



## ע"פ 4976/20 - פלוני, פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 4976/20

ע"פ 5110/20

לפני:

כבוד הנשיאה א' חיות

כבוד השופט ג' קרא

כבוד השופטת י' וילנר

פלוני

המערער בע"פ 4976/20:

פלוני

המערער בע"פ 5110/20:

נגד

מדינת ישראל

המשיבה:

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בתפ"ח 32460-10-17 מיום 14.6.2020 שניתן על ידי כב' השופטים רענן בן יוסף, אירית קלמן ברום ושרית זמיר; בקשת המערער בע"פ 5110/20 מיום 9.3.2021 להשלמת טיעון; תגובת המשיבה לבקשה; תגובת המערער בע"פ 4976/20 מיום 11.3.2021 לבקשה להשלמת טיעון

י' באדר התשפ"א (22.2.2021)

תאריך הישיבה:

עו"ד יצחק איצקוביץ'; עו"ד נעם שביט

בשם המערער בע"פ 4976/20:

עו"ד דן באומן; עו"ד עינת גאיר

בשם המערער בע"פ 5110/20:

עו"ד בת שבע אבגז

בשם המשיבה:

עו"ס ברכה וייס

בשם שירות המבחן למבוגרים:

עו"ס טלי סמואל

בשם שירות המבחן לנוער:



## פסק-דין

השופט ג' קרא:

ערעור על חומרת העונש בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטים' בן יוסף, א' קלמן ברום, ש' זמיר) מיום 14.6.2020 בתפ"ח 32460-10-17.

### רקע

1. המערער בע"פ 4976/20 (להלן: המערער 1) והמערער בע"פ 5110/20 (להלן: המערער 2), הועמדו לדין בעבירות מין שבוצעו בקטינה בת 16.

2. בעת ביצוע העבירות היה המערער 1 בגיר בן 18 ו-4 חודשים והמערער 2 היה קטין בן 15 ו-9 חודשים.

3. המערער 1 הורשע לפי הודאתו בכתב אישום מתוקן במסגרת הסדר טיעון בעבירות של סיוע לנסיון אינוס בחבורה שלא בהסכמה תוך ניצול מצב המונע התנגדות (לפי סעיף 345(א)(1) ו-4) סיפא יחד עם סעיף 345(ב)(5), סעיף 25 וסעיף 31 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); שלוש עבירות של מעשה מגונה (לפי סעיף 348(ג) יחד עם סעיף 29 לחוק העונשין); ושלוש עבירות של מעשה מגונה בנסיבות אינוס (תוך ניצול מצב המונע התנגדות) (לפי סעיף 348(א) בנסיבות 345(א)(4) יחד עם סעיף 29 לחוק העונשין).

המערער 2 הודה גם הוא בעובדות כתב האישום המתוקן, במסגרת הסדר טיעון. בהיותו קטין בעת ביצוע העבירות, נקבע בהכרעת הדין כי הוא ביצע עבירות של נסיון אינוס בחבורה שלא בהסכמה תוך ניצול מצב המונע התנגדות (לפי סעיף 345(א)(1) ו-4) סיפא יחד עם סעיף 345(ב)(5) וסעיף 25 לחוק העונשין); שלוש עבירות של מעשה מגונה (לפי סעיף 348(ג) יחד עם סעיף 29 לחוק העונשין); ושלוש עבירות של מעשה מגונה בנסיבות אינוס (תוך ניצול מצב המונע התנגדות) (לפי סעיף 348(א) בנסיבות 345(א)(4) יחד עם סעיף 29 לחוק העונשין). בהמשך, לאחר שהתקבלו תסקירי שירות מבחן בעניינו, ובהסכמת בא-כוחו הורשע המערער 2 בביצוע עבירות אלו.

4. כל אחד מן המערערים נדון לעונש של 4.5 שנות מאסר בפועל, מאסרים מותנים ופיצוי לקטינה נפגעת העבירות בסך של 25,000 ש"ח. הערעורים שלפנינו מופנים כלפי חומרת עונשי המאסר. לשלמות התמונה יוער, כי המערערים החלו בריצוי עונשיהם לאחר שבקשותיהם לעיכוב ביצוע נדחו.

עובדות כתב האישום



5. על פי עובדות כתב האישום המתוקן בשנית, ביום 14.9.2017 שני המערערים פגשו בקטינה כבת 16 (להלן: הקטינה או נפגעת העבירה) במהלך מסיבה בחוף הים, והציעו לה לשתות עמם משקה אלכוהול, מבקבוק מוסלק בסמוך למקום המסיבה. השלושה עזבו את המסיבה וישבו על ספסל בסמוך, שוחחו ושתו משקאות אלכוהוליים. המערערים הוסיפו ומזגו אלכוהול לכוס ממנה שתתה הקטינה, כאשר המערער 2 שב ומילא את הכוס והגיש אותה לפיה, עד שלא הצליחה לפקוח את עיניה ולעמוד יציב. המערערים תמכו בקטינה משני צידיה והובילו אותה לברזיה לאחר שביקשה לשתות מים. בעודה שרויה במצב של שכרות ואינה יכולה להתהלך בכוחות עצמה, התלחשו המערערים "לא אחי, לא כאן, בוא נרד לחוף". השניים הובילו את הקטינה לחוף כשהם תומכים בה מצדדיה ושם ביצעו בה נסיון אינוס בחבורה, כאשר המערער 1 מסייע למערער 2 ומעשים מגונים בצוותא, וכל זאת ללא הסכמתה החופשית וכשהיא מצויה במצב המונע ממנה ליתן הסכמה למעשיהם.

6. כתב האישום המתוקן מגולל בפירוט את מהלך האירוע ואת מעשי המערערים במהלכו.

לאחר ששני המערערים הביאו את הקטינה לחוף והושיבו אותה על ספסל, ניסתה הקטינה לקום אולם בהיותה תחת שכרות, נפלה. המערער 1 התיישב על הספסל לצד הקטינה ואחז בה כדי לייצבה. המערער 2 החל מושך למטה את חצאיתה והקטינה ביקשה ממנו כי יחדל, התנגדה וניסתה להרחיקו מעליה. המערער 2 לא שעה לבקשת הקטינה והורה למערער 1 לאחוז בידה, לאור מצב שכרותה וכדי למנוע התנגדות מצידה. בעוד המערער 1 אחוז בידה, משך המערער 2 בחצאיתה וכשניסתה להתנגד משך את החצאית בחוזקה והסיר אותה ואת תחתוניה של הקטינה.

בהמשך ובשל מצב שכרותה, נפלה הקטינה על הקרקע. המערערים הפשילו את מכנסיהם ותחתוניהם והרימו אותה מהקרקע. המערער 1 נצמד לאחוריה וניסה להחדיר את איבר מינו לאיבר מינה, אך ללא הצלחה. בסמוך לכך הושיב המערער 2 את הקטינה על הספסל, כשפניה אליו וראשה שעון לאחור, שב וניסה לפשק את רגליה תוך שהיא מתנגדת ומבקשת מהמערער 1 שיורה למערער 2 לחדול ממעשיו ויזיז אותו מעליה.

בהמשך ובשל מצב שכרותה שבה הקטינה ונפלה על הקרקע והפעם נחבלה בראשה. המערערים הרימו אותה בצוותא, השעינו אותה על הספסל כשרגליה על הקרקע וגבה מופנה אליהם. המערער 2 ניצב מאחוריה, החדיר את איבר מינו בין רגליה והתחכך באיבר מינה. הקטינה, אשר בשל מצבה לא יכלה להתנגד פיסית למעשיו של המערער 2, ביקשה ממנו להפסיק ופנתה בתחינה למערער 1 שסייע לה. בשלב מסוים, בעוד המערער 2 מבצע נסיון אינוס, כמפורט, פנה אליו המערער 1 וביקש ממנו לחדול ממעשיו.

בסמוך אחר כך, הרימו המערערים את הקטינה והושיבו אותה על הספסל. הקטינה ביקשה את תחתוניה והמערער 2, הניח אותם על רגלה, הרים את רגלה השנייה וניסה לקרב את איבר מינו לאיבר מינה, אך ללא הצלחה.

בשלב כלשהו, בעת שהקטינה מצויה במצב שכרות ומתקשה לעמוד באופן יציב, אחז בה המערער 1 לבל תמעד והמערער 2 נגע באיבר מינה באצבעותיו, ללא הסכמתה ולשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים.

בתום האירוע, הותירו השניים את הקטינה מוטלת בחוף והחלו במנוסה. המערער 1 נמלך בדעתו, חזר למקום ודרש מהמערער 2 לעזור לו להעלותה לכיוון היציאה מהחוף, והשניים העלו אותה בצוותא כשהם תומכים בה ואוחזים



בה מצדדיה.

עוד צוין בכתב האישום המתוקן כי אף שלא היה בכוחה של הקטינה להתנגד פיסית למעשיהם של המערערים, היא הביעה את התנגדותה בכך שביקשה מהם לחדול ממעשיהם מספר פעמים.

תסקירי המבחן

7. ההליך הפלילי נגד השניים התנהל בבית המשפט המחוזי במשך שלוש שנים. במהלך תקופה זו הוגשו תסקירים רבים מטעם שירות המבחן בעניינם של המערערים.

המלצת שירות המבחן, שניתנה לאחר שבמהלך התקופה נערכו בעניינו של המערער 1 שבעה תסקירים, היתה להעדיפת הפן הטיפולי-שיקומי, הטלת צו מבחן למשך שנה וחצי, עונש מאסר ברף הגבוה האפשרי לריצוי בעבודות שירות, מאסר על תנאי ופיצוי לנפגעת העבירות. תוך שצוין כי לאור מאפייניו האישיותיים של המערער, עונש של מאסר בפועל עלול להביא לרגרסיה במצבו ולפגום בהישגים הטיפוליים. כמו כן, ביום 13.11.2018 הוגשה בעניינו של המערער 1 הערכת מסוכנות לפיה מסוכנותו המינית הוערכה כבינונית-נמוכה.

גם בעניינו של המערער 2 המליץ שירות המבחן על המשך ההליך הטיפולי והימנעות מקטיעתו בעונש מאסר בפועל, תוך שצוין כי ככל שתבקש התביעה להטיל עונש מאסר, הומלץ על ריצוי בעבודות שירות, מאסר על תנאי, צו פיקוח לשנה וחצי, של"צ לתקופה משמעותית ופיצוי לנפגעת העבירות.

8. בפני בית המשפט קמא הונח גם תסקיר נפגעת עבירה, שגולל את הפגיעה הקשה בה ובמשפחתה הקרובה, קטיעת רצף חייה ובקשתה למיצוי הדין עם המערערים.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

9. בפסק דינו עמד בית המשפט קמא על הערכים החברתיים המוגנים שנפגעו בשל מעשי המערערים: שמירה על בטחון האדם, שלום גופו ונפשו ובייחוד נערות צעירות וקטינות מפני פגיעה מינית, עבירות שעל פי טיבן מחללות את כבוד האדם, מבזות אותו ופוגעות פגיעה קשה בנפשו. נקבע, כי מידת הפגיעה בערכים המוגנים היא ברף הגבוה לאור הפגיעה בקטינה; כי נסיבות האירוע המתוארות בכתב האישום המתוקן משקפות חומרה יתרה, כאשר המערערים הפכו את הקטינה ל"בובת סמרטוטים" והעבירו אותה מיד ליד לסיפוק צרכיהם המיניים מבלי ששעו לתחינותיה כי יחדלו ממעשיהם. עוד הודגשו התכונן המוקדם; מודעותם המלאה של המערערים לכך שהקטינה אינה במלוא חושיה והותרתה לבדה על החוף עד שחזרו לאחר שהמערער 1 הפציר במערער 2 לחזור לקחתה.

בית המשפט קבע כי מידת אשמתם של השניים שווה. השניים ביצעו את העבירות בצוותא חדא, בתכנון מוקדם ולשניהם חלק עיקרי ומשמעותי בביצוען. אף שהמערער 2 היה אקטיבי יותר ולחובתו הרשעה בנסיון אינוס, הרי שגם המערער 1 נטל חלק פעיל במעשים, סייע ואפשר את נסיון האינוס ולקח חלק ממשי בביצוע מעשים מגונים חמורים,



וכל אחד מהשניים צפה בחברו, תוך התעלמות מוחלטת מתחנותיה וסבלה של הקטינה. בית המשפט עמד על כך שהמערער 1 הפגין אמביוולנטיות בכך שהפציר במערער 2 לחדול ובכך שלאחר תום המעשים הפציר בו גם לחזור אל הקטינה ולהרים אותה מהחוף בו השאירו אותה לבדה. יחד עם זאת, נקבע כי אין בכך כדי להקהות את עוצמת הניצול והפגיעה הקשה בקטינה.

בנוסף, התייחס בית המשפט למידת הנזק שנגרם לקטינה כעולה מתסקיר נפגעת העבירה, לחורבן שהמיט האירוע על עולמה, לקשיים שאיתם היא מתמודדת בשל האירוע ולנזק שנגרם למעגל המשפחתי הקרוב שלה.

בית המשפט ציין כי מדיניות הענישה הנוהגת היא מחמירה וכוללת מאסר בפועל לתקופה משמעותית אולם משתנה לאור סוג העבירה, נסיבותיה ועקרון הענישה האינדיבידואלית. לנגד עיניו שם בית המשפט את עונשי המינימום בעבירות בהן הורשעו המערערים; את העובדה כי עונשי מינימום אינם חלים על קטינים אלא נתונים לשיקול דעתו של בית המשפט; את מימד החומרה בעבירת נסיון האינוס הזהה לעבירת האינוס עצמה; וכן עמד על רמת הענישה במספר מקרים דומים.

10. דינו של המערער 1, שהיה בגיר בעת האירוע, נגזר לפי הוראות תיקון 113 לחוק העונשין. לאור מכלול שיקולים שפורטו לעיל, קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם בעניינו של המערער 1 נע בין 3 ל-6 שנות מאסר, לצד מאסר מותנה ממושך. עוד קבע בית המשפט, ביחס למערער 1, כי אין לחרוג לקולה ממתחם העונש ההולם משיקולי שיקום. שכן, חרף ההתקדמות בתהליך הטיפול, הרי שאין מדובר בהליך טיפולי מוגמר ומשמעותי המצדיק זאת, בייחוד שעה שעל כף המאזניים עומדות חומרת נסיבות המקרה, חלקו האקטיבי של המערער 1 ועוצמת הנזק המשמעותי שנגרם לקטינה.

בית המשפט מצא למקם את עונשו של המערער 1 בחלקו האמצעי של מתחם העונש וגזר עליו ארבע וחצי שנות מאסר לריצוי בפועל וחייבו בתשלום פיצוי למתלוננת. זאת, לאחר שנתן את דעתו לפגיעה שיסב עונש המאסר למערער 1, כשלצד זאת ציין כי אפשר שהשהייה במסגרת נוקשה לצד הליך טיפולי יסייעו בידו לשוב לאורח חיים נורמטיבי; להודאתו המעידה על נטילת אחריות, תוך שצוין כי על פי העולה מתסקירי שירות המבחן אין היא מלאה לחלוטין; לחסכון בזמן שיפוטי וביטול הצורך בהעדת הקטינה; להירתמותו להליך הטיפול והתקדמותו האיטית בו; לנסיבות חייו הקשות ומרכיבי אישיותו; להעדר עבר פלילי; ולגילו הצעיר, שאין בו כדי להצדיק הקלה משמעותית בעונש.

11. את דינו של המערער 2, שהיה קטין בעת ביצוע העבירות, גזר בית המשפט בהתאם לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער) וברוח תיקון 113. הודגש, כי לאור תכלית השיקום שמתווה חוק הנוער, יש ליתן משקל בכורה לגילו הצעיר ולסיכויי השיקום, לצד שיקולי מניעה, גמול והרתעה. נקבע כי מתסקירי שירות המבחן עולה כי חרף התקופה הממושכת שבה מצוי המערער 2 בהליך הטיפול, הרי שההליך בשלביו הראשונים וההתקדמות בו איטית ולא ניתן לומר כי פוטנציאל השיקום מובהק. לפיכך, ולאור חומרת העבירות על נסיבותיהן, לרבות יחסו המבזה וחסר האמפתיה לקטינה, חלקו הדומיננטי באירוע, העובדה כי הוא בגיר כעת – לא מצא בית המשפט ליתן עדיפות לשיקולי השיקום. הודגש, כי אף שהיה קטין בעת ביצוע העבירות וצעיר מהמערער 1, הרי שהיה מודע למעשיו באופן מלא, שלט בכל שלבי האירוע ולא גילה אמפתיה, אשמה ובושה ולהבדיל מהמערער 1 לא התעוררה בו כל תחושת חרטה לאורך האירוע.



לזכותו של המערער 2 נזקפו העדר עבר פלילי; חרטה ולקיחת אחריות על דרך של הודאה; חיסכון בזמן שיפוטי וביטול הצורך בהעדת הקטינה; ונסיבות חייו המורכבות. לפיכך, ולאור הסכמת בא-כוחו הרשיע בית המשפט קמא את המערער 2 בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן שבו הודה. בית המשפט הטיל על המערער 2 עונש מאסר בפועל, זהה לזה שהוטל על המערער 1, מאסר מותנה ופיצוי לקטינה וציון כי אלמלא היה קטין, הרי שלאור חלקו הדומיננטי והאכזריות שהפגין כלפי הקטינה, היה עונשו חמור מזה שהוטל עליו.

#### חוות דעת עדכניות

12. לקראת הדיון בערעור הונחו בפנינו הערכת מסוכנות עדכנית בעניינו של המערער 1 ותסקירים משלימים מטעם שירות המבחן ביחס לשני המערערים (מיום 7.1.2021 ומיום 14.2.2021).

חוות דעת המרכז למסוכנות מיום 17.10.2020 בעניינו של המערער 1 מלמדת כי זו נותרה בינונית-נמוכה. נציגת שירות המבחן ציינה בפנינו כי יש חשיבות לשילובו של המערער 1 בטיפול ייעודי.

בעניינו של המערער 2, בתסקירי שירות המבחן העדכניים צוין כי התקדמותו בטיפול היתה איטית מאוד, שלא כמצופה, למרות משך הטיפול הארוך. יחד עם זאת צוינו לקיחת אחריות מלאה, חרטה ואמפתיה כלפי נפגעת העבירה וכן כי לאחר תחילת ריצוי העונש הביע תובנות מעמיקות ביחס להתנהגויות סיכוניות, שינוי בעמדותיו הפנימיות כלפי תפיסת האישה כאובייקט והבעת מוטיבציה להמשך טיפול ייעודי.

#### הערעורים

13. המערער 1 טוען כי עונשו חורג לחומרה מרמת הענישה הנוהגת בנסיבות דומות וכי בגזר דינו של בית המשפט קמא נפלו טעויות מהותיות רבות. טענותיו נגעו להסתמכות בית המשפט על חוות דעת מסוכנות שניתנה כשנה וחצי לפני מתן גזר הדין; לחריגה מהמלצתו העקבית של שירות המבחן להעדפת האפיק השיקומי ולקטיעת ההליך הטיפולי; לקביעת מתחם ענישה מחמיר בשל אי מתן משקל להבדל במידת האשם בינו לבין המערער 2, להעדר תכנון מוקדם ולסיבות שעמדו בבסיס העבירות שביצע. טענות נוספות העלה המערער ביחס לנסיבות קולה שלא קיבלו משקל הולם ובכללן נסיבותיו האישיות הייחודיות ומורכבות איפיוני אישיותו כמי שסובל מהנמכה קוגניטיבית ועיכוב התפתחותי משמעותי ביחס לגילו; השלכת העונש על משפחתו; נטילת האחריות ומאמציו לחזור למוטב והחרטה שגילה כבר במהלך האירוע.

עוד טוען המערער 1 כי בית המשפט קמא שגה בכך שלא חרג לקולה ממתחם העונש משיקולי שיקום, לאור התקדמותו המשמעותית בהליך הטיפולי וקיומו של סיכוי של ממש לשיקומו. כמו כן נטען כי למרות ההבדלים המשמעותיים בינו לבין המערער 2, הן ביחס לטיב העבירות שבהן הורשעו והן ביחס להליך הטיפולי שעבר, לא קיבלו כל ביטוי בעונש.



יצוין, כי במהלך הדיון לפנינו ולאור האמור בחוות הדעת העדכניות, חזר בו בא-כוח המערער 1 מן הבקשה להורות על עונש מאסר שניתן לרצותו בעבודות שירות וביקש להקל בעונש המאסר.

14. המערער 2 גם הוא מלין על חומרת עונש המאסר שהוטל עליו. הטענה המרכזית בערעורו היא כי הוא נדון כבגיר לכל דבר, ועניין קטינותו נשתכח מליבו של בית המשפט קמא בעת שגזר את דינו יחד עם המערער 1 הבגיר, שהועמד לדין יחד עמו. נטען, כי בהתאם לפסיקת בית משפט זה, יש ליתן את הבכורה לשיקול השיקומי בענישתו ולנתוני האינדיבידואליים, כמי שהיה קטין בעת ביצוע העבירות, חרף חומרת העבירה. בית המשפט קמא, כך נטען, שגה בקבעו כי ההליך השיקומי שעבר המערער 2 הינו חלקי ואינו מגלה פוטנציאל שיקומי, אף כי המערער 2 השלים הליך טיפולי משמעותי וממושך שהביא לשינוי בדפוסי התנהגותו ובעמדותיו ביחס לעבירה. כן נטען כי בית המשפט שגה גם בכך שדן בעונשו של המערער על פי עקרונות תיקון 113 לחוק העונשין ולא על פי עקרונות חוק הנוער, שבו מהווה שיקול השיקום עקרון מרכזי ומנחה בענישה ובשל כך התייחס לקטינות כנסיבה מקלה בלבד וגזר עליו עונש זהה לעונשו של מערער 1, הבגיר. עוד נטען כי קביעת בית המשפט כי יש לייחס למערער 2 שליטה והבנה מלאה כשל בגירים שגויה הן לאור הנחת היסוד העומדת בבסיס חוק הנוער בדבר חוסר בשלותם של קטינים, והן לאור מאפייניו האישיים של המערער 2, שרמתו הקוגניטיבית גבולית.

טענות נוספות בפי המערער 2 הן כי על פני הדברים עונש המינימום שנקבע לעבירות היה נקודת המוצא בגזר הדין גם לגביו, חרף היותו קטין בעת האירוע; כי אין אח ורע בפסיקה לחומרת העונש שנגזר על המערער 2, שעה שניתנה לגביו המלצה חיובית של שירות המבחן להעדפת הפן השיקומי; כי המלצת שירות המבחן ניתנה לאחר תקופה ארוכה של טיפול ומעקב, תוך שנלקחו בחשבון הקשיים והמורכבות בעניינו של המערער, וכי לא היה מקום לחרוג ממנה ללא נימוקים כבדי משקל, כפי שמורה פסיקת בית משפט זה. נטען, כי במקרה זה החריגה מן ההמלצה פוגעת לא רק במערער אלא גם באינטרס החברתי בשיקומו, משום שהדבר עלול להוריד לטמיון את הישגי ההליך הטיפולי ולפגוע באופן ממשי בסיכויי לשיקום בעתיד. מה גם שהמערער הוא כעת בגיר והמענה הטיפולי הניתן בבית סוהר של בגירים מצומצם יותר ואינו מותאם למי שביצע את העבירות בהיותו קטין, ואף עצם תיוגו של המערער כעבריין מין עלול להביא להתדרדרות לביצוע עבירות נוספות וריצוי מאסר בקרב בגירים עלול להביא לרכישת דפוסי עברייניים ולהיות הרסני עבורו. כן נטען כי לא ניתן כל ביטוי לשהייתו בתנאים מגבילים במשך שנתיים וחצי, מתוכם שנה ושבעה חודשים במסגרת סגורה.

לפיכך, עתר בא כוח המערער להעמיד את עונשו של המערער 2 על מאסר שניתן לרצותו בעבודות שירות לצד צו מבחן.

לאחר הדיון הגיש בא-כוח המערער 2 בקשה להשלמת טיעון, בגדרה טען כי היה על בית המשפט קמא לגזור את עונשו של המערער 1 בתחתית מתחם הענישה שקבע בעניינו, וכי הקלה בעונשו של המערער 1 תצדיק הקלה בעונשו של המערער 2 לאור הקביעה כי מידת אשמתם שווה.

עמדת המשיבה

15. המשיבה מצידה ביקשה לדחות את שני הערעורים גם יחד. לשיטתה, לאור האמור בתסקירי שירות המבחן העדכניים ובהערכת המסוכנות העדכנית בעניינו של המערער 1, שהוגשו לבית משפט זה, אין כל מקום להקלה בעונשי עמוד 7



המאסר שהוטלו על המערערים. באת-כוח המשיבה הדגישה כי המעשים בוצעו במשך כשעה שלמה ורק לקראת סופה ביקש המערער 1 מהמערער 2 לחדול מן המעשים. עוד ציינה כי בהיעדר הליך טיפולי משמעותי אין הצדקה לחריגה מן המתחם, כי למערער 1 ניתנו הזדמנויות רבות וכי הערכת המסוכנות נותרה בעינה.

בעניינו של המערער 2 עמדה באת-כוח המשיבה על ההליך הטיפולי הממושך, שידע עליות ומורדות, ועל הפנמה שניכרה לאחר שהחל בריצוי עונש המאסר וכי לצורך שילובו בטיפול ייעודי בבית הסוהר יש צורך ביתרת תקופת מאסר של שנתיים.

#### דיון והכרעה

16. לאחר עיון בנימוקי הערעורים, בכתב ובעל פה, בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, בתסקירי שירות המבחן ובחוות דעת המרכז להערכת מסוכנות בעניינו של המערער 1 ובתסקיר נפגעת העבירה, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעורים להידחות.

17. ככלל, ערכאת הערעור תתערב בעונש שקבעה הערכאה הדיונית במקרים חריגים בלבד, מקום בו נפלה בגזר הדין טעות מהותית או שהעונש חורג מרמת הענישה הראויה או המקובלת בנסיבות דומות (ע"פ 2014/20 אנקרי נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (19.1.2021)). הערעורים שלפנינו אינם באים בגדרם של חריגים אלה.

18. לא בכדי הובא פירוט מלא של עובדות כתב האישום המתוקן, עובדות שאישרו המערערים בהודאתם. תיאור עובדתי זה משקף את החומרה היתרה שבמעשיהם, שבוצעו לאחר שהשקו את הקטינה במשקאות משכרים וניצלו את חוסר האונים שלה בשל כך, הביאוה למקום שבו לא יופרעו ממעשיהם ועשו בה כברצונם, שוב ושוב, חרף תחנוניה, תוך שהם אווזים בה, מרימים אותה, ומושיבים אותה, כאשר היא בשל מצבה לא יכולה היתה להחזיק את גופה באופן יציב, וגם לאחר שנפלה פעמיים, כשבאחת מהן נחבטה בראשה, לעיניהם, לא חדלו ממעשיהם. הקטינה חזרה והביעה התנגדות – גם אם בשל מצבה לא יכולה היתה להתנגד באופן פיסי – ובכל זאת המשיכו המערערים במעשיהם. מהתיאור עולה כי המערערים נהגו בקטינה משל היתה בובת סמרטוטים, כלשון בית המשפט קמא, חפץ שבו השתמשו ולא בת אדם כמותם.

19. אל מול חומרת המעשים, שעמדה לנגד עיני בית המשפט קמא, מבקשים המערערים כי יישקל גילם הצעיר – ובייחוד קטינותו של המערער 2 – נסיבותיהם האישיות וההליכים הטיפוליים שעברו לאורך תקופה ממושכת, שנחתמו בהמלצות שירות המבחן להמשך האפיק השיקומי-טיפולי. כל אלו, לפרטיהם נשקלו בפסק דינו של בית המשפט קמא ולא מצאתי כי נפלה שגיאה במשקל שניתן להם או כי נשמטה מפסק הדין נסיבה כלשהי שראוי היה ליתן לה משקל באופן שיש בו כדי לשנות את תוצאתו.

20. כך ביחס למערער 1, לגביו נקבע כי המעשים נעשו לאחר תכנון כי הוא נטל בהם חלק פעיל ומשמעותי וכי





לנוכח מכלול הנסיבות מידת האשם שניתן ליחס לו זהה למידת האשם של המערער 2. ואכן, על רקע התיאור העובדתי שבו הודה המערער 1, התכונן התקיים, ולו על דרך של הידברות קצרה בין השניים לאחר שהקטינה כבר היתה במצב של שכרות. חלקו של המערער 1 באירוע היה משמעותי וממשי, והגם שחלקו של המערער 2 היה גדול משלו ואף שלזכותו של המערער 1 צוינה האמביוולנטיות שגילה שהתבטאה בכך שבמהלך האירוע ביקש מהמערער 1 לחדול ולאחר שברחו מן המקום ביקש ממנו לחזור יחד איתו ולהרים את הקטינה אל היציאה מן החוף, אין בכך כדי לצמצם את חלקו ואת מידת אשמו של המערער 1 במידה המצדיקה התערבות בעונשו. בנוסף, מן הראוי לציין כי אף שהמערער 1 הורשע כמסייע לעבירה של נסיון אינוס, יחד עם עבירות נוספות, הרי שהתיאור העובדתי שבו הודה משקף למעשה ביצוע של עבירת נסיון אינוס ולא של סיוע בלבד, ובכך שנתן את הדין על עבירת הסיוע, יש משום הקלה של ממש עמו.

עבירות המין הן מהחמורות והקשות בעבירות, בשל פגיעתן בערכי היסוד ובערכי המוסר ובשל היקף הנזק שהן מחוללות, נזק לגוף ונזק לנפש, נזק לנפגעי העבירה הישירים ונזק לסביבתם הקרובה. ומכאן מדיניות הענישה המחמירה הנהוגה בהן (ראו בין רבים: ע"פ 9741/16 אסלן נ' מדינת ישראל (19.7.2018)). לפיכך, ועל רקע חומרת נסיבות המעשים, יש לדחות את טענות המערער 1 כי מתחם העונש ההולם שנקבע בעניינו החמיר עמו יתר על המידה.

21. מעבר לכך, טענות המערער 1 ביחס לשיקולי השיקום ולחריגה ממתחם העונש ההולם מטעמים אלו, ניגפות אל מול תסקיר שירות המבחן והערכת המסוכנות העדכניים שהונחו לפנינו, מהם עולה כי מידת המסוכנות הנשקפת ממנו, שהוערכה כבינונית-נמוכה, נותרה בעינה חרף ההליך הטיפולי הממושך. עוד עולה מהערכת המסוכנות כי המערער נוקט במזעור של מעשיו והשלכת עיקר האחריות על המערער 2, כי הוא נוטל אחריות פורמלית ומתקשה לבחון את התנהגותו הפוגענית, אינו מגלה תובנה למניעים שבגינם ביצע את העבירות ולמצבי סיכון עתידיים וחרף ההליך הטיפולי שעבר לוקה בעיוותי חשיבה. גם התסקיר המשלים של שירות המבחן מעלה שאלה לגבי תובנות שהפיק מהטיפול והפנמתן.

משכך, גם בהינתן מכלול הנסיבות שהודגשו בדברי בא-כוחו בדיון לפנינו ובהודעת הערעור, אין כדי להצדיק הקלה בעונש. ויודגש, העובדה כי המערער 1 נדון לעונש זהה למערער 2, למרות שהאחרון היה דומיננטי יותר במהלך האירוע, נובעת מכך שהוא היה בגיר בעת האירוע, ואילו המערער 2 היה קטין. לגילו הצעיר של המערער 1 ניתן משקל הולם בגזירת הדין על רקע מכלול הנסיבות ואין בנסיבה זו כדי להצדיק התערבותנו בעונשו (ראו והשוו: ע"פ 487/15 פלוני נ' מדינת ישראל (8.11.2016); ע"פ 3541/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (7.11.2019)).

22. סיכומו של דבר, העונש שנגזר על המערער 1 מביא לידי ביטוי ראוי את מכלול נסיבות המעשה והעושה, לרבות ההקלה הכרוכה במאפייניו האישיותיים, בגילו הצעיר, בעבירות שבהן הורשע, את הודאתו, את ההליך הטיפולי שעבר ואת יחסו האמביוולנטי כפי שעמד על כך בית המשפט קמא בפסק דינו, ואין מקום לשנות ממנו.

23. כך גם לא מצאתי כי יש מקום להתערב בעונשו של המערער 2. בבואו לגזור את דינו של המערער 2 שם בית המשפט קמא לנגד עיניו את שיקולי הענישה הייחודיים בעניינם של קטינים. למעשה, בלב הכרעת בית המשפט וכנקודת מוצא עומדת בחינת ההליך הטיפולי שעבר המערער 2 והקביעה כי ההליך מצוי בשלבים התחלתיים ופוטנציאל השיקום אינו מובהק. לא מצאתי כי נפל דופי בקביעה זו.

אכן, שיקולי השיקום בענישתם של מי שביצעו עבירה בהיותם קטינים, זוכים למשקל גבוה ולעיתים מקבלים מעמד בכורה במערך שיקולי הענישה. מטעם זה להמלצת שירות המבחן בעניינם של קטינים נודעת משמעות יתרה. יחד



עם זאת, וכפי שנקבע בעבר, קטינות אין משמעה חסיונות. בעבירות חמורות, ובפרט בעבירות מין, וככל שהעבירות ונסיבותיהן קשות יותר, תיטה הכף אל עבר העדפת שיקולי ענישה של הרתעה, גמול והגנה על נפגעי עבירה. שיקולים אלה שעניינם חומרת העבירות, נסיבות ביצוען, הנזק שנגרם לנפגעי העבירה והאינטרס הציבורי בהרתעה גם מהווים טעמים כבדי משקל המצדיקים חריגה מהמלצת שירות המבחן (ע"פ 593/18 פלוני נ' מדינת ישראל (17.4.2018)).

כפי שצוין, נסיבות ביצוע העבירות כאן הן בעלות חומרה יתרה, משאלו בוצעו בצוותא תוך ניצול מצבה של הקטינה, לאורך פרק זמן שבו ביצע המערער 2 מעשים מיניים שונים בקטינה, מבלי ששעה לתחינותיה כי יחדל ואף לא נרתע מכך שנפלה במהלכם ובכך גילה כלפיה ניצול, אדישות ואף אכזריות. גם הנזק שנגרם לקטינה חמור ומשמעותי, כעולה מתסקיר נפגעת העבירה, באופן המבטא זעזוע של ממש לחייה, לאורחותיה ולתפיסותיה, מצריך טיפול ומשתרע גם על משפחתה הקרובה.

תסקירי שירות המבחן העדכניים שהוכנו לקראת הדיון בערעור מאשרים את התרשמות בית המשפט קמא כי התקדמותו של המערער 2 בהליך הטיפול היתה איטית ומצויה בשלבים התחלתיים, כשלצד זאת ניכרת המוטיבציה להמשך הטיפול ושינוי העמדות שהביע בפני שירות המבחן. מבלי להתעלם מהשינוי החיובי בעמדותיו ומהמוטיבציה שביטא להמשך טיפול ייעודי, יש ליתן את הדעת כי חרף הטיפול הממושך אין במידת ההתקדמות בטיפול כדי להצדיק מתן משקל מכריע לשיקול השיקומי, כאשר מן העבר השני ניצבת חומרתם היתרה של מעשיו, חלקו הדומיננטי באירוע והנזק שנגרם לנפגעת העבירה. בהתייחס לפסיקה שאליה הפנה בא-כוחו של המערער, הרי שעמדתו קרובה לעמדתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז בע"פ 541/20 נ' מדינת ישראל (3.8.2020) ולפיה ככל שהעבירה חמורה יותר, נדרשת אינדיקציה משמעותית יותר לשיקום. יתר על כן, לאור חומרתן היתרה של נסיבות ביצוע העבירות בענייננו, העולות בחומרתן על נסיבות אותו מקרה, כמו גם העובדה כי המערער כאן נותן את הדין על מכלול של עבירות, והעדר כל הסכמה עונשית בהסדר הטיעון, אין באותו מקרה כדי לשמש קנה מידה מתאים לרף הענישה. גם פסקי הדין האחרים שהונחו בפנינו, אינם מבססים טיעון לרף ענישה נמוך יותר בשל השוני בנסיבותיהם.

בנוסף, יש לזכור, כי לא רק שיקומו של המערער 2, שהיה קטין בעת ביצוע העבירות, עומד לנגד עיני בית המשפט אלא גם שיקומה של נפגעת העבירה, גם היא קטינה בעת האירוע. האינטרס החברתי אינו מתמצה בשיקום מבצעי העבירה בלבד, מתוך רצון לצמצם סיכון עתידי להישנות מצידם, אלא כולל גם את הצורך בשיקום נפגעי העבירה, והוא אף נושא עמו מימד של חובה מוסרית מצד החברה כלפי אותם נפגעים בבואו של בית המשפט לגזור את עונשם של מבצעי העבירה. אף כי אין מדובר בשיקול בלעדי או מכריע, הרי שיש ליתן לו משקל של ממש במערך שיקולי הענישה, שעה שהאופק השיקומי של מבצע העבירה אינו חד משמעי, כפי שהדבר הוא בענייניו של המערער.

לבסוף, יש לדחות את טענות המערער 2 ככל שהן נוגעות לעונשו של המערער 1 ולהשלכתו עליו. כפי שציינתי לעיל, לטעמי חלקו של המערער 2 גדול מחלקו של המערער 1, וממילא לא מצאתי להתערב בעונשו של האחרון.

24. ההליך הפלילי בעניינם של המערערים נמשך כשלוש שנים ובמהלכו התאפשרה הגשת תסקירים רבים שעמדו על המהלך הטיפולי בעניינם. אמנם, ערכו של ההליך הטיפולי לפרט ולחברה הוא רב, אולם כאשר ניכר כי ההתקדמות הטיפולית איטית, אין מקום לאפשר הימשכות ההליך הפלילי ומן הראוי להביאו לידי הכרעה. שכן, שעה שתועלת הצפויה של הימשכות ההליך מועטה, עולה הסיכוי כי יהא בכך כדי לגרום מפח נפש לכלל הגורמים הקשורים בהליך, הנאשמים התולים יהבם בטיפול כמגן מפני מיצוי הדין, נפגעי העבירה שגם הם ממתינים תחת צילו של ההליך וכן



האינטרס החברתי בהכרעה מהירה.

25. לאור האמור לעיל, אציע לחברותיי לדחות את שני הערעורים ולהותיר את עונשי המערערים על כנם.

לאור הערות נציגות שירות המבחן למבוגרים ולנוער במהלך הדיון, יש להביא לתשומת לב שב"ס את חשיבות שילובם של המערערים בטיפול ייעודי במהלך מאסרם, ככל שהם עומדים בתנאים לכך.

ש ו פ ט

הנשיאה א' חיות:

אני מסכימה.

ה נ ש י א ה

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ג' קרא.

ניתן היום, א' בניסן התשפ"א (14.3.2021).



שופט

שופט

הנשיאה

---