

ע"פ 1053/17 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 1053/17

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופטת י' וילנר

המערער: פלוני

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד
מיום 15.10.2015 בתפ"ח 060136-12-14

בשם המערער: עו"ד שלומציון גבאי-מנדלמן
בשם המשיבה: עו"ד הילה גורני
בשם שירות המבחן: גברת ברכה וייס

פסק דין

השופט נ' הנדל:

1. מונח בפנינו ערעור על חומרת העונש - חמש וחצי שנות מאסר בפועל, מאסר על תנאי ופיצוי בסך 90,000 ש"ח לכל אחת מנפגעות העבירה - שהוטל על המערער בגין ריבוי עבירות של מעשה מגונה בקטינות בנות משפחה שטרם מלאו להן 14 שנה.

על פי עובדות כתב האישום המתוקן, בהן הודה המערער, הוא אביהן החורג של א', קטינה ילידת 1998 ושל ב', קטינה ילידת 1999. על פי האישום הראשון, בין החודשים אוגוסט-דצמבר 2008, במספר מקרים, המערער נכנס

עמוד 1



לחדרה של ב' בשעת לילה, כאשר חשב שהיא ישנה, וליטף אותה בבטנה, באיבר מינה ובישבונה, מעל בגדיה. במקרים אחרים הוא קרא לב' לעסות את גבו, ומשהייתה נרדמת ליטף את בטנה ואת איבר מינה ובחלק מהמקרים אף ליקק את איבר מינה. במקרים אחרים המערער נהג לשפשף את איבר מינו באמצעות ידה של ב'. על פי האישום השני, באותם המועדים המערער ניגש לא' כאשר סבר שהיא ישנה וליטף אותה בבטנה, באיבר מינה ובישבונה, מעל בגדיה. באחד מן המקרים הוא אף הכניס את ידו לתוך תחתוניה.

בגזר הדין של בית המשפט המחוזי צוין תסקיר שירות המבחן שממנו עולה כי המערער אמנם מביע צער וחרטה אך הוא מתקשה להכיר בנזק שגרם לקטינות, שנפגעו בגיל כה צעיר. מסקנת התסקיר הינה כי קיים סיכון להישנות עבירות מין מצד המערער, שאותו ניתן להפחית על ידי טיפול ייעודי בין כותלי בית הכלא. תסקיר נפגעות העבירה מעלה תמונה קשה של הפגיעה ההרסנית שנגרמה לנפגעות, שעל פי החומר אף עברו ניסיונות אובדניים ואשפוזים פסיכיאטריים. בית משפט קמא ציין את הקשיים העולים מדרך עריכת תסקיר נפגעות העבירה, שנערך מבלי להיפגש עם הנפגעות, אלא בסיוע של אמן ושל גורמים טיפוליים. בית המשפט המחוזי אף שקלל את הנסיבות לקולא, בדגש על הודאתו של המערער בביצוע העבירות, את חלוף הזמן מעת ביצוען ואת רצונו להשתלב בתכנית ייעודית לשיקום.

2. בדיון בפנינו הסניגורית טענה לראשונה כי נפלה טעות בהוראות החיקוק בהן הורשע המערער על פי הודאתו. זאת, מכיוון שסעיפי העבירה המופיעים בכתב האישום המתוקן - סעיף 351(ג)(2) בנסיבות סעיף 348(א) יחד עם סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק) - אינם מתיישבים האחד עם השני. הסניגורית סבורה כי יש להרשיע את המערער בחלופה אחרת של מעשה מגונה - סעיף 351(ג)(1) בצירוף סעיפים 348(א) ו-345(א)(3) לחוק. תיקון הטעות עשוי, לדבריה, להוביל להפחתה בעונשו של המערער, מכיוון שהעונש המקסימלי בגין העבירה בה הורשע עתה הינו 15 שנות מאסר, בעוד שהעונש המקסימלי בגין העבירה המוצעת הינו 10 שנות מאסר. המשיבה הסכימה כי נפלה שגגה בהכרעת הדין וכי יש לתקנה. היא טענה כי העבירה המגלמת בצורה הטובה ביותר את המעשים המתוארים בכתב האישום היא עבירה לפי סעיף 351(ג)(2) בנסיבות סעיף 348(ב) יחד עם סעיף 345(ב)(1) בנסיבות האמורות בסעיף 345(א)(1) או (4) לחוק. המשיבה מתנגדת לחלופה אותה הציעה הסניגוריה מכיוון שזו מתייחסת לעבירה שמתקיימת "אף בהסכמתה" של קטינה בת 14, בעוד שבמקרו נעדר כל ממד של הסכמה מצד נפגעות העבירה.

3. אכן, נפלה שגגה בהוראות החיקוק אשר יוחסו למערער בכתב האישום המתוקן שבו הודה. סעיף 351(ג)(2) לחוק, המוזכר בכתב האישום מתוקן, מפנה לסעיף 348(ב) לחוק בעוד שכתב האישום מפנה דווקא לסעיף 348(א) לחוק.

ונגדיר את המחלוקת. מוסכם על הצדדים כי סעיפי העבירה המצוינים בכתב האישום המתוקן הינם שגויים. עוד מוסכם כי סעיף העבירה הרלוונטי הינו סעיף 351(ג) לחוק - אך המערער טוען כי החלופה המתאימה הינה סעיף 351(ג)(1) בעוד המשיבה טוענת כי הסעיף הרלוונטי הוא 351(ג)(2). מכאן, כדי לעמוד על נסיבות הסעיף האמור, הצדדים עוברים לסעיף 348 לחוק והתחנה הבאה היא סעיף 345 - המערער והמשיבה חלוקים, כאמור, ביחס לחלופות המתאימות בתוך סעיפים אלה. החלופה שאותה הציעה הסניגורית כוללת את סעיף 345(א)(3) לחוק, אשר מתייחס לקטינה מתחת לגיל 14 וקובע שהעבירה מתקיימת "אף בהסכמתה" של הקטינה. ברי כי אין זה המקרה שבפנינו. כתב האישום המתוקן אינו מגלה כל רכיב של הסכמה מצד הקטינות למעשים המגונים שבוצעו על ידי אביהן החורג. יתרה מזאת, עבירות רבות נעברו כאשר המערער סבר כי הקטנות ישנות במיטתן, ומכאן שלא ניתנה הסכמה לביצוע המעשים. על כן, נראית יותר החלופה אותה הציעה המשיבה - בסעיף 345(ב)(1) בנסיבות האמורות בסעיף



345(א)(1) - אשר כוללת התייחסות מפורשת להיעדר ההסכמה החופשית של נפגעות העבירה. לא נעלמה מעיני טענת הסניגורית לפיה סעיף 345(א)(1), שאליו מפנה המשיבה, אינו מתייחס מפורשות להיותן של נפגעות העבירה קטינות. אכן סעיף זה אינו כולל הכרה בקטינות נפגע העבירה. עם זאת, סעיף אחר עליו מסתמכת המשיבה - סעיף 351(ג)(3) לחוק - מתייחס לעבירה של "מעשה מגונה באדם שהוא קטין והוא בן משפחתו" של מבצע העבירה. מכאן שהחלופה אותה הציעה המשיבה כוללת התייחסות לשני מרכיבים מרכזיים בעבירה - היות נפגעות העבירה קטינות שהינן בנות משפחתו של המערער, והיעדר הסכמתן לביצוע המעשים.

ברובד הכללי, הסעיף אליו מפנה הסניגורית אמנם מתייחס ל"הסכמה" של קטינה שהינה מתחת לגיל 14, אך אין לטעות. הדין כיום מבחין בין "הסכמה" לבין "הסכמה חופשית" (ראו: סעיף 345(א)(1) לחוק), ולפיו עד גיל מסוים קטינה אינה יכולה למסור את הסכמתה החופשית לקיום מגע מיני. לאמור, על פי הסעיף הרלוונטי הסכמתה של קטינה מתחת לגיל 14 למעשה המין המבוצע בה - לאו ההסכמה הנדרשת היא (יעקב קדמי על הדין בפלילים חלק שלישי 1378-1379 (2006)).

משזהו מצב הדברים, עולה כי בדין גזר בית המשפט המחוזי את עונש המאסר בפועל כפי שגזר מבחינת תקרת העונש. החלופה בה יש להרשיע את המערער מאפשרת להטיל על מבצע העבירה עונש מאסר מקסימלי של 15 שנה, בזהה לעבירה שבה הורשע המערער בשגגה בכתב האישום המתוקן.

באשר ליתר טענותיו של המערער, ניכר כי אלה שוקללו כנדרש במכלול השיקולים שהוביל את בית המשפט לגזירת עונש המאסר על המערער. כך, ערכאה קמא עמדה בהרחבה על הבעיות שעולות מתסקיר נפגעות העבירה ואף הזהירה את עצמה בהסתמכות על המידע הקיים בו, כפי שביקשה הסניגורית. אף חלוף הזמן היווה שיקול לקולא על ידי בית המשפט המחוזי. בנוסף, ההתרשמות העולה מתסקיר שירות המבחן הינה כי המערער לוקח אחריות חלקית בלבד על מעשיו, הוא אינו משלם את הפיצוי הכספי שהוטל עליו, והוא אף נמצא כבלתי מתאים בשלב זה להשתלב בטיפול ייעודי לעברייני מין.

4. ולאחר שהתגברנו על משוכות שונות, נעמוד על העיקר. זאת כדי לבחון אם עונש המאסר חמור מדי. בענייננו, כתב האישום המתוקן, שבו הודה המערער, מגלה סיפור קשה של מעשי מין אשר הותירו צלקת נפשית של ממש אצל נפגעות העבירה, שהיו רכות בשנים בעת שבוצעו נגדן העבירות. העבירות בוצעו על ידי מי שנתפס בעיני נפגעות העבירה כאב לכל דבר, באשר המערער היה נשוי לאמן של הנפגעות. המערער אף פגע בקטינות במקום שהיה אמור להיות הבטוח ביותר בשבילן - בביתן ובחדרן, בעת שסבר כי הן ישנות.

את זאת נאמר בקול צלול. ידע כל אב או אדם הממלא דמות אב על פי חוק, כי בתו הקטינה רשאית לצפות ממנו להשגחה ולהגנה. ואם, חלילה, הגורם שהבת אמורה לבטוח בו יותר מכל בבית - בד' אמות המקום שאמור להיות מרחבה החופשי והבטוח - פוגע בה, הרי כי אז ייגזר עליו עונש חמור. על העונש לתת ביטוי מוחשי וקונקרטי לסלידה הערכית והחברתית מהתנהגות כזו ומהפגיעה בקטינה. בראיה זו, העונש אינו חמור, וודאי כי הוא אינו מצדיק התערבות מצד ערכאת הערעור.

5. הערעור על העונש נדחה פרט לכך שההרשעה תהיה על פי העבירות הבאות - סעיף 351(ג)(2) בנסיבות סעיף 348(ב) יחד עם סעיף 345(ב)(1) בנסיבות האמורות בסעיף 345(א)(1) לחוק, ולא כפי שנקבע.

ניתן היום, כ' באדר התשע"ח (7.3.2018).

שופטת

שופט

שופט
