם עדויות ההורים באשר לנזקים שנגרמו לקטינים - מעבר לכך שקיים קושי להבחין בין נזקים שנגרמו לאותם קטינים בשל מעשים שכוונו אליהם ישירות, לבין אלה שנגרמו כתוצאה מחשיפתם למעשים שבוצעו באחרים; בענייננו מדובר במקרה בו הורשעו מספר חברות צוות בגן בגין ביצוע מעשים אלימים, כך שמתעורר קושי לייחס את הפגיעות הנטענות למעשיה של המערערת דווקא, להבדיל ממעשיהן של אחרות.

14. לאור כל האמור, אני מצטרפת למסקנתו של חברי השופט כבוב שלפיה יש לזכות את המערערת מהרשעתה בעבירת ההתעללות הנפשית בקטינים שיוחסה לה.

טענות המערערת לפגמים שנפלו בניהול ההליך

15. חברי הרחוב בחוות דעתו בתיאור ההשתלשלות הדיונית הנוגעת לעדותה של המערערת בבית המשפט המחוזי. כמוהו, אף אני סבורה כי סירובו של בית המשפט המחוזי לעיין במסמכים הרפואיים שהציגו באי-כוחה של המערערת ודרישתו כי אלה יוצגו על-ידי עורכייה שגדרשו להתייצב בבית המשפט - מעוררים קושי. כזכור, הדבר הביא לכך שהמערערת ויתרה על זכותה להיחקר בחקירה ראשית תוך שהדבר נומק במצבה הרפואי, והיא נחקרה רק בחקירה נגדית עת שלדבריה לא חשה בטוב. אכן, אין להתעלם בהקשר זה מהתנהלותה הדיונית של המערערת שלא הייתה משביעת רצון, לשון המעטה. המערערת נעדרה מדיונים שנקבעו ללא הודעה מוקדמת; נמנעה מלהגיש מסמכים רפואיים לתיק בית המשפט גם לאחר שהובהר לה כי באפשרותה להשחיר פרטים שאין היא מעוניינת לחשוף; וכל זאת לאחר שהוגשה מטעמה שורה ארוכה של בקשות לדחיית מועד שנמצאו בלתי מוצדקות - באופן שעייב פעם אחר פעם את פתיחת פרשת ההגנה. אל מול עיכובים חוזרים אלה, עשה בית המשפט המחוזי כל שביכולתו לקדם את ההליך באמצעים העומדים לרשותו, שאיפה הראויה כשלעצמה לשבח. עם זאת, משעה שמדובר באישומים פליליים חמורים וכשעל הפרק ניצבת חירותה של המערערת, ומשהוצג בסיס מסוים לטענותיה הרפואיות של המערערת - דומה כי ראוי היה לגלות יתר מתינות ואורך רוח.

16. לצד הערות אלה, ולאחר עיון בכלל החומר הרלוונטי, שוכנעתי כי אין מדובר בפגמים היוורדים לשורש ההליך, באופן המצדיק סעד קיצוני של זיכוי המערערת או עריכת הליך מחודש כפי שביקשה. בסופו של יום, עדותה של המערערת, הנפרשת על פני למעלה מ-250 עמודי פרוטוקול, נשמעה בחקירה נגדית משך שעות ארוכות, בשני מועדים שונים - ובמסגרתה גוללה את התייחסותה המפורטת לכל מעשה ומעשה שיוחס לה ונצפה בסרטונים, באופן שלא הותיר אבן על אבן. התרשמותו של בית המשפט המחוזי, הנתמכת בפרוטוקול הדיון, הייתה כי העדות קוהרנטית, עקבית וקולחת, והתיישובה היטב עם קו הגנתה. המערערת לא טענה בסיכומיה או בערעור שלפנינו כי בשל ההתנהלות המתוארת



נמנעה ממנה האפשרות להציג גרסה עובדתית מסוימת לאירועים, לא כל שכן כזו שהיה בכוחה להביא לשינוי התוצאה; ואכן, בסיכומו של דבר, הכרעתו של בית המשפט המחוזי יוסדה, רובה ככולה, על המראות הנצפים בסרטונים ומתעדים את כלל מעשיה.

17. בנסיבות אלה, הדרך ההולמת להתמודד עם הקושי האמור בניהול ההליך - כמו גם עם קשיים נוספים עליהם עמד חברי השופט כבוב, בהם הגבלת הסיכומים; וההחלטה לגזור את דינה של אם יחידנית לשלושה ילדים קטינים מבלי לקבל תסקיר לעונש (הגם שכפי שהוסבר על-ידו, בית המשפט לא היה מחויב בקבלת תסקיר כזה) - היא בהקלה מסוימת במישור הענישה.

הענישה הראויה בנסיבות העניין

18. על המערערת הוטל עונש של שמונה שנות מאסר, לצד ענישה נלווית. בהתחשב בזיכוייה של המערערת מעבירת ההתעללות הנפשית, כמו גם בקשיים מסוימים שנפלו בניהול ההליך - יש מקום להקל בעונשה. מסקנה זו מתבקשת גם בהתחשב במדיניות הענישה הנוהגת. אכן, כפי שציין חברי, גם מגמת ההחמרה בענישה ראוי שתיעשה תוך שמירה על מדרג הגיוני של ענישה, באופן שלא ייווצר מצב בו פלוני שהורשע בביצוע עבירות מסוימות, יישא בעונש כבד משמעותית מאלמוני שביצע עבירות חמורות יותר.

19. לצד האמור, ולנוכח התרבות המקרים של תקיפת קטינים על-ידי חברי צוות חינוכי-טיפול במסגרות בהן שהו, ראיתי להדגיש את הצורך בהחמרת הענישה, באופן שייתן ביטוי לחומרה המיוחדת הטמונה בפגיעה בקטינים על-ידי אלה המופקדים על שלומם. כך בפרט, לנוכח הצורך בהרתעה, בשים לב לאופיים של המעשים המופנים כלפי קטני-קטנים, פעוטות חסרי "קול", ולסיכויי חשיפתם באין עין מפקחת (והשוו: ע"פ 6506/16 לוסקי נ' מדינת ישראל, פסקאות 16-17 (2.9.2018)). לכך יש להוסיף את ההשלכות הרחבות שיש למעשים מעין אלה. כך בענייננו, לבד מן הפגיעה הפיזית, גרמו מעשיה של המערערת לנזק נפשי לפעוטות, בשעה שזהותם הרגשית נבנית. בתיווכן של דמויות מטפלות מיטיבות, ילדים לומדים כי העולם מהווה מקום מוגן ובטוח. פגיעתה הרעה של המערערת, אישה הנעדרת כל כישורי טיפול, שבידיה הופקדו נפשות רכות אלו, שומטת את היסוד לאמונה זו. באחת הופך הגן ממרחב לצמיחה והתפתחות למקום מעורער, מפחיד ולא מוגן. כן ניכרות הפגיעות במעגל הרחב יותר - בהורים ובאמון שהם רוכשים למערכת, וכן בצוותי החינוך שעושים מלאכתם נאמנה. כל בוקר נפרדים הורים מילדיהם למרבית שעות היום, ומפקידים אותם בידיהם האומנות של הצוות החינוכי. מקרים אלה - מעוררים חרדה בליבותיהם של הורים רבים אשר תוהים שמא אף לילדם יאונה רע. צל כבד מוטל על אנשי חינוך הפועלים במקצועיות ובמסירות; ובכך, נסדק האמון ההכרחי כל כך להצלחת הטיפול בילדים - ילדינו.



גילה כנפי-שטייניץ

שופטת

עמוד 32



המשנה לנשיא נעם סולברג:

צודק חברי, השופט ח' כבוב, בדרך הילוכו ובמסקנתו, לפיה - יש לזכות את המערערת מביצוע עבירה של התעללות נפשית ביחס לכל הפעוטות בגן, ולהותיר על כנה את הרשעתה בשאר העבירות של תקיפה והתעללות.

ראויות הערותיו של חברי, ואילו של חברתי השופטת ג' כנפי-שטייניץ, ללימוד ולמחשבה. אירועים כבגן-סיגל בחולון, שם עבדה המערערת כסייעת, אינם חדשים עמנו. כבר נצבר ניסיון, אך עודנו זקוקים לליטוש ולפיונון, לצרכי חקירה ומשפט; כדי להסיר חשש שמא סערת-הרגשות המתלווה לאירועים שכאלה, תקלקל את השורה.

חומרת מעשי-התקיפה וההתעללות שבהם הורשעה המערערת - רבה, כואבת ומעיקה; אך אין להעצימה. אגרסיביות, אלימות, שימוש בכוח הזרוע - הרי הם פסולים; אך אינם מגיעים בהכרח עד כדי אכזריות והתעללות. הזיכוי החלקי, על רקע רמת הענישה הנוהגת, מצריך הקלה בעונשה של המערערת. כיוצא בזה, לגבי פגמים בהליך המשפטי, עליהם עמדו חברי. אין בהם כדי להביא לזיכוי, אך גם הם מצדיקים הקלה מסוימת בעונש. שלושתנו תמימי-דעים באשר להפחתה במשך המאסר: חמש וחצי שנות מאסר, במקום שמונה.



נעם סולברג משנה לנשיא

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט חאלד כבוב.

ניתן היום, י' תמוז
תשפ"ה (06 יולי
2025).



נעם סולברג
משנה לנשיא



גילה כנפי-שטייניץ
שופט



חאלד כבוב
שופט