



ענ"פ 31092/08/19 - מדינת ישראל נגד פלוני, קטין

בית משפט לנוער בבית המשפט המחוזי בבאר שבע

ענ"פ 31092-08-19

בפני: כב' הנשיאה רויטל יפה-כ"ץ כב' השופטת
גילת שלו כב' השופטת גאולה לוי

המעוררת: מדינת ישראל
נגד המשיב: פלוני, קטין

מהות הערעור: ערעור על גזר דינו של ביהמ"ש לנוער באילת (כב' השופט תומר אורינב) בת.פ. 16806-05-17 מיום 20.06.19

פסק דין

הנשיאה רויטל יפה-כ"ץ:

המשיב הועמד לדין בבימ"ש השלום לנוער באילת (כב' השופט תומר אורינב) בגין ביצוע עבירות מין בדרך של תיעוד יחסי מין שקיים עם המתלוננת (קטינה אף היא) ללא ידיעתה, והפצת הסרטון באינטרנט. תחילה כפר המשיב בעובדות כתב האישום, אולם לאחר שכתב האישום תוקן במסגרת הסדר טיעון (שלא כלל הסכמה לעניין העונש), הודה המשיב בעובדות כתב האישום המתוקן ונקבע, כי עבר עבירה של הטרדה מינית והתנכלות, לפי סעיף 3(א)(5) בצירוף סעיף 5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית והתנכלות, תשנ"ח-1998 (להלן: "החוק למניעת הטרדה מינית"), ועבירה של פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2(3) בצירוף סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הפרטיות"). לאחר שהוגשו שלושה תסקירים מטעם שירות המבחן לנוער בעניינו של המשיב; ולאחר שנשמעה עדות המתלוננת כחלק מראיות התביעה לעונש; נמנע ביהמ"ש מהרשעת המשיב ודן אותו לדרכי טיפול שכללו שירות לתועלת הציבור בהיקף של 100 שעות, פיצוי בסך של 10,000 ₪ וחתימה על התחייבות על סך 7,000 ₪.

על אי הרשעת המשיב הוגש הערעור שבפנינו, כאשר המערערת עותרת להרשיע את המשיב אך אינה מבקשת להטיל עליו עונש נוסף על העונשים שהוטלו בביהמ"ש קמא.

כתב האישום

בהתאם לעובדות כתב האישום המתוקן בהן הודה המשיב (יליד 1998) עולה, כי בחודש יולי 2015 קיים יחסי מין בהסכמה עם המתלוננת (ילידת 1998) בבית סבתו שבא.א.א.א. במהלך המעשים, תיעד המשיב את האקט המיני שלו



ושל המתלוננת, ללא ידיעתה וללא הסכמתה, באמצעות מכשיר הטלפון הסלולרי שלו, כאשר המתלוננת עם גבה לכיוון המצלמה, וניתן להבחין בצדודית של פניה, בעוד פני המשיב נראות בגלוי (להלן: "הסרטון"). במועד סמוך לאחר מכן, הפיץ המשיב את הסרטון לשני חבריו, באמצעות תוכנה להעברת מסרים (WhatsApp), ואף זאת ללא הסכמת המתלוננת. בסופו של דבר, ובדרך שאינה ידועה אך לא על ידי המשיב, הופץ הסרטון בקרב מספר נערים וביניהם אחיה של המתלוננת, ואף פורסם ברשת האינטרנט באתר פורנו.

המשיב הודה, כי במעשיו אלה צילם את המתלוננת ללא ידיעתה ומבלי שנתנה הסכמתה, כשהיא ברשות היחיד; וכן, פרסם סרטון המתמקד במיניותה של המתלוננת, בנסיבות בהן הפרסום עלול להשפילה או לבזותה, מבלי שניתנה הסכמתה של המתלוננת לפרסום.

תסקירי שירות המבחן לנוער

כאמור, הוגשו בעניינו של המשיב 3 תסקירים מטעם שירות המבחן לנוער. התסקיר הראשון הוגש (בתאריך 07.10.18) בעת שהמשיב כבר היה כבן 20.4, חייל שגיוסו נדחה מספר פעמים נוכח כתב האישום נשוא תיק זה; ערק מהצבא זמן קצר לאחר גיוסו; ומצבו הנפשי התדרדר מאז ההליכים המשפטיים שנפתחו נגדו. המשיב הסביר לשירות המבחן, כי תחילה כפר במיוחס לו מתוך גישה ילדותית ולא בוגרת ולא היה מוכן לקחת אחריות על מעשיו, אם כי כיום הוא מבין שפגע בנערה ובפרטיותה.

התסקיר השני הוגש לאחר כארבעה חודשים, ממנו עולה, כי המשיב נהג לערוך מהצבא למספר חודשים, אז הסגיר עצמו ונשפט למאסר; וחוזר חלילה. צוין, כי **"פועל בצורה זאת מתוך מחשבה שלאחר מספר פעמים יקבל פטור מהשירות הצבאי... מתוסכל מהעריקות ורוצה להשתחרר מהצבא בהקדם"**.

התסקיר השלישי והאחרון הוגש כחמישה חודשים לאחר מכן (בתחילת מאי 2019), בעת שהמשיב היה כבר כבן 21; ולאחר מאסר בגין העריקות ושחרורו מהצבא...

שירות המבחן התרשם, כי המשיב ידע לזהות את הפגיעה האפשרית במתלוננת **"וכאב על כך שפגע בפרטיותה, בהתנהגותו לא כיבד אותה ואף ייתכן וגרם נזק לעתיד שלה... ציין כי לא היה בכוונתו לפגוע בנערה וכי פעל מתוך לחץ חברתי וילדותיות בלבד... התייחס לתסכול העמוק שחש ביחס לעבירה: מרגיש שמדובר בכדור שלג שלא היה צריך להתגלגל. הפצת הסרטון לשניים מחבריו לא חשב שגורם באופן עקיף להפצה רחבה כל כך... אף ציין כי לאחר תקופה שוחח עם הנפגעת ושניהם התקשו להאמין שכך קרו הדברים. לדבריו היא אמרה לו שרצתה לבטל את התלונה..."**. שירות המבחן התרשם מ**"צעיר שעבר תהליך של התבגרות מאז ביצוע העבירה, חווה קשיים ותסכול ורוצה לשוב למסלול חיים נורמטיבי. כמו כן נראה שהפיק תובנות בוגרות מהעבירה שביצע, לוקח אחריות ומבין את הפגיעה"** ולכן המליץ לסיים את ההליך בדרכי טיפול וללא הרשעה בתוספת של"צ בהיקף של 60 שעות, חתימה על התחייבות כספית ותשלום פיצוי למתלוננת.

הראיות לעונש - עדות המתלוננת

המתלוננת ביקשה להעיד בביהמ"ש על הנזקים שנגרמו לה כתוצאה ממעשי המשיב. כאן המקום לציין, כי ההתנהלות סביב עדות זו הייתה, לשון המעטה, מאוד בעייתית, וכדי להבין את גודל התקלה, יש להתחיל בשלבים הראשונים של



ניהול התיק.

כאמור, תחילה הודה המשיב אך בכך שקיים יחסי מין בהסכמה עם המתלוננת, וכפר בכל העובדות הנוספות, וביניהן, כי הסריט את קיום יחסי המין והפיץ הסרטון לאחר מכן. בטרם שמיעת הראיות, הגישה ההגנה בקשה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: "החסי"פ"), ועמדה על כך שהשופט ששומע את התיק העיקרי הוא גם זה שישמע את הבקשה הנ"ל. ביהמ"ש נעתר לבקשה, חרף הוראת סעיף 74(ג) לחסי"פ לפיה **"בקשה לפי סעיף קטן (ב) תידון לפני שופט אחד ובמידת האפשר היא תובא בפני שופט שאינו דן באישום.."**, ומתוך החלטתו ניתן ללמוד, כי גרסת המשיב בשלב זה השתנתה ולפיה, **"האקט המיני תועד באמצעות הטלפון הנייד שלו בידעתה ובהסכמתה של המתלוננת ולא הוא זה שהפיץ את הסרטון לנערים אחרים"**; כי ביהמ"ש עיין בחומר שהוצג לו, ובין היתר בשתי עדויות אשר הוצאו מתיק החקירה ואשר התברר, כי אין להן כל קשר למשיב והן **"עוסקות בשאלת ההסכמה לקיום יחסי מין עם נערים אחרים"**; וכי ביהמ"ש עיין גם בסרטון ולאחר שקבע, כי מהסרטון לא ניתן ללמוד על הסכמת המתלוננת להסרת האקט המיני, הורה, כי המשיב וב"כ לא יקבלו את הסרטון לידיהם אלא יעיינו בו במשרדי הפרקליטות.

לא בכדי תיקן המחוקק את הוראות החסי"פ וקבע, כי **"במידת האפשר" ידון מותב שונה בבקשה לפי סעיף 74 ולא המותב ששומע את התיק העיקרי.** בעניין בש"פ 1372/96 **אריה דרעי נ' מדינת ישראל** (מיום 17.03.96) נקבע, כי **"הכלל המתחייב מנוסח הסעיף 74(ג) הנ"ל - הנוקט לשון "במידת האפשר", הוא שבקשה כאמור תידון על-ידי שופט אחר; ורק במקום שישנן נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, ידון בה השופט - או ההרכב - הדן בעניין".** ובעניין בג"ץ 2428/99 **מדינת ישראל נ' דוויק ואחר** (מיום 29.2.2000) צוין, כי **"הכוונה למנוע מאותו מותב לראות חומר חקירה ולהיות מושפע ממנו"** וכי **"הוראת סעיף זה נועדה למנוע משופט העומד להכריע בדינו של נאשם במשפטו הפלילי, מלעין בחומר שאפשר שיתברר כי אינו קביל. כאשר מדובר בחומר ראייתי לעניין הרשעת אדם בפלילים, יפה זהירות מיוחדת. עם זאת, אין ההוראה הוראת חובה אלא אפשרות שעל ההרכב לשקול"** (שם, סעיף 11 לפסק-דין של כב' השופט שטרסברג-כהן). וניתן להוסיף, כי לעמדתנו גם לא ראוי שביהמ"ש שדן בתיק העיקרי ייחשף לחומר שבסופו של דבר ההגנה לא תיחשף אליו.

בתי המשפט השוו בין בחינת חומר ראיות בהתאם להוראות סעיף 74 הנ"ל לבין הוראות סעיף 108 לחסי"פ, כאשר נפסק, כי **"סעיף 74 נדון בפני השופט התורן, שאינו המותב הדן בתיק העיקרי. לעומת זאת, סעיף 108 עניינו בעד המביא עמו מסמכים, כך שבית המשפט הדן בתיק העיקרי, הוא שאמור להחליט הן בנושא הרלבנטיות והן באיזון בין אינטרס הנאשם לבין החסיון/האינטרס המוגן. עם זאת, הפסיקה הכירה בכך שייתכנו מקרים בהם רשאי המותב הדן בתיק העיקרי להורות כי גם בקשה לפי סעיף 108 לחסי"פ תידון בפני השופט התורן"** (בש"פ 8252/13 **מדינת ישראל נ' ליאל שיינר**, החלטת כב' השופט עמית מיום 23.10.14). כלומר, הפסיקה מכירה באפשרות שגם בקשה לפי סעיף 108, כמו בקשה לפי סעיף 74, ובשל חשיבות השמירה על "הסטריליות" של המותב ששומע את התיק העיקרי, תישמע בפני מותב שונה.

כך, גם השווה ביהמ"ש העליון בין בקשות הנדונות בהתאם לסעיפים 74 או 108 לחסי"פ לבין עתירות לגילוי ראיה חסויה בהתאם לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: "פקודת הראיות"), בכל הנוגע למותב שראוי שידון בבקשות אלה ולרציונל העומד מאחורי העברת הדין על מנת שיתברר בפני מותב שונה מזה הדן בתיק העיקרי, ובעניין ע"פ 3427/19 **מדינת ישראל נ' פלוני** (מיום 21.11.19) נקבע על ידי כב' השופט הנדל, כדלהלן:



"עולה כי כבר לפני כעשרים וחמש שנים בית המשפט העליון היה רגיש לקושי הכרוך בשמיעת העתירה לגילוי ראיה לפני בית המשפט הדן בתיק העיקרי. זאת, לצד הכרה בכך שהחוק מאפשר לשופט ששומע את התיק העיקרי לדון בעתירה לגילוי ראיה. כך או כך, בשנת 2016 תוקנה הפקודה, וכעת לשונה אינה מקנה עדיפות לאפשרות כזו או אחרת. ובכל זאת, מהם השיקולים שצריכים להנחות את בית המשפט ביחס לזהות המותב הדן בעתירה לגילוי ראיה לפי סעיף 45?"

קיימים שני שיקולים מרכזיים ביחס לזהות המותב הדן בעתירה לגילוי ראיה, המושכים לכיוונים מנוגדים. מן הצד האחד, בית משפט הדן בעתירה לגילוי ראיה נחשף לחומר ראיות שאינו קביל - חומר שהנאשם וסנגורו לא ייחשפו לו אם תידחה העתירה. יתר על כן, פעמים רבות מדובר בחומר ראיות שתומך בעמדת התביעה, ובמקרים נדירים וקיצוניים הדבר עשוי להצדיק אפילו את פסילת המותב המעיין בראיות... העניין הועלה כדי להראות את הקושי במצב שבו שופט נחשף לראיות שאינן קבילות, שעשויות להיות נגד הנאשם, ואותו השופט צריך להחליט האם הנאשם אשם. לשיקול זה יש שני צדדים. האחד מנקודת מבטו של השופט, שצריך להכריע את הדין, והשני מזווית הראיה של הנאשם, שדינו צריך להיות מוכרע. אשר לנקודת המבט של השופט, שמחליט האם לזכות או להרשיע - המשפט הפלילי מגביל אותו מחשיפה לראיות מסוימות, למשל עבר פלילי, תוצאות בדיקת פוליגרף ועוד. והמגבלה יפה היא. מלאכת הכרעת הדין בפלילים היא מהקשות שבמלאכות השיפוט. אשר לנקודת המבט של הנאשם, הרי שכפי שציין הנשיא שמגר בציטוט דלעיל - גם לתחושת הנאשם בכגון דא יש חשיבות. ונכון לזכור כי תחושת הצדק של הנאשם אינה בגדר שיקול זר, אלא חלק מעשיית הצדק....

כשלעצמי, סבורני - גם על פי ניסיוני בערכאה המבררת - כי ככלל, האיזון הראוי בין השיקולים האמורים הוא העברת העתירה לשופט שאינו דן בהליך העיקרי".

יפים הדברים, בשינויים המחויבים, גם לענייננו, הן לאור העובדה שביהמ"ש גיבש עמדה מעצם הצפייה בסרטון באשר לגרסת ההגנה; והן לאור העובדה שהסנגור אפילו ביקש מביהמ"ש להתבסס, בהחלטותיו המאוחרות יותר, על החומר אליו נחשף במהלך הדיון בבקשה, חומר שלא הוגש לביהמ"ש באותו השלב. וכך אמר הסנגור בישיבת 12.05.19: **"הייתי מגיש את ההודעה של המתלוננת. אם עכשיו יטען לנזק שנגרם למתלוננת, אני לא זוכר בדיוק כי בהודעה שלה אני עברתי עליה, היא מספרת גם על מקרים שצילמו אותה, אם בית המשפט זוכר את ההודעה שלה, אני לא אומר את זה חלילה להביך אבל כשטוענים מה הנזק שנגרם לה אני צריך להזכיר שגם היא אומרת שהיא מצולמת מהגב ולא רואים את הפנים שלה אז הנזק כן נקשר לאיך היא התנהגה אז..."** (ההדגשה אינה במקור - ר.י.כ., עמ' 11 לפרוטוקול בימ"ש קמא, ש' 13-17). היינו, הסנגור מבקש מביהמ"ש להסתמך על אמרה של המתלוננת שלא הוגשה (עדיין) כדי לבסס את עמדת ההגנה לפיה לא נגרם למתלוננת נזק כתוצאה ממעשי המשיב, אלא מהתנהלותה המינית באותה עת.

אכן, המערערת ביקשה, במסגרת ראיותיה לעונש, להעיד את המתלוננת, לבקשת המתלוננת, באשר לנזקים שנגרמו לה כתוצאה ממעשי המשיב; אולם, המשיב ביקש להראות, באמצעות חקירה נגדית מבישה ומשפילה, כי לא הוא שגרם לה לנזקים, אלא שהיא עצמה אחראית לנזקיה נוכח התנהלותה המינית "הבעייתית" (כהבנת ההגנה).

החקירה הנגדית (שנעשתה, כזכור, במסגרת הראיות לעונש) נעשתה בצורה מבישה, משפילה, פוגענית, חודרנית ומעוררת תרעומת (שוב, לשון המעטה), כשביהמ"ש מאשר דרך חקירה זו ומאפשר ירידה לפרטי פרטים של עברה המיני



של המתלוננת. זאת, בניגוד להוראות סעיף 2א לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), תשי"ח-1957 הקובעות, כי **"בית המשפט לא ירשה חקירה בדבר עברו המיני של הנפגע בעבירה לפי סימן ה' של פרק י' לחוק העונשין...** **אלא אם כן ראה, מטעמים שיירשמו, כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין"**; ואף בניגוד להוראות סעיף 40' לחוק העונשין, הקובעות כי **"בשלב הטיעונים לעונש, הנאשם רשאי להביא ראיות מטעמו, ובלבד שאינן סותרות את הנתען על ידו בשלב בירור האשמה"**.

יתרה מכך, ביהמ"ש אף "מאשים" את התביעה בכך שהוא, כביכול, נאלץ להתיר דרך חקירה זו, וזאת למרות התנגדות התביעה, לאורך כל החקירה הנגדית, לשאלות הפוגעניות שנשאלה המתלוננת. ביהמ"ש, שקבע שיטת חשיבות לקו החקירה האמור מאחר ויש להכריע בשאלת הקשר הסיבתי בין הנזק הנתען לבין מעשי המשיב, אף הוסיף, כשהתיר שאלה פוגעניות במיוחד, כי **"בשולי הדברים אציין, כי עוד קודם לדין ייעצתי למאשימה לנסות להגיע להבנות בעניין זה עם ב"כ הנאשם, כדי לחסוך מהמתלוננת את החוויה הלא נעימה של מתן עדות והצורך להשיב לשאלות הנוגעות גם לעברה המיני, שהוא לטענת הנאשם הסיבה לנזקים הנתענים על ידה, אך לצערי לא השכילו הצדדים להגיע להבנות כאמור"** (ישיבת יום 26.05.19, עמ' 18 לפרוטוקול, במהלך חקירתה הנגדית של המתלוננת). לאחר מכן, כשהמערערת שוב התנגדה להשפלת המתלוננת, ציין ביהמ"ש, שהתיר את השאלות (המבזות), בהערה לפרוטוקול, כי **"בית המשפט מסביר לעדה שחרף הקושי הגלום בשאלה יש לב"כ הנאשם זכות לשאול בעניין זה ולכן בית המשפט מבקש מהעדה לעשות מאמץ ולהשיב לשאלה"** (עמ' 21 לפרוטוקול האמור); ושוב בעמ' 23, כשבהחלטה קבע, כי **"לאור טענת המתלוננת על פגיעה בשמה הטוב בעקבות מעשי הנאשם, יש רלוונטיות בשאלה שהפנה ב"כ הנאשם ומטרתה להראות כי הפגיעה בשמה הטוב לא נגרמה ממעשי הנאשם אלא מהתנהלות המתלוננת..."**. ולא בכדי ציטטתי את החלטות ביהמ"ש ולא את השאלות או התשובות שהמתלוננת נאלצה לתת בעקבותיהן, כיוון שכל חזרה על הדברים רק תוסיף עוד נדבך להשפלת המתלוננת, וזו הושפלה די.

יש להדגיש, כי ביהמ"ש אינו יכול להתנער מאחריותו בנוגע למה שמתנהל באולמו ולהטיל את האחריות על אחד הצדדים. לא התביעה אחראית להשפלת המתלוננת, אשר כל שביקשה, לאחר שנפגעה מהמשיב, לספר את סיפורה מנקודת מבטה. כל מתלון, קל וחומר קורבן של עבירת מין, יכול, לו ירצה, לבוא לביהמ"ש ולהציג את עמדתו בפני ביהמ"ש, מבלי שיושפל בשל בקשתו זו.

תפקידו של ביהמ"ש הוא להגן על העדים הבאים בפניו, ובפרט על קורבנות של עבירות מין, אשר על הקושי בפניו הן ניצבות בעת שהן מתייצבות ליתן עדות, ידוע. בכל שלב של החקירה יכול וצריך היה ביהמ"ש להפסיק את החקירה המשפילה ולהורות לסנגור להפסיק את הפגיעה במתלוננת.

גם לגוף העניין לא היה כל צורך לחקור את המתלוננת בחקירה על עברה המיני, שכן התביעה אינה צריכה להוכיח את הנזק הספציפי שנגרם לקורבן עבירת מין כתוצאה ממעשי הפוגע כדי לשכנע את ביהמ"ש לפסוק לקורבן פיצויים לפי חוק העונשין. לא מדובר בתיק נזיקין אלא בתיק פלילי, כאשר ברור, כפי שגם ביהמ"ש עצמו קבע בסופו של דבר בגזר דינו, כי כל קורבן עבירת מין נפגע ממעשי הפוגע.

כאן המקום להוסיף ולהעיר, כי טענת ב"כ המשיב לפיה חקירה זו הייתה נחוצה לצורך הליך עתידי שהמתלוננת יכול ותגיש כנגד המשיב, אינה יכולה לעמוד. בדנ"פ 5625/16 **אסרף נ' טווק בוקובזה** (מיום 13.9.2017) חזר ביהמ"ש העליון על ההלכה, לפיה הפיצוי הפלילי הוא בעל מאפיינים ייחודיים ואינו דומה לפיצוי האזרחי; כך באופן עקרוני וכך באופן מעשי. מבחינה עקרונית, מדובר בחלק מעונשו של הנאשם, דהיינו הוא נגזר מאחריותו בפלילים. מבחינה מעשית, יש אפשרות להעניק פיצוי מהיר שאינו כפוף לכל שלבי פסיקת הפיצוי בהליך אזרחי. וכך קבעה כב' השופטת (כתוארה



(אז) חיות:

"אף שבסוגיות מסוימות התייחס בית המשפט לפיצויים מכוח סעיף 77 לחוק כאל פיצויים אזרחיים, ישנן סוגיות שבהן ניכר ההבדל בין שני סוגי הפיצוי ... כך לגבי סכומי הפיצוי - סכום הפיצוי שניתן לפסוק לפי סעיף 77 הוא מוגבל; כך באשר לדרכי ההוכחה - הפיצוי בהליך הפלילי ניתן בגין 'הנזק או הסבל' שנגרמו ואלה אינם טעונים הוכחה מפורטת הניתנת לחישוב מדויק, והנפגע אף אינו חייב להוכיח נכות שנגרמה לו; כך גם באשר לגביית הפיצוי על ידי המדינה באמצעות המרכז לגביית קנסות ולא באמצעות מערכת ההוצאה לפועל; וכך באשר למעגל הזכאים שעל פי הפסיקה הורחב אל עבר בני משפחה כניזוקים עקיפים לרבות מי שאינם יורשים או תלויים של קורבן העבירה" (שם, פסקה 15).

עוד צוין כי "פסיקת הפיצויים על פי סעיף 77 לחוק העונשין, הינה בעלת אופי ראשוני, כמעין עזרה ראשונה לנפגעי העבירה... בנוסף, אין נדרש מנפגע העבירה להוכיח את נזקו, כפי המקובל בתביעת נזיקין, המוגשת לערכאה האזרחית המתאימה" (שם, פסקה 3 לפסק דינו של כב' השופט שהם).

הפיצוי הוא רכיב עונשי לכל דבר. הוא נקבע בפרק ו' של חוק העונשין, לצד עונשים נוספים, כגון מאסר, קנס, שירות לתועלת הציבור או התחייבות ואין מקום לפסוק את הפיצוי לאור כללי הראיות האזרחיים (ראו סעיפים 41-81 לחוק העונשין, וכן דברי כב' השופט הנדל בע"א 6485/18 **מדינת ישראל נ' פלוני**, מיום 26.12.2019).

אולם, גם אם היה צורך בחקירה כלשהי לצורך הקביעה הסופית של ביהמ"ש בנוגע לפסיקת הפיצוי, ואינני סבורה שכך הוא, ביהמ"ש היה מחויב להפסיק את החקירה המבזה, גם במחיר הפגיעה בתוצאה הסופית וגובה הפיצויים.

שאלת הרשעת המשיב

כאמור לעיל, עיקר הערעור מופנה כנגד אי הרשעת המשיב בעבירות שנקבע כי ביצע.

ביהמ"ש בחן את מעשי המשיב ומצא, כי "המעשה של הנאשם הוא מעשה נלוז ומכוער, המעיד על זלזול בכבודו של המתלוננת ובשמה הטוב. אין ספק כי המעשה פגע פגיעה ממשית בנפשה של המתלוננת ובפרטיותה". אולם, לאור העובדה שמדובר במי שהיה קטין בעת ביצוע המעשים; שהמשיב נעדר עבר פלילי וביצע את המעשים המיוחסים לו לפני כ- 4 שנים; כי מאז האירוע, המשיב שולב במערך הטיפול של שירות המבחן, הגיע לשיחות פרטניות ונטל חלק בהליך לעיבוד עבירה; כי "הודה במעשים, לקח אחריות, הביעה חרטה, ובעיקר ידע לזהות את הפגיעה שהסבו מעשיו למתלוננת ולמשפחתה, כמו גם כאב את הנזקים שנגרמו למתלוננת"; וכי שירות המבחן התרשם שעבר תהליך של התבגרות, הפנמה של חומרת המעשים והפקת תובנות מביצוע העבירה, העבירה אינה מאפיינת את התנהגותו כיום והוא מבטא שאיפות לתפקוד נורמטיבי - נמנע ביהמ"ש מלהרשיעו בדיון ודן אותו לדרכי טיפול כמפורט לעיל.

לטענת ב"כ המערערת, שגה ביהמ"ש במסקנתו זו, שכן המעשים שביצע המשיב אינם מאפשרים את אי הרשעתו; הוא היה למעלה מבן 17 בעת ביצוע המעשים; ואופן ניהולו את התיק, ובמיוחד אופן חקירת המתלוננת, מעידים, כי לא הפנים את חומרת המעשים וחומרת הנזקים שגרם למתלוננת, ועל כן אין לאמץ את המלצות שירות המבחן.



לעומתו סבר ב"כ המשיב, כי אין מקום היום, שנים כה רבות מאז בוצעה העבירה, להרשיע את המשיב, אשר לא עבר כל עבירה מאז; להבנתו שירות המבחן דייק במסקנותיו, שכן המשיב אמפטי למתלוננת ואף שילם את הפיצוי שהוטל עליו; גם למשיב נגרמה פגיעה כתוצאה מההליכים (הפנה לדברי קצינת המבחן בדיון שהתקיים בבימ"ש קמא ביום 26.05.19, עמ' 29 לפרוטוקול), והוא "פספס" את השירות הצבאי בשל ההליך; בניגוד למה שהתביעה טענה, כאילו המתלוננת הוצאה לפנימייה כתוצאה מהאירוע נשוא התיק שבפנינו, עלו בחקירתה בביהמ"ש דברים אחרים; ובכל מקרה, הכלל בקטינים הוא אי הרשעה וביהמ"ש רשאי וצריך היה לאמץ את המלצות התסקיר, ועל כן אין להתערב בקביעותיו.

אלא, שדעתנו שונה. המשיב לא "פספס" את השירות הצבאי בשל ההליכים נשוא התיק שבפנינו, כדברי קצינת המבחן, אלא בחר לערוך מצה"ל, כדי להביא את הצבא לשחררו מהשירות, וזאת רק כיוון שלא שובץ למקום ששאף להגיע אליו; ההליכים נשוא תיק זה, גם אם שיבשו את חייו של המשיב, הרי שהם תוצאה של מעשי המשיב, באחריותו ובאשמו; ועיקר, התנהלותו של המשיב בביהמ"ש, במהלך חקירתה הנגדית של המתלוננת, מעידה חד משמעית כי לא הפנים את חומרת המעשים וחומרת הפגיעה. אגב, בעניין זה מפתיעים דברי קצינת המבחן באותו דיון שהוזכר (מיום 26.05.19), שנאמרו מייד לאחר החקירה הנגדית האמורה, ולפיהם **"ידע לזהות פגיעה במתלוננת, מודע שפגע בפרטיותה, יתכן כי גרם נזק לביטחונה העצמי"**. לאור החקירה הנגדית המבישה, שכללה פרטים שרק המשיב ידע להעבירם לבא-כוחו ואשר כל מטרתם היה להראות שלא הוא אחראי לנזקה, אלא היא הביאה אותם לעצמה בשל התנהלותה, מסקנת שירות המבחן לפחות מעלה תמיהה. התנהגות שכזו של המשיב מעידה על חוסר כל מודעות לפגיעה במתלוננת וניסיון להתנער מכל אחריות לה.

הפסיקה דנה בשנים האחרונות במלחמה המתנהלת בתופעת הסרטונים המבזים, כאשר נקבע כי לבתי המשפט תפקיד חשוב במלחמה זו בדרך של הטלת ענישה מרתיעה. אכן, גם קטינים מבצעים עבירות אלה, ואכן הכלל בדבר ענישת קטינים שונה מהכלל שעניינו ענישת בגירים, אולם, כפי שציין ביהמ"ש המחוזי לנוער בת"א (ענ"פ (ת"א) 70841-03-19 **מדינת ישראל נגד פלוני**, מיום 01.07.19) **"למרבה הצער, גילם של העבריינים (המבצעים עבירות של הפצת סרטונים מבזים - ר.י.כ.) הולך ויורד... אם זהו 'הציבור' המבצע את העבירה הרי שאליו וכלפיו צריכות להיות מופנות אמירות ביהמ"ש"**.

אופיין המבזה והמשפיל של העבירות האלה; הקלות הבלתי נסבלת בה ניתן לבצע את העבירות; היעדר האפשרות למנוע את המעשים או לזהותם מראש; אך אולי אף חמור יותר, חוסר היכולת להסיר הסרטונים לאחר שכבר עלו לאינטרנט; והפגיעה הקשה שהפצת הסרטונים גורמת לקרבן, כל אלה מחייבים, כאמור, ענישה של ממש, שאולי היא זו שתמנע את העבריינים, קטינים כבגירים, מלשוב ולבצע מעשים דומים בעתיד (וראו גם ענ"פ (ת"א) 8878-08-16 **מדינת ישראל נ' פלוני**, מיום 11.01.17).

באשר להרשעת קטינים בדיון, מתווה סעיף 24 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971, שני מסלולים אפשריים לסיום הליכים פליליים כנגד קטינים, האחד - ענישה לאחר הרשעה, והשני - נקיטת דרכי טיפול, כדלקמן:

- "קבע בית משפט לנוער שהקטין ביצע את העבירה והוגשו לו תסקיר של קצין המבחן ותוצאות הבדיקות והחקירות, שעליהם הורה לפי סעיף 22, יחליט על אחד מאלה:**
- (1) להרשיע את הקטין ולגזור את דינו;**
 - (2) לצוות על אחד או יותר מהאמצעים ודרכי הטיפול המנויים בסעיף 26;**
 - (3) לפטור את הקטין בלא צו כאמור."**



בע"פ 4092/07 פלוני נ' מדינת ישראל (מיום 17.10.07, הרכב השופטים א' א' לוי, א' רובינשטיין וח' מלצר) חזר ביהמ"ש העליון על הכללים הבסיסיים:

"משנמצא כי אדם עבר עבירה, ירשיעו בית המשפט ויגזור את עונשו. רק נסיבות חריגות ויוצאות דופן יצדיקו הימנעות מהרשעה. עם זאת, חריג זה מוחל ביתר קלות כשמדובר בקטינים. אם בבגירים גובר כמעט תמיד השיקול הציבורי בדבר מיצוי ההליך הפלילי בדרך של הרשעה, הרי שבקטינים ניתן משקל-יתר לנסיבות האינדיווידואליות של הנאשם, גילו, סיכויי שיקומו, נסיבות העבירה והאינטרס לאפשר לו להתקדם בחייו לקראת הבגרות ללא כתם פלילי בעברו..."

מקום בו הנאשם הינו קטין, יבחן בית המשפט בראש ובראשונה את נסיבותיו ואת האפשרות לשקמו, אולם יינתן משקל הולם גם לחומרת העבירה, לפגיעה בקורבן, לשיקולי הרתעה ולהרגשה הקולקטיבית של סלידת החברה כלפי מעשים מסוימים. לשיקולים אלו נודעת חשיבות אף במקרים שבהם אין נשקפת עוד סכנה מן הנאשם כלפי הציבור..." (פיסקה 7 לפסק הדין).

בע"פ 7993/10 פלוני נ' מדינת ישראל (מיום 22.07.13, כב' השופט, כתוארו אז, מלצר), שוב חזר ביהמ"ש על הכללים הנ"ל:

"מושכלות ראשונים הם כי על דרך הכלל, בית משפט אשר קבע כי נאשם ביצע את העבירה המיוחסת לו - ירשיעו בדין. לכלל זה מספר חריגים, כאשר החוק מבחין לעניין זה בין נאשמים קטינים ובגירים. בנוגע לנאשמים בגירים, סעיף 71א לחוק העונשין, התשל"ז-1977 מאפשר לבית המשפט להימנע מהרשעה, ולהטיל חלף זאת צו שירות לתועלת הציבור. כאשר לנאשמים קטינים, מכוח סעיף 24 לחוק הנוער רשאי, כאמור, בית המשפט להימנע מהרשעה כלל, או להטיל אמצעים טיפוליים על הקטין, בלא הרשעה..."

המתווה הכללי להכרעה בשאלת הימנעות מהרשעה - דומה, במקרה של קטינים ובגירים, אף שהמבחן בעניינם של קטינים שם דגש על מאפיינים מסוימים, על חשבונם של אחרים, כפי שיתואר להלן: במקרה של נאשמים בגירים, נדרש איזון שיקולים בין האינטרס הציבורי - המצריך את מיצוי של ההליך הפלילי, וקיומה של הרתעה אפקטיבית - לבין נסיבותיו האינדיווידואליות של הנאשם.. לעומת זאת, כשמדובר בקטינים, יינתן ככלל משקל-יתר לנסיבות האינדיווידואליות של הנאשם, ולאפשרות שיקומו, והנכונות לסטות מחובת מיצוי הדין - תהיה רבה יותר... עם זאת, יש לשים לב לכך ש: "קטינות אינה יוצרת חסינות, ולעתים שיקולים של הרתעה, מניעה ותגמול עולים במשקלם על השיקול השיקומי..." (פסקה 11 לפסק הדין).

במקום אחר כתבנו (בהרכב מעט שונה - תפ"ח 50625-04-17, מדינת ישראל נ' פלוני, מיום 16.09.19), כי כאשר מדובר בקטינים, הרי שלאור נוסחו ורוחו של חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) ולנוכח פסיקת ביהמ"ש העליון, יש ממש בטיעוני הסנגור ודרך השיקום מועדפת. חוק הנוער, והפסיקה בעקבותיו, מכירים בכך, שאישיותו של הקטין אינה מגובשת ואינה בשלה, ואף מכיר ביתרון הגלום בדרך הטיפולית, לשינוי אישיותו של הקטין ולעיצובה.

אולם, גם כאשר דנים בעניינם של קטינים, יש להביא בחשבון את כלל השיקולים, הן הכלליים והן האינדיבידואליים, לתת ביטוי לכל אחד ואחד מהשיקולים ולאזן ביניהם. על שיקולים אלה נמנים, בין היתר, חומרת העבירה ומהותה, הרתעה,



מניעה, גמול ושיקום העברין, מקום בו הדבר אפשרי. משקלם היחסי של השיקולים משתנה ממקרה אחד למשנהו, על פי הנאשם ועל פי נסיבותיו הספציפיות. אכן, בשיקולי הענישה של קטין שמורה הבכורה, כאמור, לשיקולי השיקום, כפי שקבעה כב' השופטת (כתוארה אז) בייניש בע"פ 4890/01 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פ"ד נו(1)594, בעמ' 602), עת ציינה, כי **"יש לתת משקל רב במיוחד בגדר נסיבותיו האישיות גם לגילו של העברין ולסיכויי שיקומו. בחוק הנוער, הביע המחוקק עמדתו ולפיה, ענישת נוער עברין תכונן ככל הניתן לשיקומו של הקטין על מנת להחזירו לתפקוד נורמטיבי בחברה... כאשר מדובר בנאשם שהוא קטין, הכלל הוא שביהמ"ש יבחן, בראש ובראשונה, את נסיבות הקטין ואת האפשרות לשקמו..."**. עם זאת, הוסיפה כב' השופטת בייניש, כי גם כאשר מדובר בקטין, שיקולי השיקום אינם חזות הכל ולא ניתן להתעלם משיקולי ענישה נוספים ובהם ההרתעה או הגמול הנלמדים בעיקר מחומרת העבירה. משמע, לקטינותו של העברין משקל נכבד בגזירת הדין, אולם, אין היא יוצרת חסינות משקילת השיקולים שבטובת הציבור.

ובענייננו, ובאשר לשיקול בדבר חומרת העבירה והאינטרס הציבורי, עניין לנו בעבירות מין חמורות שביצע המשיב במי שנתנה בו את אמונה וקיימה עמו יחסי מין בהסכמה. הסכמה ליחסים המיניים אכן הייתה, אך מכאן ועד לתיעוד המעשים והפצתם בפני אחרים, גם אם מדובר "רק" בשניים מחבריו, הדרך ארוכה ביותר. וברור, כי המעלה סרטון לרשת האינטרנט, אינו יכול לשלוט בו יותר, והפגיעה האפשרית כתוצאה מכך לקורבן שצולם ללא ידיעתו וללא הסכמתו, קשה ביותר ולמעשה לא תימחה לעולם, כי אותו סרטון יישאר באינטרנט לעד.

עמדה על הדברים השופטת בייניש, אשר קבעה, כי יש **"להתייחס לעבירות מין כאל קטגוריה מיוחדת של עבירות חמורות"** (שם, 605); ומכאן קבעה, כי מסקנה זו משליכה על נטייתו של בית המשפט להרשיע קטינים בעבירות מין בכלל, ובעבירות מין בקטינים בפרט. אומרת על כך השופטת בייניש:

"לצערנו עדים אנו בשנים האחרונות להתגברות מעשי האלימות בכלל, ומעשי התעללות מינית ועבירות מין בפרט. לא פחות מדאיגה העובדה כי גילם של העבריינים אף הוא הולך ופוחת, כעולה מהערעורים הבאים לפנינו בשנים האחרונות. חשוב עד מאוד כי ידעו כל נער ונערה בישראל כי אין לפגוע בכבודו של אדם וכי גופם של כל ילד או ילדה אינו הפקר. ידעו הכל, כי עברין גם אם קטין הוא, הפוגע בגופו ובכבודו של ילד או ילדה ומנצל את כוחו לרעה כלפיהם, צפוי לשאת בתוצאות העונשיות של מעשהו" (שם, עמ' 606).

לצערנו, בתקופה האחרונה עלו שוב ושוב פרשות מצערות וקשות של פגיעות מיניות של קטינים בקטינים אחרים גם באמצעות רשת האינטרנט, כאשר גילם של מבצעי העבירות הולך ופוחת והמעשים הולכים ומסלימים. במקרה שכזה, גוברים השיקולים של מדיניות ענישה מרתיעה על פני שיקולים אישיים, וחובה מוטלת על בתי-המשפט לתרום תרומתם לעקירת הנגע (ראו בספרו של אלי שרון בכל הנוגע לעבירות מין שקטינים מבצעים בקטינים, אם כי לא בדרך האינטרנט, **נוער בפלילים - שפיטה, דרכי טיפול וענישה** 436 (מהדורה שנייה, 1998)).

לטעמנו, על בית המשפט להיות שותף להעברת המסר המרתיע והברור לקטינים, לפיו **"על בית משפט להגן על גופן וכבודן של קטינות, לא רק מפני פגיעתם הרעה בהן על ידי מבוגרים, אלא גם מפני התעללות מינית של נערים שעדיין לא בגרו"** (דבריו של השופט א' גולדברג בע"פ 1148/96 **צלאל נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ (2) 837, 844 (1996)), וכי **"לא גיל צעיר, לא עבר נקי ולא תיפקוד תקין עובר לביצוע העבירות, וגם לא הודייה וחרטה, לא יהוו בהכרח מחסום מפני ענישה ממשית של קטינים אשר פגעו בגופה וחיללו את כבודה של נערה פה צעירה. לא רק כבוד האדם של העברין ראוי לבוא בשיקולי בית-המשפט, אלא גם כבוד האדם של הקורבן"** (דברי



השופטת ת' שפירא תפ"ח (ת"א) 208/02 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 10 מיום 22.7.2003).

סוף דבר

להבנתנו, אי הרשעת המשיב יעביר מסר שגוי ומוטעה של זניחת המתלוננת והשלכות המעשים עליה, תוך הדגשת קטינותו של המשיב; יפגע באמון הציבור במערכות האכיפה והמשפט; יפגע במתלוננות פוטנציאליות וירתיע אותן מלעשות את המעשה הנכון והנכון - לסמוך על רשויות המדינה שיגנו עליהן; ולא ירתיע קטינים אחרים מלפגוע כשם שפגע המשיב שבפנינו.

לפיכך, ולאור חומרת המעשים; חומרת הפגיעה במתלוננת; הצורך להילחם בתופעה הנלווה של הפצת סרטונים מבזים ברשת האינטרנט; הספק בדבר נטילת האחריות של המשיב על מעשיו, ובשל כך גם המשקל המופרז שניתן בבימה"ש קמא להליך שעבר המשיב, אנו מקבלות את הערעור ומרשיעות את המשיב בעבירות שנקבע כי ביצע - היינו, בעבירה של הטרדה מינית והתנכלות, לפי סעיף 3(א)5(א) בצירוף סעיף 5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית ובעבירה של פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2(3) בצירוף סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות.

העונשים שנקבעו יוותרו על כנם, אך זאת בהתאם להוראות סעיף 24(1) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול).

ניתן היום, י"ז שבט תש"פ, 12 פברואר 2020, במעמד הצדדים.

גאולה לוי, שופטת

גילת שלו, שופטת

רויטל יפה-כ"ץ, נשיאה