

תפ"ח 50308/06/22 - מדינת ישראל נגד יוסף חיים אבוטבול

בית המשפט המחוזי מרכז לוז

תפח50308-06-22

בפני	כבוד השופט טרסי, אב"ד כבוד השופט דרויאן-גמליאל כבוד השופטת רוזנברג שיינרט
בעניין:	המאשימה נגד הנאשמים
	מדינת ישראל ע"י ב"כ עו"ד ריקי גולדברג
	1. יוסף חיים אבוטבול ע"י ב"כ עוה"ד אבי כהן ונוראן עבאסי 2. נאשם 2 (קטין) ע"י ב"כ עוה"ד עמיחי ימין

גזר דין - נוסח מותר בפרסום

נוסח זה מותר בפרסום לפי החלטה מיום 06.09.22, שניתנה בהסכמת הקטינה הנפגעת באמצעות באת-כוחה עו"ד שקמה אדרי, בה הותרו לפרסום "כלל פרטי ועובדות כתב האישום, ובלבד שלא יפורסם כל פרט שעשוי לזהות את נפגעת העבירה או את זהותו של הנאשם 2".

מנוסח זה הוסרו עניינים אישיים-פרטיים של הקטינה הנפגעת, בהמשך להמלצת שירות המבחן בתסקיר נפגעת עבירה מיום 02.04.23 ולהחלטת כב' אב"ד מאותו יום.

השתלשלות ההליך:

1. לפנינו עניינם של שני הנאשמים, שנאשמו יחד בכתב אישום אחד, שהוגש ביום 23.06.22. נאשם 1 יליד 2001, שבעת המעשים היה בן 19 וארבעה חודשים, נדון כבגיר, ונאשם 2 יליד [...] 2005, שבעת המעשים היה בן 15 ושלושה חודשים, נדון כקטין. אבחנה מהותית זו תידון בהרחבה בהמשך הדברים.
2. בהכרעת הדין מיום 23.11.22, שניתנה לאחר הודאת הנאשמים בכתב אישום מתוקן שהוגש במסגרת הסדר טיעון דיוני וללא הסכמות עונשיות, הורשע נאשם 1 ונקבעה אחריותו של נאשם 2 בעבירות הבאות:

א. **ריבוי עבירות אינוס של קטינה, שטרם מלאו לה שש-עשרה שנה, תוך שימוש בכוח ובאיזמים וללא הסכמתה החופשית, בנוכחות אחר שחבר עם הנאשם לביצוע האינוס, לפי סעיפים 345(ב)(5) ו-345(ב)(1) ובנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 [להלן - החוק, או חוק העונשין];**

ב. **ריבוי עבירות מעשה-סדום בקטינה, שטרם מלאו לה שש-עשרה שנה, תוך שימוש בכוח ובאיזמים וללא הסכמתה החופשית, בנוכחות אחר שחבר עם הנאשם**

לביצוע המעשה, לפי סעיף 347(ב) בצירוף סעיפים 345(ב) ו-345(1) ובנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק;

ג. הנאשם 1 הורשע גם בעבירה של **הטרדה מינית על-דרך פרסום משפיל**, לפי סעיף 3(א)(5) בצירוף סעיף 5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998, ובצירוף סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981;

3. עתה, על-בסיס המלצתו של שירות המבחן לנוער, כעתירת התביעה וכשסניגורו המלומד של נאשם 2 הסכים- למעשה לכך, **אנו מרשיעים את נאשם 2 במיוחס לו כמפורט לעיל**, כסמכותנו לפי סעיף 24(1) חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971 [להלן - חוק הנוער].

4. לקראת גזירת הדין ובמסגרת הדין לעניין העונש, נערכו והוגשו תסקירים וראיות:

בעניינו של נאשם 1 התקבל תסקיר משירות המבחן למבוגרים מיום 13.04.23, והוגשו גיליון הרשעות קודמות של נאשם 1 [1/ע] ומכתב התנצלות שכתב לקטינה הנפגעת לקראת מועד הטעונום לעונש [2/ע]. לזכות הנאשם העיד אביו;

בעניינו של נאשם 2 התקבלו תסקירי שירות המבחן לנוער מיום 03.04.23 ומיום 17.08.23 והוגשו מכתב ממנהלת בית הספר התיכון בו הוא לומד [3/ע], ומכתב מצוות חטיבת הביניים בה למד [4/ע]. לזכות נאשם 2 העיד בדיון ביום 19.09.23 המחנך מר יעקבי, יועצת בית הספר גב' שלומקוביץ, אביו ואמו, ואביה של בת-זוגו. קצינת המבחן לנוער גב' סמדר דניאל, התייצבה לדיון והוסיפה בעל-פה על האמור בתסקירים בעניינו של נאשם 2;

תסקירי נפגעת העבירות מיום 02.04.23 ומיום 10.08.23 הונחו אף-הם לפנינו.

5. ביום 19.09.23 טענו לעונש ב"כ המלומדים של הצדדים: התביעה טענה לקביעתו של מתחם ענישה בין שבע לבין עשר שנות מאסר בפועל וענישה נלווית, כשאת עונשו של נאשם 1 ביקשה למקם "בחלקו העליון של אמצע המתחם". לדעת התביעה, יש להשית על נאשם 2 ארבע וחצי שנות מאסר בפועל וענישה נלווית. ב"כ של נאשם 1 עתר לענישה עיקרית של מאסר בפועל, לתקופה שלא תעלה על עשרים חודשים, וב"כ של נאשם 2 ביקש לאמץ את המלצת שירות המבחן, למאסר שירוצה בעבודות שירות, ענישה נלווית וצו מבחן.

הרקע למעשים ועובדות האישום:

רקע ועובדות האישום בהן הודו הנאשמים:

6. הקטינה הנפגעת היא ילידת 30.01.07, כשבעת המעשה היתה בת שלוש-עשרה שנים ושבעה חודשים, עובדה שהיתה בידיעת הנאשמים.

7. לפי כתב האישום, היתה בין הנאשמים לבין הקטינה היכרות מוקדמת המבוססת על מפגשים אקראיים בעיר מגוריהם. [...]

8. ביום 04.09.20 בשעה 17:38, חברו הנאשמים זה לזה במטרה לקיים עם הקטינה יחסי מין בצוותא, מבלי שסיפרו לקטינה על-כך ומבלי שבדקו את שאלת הסכמתה. במסגרת זו, פנה נאשם 2 לקטינה, ביקש ממנה

להתלוות אליו, ושניהם רכבו יחד על אופניו החשמליים של נאשם 2 לביתו של נאשם 1.

9. כשהגיעו נאשם 2 והקטינה למקום, ביקש נאשם 1 מהקטינה להיכנס לחדר השינה שלו ומנאשם 2 ביקש להישאר בסלון. בחדר השינה הכניס נאשם 1 את ידו מתחת לחולצתה של הקטינה, נגע בחזה וניסה להפשיט אותה מבגדיה. הקטינה התנגדה וביקשה לחזור לביתה, אך הנאשם 1 אמר לה ש"**את לא חוזרת עד שאת נותנת לי**".

10. נאשם 2 נכנס לחדר השינה, הפציר בקטינה "**נו, תתפשטי כבר**", ולנאשם 1 אמר "**נו, תשכיב אותה כבר**". הנאשם 1 שב והפציר בקטינה "**נו יאללה, את לא תחזרי הביתה, [נאשם 2] לא יחזיר אותך**", ונאשם 2 אישר זאת.

11. הקטינה, שהבינה שחזרתה לביתה תלויה בציות לדברי הנאשמים, פשטה את מכנסיה וחולצתה, אך נאשם 1 הורה לה להסיר גם תחתוניה וחזייתה. לבקשת הקטינה יצא נאשם 2 מהחדר, וכשחזר נאשם 1 על בקשתו, פשטה הקטינה גם את תחתוניה וחזייתה ונותרה עירומה.

12. אז החדיר נאשם 1 את אבר מינו לפיה של הקטינה וביקש ממנה למצוץ אותו. לאחר מכן, עטה נאשם 1 קונדום על אברו והחדיר אותו לאבר המין של הקטינה, שהיתה שכובה על גבה במיטה שבחדר, עד שהגיע לפורקן מיני.

13. הקטינה מיהרה ללבוש את תחתוניה וחזייתה ונאשם 1 קרא לנאשם 2 לחזור לחדר. הקטינה ביקשה מנאשם 2, ולאחר מכן משני הנאשמים, שיחזירו אותה לביתה, אך נאשם 2 הפציר בה באמרו "**לא, מה איתי?**" ונאשם 1 אמר לה "**לא, מה עם [נאשם 2]? הוא כמו אח שלי**". הקטינה, שביקשה מהנאשמים שיחדלו ממעשיהם, פשטה שוב את תחתוניה וחזייתה, ולפי בקשתו של נאשם 2 עלתה על מיטה כשהיא כורעת על ברכיה ונשענת על ידיה, כשנאשם 1 מצלם את הקטינה והנאשם 2 בטלפון הנייד שלו, בידיעתו של נאשם 2.

14. נאשם 2 כרע מאחורי הקטינה, והחדיר את אבר מינו לאבר המין של הקטינה, שצעקה "**לא, לא, הוא לא נכנס, אתה רואה?**" וניסתה להרחיק את נאשם 2 בידה. נאשם 2 צעק על הקטינה "**את רוצה שאני אכניס לך בכוח? נו, יא בת זונה... תעיפי את היד, אני אדפוק לך מכות, בואי תמצצי לי**". הקטינה עשתה כדברו של נאשם 2, ואז הבחינה שנאשם 1 מצלם את המתרחש וביקשה שיפסיק. נאשם 1 השיב שהוא לא מצלם אותה.

15. נאשם 2 ביקש שוב מהקטינה שתכרע על מיטה כשגבה אליו, וכשסירבה אמר לה "**תסתובבי, תסתובבי, אני אתן לך אחת**". הקטינה צייתה לנאשם 2, שהחדיר את אבר מינו לאבר המין של הקטינה, על-אף צעקותיה "**די [נאשם 2], די**". נאשם 2 אמר לקטינה "**נו כבר**" והמשיך במעשיו, תוך שהוא סוטר על ישבנה של הקטינה ומקלל אותה, וכשנאשם 1 אומר לה "**מה את? של מי את?**".

16. נאשם 2 אמר לקטינה ליישר את רגליה ולשכב על בטנה, אף שאמרה לו שאינה מסוגלת וביקשה שיחדל. נאשם 2 אמר לקטינה "תרדי, תשכבי על הבטן אמרתי לך", והיא השיבה "**לא, לא, אני לא יכולה. לא, לא, די**". הקטינה הבחינה שוב שנאשם 1 מצלם את המעשים בטלפון הנייד שלו וצעקה לו "**די, די, די, אתה מוחק את זה!**", אך נאשם 1 אמר לה "**לא לצעוק, תסתמי**".

17. אז הפשיל נאשם 1 את תחתוניו, ובעוד נאשם 2 ממשיך להחדיר את אבר מינו לאבר מינה של הקטינה, החדיר נאשם 1 את אבר מינו לפיה של הקטינה, ביקש שתמצוץ אותו וצילם את המעשים בטלפון הנייד שלו. הקטינה הפצירה בנאשם 1 שיפסיק לצלם, אך הוא דחף את ראשה והחדיר את אברו לפיה, וכל זאת כשנאשם 2 מחדיר את אברו-שלו לאברה של הקטינה, על-אף התנגדותה, עד שהגיע לפורקן מיני.

18. לאחר מכן לבשו הנאשמים והקטינה את בגדיהם, אך בעת שהקטינה שכבה על מיטה לצד נאשם 1, התיישב נאשם 2 על קצה, חשף את אבר המין שלו וביקש ממנה למצוץ אותו. הקטינה סירבה אך נאשם 2 הצליף בפניה באברו וחזר על בקשתו, כשנאשם 1 מעודד אותו וצועק על הקטינה "**תמצצי לו כבר**", וכך עד שהקטינה מצצה את אברו של נאשם 2.

19. במהלך מעשיהם בקטינה נהגו בה הנאשמים באלימות, בכך שמשכו בשערותיה, היכו אותה בישבנה עד אדמומיות, היכו בפניה בידיהם ואחזו בידיה.

20. למחרת, ביום 05.09.20, ללא הסכמת הקטינה, פרסם נאשם 1 סרטונים שצילם כמתואר לעיל (13 במספר, לדברי התובעת), כששלח אותם לקבוצת וואטסאפ המשותפת לחמישה אנשי קשר. מקבוצה זו הופצו הסרטונים לאחרים, שצפו בהם והפיצו אותם הלאה.

21. במעשיהם המתוארים לעיל בעלו הנאשמים וביצעו מעשי סדום בקטינה שטרם מלאו לה 16 שנים, שלא בהסכמתה החופשית, לאחר שחברו לשם כך וביצעו את מעשיהם בצוותא, תוך שימוש בכוח ובאימים. נאשם 1 גם פרסם סרטונים המתמקדים במיניותה של הקטינה, בנסיבות שבהן הפרסום עלול היה להשפילה או לבזותה, שלא בהסכמתה.

תמצית טיעוניהם של הצדדים לעונש:

22. **התובעת הנכבדה** סמכה את עתירתה לעונש על חומרתם של המעשים, שבוצעו לאחר חבירה מוקדמת של הנאשמים לצורך זה, תוך שימוש באלימות ובאימים, שניכר בהם קו ברור של ביזוי והשפלה, ושבין תוצאותיהם נזקים חמורים לנפשה וגם לפרטיותה של הקטינה.

לגבי נאשם 1, ציינה התביעה את הפרש הגילאים בינו לבין הקטינה, את הרשעותיו הקודמות שבגינן ריצה שני עונשי מאסר, ואת הסרטת מעשי העבירה והפצתם. עוד הפנתה התביעה לתסקיר שירות המבחן בעניינו, שאיננו חיובי כלל. לכן, טענה התביעה לקביעתו של מתחם ענישה בין שבע לבין עשר שנות מאסר בפועל וענישה נלווית, כשאת עונשו של נאשם 1 ביקשה למקם "בחלקו העליון של אמצע המתחם".

לגבי נאשם 2, הזכירה התביעה את הקביעה ההלכתית לפיה "קטינות איננה חסינות", והדגישה כי האמור בתסקירים שהוגשו בעניינו, איננו מעיד על מהלך שיקומי מוצלח ויוצא-דופן, אלא על תחילתה של דרך ארוכה לשיקום. התביעה מכירה בערכם של הודאת הנאשם, גילו הצעיר בעת המעשים וגם כיום, ושיתוף הפעולה שלו עם שירות המבחן, אך לדעתה ראוי שיכריעו שיקולי הגמול ההולם, הרתעת הרבים והרתעה עתידית של הנאשם עצמו, מה-גם שלדעתה חלקו של נאשם זה במעשים גדול יותר מחלקו של נאשם 1. סוברת אפוא התביעה, שיש להשית על נאשם 2 ארבע וחצי שנות מאסר בפועל וענישה נלווית, כעולה גם מפסיקה שהגישה.

23. **ב"כ המלומד של נאשם 1** העלה על נס את הודאתו של הנאשם, שעמה גם חרטה, הפנמה של הפסול

במעשים ונטילת אחריות כנה, כעולה מהמכתב ע/2, והדגיש את גילו הצעיר של הנאשם, נתון שיש לתת לו "משקל ממש" בין שיקולי הענישה. עוד ציין הסניגור פגם שנפל בפעולת התביעה, שהורתה למטרה להשלים את החקירה ביחס למידע ולטענות שהעלתה ההגנה במהלך פגישות הצדדים לקידום הסדר טיעון, ובעיקר השלמות חקירה שנעשו עם הקטינה, לאחר שכתב האישום כבר הוגש. לעניין מהות והיקף הנזק לקטינה, הזכיר הסניגור כי היא נפגעה לכאורה גם בפעולתם של אחרים, וביקש שלא העמיס על כתפי הנאשם את כלל התוצאות הקשות לנפשה של הקטינה. הסניגור סקר את תולדות-חייו של הנאשם, שגדל מגיל צעיר בפנימיות ובניתוק מאביו, שבגיל 16 בלבד הותקף ונדקר עד-כדי קביעת נכות צמיתה של 40%, ושמתמודד נפשית עם תסמונת דחק בתר-חבלתית (PTSD). הסניגור הפנה לכלל הפסיקתי, לפיו יש להקפיד על "פער ענישה סביר ומידתי" בין עונשיהם של שני הנאשמים. לסיכום הפנה הסניגור לפסיקה שהגיש וביקש שעונש המאסר הצפוי לנאשם לא יעלה על עשרים חודשים, ועמו ענישה נלווית. הנאשם עצמו אמר "אני מצטער על המעשה, המעשה חמור מאוד, אני לוקח אחריות ומקווה שביהמ"ש יתנו לי הזדמנות לשקם את החיים שלי".

24. **ב"כ המלומד של נאשם 2** השיב לתביעה באמרו כי אף שארוכה היא דרכו של נאשם 2 להשלמת השיקום, אין לומר כי הוא מצוי בתחילתה, ושירות המבחן מציין זאת במפורש. אכן מדובר במעשים חמורים, אך אין להתייחס מסיכוי של הנאשם לשיקום מלא, ובפרט לנוכח הפנמה של הפסול במעשיו, חרטה ובושה כנות, התמדתו והשקעתו בטיפול ומעריך התמיכה שלצדו. אין כל עילה לסטות מהמלצות שירות המבחן, ואין להתעלם מחריגות האירוע בחייו של הנאשם, עניין שהודגש בדברי העדים לעונש, אלה שהעידו ואלה שמסרו דבריהם בכתב [ע/3, ע/4], ועולה גם מעצם העובדה, שהנאשם לא הסתבך בדבר בשלוש השנים שחלפו ממועד האירוע. הסניגור עמד על המשמעות העונשית של קטינות הנאשם, שמחייבת את העדפתו של שיקול השיקום על-פני שיקולי גמול והרתעה. הסניגור הזהיר, שכליאתו של הנאשם תוביל להפסקת התהליך הטיפולי, תמנע את השיקום ואפשר שאף תגרור כל רעה שיכולה לצמוח משהותו של נאשם יחד עם עבריינים. הסניגור סמך דבריו בפסיקה שהגיש, שעיקרה מתייחס לענישת קטינים, ועתר לאימוץ מסקנותיו והמלצותיו של שירות המבחן, לקביעת עונש עיקרי של מאסר שניתן לרצותו בעבודות שירות, ועמו ענישה נלווית. הנאשם אמר "אני מבקש סליחה מכל המשפחה, סליחה מהמתלוננת ואני רוצה לשקם את החיים שלי, אני רוצה לעשות צבא, אני רוצה להמשיך ללמוד ואני מבטיח שלא תראו אותי כאן יותר".

25. **עו"ס סמדר דניאל, קצינת מבחן לנוער**, שהתייצבה לדיון בו נשמעו הטיעונים לעונש, תמכה אף-היא בדרך טיפולית לנאשם 2, שצפויה להבשיל לסיום תוך שנה וחצי, ושכליאתו של הנאשם תוביל להפסקתה. הדרך הטיפולית החלה עם מעצרו של הנאשם בשנת 2022, ואיננה עומדת בתחילתה. כבר ניתן לראות שינוי ביחסו של הנאשם למעשיו ולתוצאותיהם, החל מהטלת אחריות על הקורבן ועד להפנמה כנה של חומרת המעשים ונטילת אחריות.

דרכו הנבדלת של בית משפט בקביעת עונשו של בגיר ובקביעת עונשו של קטין:

26. כאמור לעיל, נאשם 1 יליד 2001 נדון כבגיר, ונאשם 2 יליד [...] 2005 נדון כקטין. לאבחנה זו בין השניים השלכות מהותיות, עליהן נעמוד עתה.

עקרונות בענישת בגירים:

27. הבניית הענישה, כפי שנקבעה בתיקון 113 לחוק העונשין, באה להגשים עיקרון מנחה של הלימה, שמשמעה

קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם, ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו [סעיף 40ב לחוק]. בקבעו כך, נתן המחוקק עדיפות לשיקול הגמול. שיקול זה אינו נובע מתחושת נקם, אלא הוא מהווה הצהרה חברתית ברורה אודות החומרה בה רואה החברה את מעשי הנאשם, ואת חריגתו מהכללים תוך גרימת נזק - הן לקורבן והן למערכת החוק הכללית שאותה מצווים כל תושבי המדינה לכבד. על-פי גישה זו, קיימת חובה מוסרית להטיל על עבריין עונש ההולם את חומרת העבירה שביצע [ע"פ 1589/23 פלוני נ' מ"י (07.08.23), פסקה 2 לדברי הש' רונן].

28. התהליך התלת-שלבי בהבניית הענישה משקף את בכורתו של עיקרון מנחה זה של גמול, אך אינו זונח שיקולים תועלתיים ובהם שיקום, מניעת סיכונים לעתיד, הרתעת העבריין והרתעת אחרים. עיקרון הגמול בא לידי ביטוי בקביעתו של מתחם עונשי הולם, בשלב הראשון; לעיקרון השיקום שני מופעים פוטנציאליים, שהמלא שבהם הוא ביסוס הצדקה לחרוג לקולא מטעמי שיקום מהמתחם שנקבע, בשלב השני; והחלקי שבהם מצטרף לנתונים נוספים, כנסיבה בין הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, המשמשות להכרעה האינדיבידואלית של מיקום העונש במתחם, בשלב השלישי.

עקרונות בענישת קטינים:

29. שלוש הן ההצדקות העיקריות שנמנו בפסיקה לאבחנה בין ענישת בגירים לבין ענישת קטינים, מעצם קטינותם - (1) מידת אשם מופחתת, בשל חוסר בשלות והיעדר ניסיון חיים; (2) קושי מוגבר בריצויו של עונש, ביחס לבגירים; (3) סיכויי שיקום גבוהים יותר, ועימם סיכון נמוך יותר לרצידיביזם [ע"פ 1589/23 הנ"ל, פסקאות 8-9 בדברי הש' רונן].

30. התהליך בו נקבע עונשו של קטין, שבית משפט קבע כי ביצע עבירה, הרשיעו ונקט בדרך הענישה ולא רק בדרך הטיפול, נבדל מהתהליך שתואר לעיל בעניינו של בגיר, ומונחה על פי העקרונות שהותוו לעניין זה בחוק הנוער. כך הכריע המחוקק בסעיף 40טו(א) לחוק העונשין, שקובע שככלל יחולו על ענישת קטין הוראותיו של חוק הנוער, ובסעיף 4(ב) לחוק הנוער שקובע כי גם אם הואשם קטין, כבעניינו אנו, יחד עם אדם שאינו קטין ובבית משפט שאינו לנוער, ינהג בית המשפט כלפי הקטין כאילו היה בית משפט לנוער ויהיו לו הסמכויות של בית משפט לנוער לפי חוק זה.

31. הבניית הענישה בעניינם של בגירים, שיסודה כאמור לעיל בעקרון ההלימה, אינה מתאימה לעניינם של קטינים, שלגביהם העיקרון השליט אינו הלימה אלא שיקום, כמובהר בסעיף 1א(א) לחוק הנוער הנ"ל. קביעת עונשו של קטין, ככל הפעלת סמכות אחרת עליו, נעשית "תוך שמירה על כבודו של הקטין, ומתן משקל ראוי לשיקולים של שיקומו, הטיפול בו, שילובו בחברה ותקנת השבים, וכן בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו". לכן נקבעה גם בחוק העונשין ההוראה ברורה, שהבאנו לעיל, ולפיה על ענישת קטין יחולו הוראותיו של חוק הנוער, משמע - לא בדרך הבניית הענישה שחודש בתיקון 113 לחוק העונשין [ע"פ 990/21 פלוני נ' מ"י (30.11.22), פסקה 37; ע"פ 6933/16 פלוני נ' מ"י (07.12.17), פסקה 13].

32. עם-זאת, מתיר החוק לבית המשפט "להתחשב בעקרונות ובשיקולים המנחים בענישה המנויים בסימן זה (סימן 1א בפרק ו' לחוק העונשין), תוך התאמתם לענישת הקטין, ככל שסבר שראוי לתת להם משקל בנסיבות המקרה" [סעיף 40טו(ב) לחוק העונשין]. עקרון ההלימה ישמש אפוא כנדבך נוסף בשיקולי הענישה, תוך התחשבות בגילו הצעיר של נאשם 2 בעת המעשים, גיל הרחוק מבגירות [ע"פ 121/16 מ"י נ' פלוני

(11.02.16), פסקה 9; וכן ראו ע"פ 7694/14 פלוני נ' מ"י (19.07.17), פסקה 15].

33. ועוד נזכור: על אף מעמד הבכורה שניתן לשיקולי השיקום בעניינו של קטין, בימ"ש אינו צריך ואינו יכול להתעלם מיתר השיקולים. קטינות אינה יוצרת חסינות, ושיקולי גמול, הרתעה ומניעה עשויים לעיתים לגבור על שיקולים הנוגעים לנסיבות האישיות של הקטין ולסיכויי השיקום שלו. ההבדל בין ענישת קטין וענישת בגיר אינו בסוג השיקולים שעל בימ"ש לשקול, אלא במשקל היחסי שניתן לכל אחד מהם, כך שכאשר בימ"ש גוזר את דינו של נאשם קטין, עליו לתת משקל מוגבר לשיקולי שיקום ולהתחשבות בנסיבותיו האישיות. מכל מקום, גם ביחס לקטינים יש לבחון כל מקרה לאור מכלול נסיבותיו: חומרת העבירה בה הורשע הקטין וגילו בעת שהוא ביצע את העבירה; עברו הפלילי של הקטין; האם המקרה בגינו הוא עומד לדין הוא מקרה חד פעמי או שמא מדובר במספר אירועים, ואם כן את החומרה היחסית של כל אחד מהם; את השאלה האם מביע העברין הקטין חרטה כנה על ביצוע העבירה ונוטל אחריות למעשיו; וסיכויי השיקום [ע"פ 1589/23 הנ"ל, פסקה 10 לדברי הש' רונן, פסקה 18 לדברי הש' אלרון, ופסקה 2 לדברי הש' כשר; ע"פ 4976/20 פלוני נ' מ"י (14.03.21), פסקה 23].

כדי למנוע כפילות דברים מכבידה מחד גיסא, וכדי להבטיח בהירות בהצגתם של שיקולי הענישה ואיזונם מאידך גיסא, נאחד בתחילה את שיש לומר בעניינם של שני הנאשמים, עד להפרדת המסלולים.

לשני הנאשמים - מאפייני ביצוען של העבירות:

א. הערכים החברתיים המוגנים בעבירות המין, ומידת הפגיעה בהם במעשי הנאשמים:

34. הערכים החברתיים המוגנים בעבירות המין הם כבוד האדם, האוטונומיה שלו על גופו, שלום הגוף והנפש, וצנעת הפרט. הענישה החמורה שקבע המחוקק לצד עבירות המין משקפת את ההבנה החברתית בדבר חשיבותם וריבויים של הערכים הנפגעים, לצד העוצמה והחומרה של הפגיעה בהם.

35. כאשר מדובר בנפגעים קטינים, גדל עד-מאוד כובד משקלם של ערכים אלו, לנוכח עומק הפגיעה והשלכותיה, המלוות את הקטין גם בבגרותו ולאורך חייו. חומרה מיוחדת זו שבפגיעה מינית בקטינים, משתקפת בראש ובראשונה בהוראות החוק. המחוקק קבע סייגים להגנתם של קטינים, שפגיעותם היתירה נובעת בעיקרה מחולשתם הברורה, מכל היבט שהוא, אל-מול פוגע נחוש; מתמימותם; מחוסר יכולתם להבין את משמעותם המלאה של מעשים מיניים, מבחינה פיזית, נפשית וחברתית; וגם מחמת החשש מפני השלכות ארוכות הטווח על חייהם [ע"פ 8068/21 מרם נ' מ"י (04.04.22), פסקה 9; ע"פ 5006/21 מ"י נ' פלוני (06.01.22), פסקה 7]. סייגים אלה, שנועדו למנוע ולהרתיע טרם פגיעה, ולענוש כמידת הגמול את הפוגעים, מגולמים בעבירות שמתגבשות רק כשהנפגע הוא קטין ובעבירות שבהן קטינותו של הנפגע מהווה נסיבה מחמירה הגוררת החמרה בעונש. האבחנות העונשיות החדות שערך המחוקק, בין פגיעות מיניות בבגירים לבין פגיעות מיניות בקטינים, נענו בהנחיה פסיקתית ברורה ועקיבה של בית המשפט העליון, שכוננה זה מכבר מדיניות ענישה מחמירה, המשקפת את משקלם של ערכים אלו, כפי שנאמר פעמים רבות וראו למשל ע"פ 8529/11 אטקשייב נ' מ"י (24.05.12), פסקה 9:

התכלית החברתית והמוסרית המרכזית הטמונה בבסיס דיני העונשין היא להגן על ערכי החברה שמופרים על ידי התנהגות המוגדרת כפלילית. שלומם של הקטינים חסרי הישע מדורג בחוקים הגבוהים של הסולם. העונשים שבית המשפט גוזר על נאשמים צריכים לשקף את סלידתה של החברה מהפגיעה בקטין והצורך להרתיע עבריינים

ובדומה, גם בע"פ 7474/19 **בן דוד נ' מ"י** (12.07.20), פסקה 27:

בית משפט זה עמד לא פעם על החומרה הרבה הגלומה בעבירות מין המבוצעות בקטינים. משכך, נקבע כי השיקולים המרכזיים שבענישת עברייני מין שביצעו עבירות מין בקטינים הם שיקולי גמול והרתעה, הן כלפי העבריין והן כלפי עבריינים פוטנציאליים, וכי על העונש לשקף את חומרת המעשים וסלידת החברה ממעשים מעוותים אלה.

36. בעבירות המין שביצעו, פגעו הנאשמים פגיעות חמורות וקשות בערכים המוגנים. די בתיאור המעשים כדי לתהות בזעזוע על המקור והסיבה לעוצמתם של מאפייני ההתעללות וההשפלה המחרידים שנחשפו באירוע. מאפייני העבירות - ביצועם החוזר של מעשי אינוס ומעשי סדום, שאת חלקם אף תיעדו הנאשמים חזותית (מי בפועל ומי בדיעה ובהסכמה-למעשה), תוך שימוש בכוח, באלימות ממשית וגלויה, באיומים, בניצול כוחם העודף של שני הנאשמים שמולם עמדה ילדה-נערה בת שלוש-עשרה שנים ושבעה חודשים בלבד, הלכודה-למעשה בבית זר ותלויה לחלוטין ברצונם הטוב או הרע של הנאשמים, שגברו על התנגדותה, תוך התעלמות מוחלטת מרצונה המובע והברור של הקטינה ושחיקה עד-דק של כבוד האדם שלה ושל זכותה לשליטה על גופה, כשביצוע המעשים לווה בביזוי ובהשפלה מכוונים, וכששירות המבחן אפיין את העבירות כ"בעלות אלמנטים של סאדיזם, איומים ואכזריות" [תסקיר לנאשם 1, ע' 4] - מצביעים על מידה חריגה בעוצמתה של פגיעה בערכים המוגנים בעבירות המין.

ב. הערכים המוגנים בעבירת הפרסום המשפיל, ומידת הפגיעה בהם במעשי הנאשם 1:

37. הערכים המוגנים בעבירת ההטרדה המינית מפורטים בסעיף 1 לחוק למניעת הטרדה מינית, והרלוונטיים לענייננו הם ההגנה על כבודו של האדם, חירותו ופרטיותו. יסודותיה של עבירה זו של פרסום משפיל, נטועים גם בחוק הגנת הפרטיות, באופן המדגיש את חומרת הפגיעה הפוטנציאלית בפרטיותו של אדם. חשיבותה של הזכות לפרטיות הובילה לקביעתה בין זכויות היסוד שזכו למעמד חוקתי ושנמנו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההתייחסות הקונקרטית לזכות לפרטיות נקבעה בסעיף 7 לחוק היסוד, לפיו "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". סעיף 1 לחוק זה בא להזכיר כי זכויות היסוד, שביניהן מקום נכבד לזכות לפרטיות, מושתתות על ההכרה בערך האדם, וסעיף 1א קובע כי אחת ממטרותיו של חוק זה היא הגנה על כבוד האדם.

38. רעה חולה זו, של הטרדה מינית על-ידי פרסום משפיל של תצלומים וסרטונים ללא הסכמת המתועד, ידועה היטב כתופעה נפוצה שפגיעתה רבה מאוד, ואף הולכת וגוברת, כשהפרסום המשפיל עובר ומופץ שוב ושוב, ללא יכולת של-ממש לעצרו או להעלימו. בית המשפט העליון הורה לא-פעם, כי עבירה זו ראויה לענישה מחמירה, בין היתר לשם הרתעת הרבים, ואף הדגיש את עוצמת הפגיעה המיוחדת בנערות מתבגרות, וראו למשל ע"פ 5090/18 **מ"י נ' פלוני** (18.11.18), פסקה 10, בהשמטת מראי מקום:

הפצתו של תיעוד מבזה או משפיל המתמקד במיניותו של אדם היא תופעה פסולה מכול וכול. הפצת סרטונים מיניים מבזה את המופיעה בהם - ועל פי רוב זו אישה או נערה צעירה - תוך חדירה להיבטים הפרטיים ביותר של חייה. יתרה מכך, היא פוגעת בה מבחינה חברתית פגיעה אנושה, ודאי אם מדובר בנערה בגיל ההתבגרות, והסרטון מופץ בין מכריה. מדובר בגיל שברירי של עיצוב אישיותו של אדם ודמותו, ופגיעה חמורה כל כך ביסודות הנפש עלולה להוביל לפגיעה ארוכת טווח. נדמה כי מקרים רבים של הפצת סרטונים מתרחשים בגילים רגישים אלו, שבהם אדם מגלה את מיניותו ושהם נודעת חשיבות יתרה לדימוי החברתי ולתגובות של הסביבה הקרובה.

39. הפצתם של הסרטונים, שצילם נאשם 1 בעת המעשים, נושאת חומרה יתירה. ודאי שנאשם 1 ידע, יכול היה לדעת וצריך היה לדעת, כי חזקה על סרטונים המועברים לארבעה או לחמישה, שיופצו גם לאחרים, ומהם גם לרבים אחרים. נאשם 1 קרע מעל הקטינה את המגן של זכותה החוקתית לפרטיות ולצנעת הפרט, ובכך שב והראה את זלזולו העמוק בכבוד האדם של הקטינה. טיבן של פגיעות פיזיות, ואף של מרבית הפגיעות הנפשיות, להעלות ארוכה עם הזמן. לא כך פגיעה זו בפרטיותה ובצנעת הפרט של הקטינה, שהולכת ומחמירה עם הזמן, ככל שמעגלי הפרסום ושיתוף הקבצים הולכים ומתרחבים. דוגמה נחרצת לאופי הכמעט-נצחי והמתרחב של הפרסום המשפיל, מצויה בדרך בה נפתחה החקירה המשטרית - הקטינה לא התלוננה, אך כעשרים חודשים לאחר האירוע הגיעו הפרסומים לידיעתה של יחידה 105 במשטרת ישראל (המטה הלאומי להגנת ילדים ברשת).

ג. תכנון שקדם לביצוע העבירות:

40. כעולה מעובדות האישום, בהן הודו הנאשמים והורשעו, חברו הנאשמים זה לזה ובליבם המזימה, להבאת הקטינה לביתו של נאשם 1 בתחבולה, לצורך קיום יחסי-מין, כשהקטינה לא ידעה על כוונתם. גם אם התכנון קדם למעשה בזמן מועט, הרי מדובר בתכנון מוקדם בקור רוח ולא בהתפרצות יצרים, ורע הדבר מאוד, שלא התעשתו הנאשמים ברווח הזמן שבין התכנון לבין הביצוע. אדישותם של הנאשמים ביחס לרצונה ולרגשותיה של הקטינה, ניכרת אפוא כבר בשלב זה.

ד. ביצוע בצוותא:

41. חברתם של הנאשמים לשם ביצוע עבירות המין, שרתה בברור את מזימתם. ראשית, עצם הנוכחות של שני הנאשמים הקלה עליהם להכניע את רצונה של המתלוננת ולגבור על התנגדותה; ושנית, הנאשמים עודדו ודרבנו זה את זה בביצוע המעשים ("נו, תשכיב אותה כבר" ועוד). אנו סבורים, שפעולתם המתואמת של הנאשמים אינה מגלה הבדל בין חלקו היחסי של כל אחד מהם באירוע, אף-לא השפעה בעלת משקל של אחד על חברו (אף שלדעת התביעה היה נאשם 2 "דומיננטי מעט יותר").

ה. ניצול יחסי הכוחות:

42. בשלב מוקדם באירוע, כבר הבינה הקטינה שחזרתה לביתה תלויה בציות לנאשמים. בבסיס יכולתם של הנאשמים לנהוג בקטינה כרצונם, מצוי ההבדל המובהק, שלא לומר הקיצוני, בין יכולתה הדלה עד לא-קיימת של הקטינה לעמוד על רצונה ועל התנגדותה, לבין כוחם העודף של הנאשמים, שאחד מהם בגיר.

ו. אלימות, אכזריות והשפלה כלפי הקטינה הנפגעת:

43. כאמור בכתב האישום, במהלך מעשיהם בקטינה נהגו בה הנאשמים באלימות, בכך שמשכו בשערותיה, היכו אותה בישבנה עד אדמומיות, היכו בפניה בידיהם ואחזו בידיה. חלק ממעשי האלימות, אם לא רובם, לא נעשו כדי להכניע את הקטינה ולגבור על התנגדותה הפיזית, אלא כ"אלימות עודפת" בְּכַוְנָת מְכוּוֶּן להשפיל ולבזות את הקטינה. תווי האלימות, האכזריות וההשפלה נלוו לכל מעשיהם של הנאשמים, כעולה אף מעצם התיאור "היבש" של כתב האישום המתוקן - האיום הלא-מרומז של נאשם 1 על הקטינה "את לא חוזרת עד שאת נותנת לי"; עידודו של נאשם 2 את נאשם 1 "נו תשכיב אותה כבר", בנוכחות הקטינה ובהתעלמות מוחלטת מרצונה ומבקשותיה; האיום המשותף, ש"את לא תחזרי הביתה", עד הכנעתה של הקטינה לדרישת הנאשמים שתתפשט; שימוש של נאשם 1 כרצונו בגופה של הקטינה, על-דרך מעשה סדום ואינוס, עד לסיפוקו - וזימונו המידי את

הנאשם 2 לעשות אף-הוא את רצונו בקטינה, תוך התעלמות חוזרת מבקשותיה, עד שפשטה שוב את בגדיה וצייתה לנאשמים; אינוס ראשון שביצע נאשם 2 בקטינה בברוטאליות ושהמשכו במעשה-סדום, כשהוא צועק ומאיים עליה ש"יכניס לה בכוח" וש"ידפוק לה מכות", עד שעשתה כדברו וחדלה להתנגד; אינוס שני שביצע נאשם 2 בקטינה, לאחר שהגיב לסירובה באיום ש"יתן לה אחת", ועל-אף צעקותיה שיחדל, כשלתוספת-השפלה סטר נאשם 2 על ישבנה וקילל אותה בעת מעשה, בעוד נאשם 1 מצדו מפריח כלפיה עלבונות; המשך אינוסה של הקטינה על-ידי נאשם 2, על-אף תחינותיה "לא, לא, אני לא יכולה, לא, לא [נאשם 2] די"; הצטרפותו של נאשם 1, שבו-זמנית עם אינוסה על-ידי נאשם 2 ביצע בקטינה מעשה סדום נוסף, כשהחדיר את אבר-מינו לפיה ובהמשך הוסיף ודחף את ראשה לכיוון אברו וחזר להחדירו לפיה; לאחר שהגיע נאשם 2 לסיפוקו, שב וביצע בקטינה מעשה-סדום בהחדירו שוב את אברו לפיה, כשסירובה הפך לביצוע כרצון הנאשמים לאחר שנאשם 2 הצליף בפניה באברו וכשנאשם 1 מעודד אותו וצועק על הקטינה ש"תמצוץ לו כבר"; כל-זאת, כשנאשם 1 עוסק גם בתיעוד מבזה של הקטינה, בניגוד לבקשותיה ואף בדרישה ש"לא לצעוק, תסתמי", וכשהתיעוד הופץ וזמין, וגדול הפוטנציאל הטמון בו להשפיל ולבזות את הקטינה.

ז. נזקים פוטנציאליים הכרוכים בפגיעה מינית בגיל ההתבגרות:

44. חומרתם של הנזקים שעלולים להיגרם לקטין מחמת עבירת מין, נדונה ארוכות ורבות בערכאות השונות, שעמדו על עוצמת הנזק לנפשו של קטין. כך ראו ע"פ 4327/12 **פלוני נ' מ"י** (05.06.13), פסקה 36:

אומנם עבירות מין מסבות נזק, פיזי ונפשי, לכלל הנפגעים והנפגעות, אך אין ספק שפגיעה מינית בגיל צעיר יש בה כדי להשפיע בצורה קשה ומקיפה יותר על אישיותו של הנפגע ועל עולמה הפנימי של הנפגעת. אל לנו לשכוח כי בשלב זה בחייו של הפרט יש למרבית החוויות שהוא נחשף להן פוטנציאל לגבש ולעצב עוד נדבך ועוד פן באישיותו המתפתחת, והדברים הם בבחינת מקל וחומר כאשר החשיפה היא לחוויות טראומטיות ואלימות, כדוגמת תקיפה מינית.

השלכותיה של פגיעה מינית חמורות במיוחד אצל קטינים שנפגעים בעיצומו של גיל ההתבגרות, כפי שנאמר בע"פ 9302/17 **פלוני נ' מ"י** (19.06.19), פסקה 56:

עבירת מין פוגעת בנימי הנפש של הנפגע או הנפגעת. היא חודרת למרחב הפרטי ביותר של הווייתם. הפגיעה בנפגעי עבירה קטינים עלולה להיות חמורה יותר. כך לדוגמה גיל ההתבגרות הוא שלב שברירי בהתפתחות האישית שבו מתעצבת האישיות.

תחושות נפוצות אצל נפגעים, של בושה ושל אשמה, בעת הפגיעה ולאחריה, עלולות לגרור פגיעה בתהליכי גיבוש הזהות, באופן שמוביל לתפיסה עצמית מעוותת, שנאה עצמית, סלידה מהגוף ותחושת חוסר ערך;

45. בין הנזקים הפוטנציאליים ניתן למנות הפרעות חרדה, דיכאון, פגיעה בדימוי העצמי, הסתגרות ואבדן אמון בזולת, פגיעה ביכולת ליצור ולקיים אינטימיות, סיכון מוגבר להתמכרות לחומרים פסיכואקטיביים, סיכון מוגבר להתפתחותה של תסמונת דחק בתר-חבלתית (PTSD), הידרדרות תפקודית וחברתית, ועוד. על כל אלו, שנמנו בפסיקה, יש להוסיף גם את הסיכון המוגבר לפגיעה חוזרת, כפי שהוסבר בתסקיר הנפגעת מיום 02.04.23, ע' 5.

ח. נזקים קונקרטיים שנגרמו לקטינה מביצוע העבירות:

46. שירות המבחן הדגיש בתסקיר מיום 02.04.23 את אופי הפגיעה בקטינה, שכלל פגיעה חמורה בפרטיותה על-עמוד 10

דרך צילום האירועים והפצתם באינטרנט. נענינו להמלצת השירות והורינו כי הנאשמים לא יוכלו לעיין בתסקירים. ועתה, כשפרק זה בגזר הדין יעסוק בעניינים אישיים של הקטינה, נגזור על עצמנו להביא להלן מתוך התסקירים, רק את החיוני להנמקת גזר הדין, בשאיפה למזער את הפגיעה הנוספת בקטינה, לרבות בזכותה לפרטיות.

47. [...]

48. [...]

49. אף שהקטינה נפלה קורבן למעשים החמורים שביצעו הנאשמים, ואין ספק שלפגיעה השלכות משמעותיות, הקטינה מבקשת להעביר מסר של עוצמה וכוח וטוענת שהנאשמים ומעשיהם לא השפיעו ואינם משפיעים על חייה. לכן, הקטינה ממעטת לחלוק עם הזולת את המתרחש בנפשה. [...]

50. פרסום הסרטונים פרץ את גבולות פרטיותה של הקטינה, באופן חמור ומתמיד. הקטינה סבלה מתגובות עוינות של הסביבה ומדחייה חברתית, [...], הקטינה עדיין מתמודדת עם תגובות שליליות מהסביבה, לרבות לעג, קללות, דחייה חברתית, ואף קריאות גנאי מול בית הוריה. הקטינה מודעת היטב לעובדה המיידית, שלפגיעה זו אין גבולות של זמן או של מקום, שכן הסרטונים ממשיכים להיות מופצים ועוד אנשים נחשפים אליהם ומגיבים כלפיה באופן שלילי. כותבת התסקיר מצאה, כי הפריצה המתמדת של תגובות אנשים לתחומה הפרטי של הקטינה, גורמת לחוויה של חזרה בלתי-פוסקת של הפגיעה הקשה. בנוסף, "מואשמת" הקטינה בגין מעצרה ושפיטתם של הנאשמים, אף שהיא לא התלוננה במשטרה על המעשים. הצפי לעתיד אינו בהכרח מבשר טובות, שכן תגובות כאלה - האשמת הקורבן, מניעת תמיכה, תיוג משפיל ושיח רכילותי מקטין ולא-מכבד - פוגעות בתהליך ההחלמה והשיקום, ומוסיפים נזק מתמשך של תחושות בושה ואשמה.

51. [...] ההשלכות הנפשיות של הפגיעה, שלמעשה טרם פסקה, רחבות ועמוקות.

52. נבקש עתה להסב את עינינו ואת ליבנו אל הורי הקטינה. כמתואר בתסקיר הנפגעת מיום 02.04.23, חרב עליהם עולמם כשנודע להם דבר הפגיעה בבתם היחידה, וליבם נשבר כשהבינו שבמשך חודשים רבים נאלצה הקטינה להתמודד עם הפגיעה הקשה ותוצאותיה ללא תמיכתם. מעת שנודע להם הדבר, התגייסו ההורים לסייע לקטינה והם תומכים בה ללא סייג, אך גם הם משלמים מחירים כבדים [...].

מכאן ואילך יופרדו מסלולי הדין בענישה:

נאשם 1 יידון כבגיר, על-דרך הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, וכשהעיקרון המנחה בו הוא הלימה, משמע יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו;

נאשם 2 יידון כקטין, שלא באמצעות תבנית הענישה הברורה והקשיחה שיצר תיקון 113 לחוק העונשין, וכשהעיקרון המנחה הוא שיקום - שמכל מקום אינו מבטיח 'פטור' מאפשרות של ענישה בכליאה;

לנאשם 1 - קביעת העונש כבגיר:

מדיניות הפסיקה הנהוגה:

53. הפסיקה הנוהגת, לרבות פסיקתו של ביהמ"ש העליון, אינה חזות הכול, בהיותה אך אחת מבין מספר שיקולים המשמשים לקביעתו של מתחם עונשי הולם. עדיין, מתן משקל ראוי לפסיקה הנוהגת (ובעיקר פסיקתו של ביהמ"ש העליון), במקרים הדומים ככל האפשר לנסיבות העבירות במקרה הנדון, הוא כלי עיקרי להשגת תכלית מרכזית של תיקון 113 - הקטנת הפערים בענישה בין שופטים שונים, "צמצום האקראיות והשירותיות בקביעת העונש", וקידום האחידות והשוויון בענישה [פסקה 5 לדברי הש' כשר בע"פ 1589/23 הנ"ל]. להלן יפורטו פסקי-דין הקרובים לענייננו, שרובם מהשנים האחרונות, ושנאספו בחלקם על-ידי הצדדים עצמם:

(-) ע"פ 7209/21 מ"י נ' פלוני (15.05.22): ערעור המדינה בעניינם של שני נאשמים שהורשעו על יסוד הודאתם בביצוע בצוותא של עבירות מין בקטינה בת 14, בנסיבות דומות לענייננו (ערעוריהם של הנאשמים נדחו). אחד הנאשמים הורשע בעבירות של בעילה אסורה בהסכמה (בשני מקרים), מעשה סדום בהסכמה, סיוע לאונס בנסיבות מחמירות, איומים, והדחת קטין לסם בעוד שהשני הורשע בעבירות של מעשה סדום בנסיבות מחמירות, אינוס בנסיבות מחמירות, מעשה מגונה, איומים, והדחת קטין לסם. במסגרת הסדר הטיעון שנכרת בין הצדדים הוסכם, כי המדינה תגביל את עצמה בטיעוניה לעונשים של 9 ו-11.5 שנות מאסר, בהתאמה. דובר במקרה בו המתלוננת הכירה את אחד הנאשמים, שהציג עצמו כצעיר, והגיעה למפגש איתו, אולם הוא הביא עמו את הנאשם השני. במהלך המפגש לחצו השניים על המתלוננת להתפשט ולאורך דקות ארוכות בצעו בה מעשי סדום ואינוס בצוותא, תוך הטחת מילים מבוזות ומשפילות, הכאתה וצילומה באמצעות טלפון נייד, במאפיינים הדומים ביותר לאלו בהם נקטו הנאשמים במקרה שבפנינו. נעיר, כי הנאשמים באותו עניין אף שדלו את הקטינה להשתמש בסמים. ביהמ"ש קבע כי מתחם העונש ההולם לנאשם שהורשע בעבירת סיוע לאונס נע בין 6-9 שנות מאסר בפועל, בעוד שמתחם העונש ההולם למי שהורשע באינוס ובמעשה סדום נע בין 10-14 שנות מאסר בפועל. על המסייע, צעיר נעדר עבר פלילי, נגזרו 6 שנות מאסר ואלו על מבצע עבירות האינוס ומעשה הסדום, בעל עבר פלילי, נגזרו 11 שנות מאסר. ביהמ"ש העליון קיבל את ערעור המדינה על קולת עונשו של המסייע והעמידו על 8 שנות מאסר בפועל, תוך שהדגיש כי "המשיב ניצל את הקשר שנוצר בינו לבין הקטינה, השתמש בה משל היתה חפץ, וגם 'העניק' אותה לחברו, תוך איומים, לגלוג, והתעלמות מוחלטת מבקשותיה המפורשות" (סעיף 16). בפרשה זו היה פער הגילאים בין המתלוננת לבין הנאשמים גדול מעט מזה שקיים במקרה דנן ואף נעשה שימוש בסמים במהלך האירוע, אולם תיאור המעשים המיניים עצמם, שכללו ביזוי והשפלה של המתלוננת, לרבות תיעודה בהסרטה, דומה ביותר למסכת העובדתית בה הודו הנאשמים שבפנינו.

(-) ע"פ 2815/21 פלוני נ. מ"י (06.07.21), תפח"ע (ת"א) 32507-06-20 מ"י נ' פלוני (10.03.21): יחסי מין בהסכמה בין בגיר (25) לבין קטינה (13). השניים הכירו דרך האינטרנט והחליטו ליזום מפגש - "דייט". במהלך המפגש, החלו השניים לגעת זה בזו לאחר ששתו אלכוהול שהביא עמו הנאשם, ולבסוף קיימו השניים יחסי מין בהסכמה, שכללו אינוס ומעשה סדום (הכנסת אבר המין לפה). לצורך קביעת המתחם נוקפו לזכותו של הנאשם הודאתו בעובדות כתב האישום המתוקן, החיסכון בעדות המתלוננת, הליך שיקומי, העדר הרשעות קודמות ונסיבות חיים לא פשוטות. בביהמ"ש המחוזי נקבע מתחם בין 7 לבין 11 שנות מאסר, ונגזרו על הנאשם 7 שנות מאסר, כעונש עיקרי. הנאשם ערער אך חזר בו, בעצת ביהמ"ש העליון.

(-) ע"פ 9741/16 אסלן נ' מ"י (19.07.18): המערער היה כבן 18 בעת המעשה, ללא עבר פלילי, הורשע בעבירות של אינוס ומעשה סדום בקטינה שטרם מלאו לה 16 שנים, ושהיתה תחת השפעת אלכוהול. בביהמ"ש המחוזי נקבע מתחם ענישה בין 3.5 לבין 6 שנות מאסר, ונגזרו 4.5 שנות מאסר בפועל כעונש עיקרי.

(-) ע"פ 5865/14 בן פורת נ' מ"י (19.8.15): המערער הורשע בשלוש עבירות של מעשי סדום בנסיבות אינוס ובמעשים מגונים בקטינה כבת 11, שהייתה שכנתו וחברתה של בתו של הנאשם. המערער נגע במתלוננת, מישש את אבר מינה מעל תחתוניה, הורה לה ללטף את אבר מינו, ביקש ממנה להסיר את תחתוניה, נגע באבר מינה והורה לה להכניס את אבר מינו לפיה מספר פעמים. מעשים אלו בוצעו במספר הזדמנויות שונות לאורך כשנה. המעשים נחשפו כעבור 6 שנים. בביהמ"ש המחוזי נקבעו מתחם בין 4 לבין 8 שנות מאסר לכל מעשה סדום ומתחם בין שנה לבין 3 שנות מאסר לכל מעשה מגונה, ונגזרו על המערער 8 שנות מאסר, כעונש עיקרי. הערעור נדחה, כשבביהמ"ש העליון העיר שהעונש נוטה במידת-מה לקולה.

(-) ע"פ 4924/14 פלוני נ' מ"י (24.06.15): המערער כבן 18, החדיר אצבעות לאבר המין של הנפגעת וכפה עליה לבצע בו מין אוראלי, ללא היכרות מוקדמת. המערער הורשע בעבירות של מעשה סדום, סחיטה בכוח ואיומים בנסיבות מחמירות, מעשים מגונים בנסיבות אינוס, תקיפה הגורמת חבלה של ממש, נהיגה ללא רישיון ופוליסה והסתייעות ברכב לביצוע פשע. בביהמ"ש המחוזי נקבע מתחם בין 8 לבין 12 שנות מאסר, ונגזרו על המערער 9 שנות מאסר, כעונש עיקרי. הערעור נדחה.

(-) ע"פ 6797/13 פלוני נ' מ"י (02.03.15): ביהמ"ש העליון קיבל את ערעור המדינה על קולת העונש והחמיר את עונש המאסר בפועל מ-5 שנים ל-6.5 שנות מאסר, כעונש עיקרי. זאת בשל עבירות של אינוס ומעשה סדום בנסיבות אינוס, שעה שהמתלוננת קטינה כבת 16 הייתה במצב של שכרות לאחר שהנאשם דחף אותה לשתות. המעשים כללו קיום יחסי מין מלאים והחדרת אבר מינו של הנאשם לפיה בניגוד להסכמתה. בזמן האירוע בין הנאשם למתלוננת הייתה היכרות שטחית בלבד. המערער בן 36 ללא עבר פלילי אשר לגביו התקיימו נסיבות אישיות מיוחדות לרבות העבודה שתרם רבות לקהילה.

(-) ע"פ 2963/13 מ"י נ' פלוני ואח' (10.02.14): שני המשיבים הורשעו בשתי עבירות אינוס ובשתי עבירות של מעשה סדום, אותן ביצעו באירוע אחד בנפגעת בגירה. בין משיב 1 לנפגעת היה קשר רומנטי, והיא גרה אצל משפחתו לאחר שנותרה לבדה בארץ. משיב 2 הוא חברו של משיב 1 ואין בינו לבין הנפגעת קשר. השניים אספו את הנפגעת ברכב, לקחו אותה למקום מבודד וביצעו בה מעשי אינוס ומעשי סדום בפיה. בנוסף, ניסה משיב 1 להחדיר את אבר מינו לפי הטבעת שלה. מעשיהם בוצעו בצוותא, תוך הפעלת כוח, כאשר הנפגעת מתנגדת ובוכה, אחד הנאשמים תיעד את המעשים באמצעות מצלמה בטלפון הנייד שלו. בביהמ"ש המחוזי נקבע מתחם ענישה בין 4 לבין 8 שנות מאסר, ונגזרו על המשיבים עונשים של 5 ו-3.5 שנות מאסר, כעונש עיקרי. ערעור המדינה התקבל וביהמ"ש העליון החמיר את עונשו של משיב 1 ל-7.5 שנות מאסר ואת עונשו של משיב 2 ל-5 שנות מאסר בפועל, תוך הדגשה כי בעונשים אלו אין מיצוי הדין.

(-) ע"פ 10496/05 פלוני נ' מ"י (03.02.08): יחסי מין בין בגיר (25) לבין קטינה (12) אשר הכירו דרך מכרה. הקטינה נענתה להצעתו של הבגיר להצטרף אליו לנסיעה ברכב, במהלך הנסיעה החדיר הבגיר את אבר מינו לאבר מינה של הקטינה, ולכן הורשע באינוס לפי סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין. בביהמ"ש המחוזי נגזרו על הנאשם 7 שנות מאסר, כעונש עיקרי. בערעור זוכה המערער מאחד האישומים ועונשו הופחת ל-6 שנות מאסר, כעונש עיקרי.

54. להלן פסקי-דין שהגישה ההגנה, שלא ישמשו בקביעת המתחם מחמת אי-התאמה:

(-) ע"פ 1697/19 פלוני נ' מ"י (16.07.19): ערעור על גז"ד של בימ"ש מחוזי, בגדרו הוטל על המערער עונש של 12 חודשי מאסר בפועל (בניכוי ימי מעצרו); מאסרים מותנים ופיצוי למתלוננת, בעקבות הרשעתו במסגרת הסדר טיעון בעבירות של בעילה אסורה בהסכמה ומעשים מגונים שביצע, בקטינה כבת 15.5 והטרדה מינית שביצע בקטינה נוספת אף היא כבת 15.5. המערער, כבן 63 בעת הדיון בביהמ"ש העליון, מבוגר מהמתלוננות בכ-40 שנה. המערער טען כנגד חומרת העונש, אך ערעורו נדחה, על-אף נסיבות בריאותיות ונפשיות "מורכבות". אין הדבר דומה לענייננו, הן מבחינת סוג העבירות, שם בעילה אסורה בהסכמה וכאן אינוס, והן מבחינת מצבו הבריאותי והנפשי של המערער.

(-) ע"פ 3428/15 מאור נ' מ"י (14.06.16): ערעור שנדחה על גזר דינו של בימ"ש מחוזי, בו נקבע מתחם עונש בין 5 לבין 11 שנות מאסר, והוטל על המערער עונש עיקרי של 7 שנות מאסר בפועל. מדובר היה במעשים של "טורף ברשת", משהקשר בין הנאשם לבין הנפגע נוצר באתר היכרויות באינטרנט. לא מצאנו כל דמיון בין המעשים שנדונו באותו פסק-דין לבין המעשים בהם עסקינן עתה.

(-) ע"פ 5938/13 פלוני נ' מ"י (06.04.14): ערעור שנדחה על גזר דינו של בימ"ש מחוזי, במסגרתו הושתו על המערער מאסר בפועל לתקופה של 36 חודשים וענישה נלווית, בגין עבירות מין באחינה של אשתו, שהיה כבן 14 עד 16 בעת הרלבנטיות. המעשים התאפיינו בהסכמה והמתלונן היה קרוב לגיל הבגירות. המתחם העונשי נקבע בין 30 לבין 60 חודשי מאסר בפועל. אין הדבר דומה לענייננו, שכולו כפייה ואין בו הסכמה.

(-) ע"פ 1904/11 פלוני נ' מ"י (04.07.12): ערעור שנדחה על הכרעת הדין ועל גזר הדין של בימ"ש מחוזי, לפיו הושת על המערער עונש עיקרי של 4 שנות מאסר בפועל, בגין עבירות מין באחותה של בת-זוגו, שחלקן בוצע בהסכמה. אין הדבר דומה לענייננו, שכולו כפייה ואין בו הסכמה, ואף לא בהתייחס למגבלותיו של המערער. פסק-דין זה ניתן טרם תיקון 113 לחוק העונשין, כך שאינו מסייע לעניין קביעת מתחם עונשי, שכן שימשו בערבוביה הנתונים הקשורים לביצוע העבירה יחד עם הנתונים שאינם קשורים לביצועה. [והשוו ע"פ 1323/13 חסן נ' מ"י

.(2013).

(-) ע"פ 5497/10 פלוני נ' מ"י (10.01.11): ערעור על גזר-דינו של בימ"ש מחוזי, לפיו הושת על המערער עונש של שלוש שנות מאסר ו-12 חודשים מאסר על-תנאי, בגין אינוס ובעילה אסורה בהסכמה של שתי קטינות. העונש העיקרי הופחת לשלושים חודשי מאסר בפועל, בהתחשב באלו - קיומה של הסכמה מצד הקטינות; אישיות המוגבלת, הילדותית והלא-בשלה של המערער, שהיה בעת המעשים כבן 22; הודאתו המיידית; ונסיבות-חיים קשות. אין הדבר דומה לענייננו, שכולו כפייה ואין בו הסכמה, ואף לא בהתייחס למגבלותיו של המערער. פסק-דין זה ניתן טרם תיקון 113 לחוק העונשין, כך שאינו מסייע לעניין קביעת מתחם עונשי, שכן שימשו בערבוביה הנתונים הקשורים לביצוע העבירה יחד עם הנתונים שאינם קשורים לביצועה. [והשוו ע"פ 1323/13 חסן נ' מ"י (2013)].

55. נסכם באמרנו, כי ניתן לראות שהפסיקה הנוהגת מציינת ככלל למדיניות הענישה שמכתיב בית המשפט העליון, ושעיקרה הלימה שמשמעה דרישה וציפייה, שביצוען של עבירות מין חמורות יענה בעונשים חמורים, ללא-ריפיון.

קביעת מתחם העונש ההולם:

56. סקרנו לעיל את חשיבותם ומרכזיותם של הערכים החברתיים עליהם מגינות עבירות המין והעבירה של הטרדה מינית על-דרך פרסום משפיל - כבוד האדם, האוטונומיה שלו על גופו, שלמות הגוף ושלומו הנפש, צנעת הפרט והזכות החוקתית לפרטיות; מצאנו, כי פגיעת הנאשם בערכים הללו היתה קשה וחמורה; שוכנענו, כי יש לתת משקל שלילי הולם לנסיבות נוספות הקשורות בביצוע העבירה, ובהן תכנון שקדם לביצוע העבירות, הנזק הפוטנציאלי שצפוי כתוצאה מביצוע העבירה, והנזק הקונקרטי שנגרם (ולגבי פרסום משפיל, נזק שעדיין לא-תם); והסקנו את הברור מאליו, באין הסבר אחר העולה מעובדות האישום או מפי הנאשם לביצוען של עבירות קשות אלה, בצורה כה מאיימת, אלימה ומשפילה - כלומר, הנאשם ניצל את עדיפות כוחו על זה של הקטינה, וכפה עליה לעשות את רצונו. ההתפרקות המוחלטת מצווים בסיסיים של מוסר אנושי ושל חמלה, שבאה לידי ביטוי במעשי הנאשם, יכלה להתרחש מחמת חולשתם או היעדרם של גבולות פנימיים ומחמת אימוצם של דפוסי התנהגות שוליים.

57. עיון בפסיקה, במקרים הקרובים ביותר לענייננו, מלמד על מדיניות מחמירה ועל קביעתם של מתחמי-ענישה של מאסרים ממושכים בפועל. בנסיבות החמורות שתוארו לעיל ועל-יסוד הפסיקה הנוהגת, ייקבע מתחם העונש ההולם בין 7 לבין 10 שנות מאסר בפועל, כעונש עיקרי. לצד המאסר נורה על ענישה נלווית מרתיעה של מאסר מותנה.

58. כאות הכרה במצוקת הנפגעת יחויב הנאשם בפיצויים, בסך שאינו ממצה את הנזק אלא "הינו בבחינת 'עזרה ראשונה' לנפגע העבירה ואינו מיועד לפצותו בגין מלוא נזקו" [וראו תמצית הלכה בדנ"פ 3319/21 פלוני נ' פלוני ומ"י (04.08.21)].

קביעת העונש במתחם:

59. הנאשם, כבן 22 כיום, כבר ריצה שני עונשי מאסר בפועל, שהאחרון בהם במשך 14 חודשים, ושסיים לרצותו ארבעה ימים בלבד קודם למעצרו במסגרת חקירתה של הפרשה דנן. נראה אפוא, שמאסרו של הנאשם לא יפגע בו באופן חריג, מעבר לפגיעה הכרוכה בעצם הכליאה. למעשה, אפשר שהנאשם יוכל לנצל את תקופת מאסרו לקידום שינוי מיטיב בהתנהגותו ובתפיסותיו, לנוכח המוטיבציה שהוא מגלה כיום, כמובא בתסקיר [והשוו

60. כמתואר בתסקיר, משפחתו של הנאשם כוללת את אמו, המתקיימת מקצבת ביטוח לאומי, את אחותו המתמודדת עם קשיים שאין צורך לפרטם, ואת ארבעת אחיו, מהם שלושה בעלי רקע פלילי. אביו של הנאשם ניתק-למעשה קשר עם המשפחה, לאחר שהתגרש מהאם, ולא היווה גורם תומך או מחנך. לדברי הנאשם, הוא מצוי מזה כשנתיים בקשר זוגי עם בחורה הצעירה ממנו בכשלוש שנים. נראה, שפגיעת העונש במשפחתו של הנאשם תהא מצומצמת, שכן אינם תלויים בו כלכלית וכבר התנסו בהיעדרותו מחמת כליאתו.

61. שיקול משמעותי ביותר, שיקבל את מלוא המשקל הראוי, הוא הודאתו במיוחס לו ונטילת האחריות מצד הנאשם, כפי שמסר לשירות המבחן וכמפורט במכתב ע/2 שכתב וביקש למסור לקטינה. לא נסתרה מעינינו התרשמותו המפקפקת של שירות המבחן, אף-לא החשש שדברי הנאשם נאמרים מהשפה אל החוץ, אך אנו בוחרים שלא לגרוע ממשמעותם של ההודאה ושל ביטויי הבושה, החרטה, האמפתיה וההכרה בצדקת העונש. להודאת הנאשם משמעות רבה, גם בהתייחס לקטינה - הודאתו, יחד עם זו של נאשם 2, הסירה חשש לצורך בעדותה של הקטינה (המתקרבת לגיל 14), ומכל מקום קיצרה משמעותית את ההליך הפלילי. בנוסף, אנו מניחים שיש בהודאת הנאשמים הקלת-מה לקטינה, שדבריה הוכחו לכל כדברי-אמת.

62. נסיבות חייו של הנאשם תונחנה אף-הן בכף הקולא של המאזניים: לפי התסקיר, מוצא הנאשם במשפחה מפורקת, שננטשה על-ידי אב עבריין ומכור לחומרים פסיכואקטיביים, ושהתאפיינה בכאוסיות ובמחסור. כבר בילדותו הפגין הנאשם פרצי אלימות והתקשה בהסתגלות למסגרות, כך שכבר בהיותו כבן שמונה (!) הוצא מהבית בצו בית משפט ומאז התגלגל בין מסגרות חוץ-ביתיות רבות. בהיותו כבן 16 הותקף ונדקר בסכין, כשמאז הוא מקבל קצבת נכות של 40% וסובל מדיכאון ומ-PTSD (לא הוצגו מסמכים לביהמ"ש או לשירות המבחן). הנאשם נשר מלימודים בכיתה י"א, קיבל פטור משירות צבאי, וניסיונות השתלבותו בשוק העבודה לא עלו יפה, בשל קושי להתמיד במקום עבודה ולקיים קשרים תקינים עם מעסיקים ועם עמיתים לעבודה. הנאשם לא זכה אפוא להנחיה ולתמיכה של דמות סמכותית, הורית או אחרת, כבר משחר ילדותו, ולעומת-זאת התחכך מילדותו בחברה שולית, ועל רקע זה לא פיתח גבולות פנימיים ברורים והפנים אופני חשיבה והתנהגות עברייניים.

63. נאשם 1 התקשה להסביר את בחירתו להמשיך במעשיו, גם לאחר שהקטינה הבהירה שאינה מעוניינת בכך. שירות המבחן סובר, שדפוסי התנהגותו השוליים עמדו ברקע למעשים וכי להעדרם או לחולשתם של הגבולות פנימיים היתה תרומה להתנהגותו. כך או אחרת, לא נודעה הסיבה להתנהגותו של הנאשם, שיש עמה יסודות של סאדיזם, איומים ואכזריות, וגם שאיפה מכוונת להשפיל ולבזות, שהתממשה הן באופן ביצוען של עבירות המין והן בצילום הקטינה תוך-כדי המעשה והפצת התיעוד לאחרים.

64. שירות המבחן לא מצא כי ניתן, לעת הזו, לשלב את הנאשם בטיפול יעיל, ונמנע מהמלצה טיפולית לנוכח גורמי סיכון כגון חומרת העבירות ומאפייניהן; היעדר תובנה לקיומה של בעייתיות בתחום עבריינות המין ולכן גם שלילה של אפשרות טיפול; אימוצן של נורמות שוליות מגיל צעיר; וקשיי הסתגלות למסגרות. מצער, שהנאשם אינו נכון, בשלב זה של חייו, להירתם בכנות למאמצי טיפול ושיקום בתחום עבירות המין, ואין ביכולותיו לתקן את המעוות ולפצות בכל דרך את הקטינה ואת משפחתה. אף שאין בכך כדי להחמיר בעונשו של הנאשם, ודאי שאין בכך שיקול נוסף לקולא. במהלך מעצרו נראה שהנאשם התאמץ לשנות את דפוסי התנהגותו והוא מבטא רצון לשינוי בחייו, ונאחל לו שיצליח בכך.

65. הסיניגור הלין על התנהלות קלוקלת של התביעה, שראוי שתביא להקלה בעונש, כשלעצמה, כדין "הגנה מן הצדק". לדבריו, השתמשה התביעה במידע שמסרו לה הסיניגורים לצורך משא ומתן בין הצדדים, לצורך השלמת חקירה ובירור עניינים עם הקטינה, באמצעות חקירת ילדים נוספת. דא עקא, שטענה זו לא נטענה באופן ברור ובהיר, ולא נמסרו לנו נתוני-יסוד להכרעה מסוג זה. לפיכך, דין הטענה להידחות.

66. מעת קרות המעשים ביום 04.09.20 ועד לחשיפתם ולהגשתו של כתב האישום בחודש יוני 2022 חלפו למעלה מעשרים חודשים. בנסיבות העניין, איננו סבורים שמדובר בשיהוי המצדיק הקלה משמעותית בעונש, מה-גם שחלק נכבד מזמן זה חלף על הנאשם בביצוע עבירות ובריצוי עונשים.

67. על-אף גילו הצעיר, צבר הנאשם לחובתו עבר פלילי של-ממש: בגין עבירות איומים והחזקת אגרופן או סכין שלא כדין, שעבר בחודשים מאי יוני 2020, נדון הנאשם ביום 19.12.21 לחודשיים מאסר בפועל, מאסר מותנה וקנס. בגין עבירות סמים שעבר באוקטובר 2020 ועבירות התחזות והפרת הוראה חוקית שעבר בפברואר 2021, נדון הנאשם ביום 02.06.22 לארבעה-עשר חודשי מאסר בפועל, מאסרים מותנים, קנס והתחייבות להימנע מעבירה בגינה הורשע.

68. טענה נוספת בפי הסיניגור, לפיה על עונשו של נאשם 1 לעמוד בִּמְתָאֵם ביחס לעונשו הצפוי של נאשם 2, באופן שעונשו של נאשם 1 יהיה חמור אך במקצת מעונשו של נאשם 2. לביסוס דבריו הפנה הסיניגור לפסיקה [ע"פ 5119/18 בן סעדון נ' מ"י (25.09.19), ע"פ 4205/14 בן יצחק נ' מ"י (29.05.16), ע"פ 9792/06 חמוד נ' מ"י (01.04.07)]. לטענה זו יש להשיב באמור בעניין חמוד הנ"ל, פסקה 15:

עקרון שוויון הנאשמים בפני החוק, ממנו נגזר עקרון אחידות הענישה, הוא כלל יסוד בתורת הענישה. הוא מורה כי על מצבים דומים מבחינת אופי העבירות ונסיבות אישיות של נאשמים ראוי להחיל, במידת האפשר, שיקולי ענישה דומים. עם זאת, עקרון אחידות הענישה, עם כל חשיבותו, אינו שיקול עונשי העומד לעצמו, ואינו עקרון בלעדי שלעולם אין לסטות ממנו. הוא עקרון שיש לשוקלו בין מכלול שיקולים שיש להעריכם ולאזנם באיזון ראוי כדי להגיע לתוצאת ענישה שקולה, אשר תגשים את תכלית ההגנה על עניינו של הפרט ושל הציבור, המשולבים זה בזה.

כמוסבר לעיל, הדרכים לקביעת עונשיהם של קטינים ושל בגירים שונות מהותית זו מזו, החל מהדרך הדיונית בה יש לנקוט וכלה בזיהוי העיקרון המנחה, שיקום או גמול המתבטא בהלימה. כאשר עניינו בענישת קטין לעומת ענישת בגיר באותה פרשת עבירות, עולה שאלה בסיסית, האם יחס שווה לשונים אכן משרת את עקרון השוויון, או שיש עמו עיוות השקול לעיוות שביחס שונה לשווים. בענייננו, השונות מובהקת אף יותר, שכן הבגיר - נאשם 1 - נושא עמו מטען מכביד של עבר פלילי והיעדר המלצה טיפולית, בעוד הקטין - נאשם 2 - נטול עבר פלילי ושירות המבחן ממליץ לנקוט בעניינו גישה שיקומית. נסיבותיו האישיות של כל נאשם מבין השניים הן מיוחדות ושונות מאלו של רעהו, באופן שהן תשפענה על עונשו של כל נאשם כשלעצמו [ע"פ 7632/11 פלוני נ' מ.י. (28.07.13), פסקה 7]. מטעמים אלו, של היעדר בסיס מוצדק לקשירת גורלם העונשי של שני הנאשמים, ינתן משקל מצומצם בלבד לשיקולי אחידות הענישה.

69. לנוכח מדדי הקלה שבראשם הודאת הנאשם ובכללם גם נסיבות חייו של הנאשם וגילו הצעיר, ולנוכח מדדי חומרה שבהם קיומן של הרשעות קודמות וריצויים של מאסרים, ייקבע העונש העיקרי מעט למטה ממחצית המתחם. אם יש צורך לומר - נאמר: לולא הודאתו של הנאשם, היה עונשו נקבע בסמיכות משמעותית לקצהו העליון של המתחם.

70. באין מנוס ממאסר משמעותי ולנוכח מצבו הכלכלי של הנאשם, נימנע מהטלת קנס. לא כך באשר לפיצוי, שכן לפי ההלכה הפסוקה, מצבו הכלכלי של הנאשם ויכולת התשלום שלו אינם משפיעים על קביעתו של פיצוי, כדן פיצוי אזרחי [והשוו ע"פ 990/21 פלוני נ' מ"י (30.11.22), ע"פ 5761/05 מג'דלאוי נ' מ"י (24.07.06) וע"פ 2661/12 פלוני נ' מ"י (19.11.12)]. מועד תשלומי של הפיצוי יידחה ואילו דחייתו הנוספת או פריסתו לתשלומים יהיו במידת הצורך עניין לטיפול המרכז לגביית קנסות לפי סעיף 5ב. לחוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות, תשנ"ה-1995.

לנאשם 2 - קביעת העונש כקטין:

תסקירי שירות המבחן לנוער וראיות ההגנה לעונש:

71. בעניינו של הנאשם 2, בן 18 וארבעה חודשים כיום, הגיש שירות המבחן לבקשתנו תסקיר מיום 03.04.23, ולבקשתו גם תסקיר משלים מיום 17.08.23. לקראת הכנתו של התסקיר הראשון, עבר הנאשם ביום 24.01.23 אבחון פסיכודיאגנוסטי אצל פסיכולוג מטעם שירות המבחן.

72. מוצא הנאשם במשפחה נורמטיבית, בן לשני הורים עובדים המגדלים באהבה את הנאשם ואת שני אחיו הצעירים ממנו. מהלך חייו של הנאשם היה רגיל ותקין, ולעת מעצרו למד במגמת [...] במסלול לבגרות מלאה. לדברי ההורים, הקשר בינם ולבין הנאשם קרוב ואוהב, והם ראו בו "ילד כמעט מושלם", שמעולם לא היה צורך בהצבת גבולות מולו. הנאשם תאר קשר קרוב להוריו, אך עם-זאת תאר ריחוק מבחינה רגשית [תסקיר 03.04.23, ש' 51-52]. ההורים ראו בנאשם קורבן, ולא פוגע, והתמידו באידיאליזציה של דמותו, באופן שהקשה על הנאשם ליטול אחריות על מעשיו.

73. הנאשם הוא צעיר חברותי מאוד, אהוב על צוות בית הספר בצורה יוצאת דופן וגם מעסיקו בעבודתו כנער נקשר אליו בהערכה יתירה. לנאשם בת-זוג הלומדת באותו בית-ספר, והשניים מקיימים קשר טוב וחיובי. שירות המבחן התרשם מנער אהוב מאוד, המתפקד כראוי ונושא שאיפות חיוביות לעתיד. תמונה זו נתמכת בעדויות ובראיות לעונש:

מר [...], מורה ומחנך שמכיר את הנאשם למעלה משש שנים, שהגיע למסירת עדותו לזכות הנאשם על-אף קשיים של-ממש שבנסיבות אישיות, מסר שהנאשם מקובל חברתית, מעולם לא היה מעורב בתקרית אלימה, אמביציוזי ובעל יכולות. העד אמר שהמעשה החמור אינו מאפיין את הנאשם, שמדובר ב"טעות" חד-פעמית, ושראוי לסייע לנאשם להשתקם.

גב' [...], יועצת בית הספר התיכון בו למד הנאשם, מכירה את הנאשם כשלוש שנים ומסרה שהנאשם הוא נער מקסים וטוב לב, נעים הליכות, מכבד את מוריו ונחוש להצליח. עוד ציינה העדה את הזוגיות היפה של הנאשם וחברתו. העדה ציינה את הקושי שלה לגשר בין היכרותה את הנאשם לבין "הסיפור", שלהגדרתה הוא "סיפור מורכב ולא חד-משמעי", וביקשה לאפשר לנאשם להשתקם ולתרום לחברה.

גב' [...], מנהלת בית הספר התיכון בו למד הנאשם, מסרה במכתב שהוגש לנו [3/ע], שהנאשם סיים את בחינות הבגרות וזכאי לתעודת בגרות מלאה. עוד מסרה המנהלת, כי הנאשם לא הסתבך מעולם באירועי משמעת או אי-קבלתה של סמכות, וגילה יחס של כבוד וסבלנות. המנהלת ביקשה לאפשר לנאשם לשקם את חייו ולחזור לחברה כאזרח התורם לחברה ולעצמו.

גב' [...], מנהלת חטיבת הביניים בה למד הנאשם, כתבה בשם צוות בית הספר מכתב שהוגש לנו [4/ע] ובו תיארה את הנאשם כ"תלמיד נעים הליכות ומאיר פנים, שהיה אהוד על תלמידי הכיתה". הנאשם שש לעזור לסגל בית הספר ולחבריו, והשקיע מאמצים להצלחה בלימודים.

מר [...], אבי חברתו של הנאשם, מכיר את הנאשם כשלוש שנים ומסר שהוא "ילד מקסים עם שאיפות להצלחה, לומד, משקיע בעצמו וקרה מה שקרה וחבל".

הוריו של הנאשם הדגישו בדבריהם הנרגשים את חומרת המעשה וביקשו את סליחת הקטינה בשם הנאשם ובשם משפחתם. ההורים פנו לרחמי בית המשפט וביקשו לאפשר לנאשם להשלים את המהלך הטיפולי, לרבות גיוס לצה"ל, ולהימנע ממאסר בכלא, שם יבוא במגע עם אוכלוסייה עבריינית.

74. הנאשם עבר כאמור אבחון פסיכודיאגנוסטי מטעם שירות המבחן, שתוצאותיו אינן מתיישבות עם האהבה וההערכה הכלליים כלפיו, שעלו מדברי העדים לעונש, אלו שנאמרו ואלו שנכתבו והוגשו, ואף כעולה משני התסקירים ומדברי קצינת המבחן בדיון.

האבחון העלה כי האינטליגנציה של הנאשם תקינה, מצבו הנפשי יציב ולא נמצא מקור לסבל פסיכופתולוגי נפשי, והערכתו העצמית נמוכה. הנאשם מחזיק בתפיסה מוסרית נורמטיבית, אך באופן שטחי, ללא מחשבה.

הנאשם "מצוי בעמדה אגוצנטרית", ורגיל להשיג את כל שברצונו, גם בחריגה מהסביר והמקובל. כושרו לאמפתיה לקוי מהותית, שכן הוא מתקשה לזהות את מצבו הנפשי של הזולת, העומד מולו; הוא מתקשה לחוש את העולם מנקודת מבטו של אחר זולתו; ויכולתו לחוש חמלה על הזולת לקויה, אם קיימת.

יכולתו של הנאשם לפענח סיטואציות חברתיות עמומות היא מוגבלת, הנאשם שוגה לעיתים קרובות בפיענוח של אינטראקציות בינאישיות אינטימיות ולא מצליח להבין את המתרחש.

הוא יכול לפגוע בזולת שלא במתכוון, שכן הוא לא חושב על הזולת וצרכיו [תסקיר 03.04.23, ע' 3].

שירות המבחן משער, שליקויים אלו ביכולת להבין את רגשות הזולת ולחוש אמפתיה וחמלה כלפיו, עמדו ברקע למעשים. עוד מנה שירות המבחן טעויות חשיבה רבות של הנאשם, ובהן קוֹרְבָנוּת עצמית והאשמת הקטינה. עם-זאת, נציין שהפסיכולוג המאבחן התרשם שהסבירות שהנאשם ישוב ויעבור עבירת מין היא נמוכה.

הנאשם שולב בתאריך ה-25.12.22 בקבוצה לפוגעים מינית מטעם שירות המבחן, הגיע למפגשים בעקביות אך התקשה להתחבר לחלקיו הפוגעים ומיעט להביא חומרים אוטנטיים מתוך עצמו. להתרשמות שירות המבחן, העבודה הטיפולית עמו צפויה להיות ארוכה ואינטנסיבית [תסקיר מיום 3.4.23 ע' 6].

75. בתסקיר המשלים, מיום 17.08.23, חזר שירות המבחן על ממצאי האבחון הפסיכודיאגנוסטי ויתר מסקנותיו והערכותיו לגבי אישיותו של הנאשם, תוך תיקוף נוסף של המסקנה בדבר היותו של הנאשם מרוכז בצרכיו האישיים והחברתיים ובדבר תפיסתו את עצמו כזכאי לקבל את כל שחפץ ליבו "ואינו רגיל לשמוע סירובים", נתוני אישיות שבאו לידי ביטוי אלים ודורסני בעת המעשה [ש' 170-172]. ועדיין, גם כיום ועל-אף מאמץ טיפולי ניכר, מתקשה הנאשם לוותר כליל על עמדת הקורבן [ש' 240-242]. שירות המבחן משער, שגם הקושי של סביבתו לראות את הבעיות והקשיים בתפקודו של הנאשם, הוסיף לפער בין הדיווחים החיוביים לבין אופי העבירות וחומרתן. פער זה מצטמצם בטיפול [ש' 123-126]. הנאשם והוריו מצויים בטיפול, הנאשם שואף להתגייס

לצה"ל, ובינתיים מתכנן עם הוריו להקים עסק [...] בחצר הבית בו מתגוררת המשפחה.

76. שירות המבחן ממליץ לאפשר לנאשם להמשיך בדרך השיקום והטיפול, אליה נרתם יחד עם הוריו המסורים. אם בתחילה חשש השירות, שמא מדובר במצג מילולי בלבד, ושהנאשם לא משתף ב"חומרים אותנטיים" ו"מתקשה להתחבר לעובדה שפגע מינית" [תסקיר 03.04.23, פסקה 7], הרי בחלוף הזמן - חודשים מעטים, אך בטיפול אינטנסיבי - ניכר שינוי בנאשם. השירות התרשם שהנאשם נוטל אחריות כנה למעשיו ומצוי בתהליך של העמקת הבנתו את חומרת המעשים ותוצאותיהם, לרבות "ראיית נפגעת העבירה" והשלכות מעשיו עליה. בתסקיר מיום 17.08.23 סיכם השירות ואמר, כי הנאשם עבר כברת-דרך משמעותית בטיפול, והמליץ לאפשר לו להתמיד בו כדי למנוע עבירות נוספות בעתיד - עניין המחייב הימנעות ממאסר, שייקטע את התהליך הטיפולי. קריאה זהירה של התסקירים חושפת, לצד התקווה הטיפולית, גם חשש ממשי מרצידיביזם, ולא בכדי שב שירות המבחן וציין ארבע פעמים (!) בתשעת עמודי התסקיר המשלים, במילים שונות, את קווי האישיות המדאיגים ("המורכבים") שנמצאו באבחון.

77. לא הוסבר, כיצד קרה שנאשם 2 - קטין נורמטיבי לכאורה, שמוצאו ממשפחה מתפקדת, תומכת ואוהבת, שניהל חיי חברה תואמים לגילו ותפקד היטב בסביבת לימודיו - התחבר מלכתחילה לנאשם 1, בגיר המסובך בפלילים, וראה בו 'דמות מופת' שניסה להרשים ולזכות בהערכתו.

78. הנאשם תאר כי רצה לקיים יחסי-מין עם הקטינה, ובד בבד רצה גם לזכות בהערכתו של נאשם 1 וסבר שהאלימות המילולית וביצוע המעשים בקטינה, ירשימו את נאשם 1 ויחזקו את מעמדו החברתי [תסקיר 17.08.23]. שירות המבחן התרשם כי גם לתפיסתו העצמית של הנאשם, כמי שרגיל לקבל את כל שברצונו ו"אינו רגיל לשמוע סירובים", היתה תרומה למעשים.

79. נסכם את דמותו של נאשם 2 כעולה מהתסקירים:

צעיר אגוצנטרי, המרוכז בעצמו מאוד; שמתקשה לראות את הזולת ואינו נותן דעתו על רצונותיו ורגשותיו; שיכולתו לחוש אמפתיה וחמלה לקויה, ככל שקיימת; שצרף עצמו לבגיר המסובך בפלילים והתאמץ להרשימו ולחבור אליו כאל שווה בין שווים; שבחר להגשים "פנטזיה" של קיום יחסי מין עם הקטינה, מבלי שהעלה על דעתו לברר את רצונה; ש"הפך אותה לחלשה על מנת להפוך את עצמו לחזק, וראה בה חפץ להגשמת מטרותיו וצרכיו המיניים" [תסקיר 17.08.23, ש' 269 ואילך]; שביצע בה מעשים מיניים, על-אף התנגדותה ובקשותיה, תוך הפעלת אלימות, ביזוי והשפלה, כדי לחזק את מעמדו החברתי.

80. לא נחה דעתנו כלל מהיעדרו של כל הסבר שיכול לגשר בין המצג הכללי שמראה הנאשם לעולם, לבין האירוע המחריד שבו היה שותף בתכנון וביצוע, ובמיוחד לנוכח קווי אישיות מדאיגים ומטרידים, שנמצאו באבחון פסיכודיאגנוסטי ושאינן לדעת את מידת התמדתם וקביעותם. האבחון נערך לקראת התסקיר הראשון, וככל הנראה לא מצא שירות המבחן צורך או תועלת באבחון חוזר.

סקירת פסיקה:

81. עניינו של נאשם 2 ניצב בין שני קטבים רבי-כוח, המשפיעים במנוגד על מהות הענישה ומידתה. מצד אחד, נסיבות מחמירות שבראשן חומרת העבירות, המכוונות לענישה של שנות מאסר בפועל, ומצד שני, המלצה ברורה של גורמי חינוך, טיפול ושיקום, להימנע כליל מעונש הכרוך בכליאה. במצב דברים זה יש תועלת רבה

באיתורה של מדיניות פסיקתית, הגם שבעניינו של קטין נקודת המוצא היא משקל מוגבר לעיקרון השיקום ואינדיבידואליות הענישה, ולענישה הנהוגה ניתן משקל פחות מזה השמור לה בהליך הבניית הענישה לגבי בגיר.

82. להלן יפורטו פסקי-דין הקרובים לעניינו מהשנים האחרונות, מהם שנזכרו בע"פ 1589/23 ומהם שהגישו הצדדים לעיוננו:

(-) ע"פ 1589/23 **פלוני הנ"ל** (07.08.23): קטין בן 15 שנים ו-10 חודשים בעת ביצוע המעשים, הורשע בעבירות של מעשה סדום, מעשים מגונים, סחיטה באיומים, החזקת סכין שלא כדין ופגיעה בפרטיות, ונגזר עליו עונש של 6 שנות מאסר לריצוי בפועל לצד ענישה נלווית. בימ"ש העליון פסק, בדעת רוב, בעיקר משיקולי שיקום, כי יש לקבל את המלצת שירות המבחן לנוער כך שהמערער יוחזק במעון סגור, חלף מאסר, עד הגיעו לגיל 20 בתנאי כי ישתתף בהליך טיפולי; המערער ימשיך לשהות במעון לפי צו פיקוח בתנאי מגורים עד גיל 21 וינתן צו פיקוח בקהילה למשך שנתיים נוספות; בנוסף, על המערער יוטל מאסר על תנאי לתקופה משמעותית וביצוע 300 שעות לתועלת הציבור. ביהמ"ש ציין בנימוקיו להקלה בעונש את הליך השיקום המהותי שעבר המערער ובכללו גם מספר נסיבות משמעותיות במקרה זה: ראשית, גיל המערער בעת ביצוע העבירה לא היה קרוב מאוד לגיל 18. מדובר ב"קטין צעיר", שהחוק והפסיקה מייחסים לו רמה מופחתת של אחריות למעשיו ולתוצאותיהם; מדובר באירוע חד פעמי; אין למערער עבר פלילי; תהליך השיקום של המערער מביא למסקנה שהן מבחינת המערער עצמו והן מבחינת שיקולי התועלת הציבורית, הדרך המיטבית היא קבלת המלצת שירות המבחן, שאין טעמים כבדי משקל המצדיקים סטייה ממנה. עוד הדגיש ביהמ"ש כי הטיפול המוצלח הוביל להיעלמותם של קריטריונים של הפרעת אישיות אנטי-סוציאלית, ואת שלילת החירות הממושכת במעון נעול.

(-) ע"פ 3582/22, 7105/22 **פלוני נ' מ"י** (12.01.23): המערער 1 היה בעת ביצוע העבירות בן 15-17 שנים והמערער 2 בן 13.5-15.5 שנים. השניים ביצעו (כל אחד לחוד ובמקרה אחד, בצוותא), עבירות מין בארבעה מתלוננים (ילדים בני 8-14 שנים בעת ביצוע המעשים). ביהמ"ש המחוזי גזר על המערער 1 עונש של 20 חודשי מאסר, ועל המערער 2 עונש של 10 חודשי מאסר. ביהמ"ש העליון דחה את ערעורו של המערער 1 אולם קיבל את ערעורו של המערער 2, והעמיד את עונש המאסר שהוטל עליו על 9 חודשי מאסר בעבודות שירות. בין השיקולים העיקריים היה גילו הצעיר של מערער 2 ומעברו "דרך משמעותית" בטיפול.

(-) ע"פ 5776/22 **פלוני נ' מ"י** (19.12.22): קטין, כמעט בן 15, ביצע שורה ארוכה ומזעזעת של עבירות מין בילדה בת 12. הקטין הורשע בלא פחות מ-7 אישומים בעבירות שונות של אונס קבוצתי, אונס, מעשי סדום, אונס קבוצתי תוך צילום האירוע ואינוס בצוותא. עונשו של הקטין נגזר ל-4 שנות מאסר, וערעורו על עונש זה נדחה, תוך דחיית המלצתו של שירות המבחן להמרת המאסר במעון נעול.

(-) ע"פ 5593/21 **פלוני נ' מ"י** (21.10.21): קטין בן 15.5 שנים, הורשע בכך שהסיע ילד בן 12 על אופנוי החשמליים, ביצע בו מעשה מגונה ולאחר מכן מעשה סדום. ביהמ"ש המחוזי גזר עליו 24 חודשי מאסר. ביהמ"ש העליון, לאור המלצת שירות המבחן ובמיוחד לנוכח החשש שמאסרו של המערער יביא לפגיעה קשה בשיקומו, ביטל את עונש המאסר והורה על המשך החזקתו במעון נעול.

(-) ע"פ 7870/19 **פלוני נ' מ"י** (14.04.21): המערער היה בן 15.5-16.5 שנים בעת ביצוע העבירות. המערער הורשע בביצוע מעשי סדום וכן מעשים מגונים בילדים, בני משפחה, שהיו בני 3 ו-6 שנים. ביהמ"ש העליון ביטל עונש מאסר בפועל שהוטל על המערער והמירו בהחזקה במעון נעול, וזאת כדי לא לפגוע בהליך שיקומו של המערער.

הודגש שנסיבות חייו הקשות, גילו הצעיר בעת ביצוע העבירות, ההליך השיקומי שבו הוא מצוי, והמלצתו העקבית של שירות המבחן, נזקפים לזכותו של המערער, ומכל מקום עד הגיעו לגיל 21 המערער ישלים שהות של 3 שנים במעון סגור, למעלה מכפליים מתקופת המאסר בפועל שנגזרה עליו.

(-) ע"פ 4976/20, 5110/20 פלוני נ' מ"י (14.03.21): המערער בע"פ 4976/20 (מערער 1) והמערער בע"פ 5110/20 (מערער 2), הורשעו עפ"י הודאתם בעבירות של ניסיון אינוס בחבורה שלא בהסכמה תוך ניצול מצב המונע התנגדות, בשלוש עבירות של מעשה מגונה בצוותא ובשלוש עבירות של מעשה מגונה בנסיבות אינוס בצוותא. בעת ביצוע העבירות, בדומה לענייננו, היה המערער 1 בגיר בן 18 ו-4 חודשים והמערער 2 היה קטין בן 15 ו-9 חודשים. דובר בכך ששני הנאשמים פגשו בקטינה כבת 16 במהלך מסיבה בחוף הים, והציעו לה לשתות עמם משקה אלכוהול. השלושה עזבו את המסיבה וישבו על ספסל בסמוך, שוחחו ושתו משקאות אלכוהוליים. בהמשך הובילו השניים את הקטינה לחוף כשהם תומכים בה מצדדיה ושם ביצעו בה ניסיון אינוס בחבורה, כאשר הנאשם 1 מסייע לנאשם 2 ומעשים מגונים בצוותא, כל זאת ללא הסכמתה החופשית וכשהיא מצויה במצב המונע ממנה ליתן הסכמה למעשיהם. במסגרת מעשיהם, נאשם 1 נצמד לאחורי המתלוננת וניסה להחדיר את איבר מינו לאיבר מינה, ללא הצלחה. הנאשם 2 הושיב את הקטינה על הספסל, כשפניה אליו וראשה שעון לאחור, שב וניסה לפשק את רגליה תוך שהיא מתנגדת ולאחר מכן ניצב מאחוריה, החדיר את איבר מינו בין רגליה והתחכך באיבר מינה. ביהמ"ש קמא קבע מתחם עונש הולם שנע בין 3-6 שנות מאסר וגזר על שני הנאשמים עונש של 4.5 שנות מאסר בפועל. בדחתו את ערעור הנאשמים על חומרת עונשם קבע ביהמ"ש העליון ש"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 חסינות. 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. 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. ... ככל שהעבירה חמורה יותר, נדרשת אינדיקציה משמעותית יותר לשיקום. ... 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 בעניינו של המערער" (סעיף 23).

נדגיש, כי הנאשמים בעניין זה הורשעו בעבירות קלות במידה ניכרת מאלו בהם הורשעו הנאשמים שבפנינו. עם זאת, קיימים קווי דמיון הן בנוגע לנסיבות ביצוע העבירות בצוותא כלפי קטינה אחרת והן בנוגע לגילם של הנאשמים ולמאפייניהם בהתאם לתסקירי שרות המבחן, ומשכך ניתן להקיש מפסק הדין לעניינו של נאשם 2, בו עסקינן עתה.

(-) ע"פ 7248/19 פלוני נ' מ"י (29.01.20): המערער, בן 14 (פחות חודש) בעת ביצוע העבירות, ביצע שני מעשי סדום בנפגעת מבוגרת ממנו. בית המשפט המחוזי גזר עליו 3 שנים במעון נעול. ביהמ"ש העליון החליט להקל מעט בעונשו בכך שניתנה הסמכות לממונה על המעונות בחסות הנוער להפוך את השנה השלישית לשהותו במעון לכזו שבה ישהה המערער במעון שאינו נעול.

(-) ע"פ 8863/15 פלוני נ' מ"י (7.06.16): ערעוריהם של 5 קטינים (מבין 11 שהורשעו בדין), שביצעו עבירות מין כשהיו בני 13-15. העבירות בוצעו בקטינה בת 12.5 הסובלת מלקויות שונות. במשך שבוע שלם, ביצעו המערערים מעשים רבים של עבירות סדום ואונס (חלקן הגדול בצוותא), תוך צילום המעשים. על הנאשם 1 נגזרו 24 חודשי מאסר; על הנאשם 2 נגזר צו במעון נעול למשך שנתיים; על הנאשם 3 נגזרו 15 חודשי מאסר, על הנאשם 4 נגזרו 18 חודשי מאסר, על הנאשם 5 נגזרו 22 חודשי מאסר בפועל. בית המשפט העליון הפחית את עונשם של כל המערערים עליהם נגזרו עונשי מאסר, בחודשים אחדים (מ-24 ל-20 חודשים; מ-15 חודשים ל-12 חודשים; מ-22 חודשים ל-18 חודשים).

(-) ע"פ 49/09 מ"י נ' פלוני (08.03.09): שני משיבים שהודו והורשעו בריבוי עבירות של מעשים מגונים וניסיון למעשי סדום, ומשיב 1 הורשע גם בעבירה של מעשה סדום. העבירות בוצעו כשמשיב 1 היה בן 15 שנים ושבעה חודשים ומשיב 2 כבן 13. משיב 1 הושם במעון למשך שנתיים, בנוסף למאסר מותנה וצו מבחן. משיב 2 נענש במאסר מותנה בנוסף לצו מבחן, והמשיבים חיובו בפיצוי הנפגע. גילם הצעיר של המשיבים וסיכויי שיקומם עמדו בבסיס פסק הדין.

83. עינינו הרואות, שבענישתם של קטינים הגיוון הוא רב, כאשר העקרונות השולטים הם אינדיבידואליות הענישה ושיקום, בין אם שיקום מוצלח ובין אם דרך טיפולית "משמעותית" ופרוגנוזה חיובית של גורמי הטיפול ובראשם שירות המבחן לנוער. עם-זאת, ניתן לזהות קו ברור, לפיו מעשים חמורים נענים בשלילת חירות, במאסר או במעון נעול. כך, גם כשמדובר ב"קטין צעיר", בן 15 שנה או קרוב לכך; באירוע חד-פעמי; ללא עבר פלילי; וכשאין טעמים המצדיקים סטייה מהמלצה טיפולית של שירות המבחן. כפי שציינה הש' רון בעניין 1589/23 הנ"ל, פסקה 27:

העברת המערער למעון נעול למשך כשלוש שנים וחצי בסך הכל (עד שימלאו לו 20), ולשנה נוספת עד גיל 21 בהתאם להמלצת שירות המבחן, היא משמעותית לטעמי גם בהתייחס לשיקולי ההלימה ולשיקולי ההרתעה הפרטית והכללית. מבחינת שיקולי ההלימה - לאחר שנקבע כי המערער אשם וכי יש להטיל עליו עונש או דרכי טיפול, ולאחר שנבחרה דרך הטיפול הקיצונית ביותר מבחינת שלילת חירותו של המערער, יש בכך כדי להביע את שאט הנפש של בית המשפט ביחס למעשיו של המערער, ואת החומרה הרבה שמייחס בית המשפט למעשים. שלילת החירות במסגרת המעון הנעול למשך פרק הזמן המקסימלי האפשרי, משרתת גם את אינטרס ההרתעה, אף אם לא במידה בה משרת עונש מאסר את האינטרס הזה.

84. זאת ועוד, במלאכת גזירת העונש אין להתעלם אף מהצורך בהרתעת הרבים. לדאבון הלב, בשנים האחרונות עדים אנו לריבוי התיקים שעניינם עבירות מין חמורות המבוצעות על-ידי קטינים בקטינים אחרים, וביניהם ללא מעט תיקים של עבירות המבוצעות בחבורה תוך תיעוד משפיל ומבזה של קורבן העבירה והפצתו ברבים. בית

המשפט אינו יכול אמנם להוות האמצעי היחיד לטיפול בעבריינות מסוג זה. זוהי משימה חברתית-חינוכית המוטלת על גורמי החינוך במשותף עם גורמי הרווחה, ובראש ובראשונה על ההורים, שלהם האחריות והזכות, לעצב את דמות ילדיהם. יחד עם זאת, לבית המשפט תפקיד חשוב בשלב שלאחר שארע האירוע וניתן להפנות בהקשר זה לדברי השופטת ארבל בע"פ 8277/10 פלוני נ' מ"י (28.02.11), בהסרת הפניות:

ריבוי המקרים וחומרתם מחייבים כי לצד גזירת העונש למידותיו של העבריין הקטין ועל-פי נסיבות ביצוע העבירה, ינתן משקל ממשי למטרות עונשיות נוספות: ראשית, למטרה של הרתעת היחיד והרבים, על-ידי שליחת מסר ברור כי ביצוע עבירות מין הוא מעשה חמור ונפשע שיחייב את מבצעו בעונש משמעותי. בית המשפט מחויב גם להגנה על הקרבנות התמימים שישאו את צלקות מעשי העבירה על נפשם עוד שנים רבות. הפגיעה באלה, ההשפלה, הביזוי והכאב שנגרמו להם, מחייבים תגובה עונשית ... אכן, בית המשפט מחויב לא רק לראיית הקטין העבריין על המצוקות שהביאוהו לידי ביצוע העבירה. על בית המשפט לשוות לנגד עיניו גם את קרבן העבירה, שלעתים נפקד מאולם הדיונים, שמצוקותיו אינן פרושות במלואן בפני בית המשפט, בניגוד לאלה של הנאשם. בית המשפט מחויב גם להגנה על כבוד האדם של קרבן העבירה.

85. נבהיר, כי האפשרות של מעון נעול, או מעון מסוג אחר, לא עלתה בדברי הצדדים וגם לא הומלצה על-ידי שירות המבחן.

קביעת עונשו של נאשם 2:

86. נקדים ונאמר, שבענייננו לא נוכל לאמץ את המלצת שירות המבחן לנוער לעונש שעיקרו ריצוי מאסר בעבודות שירות וצו מבחן, גם כשהענישה הנלווית כוללת מאסר מותנה והתחייבות כספית לתוספת הרתעה, ופיצוי כספי "משמעותי" לקטינה הנפגעת.

87. כידוע, בית המשפט אינו כבול בהמלצות השירות, אך בעניינם של קטינים, סטייה מהמלצה טיפולית של שירות המבחן לנוער הנה חריג, המצריך ליבון והסבר בטעמים כבדי משקל ומיוחדים. כפי שנאמר בהלכת יסוד בע"פ 49/09 הנ"ל, כאשר מדובר בעבריינים קטינים, מדיניות הענישה מחייבת מלכתחילה את בית המשפט להקנות משקל מכריע ודומיננטי לשיקול השיקום. לכן, בהליך שבו שיקולי השיקום והטיפול הם באופן אינהרנטי לב ליבו של העניין, יש לתת משקל יתר להמלצות אנשי המקצוע מהדיסציפלינה הטיפולית. הגם שתסקירי שירות המבחן הינם בגדר המלצה בלבד שאינה מחייבת את בית המשפט, בעניינם של קטינים אל לו לבית המשפט לסטות מהמלצות שירות המבחן כאשר יש בנמצא אופק שיקומי, אלא מטעמים כבדי משקל. בהתאם לכך, אומץ כלל מנחה לפיו כל אימת שמדובר בגזירת דינם של קטינים יש לתת משנה תוקף להמלצות שירות המבחן, זאת מבלי שתוגבל סמכותו של בית המשפט לדחות את ההמלצות בהתקיים טעמים מיוחדים המצדיקים זאת.

88. זמנים אחרים, דגשים אחרים: בע"פ 593/18 פלוני נ' מ"י (17.04.18), הדגיש בית המשפט העליון כי הקטינות אינה מקנה חסינות מפני ענישה הולמת בגין ביצוע עבירות חמורות, ובפרט כאשר מדובר בעבירות מין. הגם שלשיקולים בדבר סיכויי השיקום ומורכבות הנסיבות האישיות ינתן משקל רב כאשר מדובר בקטין, הם אינם חזות הכל. יש לאזן בכל מקרה ומקרה בינם לבין שיקולי ענישה משמעותיים אחרים - הרתעה, גמול, הגנה על נפגעי עבירה ואף סיכויי השיקום של הנפגעים כתוצאה מהפגיעות שנגרמו להם. כמו כן, ככל שהעבירות ונסיבות ביצוען קשות יותר, כך תיטה המוטלת אל עבר העדפת שיקולי הענישה האחרים כאמור, על פני שיקולי השיקום [פסקה 18]. חומרתם של מעשי העבירה, נסיבות ביצועם, הנזק שנגרם למתלוננת והאינטרס הציבורי בהרתעה - כל אלה באים בגדרם של טעמים כבדי משקל שבכוחם להצדיק את הסטייה מהמלצת שירות המבחן

כאמור [פסקה 23]. עוד ראו לעניין זה ע"פ 4976/20, 5110/20 פלוני הנ"ל.

89. המלצתו השיקומית של שירות המבחן מבוססת על נטילת אחריות והבעת חרטה מצד הנאשם, שעבר "כברת דרך משמעותית" בהליך טיפולי, שעתידי להימשך כשנה וחצי, וחשיבותו מרובה כדי למנוע עבירות נוספות בעתיד.

לא ברור, כיצד מתיישבות זו עם זו דמותו של הנאשם כפי שמתוארת על-ידי משפחתו ומוריו, ודמותו כפי שנחשפה בביצוע המעשים ובאבחון הפסיכודיאגנוסטי, ונחזור - צעיר אגוצנטרי, מרוכז בעצמו מאוד; "שאינו רגיל לשמוע סירובים"; שמתקשה לראות את הזולת ואינו נותן דעתו על רצונותיו ורגשותיו; שיכולתו לחוש אמפתיה וחמלה לקויה, ככל שקיימת; שצרף עצמו לעבריין בגיר והתאמץ להרשימו ולחבור אליו כאל שווה בין שווים; שבחר להגשים "פנטזיה" של קיום יחסי מין עם הקטינה, מבלי שהעלה על דעתו לברר את רצונה; ש"הפך אותה לחלשה על מנת להפוך את עצמו לחזק, וראה בה חפץ להגשמת מטרותיו וצרכיו המיניים" [תסקיר 17.08.23, ש' 269 ואילך]; שביצע בה מעשים מיניים, על-אף התנגדותה ובקשותיה, תוך הפעלת אלימות, ביזוי והשפלה, כדי לחזק את מעמדו החברתי.

הנאשם עשה כברת דרך טיפולית משמעותית, אך הדרך עדיין ארוכה מאוד. איננו סבורים כי מדובר במהלך טיפולי יוצא דופן המאיים כל שיקול נוגד, ולא הובהר אם וכיצד יינתן בו מענה לסיכון שבקווי אופי ובעיוותי חשיבה מטרידים ומדאיגים.

90. ככלל, חומרתן של העבירות שביצע קטין, יכולה בהחלט שתגיע לדרגה שבה יהיה ההליך השיקומי שעובר הקטין מוצלח ומבטיח ככל שיהיה, ותהיינה ההמלצות של שירות המבחן חד-משמעיות ככל שתהיינה, לא ניתן להורות אלא על מאסר מאחורי סורג ובריה ולפרק זמן משמעותי. שיקול השיקום, גם לגבי קטינים, אינו עומד לבדו וככל שהעבירה חמורה יותר כן משקל שיקול ההלימה נהיה כבד יותר [ע"פ 1589/23 הנ"ל, פסקה 10 בדברי הש' כשר].

91. לנוכח המקובץ, מצאנו כי על-אף חשיבותו ובכורתו של שיקול השיקום, זו הפעם ייסוג מפני שיקולי הגמול, ההרתעה והמניעה. צירופם של הנתונים מחייב את ענישתו של הנאשם במאסר בכליאה.

גם בקביעתם של תקופת המאסר ושל הענישה הנלווית, יינתן משקל לעצם קטינותו של הנאשם. עוד נזקוף לזכותו של הנאשם את הודייתו, את נטילת האחריות, את הירתמותו לטיפול ואת השינויים שחלו במצבו אגב הטיפול והמאמצים שהשקיע כמתואר לעיל, את גילו הצעיר בעת ביצוען של העבירות, את עברו הפלילי הנקי ואת היות אירוע זה חד-פעמי במסכת חייו - כל אלה יזכו למלוא משקלם.

מנגד, רבים וקשים מדדי החומרה בעניינו, כעולה בתמצית מעובדות כתב האישום המתוקן ובהרחבה מסקירת מאפייני הביצוע של העבירות - החבירה והתכנון; "תפקידו" של הנאשם 2, שהביא את הקטינה לדירתו של נאשם 1, מבלי שידעה על כוונותיהם של הנאשמים; ביצוען של עבירות המין בצוותא, באופן שהקל על הנאשמים לגבור על רצונה של הקטינה, וכשהם מעודדים ומדרבנים זה את זה לביצוע המעשים; ניצול יחסי הכוחות; התווים המיוחדים של אלימות, אכזריות והשפלה כלפי הקטינה; חומרת הנזקים לקטינה; מטרותו של נאשם 2, לקיים יחסי-מין עם הקטינה להנאתו אך להשתמש בה גם לחיזוק מעמדו החברתי ולזכייה בהערכתו של נאשם 1; ידיעתו והסכמתו-למעשה של נאשם 2 לתיעוד בצילום של מעשי האינוס ומעשי הסדום שביצע בקטינה, באופן שהוסיף והכביד על מצוקתה של הקטינה כבר בזמן המעשים. לשיקול ההלימה והגמול יש להוסיף את הנזק שנגרם למתלוננת ואת הצורך הדוחק בהרתעה.

הערכת משקלם של ערכי הענישה הרלוונטיים, כינוסם ואיזונם, שהוליו למסקנה בדבר חיוב הטלתו של מאסר בכליאה, יוליכו גם לקביעת אורכו של המאסר לתקופה משמעותית.

92. הנאשם עבר אך לאחרונה את גיל הבגרות, אינו עובד ולא עומדים לרשותו אמצעים כספיים משלו. לפיכך, איננו מוצאים מקום וטעם לחייבו בקנס. לא כך באשר לפיצוי, שכן לפי ההלכה הפסוקה, מצבו הכלכלי של הנאשם ויכולת התשלום שלו אינם משפיעים על קביעתו של פיצוי, כדין פיצוי אזרחי, וכך גם לגבי נאשם קטין [והשוו ע"פ 990/21 פלוני נ' מ"י (30.11.22), פסקה 50; ע"פ 5761/05 מג'דלאוי נ' מ"י (24.07.06); וע"פ 2661/12 פלוני נ' מ"י (19.11.12)]. מועד תשלומו של הפיצוי יידחה ואילו דחייתו הנוספת או פריסתו לתשלומים יהיו במידת הצורך עניין לטיפול המרכז לגביית קנסות לפי סעיף 5ב. לחוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות, תשנ"ה-1995. נזכיר גם כאן, לעניין טיבו של פיצוי בהליך פלילי, שמדובר בסך שאינו ממצה את הנזק אלא "הינו בבחינת 'עזרה ראשונה' לנפגע העבירה ואינו מיועד לפצותו בגין מלוא נזקו" [וראו תמצית הלכה בדנ"פ 3319/21 פלוני נ' פלוני ומ"י (04.08.21)].

סוף-דבר:

אנו גוזרים על נאשם 1 את העונשים הבאים:

- א. 8 שנות מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו;
- ב. 12 חודשי מאסר על-תנאי למשך 3 שנים מיום שחרורו, שלא יעבור עבירה עליה הורשע בתיק זה, או כל עבירת מין לפי סימן ה' בפרק י' שבחוק העונשין, תשל"ז-1977;
- ג. פיצוי הקטינה הנפגעת בסך 70,000 ₪, שיופקד בקופת בית המשפט עד ליום 01.01.24 ויועבר לידי אחד מהוריה של הקטינה;

אנו גוזרים על נאשם 2 את העונשים הבאים:

- א. 42 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו;
- ב. 9 חודשי מאסר על-תנאי למשך 3 שנים מיום שחרורו, שלא יעבור כל עבירת מין לפי סימן ה' בפרק י' שבחוק העונשין, תשל"ז-1977;
- ג. פיצוי הקטינה הנפגעת בסך 70,000 ₪, שיופקד בקופת בית המשפט עד ליום 01.01.24 ויועבר לידי אחד מהוריה של הקטינה;

הוראות נלוות:

1. **עיכוב ביצועו של עונש המאסר בפועל בלבד, בעניינו של נאשם 2:** על הנאשם להתייב לריצוי עונשו ביום **24.12.23** עד לשעה **10:00**, במקום עליו יורה לו שב"ס.
2. **תנאי שחרורו של נאשם 2** יעמדו בתוקפם עד להתייבבות הנאשם למאסרו, ועליהם נוסף עתה איסור

יציאה מהארץ, שיעמוד בתוקפו עד להתייצבות הנאשם למאסר, וחיוב הפקדת דרכון (או הצהרה כתובה לפיה אין לנאשם דרכון בתוקף) תוך 48 שעות. הפרת תנאי מתנאי השחרור תוביל לביטולו של עיכוב הביצוע והנאשם ייאסר ללא דיחוי.

3. **מזכירות:** נא להעביר עותקים לידיעה בלבד, לשירות המבחן למבוגרים (בעניין נאשם 1), לשירות המבחן לנוער (בעניין נאשם 2), ולעורכת התסקירים בעניין הנפגעת.

4. **תביעה:** נא להעביר למזכירות ביהמ"ש את פרטיו של הורה, לעניין העברת פיצוי, בטופס שייסרק לתיק כחסוי.

5. **מוצגים:** ככל שקיימים מוצגים שנתפסו, למעט מכשירי טלפון, יועברו להכרעה פרטנית של קצין משטרה.

07.11.2023