



בית משפט לנוער בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

01 יולי 2019

ענ"פ 70841-03-19 מדינת ישראל נ' מ' ואח'

לפני כבוד השופטת עמיתה דבורה ברלינר, אב"ד

כבוד השופטת אסתר נחליאלי חיאט

כב' השופט שי יניב

מדינת ישראל

המערערת

נגד

1.מ'

המשיבים

2.נ'

ב"כ המערערת – עו"ד ספי ברא"ז
ב"כ המשיב 1 – עו"ד שרון דניאלי ועו"ד נטע פת
ב"כ המשיב 2 – עו"ד חגית רחמני

פסק דין

1. ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום לנוער (כב' הנשיאה ג' מור ויגוצקי) בת.פ. 40827-01-17 מיום 19/2/19. בית משפט קמא נמנע מהרשעתם של המשיבים בערעור זה, לאחר שקבע כי ביצעו את העבירות המיוחסות להם ונקט לגביהם באמצעי הענישה הבאים:

כל אחד מהמשיבים יבצע 120 שעות שירות לתועלת הציבור; המשיבים יחתמו על התחייבות כספית בסך 5,000 ₪ להימנע במשך שנתיים מביצוע כל עבירה של הטרדה מינית ו/או ביצוע כל עבירת מין מסוג פשע; וכן פיצוי למתלוננת בסך 5,000 ₪ על ידי כל אחד מהמשיבים.

על החלטתו של בית המשפט קמא להימנע מהרשעתם של המשיבים, מערערת המדינה בפנינו.

למען הסדר הטוב נציין, כי בית משפט קמא נתן למעשה שני פסקי דין נפרדים ביחס לכל אחד מהמשיבים. כל הצדדים התייחסו לשני פסקי הדין כאל מקשה אחת וכך נעשה אף אנו.

האישום

2. המשיב מס' 1, נ', יליד שנת 2002 (להלן: "נ"). המשיב מס' 2, מ', יליד שנת 2002 (להלן: "מ"). העבירה המיוחסת להם בוצעה בסוף שנת 2015. בעת ביצוע העבירה היה נ' בן 13 וחודשיים ומ' בן 13 וחמישה חודשים. פתחנו בנתון זה כיוון שהוא מצוי בליבת הערעור ולמעשה הוא העוגן המרכזי עליו נשענת החלטת בית המשפט קמא, והדברים יובהרו בהמשך.

אלה העובדות הרלבנטיות:

א' הינה קטינה ילידת 2002 (להלן: "המתלוננת"). בתקופה הרלבנטית, עובר לסוף שנת 2015, למדו המשיבים והמתלוננת באותה שכבה. ביום X שהו המשיבים בביתו של נ'. השניים ערכו שיחת וידאו עם המתלוננת באמצעות יישום "פייס טיים" המובנה בטלפון הנייד של מ'. יישום זה מאפשר למשוחחים לנהל שיחה בה הם יכולים לצפות זה בזה בשידור חי (שיחת וידאו). המשיבים עשו שימוש באפשרות זו ושוחחו בשיחת וידאו עם המתלוננת באמצעות הטלפון הנייד של מ'. במקביל לכך, ותוך כדי השיחה, צילמו את מסך הטלפון באמצעות טלפון אחר. התוצאה הייתה ששיחת הוידאו תועדה על-ידי המשיבים ונשמרה. במהלך שיחת הוידאו, במסגרת משחק חברתי של אמת או חובה, ביצעה המתלוננת, בהסכמתה, פעולות בעלות אופי מיני שהמשיבים ביקשו ממנה לבצע. בסוף שנת 2015, במהלך חודשיים, סמוך לאחר שיחת הוידאו הנזכרת לעיל, שלחו המשיבים או מי מהם את הסרטון המתעד את שיחת הוידאו לחבריהם. בכתב האישום המתוקן נטען, כי בכך ביצעו המשיבים פרסום הקלטה של אדם, המתמקד במיניותו, בנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפיל את האדם או לבזותו.

על סמך המסכת העובדתית שפורטה לעיל, יוחסה למשיבים עבירה על סעיף 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית התשנ"ח-1998 (להלן: "חוק למניעת הטרדה מינית" או "חוק הסרטונים") ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין").

השתלשלות הדיון בבית משפט קמא

3. הצדדים הגיעו לכלל הסדר טיעון שנחתם והוצג לבית משפט קמא. במסגרת ההסדר נקבע, כי הצדדים יעתרו לקבל תסקירים של שירות המבחן לנוער. לא הייתה כל הסכמה באשר לעונש שיוטל על המשיבים או מי מהם למעט עניין הפיצוי עליו הוסכם. המדינה הבהירה, כי איננה מתחייבת מה תהא עמדתה העונשית, תהא אשר תהא המלצת שירות המבחן לנוער.

ביום 28/1/18 נקבע, כי המשיבים ביצעו את העבירה והם הופנו לקבלת תסקירים. בדיעבד, היו בפני בית המשפט קמא לא פחות מחמישה תסקירים באשר לכל אחד מהמשיבים. לכן נוסף, כי ביום הדיון בפנינו הוגש לנו תסקיר עדכני, דהיינו סך הכול שישה תסקירים. באשר לכל אחד מהמשיבים קיים הבדל מהותי בין התסקיר הראשון לבין התסקירים הנוספים שבאו בעקבותיו. להלן נביא את עיקרי הדברים.

4. לגבי נ'... שירות המבחן, מהתסקיר השני ואילך, לאורך כל הדרך שב על המלצתו לסיים את ההליך ללא הרשעה, כאשר התמונה העולה מכל התסקירים היא כי נ' שיתף פעולה, הביע חרטה על מעשיו, לקח אחריות על ביצוע העבירה ופיתח תובנות ומודעות עצמית ביחס לדפוסים שהביאו אותו מלכתחילה לביצועה.

5. גם באשר למ', הגם שקיימים הבדלים והתמונה לגביו פחות חד משמעית, תרשים הזרימה דומה... לא נפרט בהרחבה את האמור בתסקירים הנוספים לגבי מ'. בדומה לנ', אף בעניינו הכיוון השתנה. גם מ' התמיד בטיפול ובסופו של דבר בתסקיר האחרון, מיום 9/1/19, ההמלצה הייתה לסיים את ההליך המשפטי לגביו ללא הרשעה.

נוסיף עוד כי קציני המבחן גם נשמעו בבית משפט קמא וחזרו על המלצתם.

6. התפתחות נוספת שהתרחשה לאורך התקופה שבה ניתנו תסקירי שירות המבחן באשר לשני המשיבים, עניינה בכך שהמתלוננת העידה בבית המשפט קמא כחלק מהראיות לעונש. קדמה לעדותה הגשת תצהיר מטעמה. בתצהיר ציינה הקטינה, בין היתר, את ההשלכות הקשות של המקרה עליה. המתלוננת גם העידה בבית המשפט לבקשתה ובעדותה ציינה דברים דומים.

7. כדי להשלים את התמונה ביחס למתלוננת נזכיר גם את ההתפתחויות הבאות:

המתלוננת עברה חקירה נגדית מקיפה, שניתנת אף להגדרה כפולשנית (על-ידי באת כוחו של מ'. מטעם נ' לא הייתה חקירה). באותה ישיבה בה העידה המתלוננת פנה אליה כל אחד מהמשיבים וביקש את סליחתה. מקריאת הפרוטוקול עולה, כי המתלוננת הופתעה מכך. המתלוננת נשאלה אם היא סולחת להם והשיבה כי אינה יודעת אם תוכל לסלוח. נעיר כבר בשלב זה, כי במהלך הדיון בפנינו התייחסו הצדדים לבקשת הסליחה כאל מעין הליך של צדק מאחז. ספק בעניינו אם דברים אלה, כפי שתוארו לעיל, ראויים להגדרה זו.

באותה ישיבה העידו גם עדים נוספים, בהם המטפלים בשני המשיבים, המשיבים עצמם, הוריהם ובאופן כללי ניתן לומר, כי התמונה שנפרשה בפני בית המשפט הייתה תמונה מקיפה ולמשיבים ניתנה הזדמנות מלאה למצות את הגנתם.

החלטת בית המשפט קמא

8. החלטתו של בית המשפט קמא באשר לכל אחד מהמשיבים ניתנה ביום 19/2/19. בית המשפט פירט את השתלשלות הדברים, התייחס לתסקירים, לדברי המטפלים, לדברי המשיבים ולדבריה של נפגעת העבירה. לאחר מכן סקר את טיעוני הצדדים. באשר למאשימה, הביא בית המשפט קמא מדבריה לעניין משמעות התיקון לחוק, שהביא לעולם את "חוק הסרטונים". מדובר בתיקון מס' 10 לחוק למניעת הטרדה מינית. החוק קבע מפורשות, כי התנהגות של הפצת סרטונים מיניים היא התנהגות מבזה ומשפילה, וכך יש לראות את הדברים גם במקרה זה. ההתנהגות המבזה והמשפילה חורגת מפגיעה בפרטיות, שעל כן הוספה העבירה, לפי סעיף 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית.

נושא נוסף אותו ראתה כב' השופטת קמא לצטט מדברי ב"כ התביעה, עניינו בהתייחסות צה"ל להרשעה או אי הרשעה של קטינים. המדינה טענה בנושא זה כי בדיקה שערכה העלתה, כי ההרשעה אינה פוסלת את גיוסו של קטין לשירות צבאי, ובמילים אחרות, סיום ההליך בהרשעה כפי שעותרת התביעה, לא תפגע בהליך שיקומם, לרבות גיוסם לשירות.

באשר לטיעוני הסנגוריה, התעכבה השופטת קמא על ההליך הארוך והמורכב שעבר כל אחד משני המשיבים, שבסופו של יום הוליד לבקשת הסליחה ולנטילת אחריות מלאה.

מסקנת בית המשפט קמא, דהיינו, ההחלטה שלא להרשיע מי מהמשיבים, נשענה גם על אדנים אלה:

בית המשפט התייחס למשמעות הפצתם של סרטונים כדוגמת הסרטון שבפנינו בקרב בני נוער בגילאים הדומים לגילם של המשיבים כאן. תיקון מס' 10 לחוק למניעת הטרדה מינית נועד במפורש להילחם בתופעה זו. העבירה שמדובר בה היא עבירה קשה וחמורה: **"לא ניתן להתעלם מחומרת העבירה העומדת בבסיס כתב האישום המתוקן ואין ספק כי הקטין 1 [דברים דומים נאמרו גם ביחס למשיב 2] פגע באופן מוחשי בערכים חברתיים מוגנים שהינם כבודו של נפגעת העבירה, האוטונומיה על גופה, זכותה לפרטיות ושמה הטוב".** המלאכה המוטלת על בית משפט, הינה לאזן בין השיקולים השונים. כך, אל מול חומרת העבירה שיקול דומיננטי הוא גילם הצעיר של כל אחד מהמשיבים. לעניין זה ציינה כב' השופטת קמא, כי ממחקרים שנעשו עולה, כי המוח האנושי ממשיך להתפתח עד גיל 25, במיוחד בכל הנוגע להפעלת שיקול דעת ושליטה ביצרים. שיקול מרכזי נוסף שעמד לנגד עיניו של בית משפט קמא, עניינו בכך שהמשיבים והוריהם לא המתונו לפתיחת ההליך המשפטי כדי להתחיל הליך טיפולי. השניים פנו מיד למטפל או מטפלת פרטיים ומאוחר יותר השתלבו גם בטיפול בשירות המבחן לנוער ושיתפו פעולה באופן מלא עם קציני המבחן. בשירות המבחן לנוער השתלבו בטיפול קבוצתי. בית המשפט הפנה למחקר שמוכיח שהטיפול הקבוצתי בישראל אפקטיבי מאוד ומשפיע על צמצום הרצדיביזם של עברייני מין מתבגרים.

שיקול נוסף שעמד לנגד עיניו של בית המשפט קמא עניינו הזמן הרב שחלף מאז ביצוע העבירה ועד למתן גזר הדין. בית המשפט התייחס בהקשר זה גם לפרק הזמן שחלף בין ביצוע העבירה להגשת כתב האישום, כאשר כתב האישום הוגש בתחילת שנת 2017 והאירוע התרחש עובר לסוף שנת 2015, באופן שהצריך את אישור היועץ המשפטי לממשלה להגשתו במועד זה. בכך ראתה כב' השופטת קמא שיהוי מטעם התביעה ושיהוי זה מן הראוי שיילקח בחשבון.

9. בשורה התחתונה סברה כב' השופטת קמא, כי הימנעות מהרשעת המשיבים אינה מבטאת התייחסות מקלה לעבירות מושא כתב האישום. החומרה נותרת בעינה וכל הגורמים, לרבות בית המשפט, לא התעלמו ממנה. בלשונו של בית המשפט קמא: **"יאמר כבר עתה כי חומרת העבירה והפגיעה בקורבן העבירה על רקע גילה הצעיר, עמד כנר לרגליי"**. כמשקל נגד ציינה כב' השופטת קמא את בקשת הסליחה מטעם כל אחד מהמשיבים ולשיטתה: **"ניכר היה כי נפגעת העבירה חוותה התרגשות ותחושת העצמה מדבריו, ובית המשפט מקווה כי הוקל לה, ולו במעט, בסיוע בריפוי ואיחוי הפגיעות שנגרמו לה. ... כל אלה מטים את הכף לטובת אימוץ המלצות שירות המבחן לנוער והעדפת השיקול השיקומי..."**.

כאמור, בית המשפט קמא נמנע מהרשעת המשיבים.

הערעור

10. בהודעת ערעור מפורטת חולקת המדינה על מסקנתו של בית המשפט קמא, לפיה במקרה זה יש להימנע מהרשעה.

טענתה המרכזית של התביעה היא, כי בית המשפט קמא לא ערך את האיזון הראוי בין האינטרסים השונים **"ובחר לבכר כמעט אך ורק את האינטרס האישי של המשיבים, וזאת על חשבון שיקולים חשובים אחרים והאינטרס הציבורי, על כל המשתמע מכך"**. על אלה שמה המדינה את הדגש: העבירה המדובר בה היא עבירה נפוצה. נפוצותה הביאה לכך שהמחוקק ראה לנכון לחוקק סעיף ייחודי, כשהכוונה היא לחוק הסרטונים. חוק הסרטונים הגדיר סרטון מסוג הסרטון הנוכחי כהטרדה מינית, בנוסף על היותו עבירה לפי חוק הגנת הפרטיות.

11. המערערת מפנה לכך שהמשיבים ביצעו עבירה **"מכוערת, קשה ופוגענית"** אשר פגעה באופן קשה במתלוננת. פרטיות המתלוננת ואמונתה בבריות נפגעו והסרטון שהופץ ביזה והשפיל אותה **"עד אפר"**, בעיני חבריה ללימודים וכלל הציבור.

12. המשיבים במקרה הנוכחי יזמו את האירוע מתחילתו ועד סופו. בלשונה של המדינה: **"הם אלה שהגו, יזמו, ביימו, הפיקו וצילמו את הסרטון... עת שאגב כך נהגו בנפגעת העבירה ככלי בידם, לה העבירו 'הנחיות ביצוע' על פי זממם ובהתאם לאוות נפשם... הם יוזמי כל**

שרשרת ההפצה מראשיתה ועד סופה...... עובדות אלה, כך נטען, יוצרות חומרה ייחודית וחריפה שצריכה הייתה למצוא מענה בהרשעתם. עוד מדגישה המדינה את העובדה כי הנפגעת לא ידעה על תיעוד האירוע בסרטון והפצת הסרטון לאחר מכן, מה שמהווה פגיעה קשה בצנעתה, בכבודה ובפרטיותה של הקטינה. המדינה טוענת, כי על בית המשפט לפעול כדי לשרש ולדכא תופעות מסוג זה, וזאת לצד היותו של בית המשפט לנוער גורם משקם. צריך להיות מסר ברור שייצא מבית המשפט ולפיו הפצת סרטונים מסוג זה הינה תופעה מכוערת, שלצידה ענישה מוחשית וקונקרטית.

טיעון נוסף שמעלה המדינה, שהוא ביטוי לחוסר האיזון לשיטתה, עניינו בכך שבית המשפט קמא לא נתן משקל מספיק לפנייתה של נפגעת העבירה. כפי שכבר צוין לעיל הנפגעת העידה, הגישה תצהיר ועתרה כי בית המשפט ימצא את הדין עם המשיבים.

שגיאה נוספת, לשיטת המדינה, עניינה בשיהוי הכבד כפי שהוגדר על-ידי בית המשפט קמא. כפי שצוין לעיל, בית המשפט קמא סבר, כי חל שיהוי במועד הגשת כתב האישום. לטענת המדינה, **"בית המשפט קמא עצמו ראה לנכון להדוף הטענה במסגרת התבטאויות שונות מפיו"** ועל כן לא היה מקום בסוף הדרך לקביעתו בנושא זה. מכל מקום, הטענה היא, כי המערער שקלה שקול היטב את מכלול השיקולים הצריכים לעניין קבלת ההחלטה בדבר העמדת הקטינים לדין ועמדה בקשר הדוק עם ב"כ המשיבים. התקיימו ישיבות שימוע וכל התהליך התרחש במסגרת סד הזמנים של עד שנה ממועד ביצוע העבירות. ב"כ המשיבים הם שביקשו דחייה נוספת כדי לקבל עדכון נוסף על התקדמות המשיבים בטיפול, שעל כן בסופו של יום נדרש אישורו של היועץ המשפטי לממשלה להגשת כתב האישום לאחר שחלפה שנה.

בשורה התחתונה, העתירה היא כאמור להרשיע את המשיבים. המדינה איננה מבקשת להתערב באמצעי הענישה כפי שנקבעו על-ידי בית המשפט קמא.

תשובת הסנגוריה

13. כפי שניתן לצפות, הסנגורים תומכים במסקנתו של בית המשפט קמא ועתירתם היא שלא להתערב בתוצאה הסופית.

בטיעון רהוט ובהיר עמד ב"כ של נ', עו"ד דניאלי, על אלה:

ליבת החלטתו של בית המשפט קמא מצויה בשורות בודדות, שם ריכז בית המשפט את הנימוקים להכרעתו. הסנגור מפנה בעניין זה לעמ' 188 ש' 14 ואילך, שם אכן סיכם בית המשפט קמא את הנימוקים להחלטתו כדלקמן: גילו של הקטין, העדר עבר פלילי, העדר מעורבות מאוחרת יותר בפלילים, ההליך השיקומי הארוך אותו עבר, עמדתו כרגע, הבעת החרטה והאמפתיה שגילה כלפי המתלוננת, מוטיבציה גבוהה להשתקם והישגים חיוביים במסגרת הלימודית. בשורה התחתונה, יש להעדיף את השיקול השיקומי על פני שיקולים אחרים.

לטענת עו"ד דניאלי, בכך נקט בית המשפט קמא באמת מידה ראויה ונכונה. הסנגור מסכים כי **"יתכן שלולא היה מדובר בנער בן 13 וחודשיים, היה מקום להגיש את הערעור. יתכן גם, כפי שאומרת כב' הנשיאה ויגוצקי, שלולא הוריו של הקטין והקטין מתגייסים להליך**

הטיפול, אולי היה מקום להגיש את הערעור (ראו פרוטוקול בפנינו עמ' 4 ש' 16 עד 18). אולם, משעבר הקטין כל אותו תהליך ארוך וחיובי, אין מקום להעדיף את שיקולי ההרתעה ולהרשיע אותו. למעשה, כך לשיטת הסנגור, אם תתקבל עמדת המדינה, צריך לקבוע כלל גורף שיש להרשיע קטינים כאשר מדובר בעבירות חמורות. אין כלל גורף כזה ובהתייחסות לנוער, נקודת המוצא שונה לחלוטין. חוק הנוער שם במרכזו את הנאשם הקטין. אכן קורבן בתיק הנוכחי יש אחד, ואחד בלבד, והכוונה היא כמובן למתלוננת. אולם **"ההשמה של הקטין במרכז, יש לה פן חיובי של תיקון, טיפול ויציאה לדרך חדשה"**. השיקול המרכזי שראה בית המשפט לנגד עיניו הוא אכן שיקול נכון והוא שהמשיב התגייס לטיפול מיד לאחר האירוע, ואף לא המתין לפתיחת ההליך המשפטי כדי להתחיל בו. המדינה מתעלמת מהיבט זה של השתלשלות הדברים ובכך היא שוגגה. בפועל, מדובר בשלוש וחצי שנים קריטיות בחייו של נער שלגביו נקודת המוצא הייתה כשהיה בן 13 וחודשיים והיום הוא כבן 16 ויותר. המשיב עבר תהליך של הבנה והפנמה וצדק בית המשפט קמא כאשר העמיד הליך זה במרכז.

באשר לבקשת הסליחה של המשיב בבית המשפט, לטענת הסנגור מדובר היה בהליך מרגש ומטלטל. בית המשפט קמא עשה את הדברים בצורה רגישה ומקצועית ואין יסוד לטענות התביעה כאילו מדובר בהליך של צדק מאחה שנכפה על המתלוננת. הסנגור גם מפנה לכך שהוא מצידו (להבדיל מבאת כוחו של מ') ויתר על חקירתה של המתלוננת בבית המשפט. עוד מדגיש הסנגור כי אין מדובר בתכנון מוקדם אלא במשחק. לא הייתה הפקה ולא היה ביום. מדובר באירוע ספונטני של נערים סקרנים. אי הרשעה אינה דומה לזיכוי ולפיכך גם בהיבט זה אין משום פגיעה במעמדה של המתלוננת בכך שההליך הסתיים ללא הרשעה. בשורה התחתונה, הפנה הסנגור למקובל בהליכים בבית משפט לנוער, דהיינו כי בית המשפט נוטה לאמץ את המלצות שירות המבחן לנוער, הגם שאיננו כבול אליהן. במקרה הנוכחי, מדובר במשיב שהתנהלותו לאחר האירוע הייתה בקו ישר, ללא סטיות ומעידות, ולא בכדי המליץ שירות המבחן לנוער את אשר המליץ. לשלמות הדברים הופנתה שימת לבנו לכך, כי בינתיים השלים נ' את ביצוע עבודות השל"צ והפיצוי שולם למתלוננת.

14. ב"כ של מ' מחרה מחזיקה אחרי ב"כ של נ', ומצטרפת לכל טיעוניו. גם מ' החל בטיפול מיד. מ' עבר תהליך מטלטל. אם מלכתחילה ראה את חלקה של המתלוננת באירוע ופחות את חלקו, הרי בהמשך ראה את עצמו כפוגע וגילה אמפתיה כלפי המתלוננת. ההרשעה היא אלמנט עונשי עם כתם שבהחלט יגרום לנו נזק.

דיון והכרעה

מילים ספורות לפתיחה

15. נפתח ונאמר, כי קריאת תיק זה הסבה לנו הרבה צער וכאב. אינסטינקטיבית העין נשלחת פעם נוספת אל כותרת כתב האישום, המציינת את גילם של הנאשמים, ולצידה את תאריך ביצוע העבירה. זאת, תוך תקווה שמא נפלה טעות במי מהשניים. על כורחך אתה שואל מהיכן נטלו נערים צעירים כל כך את הרעיונות המהווים את התשתית העובדתית המכוערת במיוחד בתיק זה.

כפי שכבר אמרנו בפתיח, הגיל, הכוונה לגילם של המשיבים, עומד בליבת הדיון בתיק זה. בה בעת, למרבה הצער, נראה, כי לגילה של המתלוננת והעובדה שהיא בת גילם של המשיבים לא ניתן משקל מספיק, ונעמוד על כך בהמשך. לאחר ששקלנו, ושבו ושקלנו, ולא בלב קל, הגענו לכלל מסקנה כי ערעור המדינה בדין יסודו ולא ניתן במקרה זה להימנע מהרשעתם של המשיבים. ההרשעה היא האמירה הנורמטיבית ודעתנו היא כי במקרה זה ראוי שתאמר בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים.

16. גילם של המשיבים, ולצידו התהליך הארוך והחיובי שעברו ראוי להתחשבות רבה, אולם, התחשבות זו צריכה למצוא ביטוי בענישה. בית המשפט נתן לכך משקל מקסימלי ועל כך אין בפנינו ערעור - וטוב שכך. כאמור, לשיטתנו האמירה הנורמטיבית צריכה להיאמר.

העבירה ונסיבותיה

17. העובדות שבכתב האישום כבר צוינו ולא נחזור עליהן. המדינה טענה כי החומרה המיוחדת נובעת מכך ש"לא זו בלבד שהמשיבים הפיצו את הסרטון הפוגעני לחבריהם, כי אם קודם לכן היו הם אלה שהגו, יזמו, ביימו, הפיקו וצילמו את הסרטון נשוא הדיון, עת שאגב כך נהגו בנפגעת העבירה ככלי בידם לה העבירו 'הנחיות ביצוע' על פי זממם, ובהתאם לאותו נפשם". הסנגורים התקוממו כנגד השימוש במילים "ביימו הפיקו" ואנחנו נכונים "לוותר" על מילים אלה. לאורך כל הדרך התייחסותנו היא לעובדות בכתב האישום המתוקן במסגרת הסדר הטיעון, הא ותו לא. אלא שעובדות אלה גם ללא תיוגן תחת כותרת זו או אחרת מדברות בעד עצמן. הרבה תכנון ומחשבה היו בדרך התנהלות המשיבים. נזכיר, כי המסגרת "הרעיונית" הייתה משחק אמת או חובה. המשיבים שוחחו בטלפון נייד אחד וצילמו את המסך באמצעות מכשיר נוסף. נדרשים תכנון ויצירתיות כדי לפעול בדרך זו. גם אם הגדרת פעולותיהם של המשיבים לא תקוטלג כ"ביום", הנה לפי העובדות הרי שהמתלוננת ביצעה את אשר נתבקשה לעשות על-ידי המשיבים או מי מהם. ההוראות המיניות המובהקות והמכוערות ניתנו לה על ידם ולא היו פרי יוזמה כלשהי מצידה. לאחר מכן, הקליטו ושמרו המשיבים את הסרטון וגולת הכותרת היא שליחתו על-ידי מי מהם לחבריהם. למותר להדגיש את שמרנות מעל כל המסכת העובדתית, דהיינו כי המתלוננת לא הייתה מודעת לכך שהיא מוסרטת, מונצחת ומוקלטת. משמעות המעשים אינה טעונה בהכרח. כך סתם אחרי משחק אמת או חובה, במתכונת שתוארה לעיל עם שני חבריה לשכבה, הפכה המתלוננת ל"כוכבת" סרט מיני המופץ ברשת ואשר אין לה כל שליטה על היעדים אליהם יופץ ואין לה כל יכולת להפסיק את תפוצתו. בבוקר בהיר אחד מתלמידה שלומדת באותה שכבה של המשיבים, הפכה להיות מושא ללעג ולבוז. נזכיר עוד בהקשר זה

את "נצחיותו" של סרטון מסוג זה. בפוטנציה לפחות, קיימת האפשרות שנכדיה של המתלוננת יחשפו לסרטון.

18. לא צריך דמיון רב כדי להבין מה עלול סרטון מסוג זה לגרום לקורבן, ובפועל נחשפה בפני בית משפט קמא תמונה קשה וקורעת לב באשר למתלוננת... די לנו אם נאמר כי חייה של המתלוננת הוסטו לחלוטין ממסלולם... וכל זאת לגבי נערה שאמורה להיות בשיא פריחתה.

19. הזכרנו את בקשת הסליחה של המשיבים בדיון בבית משפט קמא ואת תגובתה הספונטנית של המתלוננת שהופתעה. אמירתה, כי אינה יודעת אם תוכל לסלוח למשיבים אינה טענה פרשנות ומדברת בעד עצמה. אין מדובר באמירה נקמנית, אלא אמירה אותנטית הנותנת ביטוי נוסף להיקף הפגיעה. מכל מקום, גם אם אנו מקבלים כי הבעת החרטה אמיתית ומשקפת הבנה ממשית מצד המשיבים היא אינה יכולה לשנות את התמונה באשר להיקף הפגיעה.

20. דעתנו היא, כי המלחמה בתופעת הסרטונים המבזים צריכה להיות מלחמת חורמה וכי על בתי המשפט לומר את דברם בקול ברור ונחרץ. למרבה הצער, גילם של העבריינים הולך ויורד והמקרה הנוכחי הוא דוגמה לכך. אם זהו ה"ציבור" המבצע את העבירה הרי שאליו וכלפיו צריכות להיות מופנות אמירות בית המשפט. הזדמן לנו כבר לומר את הדברים בפרשה אחרת, שבמסגרתה עמדה על הפרק סוגיה דומה. מדובר בע"פ 8878-08-16 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם ביום 11.1.2017). שם מנינו את המאפיינים של העבירה, שמצדיקים, כאמור, מלחמת חורמה. נראה, כי אין מנוס מפירוט חוזר של ההיבטים המדגישים את חומרת העבירה כדלקמן:

א. אופיין המבזה והמשפיל של העבירות. דומה, כי היבט זה כלל אינו יכול להיות שנוי במחלוקת. פרסומים מסוג זה הם בזויים ושפלים גם כשקורבן העבירה יודע כי הוא מוסרט ומצולם, אך אינו יודע כי הסרט יופץ. על אחת כמה וכמה כאשר המדובר במי שכלל אינו יודע שהוא מצולם ולפתע הוא מוצא עצמו כוכב של סרט בעל אופי מיני. לא נלאה מלהדגיש שוב ושוב כי מדובר במתלוננת בת 13 וכמה חודשים, בדיוק בת גילם של המשיבים.

ב. הקלות הבלתי נסבלת של ביצוע העבירות. לעניינינו צילום שיחה שהתקיימה ב"פייס טיים" ולאחר מכן הפצת הסרטון בקרב בני גילם של המשיבים. האמירה הנורמטיבית המתבטאת בהרשעה מתבקשת מאותה קלות בלתי נסבלת. מול הפיתוי לרכוש מעמד חברתי באמצעות צילום ושליחת הסרט – נדרשת הרתעה ממשית, כדי שבני נוער – ואף ילדים – יחששו מהתוצאה העונשית ומההשלכה שתהיה לכך במישור המשפטי לגביהם.

ג. מעניין לעניין באותו עניין, גם בתיק זה עלתה הטענה כי המעשה נעשה כדי שהמשיבים ירכשו מעמד חברתי. יש להוסיף כל ניסיון לרכוש מעמד חברתי בדרך זו. ההרשעה היא אחת מהדרכים שמציבה גבולות ושמה תביא לצמצום מימדי התופעה.

ד. להיבטי הנזק יש להוסיף את מה שנאמר לעיל - נזכירותם של הסרטונים. המתלוננת בתיק זה הביעה את חששה, שבכל אשר תלך ילווה אותה הסרטון... המציאות הטכנולוגית מבססת את חששה, שהרי לסרטון פוטנציאל ממשי להפוך ל"ויראלי" ונגיש ולעולם יכול "לטייל ברשת".

ה. נזכיר בהקשר זה, כי למן הרגע שהסרטון יצא לאוויר העולם הווירטואלי, אין שליטה על תפוצתו והוא יכול הגיע לאין ספור בני נוער ומבוגרים. וראו לעניין זה ע"פ 8863/15 פלוני נ' **מדינת ישראל** (פורסם ביום 7.6.2016), שם עמד בית המשפט העליון על התופעה ומשמעותה **"בעידן הטכנולוגי בו אנו חיים תמונות מסוג זה הופכות תוך זמן קצר ל'ויראליות', נפוצות לכל עבר על גבי הרשת האינטרנטית, מאוחסנות ומתויקות, זמינות לשליפה עתידית ב'קליק'."**

21. המחוקק אף הוא עמד על הצורך להילחם בתופעה מלחמת חורמה, ובשנת 2013 תוקן החוק למניעת הטרדה מינית (תיקון מס' 10), התשע"ד – 2014, ס"ח 2428. החשיבות היא בעצם הגדרת "תצלום, סרט או הקלטה של אדם המתמקד במיניותו" כהטרדה מינית. ודוק, גם לפני תיקונו של החוק הוגשו כתבי אישום מסוגו של כתב האישום הנוכחי, אלא שאז יוחסה לנאשמים עבירה של פגיעה בפרטיות. החשיבות היא בעצם הכרת המחוקק בכך שיש צורך בעבירה ספציפית ייעודית למאבק בתופעה המכוערת של הפצת סרטונים מסוג הסרטון במקרה הנוכחי. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר, בין היתר, כך: **"בשנים האחרונות, עם ההתפתחות הטכנולוגית, הולכת ומתפשטת תופעה של פרסום תצלומים, סרטים או הקלטות בעלי אופי מיני, שלא בהסכמת המצולמים. מקרים אלה נתפסים, על פי רוב, כפגיעה בפרטיות בלבד, אולם, ככלל, מן הראוי להתייחס למעשים אלה גם כאל פגיעה מינית"**. ועל כך אין לנו אלא לומר: ואידך זיל גמור. אכן, אין מדובר בפגיעה בפרטיות גרידא, אלא בפגיעה מינית קשה וחמורה, במיוחד בשל כל שפורט כבר לעיל.

22. בע"פ 5090/18 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם ביום 18.11.2018), נדרש בית המשפט העליון לכל היבטיה של העבירה, שפורטו כבר לעיל, כשהסיכום היה כדלקמן: **"לפיכך מדובר בפגיעה חמורה וממשית בעלת מאפיינים של פגיעה מינית, והיא מצדיקה את החלת הכלים המשפטיים של החוק למניעת הטרדה מינית"**. ובהמשך: **"עבירת ההטרדה המינית היא שיקול להחמרה עם המשיב. כאמור, חוק הסרטונים הוסיף לספר החוקים את סעיף 3(א)(5) שבו הורשע המשיב. סעיף זה חל על מקרים רבים ברמות חומרה משתנות בהתאם לגורמים שונים: גיל הנפגע או הנפגעת; מערכת היחסים בין המפיץ**

לנפגעת; זהות הנמענים של ההפצה (הקבוצה החברתית של הנפגעת, ציבור רחב ועוד)... ציטטנו דברים אלה משום שהם מציבים כראשון לגורמים הרלוונטיים את גיל הנפגע או הנפגעת. אכן כך, אף לשיטתנו גיל הקורבן צריך להוות גורם דומיננטי במערכת השיקולים.

23. באשר להרשעת קטין, אחד הטיעונים המרכזיים בטיעוניה של הסנגוריה היה, כי לא דין הרשעת קטינים כדין הרשעת בגירים. כך למשל הפנתה הסנגוריה לע"פ 8717/16 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם ביום 25.6.2017) (להלן: "עניין פלוני"), שם נאמר בין היתר כי **"...בעניינם של קטינים - הנכונות להימנע מהרשעה רבה יותר והכל לנוכח הנסיבות האישיות הרלוונטיות וביניהן, בין היתר: גילו של הנאשם, סיכויי שיקומו ועברו הפלילי..."**. היבט נוסף באותו הקשר, כאשר מדובר בקטין, הוא הנטייה של בתי משפט לאמץ את המלצת שירות המבחן לנוער. בין היתר, מפנה הסנגוריה לעניין **פלוני** לעיל, שם נאמר: **"אל לו לבית המשפט לסטות מהמלצת שירות המבחן כאשר יש בנמצא אופק שיקומי, אלא מטעמים כבדי משקל"**. כן מפנה הסנגוריה לע"פ 49/09 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פ"ד סג (1) 752, שם נקבע כי: **"ככל שהנאשם צעיר יותר כך תגבר נטייתו של בית המשפט להפעיל בעניינו אמצעים שיקומיים תחת אמצעים עונשיים..."**. המסקנה המתבקשת, כך לטענת הסנגורים, כי היה מקום גם כאן לאמץ את המלצתו של שירות המבחן לגבי שני המשיבים. במיוחד כך כאשר מדובר בהמלצה שניתנה לאחר תהליך ארוך שכלל מספר רב של תסקירים. התסקירים שיקפו את התהליך האמיתי והמיטיב שעברו כל אחד משני המשיבים, תהליך שגרם להם להבין את הפסול במעשיהם, ובשורה התחתונה הוליד גם לאותה בקשת סליחה מהמתלוננת.

24. על כך נאמר את הדברים הבאים: איננו חלוקים כלל על המדיניות המשתקפת מפסקי הדין עליהם מתבססת הסנגוריה. מקובל עלינו לחלוטין, כי ככלל יש חשיבות להמלצת שירות המבחן, וכאשר מדובר בהמלצות תסקיר שירות המבחן לנוער, החשיבות גוברת. לכך נוסיף עוד כי אנו רואים בבית המשפט לנוער כבית משפט "מקצועי" ולא בנקל תתערב ערכאת ערעור בהחלטותיו. יחד עם זאת, גם בעניינם של קטינים, המלצת שירות המבחן איננה סוף פסוק ויש חשיבות להיבט הציבורי. כאשר ההיבט הציבורי הוא כה מובהק וחד משמעי, גם הקטינות תתגמד מולו. בסופו של יום השיקולים של הימנעות מהרשעת קטינים דומים לאלה המכתיבים את התוצאה כשמדובר בבגירים (וראו לעניין זה ע"פ 2280/13 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם ביום 19.8.2013)), אלא שמערכת האיזון שונה. כאשר מדובר בקטינים ההתחשבות בנסיבותיו האינדיבידואליות של הקטין תתפוס נפח ומשקל רב יותר בהשוואה לבגיר. שיקול השיקום יזכה, מטבע הדברים, להתחשבות רבתי, שהרי כל חייו של העבריין הקטין עוד לפניו. אין בכך כדי לומר, כי כל שאר השיקולים נעלמים. הדגש הוא כאמור באיזון ביניהם. לשיטתנו, תהליך האיזון מחייב מתן דגש רב לאמירה הנורמטיבית המופנית לבני גילו של העבריין. כפי שכבר ציינו, למרבה הצער, עינינו הרואות, כי גילם של אלה הולך ויורד. בנסיבות שבפנינו נראה לנו כי תהליך האיזון מוליד למסקנה אחת בלבד והיא כי יש להרשיע את המשיבים. ההיגד הציבורי שהוא היגד ערכי - מוסרי חייב להיאמר.

25. מילים ספורות על התהליך שעברו המשיבים. כאמירה מסכמת נאמר, כי כל אחד מהמשיבים עבר תהליך משמעותי, גם אם יש הבדלים ביניהם. אנו רוצים לקוות כי התמונה לגביהם לא תשתנה והם ימשיכו באפיק חיובי. אנו מייחסים משקל רב לתמיכה ולהתגייסות של משפחות המשיבים ואין לנו ספק כי התגייסות זו הניבה את הפירות המצופים. יחד עם זאת, אנו רואים לומר את הדברים הבאים: התהליך שעברו המשיבים וכל אמצעי הטיפול שבהם השתלבו הוא בראש ובראשונה עבורם עצמם. אין ספק שבית המשפט נותן וייתן משקל להליך חיובי כמו שמשתקף במקרה הנוכחי, עדיין המשיבים הם העבריינים ועליהם להכיר תודה על התגייסות כל מערכות הטיפול, לצד משפחותיהם, לעזור להם ולהפוך אותם לבגירים חיוביים ונורמטיביים. לכן, האמור בתסקירי שירות המבחן אינו יכול כשלעצמו לשאת על גבו משקל של הימנעות מהרשעה. אנו ערים להשלכות ההרשעה על המשיבים. עם זאת, ראוי לומר: תקופת ההתיישנות במקרה הנוכחי היא שלוש שנים (סעיף 14(ב)(4) לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק המרשם הפלילי")). לענייננו, עד שיתחילו המשיבים את חייהם כבגירים תתיישן ההרשעה. הנזק הקונקרטי שהוזכר בהקשר זה הוא גיוסם לצבא. בית משפט קמא התייחס לנושא זה והזכיר את בדיקת המאשימה אצל הגורמים הרלוונטיים ברשויות הצבא. הבדיקה העלתה כי הרשעה בעבירות מין ובעבירות מסוג זה לא מונעת גיוס לצבא, כך שההרשעה לא תפגע בהכרח בהליך שיקומם. אכן כך, הצבא מפעיל שיקול דעת שאיננו נשען דווקא על דרך סיום ההליך. הרשעה לא בהכרח תסכל את סיכויו של קטין להשתלב בצבא ואף ביחידות מובחרות. חזקה על מערך הגיוס של צה"ל שיפעיל את שיקול דעתו בשום שכל ובמידתיות הראויה. נזק קונקרטי אחר לא צפוי למשיבים, שכן כאמור, ההתיישנות היא 3 שנים והמחיקה היא 5 שנים מיום פסק הדין (סעיפים 14(ב)(4) ו-16(ב) לחוק המרשם הפלילי).

26. שיקול אחר עליו התבסס בית משפט קמא הינו שיהוי. בית משפט קמא ציין כי כתב האישום, חרף הקטינות, הוגש למעלה משנה לאחר האירוע. כתב האישום הוגש ביום 18/1/17 והאירוע היה עובר לסוף שנת 2015. שיהוי, כך לשיטתה של כב' הנשיאה קמא "מקשה את טענת המאשימה לגבי הסיכון הצפוי והצורך בהרתעה... במקרה זה לא נטען על ידי ב"כ הפרקליטות כי השיהוי בהגשת כתב האישום נבע מהמתנה להמלצות שרות המבחן לנוער כפי שקורה לעיתים ואף לא לצורך המתנה להשלמות חקירה". בנושא זה מקובל עלינו מענה הפרקליטות. לא היה כל שיהוי בהגשת כתב האישום זה. מדובר היה בכך שיינתן לקטינים פרק זמן להיות במעקב לפני השימוע, כדי שניתן יהיה לשקול פעם נוספת את ההחלטה להעמיד לדין. שרות המבחן תמך בבקשה זאת ולמעשה הדבר היה על דעת הכל. נראה שגם בית המשפט קמא "בזמן אמת" לא סבר כי מדובר בשיהוי, בוודאי לא כזה היכול להכתיב את התוצאה. חרף העובדה, שבסופו של דבר נדרש אישור היועמ"ש בשל חלוף יותר משנה. נפנה בהקשר זה לעמ' 155-156 לפרוטוקול הדיון מיום 11/11/18, המתעד את הדיון בנושא זה ובסופו של דבר ציין בית המשפט "אני מעדיפה את הדרך שהפרקליטות נקטה בה כי בכל זאת אפשרה איזשהו הליך". משזו הייתה העמדה, וזו

הייתה דעתו של בית המשפט, לאחר ששמע את טיעוני הצדדים בהקשר זה, ספק אם היה מקום להתייחס לשיהוי כגורם המשפיע על שאלת **ההרשעה**.

27. סוף דבר: איננו מקלים ראש במשמעותה של ההרשעה. הגם שאמרנו מה שאמרנו, וחרף העובדה שהמשיבים יצאו אל חייהם הבוגרים כשההרשעה מאחוריהם - עדיין הרשעה היא הרשעה. מקובל עלינו כי היא חטוּרַת שנושא אדם על גבו גם לאחר ההתיישנות. עדיין, כפי שאמרנו, ולאחר שהעמקנו בבחינת מכלול הנתונים בתיק זה, ושקלנו – ושקלנו – את מלוא הנתונים – פה אחד, קביעתנו היא כי אין מנוס מההרשעה. נראה לנו, כי בעידן הנוכחי תפקידו של בית המשפט לתרום את תרומתו למאבק בנגע הפצת הסרטונים המיניים המשפילים והמבזים ולהביא לכך שאמירתו של המחוקק בקבעו את חוק הסרטונים לא תהפוך לאות מתה. בית המשפט מצווה להטמיע את דברו של המחוקק באמירה הנורמטיבית המחייבת. גילם של המשיבים בתיק הנוכחי הוא אכן צעיר במיוחד ונתון זה אכן גרם לנו לעוגמת נפש רבה והדיר שינה מעינינו ועדיין זו המסקנה. אנו יכולים רק לקוות כי התהליך הארוך שעברו המשיבים ייתן את אותותיו, ובסיוע משפחותיהם התומכות והאוהבות, ימשיכו לצעוד במסלול החיובי, שמאפיין את דרכם, **לאחר** שנחשפה הפרשה העגומה והקשה.

ניתן היום, כ"ח סיוון תשע"ט, 1 ביולי 2019, במעמד הצדדים.

דבורה ברלינר, שופטת עמיתה
אסתר נחליאלי-חיאט, שופטת
שי יניב, שופט