



## בבית המשפט העליון

ע"פ 901/23

לפני: כבוד השופט ח' כבוב

המבקשת: אורטל בנימין

נגד

המשיבים: 1. מדינת ישראל  
2. המתלוננים

בקשה לעיכוב ביצוע גזר דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו מיום 26.12.2022 בת"פ 40999-01-21 שניתן על ידי כבוד השופט י' טופף

תאריך הישיבה: ט"ז בשבט התשפ"ג (07.02.2023)

בשם המבקשת: עו"ד שי פורר; עו"ד איתי כהן; עו"ד אבי יקוטי

בשם משיבה 1: עו"ד שאול כהן; עו"ד צופיה טייץ

### החלטה

בקשה לעיכוב ביצוע עונש המאסר שהושת על המבקשת במסגרת גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כבוד השופט י' טופף) בת"פ 40999-01-21 מיום 26.12.2022.

1. נגד המבקשת הוגש כתב אישום הכולל שני אישומים ואשר מייחס לה שתי עבירות של תקיפת קטין הגורמת חבלה של ממש, לפי סעיף 368(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק); ריבוי עבירות של התעללות בקטין, לפי סעיף 368ג לחוק; וריבוי עבירות של תקיפה, לפי סעיף 379 לחוק.

2. על-פי המתואר בחלקו הכללי של כתב האישום (המתוקן בשלישית), במהלך השנים 2019-2020, שימש "גן סיגל" בחולון (להלן: הגן) כגן פרטי. הגן יעוד לתינוקות ולפעוטות בין הגילאים של כחצי שנה עד כ-3 וחצי שנים בחלוקה של שלוש קבוצות

גיל: תינוקייה, גיל ביניים ובוגרים (קבוצת גיל הביניים וקבוצת הבוגרים יכוננו להלן יחד: הפעוטות). בין התאריכים 16.07.2020-11.08.2020 ניהלה גב' סיגל אדהמי (להלן: סיגל) את הגן והייתה הבעלים שלו. בתקופה הרלבנטית לכתב האישום, המבקשת ונאשמת נוספת (להלן: רינת) עבדו בגן כסייעות, והיו אחראיות על הפעוטות, יחד עם אחרות.

לפי המפורט, בהזדמנויות רבות במהלך עבודתן בגן, ובתדירות יומיומית, תקפו המבקשת ורינת פעוטות, לעיתים תוך שגרמו להם לכאב, בכך שאחזו בהם בכוח; משכו אותם בידיהם וברגליהם וגררו אותם; הטיחו אותם בחוזקה על מזרנים או על כסאות – ועוד.

3. לפי עובדות האישום הראשון, בתאריך שאינו ידוע במדויק למשיבה, במהלך החודשים אפריל ומאי 2019 לערך, תקפה רינת פעוטה בגן בכך שהרימה אותה מידה באוויר והטיחה אותה על הרצפה.

4. לפי עובדות האישום השני, בתקופה שבין ימים 16.07.2020-11.08.2020, בהזדמנויות רבות, תקפו המבקשת ורינת שלא כדין פעוטות ועשו בהם מעשי התעללות בעודן אחראיות עליהן. זאת, לעיתים תוך גרימת חבלה של ממש לפעוטות.

תמצית פסק הדין של בית המשפט המחוזי

5. הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי משתרעת על-פני 244 עמודים; וגזר הדין על-פני 107 עמודים. לא אדרש, אם כן, למלוא הפירוט המתואר בפסק הדין, ואתיחס לעיקרו.

6. המבקשת כפרה במיחוס לה בכתב האישום, ומיקדה טענותיה בסוגיות הבאות: הסרטונים ממצלמות הגן שתיעדו את העבירות, והוגשו כראיה (להלן: הסרטונים); לעדים שהעידו; ולהיעדר פליליות מעשיה. אשר לסרטונים, נטען, כי המהירות של אלו אינה תואמת למציאות; כי יש לפסול אותם כראיה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, היות שאל הושגו שלא כדין ולא נשמרו בהתאם לכללים של שמירת מוצגים; וכי ממילא הם אינם קבילים. כמו כן, השיגה המבקשת על העדויות שנשמעו, וטענה כי עדויות ההורים אינן מהימנות; וכי יתר עדי התביעה לא היו עדים לעבירות המיוחסות למבקשת. עוד נטען, כי המעשים המיוחסים למבקשת לא עולים לכדי עבירה פלילית. זאת, הן משום שלא הוכח יסוד נפשי של מודעות, הן משום שלא הוכחו היסודות העובדתיים של העבירות. בתוך כך נטען, כי המפורט בכתב האישום הוצא מהקשרו באופן מגמתי על מנת ליצור רושם של מעשי תקיפה שונים מצד המבקשת. לבסוף העלתה המבקשת טענה

של אכיפה בררנית, היות שלא הוגשו כתבי אישום נגד עובדות נוספות בגן, ובעלת הגן ומנהלה – סיגל – אשר נטלו בשתיקתן ומחדלן חלק במעשים המיוחסים לה.

7. ביום 20.07.2022, הרשיע בית המשפט המחוזי את המבקשת במיוחס לה. בית המשפט דחה את טענות המבקשת אשר לסרטונים, וקבע כי אלה קבילים בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה. בתוך כך, עמד בית המשפט בהרחבה על שרשרת העברת הסרטונים, וקבע כי לא נפל בה פגם המצדיק את פסילת הסרטונים. זאת, בפרט משמצא כי אין חשש שסרטונים אלה 'בושלו'. עוד קבע בית המשפט, כי אין מקום לפסול את הסרטונים כראיה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. וזאת, בין היתר, משום שההורים אשר השיגו את ה-DVR פעלו בזהירות ובתום לב מתוך רצון כן ואמיתי לצפות בסרטונים; כי לא עולה חשש שהסרטונים שובשו; ולאור כך שמלאכת האמת ועשיית הצדק מחייבת קבלת הסרטונים כראיה – אף אם היה ניתן להשיגם בדרך של פניה למשטרת ישראל.

8. בית המשפט המחוזי סקר בהרחבה רבה את עדויות הורי הפעוטות, השוטרים שהיו מעורבים בחקירת הפרשה והגורמים טיפוליים. עוד סקר בית המשפט את הודעות המבקשת במשטרה ואת עדותה. בסופם של דברים, בית המשפט לא קיבל את מרבית הסבריה של המבקשת למתועד בסרטונים, וקבע כי מעשיה ממלאים אחר דרישות היסודות העובדתיים של העבירות המיוחסות לה. עוד נקבע, כי מחומר הראיות עולה שהמבקשת הייתה מודעות לטיב המעשים שביצעה, ולנסיבות ביצועם.

9. כמו כן, בית המשפט המחוזי דחה את טענת המבקשת להגנה מן הצדק, וזאת – הן משום שהוגש כתב אישום נגד כלל נשות הצוות בקבוצת הבוגרים בגן; הן משום שאין בעובדה כי למבקשת מיוחסת סדרת מעשים מתמשכת כדי ללמד על אשמת עובדות אחרות בגן.

10. לאור האמור, הרשיע בית המשפט המחוזי את המבקשת ב-9 עבירות של התעללות בקטין (וכן התעללות נפשית כלפי ריבוי פעוטות); 16 עבירות של תקיפת קטין על-ידי אחראית הגורמת חבלה של ממש; ו-20 עבירות של תקיפת סתם.

11. ביום 26.12.2022, לאחר ששמע את טיעוני הצדדים לעונש, גזר בית המשפט את דינה של המבקשת. בפתח הדברים, קבע בית המשפט כי יש לראות בעבירות המיוחסות למבקשת בתור אירוע אחד, ולקבוע מתחם עונש הולם אחד בהתאם. לאחר מכן, סקר בית המשפט את הערכים החברתיים המוגנים שנפגעו מביצוע העבירות; מידת הפגיעה בהם; נסיבות הקשורות לביצוע העבירה (ובתוך כך, כיסוי הפעוטות בשמיכה מעל לראשם, האכלתם בדרך של האבסה, הנפתם באוויר תוך משיכתם בידם האחת, הושבתם על כיסא

מוגבה כאמצעי ענישה והכאתם בדרכים אלו ואחרות); ולמדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים. בסוף כל זאת, קבע בית המשפט מתחם ענישה הולם של בין 6 ל-12 שנות מאסר בפועל.

12. בקביעת עונשה של המבקשת בתוך גדר המתחם, נתן בית המשפט המחוזי את דעתו לשיקולי הרתעת היחיד והרבים, לנסיבות לחומרא ולנסיבות לקולא. אשר לנסיבות לחומרא, בית המשפט התייחס לכך שהמבקשת לא נטלה אחריות על מעשיה, לא הביעה חרטה כנה על ביצועם ונהגה בלעג כלפי מי מבין עדי התביעה שהעידו על מצבם הנפשי של הפעוטות. אשר לנסיבות לקולא, בית המשפט ציין, בין היתר, את גילה הצעיר של המבקשת, העובדה שהיא נעדרת עבר פלילי, היותה אם לשלושה ילדים קטינים והנזק שיגרם לילדיה ממצורה. בין לבין התייחס בית המשפט לטענת המבקשת, כי קופחה הגנתה היות שנדרשה להעיד על אף מצבה הרפואי, ועל אף שהייתה תחת השפעת תרופות. ביחס לכך, קבע בית המשפט, כי לא הייתה הצדקה לבקשתה של המבקשת לדחות את מסירת עדותה, וממילא לא נפגעה זכותה להציג את גרסתה. לבסוף, התייחס בית המשפט לטענתה של המבקשת להגנה מן הצדק, וזאת לנוכח מחדלי החקירה שנפלו ביחס לשרשרת המוצג בכל הנוגע לסרטונים. אולם, ביחס לכך, קבע בית המשפט, כי אין המדובר במחדלי חקירה, ועל כל פנים אין המדובר בפגם המצדיק הקלה בעונשה של המבקשת. בשל האמור, קבע בית המשפט, כי יש להציב את עונשה של המבקשת בחלקו העליון של השליש התחתון של מתחם העונש.

לאור זאת, בסוף ההליך, השית בית המשפט המחוזי על המבקשת עונשים של 8 שנות מאסר בפועל ו-12 חודשי מאסר מותנה למשך 3 שנים. עוד חייב בית המשפט את המבקשת בתשלום פיצוי לנפגעי העבירה בסך של 120,000 ש"ח, אשר יחולקו ביניהם באופן שווה, לפי פירוט שיוגש על-ידי המשיבה.

טענות המבקשת בערעור

13. לטענת המבקשת, הרשעתה התבססה על סרטונים שאינם קבילים ושהיה מקום לפסול אותם בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. סרטונים אלה, לטעמה, הושגו על-ידי הורי הפעוטות בדרכי תרמית כאשר אין כל תיעוד לאופן החזקתם, שמירתם והעברתם. מכל מקום, נטען, כי אף אם הסרטונים מהווים ראיה קבילה, יש לתת להם משקל נמוך, נוכח הפגיעות בשרשרת המוצג והדרך בה הם נתפסו. לגופם של דברים, טוענת המבקשת, כי לא הוכח ברף הנדרש מודעותה לטיב מעשיה; ולא הוכחו היסודות העובדתיים של העבירות בהן הורשעה. בתוך כך, מציינת המשיבה, כי עבודתה בגן מחייבת מגע זה או אחר עם הפעוטות, כאשר אין מקום לקבוע שהאופן בו נגעה בהם חוצה את הרף הפלילי; וממילא הדבר לא הוכח, היות שהסרטונים הציגו אך מקטעים

מהאירועים ולא את התמונה הכללית. אשר להרשעתה בעבירה של תקיפה הגורמת חבלה של ממש, נטען, כי לא הובאה כל תעודה רפואית להוכיח כי נגרם למי מבין הפעוטות חבלה.

14. כמו כן, טוענת המבקשת, כי אופן התנהלות ההליך העיקרי פגע בזכותה להליך הוגן. לטענתה, בית המשפט החמיר עמה עד כדי שהעניש אותה עוד בטרם הרשעתה, דחה בקשותיה ולא נתן אמון בחוות דעת רפואיות שהגישה. בפרט מציינת המבקשת, כי בית המשפט דחה את בקשתה לדחות את מועד עדותה בבית המשפט, לא האמין כי אינה יכולה להעיד נוכח מצבה הרפואי – ואף נמנע מלעיין במסמכים הרפואיים שהגישה. לבסוף, המבקשת נאלצה להעיד תחת מכש לחצים מצד בית המשפט המחוזי, ובעת שהייתה תחת השפעת תרופות.

15. לבסוף מעלה המבקשת טענה של הגנה מן הצדק, לפיה יש לבטל את כתב האישום נגדה נוכח אכיפה בררנית מצד המשיבה. לטענתה, יש לראות בכל האחריות על הפעוטות לרבות סיגל כמי שביצעו את העבירות. ואילו, המשיבה לא סיפקה כל הסבר מדוע נמנעה מלהגיש נגד מי מהן כתב אישום.

16. אשר לגזר הדין, טוענת המבקשת, כי שגה בית המשפט המחוזי בקביעת מתחם הענישה, כמו גם בקביעת עונשה בתוך גדר המתחם. המבקשת טוענת, כי בקביעת המתחם, בית המשפט המחוזי הושפע באופן פסול מהלחץ הציבורי הקיים, התקשורת והורי הפעוטות. עוד טוענת היא, כי מתחם הענישה אינו עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה המקובלת במקרים דומים; וכי ככל שישנה מגמת החמרה בענישה, יש לעשות כן באופן הדרגתי. אשר לעונש שהושת על המבקשת, נטען, כי בית המשפט לא נתן את המשקל הראוי לנסיבותיה האישיות. לבסוף טוענת המבקשת, כי הפיצוי שהושת עליה אינו שקול, וכי נוכח מצבה הכלכלי לא תצליח לעמוד בסכום זה – על כל הכרוך בכך, מבחינת סיכוייה לשחרור מוקדם.

הטענות בבקשה

17. לטענת המבקשת, ערעורה מעלה סוגיות כבדות משקל הנוגעות להרשעתה ולעונש שהושת עליה, אשר לשיטתה "אין לו אח ורע". כן טוענת המבקשת, כי עניינה עומד בתנאים שנקבעו בע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241 (2000) (להלן: עניין שוורץ)). על אף שמדובר בעבירות חמורות, טוענת המבקשת, יש להתייחס לנסיבות המקרה, וביניהן לכך שנגד רוב צוות הגן וסיגל לא הוגשו כתבי אישום. כמו כן, הגם שהושת על המבקשת עונש מאסר ארוך, הדבר נבע מהחמרה בענישה בניגוד לעקרונות המנחים בפסיקה ובחוק. אשר לסיכויי הערעור, טוענת המבקשת, כי ערעורה

מעלה טענות שמושגות על אדנים מוצקים, בפרט היות שלא הוכחו יסודות העבירות בהן הורשעה. עוד מצינת המבקשת, כי היא נעדרת עבר פלילי וכבר בשלב מעצר הימים היא שוחררה למעצר בית, כאשר כיום היא משוחררת ואינה מצויה תחת תנאים מגבילים, למעט ערבון וצו איסור יציאה מן הארץ. כן טוענת המבקשת, כי אין חשש שתמלט מן הדין, הן משום שבמהלך ההליך שהתנהל נגדה הייתה משוחררת ללא כל תנאי מגביל, הן משום שמרכז חייה ומשפחתה בישראל. בנוסף, מצינת המבקשת את נסיבותיה האישיות, וביניהן היותה אם יחידנית ל-3 ילדים קטנים, ששניים מהם סובלים מלקויות רפואיות. לבסוף מצינת המבקשת, כי אף אם סיכויי ערעורה אינם גבוהים, יש לאזנם מול ההשלכה המשמעותית שתהיה למאסרה מאחורי סורג ובריה, בטרם ניתן לה ההזדמנות להוכיח את חפותה בערעור.

18. בדיון שנערך לפניי, חזר בא-כוח המבקשת על עיקרי הדברים. מנגד, טען בא-כוח המשיבה, כי יש לדחות את הבקשה, משום שזו אינה עומדת באמות המידה שנקבעו בעניין שוורץ לעיכוב ביצוע גזר דין. בא-כוח המשיבה חזר על נימוקי הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי, תוך שציין כי דין טענותיה של המבקשת בכל הנוגע להתנהלות בית המשפט במהלך ההליך להידחות. וזאת, נוכח העובדה שבית המשפט נתן דעתו למסמכים הרפואיים שהגישה המבקשת, אולם עמד על כך שהגורם הרפואי שערך אותם יגיע לבית המשפט כדי להעיד על מצבה הבריאותי. משהמבקשת נמנעה מלעשות כן, קבע בית המשפט כי מצבה הרפואי אינו מונע ממנה להעיד. אשר לנסיבותיה האישיות של המבקשת, ציין בא-כוח המשיבה, כי "ועדת תכנון טיפול" התכנסה כדי לדון בדרכי הטיפול בילדיה של המבקשת ככל שזו תחל את ריצוי מאסרה; וקבע את אופן הטיפול בהם. לבסוף טען בא-כוח המשיבה, כי תקופת המאסר אינה קצרה, כך שדחיית הבקשה לא תאיין את ערעורה.

דיון והכרעה

19. לאחר שעיינתי בבקשה, על נספחיה, ונתתי דעתי לטענות באי-כוח הצדדים בעל-פה, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה – להידחות.

20. כידוע, עיכוב ביצוע עונש מאסר הינו בגדר החריג לכלל בדבר ריצוי העונש בסמוך ככל הניתן למועד מתן גזר הדין (ע"פ 859/23 ש"ש נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (05.02.2023)). בבואו של בית משפט להכריע בבקשה לעיכוב ביצוע עונש מאסר, עליו לתת דעתו לכלל הנסיבות והנתונים הרלבנטיים בעניינו של המבקש, וביניהם לחומרת העבירה שביצע ונסיבות ביצועה; סיכויי הערעור; עברו הפלילי; נסיבותיו האישיות; התנהלותו במהלך ההליכים שהתנהלו נגדו; ולשאלה האם הערעור תוקף את הכרעת הדין

או גזר הדין (עניין שוורץ, בעמודים, 277-282). איני סבור כי עניינה של המבקשת עומד באמות מידה אלה.

21. ראשית יוער, כי נוכח עונש המאסר הממושך שהושת על המבקשת, פוחת הסיכון שדחיית בקשתה תאיין את ערעורה. ואולם, הערעור שהוגש מופנה גם נגד גזר הדין. כך, שדחיית הבקשה מעלה את החשש שהמבקשת תשהה במאסר שלא לצורך, ככל שערעורה יתקבל. כמו כן, כמצוין, המבקשת נעדרת עבר פלילי ובמהלך ההליך הפלילי שהתנהל נגדה שהתה במעצר בית, ולא הפרה תנאים. כל אלה שיקולים לטובת קבלת בקשתה.

22. על-אף האמור, סבורני כי יתר השיקולים שקיבלו ביטוי בעניין שוורץ מטים את הכף לטובת דחיית הבקשה. כפי שצוין, עיכוב ביצוע הוא החריג לכלל, כך שאין בעצם הגשת ערעור על הכרעת הדין כדי להצדיק עיכוב ביצוע של עונש מאסר (ראו מיני רבים: ע"פ 9302/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (07.12.2017); ע"פ 8642/19 הייב נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (27.01.2020)). העבירות בהן הורשעה המבקשת בהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי חמורות ביותר – פגיעה והתעללות בפעוטות חסרי ישע, תוך השפלתם, ביזויים והטלת אימה עליהם. כך גם נסיבות ביצוע העבירות, בפרט לאור העובדה שאלו בוצעו על-ידי מי שהייתה אמורה להעניק לפעוטות חום ואהבה, והייתה אמונה לדאוג לביטחונם, רווחתם ושלומם.

23. מעבר לכך, ומבלי לנקוט עמדה בסיכווי הערעור, לא ניתן להתעלם מכך שהרשעתה של המבקשת מבוססת בעיקרה על הסרטונים שהוגשו ואשר תיעדו את מעשיה; כאשר בית המשפט דחה את הסבריה של המבקשת למתועד. יתרה מכך, עיינתי והעמקתי בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, ובזהירות הנדרשת אציין, כי מדובר בפסק דין מנומק, מפורט מקיף ונהיר, אשר מתייחס לטענותיה המשפטיות של המבקשת – רובן ככולן. ויודגש, כי אין בכך כדי להביע כל עמדה ביחס להשגות המבקשת על פסק הדין. אולם, יש בכך כדי להקהות מהחשש, כי נפלה בפסק הדין טעות מהותית אשר מחייבת לעכב את ביצוע עונשה של המבקשת. טענותיה של המבקשת להגנה מן הצדק לפגיעה בזכותה להליך הוגן שמורות לה להליך בערעורה, אם כי יצוין שאך במקרים מיוחדים יקבל בית המשפט טענה לפיה יש לבטל כתב אישום בשל סיבות אלה, כאשר אין בנמצא סעד מתון יותר שיש בו כדי לרפא את הפגם שנפל בהליך (ע"פ 4988/98 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626, 647 (2011)). כך, שאף מבלי להתייחס לגוף טענותיה של המבקשת לאכיפה בררנית ולפגיעה בזכותה להליך הוגן, הרי שעליה לעבור משוכה שאינה פשוטה.

24. לבסוף, ומבלי להקל ראש בעניין, איני סבור כי יש בנסיבותיה האישיות של המבקשת, ובראשן היותה אם לשלושה ילדים קטינים, כדי להטות את הכף לטובת קבלת

הבקשה. כפי שצוין על-ידי המשיבה, "ועדת תכנון טיפול" התכנסה כדי לדון באופן הטיפול בילדיה של המבקשת, וחרף טענותיה של המשיבה, קבעה תכנית לצורך זאת. לפיה, ככל שהמשיבה תחל את ריצוי מאסרה, ילדיה יעברו להתגורר אצל אביהם, אשר נמצא בקשר עמם ושותף בגידולם – והטיפול בהם יהיה באחריותו. כמו כן, נקבע, כי משרד הרווחה ימשיך ללוות את המשפחה, ויערוך מעקבים ובדיקות בכל הנוגע למצבם של הילדים.

25. נוכח האמור, הבקשה נדחת. החלטתי מיום 07.02.2022 – מבוטלת בזאת. לפנים משורת הדין, המבקשת תתייצב לריצוי עונשה ביום 26.02.2023, בהתאם לגזר דינו של בית המשפט המחוזי מיום 26.12.2022.

ניתנה היום, י"ח בשבט התשפ"ג (9.2.2023).

ש ו פ ט