בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5998/14

לפני:	כבוד השופט י' עמית כבוד השופט נ' סולברג כבוד השופט מ' מזוז
המערערת:	מדינת ישראל
	נ ג ד
המשיב:	פלוני
	ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב יפו (כב' השופטים ש' דותן, י' שיצר וש' שוחט) מיום 22.7.2014 בתפ"ח 1025/08
תאריך הישיבה:	י"ז בסיון התשע"ה (4.6.2015)
בשם המערערת:	עו"ד אושרה פטל-רוזנברג
בשם המשיב:	עו"ד דוד ברהום

פסק- דין

השופט מ' מזוז:

1. ערעור על גזר דינו מיום 22.7.2014 של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטים י' דותן, י' שיצר ו-ש' שוחט) בתפ"ח 1025-08, בגדרו נגזרו על המערער שבע שנות מאסר בפועל, מאסר על תנאי ופיצוי למתלוננת בסך 40,000 ₪.

ההליך בבית המשפט קמא

2. נגד המשיב הוגש כתב אישום שייחס לו שני מקרים של בעילה אסורה של קטינה, בת משפחה, שטרם מלאו לה 16 שנים - עבירה לפי סעיף 351(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק).

3. לפי עובדות כתב האישום מיום 21.2.2008, המשיב היה בן זוגה של אמה של הקטינה (להלן: הקטינה או המתלוננת), והתגורר עמה בדירתה. המתלוננת, ילידת 1991, אובחנה כסובלת מפיגור שכלי קל, ובעקבות צו השגחה שהתה בפנימיה מגיל 9 לערך. בשנת 2007, כשהייתה בת כ-15.5, שהתה המתלוננת במהלך חופשת הקיץ השנתית בדירת אימה. כתב האישום ייחס למשיב, במהלך תקופה זו, שני מעשי בעילה אסורה של המתלוננת, כדלקמן:

במועד לא ידוע במהלך תקופה זו נשארו המשיב והמתלוננת לבד בדירה. המשיב נכנס לחדרה של הקטינה וביקש שתסגור את הדלת. המשיב התיישב לצדה על מיטתה, אמר לה שהיא יפה וליטף את פניה, כתפיה ורגליה. המשיב ביקש מהקטינה להוריד את מכנסיה ותחתוניה, והיא עשתה כן. ואז המשיב החדיר את אצבעו לאיבר מינה של הקטינה. לאחר מכן הוריד המשיב את מכנסיו ותחתוניו, נשכב על הקטינה, ליטף את חזה והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה עד שהגיע לסיפוק מיני. המשיב פסק ממעשיו רק כששמע את האם נכנסת לדירה. הוא התלבש, ובטרם יצא מהחדר אמר לקטינה שלא תספר לאף אחד על שהתרחש.

האירוע הנוסף שתואר בכתב האישום, התרחש במועד אחר במהלך אותה תקופה. בעת שאמה של הקטינה שהתה במקלחת, נכנס המשיב לחדרה של הקטינה והחל לגעת בחזה ובאיבר מינה מעל לבגדיה. בשלב כלשהו ביקש המשיב מהקטינה להסיר את מכנסיה ותחתוניה. המשיב נגע והחדיר אצבעו לאיבר מינה של הקטינה, התפשט, נשכב עליה, ליטף את חזה והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. הוא פסק ממעשיו רק כששמע שהאם יצאה מהמקלחת.

כתוצאה ממעשיו אלה של המשיב הקטינה הרתה, והדבר התגלה רק במהלך החודש השביעי להיריון, על-ידי עובדי הפנימיה בה שהתה הקטינה, והיא עברה הליך של הפסקת הריון.

4. לקראת מתן עדותה של הקטינה בבית המשפט נפגשה עמה באת-כוח המאשימה. בפגישה סיפרה הקטינה על אירועים נוספים של בעילה שביצע בה המשיב. לאור זאת נשלחה הקטינה, באישור בית המשפט, להשלמת חקירה באמצעות חוקרת ילדים. בעקבות המידע הנוסף שמסרה הקטינה בחקירתה, הגישה התביעה, ביום 18.10.2010, כתב אישום מתוקן נגד המשיב, שכלל 6 אירועים מיניים נוספים.

בחודש מאי 2013, במהלך חקירתה הנגדית של הקטינה, החליט בית המשפט, לבקשת התביעה, להפסיק את מתן עדותה לאור מצוקתה הקשה, ניסיונותיה האובדניים ונוכח חוות דעת של פסיכיאטרית מטעם בית המשפט, שקבעה כי קיים חשש שהמשך העדות יגרום להחמרה משמעותית במצבה הנפשי והגופני עד כדי סיכון חייה. נוכח התפתחות זו החליטה התביעה לחזור בה מכתב האישום המתוקן, וחזרה לכתב האישום המקורי, שכאמור ייחס למשיב שני מקרים בלבד של בעילה אסורה בקטינה בת משפחה.

5. ביום 18.5.2014 ניתנה הכרעת הדין בה הרשיע בית המשפט את המערער בביצוע המקרה הראשון שתואר בכתב האישום של בעילה אסורה של קטינה, בת משפחה, שטרם מלאו לה 16 שנים. בית המשפט דחה את ניסיון המשיב להרחיק את עצמו מאחריות, וזאת בין היתר נוכח בדיקת דנ"א בה נמצא שהמשיב הוא אבי העובר שהפילה המתלוננת בהליך הפסקת ההיריון - ראיה שחיזקה ואימתה את גרסת המתלוננת. לעומת זאת, ביחס לאירוע השני ("אירוע המקלחת"), בהעדר ראיות חיצוניות לתמיכת גרסתה של המתלוננת, נותר לדעת בית המשפט ספק אם הספיק המשיב לבעול את המתלוננת בטרם יצאה אמה מהמקלחת, ולפיכך זוכה המשיב מאישום זה מחמת הספק.

6. גזר הדין ניתן ביום 22.7.2014. בית המשפט עמד, בין היתר, על החומרה היתרה שיש בפגיעה בערכים מוגנים של עבירות המין כשמדובר בעבירת מין שבוצעה על-ידי בן משפחה, ובפרט כשבוצעה בקטין. כן ציין בית המשפט שהעונש המזערי הקבוע בחוק למי שמורשע בעבירה בה הורשע המשיב עומד על 4 שנות מאסר. מבחינת נסיבות ביצוע העבירה עמד בית המשפט על התכנון שקדם לעבירה; על העובדה שמדובר בקטינה בת פחות מ-16 שנים, שהיא גם מוגבלת בשכלה, על העובדה שהבעילה האסורה גרמה להיריון שהצריך הפלה, ושכתוצאה מכך החלה הידרדרות קשה במצבה הנפשי של המתלוננת, שהחלה לפתח תסמונת פוסט-טראומטית, סבלה מהתפרצויות זעם תכופות ואף אושפזה מספר פעמים בשל ניסיונות אובדניים ומסוכנות לעצמה ולסביבה. כן צוין שהמשיב ניצל את מעמדו כבן זוגה של אם המתלוננת, שהתגורר יחד עמה, ואת פער הגילאים בינו לבין המתלוננת. מנגד, ציין בית המשפט, כי למערער אין עבר פלילי ואין מדובר בסוטה מין המסכן את הציבור הרחב. כן צוין כי כתוצאה מההליכים נגדו קרס המשיב כלכלית. עוד צוין כי למשיב 3 ילדים קטינים שהוא מחויב במזונותיהם, והוא גם מסייע רבות לאמו. ולבסוף, כי נשקלו כנסיבות

מקלות גם משך הזמן שחלף מאז ביצוע העבירה, גילו של המשיב - כבן 54 בעת גזירת העונש - והעובדה שהמשיב היה נתון במעצר בית ממושך במיוחד של כ-6 שנים.

מתחם העונש ההולם שקבע בית המשפט בעניינו של המשיב היה 5-10 שנות מאסר בפועל. בסופו של דבר השית בית המשפט על המשיב שבע שנות מאסר בפועל, מאסר על תנאי בן שנתיים, לבל יעבור עבירות מין מסוג פשע, וכן פיצוי למתלוננת בסך 40,000 ₪.

7. הערעור שלפנינו הוא ערעור המדינה על קולת העונש.

טיעוני הצדדים בערעור

8. המערערת סבורה שהעונש שנגזר על המשיב לא הולם את חומרת מעשיו המיניים הקשים, ולא תואם את נסיבות הענין. לשיטתה, מתחם הענישה שנקבע לא משקף באופן ראוי את הערכים המוגנים העומדים בבסיס הרשעת המשיב, שהם שמירה על כבוד האדם וזכות האוטונומיה של האדם על גופו. נטען, כי המשיב ניצל באופן מחפיר את יחסי הקרבה בינו לבין המתלוננת, וכן את קטינותה ואת מוגבלותה השכלית לשם סיפוקו המיני. כמו כן, נטען כי בית המשפט לא ייחס די משקל לנזק החמור שגרמו מעשי המשיב למתלוננת, בפרט נוכח העובדה שהקטינה הרתה ונאלצה לעבור הפלה בשלב מתקדם מאוד של ההיריון. בהקשר זה צוינו חוות-הדעת הפסיכיאטריות שעמדו בפני בית המשפט קמא, שתיארו את מצבה הנפשי הקשה של המתלוננת, אשר בעקבותיהן נאלצה התביעה, באישור בית המשפט, להפסיק את עדותה. עוד נטען, כי המשיב לא הודה ולא חסך את עדות המתלוננת בבית המשפט, מה שגרם להחרפת מצבה הנפשי ולנקיטת מעשים קיצוניים מצדה. המערערת הדגישה, שהמשיב זוכה משאר האירועים שבכתב האישום, לא בשל פגמים בעדות המתלוננת, אלא בגלל הפסקת העדות שנבעה ממצוקתה הרבה. בנוסף נטען כי מתחם הענישה שנקבע חורג מרמת הענישה שנקבעה בתיקים דומים, וכי בית המשפט קמא העניק משקל יתר למשך מעצר הבית למרות שרוב תקופת מעצר הבית בו היה המשיב נתון הייתה של מעצר בית לילי בלבד, והוא היה יכול לצאת לעבודה אם רצה בכך.

בנוסף נטען, כי בית המשפט קמא לא העניק די משקל לשיקול של הגנה על שלום הציבור, כאשר התנהגות המשיב וחוסר לקיחת האחריות או הבעת הצער מצדו מלמדים על הסיכון הגלום בו. המערערת עמדה גם על הצורך בהרתעת עבייני מין

פוטנציאליים אחרים. בדיון בעל-פה הוסיפה באת-כוח המדינה כי המשיב אף לא שילם את הפיצוי שנפסק לזכות המתלוננת.

9. מנגד, טען בא כוח המשיב, כי הערעור לא מעלה עילה להתערבות בעונש שגזרה הערכאה הדיונית. נטען, כי בגזר דינו של בית המשפט קמא לא נפלה טעות ביישום של תיקון 113 לחוק העונשין, וכי העונש שנגזר נמצא במתחם הסבירות. לטענתו, המקרים בפסקי הדין שהוגשו על-ידי המערערת שונים מהמקרה דנן, כיוון שאין מדובר בענייננו בעבירת אינוס, ואין מדובר בגילוי עריות. יתרה מזאת, המשיב הדגיש שהורשע במקרה אחד בלבד, וזוכה מהמקרים הנוספים בהם הואשם. באשר לנזק שנגרם למתלוננת נטען, כי היו לה בעיות רבות גם לפני כן, וללא תסקיר נפגע עבירה לא יכול היה בית המשפט לדעת מה שיעור ההחמרה במצבה שנגרם ממעשי המשיב. עוד נטען כי זכותו של נאשם לנהל הליך הוכחות, ואין לזקוף זאת לחובתו.

לבסוף ציין בא כוח המשיב, כי בית המשפט קמא קבע מפורשות שהמשיב אינו "סוטה מין", ולכן אין הצדקה להגביל את חירותו בשל חשש למסוכנות גבוהה. מבחינת נסיבותיו האישיות, המשיב התקשה למצוא עבודה במהלך תקופת המעצר והוא נעדר עבר פלילי.

דיון והכרעה

10. מעשיו של המשיב קשים, חמורים ומקוממים מאוד. המשיב ניצל באופן ציני ומחפיר את מצוקתה ומוגבלותה של הקטינה, וגרם לה כאמור לנזק נפשי קשה ביותר וממושך. הוא פגע בקטינה, בתה של בת זוגו, בביתה, תוך שניצל את קרבתו לאימה, את גילה הצעיר ואת מוגבלותה השכלית. הפגיעה המינית במתלוננת, ההיריון שנגרם בעקבותיה וההפלה בשלב מאוד מתקדם של ההיריון, גרמו למתלוננת נזק נפשי קשה ומתמשך. לפי חוות הדעת של הפסיכיאטרית ד"ר מאיה אלעזר, שמונתה כמומחית מטעם בית המשפט (מוצג בימש/1, להלן: חוות-הדעת), הרי שבעקבות חשיפת הניצול המיני, ההיריון וההפלה החלה הידרדרות קשה במצבה הנפשי של הקטינה, והיא החלה לפתח תסמונת פוסט טראומטית, סבלה מהתפרצויות זעם תכופות, ואף אושפזה מספר פעמים בשל ניסיונות אובדניים ומסוכנות לעצמה ולסביבה.

כעולה מחוות-הדעת, המדובר בקטינה שהחיים התאכזרו אליה מעת לידתה. הקטינה היא בת להורים ששניהם סובלים ממוגבלות שכלית. היא נולדה בלידה

מוקדמת כשהיא סובלת מבעיות קשות שהצריכו ניתוחים ואשפוזים רבים. היא סבלה מפיגור התפתחותי, למדה בחינוך המיוחד, ומגיל 9 לערך הועברה לפנימייה בשל הזנחה הורית וחשד להתעללות מצד האב.

11. מעשים קשים אלה של המשיב מצדיקים ומחייבים ענישה משמעותית ומרתיעה. נזכיר -

> "העונשים שבית המשפט גוזר על נאשמים צריכים לשקף את סלידתה של החברה מהמעשים המבחילים שלדאבוננו הם שכיחים ולהרתיע עבריינים פוטנציאליים אחרים" (ע"פ 241/03 פלוני נ' מדינת ישראל (28.12.2005), להלן: ענין פלוני)).

ובמקום אחר:

> "עבירות מעין אלה בהן הורשע המערער הן מהבזויות שעלי ספר החוקים שלנו. ראויות הן למענה שיפוטי מחמיר, חד-משמעי וברור, המעמיד במרכזו את הפגיעה בקרבן צעיר וחסר אונים מידיו של בן משפחה קרוב המנצל לרעה את גילו, את הקרבה המשפחתית ואת האמון שנתן בו הקטין התמים. על העונש לשקף את סלידתה של החברה ממעשים אלה ולשדר מסר מרתיע לעבריינים בכוח. כן נדרש העונש לשקף את ההגנה שפורש בית המשפט על המתלוננת, קרבן העבירה... על העונש להלום את חומרת המעשים ולהשיב למי שחמס במו ידיו את ילדותה של בתו כגמולו, תוך הבטחת שלומה של המתלוננת..." (ע"פ 10673/04 פלוני נ' מדינת ישראל (01.06.2008)).

ועוד נאמר:

> "התופעה הקשה והעצובה של עבירות מין במשפחה באה לעתים מזומנות לפתחם של בתי המשפט, וטעונה ענישה חמורה הולמת. היא בעלת אפקט משמעותי ורב שנים על הקרבן, העלול להטיל צל לשנים רבות, לאחר שבן משפחתו, מי ששמו בו את מבטחו, בגד באמון... על העונש לשקף את חומרת המעשים הפליליים, ואף להתחשב בשיקולי גמול והרתעת הרבים. 'כשחשיפתה של הילדה לצד האפל של החיים וגרימת צלקות בנפשה מונחים על כף אחת של המאזניים, ועל הכף השניה מונחות נסיבותיו האישיות של אביה, אין כפות המאזניים מעוינות, והעבירות שבוצעו בילדה הן שמכריעות את הכף לחומרה... ראויה המתלוננת להגנה מלאה, ולכך שהחברה ובתי המשפט הפועלים בה יוקיעו

> את העבירות ואת העבריין..." (ע"פ 3648/04 פלוני נ' מדינת ישראל (15.9.2005)).

12. למרבה הצער, עבירות מין בקטינים בכלל, ובתוך המשפחה בפרט, הן חזון נפרץ, והן מגיעות לפתחו של בית משפט זה לעתים קרובות. בית משפט זה הדגיש, שוב ושוב, את הצורך בענישה קשה ומחמירה בעבירות מעין אלה, והעמיד עונשם של עבריינים בעבירות כאלה על שנות מאסר ארוכות, לא פעם בערכים דו-ספרתיים. אכן, מתחמי הענישה בעבירות אלה הם, מטבע הדברים, במנעד רחב אשר מושפע במידה רבה מנסיבותיו הייחודיות של כל מקרה, ואולם מגמת ההחמרה היא ברורה ומובהקת. כך, לאחרונה ממש, העמיד בית משפט זה את עונשו של מבצע עבירות מין מרובות בקטינה, בתו החורגת, על 24 שנות מאסר לריצוי בפועל (ע"פ 6602/13 פלוני נ' מדינת ישראל (11.5.2015)).

> "מתחם הענישה בעבירות אלו הוא רחב אך ניתן לומר כי בתי המשפט הדגישו את הצורך במאסר משמעותי ומרתיע. כך לדוגמא בע"פ 2477/91 מדינת ישראל נ' פלוני (11.3.1993) החמיר בית משפט זה בעונשו של נאשם שהורשע באינוס ביתו הקטינה כך שהוא הועמד על 14 שנות מאסר בפועל. כך גם בע"פ 5676/10 שונים נ' מדינת ישראל (23.8.2012) בו נגזר על מערער שהורשע באינוס קטינה ובמעשים מגונים בשלוש קטינות עונש של 14 שנות מאסר בפועל. המתחם מתרחב אל עבר שנות מאסר מרובות יותר כאשר מדובר באינוס במהלכו נכנסה הקטינה להריון. כך בע"פ 4889/02 מדינת ישראל נ' בן סלמן רעד (16.2.2003) החמיר בית משפט זה בעונשו של נאשם שהורשע באינוס תוך גרימת היריון של מתלוננת בגירה על אף שנקבע כי נגרם לו עינוי דין." (ע"פ 2847/11 מדינת ישראל נ' פלוני (11.7.2013)).

13. הגם שאין לומר שהעונש שהוטל על המשיב הוא קל, אני סבור כי אין בעונש זה כדי להלום את חומרת מעשיו, ואין הוא שקול לנזק הקשה שנגרם לגופה ולנפשה של המתלוננת, שהיקפו מי ידע ואחריתו מי ישורנה. הניסיון המצטבר מלמד כי מעשים כאלה "צורבים כברזל מלובן נפשו של ילד ומותירים צלקות שלעולם לא תימחנה" (ענין פלוני, שם). העונש שהוטל על המשיב בענייננו אין בו לדעתי כדי להלום גם את הסלידה והזעזוע שמעשיו מעוררים אצל כל בר דעת ובעל מצפון.

מעבר לחומרה הרבה הכרוכה כאמור בעבירות מין במשפחה באשר הן, קיימות בענייננו נסיבות מחמירות נוספות וייחודיות: העובדה שמדובר בקטינה עם פיגור שכלי, והעובדה שבעילת הקטינה על ידי המשיב הובילה להיריון ולהפלה טראומטית בשלב היריון מתקדם, ועקב כך, גם הנזק שנגרם לקטינה בענייננו הוא קשה במיוחד, לרבות ניסיונות אובדניים חוזרים ונשנים, כמפורט לעיל.

14. המשיב גם לא נטל אחריות למעשיו וניסה להרחיק עצמו מאחריות ולהטילה על אחרים, תוך ניהול משפט ממושך. הוא לא חסך את עדותה הטראומטית של המתלוננת גם לאחר שבדיקת דנ"א הוכיחה שהיא אבי העובר שהפילה.

15. אין בידי לקבל את טענת בא-כוח המשיב, שאין להחמיר עם מרשו מאחר שלא הורשע באינוס אלא "רק" בבעילה אסורה. אין מקום לייחס משקל רב לאבחנה כזו מקום שמדובר בבעילה אסורה במשפחה של קטינה מתחת לגיל 16, ובכגון דא כבר נקבע כי -

> "כאשר מדובר בהורה המבצע מעשים מיניים בבנו הקטין או בבתו הקטינה, חזקה כי קטין נמצא במצב המונע ממנו להתנגד משום יחסי המרות, התלות והאמון שיש לו בהורה, המונעים ממנו לגלות התנגדות, והדברים נכונים במקרים רבים של עבירות מין במשפחה." (ענין פלוני לעיל, שם).

והדברים קל וחומר כאשר מדובר בקטינה עם פיגור שכלי.

16. לא למותר גם להזכיר כי העונש הקבוע בחוק לצד העבירה בה הורשע המשיב הוא 16 שנות מאסר, כאשר הנסיבות לחומרה של המקרה דנן מציבות אותו במתחם החומרה העליון של עבירה זו.

17. לאור כל האמור, בנסיבות המקרה כפי שנסקרו לעיל, ראוי היה לדעתי לקבוע את מתחם העונש ההולם על 8-14 שנות מאסר בפועל.

18. בקביעת עונשו של המשיב יש לקחת בחשבון את מכלול הנסיבות לחומרה שנזכרו לעיל, וזאת לצד הנסיבות לקולה שמנה בית המשפט בגזר הדין - קריסתו הכלכלית של המשיב, חובתו בתשלום מזונות ילדיו הקטינים, העובדה שהוא מסייע

לאמו החולה ואף משך הזמן שחלף בין ביצוע העבירה לבין גזירת העונש, בהתחשב בגילו של המשיב, וכן את העובדה ששהה תקופה ממושכת במעצר בית.

19. אשר על כן, לאור מכלול השיקולים כאמור, ובהתחשב בכך שאין זה מדרכה של ערכאת הערעור למצות עונשו של נאשם, אציע לחברי כי נקבל את ערעור המדינה ונעמיד את עונשו של המשיב על 9 שנות מאסר בפועל, בניכוי תקופת מעצרו, כאשר שאר חלקי גזר הדין יוותרו על כנם.

20. סוף דבר, אציע לחבריי כי נקבל את ערעור המדינה כאמור בפסקה 19 לעיל.

ש ו פ ט

<u>השופט י' עמית</u>:

אני מסכים.

ש ו פ ט

<u>השופט י' סולברג</u>:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט מ' מזוז.

ניתן היום, ט"ו בתמוז התשע"ה (2.7.2015).

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט