|  |
| --- |
| בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים |

|  |
| --- |
| 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 ב[תפ"ח 060136-12-14](http://www.nevo.co.il/case/18767613) [פורסם בנבו] |

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

ספרות:

[יעקב קדמי **על הדין בפלילים - חוק העונשין - חלק שני**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/4004)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345), [345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1), [345(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.3), [(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4), [345(ב)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.b.1), [348](http://www.nevo.co.il/law/70301/348), [348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a), [348(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.b), [351(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/351.c), [351(ג)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/351.c.1), [351(ג)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/351.c.2), [351(ג)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/351.c.3)

מיני-רציו:

\* בימ"ש תיקן את הוראות החיקוק שיוחסו למערער בכתב האישום שבו הודה, בגין הרשעתו בביצוע עבירות מין בבנותיו החורגות, אך לא מצא מקום להתערב בעונש של 5.5 שנות מאסר בפועל שהושת על המערער, בעודו מדגיש כי על כל אב או אדם הממלא דמות אב לפי חוק, לדעת כי בתו הקטינה רשאית לצפות ממנו להשגחה ולהגנה, ואם הוא פוגע בה, ייגזר עליו עונש חמור.

\* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: עבירות מין במשפחה

\* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: עבירות מין בקטינים

\* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: שיקולים לחומרה

\* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: התערבות ערכאת ערעור

\* עונשין – עבירות – מעשה מגונה בקטין שטרם מלאו לו 14

.

עסקינן בערעור על חומרת העונש של 5.5 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 (אביהן החורג) שטרם מלאו להן 14 שנה.

.

בית המשפט העליון (מפי השופט הנדל ובהסכמת השופטים קרא ו-וילנר) דחה את הערעור ופסק כי:

במקרה זה נפלה שגגה בהוראות החיקוק שיוחסו למערער בכתב האישום שבו הודה. סעיף 351(ג)(2) לחוק העונשין (להלן: החוק), המוזכר בכתב האישום, מפנה לסעיף 348(ב) לחוק בעוד שכתב האישום מפנה לסעיף 348(א) לחוק. מוסכם כי סעיף העבירה הרלוונטי הנו סעיף 351(ג) לחוק, אך המערער טוען כי החלופה המתאימה הנה סעיף 351(ג)(1) בעוד המשיבה טוענת כי הסעיף הרלוונטי הוא 351(ג)(2). כדי לעמוד על נסיבות הסעיף האמור, הצדדים עברו לסעיף 348 לחוק ולסעיף 345, כאשר הם חלוקים ביחס לחלופות המתאימות בסעיפים אלה. החלופה שהציע המערער כוללת את סעיף 345(א)(3) לחוק, שמתייחס לקטינה מתחת לגיל 14 וקובע שהעבירה מתקיימת "אף בהסכמתה" של הקטינה. אלא שכתב האישום אינו מגלה כל רכיב של הסכמה מצד הקטינות למעשים המגונים. יתרה מזאת, עבירות רבות נעברו כאשר המערער סבר כי הקטנות ישנות, ומכאן שלא ניתנה הסכמה לביצוע המעשים. לכן, נראית יותר החלופה שהציעה המשיבה בסעיף 345(ב)(1) בנסיבות סעיף 345(א)(1) שכוללת התייחסות מפורשת להעדר הסכמה חופשית של נפגעות העבירה. אמנם סעיף זה אינו מתייחס מפורשות להיות נפגעות העבירה קטינות. עם זאת, סעיף אחר עליו מסתמכת המשיבה הוא סעיף 351(ג)(3) לחוק מתייחס לעבירה של "מעשה מגונה באדם שהוא קטין והוא בן משפחתו" של מבצע העבירה. מכאן שהחלופה שהציעה המשיבה כוללת התייחסות לשני מרכיבים מרכזיים בעבירה – היות נפגעות העבירה קטינות שהן בנות משפחת המערער, והעדר הסכמתן לביצוע המעשים.

הסעיף אליו מפנה המערער אמנם מתייחס ל"הסכמה" של קטינה שהינה מתחת לגיל 14, אך הדין כיום מבחין בין "הסכמה" לבין "הסכמה חופשית" ולפיו עד גיל מסוים קטינה אינה יכולה למסור את הסכמתה החופשית לקיום מגע מיני. לאמור, לפי הסעיף הרלוונטי הסכמת קטינה מתחת לגיל 14 למעשה המין המבוצע בה, לאו ההסכמה הנדרשת היא. לאור האמור, ההרשעה תהיה לפי סעיף 351(ג)(2) בנסיבות סעיף 348(ב) יחד עם סעיף 345(ב)(1) בנסיבות האמורות בסעיף 345(א)(1) לחוק. משזה מצב הדברים, עולה כי בדין גזר בימ"ש קמא 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.

יתר טענות המערער שוקללו כנדרש במכלול השיקולים שהוביל את בימ"ש לגזירת עונש המאסר עליו. כתב האישום מגלה סיפור קשה של מעשי מין שהותירו 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 במקום שהיה אמור להיות הבטוח ביותר בשבילן – ביתן. ידע כל אב או אדם הממלא דמות אב לפי חוק, כי בתו הקטינה רשאית לצפות ממנו להשגחה ולהגנה. ואם, חלילה, הגורם שהבת אמורה לבטוח בו יותר מכל בבית פוגע בה, כי אז ייגזר עליו עונש חמור. על העונש לתת ביטוי מוחשי וקונקרטי לסלידה הערכית והחברתית מהתנהגות כזו ומהפגיעה בקטינה. בראיה זו, העונש אינו חמור, ודאי שאינו מצדיק התערבות ערכאת הערעור.

|  |
| --- |
| 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 לחדרה של ב' בשעת לילה, כאשר חשב שהיא ישנה, וליטף אותה בבטנה, באיבר מינה ובישבנה, 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 ובישבנה, 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)](http://www.nevo.co.il/law/70301/351.c.2) בנסיבות [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) יחד עם [סעיף 345(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.3) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), 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)](http://www.nevo.co.il/law/70301/351.c.1) בצירוף [סעיפים 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) ו-[345(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.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)](http://www.nevo.co.il/law/70301/351.c.2) בנסיבות [סעיף 348(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.b) יחד עם [סעיף 345(ב)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.b.1) בנסיבות האמורות [בסעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) או [(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) לחוק. המשיבה מתנגדת לחלופה אותה הציעה הסניגוריה מכיוון שזו מתייחסת לעבירה שמתקיימת "אף בהסכמתה" של קטינה בת 14, בעוד שבמקרנו 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)](http://www.nevo.co.il/law/70301/351.c.2) לחוק, המוזכר בכתב האישום מתוקן, מפנה [לסעיף 348(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.b) לחוק בעוד שכתב האישום מפנה דווקא [לסעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) 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)](http://www.nevo.co.il/law/70301/351.c) לחוק – אך המערער טוען כי החלופה המתאימה הינה [סעיף 351(ג)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/351.c.1) בעוד המשיבה טוענת כי הסעיף הרלוונטי הוא [351(ג)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/351.c.2). מכאן, כדי לעמוד על נסיבות הסעיף האמור, הצדדים עוברים [לסעיף 348](http://www.nevo.co.il/law/70301/348) לחוק והתחנה הבאה היא [סעיף 345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345) – המערער והמשיבה חלוקים, כאמור, ביחס לחלופות המתאימות בתוך סעיפים אלה. החלופה שאותה הציעה הסניגורית כוללת את [סעיף 345(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.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)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.b.1) בנסיבות האמורות [בסעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) – אשר כוללת התייחסות מפורשת להיעדר ההסכמה החופשית של נפגעות העבירה. לא נעלמה מעיני טענת הסניגורית לפיה [סעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1), שאליו מפנה המשיבה, אינו מתייחס מפורשות להיותן של נפגעות העבירה קטינות. אכן סעיף זה אינו כולל הכרה בקטינוּת נפגע העבירה. עם זאת, סעיף אחר עליו מסתמכת המשיבה – [סעיף 351(ג)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/351.c.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)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.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](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/4004) חלק שלישי 1379-1378 (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)](http://www.nevo.co.il/law/70301/351.c.2) בנסיבות [סעיף 348(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.b) יחד עם [סעיף 345(ב)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.b.1) בנסיבות האמורות [בסעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) לחוק, ולא כפי שנקבע.

5129371 ניתן היום, ‏כ' באדר התשע"ח (‏7.3.2018).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 54678313ש ו פ ט | ש ו פ ט | ש ו פ ט ת |

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 17010530\_Z03.doc דב

מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il/)

נ' הנדל 54678313-1053/17

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](http://www.nevo.co.il/advertisements/nevo-100.doc)