

## ע"פ 43150/02/23 - מדינת ישראל, ע נגד בר בן בסט

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 43150-02-23 מדינת ישראל נ' בר בן בסט  
תיק חיצוני: 820858/20

לפני הרכב כבוד השופטים:  
השופט אברהם בולוס [אב"ד]  
השופט מאזן דאוד  
השופט ניצן סילמן  
המערערת

מדינת ישראל  
ע"י פרקליטות מחוז חיפה (פלילי)

נגד  
המשיב  
בר בן בסט  
ע"י ב"כ עוה"ד רותם כהן

### פסק דין

ערעור המדינה על פסק דינו של בית משפט השלום בחיפה (כב' השופטת הבכירה אורית קנטור) מיום 5.1.23 בת"פ 56369-01-21.

הערעור מופנה כנגד מסקנת בית משפט קמא לבטל את הרשעת המשיב וכנגד קולת העונש.

### כתב-האישום

1. בכתב האישום שהוגש נגד המשיב והכולל שני אישומים, מתוארות עבירות מין שבוצעו במרחב הווירטואלי באמצעות האתרים "טוטאל צ'אט" וגם "סקיפ". העבירות כוונו לסוכנת משטרתית, אשר הציגה עצמה כילדה בת 13 תלמידת כיתה ז' שכינויה "שירה 13 המלכה" (להלן: **השוטרת**), זאת במסגרת פעילות יזומה של משטרת ישראל לאיתור חשודים בעבירות מין בקטינים ברשת האינטרנט.
2. על פי עובדות האישום הראשון, בתאריך 8/10/20 המשיב גלש בצ'אט כשהוא מכנה עצמו "חתיך חם בבית", הבחין בכינוי "שירה 13 המלכה". המשיב פנה לשוטרת שהציגה עצמה כבת 13 ולמרות שתחילה המשיב הגיב בציינו שזה לא מתאים וכי בצ'אט יש רק סוטים, מיד לאחר מכן הוא שאל אותה לפרטי הסקיפ שלה, השניים עברו לשוחח באמצעות הסקיפ ולבקשת המשיב הפעילו גם את הווידאו.

אותה עת השוטרת הייתה לבושה בחולצת בית ספר ואילו המשיב לבש חולצה בלבד ופלאג גופו התחתון עירום אך מוסתר מהמצלמה. במהלך השיחה המשיב ניסה להטריד את השוטרת מינית בכך שהפנה לה הצעות חוזרות ונשנות בעלות אופי מיני והתייחסויות המתמקדות במיניותה כמפורט בכתב האישום.

כשהוא סבור כי היא בת 13, המשיב ניסה לבצע בה מעשה מגונה ולגרום לה לבצע בעצמה מעשה מגונה, בין היתר, בכך שחשף לפני השוטרת את איבר מינו, הוריד את חולצתו והחל מסתובב עירום. בשלב זה המשיב התקרב למצלמה כשהוא אוחז באיבר מינו והחל מאונן וזאת למספר שניות. גם לאחר מכן המשיב חזר שוב ושוב ודרש מהשוטרת "שתראה לו גם" והפציר בה לעשות כן כשהוא נוגע באיבר מינו. למרות סירובה התקיף של השוטרת שמסרה באוזניו כי היא מתביישת, מפחדת ואינה מבינה בדברים אלה המשיב לא הרפה וחזר והפציר בה לכוון את המצלמה אל בין רגליה ולגעת בעצמה במקומות אינטימיים לשם גירוי וסיפוק מיני.

3. על פי עובדות האישום השני, בתאריך 27/10/2020 פנה המשיב שוב בסקיפי אל השוטרת, השניים החלו לשוחח והשוטרת הבהירה כי היא תלמידת כיתה ז'. המשיב הזכיר לשוטרת כי דיברו בעבר והשניים עברו לשיחת וידאו. המשיב ניסה להטריד את השוטרת מינית בכך שהפנה אליה הצעות חוזרות בעלות אופי מיני ביודעו כי השוטרת קטינה בת 13. בנוסף המשיב ניסה לבצע בשוטרת מעשה מגונה ולגרום לה לבצע מעשה מגונה בעצמה בכך שהוריד את תחתונו וחשף את איבר מינו. בהמשך המשיב פנה לשוטרת בהצעות, כמו להראות לו את תחתוניה ולמרות שאמרה כי היא מתביישת, מפחדת ומעולם לא הראתה למישהו המשיב אונן מול השוטרת תוך התעלמות מאמירותיה.

4. ביום 22.12.21 המשיב הורשע על פי הודאתו בעבירות המיוחסות לו בשני האישומים ואשר הן: **ניסיון הטרדה מינית של קטין מתחת לגיל 15** לפי סעיפים 5(א) + 3(א)(6)(א) סיפא לחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998 (להלן: **החוק למניעת הטרדה מינית**) + סעיף 25 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**); **ניסיון למעשה מגונה בקטין מתחת לגיל 14** לפי סעיף 348(א) לחוק העונשין בנסיבות סעיפים 345(א)(3) + 25 לחוק העונשין וכן **ניסיון לגרם מעשה מגונה בקטין מתחת לגיל 14** לפי סעיף 348(א) + סעיף 350, בנסיבות סעיפים 345(א)(3) + 25 לחוק העונשין.

5. לאחר הרשעת המשיב, עניינו הופנה אל שירות המבחן לקבלת תסקיר לרבות לשם בחינת סוגיית ביטול ההרשעה וגם למרכז להערכת מסוכנות.

#### **חו"ד המרכז להערכת מסוכנות ותסקיר שירות המבחן**

6. בהתאם לחו"ד שהוגשה מטעם המרכז להערכת מסוכנות, ולאחר שנערכה סקירה מקיפה לרקע המשיב, נמצא כי המשיב לא גילה סימנים למשיכה לקטינים ורמת המסוכנות המינית היא נמוכה.

7. ביום 23.5.22 התקבל תסקיר שירות המבחן אשר סקר את רקע המשיב, רווק בן 31, נעדר עבר פלילי המתגורר עם בת זוגו, עובד כמשווק פנסיוני ובן מאומץ למשפחה נורמטיבית ותומכת. המשיב סיים 12 שנות לימוד עם בגרות מלאה והיה ספורטאי מצטיין. המשיב גויס לצה"ל ליחידה קרבית אולם שוחרר מוקדם מסיבות רופאיות. המשיב בזוגיות כעשר שנים והקשר הזוגי מתואר כטוב ומכבד.

באשר לעבירות המיוחסות למשיב, צוין כי הוא לקח אחריות לביצוען והביע חרטה. המשיב הסביר, כי העבירות בוצעו בתקופה של סגרים עקב מגפת הקורונה, שאז נהג להשתמש במרחב הווירטואלי בחיפוש אחר קשרים בעלי אופי מיני על רקע היותו רחוק מבת זוגו וכפיצוי על חוויות עצבות ובדידות שליוו אותו בשל הסגר ששרר במדינה. המשיב שלל משיכה מינית לקטינים.

שירות המבחן העריך, כי בשל קשיי המשיב להתמודדות עם מצבי משבר ולחץ משמעותיים, הוא יכול לפעול באופן רגרסיבי. מתיאורי המשיב עולה, כי בעת ביצוע העבירה היה מוצף מינית והתקשה להפגין אמפטיה כלפי הקורבן באותה העת.

שירות המבחן העריך כי המשיב זקוק למסגרת טיפולית שתאפשר לו לבחון באופן ביקורתי את נסיבות ביצוע העבירה ולרכוש כלים להתמודדות אדפטיבית תחת דחק ומשבר. לפיכך, שירות המבחן המליץ לדחות את הדיון בעניין המשיב לתקופה בת 3 חודשים לבחינת השתלבותו בטיפול.

8. בתסקיר משלים שהוגש ביום 13.9.22 שירות המבחן ציין, כי במהלך תקופת הדחייה המשיב השתלב במסגרת טיפולית הכוללת טיפול פרטני וקבוצתי בתדירות של פעמיים בשבוע. המשיב שיתף פעולה באופן מלא עם תכנית הטיפול וגילה מוטיבציה גבוהה לבחון את התנהלותו ומעשיו הפוגעניים. המשיב מסר, כי בעקבות הטיפול הוא מגיע לתובנות חדשות אודות הרקע לביצוע העבירות והביע נכונות להמשך ההליך הטיפולי.

לאור האמור, שירות המבחן התרשם כי קיים סיכוי ממשי לשיקום המשיב הגובר על גורמי הסיכון. לכן הומלץ על העמדת המשיב בצו מבחן למשך 18 חודשים במסגרתם ישלים את ההליך הטיפולי שהחל תחת פיקוח שירות המבחן. כן הומלץ על הטלת צו שירות לתועלת הציבור בהיקף של 200 שעות כחלופה עונשית בעלת אופי חינוכי שיקומי.

באשר לסוגיית ביטול ההרשעה, המשיב הדגיש בפני שירות המבחן שהרשעה פלילית עלולה לגרום לאיבוד הרישיון שלו כמשווק פנסיוני. לכן צוין, כי מתוך הערכה כי הרשעת המשיב תפגע בו באופן קונקרטי ומידי במישור התעסוקתי, הומלץ על ביטול הרשעת המשיב.

9. בימ"ש קמא הזכיר בגזר הדין את הערכים החברתיים שנפגעו כתוצאה מביצוע העבירות בהן עסקין כמו ההגנה על שלומם של קטינים, ביטחונם האישי, פרטיותם, נפשם והאוטונומיה שלהם במרחב הווירטואלי בו השימוש הולך וגובר.

באשר לנסיבות ביצוע העבירה בימ"ש קמא ציין, כי לעבירות לא קדם תכנון והן נעברו באופן ספונטאני על רקע שעמום המשיב וקושי שחווה בשל הריחוק מבת זוגו בתקופת סגרי הקורונה; העבירות בוצעו כלפי שוטרת שהציגה עצמה כקטינה בת 13; העבירות בוצעו בשתי הזדמנויות שונות בהפרש של כשלושה שבועות ובשתיהן המשיב חשף עצמו ואונן מול השוטרת. לפיכך נקבע, כי חלקו של המשיב בביצוע העבירות היה מלא ובלעדי. כן נקבע, כי בפועל לא נגרם נזק שכן המדובר בשוטרת, אך בצד זאת הוסבר כי לו דובר בקטינה הנזק שהיה צפוי להיגרם הוא רב לאור תכני השיחות והעובדה שהתקיימו בוודאו. נקבע, כי המשיב יכול היה להבין את אשר עשה, את הפסול במעשיו ומשמעותם ואף יכול היה להימנע מהם או לכל הפחות מקיומה של שיחה נוספת, אולם לא עשה כן.

בימ"ש קמא קבע, כי במקרה זה נכון לקבוע מתחם עונש הולם אחד לאור העובדה כי מדובר בשתי שיחות שהתקיימו במסגרת מבצע משטרת אחד, בסמיכות זמנים ומול אותה שוטרת, כאשר המתחם הוא בין 6 ל-12 חודשי מאסר.

10. בזיקה לשאלת ביטול ההרשעה והעונש הראוי למשיב, בימ"ש קמא נתן משקל לעובדה שהמשיב נעדר עבר פלילי, בעל תואר ראשון ושני ורישיון לשיווק פנסיוני, העובדה ששמר על יציבות תעסוקתית וגדל במשפחה נורמטיבית. ביהמ"ש קמא גם יחס משקל לנסיבותיו האישיות של המשיב שפורטו בהרחבה בתסקירים, לזוגיות ארוכת השנים, למצבו הרפואי והמשפחתי, וגם לנזק שיגרם למשיב ומשפחתו. כן בימ"ש קמא התחשב בעובדה שהמשיב נטל אחריות על מעשיו והביע חרטה בהזדמנות הראשונה כבר בחקירתו, פנה מיוזמתו לטיפול ולוקח חלק פעיל בהליך הטיפול וגם לקביעת המרכז להערכת מסוכנות כי קיימת רמת מסוכנות נמוכה. בימ"ש קמא התייחס לתסקיר שירות המבחן והמלצותיו לצו מבחן, צו של"צ וביטול הרשעת המשיב נוכח ההתרשמות כי תיגרם למשיב פגיעה מבחינה תעסוקתית. לפיכך קבע בימ"ש קמא, כי קיימות בעניין המשיב אינדיקציות המצביעות על סיכוי ממשי לשיקומו.

בהמשך בהמ"ש קמא עמד על ההלכה לפיה רק במקרים חריגים ביהמ"ש יורה על ביטול ההרשעה (ע"פ 2083/96 **כתב נ' מדינת ישראל** (21.8.97) (להלן: **הלכת כתב**)) וקבע כי למרות שמדובר בשני אישומים בעבירות חמורות, אולם לנוכח האמור לעיל ומשנראה כי ההרשעה עלולה להביא לאיבוד רישונו של המשיב כמשווק פנסיוני ולפגיעה תעסוקתית, אזי במקרה זה מתקיימות נסיבות חריגות שמצדיקות ביטול ההרשעה. חיזוק למסקנתו ביהמ"ש קמא מצא בקביעתו בפס"ד שנתן באותה הפרשה בעניינו של נאשם אחר בת"פ 56456-01-21 **מדינת ישראל נ' פלוני** (29.5.22) (להלן: **עניין פלוני**), שם הוגש כתב אישום בעניין דומה שנידון בפני בימ"ש קמא, בו הורה בפסק-דינו על ביטול ההרשעה והמדינה השלימה עם קביעה זו.

מכל אלה, ביהמ"ש קמא קבע, כי במקרה זה ניתן להימנע מהרשעה, כן הוטל על המשיב צו מבחן למשך 18

חודשים במהלכו ימשיך בהליך הטיפול שהחל וכן צו של"צ בהיקף של 200 שעות.

### תמצית טענות הצדדים

11. בהודעת הערעור וכן בדיון שהתקיים לפנינו המערערת טענה, כי בימ"ש קמא שגה עת הורה על ביטול הרשעתו של המשיב, וגם נקלע לטעות כשנמנע מהטלת עונש מאסר והסתפק בעונש שירות לתועלת הציבור. המערערת הדגישה, כי בהתאם לפסיקה הימנעות מהרשעה אפשרית בהתקיים שני תנאים מצטברים לפיהם על ההרשעה לפגוע פגיעה חמורה בשיקום הנאשם וסוג העבירה מאפשרת להימנע מהרשעה מבלי לפגוע בשיקולי ענישה אחרים.

במקרה דנן, כך נטען, המשיב לא הניח מסד ראיתי ברור לפיו במידה ויורשע תיגרם פגיעה מוחשית וקונקרטי לעתידו התעסוקתי; לא הובאו בפני בימ"ש קמא ראיות קונקרטיות לנזק מוחשי שצפוי להיגרם למשיב ככל ויורשע ואף המשיב לא הציג את רישיון עיסוקו כיועץ ומשווק פנסיוני. לגישת המערערת, שגה בימ"ש קמא עת הסתמך רק על התרשמות שירות המבחן לפיה הרשעת המשיב עלולה להביא לאיבוד רישיונו שכן אין בהתרשמות זו כדי להצביע על פגיעה ממשית וקונקרטי מה גם שהמלצת שירות המבחן אינה חזות הכל, ויש ליתן משקל בהיקשר זה לכלל הנתונים והנסיבות.

לטענת המערערת, העבירות בהן הורשע המשיב שעניינן בעבירות מין שהופנו לקטינה בת 13, אינן מאפשרות הימנעות מהרשעה. עמדה זו תשדר מסר סלחני שאינו מתיישב עם האינטרס הציבורי בהגנה על שלום הציבור בכלל וקטינים בפרט, וכן הרתעת המשיב ועבריינים פוטנציאליים מפני ביצוע עבירות דומות. עוד נטען, אף שמדובר במעשים שאינם מצויים ברף הגבוה של עבירות המין, אך אין להפחית מחומרתם ואין להתעלם מפוטנציאל הפגיעה בקטינים. לגישת המערערת, עבירות מסוג זה המבוצעות במרחב הווירטואלי נוכח נפוצות והקלות הבלתי נסבלת בביצוען, אינן מאפשרות להימנע מהרשעת המשיב.

עוד נטען, כי אף שנכון ליתן משקל להליך הטיפול של המשיב, אולם אין פירוש הדבר התעלמות משיקולי ענישה אחרים וגם לא מהנסיבות החמורות של ביצוע העבירה, כמו העובדה שמדובר בשני אירועים אשר התרחשו בהפרש של מספר שבועות, ובמסגרתם המשיב חשף את איבר מינו ואונן בפני מי שסבר שהינה קטינה כבת 13. גם אין לגזור גזירה שווה מעניין **פלוני**, שכן באותו המקרה דובר באירוע חד פעמי, הנאשם שם לא הואשם בעבירה של ניסיון לגרם מעשה מגונה בקטין, כן הוצגו ראיות של ממש לפגיעה קונקרטי ומהותית כתוצאה מההרשעה נוסף לגילו הצעיר של הנאשם שם בשונה מנסיבות המקרה דנן. לעמדת המערערת, נסיבותיו האישיות של המשיב אמנם מצדיקות חריגה ממתחם העונש, אולם אין בהם כדי להצדיק ביטול הרשעה והימנעות מעונש מאסר בפועל שירוצה בעבודות שירות.

12. מנגד, הסניגור המלומד בטיעונו עתר לדחיית הערעור בהדגישו כי פס"ד של ביהמ"ש קמא מקיף, יסודי ונתמך בסיכויי שיקום, בהליך טיפולי ארוך ומוצלח ובהמלצת שירות המבחן. הסניגור עמד על נסיבותיו האישיות של המשיב אשר לגישתו תומכות בעמדת ביהמ"ש קמא. כן טען, כי אין הצדקה להבחנה לה

עותרת המערערת מעניינו של **פלוני**, שכן המדובר הוא במקרים הדומים עד מאוד. אמנם, כך נטען, בעניין המשיב המדובר בשני אירועים בשונה מעניינו של **פלוני** שהורשע באירוע בודד, יחד עם זאת בצד עוצמתם הגבוהה של שיקולי השיקום הרי המשיב בחר להודות באופן מיידי, לחסוך מזמנם של העדים ושל ביהמ"ש ומאז חל בו שינוי מהותי.

הסניגור טען, כי אף אם המשיב עשה טעות בזויה, מכוערת ולא מוסרית - הרי הדבר נעשה בתקופת הקורונה ובהשפעתה. לנוכח נסיבותיו האישיות החריגות, נטילת האחריות, ההליך השיקומי המעמיק שעדיין נמצא בעיצומו והפגיעה במקצועו, אין הצדקה להפיכת הקערה על פיה. עוד הודגש, כי המשיב צפוי להתחתן באוגוסט הקרוב, מקיים חיים נורמטיביים, ויציבות בזוגיות ובעבודתו, כאשר הרשעה והחמרה בענישה יסכלו כליל את השיקום המוצלח ויסבו למשיב נזק חמור.

### דין והכרעה

13. על חומרתן והשלכותיהן של עבירות המין בקטינים שמבוצעות במעבה המרשתת דובר רבות:

**"חומרה רבה יש לייחס לעבירות מין ברשת האינטרנט בקטינים, וזאת לאור המסוכנות הגלומה בהם, קלות ביצוען, נפיצותן לאחרונה, הפגיעה הפוטנציאלית בילדים וילדות, והקושי לפקח על רשת האינטרנט ולאחר עבריינים מסוג זה. על כן, יש להשית ענישה מוחשית ומשמעותית בגין עבירות מסוג זה, ובכך להגביר את ההרתעה מביצוע העבירות" (רע"פ 2958/21 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (29.04.21))**

ההחמרה בענישה מתחייבת לאור האמור לעיל, העובדה שהעבירה מבוצעת במקרים רבים בחסות האנונימיות דבר המתיר את הרסן ומסיר חסמים, כמו גם חוסר היכולת של ההורים להגן על ילדיהם הקטינים מפני הסכנה האורבת להם באינטרנט (בש"פ 2065/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (22.3.13)). עבירות מין בקטינים מסבות נזק רב - נזק שבא לידי ביטוי בצלקות עמוקות בנפש שילוו את נפגעי העבירות לאורך ימי חייהם ויפגעו בתפקודם בכל מישורי החיים (ע"פ 538/13 סבח נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (26.12.13)); ראו גם ע"פ 6703/13 כהן נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (16.1.14); ע"פ 3234/22 מרדכי אללו נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (22.1.232); רע"פ 3550/23 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (11.5.23)).

14. הלכה היא כי בשל חומרת עבירות המין בכלל וכלפי קטינים בפרט המבוצעות במרחב הווירטואלי אשר, כאמור, לא מהווה נסיבה לקולא (ע"פ 3576/14 גורדון מניס נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (29.02.16)); מדיניות הענישה מחמירה ובגדרה יש ליתן משקל רב לאינטרס הציבורי בהרתעת עברייני מין פוטנציאליים, הגנה על קטינים כמו גם לנזקים המשמעותיים הנגרמים לנפשמם ולגופם של נפגעי העבירות. לשיקולים אלה יש, ככלל, ליתן את הבכורה על פני נסיבות אישיות וגם סיכויי השיקום. זו היא

נקודת האיזון הראויה, במיוחד לנוכח נפיצותן של עבירות המין במרחב הווירטואלי שהפכו מזמן למכת  
מדינה:

"התמונה המצטיירת - מדאיגה. הובאו לעיוננו נתונים מאת יחידת הסייבר 105 של משטרת ישראל: למעלה מ-100 אירועים התקבלו וטופלו במוקד מדי חודש בחודשו בשנת 2020, מחציתם לגבי פגיעות על רקע מיני. מרבית הנפגעים בגילאי 12-14, כשני-שליש מן הנפגעים הן ילדות ונערות. ממדי התופעה הולכים וגדלים, מספר האירועים הנפתחים במוקד 105 מדי חודש בשנת 2020, הוכפל לעומת שנת 2019 [.....] צריך להחליץ חושים ולעשות מעשה לצורך טיפול ב'מכת מדינה' זו. במה שנוגע לבית המשפט - עלינו להחמיר בענישה על עברייני-מין וירטואליים; למען יראו וייראו. הענישה צריכה לבטא את הסלידה מן המעשים הללו, את פגיעתם הרעה, ואת הצורך במעטפת של הגנה על קטינים ברשת האינטרנט." (ע"פ 6391/20 מדינת ישראל נ' יצחק בטיטו, פסקאות 4, ו-5 (01.08.21))

נוכח העובדה שתופעה רעה זו פשתה במקומותינו, על ביהמ"ש לתרום את חלקו במאבק למיגורה באמצעות הטלת ענישה מרתיעה, המעבירה מסר חד וברור המוקיע את דבר העבירה. בעבירות בהן עסקין הכלל הוא, כפי שנקבע רבות, הטלת עונש הכולל בחובו אף מאסר מאחורי סורג ובריא (רע"פ 1527/20 טל דה ליון נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (27.02.20) (להלן: עניין דה ליון)).

15. ביהמ"ש כן מוסמך לבטל את ההרשעה בעניינו של נאשם שנקבע כי ביצע את העבירה. אך בצד זאת הודגש רבות, כי סמכות זו היא החריג ואותה יש להפעיל אך במקרים יוצאי דופן במיוחד בעניינם של נאשמים בגירים, שכן סמכות זו לא מתיישבת עם שיקולי ענישה כבדי משקל כמו הגמול וההרתעה וגם לא עם עיקרון השוויון בפני החוק (ע"פ 2796/03 ביבס נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (5.7.04); ראו גם : ע"פ 9262/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ח(4), 869, 876 (2004); דנ"פ 8062/12 מדינת ישראל המשרד להגנת הסביבה נ' חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ, פסקה 15 לחו"ד כב' השופט גרוניס (2.4.15)).

כפי שנקבע בעניין כתב, סמכות זו תיושם במקרים חריגים בהם מתקיימים שני תנאים מצטברים; הראשון, כאשר ההרשעה עלולה לפגוע פגיעה חמורה בשיקומו של הנאשם; והשני, כאשר סוג העבירה מאפשר לוותר על הרשעה, מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי ענישה נוספים ובתועלת הציבורית שבהרשעה.

16. בעניינו, נוכח חומרת העבירות, נסיבות ביצוען המעוררות סלידה ושאת נפש, מדיניות הענישה המחמירה ממנה נגזרת בהכרח המסקנה כי לא ניתן להימנע מהרשעת המשיב כמו גם החשיבות בהעברת מסר מרתיע המחזק את המאבק ברעה חולה זו - אנו סבורים כי לא ניתן להימנע מהרשעה. באשר לעבירות בהן עסקין, ושוב ביחוד על רקע נסיבות ביצוען, שכיחותן והנזק שבצדן קיים אינטרס ציבורי מובהק בהרשעה, שכן גילוייה של גישה סלחנית תשדר מסר מטעה, תחתור תחת הלכידות החברתית בהוקעתן גם תיטול מעוצמתה של הרתעת הרבים.

17. לא זו אף זו, אנו סבורים כי המשיב גם לא הצליח להצביע על קיומו של נזק קונקרטי וחמור בסיכויי שיקומו. בהקשר זה נזכיר, כי נטל ההוכחה מוטל על המשיב, אותו ניתן להרים באמצעות ראיות משכנעות לעניין קיומו של נזק מוחשי וקונקרטי ולא בטענות החסרות גיבוי או בשערות (ע"פ 5985/13 **הראל אבן נ' מדינת ישראל**, פסקאות 6 ו-7 (2.4.14); רע"פ 1240/19 **עופר בר לוי נ' מדינת ישראל**, פסקה 8 (24.3.19)). במקרה זה למעט הטענה לקיומו של סיכון לפגיעה במקצועו בשל ביטול רישיון המשיב לשיווק פנסיוני, לא הובאה אף ראיה תומכת גם לא לקיומו של רישיון כזה.

18. אכן לעמדת שירות המבחן גם בזיקה לשאלת ההרשעה יש ליחס משקל, אך בצד זאת חשוב לסייג כי שירות המבחן בהמלצתו ממוקד בהיבט אחד מיני רבים הוא שיקומו של הנאשם, ואילו ביהמ"ש בבואו להכריע בסוגיה זו משקיף על מכלול הנתונים ומחויב הוא ליתן משקל גם לשיקולי הגמול וההרתעה. אף יתרה מכך, המלצתו של שירות המבחן במקרה זה רחוקה מלהיות מבוססת, שכן היא מושתתת אך על טענתו של המשיב כי הרשעה תוביל לביטול רישיונו כמשווק פנסיוני. המדובר בטענה שלא זכתה לגיבוי, ומכאן המלצת שירות המבחן נשענת אך על השערה וחשש ערטילאי שהוא מנת חלקו של כל המורשע בפלילים (רע"פ 5949/17 **משה אמר נ' מדינת ישראל**, פסקה 12 (25.7.17)). גם אם נלך כברת דרך ארוכה לקראת המשיב ונניח כי אכן קיימת אפשרות שרישיונו כמשווק פנסיוני יבוטל, עדיין את ההכרעה בהקשר זה יש להותיר בידי הגורם המוסמך (רע"פ 5018/18 **בזגלו נ' מדינת ישראל** (21.10.18); רע"פ 5100/14 **ד"ר אחמד מסארווה נ' מדינת ישראל** (28.7.14); רע"פ 654/13 **פאדי אבו בכר נ' מדינת ישראל** (26.2.13); רע"פ 1240/19 **עופר בר לוי נ' מדינת ישראל** (24.3.19); רע"פ 923/19 **פלונית נ' מ"י** (2.4.19); רע"פ 1947/22 **שריף קבהא נ' מדינת ישראל** (23.3.22); רע"פ 5861/11 **יצחק דניאל נ' מדינת ישראל** (18.8.11); רע"פ 5478/19 **נטע לוי נ' מדינת ישראל** (25.8.19)).

19. כזכור, ביהמ"ש קמא סמך במסקנתו זו על הכרעתו בעניין **פלוני**. אכן כטענת המשיב נכון ליתן משקל לעיקרון אחידות הענישה ולערך השוויון גם בזיקה לשאלת ההרשעה, אך בצד זאת, כפי שנקבע רבות, לא מדובר בנוסחה מתמטית מדויקת, ולא בעיקרון בלעדי או מכריע אלא אחד מיני רבים אחרים (ע"פ 10173/16 **מדינת ישראל נ' תמיר טאהא**, פסקה 9 (14.2.17)). עיינו בפס"ד שנתן אותו המותב בעניין **פלוני**, ולמרות שמדובר באותה הפרשה אנו סבורים כי קיימים הבדלים מהותיים המצדיקים את התוצאות השונות. עניינו של פלוני שונה באופן מהותי מזה של המשיב, שכן בעניין **פלוני** הונחה תשתית משכנעת באשר לקיומו של נזק חמור בעקבות ההרשעה (פסקה 36 לפס"ד); הנאשם שם היה בן 21 בזמן ביצוע העבירות, מה גם שהורשע באירוע בודד בשונה מהמשיב. ועוד, גם התוצאה בעניין **פלוני** ספק אם הייתה עומדת במבחן הביקורת, וכידוע עיקרון זה דורש השוואה עם תוצאה ראויה ואין לראות בו דרך "לשכפול" טעות (ע"פ 1392/20 **גאבר נ' מדינת ישראל**, פסקה 8 (24.6.2020)).

20. כל הנסיבות אותן מנה ביהמ"ש קמא לא מובילות לתוצאה של ביטול ההרשעה. אלה נסיבות לקולא, כמו ההודאה, נטילת אחריות, נסיבות חיים מורכבות, היעדר עבר פלילי, הליך שיקומי יסודי ועוד, המצדיקות הקלה בעונש אף תוך סטייה ממתחם העונש הראוי - אך לא מעבר לכך.

נוכח כל האמור לעיל, השתכנענו כי ביטול הרשעתו של המשיב אינה מידתית בנסיבות, דבר המצדיק



התערבותה של ערכאת הערעור (השו"פ 1201/12 יוסף קטיעי נ' מדינת ישראל, פסקה 16 לחו"ד כב' השופט הנדל (9.1.14)).

21. באשר למתחם העונש ועל יסוד הנימוקים עליהם עמדנו לעיל, אנו סבורים כי ביהמ"ש קמא שגה בקביעת המתחם שהרף התחתון הראוי בנסיבות הינו לפחות 12 חודשי מאסר ועד 30 חודשי מאסר (ראו עניין דה ליון פסקה 4; רע"פ 5707/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (30.8.20)); כן ביהמ"ש קמא שגה בקביעת העונש, שכן התוצאה סוטה באופן ניכר ואף קיצוני ממדיניות הענישה הראויה כשאין הצדקה לכך. הזכרנו מקודם כי בעניין דה ליון נקבע כי במקרה כפי ענייננו ראוי להטיל מאסר לריצוי מאחורי סורג ובריח בתוך המתחם, וענישה זו אושרה בשורה של החלטות שניתנו בביהמ"ש העליון באשר לנאשמים שעניינם דומה לזה של המשיב (רע"פ 5707/20 פלוני נ' מדינת ישראל (30.8.20); רע"פ 7657/21 פלוני נ' מדינת ישראל (11.11.21); רע"פ 2958/21 פלוני נ' מדינת ישראל (29.4.21)).

22. למרות האמור, בשים לב לעוצמתן של הנסיבות לקולא ובעיקר לקיומם של סיכויי ממשיים לשיקום וההליך השיקומי היסודי אותו עבר המשיב המצדיקים סטייה מתונה לקולה ממתחם העונש, לעמדתה של המערערת שעתרה למאסר שירוצה בעבודות שירות תוך סטייה ממתחם העונש, וגם לכלל לפיו ערכאת הערעור אינה נוטה למצות את הדין עם נאשם בקבלת ערעור המדינה, החלטנו לקבל את הערעור כלהלן:

- מרשיעים את המשיב בכל העבירות שיוחסו לו בכתב האישום, עליהן עמדנו בפסקה 4 שלעיל.

- מטילים על המשיב מאסר למשך 6 חודשים שירוצה בעבודות שירות בכפוף לחו"ד הממונה על עבודות השירות.

- כן מטילים על המשיב מאסר על תנאי למשך 6 חודשים לבל יעבור בתוך 3 שנים עבירה לפי פרק ה' מסימן י' לחוק העונשין או עבירה לפי החוק למניעת הטרדה מינית.

- כפועל יוצא מהאמור לעיל, צו השל"צ מבוטל בזאת.

- יתר רכיבי הענישה יישארו על כנם.

ניתן היום, כ"ו סיוון תשפ"ג, 15 יוני 2023, במעמד הנוכחים.



ניצן סילמן, שופט

מאזן דאוד, שופט

אברהים בולוס, שופט