



ע"פ 8687/20 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 8687/20

ע"פ 8702/20

לפני:

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ג' קרא

פלוני

המערער בע"פ 8687/20
והמשיב בע"פ 8702/20:

נגד

מדינת ישראל

המשיבה בע"פ 8687/20
והמעררת בע"פ 8702/20:

ערעור על הכרעת דינו מיום 19.1.2020 וערעור על
גזר דינו מיום 28.10.2020 של בית המשפט המחוזי
בבאר בתפ"ח 72209-12-18 שניתנו על ידי כב'
השופטים יעל רז-לוי, גילת שלו ואהרון משניות

כ"ד באב התשפ"א (2.8.2021)

תאריך הישיבה:

עו"ד אורי בן נתן

בשם המערער בע"פ 8687/20
והמשיב בע"פ 8702/20:

עו"ד נגה בן סידי

בשם המשיבה בע"פ 8687/20
והמעררת בע"פ 8702/20:



פסק-דין

השופט ג' קרא:

לפנינו ערעור המדינה (ע"פ 8702/20) על קולת העונש שנגזר על המשיב בגזר הדין של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע (כב' השופטות י' רז-לוי, ג' שלו וכב' השופט א' משניות) בתפ"ח 72209-12-19, מיום 28.10.2020, בגדרו הושתו על המשיב 28 חודשי מאסר בפועל בגין ביצוע עבירות מין בביתו הקטינה.

המשיב מצידו, הגיש ערעור על הכרעת הדין (ע"פ 8686/20), אך כפי שיתואר להלן, ביקש לחזור בו מערעורו בתום הדיון שהתקיים לפניו.

עובדות כתב האישום והכרעת הדין

1. על פי עובדות כתב האישום, המשיב הוא אביה של המתלוננת אשר נולדה לו מחוץ לנישואים. המתלוננת התגוררה דרך קבע עם אימה ובמהלך השנים, בחופשות ובחגים, נהגה לבקר את המשיב בביתו, שם התגורר עם משפחתו. במהלך אחת מחופשות הקיץ, בהיות המתלוננת בת 17, היא הגיעה לביקור אצל המשיב. באחד הימים, בשעות הצהריים, בעת שהמשיב והמתלוננת היו ביחד בחדרו של המשיב, הם שכבו על המיטה וצפו בטלוויזיה. בשלב מסוים, כשהמתלוננת שוכבת על בטנה, החל לפתע המשיב ללטף את רגלה של המתלוננת. המתלוננת לא חשה בנוח, הסתובבה על צדה והמשיב הפסיק ללטף אותה. לאחר האמור, המתלוננת חזרה לשכב על בטנה; המשיב חיבק אותה במותניה ומיד לאחר מכן החדיר את ידו מתחת למכנסיה וליטף את ישבנה ואיבר מינה, מעל התחתונים. המתלוננת, שהופתעה מכך וסברה כי המשיב מתבלבל, קמה מהמיטה והלכה לשירותים. כעבור מספר דקות, שבה אל המיטה ונשכבה על ביטנה. שוב הכניס המשיב את ידו מתחת לתחתוניה של המתלוננת והחל להזיז את ידו לכיוון איבר מינה. בתגובה, סגרה המתלוננת את רגליה בחוזקה כדי להבהיר למשיב שהיא ערה, והוא חדל ממעשיו. בחלוף מספר דקות, בעוד המתלוננת שוכבת על ביטנה, הכניס המשיב את ידו מתחת לתחתוניה של המתלוננת, ליטף באצבעותיו את פי הטבעת שלה ואז החדיר את אצבעו לפי הטבעת שלה מספר פעמים, שלא בהסכמתה החופשית. המתלוננת קפאה על מקומה ולא הגיבה, והמשיב חדל ממעשיו כשהטלפון שלו צילצל לפתע.

2. בגין האמור, הואשם המשיב בעבירה של מעשה סדום בקטינה בת משפחה, לפי סעיף 351(א) בנסיבות סעיפים 347(ב) ו-345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק) וכן בעבירות של מעשים מגונים בקטינה בת משפחה, לפי סעיף 351(ג)(3) בנסיבות סעיף 348(ג) לחוק.

3. תחילה, במענה לכתב האישום, כפר המשיב בכל המיוחס לו; המשיב הודה כי הוא והמתלוננת שכבו יחד במיטה, אך טען כי לא ביצע בה כל מעשה מיני וכי לכל היותר, ייתכן שתוך כדי שינה זלגה ידו לכיוון ישבנה של המתלוננת שלא במודע. בהמשך, לאחר שנשמעו ראיות ובכלל זה עדויות המתלוננת, אימה והמחנכת שלה, הודיע ב"כ המשיב כי המשיב חוזר בו מכפירתו ומודה בכל המעשים עליהם העידה המתלוננת, למעט בביצוע מעשה הסדום שהתבטא בהחדרת אצבעו לפי הטבעת שלה.



4. לאחר ניהול הוכחות ושמיעת ראיות, הרשיע בית משפט קמא את המשיב בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום, ובכלל זה בעבירה של מעשה סדום בקטינה בת משפחה.

גזר הדין של בית משפט קמא

5. בגזר הדין, עמד בית משפט קמא על החומרה שבעבירות מין במשפחה; על הפגיעה קשה שנגרמה למתלוננת, שעה שמדובר בעבירה שבוצעה בקטינה, בידי מי שמשמש עבור המתלוננת כדמות אב משמעותית והפגיעה נעשתה בתוך המרחב הביתי שאמור לשמש כמקום מבטחים.

בית המשפט הוסיף ועמד על נסיבות ביצוע העבירה. מחד גיסא, צוין כי מדובר באירוע בודד, אשר נראה כי לא קדם לו תכנון ולא בוצע תוך הפעלת אלימות. מאידך גיסא, צוין כי המשיב המשיך בביצוע המעשים הפוגעניים גם לאחר שהמתלוננת קמה מהמיטה והלכה לשירותים, כאשר בשובה למיטה הסלים המשיב את התנהגותו הפוגענית והחדיר את אצבעו לפי הטבעת של המתלוננת וכי המעשים בוצעו על ידי המשיב תוך ניצול מעמדו כאביה וכמי שהמתלוננת נתנה בו אמון. כמו כן, עמד בית המשפט על הנזק שנגרם למתלוננת, כפי שהוא משתקף מתסקיר נפגעת העבירה: פגיעה קשה בכל מישורי חייה של המתלוננת, אשר הפסיקה להגיע לבית הספר ולא הצליחה להשלים את לימודיה, צמצמה את קשריה החברתיים ואיבדה את תחושת הביטחון, העצמאות והחופש; תחושת הבגידה ואובדן האמון שחשה כלפי מי ששימש כאב בחייה וראתה בו מקור תמיכה ועוגן; תחושות שרק העמיקו בשל הכחשת המשיב את מעשיו והתגייסות משפחתו להציגה כמי שהעלילה עליו או פיתתה אותו. לאחר שבחן את מדיניות הענישה במקרים דומים, העמיד בית המשפט את מתחם העונש ההולם בעניינו של המשיב על 3-7 שנות מאסר.

אשר לעונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם, בחן בית המשפט את הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. בתוך כך, שקל בית המשפט לזכות המשיב את העובדה שהוא נעדר עבר פלילי ותיפקד באופן נורמטיבי במשך כל שנות חייו, פרנס את ילדיו ודאג להם, כפי שהשתקף גם מעדויות בני משפחתו; הודאתו של המשיב בביצוע מרבית המעשים, הגם שבאה בשלב מאוחר ולא הייתה מלאה; השתלבותו של המשיב בהליך טיפולי והשינוי שעשה בהכרה במעשים ובחומרתם; היות המשיב בן 66, מצבו הבריאותי הכולל מחלת סכרת, מחלות נלוות ודיכאון; וכן הנזק שייגרם לבני משפחתו מהעונש שיוטל עליו. לפיכך, סבר בית המשפט כי יש למקם את עונשו של המשיב בסמוך לתחתית המתחם שנקבע.

אחר זאת, שב בית המשפט והתייחס להליך הטיפול שהחל המשיב ביוזמתו, ציין כי הוא משמעותי ונראה כי הוא דבק בו. בית המשפט נתן דעתו לכך שהמשיב הורשע בעבירה שבגינה קבע המחוקק עונש מזערי שלא יפחת מרבע העונש המרבי שנקבע לאותה עבירה, אלא מטעמים מיוחדים (סעיף 355 לחוק), ובמקרה דנן, מדובר על עונש מזערי של 5 שנות מאסר. חרף זאת, מצא בית המשפט לחרוג לקולאמן העונש המזערי שנקבע לעבירה זו וממתחם הענישה, זאת לאור ההליך הטיפולי שעבר המשיב, סיכויי שיקומו, גילו ומצבו הבריאותי. נוכח כל האמור, גזר בית המשפט על המשיב 28 חודשי מאסר לריצוי בפועל, בניכוי ימי מעצרו, 18 חודשי מאסר מותנה למשך שלוש שנים ופיצוי למתלוננת על סך 75,000 ש"ח.

טיועוני הצדדים



6. המדינה סבורה כי העונש שהוטל על המשיב מקל למדי ודורש התערבות ערכאת הערעור. לטענת המדינה, גבולות מתחם העונש ההולם שקבע בית משפט קמא, ובפרט הרף התחתון אשר הועמד על 3 שנות מאסר, אינם מבטאים יחס הולם לחומרת המעשים שביצע המשיב, לשיקולי גמול וכן לנסיבות ביצוע העבירה, ובכלל זה: ניצול זמינות וחולשה של בת קטינה בידי אביה, אשר החסך בנוכחותו בחייה הוביל לכך שהקשר עמו ועם משפחתו היה משמעותי עבורה ואילו המשיב בחר לנצל באופן חמור את האמון שנתנה בו; העובדה כי בפני המשיב היו מספר הזדמנויות לחדול ממעשיו, אך הוא בחר להסלימם; וכן היעדר משקל מספק לנזק שנגרם למתלוננת. המדינה מוסיפה וטוענת כי עונשו של המשיב אינו מבטא את מדיניות הענישה הראויה בעבירות מין במשפחה כנגד קטינים; כי לא בכדי קבע המחוקק עונש מזערי בגין ביצוע עבירות המין בהן הורשע המשיב; כי לא התקיימו טעמים מיוחדים המצדיקים קביעת מתחם עונש הולם שהרף התחתון שלו נמוך מהעונש המזערי; וכי ניתן משקל יתר להיעדר עברו הפלילי של המשיב, גילו ומצבו הבריאותי.

עוד לטענת המדינה, שגה בית משפט קמא כשסטה ממתחם העונש ההולם שקבע בשל שיקולי שיקום. לעמדתה, נוכח החומרה היתרה שבביצוע עבירה של מעשה סדום בקטינה בת משפחה בנסיבות דנן, היה על בית משפט קמא להידרש לסעיף 40ד(ב) לחוק ולנמק מדוע "קיימות נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן" אשר "גוברות על הצורך לקבוע את העונש במתחם העונש ההולם"; וכך לא נעשה. כמו כן, החלטתו של בית משפט קמא לסטות מהמתחם בשל שיקולי שיקום עומדת בסתירה לקביעותיו בגזר הדין לפיהן המשיב לא הודה בביצוע מעשה הסדום ולכך שהודאתו ביתר המעשים ניתנה רק לאחר שמיעת עדות המתלוננת. המדינה מציינת כי המשיב לא עמד על הגשת תסקיר שירות מבחן בעניינו ואילו סיכום טיפול שעבר במרכז "התחלה חדשה", אינו כולל התייחסות לטיפול ביחס לביצוע מעשה הסדום, שלגביו לא לקח המשיב כל אחריות, ומכאן שלא עבר טיפול בעניין זה אשר יש בו כדי ללמד על הליך שיקום או סיכוי ממשי לשיקום.

7. המשיב מצידו סומך על גזר דינו של בית משפט קמא וסבור כי הוא מאוזן ומבוסס היטב, לאחר שנשקלו נסיבותיו האישיות וכן הליך הטיפול הפרטי אותו יזם ובו הוא מתמיד. לטענת המשיב, המדינה לא תמכה טענותיה לעניין מדיניות הענישה באף מקרה הדומה לעניינו ומכאן שאין בסיס לכך שעונשו חורג ממדיניות הענישה הנהוגה.

כאמור לעיל, המשיב הגיש ערעור על הכרעת הדין, אך בתום שמיעת הטיעונים, הודיע בא כוח המשיב כי הוא מבקש לחזור בו מן הערעור על הכרעת הדין. אי לכך, נותר להכריע בערעור המדינה על קולת העונש ולכך אפנה כעת.

דיון והכרעה

8. הלכה כי התערבות ערכאת ערעור בעונש שגזרה הערכאה הדיונית שמורה למקרים חריגים בלבד שבהם נפלה טעות מהותית בגזר הדין או כאשר העונש שנגזר חורג במידה ניכרת ממדיניות הענישה הנהוגה או הראויה במקרים דומים (ראו, למשל: ע"פ 2538/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (13.11.2019)). לאחר עיון בטענות הצדדים, בחומר שהוגש לעיונו ושמיעת הטיעונים בעל-פה בדיון שהתקיים לפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי יש לקבל את ערעור המדינה, שכן המקרה דנן נופל לגדר מקרים חריגים אלו. אבאר.

9. ראשית, שגה בית משפט קמא כאשר החליט לחרוג לקולא ממתחם העונש ההולם שקבע גם בשל גילו של



המשיב ומצב בריאותו. שיקולים אלו צריכים היו להישקל בעת גזירת העונש בתוך מתחם העונש ההולם (סעיף 40יא לחוק) - כפי שאכן נשקלו והובילו תחילה את בית המשפט למסקנה כי יש להעמיד את העונש בסמוך לתחתית המתחם שקבע - אך אין בכך כדי להוביל לסטייה מן המתחם, השמורה רק לשיקולי שיקום.

שנית, בכל הנוגע להליך השיקום בו החל המשיב, ומבלי לטעת מסמרות במשקל שיש ליתן לחוות דעת שניתנה על ידי מרכז טיפול פרטי, אציין כי מקובלת עליי עמדת המדינה כי חוות הדעת אינה מגלה כל התייחסות או נטילת אחריות מפורשת על ביצוע מעשה הסדום. מעבר לכך, אני מתקשה לראות כיצד ניתן להורות על סטייה לקולא ממתחם העונש ההולם, מבלי שיש בידי בית המשפט אינדיקציה מגורם מקצועי אובייקטיבי כדוגמת שירות המבחן, המעידה על קיומו של סיכוי ממשי לשיקום. אכן, כבר נפסק כי על מנת לסטות לקולא ממתחם העונש ההולם משיקולי שיקום" נדרשות עובדות וראיות ממשיהתומכות בסיכויי השיקום של הנאשם, ובראשן תסקיר שירות המבחן" (ע"פ 8377/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (31.7.2019) (להלן: עניין פלוני)).

לא זו אף זו. מדו"ח הערכת המסוכנות שהוגש בעניינו של המשיב בעקבות בדיקה שנערכה לו, ביום 21.4.2021, עלידי קרימינולוגית קלינית בכירה מהמרכז להערכת מסוכנות, עולה כי המשיב אינו לוקח אחריות על מעשיו וממשיך בהאשמת הקורבן בפתיינות.

10. עוד יצוין כי גם במהלך הדיון לפנינו, לא היה המשיב מוכן לקחת אחריות על ביצוע מעשה הסדום בו הורשע. ודוק, מובן כי אין לזקוף לחובתו של אדם שהורשע את כפירתו במיוחס לו וזכותו לטעון לחפותו, אולם גם לא ניתן לזקוף זאת לזכותו, כפי שעשה בית משפט קמא. "על-מנת לחרוג ממתחם הענישה ההולם משיקולי שיקום, יש לבחון באיזה שלב של ההליך השיקומי מצוי הנאשם, ובתוך כך לסטות ממתחם הענישה ההולם במקרים נדירים בלבד, שבהם ישנו סיכוי ממשי ומובהק לכך שהנאשם ישתקם" (עניין פלוני, פסקה 13). קביעת בית משפט קמא כי המשיב לוקח אחריות "במובנים מסוימים" (פסקה 68 לגזר הדין) - אינה יכולה לעלות כדי סיכוי ממשי לשיקום.

11. בכל הנוגע להחלטה לסטות מהעונש המזערי בעת קביעת מתחם העונש ההולם, בע"פ 1288/17 מדינת ישראל נ' אבשלום שנהר, פסקה 23 (3.10.2017), נפסק:

"בית משפט זה נדרש, במספר הזדמנויות, לשאלת היחס בין העונש המזערי לבין מתחם הענישה. בע"פ 4876/15 פלוני נ' מדינת ישראל (3.12.2015), סוכמה ההלכה, לאחר סקירה נרחבת של פסיקה קודמת, ולפיה אין לקבוע, ככלל, רף ענישה תחתון הנמוך מהעונש המזערי, וזאת גם כאשר קיימת הצדקה לסטות ממתחם העונש ההולם משיקולי שיקום. בצד זאת, יתכנו 'טעמים מיוחדים' המצדיקים קביעת רף תחתון נמוך יותר, ובמקרה מעין זה על בית המשפט לפרט את אותם טעמים מיוחדים (וראו גם, ע"פ 337/13 פלוני נ' מדינת ישראל (9.9.2013); ע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל (4.12.2013)).

בע"פ 1605/13 פלוני נ' מדינת ישראל (27.8.2014), הבהיר השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן, כי: 'מתחם עונש הולם שתחתיתו נמוכה מעונש המינימום יכול להיקבע רק אם ניתנו טעמים מיוחדים לכך... פרשנויות אחרות, למשל שתחתית מתחם העונש ההולם לא תהיה נמוכה מעונש המינימום או שניתן להתעלם מעונש המינימום אף מבלי טעמים מיוחדים בעת קביעת תחתית מתחם העונש ההולם, תבאנה למצב בו לא תהיה הלימה בין חומרת העבירה לבין המתחם, הן בניגוד לתיקון 113 לחוק העונשין והן בניגוד לסעיף 355 לחוק העונשין' (שם, בפסקה 26, וראו גם, ע"פ 207/14 פלוני



נ' מדינת ישראל (1.2.2015); ע"פ 6662/13 פלוני נ' מדינת ישראל (2.3.2015)."

הנה כי כן, לא די בהסתמכות על שיקולי שיקום. בענייננו, המשיב לא הפגין שינוי ממשי מתפיסת מחשבתו, ולא מצאתי כי קיימים טעמים מיוחדים המצדיקים סטייה כה ניכרת מהעונש המזערי, כפי שעשה בית משפט קמא. נטילת אחריות היא הצעד הראשון בהליך טיפולי, ומשצעד זה לא נעשה, לא ניתן לומר כי "הנאשם השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם", כמצוות סעיף 40ד(א) לחוק. משכך, ממילא אין צורך להידרש לטענת המדינה בדבר תחולת סעיף 40ד(ב) לחוק.

12. בית משפט זה חזר והדגיש את החומרה הרבה הגלומה בביצוע עבירות מין בקטינים, לא כל שכן כשהן מבוצעות בידי בן משפחה, תוך ניצול יחסי האמון והקרבה בתא המשפחתי; נקבע, כי במקרים אלו, יש ליתן בכורה לשיקולי גמול והרתעה, על פני נסיבותיו האישיות של הפוגע (ראו: ע"פ 5385/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 49 (4.12.2013); ע"פ 8325/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 57 (8.6.2017); ע"פ 695/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (30.4.2017)).

13. נוכח כל האמור, סבורני כי יש להתערב בעונש המאסר בפועל שהשית בית משפט קמא על המשיב. לאור השיקולים לקולא שמנה בית משפט קמא לזכות המשיב, לרבות גילו, מצבו הבריאותי, היעדר עבר פלילי וכן הליך הטיפול שהחל – אציע לחברותי כי נעמיד את עונש המאסר בפועל בסמוך לרף התחתון של מתחם העונש ההולם שקבע בית משפט קמא, על 42 חודשי מאסר בפועל; כך שעונש המאסר הכולל (בצירוף המאסר המותנה) יעמוד על העונש המזערי הקבוע בחוק – 5 שנות מאסר בענייננו, רק בגין מעשה הסדום – וזאת רק בשל הכלל הנוהג לפיו אין ערכאת הערעור ממצה את הדין.

14. סוף דבר, ערעור המשיב בע"פ 8687/20 נדחה, לבקשתו. אשר לערעור המדינה בע"פ 8702/20, אציע לחברותי כי נקבל את הערעור, כך שעונש המאסר בפועל בו יישא המשיב יעמוד על 42 חודשים, חלף 28 חודשים, בניכוי ימי מעצרו. יתר העונשים בגזר הדין יותרו על כנם.

ש ו פ ט

הנשיאה א' חיות:

אני מסכימה.

ה נ ש י א ה

השופטת ע' ברון:



אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ג' קרא.

פסק הדין יותר לפרסום, תחת איסור פרסום שמו של המשיב, וזאת כדי להגן על זהות המתלוננת, בשל הקרבה המשפחתית.

ניתנה, כ"אבאלולהתשפ"א (29.8.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א ה
