

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 9919/07

בפני :
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל

המערער : פלוני

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת מיום 8.10.07 בתפ"ח 1024/04 [פורסם בנבו] שניתן על ידי כבוד הנשיא מ' בן דוד, סגן הנשיא נ' ממן והשופט א' אברהם

תאריך הישיבה : י"ג בשבט תש"ע (28.1.10)

בשם המערער : עו"ד אריה ליכט

בשם המשיבה : עו"ד בת-עמי ברוט

בשם שירות המבחן : גב' ברכה וייס

חקיקה שאזכרה :

חוק העונשין, תשל"ז-1977 : סע' 245(א), 345(א)(1), 345(א)(3), 345(א)(4), 345(ב)(1), 345(ב)(3), 348(א), 348(ב), 351(א), 351(ב), 351(ג)(1), 351(ג)(2)

ספרות :

לימור עציוני, גילוי עריות - ההיבט המשפטי של התופעה מנקודת מבטן של נשים בגירות קרבנות בילדות (תשס"ט)

מיני-רציו :

* בימ"ש עמד על שיקולי הענישה בעניינו של המערער שהורשע בביצוע עבירות מין שונות כלפי אחותו, ופסק כי בשים לב לעקרון הענישה האינדיבידואלית ולאור נסיבותיו האישיות של המערער, יהיה נכון להפחית במעט מעונש המאסר בפועל בלבד, ולהעמידו על 11.5 שנים.

* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: שיקולים

* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה

* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: עבירות מין

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – שלמות הגוף ושמירת כבוד האדם

ערעור על חומרת העונש שהושת על המערער ע"י בימ"ש המחוזי - 13 שנות מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו; 3 שנות מאסר על תנאי, והתנאי הוא שהמערער לא יעבור עבירת מין במשך 3 שנים מיום שחרורו ממאסר; פיצוי כספי למתלוננת-אחותו של המערער. העונש הושת על המערער לאחר שהורשע בביצוע עבירות מין שונות כלפי המתלוננת.

בימ"ש העליון (מפי השופט דנציגר ובהסכמת השופטים לוי והנדל) קיבל את הערעור בחלקו ופסק כי: מעשי המערער חמורים. כל אדם זכאי להגנה על זכויותיו הבסיסיות, ובהן גם שלמות גופו ונפשו, ובתוך כך אף להגנת המדינה מפני בני משפחתו האחרים הפוגעים בו, מנצלים את קרבתם אליו לרעה ומותירים בו צלקות קשות מנשוא המסכות לו לא רק נזק מידי כי אם גם נזק ארוך טווח שלעיתים הוא בלתי הפיך. גם על בתי המשפט להשיא תרומתם להתמודדות עם תופעת גילוי העריות על כל צורותיה באמצעות השתתפות מאסרים מרתיעים וממושכים. לצד זאת, לפי עקרון הענישה האינדיבידואלית, בבוא בימ"ש לגזור את דינו של נאשם, שומה עליו להפעיל את שיקול דעתו ולבחון כל מקרה לגופו, תוך התחשבות בנסיבות האישיות של הנאשם ועברו הפלילי ולאזנם אל מול נסיבות ביצוע העבירה וחומרתה. אין להפעיל אמת מידה עונשית זהה לגבי כל נאשם ונאשם, שכן נבדלים הם ביניהם בנסיבותיהם האישיות, בעברם הפלילי ובנסיבות ביצוע העבירה וחומרתה.

בענייננו הספציפי, מאחר שלמערער אין עבר פלילי, זולת הרשעתו בעבירות שבנדון ובמיוחד מאחר שהמערער הוא אדם צעיר שביצע חלק מהעבירות שעה שהיה קטין, הוחמר עמו יתר על המידה. לפיכך, בשים לב לעקרון הענישה האינדיבידואלית ולאור נסיבות אישיות של המערער, יהיה נכון להפחית במעט מעונשו ולהעמידו על 11.5 שנות מאסר בפועל, בין היתר, נוכח העובדה כי המערער הוא אדם צעיר שזה עתה הקים תא משפחתי משלו ומאחר שחלק מהעבירות בוצעו כשהיה המערער קטין ואחרות כשהיה על סף הבגירות, בשלב בו אישיותו עברה תהליכי התגבשות ושיקול דעתו טרם הבשיל. משקל מועט יש לתת לעמדת המשיבה לעניין העונש הראוי כפי שזו הוצגה במסגרת הסדר הטיעון. אין להקל בעונש נוכח העובדה כי המערער לא יכול היה להעיד מספר עדי הגנה, שכן היה עליו למצות ענין זה בהליכים הקודמים. מעבר לכך, משחזר בו המערער מטענותיו כנגד הכרעת הדין אין מקום להעלות טענות כגון דא.

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

לפנינו ערעור על חומרת העונש שהושת על המערער על ידי בית המשפט המחוזי בנצרת (כבוד הנשיא מ' בן-דוד, סגן הנשיא נ' ממן והשופט א' אברהם) מיום 8.10.2007 בתפ"ח 1024/04, [פורסם בנבו] בו נגזרו על המערער 13 שנות מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו; שלוש שנות מאסר על תנאי, והתנאי הוא שהמערער לא יעבור עבירת מין במשך שלוש שנים מיום שחרורו ממאסר; פיצוי לטובת המתלוננת בסכום של 25,000 ₪, זאת לאחר שהרשיע את המערער ביום 4.7.2007 בביצוע עבירות מין שונות כלפי המתלוננת, אחותו, כמפורט בכתב האישום. בתחילה עמד לפנינו ערעור הן על הכרעת דינו והן על גזר דינו של בית המשפט המחוזי, אולם בהודעתו מיום 8.2.2010 חזר בו המערער מטענותיו כנגד הכרעת הדין והודיענו כי הוא עומד על הערעור כנגד חומרת העונש בלבד.

עובדות כתב האישום

1. המתלוננת, ילידת 1986, הינה אחותו של המערער, יליד 1980, והיא התגוררה עמו בבית המשפחה במהלך שנות ילדותם וכן לאחר גירושי הוריהם בבית האם. מאז היות המתלוננת כבת שמונה, ובמשך כשמונה שנים, בתדירות גבוהה ולעיתים מידי יום ביומו, ביצע בה המערער מעשים מיניים שהחלו כמעשים מגונים והפכו למעשי אינוס של ממש.

2. בשנת 1995, בשובה של המתלוננת מטיפול שיניים, הכניס אותה המערער לחדר השינה שלה, במטרה לכאורה להשכיבה לישון. שם החל המערער לנגוע בגופה של המתלוננת, בישבנה ובאזורים אחרים בגופה, מעל לבגדיה. המתלוננת ביקשה מהמערער שיפסיק אך האחרון שכנע אותה כי "מותר" וכי זה "בסדר". כך, במשך ארבע השנים שלאחר מכן, תחילה בתדירות כמעט יומיומית ולאחר גיוסיו לצה"ל בתדירות נמוכה יותר, המשיך המערער בביצוע מעשים מגונים בגופה של המתלוננת כאשר הוא מנצל הזדמנויות בהן היו לבדם בבית, נוגע בה מעל לבגדיה ומתחתם, מפשיטה מבגדיה, מתפשט מבגדיו, נוגע בה בכל חלקי גופה, בחזה ובאיבר מינה, ואף מתחכך בה בהיותם ערומים. כמו כן, המערער נהג לאונן בפני המתלוננת עד להגיעו לסיפוק מיני.

3. במהלך שנת 1999, בהגיעה של המתלוננת לגיל 12 ובעת ששהתה בבית לבד לאחר הלימודים, הגיע המערער לחדרה והחל לנגוע באזורים אינטימיים בגופה. המתלוננת ביקשה מהערער שיפסיק אך האחרון הפשיטה מבגדיה, התפשט והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה תוך שהוא מסב לה כאבים עזים. כתוצאה ממעשי המערער נגרם למתלוננת דימום מאיבר המין. מאז המשיך המערער, בנוסף למעשים המגונים, אף להחדיר את איבר מינו לתוך איבר מינה של המתלוננת ולבעול אותה עד להגיעו לסיפוק מיני. בעשרות רבות של מקרים, בשובו של המערער לחופשות משירותו הצבאי ולאחר שחרורו מצה"ל, דאג המערער להימצא ביחידות עם המתלוננת ואז ביצע בה את זממו כשלעיתים המתלוננת נאבקה בו וביקשה כי יפסיק ולעיתים נכנעה למעשיו. עם הזמן, משהביעה המתלוננת התנגדות הולכת וגוברת למעשיו, החל המערער להפעיל כנגדה מידה של כוח ואגרסיביות. המתלוננת הייתה מתנגדת למעשיו של המערער הן מילולית והן על ידי דחיפתו ממנה ואף ניסתה לבעוט בו, אך המערער היה גובר על התנגדותה ומבצע את מעשיו בה בכוח.

4. במהלך שנת 2002 בביתה של האם, החדיר המערער את איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת עד להגיעו לסיפוק מיני. בתחילת שנת 2003, שהתה המתלוננת עם אמה והמערער בבית האם. לאחר שיצאה האם מהבית נעל המערער את הדלת, ניגש אל המתלוננת אשר ישבה בסלון והחל לגעת בה. המתלוננת ביקשה שיחדל ממעשיו אך המערער המשיך. המערער הפשיט את המתלוננת בכוח מבגדיה, התפשט והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה תוך שהיא התנגדה וניסתה לקום מהספה.

5. ביום 9.4.2003 ביקשה המתלוננת לקחת דבר מה מדירתו של המערער בה התגורר באותה תקופה, אך רצתה להימנע ממפגש עמו לאור מעשיו בה. המערער הטעה את המתלוננת בכך שאמר לה כי לא יהיה בדירה למחרת וכי תוכל להיכנס לדירה באמצעות מפתח אשר ישאיר לה לצורך כך. למחרת, הגיעה המתלוננת לדירה, נטלה את המפתח אותו השאיר לה המערער ונכנסה לדירה. אז התנפל עליה המערער אשר היה בתוך הדירה, משך אותה בידה וחסם את פיה שלא תצעק. המתלוננת בעטה במערער, אך האחרון משך אותה למיטתו, הפשיטה בכוח ולאחר שהתפשט החדיר את איבר מינו לאיבר מינה עד שהגיע לסיפוק מיני.

6. במשך כל השנים לא חשפה המתלוננת את מעשיו של המערער בה לאיש, שכן המערער הנחה אותה לבל תספר לאיש. כן חששה המתלוננת מהרס התא המשפחתי ומכך שלא יאמינו לדבריה.

7. בשל המעשים המתוארים לעיל הועמד המערער לדין בגין: עבירת מין במשפחה בנסיבות מחמירות (אינוס), לפי [סעיף 351\(א\)](#) בצירוף סעיפים [345\(א\)\(1\)](#) ו-[\(4\) לחוק העונשין](#), התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) (ריבוי עבירות); עבירת מין במשפחה בנסיבות מחמירות (אינוס בניסוחו דאז), לפי [סעיף 351\(א\)](#) ו-[\(3\)-\(4\) לחוק העונשין](#) (ריבוי עבירות); עבירת מין במשפחה (אינוס), לפי [סעיף 351\(ב\)](#) לחוק העונשין (ריבוי עבירות); אינוס בנסיבות מחמירות, לפי [סעיף 345\(ב\)\(3\)](#) לחוק העונשין; עבירת מין במשפחה (מעשים מגונים בנסיבות מחמירות), לפי [סעיף 351\(ג\)\(2\)](#) בצירוף [סעיף 348\(ב\)](#) בנסיבות [סעיף 345\(ב\)\(1\)](#) בנסיבות [סעיף 345\(א\)\(1\)](#) לחוק העונשין (ריבוי עבירות); עבירת מין במשפחה (מעשים מגונים), לפי [סעיף 351\(ג\)\(1\)](#) בצירוף [סעיף 348\(א\)](#) בנסיבות [סעיף 345\(א\)\(4\)](#) (ריבוי עבירות); מעשים מגונים בנסיבות מחמירות, לפי [סעיף 348\(ב\)](#) בנסיבות [סעיף 345\(א\)\(1\)](#) לחוק העונשין (ריבוי עבירות); הדחה בחקירה, לפי [סעיף 245\(א\)](#) לחוק העונשין.

ההליכים לפני בית המשפט המחוזי

8. ביום 10.9.2004 הגיעו הצדדים להסדר טיעון לפיו המערער יודה במיוחס לו, המאשימה תבקש להשית עליו עונש בן תשע שנים ואילו ההגנה תטען לעונש מינימאלי. ביום 6.12.2004 ביקש המערער לחזור בו מהודאתו. המשיבה הסכימה לכך. לבסוף, בהכרעת דין מקיפה ומנומקת הרשיע בית המשפט המחוזי את המערער בעבירות נשוא כתב האישום.

9. בגזר דינו, ציין בית המשפט המחוזי כי חלק מהעבירות נעברו בהיות המערער קטין ולכן נדרש תסקיר בטרם יחליט אם להרשיע את המערער בגין ביצוע עבירות אלה או להסתפק בקביעה שהוא ביצע אותן. בית המשפט הדגיש כי מהתסקיר שהתקבל בעניינו של המערער עולה כי הוא מתקשה לחוש את גודל הפגיעה במתלוננת ומתחבר בעיקר לחלקים הקורבניים שבו. עוד ציין בית המשפט המחוזי כי מהתסקיר עולה שלמערער עיוותי חשיבה על פיהם יכול היה לראות באחותו הקטינה שותף שווה ומתאים לאקט המיני. בשל הקושי של המערער להתחבר למעשים ולמשמעות הפוגענית

שבהם, כשהוא מותיר עמימות וחסומה בתהליך האבחון, קצינת המבחן התקשתה להעריך את הסיכוי להישנות ההתנהגות הפוגענית ולכן גם נמנעה מלהמליץ על ענישה שתכלול טיפול במסגרת אמבולטורית בשירות המבחן. בית המשפט המחוזי הטעים כי עמדת שירות המבחן מקובלת עליו ולכן הרשיע את המערער גם בעבירות שבוצעו על ידו בהיותו קטין.

10. זאת ועוד, בית המשפט המחוזי הדגיש את נסיבותיהן הקשות של העבירות ואת חומרתן היתרה. מעבר לכך, התייחס בית המשפט המחוזי לטענותיו של המערער, לפיהן ביצע באחותו מה שהיה מקובל במשפחתו המורחבת וכי המתלוננת יזמה את המגע המיני עמו. בית המשפט קבע כי יש בטענות אלה משום התכחשות של המערער לאחריותו וכי הן מעידות על "גישתו הנרקסיסטית". עוד הדגיש בית המשפט כי המערער אינו יכול ליהנות מהקלה לה זוכים נאשמים שמביעים חרטה אמיתית ולוקחים אחריות למעשיהם. לכן, בית המשפט קבע כי בעניינו של המערער אין להעדיף את שיקולי השיקום על פני שיקולי הגמול וההרתעה. יחד עם זאת, הדגיש בית המשפט כי יש ליתן משקל להיעדר הרשעות קודמות ולגילו הצעיר של המערער כמו גם לעובדה כי המערער הוא בעל משפחה ואישתו עומדת ללדת. לפיכך הושתו על המערער העונשים שלעיל.

מכאן הערעור.

נימוקי הערעור

11. בתחילה כוון הערעור הן כנגד הכרעת הדין והן כנגד גזר הדין של בית המשפט המחוזי. ביום 28.1.2010 התקיים לפנינו הדיון בערעור. המערער – באמצעות בא כוחו, עו"ד אריה ליכט – טען בשני ראשי הערעור. ואולם, ביום 8.2.2010 הוגשה לבית משפט זה הודעתו של המערער, לפיה הוא חוזר בו מהערעור על הכרעת הדין ועומד על הערעור כנגד חומרת העונש בלבד. הנימוק העיקרי בגינו טוען המערער כי יש להקל בעונשו הוא שהמדינה הצהירה במסגרת הסדר הטיועון שעמד על הפרק בזמנו כי עונש מאסר בן תשע שנים הוא העונש הראוי בנסיבות העניין, ומשכך העונש שהושת עליו חורג באופן משמעותי מהעונש הראוי בנסיבות העניין. עוד טוען המערער כי יש ליתן משקל משמעותי יותר לעברו הנקי כמו גם לעובדה כי רבים מבני משפחתו היו מעורבים בגילוי עריות וזו הייתה "התרבות שבה גדל". לבסוף, טוען המערער כי יש

להתחשב לעניין העונש בכך שהסיבה בגינה כשל בהוכחת חפותו בבית המשפט המחוזי היא איומים שהופנו כלפי עדי הגנה, שאילו היו מעידים היה ביכולתם לשנות את תוצאת המשפט. מכל הטעמים שלעיל מבקש המערער להקל בעונשו.

תגובת המשיבה

12. המשיבה – באמצעות באת כוחה, עו"ד בת-עמי ברוט – טוענת כי דין הערעור להידחות. כך, טוענת המשיבה כי אין כל רלבנטיות לרף הענישה שעמד על הפרק במסגרת הסדר הטיעון, שכן המערער בחר לחזור בו מהודאתו ולנהל משפט הוכחות. לטענתה, נקודת האיזון בעניינו של המערער השתנתה ביחס למצב העובדתי ששרר עובר לחזרתו של המערער בו מהודאתו, שכן עתה אשמתו הוכחה מעבר לכל ספק סביר במהלך משפט הוכחות. עוד מדגישה המשיבה כי אין מקום להתערבות בגזר דינו הראוי והמקיף של בית המשפט המחוזי. מעבר לכך, טוענת המשיבה כי המערער אינו זכאי ליהנות מהטבה לה זכאים נאשמים, בנסיבות המתאימות, כאשר הם נוטלים אחריות למעשיהם ומביעים חרטה. בנוסף לכך, טוענת המשיבה כי המערער המשיך להתכחש לאחריותו לעבירות שיוחסו לו גם בשלב הערעור ואף טען לפני בית משפט זה כנגד אחריותו הפלילית. עוד מציינת המשיבה כי עברו הנקי של המערער אינו מהווה שיקול לקולא שכן פעמים רבות נאשמים המורשעים בעבירות מין בתוך המשפחה הם בעלי עבר נקי עד אשר נחשפים מעשיהם הנוראיים. מכל מקום טוענת המשיבה כי בית המשפט המחוזי כבר נתן משקל לנתון זה כמו גם לגילו הצעיר של המערער. מכל הטעמים שלעיל מבקשת המשיבה לדחות את הערעור.

יצויין כי במהלך הדיון העלנו לפני המשיבה את האפשרות לפיה המערער ימשוך את ערעורו על הכרעת הדין ומנגד המשיבה תשקול להפחתה לא מהותית בעונשו. ואולם, במסגרת תגובתה מיום 4.2.2010 לבקשת המערער להוסיף ראייה, הודיעה לנו המשיבה כי אין באפשרותה להסכים להפחתה כלשהי מעונשו של המערער.

דיון והכרעה

13. לאחר שעיינו בנימוקי הערעור ולאחר ששמענו את טיעוני הצדדים בדיון שנערך לפנינו, סבור אני כי דין הערעור להתקבל, בחלקו, מן הטעמים המפורטים להלן.

14. אין ספק כי מעשיו של המערער הם חמורים ושפלים מאין כמותם כפי שהודגש גם על ידי בית המשפט המחוזי. אין די מילים לתאר את הסלידה ממעשיו של המערער אותם יש להוקיע מכל וכל. אין ולא יכול להיות ספק כי מעשיו של המערער ראויים לכל גנאי ובנסיבות אחרות יתכן שלא היינו רואים כל סיבה להתערב בעונש שהשית בית המשפט המחוזי על המערער.

15. המערער ביצע את העבירות לאורך תקופת זמן ממושכת ותוך שימוש בכוח כאשר נפגעת העבירה הייתה ילדה רכה ובהמשך נערה מתבגרת. מעבר לכך, המתלוננת נתנה במערער, אחיה, את אמונה שכן מנקודת מבטה היה הוא אחד מהאנשים הקרובים לה ביותר, אך המערער הפר אמון זה ופגע בגופה ובנפשה ועל כך יש להגיב בצורה הולמת. יש לשוב ולשנן מושכלות ראשונים לפיהם כל אדם זכאי להגנה על זכויותיו הבסיסיות, ובהן גם שלמות גופו ונפשו, ובתוך כך אף להגנת המדינה מפני בני משפחתו האחרים הפוגעים בו, מנצלים את קרבתם אליו לרעה ומותירים בו צלקות קשות מנשוא המסכות לו לא רק נזק מידי כי אם גם נזק ארוך טווח אשר לעיתים הוא בלתי הפיך. גם על בתי המשפט להשיא תרומתם להתמודדות עם תופעת גילוי העריות על כל צורותיה באמצעות השתת מאסרים מרתיעים וממושכים.

על הצורך בהגנת בני משפחה, בדרך כלל קטינים, מפני פגיעתם הרעה של קרוביהם עמדה המלומדת לימור עציוני בספרה:

”נראה כי המחוקק ביקש להחמיר באופן מיוחד עם עברייני מין המבצעים עבירות מין במסגרת התא המשפחתי ופוגעים בשלמותו. בכך שאף המחוקק להרחיב את ההגנה על בני משפחה, בדרך כלל קטינים, מפני פגיעתם הרעה של הוריהם או קרובי משפחה אחרים, תוך הפרת חובתם לדאוג לאותם קטינים...”
[ראו: לימור [עציוני גילוי עריות](#) 238-239 (2009)].

16. לצד זאת, יש לזכור כי אחד מעקרונותיה של שיטתנו המשפטית הוא עקרון הענישה האינדיבידואלית. על פי עקרון זה, בבוא בית המשפט לגזור את דינו של נאשם, שומה עליו להפעיל את שיקול דעתו ולבחון כל מקרה לגופו של עניין, תוך התחשבות בנסיבותיו האישיות של הנאשם ועברו הפלילי ולאזנם אל מול נסיבות ביצוע העבירה וחומרתה. אין להפעיל אמת מידה עונשית זהה לגבי כל נאשם ונאשם שכן נבדלים הם ביניהם בנסיבותיהם האישיות, בעברם הפלילי ובנסיבות ביצוע העבירה

וחומרטה [ראו למשל: חוות דעתי ברע"פ [3173/09](#) פראגין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), (5.5.2009), סעיף 6].

17. בשים לב לעובדה כי למערער אין עבר פלילי זולת הרשעתו בעבירות שבנדון ובמיוחד לאור העובדה כי המערער הוא אדם צעיר שביצע חלק מהעבירות שעה שהיה קטין, הגעתי לכלל מסקנה כי בית המשפט המחוזי החמיר עמו יתר על המידה. יובהר כי מסקנתי זו מתוחמת למקרה דנן בלבד לאור נסיבותיו הספציפיות ואין בדבריי כדי להביע עמדה באשר למדיניות הענישה הראויה במקרים כגון דא. שעה שעיינתי ברף הענישה הנהוג בעבירות שעניינן גילוי עריות, הגם שכל מקרה שונה מקודמו לאור נסיבותיו הקונקרטיות ולעולם לא יהיה מקרה אחד דומה למשנהו, הרי שמצאתי כי רף הענישה בעבירות כגון דא מגוון ויש בו פנים לכאן ולכאן. כך למשל, נמצא בפסקתו של בית משפט זה רף ענישה מחמיר לפיו העונש הראוי לנאשמים שנמצאו אשמים בביצוע עבירות שעניינן גילוי עריות הוא 15 שנות מאסר בפועל ומעלה [ראו למשל: פסק דינו של השופט א' לוי ברע"פ [86/05](#) פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), (14.6.2007); פסק דינו של השופט א' לוי ברע"פ [9657/05](#) פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), (9.3.2009); פסק דינו של השופט א' לוי ברע"פ [701/06](#) פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), (4.7.2007)]. ואולם, ישנו רף ענישה מתון יותר במסגרתו דחה בית משפט זה ערעורים על גזרי דין של בית המשפט המחוזי ואישר עונשים בין 9-12 שנות מאסר בפועל [ראו למשל: פסק דינו של השופט א' לוי ברע"פ [5869/07](#) פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), (9.9.2009); פסק דינו של השופט י' עמית ברע"פ [2353/08](#) פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), (7.12.2009); פסק דינו של השופט א' לוי ברע"פ [1947/07](#) פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), (20.12.2009)]. ישנם גם מקרים בהם החמיר בית משפט זה בעונש שהושת על מי שהורשע בביצוע עבירות מין כלפי בן משפחה – אינוס, מגע מיני עם קטין ומעשה מגונה בקטין – והעמידו על חמש שנות מאסר בפועל בלבד [ראו למשל: פסק דינה של השופטת ד' ביניש (בתוארה אז) ברע"פ [10830/02](#) מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נח(3) 823 (2004)].

18. בשים לב לעקרון הענישה האינדיבידואלית ולאור נסיבותיו האישיות של המערער, הרושם העולה הוא כי יהיה זה נכון להפחית – ולו במעט – מעונשו ולהעמידו על 11.5 שנות מאסר בפועל תחת 13 שנות מאסר בפועל כפי שקבע בית המשפט המחוזי. הגעתי למסקנה זו, בין היתר, נוכח העובדה כי המערער הוא אדם צעיר שזה עתה הקים תא משפחתי משלו ולכן יש ליתן לו מידה מה של תקווה בבחינת

"אור בקצה המנהרה". מעבר לכך, חלק מהעבירות בוצעו כשהיה המערער קטין אחרות כאשר היה על סף הבגירות, בשלב שבו אישיותו עברה תהליכי התגבשות ושיקול דעתו טרם הבשיל וגם לכך יש ליתן משקל. בית משפט זה הדגיש כבר בעבר כי "אין זדון רשעתו [של קטין] כזדון רשעתו של מי שמלאו לו שמונה עשרה" [ראו למשל: [ע"פ 15831/91 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מו\(5\) 94, 99 \(1992\)](#)], ולכך יש ליתן משקל מסוים בעניינו של המערער הגם שהועמד לדין עת היה כבר בגיר. בית משפט זה עמד על כך שאין הכרתם ותודעתם של קטינים מפותחות ובשלות די הצורך, שכן בנערותו, אין האדם מבחין בהכרח בין טוב לרע על פי אותן אמות מידה המשמשות בני אדם בגירים [ראו למשל: [ע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני \(פורסם בנבו\)](#), 8.3.2009], סעיף 9(א)]. סבור אני כי מכלול השיקולים שלעיל מצדיק הקלה מסוימת בעונשו של המערער.

19. אשר לטענתו של המערער לפיה העונש הראוי בנסיבות העניין צריך שלא יעלה על תשע שנות מאסר בפועל, שכן זהו העונש שהציגה המשיבה לבית המשפט המחוזי כרף ענישה ראוי במסגרת הסדר הטיעון שעמד על הפרק, הרי שמקובלת עליי עמדת המשיבה, לפיה רף הענישה שהוסכם עליו במסגרת הסדר הטיעון אינו מחייב אותה בשלב זה של ההליך נוכח העובדה כי נקודת האיזון השתנתה לאחר ניהול משפט הוכחות בו התגבשה תשתית עובדתית חלוטה המצביעה על אשמתו של המערער מעבר לכל ספק סביר. מקובלת עליי עמדת המשיבה כי מי שחזר בו מהודאתו וניהל משפט הוכחות אינו זכאי ליהנות מהטבה שעשויה הייתה לעמוד לו עת נטל אחריות למעשיו והודה בביצועם במסגרת הסדר טיעון. מטעמים אלו סבור אני כי יש לדחות את טענתו של המערער כי העונש הראוי צריך שלא יעלה על תשע שנות מאסר בפועל. יחד עם זאת, לא ניתן להתעלם כליל מעמדת המשיבה לעניין העונש הראוי כפי שזו הוצגה לבית המשפט במסגרת הסדר הטיעון, ויש לתת לה משקל מסוים גם אם מועט.

20. לבסוף, אין לי אלא לדחות את טענתו של המערער לפיה יש להקל בעונשו נוכח העובדה כי לא יכול היה להעיד מספר עדי הגנה, בשל איומים שהופנו כלפיהם וכלפי בא כוחו הקודם. כך, טוען המערער כי היה בעדויותיהם כדי להפוך את תוצאת המשפט. ואולם, עוד בדיון שנערך לפנינו הבהרנו למערער כי אין מקום לטענה כגון דא בשלב זה של ההליך, שכן אם סבר כי יש להביא עדים אלו היה עליו לעתור לצו הבאה ("הביא קורפוס") ולמצות את כל הכלים שהדין מקנה לו על מנת לזמן את העדים במסגרת שמיעת הראיות ועובר להכרעת הדין. משלא עשה כן אין לו אלא להלין על

עצמו נוכח מחדלו. בית המשפט אינו עוסק בשאלות כגון "מה היה קורה אילו". לבית המשפט אין אלא מה שרואות עיניו והראיות שהצדדים מניחים לפתחו. מעבר לכך, משחזר בו המערער מטענותיו כנגד הכרעת הדין על אחת כמה וכמה שאין כל מקום להעלות טענות כגון דא, שכן גזירת דינו של נאשם נסמכת על העובדות כפי שאלה הוכחו בשלב הכרעת הדין, לפיהן הוא נמצא אשם בעבירות שיוחסו לו מעבר לכל ספק סביר.

21. אשר על כן, אמליץ לחבריי לקבל את הערעור באופן חלקי, כך שעונש המאסר בפועל יופחת מ-13 שנות מאסר ל-11.5 שנות מאסר. יתר רכיבי העונש שהשית בית המשפט המחוזי על המערער יעמדו בעינם.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי השופט י' דנציגר. רצוני להבהיר שתי נקודות: האחת, עונש המאסר שנגזר על המערער אומנם חמור, אך הוא תואם את נסיבות המקרה שבפנינו. על פני הדברים, העונש מצוי בטווח הענישה שאינו מצדיק התערבות על ידי ערכאת הערעור. בחוות דעתו של חברי הושם דגש על כך שהמערער עבר חלק מהעבירות בהיותו קטין. לטעמי, רק בשל כך שבית משפט קמא לא התייחס לכך במסגרת חוות דעתו, מוצדק להעניק לעניין משקל, אם כי בצורה מצומצמת כמוצע על ידי חברי. הנקודה האחרת היא שכעניין של מדיניות סבורני שמוטב שלא לשקול לקולא את העונש לו הסכימה התביעה במסגרת הסכם טיעון – ואשר בשלב מאוחר יותר במשפט חזר בו הנאשם ממנו. מודע אני לכך שחברי אך העניק לעניין משקל מועט בנסיבות המקרה. ברם, נכון יהא להימנע מכך ולו על מנת לאפשר לשני הצדדים לנהל משא ומתן בקלפים פתוחים. תוצאה אחרת אף עשויה ליצור סוג של אי סימטריה.

שהרי, התביעה אינה יכולה להצביע על הודאת הנאשם במסגרת הסכם טיעון כחיזוק. גם מנקודת מבטם של דיני החוזים לא ייתכן שצד המפר הסכם ייהנה מהפרתו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, ד' באדר תש"ע (18.2.2010).

א' א' לוי 9919/07-54678313

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 07099190_W03.doc חכ
מרכז מידע, טל' 02-6593666; אתר אינטרנט, www.court.gov.il
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)