



ע"פ 2163/24 - פלוני נ' מדינת ישראל

בית המשפט העליון

ע"פ 2163/24

לפני:

כבוד השופט דוד מינץ
כבוד השופט עופר גרוסקופף
כבוד השופט חאלד כבוב

המערערים:

1. פלוני
2. פלוני

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל
ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל
אביב-יפו בתפ"ח 11290-04-22 מיום
03.03.2024, שניתן על-ידי כבוד השופטים ט'
חיימוביץ', ל' ביבי ו-ע' מאור
כ"ו באלול התשפ"ד (29 בספטמבר 2024)

תאריך ישיבה:
בשם המערערים:
בשם המשיבה:

עו"ד מוחמד סראחנה

פסק-דין

השופט חאלד כבוב:

הערעור שלפנינו נסוב על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כבוד השופטים ט' חיימוביץ',
ל' ביבי ו-ע' מאור) בתפ"ח 11290-04-22 מיום 03.03.2024.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

1. ביום 05.12.2022 הורשעו המערערים על-פי הודאתם, בעובדות כתב האישום המתוקן, אליו הגיעו
הצדדים במסגרת הסדר טיעון לאחר שהתנהל ביניהם הליך גישור לפני כבוד השופט ב' שגיא. יצוין כבר
כעת, כי במסגרת הסדר הטיעון בין הצדדים, הוסכם שגזר הדין בעניינם של המערערים יינתן על-ידי
מותב אחר, שלא דן בעניינם בהכרעת הדין.



בהתאם לכתב האישום המתוקן, מערער 1 הורשע בהטרדה מינית והתנכלות לפי סעיפים 3(א)(3) ו-5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק למניעת הטרדה מינית); תקיפה לפי סעיף 379 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); איומים לפי סעיף 192 לחוק העונשין; פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2(1) לחוק להגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; וכן הדחה בחקירה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 245(ב) לחוק העונשין. מערער 2 הורשע במעשה סדום בקטין על-ידי בן משפחה (ריבוי עבירות) לפי סעיף 351(ב) לחוק העונשין; מעשה מגונה בקטין על-ידי בן משפחה (ריבוי עבירות) לפי סעיף 351(ג)(3) לחוק העונשין; והדחה בחקירה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 245(ב) לחוק העונשין.

2. המערערים הם אחיה של המתלוננת, ילידת שנת 2003. בתקופה הרלוונטית לביצוע העבירות מושא כתב האישום המתוקן, התגוררו המערערים יחד עם המתלוננת, אמם ושבעת אחיהם בדירת המשפחה (להלן: הדירה). במועד שאינו ידוע למשיבה בדיוק, עבר מערער 2 להתגורר בכתובת אחרת.

3. בהתאם לכתב האישום המתוקן, שבעובדותיו הודו המערערים, בין השנים 2017-2021, הטריד מערער 1 מינית את המתלוננת, עת ביצע בה, בהיותה כבת 14.5 שנים בלבד ועד בסמוך לגיל 18, מעשים מיניים חמורים. כך, למשל, בשנת 2017 מערער 1 הכה את המתלוננת בישבנה והורה לה לבוא לחדרו. לאחר מכן, הפשיט מערער 1 את חולצתה וחזייתה של המתלוננת ומישש את שדיה ואת איבר מינה מעל תחתוניה. מעשים אלה לוו באמירות גסות, ובעלות אופי מיני מובהק, ובהן: "תתני לי כבר מה הבעיה שתתני לאח שלך"; "אם לא היית אחותי הייתי עושה אותך, מחדיר לך, את משגעת אותי את מטריפה אותי". זאת, לצד אמירות מאיימות ובהן: "אם לא תעשי את זה אני ארביץ"; "אני מחכה שתבואי, חסר לך שלא". באמצעות אמירות אלה ואחרות, ביקש מערער 1 להפחיד את המתלוננת, ולשם כך אף איים עליה שאם לא תשתף פעולה הוא "ימחק אותה מהמשפחה" ויטען כי היא זו שיזמה את הקשר המיני ביניהם. כמו כן, לא פעם, לאחר ביצוע המעשים האמורים, הזהיר מערער 1 את המתלוננת לבל תעז לספר על מעשיו, וכן הנחה אותה מה לומר במקרה בו תישאל מה עשתה בחדרו.

4. אשר למערער 2, לפי כתב האישום המתוקן שבעובדותיו הוא הודה, בין השנים 2017-2019 ביצע מערער 2, בהיותו כבן 17 שנים ועד בסמוך לגיל 18.5, מעשים מיניים חמורים במתלוננת מבלי שזו הביעה התנגדות לכך, בהיותה כבת 14 שנים ועד בסמוך לגיל 15.5. בחלק מהמקרים, קרא מערער 2 למתלוננת לחדר הרחצה בדירה, הפשיט אותה בעצמו מבגדיה או ביקש ממנה להתפשט, ואז ביצע בה את אותם מעשים מיניים חמורים. כך, למשל, באחד המקרים נעמד מערער 2 מאחורי המתלוננת, תוך שהוא מכניס את איבר מינו בין רגליה, מתחכך במתלוננת וממשש את שדיה. במקרים אחרים, הכניס מערער 2 את איבר מינו בין רגליה של המתלוננת והתחכך עם איבר מינו באיבר מינה, כאשר הם עומדים אחד כלפי השני. וכאילו לא די בכך, במספר מקרים ליקק מערער 2 את שדיה של המתלוננת, תוך שהוא אחז את ידה על-מנת שתשפשף את איבר מינו. כאשר מערער 2 לא הגיע לכדי סיפוק, הוא הושיב את המתלוננת על הרצפה והכניס את איבר מינו לפיה, ביקש ממנה לבצע בו מין אוראלי, ואף



תפס בראשה של המתלוננת והניע אותו, בזמן שאיבר מינו בפיה. זאת ועוד, בדומה למערער 1, מערער 2 הזהיר את המתלוננת שלא תספר על מעשיו.

5. ביום 03.03.2024 ניתן גזר הדין בעניינם של המערערים. לשם קביעת מתחם העונש ההולם, עמד בית משפט קמא על הערכים המוגנים שנפגעו ממעשיהם של המערערים. בפרט ציין בית המשפט את "שלמות הגוף והנפש מפני פגיעה פיזית, ביזוי והשפלה, מפני פגיעה באוטונומיה ובבחירה החופשית, שמירת צנעת הפרט וכבוד האדם". כמו כן, בית המשפט בחן את הנזק שנגרם למתלוננת, את הנסיבות הנוגעות לביצוע העבירה וכן את מדיניות הענישה הנוהגת. לאחר שהביא במניין שיקוליו את כל שתואר בתמצית עד כה, בית המשפט העמיד את מתחם העונש ההולם בעניינו של מערער 1 בין 12-24 חודשי מאסר, וציין כי "אלמלא הסדר הטיעון ראוי היה לשקף רף תחתון גבוה יותר"; בעניינו של מערער 2 נקבע כי מתחם העונש ההולם נע בין 6-9 שנות מאסר בפועל, תוך שהוטעם כי "מתחם זה נקבע על דרך הקולא, גם נוכח עמדת המדינה על-פי הסדר הטיעון".

6. בבואו לגזור את העונש בתוך המתחם שנקבע, שקל בית משפט קמא מספר שיקולים לקולא, ובין היתר ציין את העובדה שהמערערים הודו בעובדות כתב האישום המתוקן בטרם החלה שמיעת הראיות בתיק; כי מערער 2 היה קטין בעת ביצוע חלק מהעבירות; וכן כי המערערים נעדרי עבר פלילי. לצד זאת הודגש, כי "כעולה מתסקיר שירות המבחן בעניינו [של מערער 1], הוא מוסיף להכחיש את העבירות המיוחסות לו ושולל צורך בסיוע טיפולי"; וביחס למערער 2 צוין כי "כעולה מתסקיר שירות המבחן בעניינו, הנאשם הודה באופן חלקי בלבד בעובדות כתב האישום המתוקן, תיאר חלק מפרטי העבירות באופן שונה וצמצם מאופיים הפוגעני של מעשיו, תוך ייחוס הסכמה למתלוננת". על יסוד כל האמור נפסק, כי העונש שיש להשית על המערערים מצוי ברף הנמוך של המתחם ביחס לכל אחד מהם. בהתאם, עונשו של מערער 1 הועמד על 12 חודשי מאסר בפועל, לצד ענישה נלוות; ועונשו של מערער 2 הועמד על 6 שנות מאסר בפועל, לצד ענישה נלוות.

מכאן הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים

7. מערער 1 השיג הן על מתחם הענישה שנקבע בעניינו הן על העונש שהושת עליו בגדרי המתחם. לטענתו, על-אף שבמסגרת הסדר הטיעון הוסכם כי תיוחס למערער עבירת הטרדה מינית לפי סעיף 3(א)(3) לחוק למניעת הטרדה מינית, חלף עבירה שעניינה מעשים מוגנים, נטען כי פסקי הדין שבית המשפט בחן, במסגרת קביעת מתחם הענישה, עניינם בעבירות של מעשים מוגנים ובנסיבות שונות מעניינו. בהקשר זה צוין, כי "התעלמות מהעבירה אותה ייחסה המאשימה למערער, שומטת את הקרקע לחלוטין מהסכם הטיעון שהושג בין הצדדים והופכת אותו לאות מתה". ביחס לעונש שהוטל עליו בגדרי המתחם שנקבע, נטען "כי לאורך ההליך כולו, השתרשה העובדה כי מערער 1 ירצה את עונשו על דרך של עבודות שירות". ואולם, לטענתו של מערער 1 על-אף שהוא נמצא מתאים לביצוע עבודות שירות ועל-אף שבית המשפט הוא שיזם את שליחתו לממונה על עבודות השירות, בית המשפט



לא דן בסוגיה זו והשית עונש מאסר בפועל לריצוי בפועל.

8. בדומה, גם מערער 2 הלין הן על מתחם הענישה הן על העונש שהוטל עליו במסגרת מתחם זה. נטען, כי החלק הארי של המעשים אותם הוא ביצע, התרחש בעת שהיה קטין. ברם, "בית משפט קמא הנכבד, שפט את מערער 2 כבגיר והשית עליו ענישה חמורה, ההולמת נסיבות בהן מבוגר אחראי בן משפחה, פוגע בקטין ולא במצב בו מדובר בשני אחים, כאשר הפער ביניהם עומד על כשלוש שנים בלבד" (ההדגשות במקור - ח' כ'). כמו כן, לטענת מערער 2 בית המשפט התייחס באופן שגוי לאמור בכתב האישום המתוקן, במסגרתו צוין כי המתלוננת לא "הביעה התנגדות" למעשיו של מערער 2, "ופסק באופן הפוך לעובדות עליהן] הסכימו הצדדים". בהקשר זה נטען, כי בית משפט קמא קבע ש"במקרה דנן בכתב האישום המתוקן לא נאמר דבר על הסכמה של המתלוננת או על יוזמה שלה. כתב האישום נוקט במילים 'מבלי שהביעה התנגדות לכך'". לטענת מערער 2, קביעה זו של בית המשפט סטתה מהסדר הטיעון בין הצדדים, במסגרתו, לטענת מערער 2, הוסכם כי המתלוננת הסכימה לביצוע העבירות מושא כתב האישום המתוקן. על-מנת לתמוך בטענה זו, מערער 2 הפנה לפרוטוקול הליך הגישור, ממנו ניתן להבין, לטענתו, כי הוסכם בין הצדדים שהמתלוננת נתנה את הסכמתה לביצוע מעשיו של מערער 2.

9. לבסוף נטען, ביחס לשני המערערים, כי בית משפט קמא לא נתן משקל מספק לנסיבות ביצוע העבירה, וביניהן "כי המערערים גדלו בבית, בו הונחל להם מגיל צעיר על-ידי אבי המשפחה, התנהגות מורכבת ביחס למתלוננת", וכן מצבו הנפשי הקשה של מערער 2. זאת ועוד, נטען כי בית המשפט העניק מעמד בכורה לשיקולי גמול והרתעה על-פני שיקולים אחרים, ובפרט שבית המשפט התעלם מסיכויי השיקום של מערער 2, ולא נתן לכך ביטוי בגזר הדין.

10. מנגד, המשיבה סמכה את ידיה על גזר דינו של בית המשפט המחוזי - על נימוקיו ותוצאתו. ביחס לטענותיו של מערער 2 לעניין ה'הסכמה' לביצוע מעשיו, נטען כי בעת ניסוח כתב האישום המתוקן המשיבה התעקשה על הניסוח כפי שהופיע בכתב האישום המתוקן ולא בכדי, שכן לשיטתה לא הייתה הסכמה, אלא "הייתה אי-הבעת התנגדות". בהקשר זה הודגש, כי לא ניתן "לדבר על הסכמה של ילדה בת 15 שאחים שלה מבצעים פעם בשבוע שבועיים עבירות מין, בגלל שרצינו להיות מדויקים בניסוח כתבנו כך". כמו כן נטען, כי כתב האישום המתוקן, שכאמור על עובדותיו הסכימו המערערים, הוא המסמך היחיד שמעיד על ההסכמות אליהן הגיעו הצדדים במסגרת הסדר הטיעון. על-כן, לטענת המשיבה אין להידרש לטענות המבוססות על מסמכים חיצוניים לכתב האישום המתוקן בדמות פרוטוקול הליך הגישור.

דין והכרעה

11. לאחר שנתתי דעתי על טענות הצדדים, מזה ומזה, אלו בכתב ואלו שבעל פה, באתי לכלל מסקנה כי יש לדחות את הערעור על כל חלקיו, וכך אציע לחברי" כי נורה.

12. הלכה היא עמנו, כי אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בגזר הדין של הערכאה הדיונית,



אלא במקרים בהם על פני הדברים נפלה בגזר הדין טעות מהותית או כאשר העונש שנגזר על המערער חורג באופן ניכר וממשי מרמת הענישה הראויה או הנוהגת בנסיבות דומות (ראו, מיני רבים: ע"פ 2858/23 שיר נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (01.04.2024)). מקרה זה לא נמנה עם קבוצת מקרים חריגים אלו, ואבאר מדוע.

13. בנסיבות המקרה דנן, בית המשפט המחוזי פרש יריעה רחבה, הן ביחס למדיניות הענישה הנהוגה במקרים כגון דא, הן ביחס לנסיבותיו הייחודיות של המקרה הקונקרטי. בתוך כך נבחנו גם מתחמים שנקבעו בגין מקרים שונים, בנסיבות אחרות ודומות. לא למותר לציין כי בגדרי הנתונים השונים, המרכיבים את שיקול הדעת בעת גזירת העונש בתוך המתחם, ניתן ביטוי משמעותי גם למכלול הנתונים שהיה בהם כדי להצדיק הקלה בעונשם של המערערים, ובפרט הסדר הטיעון שנחתם עם המשיבה, העובדה שהמערערים הודו בעובדות כתב האישום המתוקן בטרם החלה שמיעת הראיות בתיק, וכן גילו של מערער 2. במצב דברים זה, בשים לב לחומרת מעשיהם של המערערים, לא מצאתי בטיעונים שהונחו לפנינו טעם המצדיק הקלה נוספת בעונשם של המערערים. רחוק מכך.

14. כאמור, ענייננו בעבירות מין חמורות במשפחה. בית משפט זה עמד לא פעם על חומרתן הרבה של עבירות מין במשפחה ועל החובה "להשיב על עבירות אלו בענישה משמעותית, כגמול על מעשיו של העבריין וכביטוי לסלידתה של החברה ממעשים אלו" (ע"פ 677/09 פלוני נ' מדינת ישראל (25.10.2009)). וכפי שפסקתי פעמים רבות:

"שוב אנו נדרשים לחומרה הגלומה בביצוע עבירות מין, הפגם החברתי והמוסרי שבהן, הנזקים שהן גורמות והצורך לבטא את הוקעתן. עבירות מין הן מהעבירות החמורות שבחוק העונשין, ולא בכדי [...] זאת, משום שיש בעבירות מין משום חילול הגוף וכבוד האדם, הפשטת אדם מאנושיותו וחרוב האוטונומיה שלו. עבריין מין משתמש בזולתו ככלי לסיפוק צרכיו ויצריו המיניים; הוא הופך אותו מסובייקט לאובייקט שתכלית קיומו מתמצית בריצוי צרכיו (ראו והשוו לעמדתי בפרשות אחרות: ע"פ 6934/21 פלוני נ' מדינת ישראל (30.06.2022); ע"פ 7880/19 רפפורט נ' מדינת ישראל (02.08.2022); ע"פ 1526/21 פלוני נ' מדינת ישראל (11.08.2022); ע"פ 2647/21 פלוני נ' מדינת ישראל (21.08.2022); ע"פ 6038/21 פלוני נ' מדינת ישראל (05.01.2023)). במקרים רבים, בפרט במקרים בהם מעורבים קטינים, הפגיעות המיניות מובילות לצלקות עמוקות בנפש, אשר מוצאות ביטוי בפגיעה בתפקוד השוטף במסגרות החיים השונות - החברתית והאישית, ובהמשך הדרך גם במסגרות המקצועיות והזוגיות (ע"פ 6092/10 פלוני נ' מדינת ישראל (18.07.2012))" (ע"פ 3235/22 אללו נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (22.01.2023)).

כפי שצינתי בעבר, כאשר עבירות המין מבוצעת בגדרו של המעגל המשפחתי הקרוב, מתווסף לאמור לעיל גם ניצול האמון ופגיעה אנושה בתחושת המוגנת שבדלת אמות התא המשפחתי. החומרה הרבה הנובעת מכך נעוצה, בן היתר, בעצם ניצול מעמדו של בן המשפחה כמי שנמצא במעגל הקרוב של נפגע העבירה וכמי שנפגע העבירה נתן בו את ביטחונו ואת אמונו; וכן נוכח החשש והפחד מחשיפת המעשים וההשלכות הנלוות לכך על התא המשפחתי.



15. אשר על כן, שוכנעתי כי אין בפנינו כל טעם המצדיק הקלה בעונשיהם של המערערים כהוא זה. עונשים שמלכתחילה נקבעו ברף התחתון של מתחמי הענישה.

שתי הערות בשולי הדברים אך לא בשולי חשיבותם

16. כמובא לעיל, מערער 2 הלין על כך שבית משפט קמא סטה לכאורה מהסדר הטיעון בין הצדדים, ולשם תמיכה בטענה זו הפנה לפרוטוקול הליך גישור שנערך לפני כבוד השופט שגיא.

לטענתו, במסגרת הסדר הטיעון, וכפי שעולה לטענתו מפרוטוקול הליך הגישור, הוסכם בין הצדדים כי המתלוננת הסכימה לביצוע העבירות מושא כתב האישום המתוקן. לעומת זאת, בית משפט קמא קבע, כפי שצוין בכתב האישום המתוקן, כי המתלוננת אמנם לא הביעה התנגדות, אך לא ניתן ללמוד מכך שהמתלוננת הסכימה למעשיו של מערער 2. בהקשר זה אעיר כך.

17. כידוע, עם השנים חלו תמורות משמעותיות ביחס להבחנה שבין אי-התנגדות לבין הסכמה בכל הקשור לעבירות שעניינן פגיעות מיניות. בהקשר זה נקבע, כי יש להבחין בין היעדר התנגדות מצדו של נפגע העבירה ובין הסכמה חופשית לקיום המעשים. במובן זה, המבחן אינו שלילי, של אי התנגדות, אלא חיובי - של ביטוי להסכמה חופשית (ע"פ 6662/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (02.03.2015)). כבר נקבע בפסיקה ששתיקה או התנהגות פסיבית אינן יכולות להתפרש בהכרח כהסכמה. לעניין זה יפים הדברים שנקבעו בע"פ 132/10 טוואצאו נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (05.09.2011):

"הדגש על ההסכמה החופשית של האישה אינו אלא מתן ביטוי לחוט המשולש שבין בחירה מלאה, כבוד האדם והאוטונומיה של הפרט. האוטונומיה של האישה מחייבת שמירה על כבודה תוך הצבת דרישת ההסכמה החופשית. החדירה הכפויה לגופה ונפשה של אישה, פורמת את החוט המשולש בגסות, תוך הפיכת היחיד מסובייקט לאובייקט. התנאי 'הסכמה חופשית' מודע לכך שיש הסכמה שאינה חופשית. הסכמה שאינה באמת הסכמה, אלא סוג של אשליה הנוצרת על ידי האחר באופן מלאכותי. זהו מקרה בו היוצר אינו יכול ליהנות מפרי יצירתו".

18. עתה אפנה לטענה כי יש ללמוד על הנדון, או שמא על 'אומד דעת הצדדים', מפרוטוקול הליך הגישור חלף כתב האישום המתוקן שנוסח על-ידם במסגרת הליך זה, ואשר הוגש למותב חדש לשם גזירת הדין לאחר שהמערערים הודו בעובדותיו. יאמר מיד כי מצאתי לדחות טענה זו בשתי ידיים. הסדר הטיעון וכפועל יוצא כתב האישום המתוקן שהוגש לבית משפט קמא, הם פרי של משא ומתן שהתנהל בין המאשימה והנאשמים בליווי שופט מגשר. התוצר של משא ומתן זה הוא ההסכמות בין הצדדים, שמצאו ביטוי ועיגון בצורה בהירה, שלא משתמעת לשתי פנים, בהסכם הסופי אליו הגיעו הצדדים ועליו הם דיווחו לבית המשפט באמצעות כתב האישום המתוקן.



הסכם זה הוא סופו של שיח ושיג שהתנהל בין הצדדים, והוא, ורק הוא, אשר העיד באופן בלעדי על הסכמותיהם. המשמעות המעשית של דברים אלה, היא שאל לבית המשפט להיזקק להבנות לא רשמיות, מאחורי הקלעים, בדמות אמירות שנאמרו במסגרת הליך הגישור, אך לא מצאו ביטוי במסגרת הסדר הטיעון הפורמלי וכתב האישום המתוקן. ויודגש, בענייננו עונשיהם של המערערים נגזרו ברף התחתון של מתחם הענישה, בין היתר לנוכח העובדה כי נחתם הסדר טיעון כאמור בין הצדדים. ניסיונו של מערער 2 לטעון נגד הסדר טיעון זה ונגד האמור בכתב האישום המתוקן בו הוא הודה - מהווה ניסיון פסול לבצע 'מקצה שיפורים'. זאת אין להותיר.

19. אשר על כן, לו תישמע דעתי, נורה על דחיית הערעור.



חאלד כבוב
שופט

השופט ד' מינץ:

אני מסכים.



דוד מינץ
שופט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.



עופר גרוסקופף
שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' כבוב.

בנתון לאמור, מערער 1, שמועד ריצוי מאסרו עוכב בהחלטת השופט א' שטיין מיום 13.03.2024, יתייצב לשאת בעונש המאסר בפועל שהוטל עליו ביום 01.12.2024 עד השעה

עמוד 7



10:00 בימ"ר ניצן, או במקום אחר על-פי החלטת שירות בתי הסוהר, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על מערער 1 לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיין מוקדם, עם ענף אבחון ומיין של שירות בתי הסוהר, בטלפונים: 074-7831077 או 074-7831078.

ניתן היום, י"ח חשוון תשפ"ה (19 נובמבר 2024).



חאלד כבוב
שופט



עופר גרוסקופף
שופט



דוד מינץ
שופט