

ע"פ 4802/18 - פלוני נגד מדינת ישראל, פלונית

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 4802/18

לפני: כבוד השופט נ' סולברג

כבוד השופטת י' וילנר

כבוד השופט א' שטיין

המערער: פלוני

נגד

המשיבות: 1. מדינת ישראל

2. פלונית

ערעור על הכרעת הדין מיום 20.12.2017 ועל גזר הדין מיום 21.5.2018 של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו בתפ"ח 53148-01-16 שניתן על ידי סגן הנשיא ג' נויטל והשופטים ט' חיימוביץ וג' גונטובניק

תאריך הישיבה: כ' בכסלו התשע"ט (28.11.2018)

בשם המערער: עו"ד ישר יעקובי

בשם המשיבות: עו"ד בת שבע אבגז

1. לפנינו ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (סגן הנשיא ג' נויטל והשופטים ט' חיימוביץ וג' גונטובניק) בתפ"ח 53148-01-16, אשר הרשיע את המערער, פה-אחד, בניסיון למעשה מגונה בקטין בן משפחה, עבירה לפי סעיף 351(ג)(2) בנסיבות סעיפים 348(ב), 345(ב)(1) ו-345(א)(3) ובצירוף סעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק), ובמעשה מגונה בקטין בן משפחה, עבירה לפי סעיף 351(ג)(2) בנסיבות סעיפים 348(ב), 345(ב)(1) ו-345(א)(3) לחוק (ריבוי עבירות), ודן אותו ל-40 חודשי מאסר בפועל בצירוף שני מאסרים על תנאי וחויב בתשלום פיצויים לנפגעת העבירות (להלן: המתלוננת). הערעור מופנה הן נגד הכרעת הדין והן נגד גזר הדין.

עיקרי כתב האישום

2. על-פי עובדות כתב האישום המתוקן, במהלך השנים 2001-2004, בהיותה בגילאים 4-7, התגוררה המתלוננת (ילידת שנת 1997) יחד עם הוריה, סבתה וסבה - הוא המערער דכאן - בדירה בעיר בת ים (להלן: התקופה הראשונה). במהלך תקופה זו, שמר המערער על המתלוננת במשך רוב שעות היממה, וביצע בה מעשים מגונים לשם גירוי, סיפוק וביזוי מיני בתדירות יומיומית. בין היתר, נהג המערער לעשות במתלוננת את המעשים הבאים: להתפשט לנגד עיניה ולגעת בגופה; לומר לה כי כשתגדל גופה יהיה יפה יותר והחזה שלה יהיה גדול יותר; להראות לה סרטים בעלי תכנים פורנוגרפיים; להראות לה מגזינים בעלי תוכן פורנוגרפי; לשלם לה כסף עבור כל בגד אותו הסירה מגופה - שכנוע שבעקבותיו פשטה המתלוננת את כל בגדיה עד אשר נותרה עירומה לנגד עיני המערער; לשכב עירום על מיטת אשתו, סבתה של המתלוננת, עליה נהגה המתלוננת לישון, בזמן שזו נמצאת בחדר השינה; בנוסף, במועד לא ידוע, שכב המערער על המיטה בעוד המתלוננת ישבה על איבר מינו, עד אשר שאלה אותו מדוע הם עושים זאת, וירדה ממנו; במועד לא ידוע אחר, הניח המערער חוט שחור על איבר מינה של המתלוננת בעודה עירומה בחלק גופה התחתון, ואמר לה כי לכשתגדל כך יראה שיער הערווה באיבר מינה.

3. בשלהי שנת 2004 עברה המתלוננת יחד עם הוריה לכתובת אחרת, כמפורט בכתב האישום, ואילו המערער וסבתה עברו לגור בדירה נפרדת. החל מיום מעבר הדירה ועד לדצמבר 2006, בהיות המתלוננת בגילאים 7-9, המשיך המערער לשמור עליה לאחר סיום יום לימודיה (להלן: התקופה השנייה). במהלך תקופה זו, המשיך המערער, בתדירות יומיומית ובהזדמנויות שונות, להראות למתלוננת סרטים בעלי תכנים פורנוגרפיים, וזאת לצורך גירוי, סיפוק וביזוי מיני. כמו-כן, במועד לא ידוע, עת ששכבה המתלוננת במיטת המערער וצפתה בסרט, נשכב הלה לצידה, הכניס את ידו מתחת לשמיכה שכיסתה את גופה, הוריד את מכנסיה ואת תחתוניה ונגע באיבר מינה למשך זמן רב.

4. החל מדצמבר 2006 ועד ליולי 2010, בהיות המתלוננת בגילאים 9-13 לערך, התגוררו המערער וסבתה של המתלוננת בכתובת חדשה כמפורט בכתב האישום (להלן: התקופה השלישית). במהלך תקופה זו, נהגה המתלוננת לבקר בבית המערער וסבתה בסופי השבוע. באחד הביקורים האלה, שמועדו לא ידוע, המתלוננת הלכה לשירותים, ואז חסם המערער את דלת השירותים באמצעות כף רגלו ודרש כי הדלת תישאר פתוחה כדי שהוא יוכל לצפות במתלוננת כשזו עושה את צרכיה - וזאת לצורך גירוי, סיפוק וביזוי מיני. המתלוננת דחתה דרישה זו והצליחה לסגור את דלת השירותים. בביקור אחר, שמועדו לא ידוע, הכה המערער את המתלוננת על ישבנה לצורך גירוי, סיפוק וביזוי מיני.

הכרעת דינו של בית משפט קמא

5. במענה לכתב האישום, כפר המערער במעשים המיניים שיוחסו לו, והודה אך בחלק מהמעשים תוך שהוא מכחיש כי נעשו בהקשר מיני. בעקבות כפירה זו נתקיימה פרשת ההוכחות במהלכה סקר בית משפט קמא את עדותה של המתלוננת ואת מארג הראיות והעדויות הנוספות, כדלקמן: עדות אימה של המתלוננת; עדות אביה של המתלוננת (בנו של המערער); עדות דודה של המתלוננת (בנו השני של המערער); עדות סבתה של המתלוננת (אשת המערער); ועדות המערער עצמו.

6. בהכרעת הדין מיום 20.12.2017, בית משפט קמא התרשם מעדותה של המתלוננת, אשר הייתה בת 20 במעמד מתן העדות, כי מדובר בעדה מהימנה אשר לא ביקשה להפליל לשווא את המערער. בית המשפט הטעים כי המתלוננת סיפרה את הדברים כפשוטם, מבלי להאריך בתיאורים שלא לצורך ומבלי להעצים את האירועים או להשלים פרטים חסרים מדמיונה. כמו-כן, קבע בית המשפט כי לא נמצא כל מניע בגינו תעליל המתלוננת עלילות שקר על המערער, או אף סיבה שבעטיה תמציא את המעשים המיוחסים לו בכתב האישום. בנוסף, דחה בית המשפט את כל טענותיו של בא-כוח המערער לגופן, תוך שהוא קובע כי אין בהן כדי להפחית ממהימנות עדותה של המתלוננת. בית המשפט קבע כי עדות המתלוננת אמינה מעבר לכל ספק סביר.

7. כמו-כן, קבע בית משפט קמא כי אל עדות המתלוננת מצטרפות ראיות נוספות אשר תומכות ומחזקות אותה, ובהן: עדות אם המתלוננת, אשר נמצאה מהימנה, חיזקה את גרסת המתלוננת, נטעה אותה במציאות והוסיפה לאמינותה; ועדות אב המתלוננת, שאף היא חיזקה באופן ממשי את עדותה, וזאת בפרט בכל הנוגע למצבה הנפשי בעת חשיפת מעשיו המגונים של המערער והסבל שהם גרמו לה לפני בני משפחתה. אשר לעדותה של אשת המערער, בית משפט קמא ייחס לה משקל נמוך מאחר שנראה היה כי היא חפצה לגונן על המערער על חשבון הדיוק בפרטים.

8. יתרה מכך: בית משפט קמא מצא סתירות רבות בגרסתו של המערער, אשר חלקן אף נגעו לסוגיות המצויות בלב המחלוקת. כמו-כן, מצא בית המשפט בדברי המערער ראשית הודייה בחשיפת המתלוננת לתכנים פורנוגרפיים. בהתאם לכך, קבע בית המשפט כי הסתירות וראשית ההודייה הללו חיזקו את עדותה של המתלוננת.

9. ממצאים אלה הוליכו את בית משפט קמא אל מסקנתו כי המערער ביצע את המעשים המיוחסים לו בכתב האישום. בהתבסס על מסקנה זו, הרשיע בית המשפט את המערער בכל העבירות שיוחסו לו למעט אחת. בית המשפט זיכה את המערער מהאישום שהתבסס על טפיחה על ישבנה של המתלוננת במהלך התקופה השלישית - זאת, בשל העדר אינדיקציה לכך שהטפיחה נועדה להביא לביזוי או לגירוי מיני.

10. בגזר הדין מיום 21.5.2018, קבע בית משפט קמא כי המערער פגע בערכים החברתיים של כבוד האדם, האוטונומיה של האדם על גופו, שמירה על שלום האדם וביטחונו, ובפרט, הגנה על קטינים מפני ניצול מיני ופגיעה. כמו-כן, מצא בית המשפט כי מעשיו הפליליים של המערער הסבו לערכים אלה פגיעה במידה בינונית עד גבוהה. פגיעה בינונית - על שום שמדובר במעשים שלא הגיעו לדרגת החומרה הגבוהה ביותר של עבירות מין, וזאת מאחר ולא בוצעו תוך הפעלת כוח או אימים, לא כללו חדירה, וברובם לא כללו מגע פיזי. פגיעה גבוהה - על שום שהמערער ניצל לרעה את קרבתו אל המתלוננת, בהיותה נכדתו הנתונה להשגחתו ולמרותו; בשל פערי הגילאים ביניהם; בשל גילה הצעיר של המתלוננת והיותה נטולת יכולת להתנגד למעשים; וכן נוכח הימשכות המעשים והפגיעה שהם הסבו למתלוננת על פני שנים רבות.

11. לעניין סעיף 40(א) לחוק העונשין וקביעת מתחם העונש ההולם במסגרתו, קבע בית משפט קמא כי הגם שמסכת האירועים המתוארת בכתב האישום התרחשה על פני תקופות שונות בין השנים 2001-2010, הרי שמדובר באירוע אחד; זאת, היות שרצף המעשים הפוגעניים של המערער בוצעו במתלוננת אחת, בסמיכות זמנים, ובהתקיים קשר הדוק ביניהם.

12. בקובעו את מתחם העונש ההולם, הביא בית משפט קמא במניין שיקוליו את הערכים המוגנים שנפגעו כאמור לעיל, את מידת הפגיעה בהם, את מדיניות הפסיקה הנוהגת בעבירות כגון דא, וכן את הוראת סעיף 355 לחוק העונשין, הקובעת את העונש המזערי ביחס לעבירות בהן הורשע המערער. לצד כל אלה, שקל בית המשפט את האופן בו ניצל המערער לרעה את כוחו ואת מעמדו כדי לספק את יצריו המיניים תוך פגיעה נפשית חמורה ומתמשכת במתלוננת, וכן את הפגיעה עצמה שתלווה את המתלוננת במשך שנים ארוכות. בשים לב לכל אלה, החליט בית המשפט כי מתחם העונש ההולם בעניינו של המערער נע בין 36 ועד 60 חודשי מאסר בפועל לצד מאסר על תנאי ופיצוי למתלוננת.

13. בבואו לגזור את עונשו של המערער, זקף בית משפט קמא לזכותו מספר נסיבות מקלות, ובהן: הפגיעה של עונש המאסר במערער בשל נסיבות חייו הקשות, גילו המתקדם, מצבו הרפואי, והיותו חירש-אילם מלידה; הנזק שצפוי להיגרם למערער ככל שירצה את עונשו בנסיבות אלה על רקע קשייו לתקשר עם סביבתו, ובפרט נוכח העובדה ששפת הסימנים בשפה הרוסית היא אמצעי התקשורת היחיד עבורו; החשש שהמערער יפתח במוחו מחשבות אובדניות; הפגיעה של העונש באשת המערער, שאף היא חירשת-אילמת, נוכח התלות ההדדית ביניהם והיעדר מקורות תמיכה אחרים עבורה; חלוף הזמן מעת ביצוע העבירות; והיות המערער נעדר עבר פלילי. כמשקל נגד, זקף בית המשפט לחובת המערער את העובדה כי הלה לא נטל אחריות למעשיו ולא עשה כל מאמץ לתקן את תוצאותיהם, ולו במקצת, על ידי תשלום פיצויים למתלוננת בגין הנזק החמור שגרם לה. בית המשפט ציין כי נוכח שיקולי החומרה שפורטו לעיל, מן הדין היה לגזור את עונשו של המערער ברף האמצעי של המתחם, אולם בשל גילו, מצבו הרפואי וההשפעה הקשה של עונש המאסר על חייו, יש מקום להקל עמו.

14. איזון בין מכלול השיקולים הנ"ל, הוביל את בית משפט קמא להשית על המערער 40 חודשי מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו; 18 חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים מיום שחרורו מבית הסוהר לבל יעבור עבירה מסוג פשע, לרבות ניסיון, המנויה בסימן ה' לפרק י' בחוק העונשין; 10 חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים מיום שחרורו מבית

הסוהר לבל יעבור עבירה מסוג עוון, לרבות ניסיון, המנויה בסימן ה' לפרק י' בחוק העונשין; וכן תשלום פיצויים למתלוננת בסך של 40,000 ₪, אשר יופקדו בקופת בית המשפט המחוזי עד ליום 1.8.2018.

15. במעמד גזר הדין, עיכב בית משפט קמא את תחילת ריצוי עונש המאסר שהשית על המערער עד ליום 24.6.2018, בכפוף לתנאים שפורטו בהחלטתו זו. עיכוב ביצועו של עונש המאסר הנ"ל הוארך על-ידי בית משפט זה מספר פעמים, עד שביום 4.9.2018 קבע השופט ד' מינץ כי עיכוב הביצוע יוארך עד להכרעה בערעור דנן (ראו ע"פ 4802/18 פלוני נ' מדינת ישראל (4.9.2018)).

טענות הצדדים לערעור

16. במהלך הדיון בערעור ובהמלצתנו, צמצם המערער את ערעורו על הכרעת הדין לשתי טענות משפטיות כדלקמן:

א. שגה בית המשפט המחוזי בהרשיעו בעבירת מעשה מגונה בקטין בן משפחה, לרבות ניסיון, לפי סעיף 351(ג)(2) בנסיבות סעיפים 348(ב), 345(ב)(1) ו-345(א)(3) לחוק העונשין, שכן: משנמצא כי הנסיבה הרלוונטית בעניינו היא זו הקבועה בסעיף 345(א)(3) לחוק - "כשהאישה היא קטינה שטרם מלאו לה ארבע עשרה שנים, אף בהסכמתה" - הרי, שמן הדין היה להרשיעו בעבירת מעשה מגונה בקטין בן משפחה, לרבות ניסיון, לפי סעיף 351(ג)(1) בנסיבות סעיפים 348(א) ו-345(א)(3) לחוק.

ב. בכל אותם המקרים בהם לא היה מגע פיזי בינו לבין המתלוננת, מן הדין היה להרשיעו במעשה מגונה בפני קטין בן משפחה, עבירה לפי סעיף 351(ד) לחוק העונשין, שהינה קלה יותר, ולא במעשה מגונה בקטין בן משפחה, עבירה לפי סעיף 351(ג)(1) לחוק שעונשה המרבי הוא עשר שנות מאסר.

17. בין אם טענות אלה תצלחנה ובין אם לאו, מבקש המערער כי נמתיק את עונשו ונפחית את סכום הפיצוי שאותו חויב לשלם למתלוננת, וזאת נוכח הודאתו החלקית ונטילתו אחריות על ביצוע המעשים המיוחסים לו בכתב האישום, וכן בשל נסיבותיו האישיות הקשות.

18. בדיון לפנינו, הסכימה המדינה עם המערער כי מן הדין להרשיעו במעשה מגונה בקטין בן משפחה, לרבות ניסיון, לפי סעיף 351(ג)(1) בנסיבות סעיפים 348(א) ו-345(א)(3) לחוק העונשין, ולא בעבירה חמורה יותר לפי סעיף 351(ג)(2) בנסיבות סעיפים 348(ב), 345(ב)(1) ו-345(א)(3) לחוק העונשין.

19. בד-בבד, מבקשת מאתנו המדינה כי נדחה את שאר טענותיו של המערער. לטענתה, עלינו לקיים את הרשעת המערער במעשה מגונה בקטין, ולא להחליפה בהרשעה בגין עבירה קלה יותר של מעשה מגונה בפני קטין. כמו-כן, סבורה המדינה כי עלינו לדחות את ערעורו של המערער על חומרת העונש. לדבריה, שינוי סעיפי ההרשעה כאמור לעיל - אף לו הסכימה לכך - איננו מצדיק הקלה בעונשו של המערער. המדינה מוסיפה וטוענת כי המערער ביצע מעשים חמורים ועל כן עונש המאסר שהושת עליו הינו סביר ומאוזן גם בהתחשב בנסיבותיו הקשות. כמו-כן, מבקשת מאתנו

המדינה כי לא נתערב בגובה הפיצוי שאותו חויב המערער לשלם למתלוננת.

דין והכרעה

20. לאחר ששקלתי בכובד ראש את טענות הצדדים בכתב ובעל פה, ובחנתי את מסכת הראיות ואת פסק דינו של בית משפט קמא, סבורני כי דין הערעור להתקבל באופן חלקי מהטעמים שאפרט להלן.

ערעור נגד הכרעת הדין

מעשה מגונה בקטין בן משפחה שטרם מלאו לו ארבע עשרה שנים: מהו סעיף ההרשעה הנכון?

21. דומני, כי לא ניתן לחלוק על כך שבית משפט קמא שגה בהחליטו להרשיע את המערער בעבירות לפי סעיף 351(ג)(2) לחוק העונשין בצירוף הנסיבה הקבועה בסעיף 345(א)(3) לחוק; וזאת, חלף הנסיבה הקבועה בסעיף 345(א)(1) לחוק, אשר יוחסה למערער בגדרי כתב האישום המתוקן. סעיף 351(ג)(2) הנ"ל קובע כי "העושה מעשה מגונה באדם שהוא קטין והוא בן משפחתו [...] דינו - בעבירה לפי סעיף 348(ב) - מאסר חמש עשרה שנים". העבירה לפי סעיף 348(ב), אליה מפנה הסעיף דלעיל, היא "[...] מעשה מגונה באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345(ב)(1) עד (5) [...]". נסיבות אלה, ככל שהן נוגעות לענייננו, מפורטות בסעיף 345(ב)(1) לחוק. הן כוללות מעשה מגונה "בקטינה שטרם מלאו לה שש עשרה שנים ובנסיבות האמורות בסעיף קטן (א)(1), (2), (4) או (5)". באשר לנסיבות "[...] האמורות בסעיף קטן (א)(1), (2), (4) או (5)" - אלו כוללות מעשים מיניים אסורים אשר נעשים ללא הסכמה חופשית של הקורבן, או בהסכמת הקורבן, שהושגה במרמה או תוך ניצול מצבי מחלה, ליקוי שכלי או חוסר הכרה שבהם לקורבן אין יכולת פיזית - להבדיל ממשפטית, מפאת גילו הצעיר - לתת הסכמה למעשה. המצב שבו לקורבן אין יכולת משפטית לתת הסכמה למעשה מיני אסור, מאחר שהוא "[...] קטינה שטרם מלאו לה ארבע עשרה שנים [...]", מופיע בסעיף קטן (א)(3) שאיננו נכלל ברשימת הנסיבות אליהן מפנה סעיף 345(ב)(1) לחוק. סעיף קטן זה נכלל ברשימת נסיבות אחרת, זו שמופיעה בסעיף 348(א) לחוק. לרשימת נסיבות זו - שחלה בענייננו - מפנה סעיף 351(ג)(1) לחוק, אשר קובע עונש מרבי של עשר שנות מאסר עבור נאשמים, דוגמת המערער דכאן, שעשו "[...] מעשה מגונה באדם שהוא קטין והוא בן משפחתו [...]". משכך, מן הדין היה להרשיע את המערער בעבירה לפי סעיף 351(ג)(1) בצירוף שאר סעיפי החוק הרלוונטיים, ולא בעבירה חמורה יותר לפי סעיף 351(ג)(2) לחוק. על תוצאה משפטית זו לא ניתן היה לחלוק, וטוב עשתה המדינה משבחרה להסכים עמה.

22. לתוצאה זו ולשינוי לקולא בסעיפי ההרשעה אשר בא בעקבותיה יש השלכה לעניין עונש המאסר שראוי להשית על המערער, ועל כך אעמוד בהמשך דברי.

מעשה מגונה בקטין או מעשה מגונה בפני קטין?

23. כפי שכבר ציינתי, בכפוף לתיקון הנ"ל בסעיפי ההרשעה, המערער איננו תוקף עוד את הרשעתו בגין המעשים המגונים שביצע במתלוננת באמצעות מגע פיזי אשר נועד לספק את יצריו המיניים. טוב עשה המערער משבחר לחזור בו

מהחלק הזה של הערעור תוך נטילת אחריות למעשיו, היות שטענותיו הופנו ברובן נגד הקביעות העובדתיות ונגד ממצאי המהימנות שקבעם בית המשפט המחוזי. ודוק: הלכה עמנו היא שבית משפט זה בשבתו כבית משפט לערעורים אינו מתערב בממצאי עובדה, ובפרט בממצאי מהימנות, אשר נקבעו על ידי הערכאה הדיונית על בסיס התרשמותה הישירה מהעדים שמסרו את עדותם לפנייה (ראו ע"פ 4655/12 אדרי נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (29.9.2014); ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205, 219-220 (2002); ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 643-645 (2000); וכן ע"פ 316/85 גרינוולד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 564, 573 (1986)). זאת, בכפוף למספר חריגים צרים ומוגדרים, שאינם חלים במקרה דנן (ראו ע"פ 7401/07 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 5 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (31.7.2008)). חשיבות יתרה נודעת ליתרונות דיוניים אלו של הערכאה דלמטה, במקרים בהם ניצבת בליבת פרשת ההוכחות נפגעת עבירה אשר נפלה קורבן לעבירות מין, ובהם: "[...] מתעורר לעתים קושי במתן עדות ברורה ורהוטה. [...] [כך ש] הטון, אופן הדיבור, שפת הגוף וכל אותם גורמים שאינם שייכים ישירות לעולם התוכן - [...] מקבלים משקל חשוב עוד יותר" (ראו ע"פ 6375/02 בבקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 419, 425-426 (2004); וכן ע"פ 3273/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה יז (30.12.2010)).

24. אוסיף, למעלה מן הנדרש, כי בית משפט קמא ניתח את עדות המתלוננת תוך עמידה על פרטיה החשובים וסימוני האמת שעלו ממנה. בפרט, עמד בית המשפט על כך שהמתלוננת השתדלה לדייק בדבריה, מסרה עדות מאופקת וכלל לא ניסתה להעצים את האירועים הקשים שחוותה במחיצת המערער בהיותה קטינה. ניתוח זה של בית משפט קמא קיים אפוא את חובת ההנמקה שלו לפי סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, לעילא ולעילא - דבר שאף הוא נעשה למעלה מן הצורך מאחר שפרטים מהותיים מעדות המתלוננת חוזקו על ידי עדויות נוספות, ועל כן אין מדובר כאן בהרשעת נאשם "על פי עדות יחידה של הנפגע" שאליה מתייחס הסעיף.

25. הנני עובר אפוא לדיון בטענות המערער אשר תוקפות את הרשעתו במעשים מגונים במתלוננת שלא כללו מגע פיזי מצדו. כפי שכבר ציינתי, המערער טוען כי מעשים אסורים אלו הם בגדר מעשה מגונה בפני קטין בן משפחה, עבירה לפי סעיף 351(ד) לחוק העונשין, שעונשה המרבי הוא ארבע שנות מאסר, ולא עבירה, החמורה פי כמה, אשר עונשה המרבי הוא עשר שנות מאסר כאמור לעיל, של מעשה מגונה בקטין בן משפחה, לפי סעיף 351(ג)(1) לחוק. במלים אחרות, המערער איננו חולק על כך שמעשיו נטולי המגע הפיזי עם המתלוננת - שכאמור כללו דיבורים בעלי תוכן מיני וחשיפתה לחומרים פורנוגרפיים - היו "מגונים" מבחינת דיני העונשין ומבחינת היסוד העובדתי הדרוש להתהוות העבירה בה עסקינן. הווה אומר: בראי האדם הסביר מעשים אלה היו בעלי אופי מיני ברור והם נחשבים, לפי המוסכמות החברתיות שלפיהן אנו חיים, לבלתי הוגנים, בלתי צנועים ובלתי מוסריים (ראו ע"פ 9603/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 12-13 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (כתוארו אז) (27.9.2011) (להלן: ע"פ 9603/09); ע"פ 6255/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 168, פסקאות 9-13 (2004); עש"מ 6737/02 מדינת ישראל נ' זקן, פ"ד נז(2) 312, 326-327 (2003); וכן ע"פ 616/83 פליישמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 449, 457 (1985)).

כך הוא גם לגבי היסוד הנפשי של העבירה: הדרישה היא כי מי שעושה מעשה מגונה ימצא אשם רק כאשר הוא פועל "[...] לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים" (ראו סעיף 348(ו) לחוק העונשין; ע"פ 6269/99 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 496, 501-502 (2001); ע"פ 9603/09, פסקה 14 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; וכן ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 510-511 (תשמ"ד)). המערער לא חולק - וממילא איננו יכול לחלוק - על כך שיסוד נפשי זה מתקיים בעניינו. ברי הוא, כי המערער נהג עם המתלוננת כפי שנהג לשם גירוי וסיפוק מיני. השאלה שמועלית על ידי המערער מתייחסת לטיבו של המעשה המגונה שהלה ביצע: האם מעשה כאמור הוא מעשה בקטין או מעשה בפני קטין?

26. בא-כוח המערער, שטען לפנינו בטוב טעם ודעת, לא ביקש כי נשנה את ההלכה אשר קבעה זה מכבר כי מעשה מגונה בקטין איננו טעון מגע פיזי בין מבצעו לקורבנו (ראו ע"פ 7725/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 31-34 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (כתוארו אז) (24.1.2013) (להלן: ע"פ 7725/11); ע"פ 9603/09, פסקה 20 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (כתוארו אז); וכן דנ"פ 7457/11 פלוני נ' מדינת ישראל (26.2.2012)). לדבריו, להלכה זו יש מקום של כבוד בידי העונשין, אך עלינו ליישמה מבלי ליתר את העבירה של מעשה מגונה בפני קטין. מדובר אפוא בטענה המושתתת על הכלל נגד מיותרות (argument from redundancy). לפי טענה זו, מחוקקנו איננו משחית את מילותיו לריק ובוודאי שאיננו יוצר עבירות פליליות שיסודותיהן חופפים אלו את אלו חפיפה מלאה (ראו, למשל, ע"פ 1142/11 סדיר נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (8.2.2012); וגם אהרן ברק פרשנות במשפט - תורת הפרשנות הכללית 155 (1992); 629 (2016) (John M. Golden, Redundancy: When Law Repeats Itself, 94 TEX. L. REV.)). משכך, עלינו לקבוע היקף התפרשות נפרד וייחודי לכל אחת משתי העבירות הללו: מעשה מגונה בקטין, מצד אחד, ומעשה מגונה בפני קטין, מהצד השני. בא-כוח המערער סבור כי קביעה כאמור תובילנו למסקנה כי בכל אותם המקרים שבהם שולחו לא נגע במתלוננת, אלא רק דיבר אליה באופן מיני או הראה לה חומר פורנוגרפי לשם סיפוק או גירוי מיני שלו עצמו, הוא עשה מעשה מגונה בפניה ולא בה.

27. טענה זו הינה נכונה במישור העקרוני, אך בסופו של יום איננה עוזרת למערער. עבירה של מעשה מגונה בקטין נבדלת מזו של מעשה מגונה בפני קטין בפרט חשוב. במקרה של מעשה מגונה בקטין, המבצע כופה על הקטין - שאינו כשיר לתת הסכמה למתרחש - השתתפות באקט או בשיח בעלי אופי מיני. במקרה של מעשה מגונה בפני קטין, המבצע גורם לקטין לצפות באקט בעל אופי מיני או לשמוע שיח מיני כלשהו, כאשר הקטין איננו נוטל שום חלק באותו אקט או שיח. במקרה הראשון, החמור הרבה יותר, העברייני מבזה את הקטין מינית, או שואב את סיפוקו או את גירוי המיני, מכך שהוא כופה על הקטין אינטראקציה פיזית או מילולית בעלת אופי מיני. במקרה השני, החמור פחות, העברייני שואב את סיפוקו או את גירוי המיני רק מכך שהקטין צופה באקט בעל אופי מיני או שומע שיח מיני של העברייני מבלי להיות שותף לאותו אקט או שיח. פסקי הדין שצוטטו לעיל, ובפרט ע"פ 7725/11 וע"פ 9603/09, אימצו הבחנה זו במילים אלו או במילים דומות. כפי שאמרה השופטת ד' ברק-ארז, "[...] מעשה מגונה באדם הוא מעשה שנעשה בו עצמו - אך לא דווקא בגופו" (ראו ע"פ 7725/11, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; ההדגשה במקור).

28. פרשנות זו נשענת גם על ההיסטוריה החקיקתית של עבירת המעשה המגונה (ראו ע"פ 7725/11, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; וכן אורית קמיר "משפט, חברה ותרבות בפרשת חיים רמון: ניתוח עבירת מעשה מגונה", מוסכמות חברתיות רלוונטיות והצעת החוק למניעת כפייה מינית" המשפט יג 289, 303-311 (2008)). בפקודת החוק הפלילי משנת 1936, הבחין המחוקק המנדטורי בין ארבע קטגוריות שונות של מעשה מגונה: (1) מעשה מגונה בכוח; (2) מעשה מגונה שלא בכוח; (3) מעשה מגונה הנעשה בילד; ו-(4) מעשה מגונה בפומבי (ראו סעיפים 157-160 לפקודת החוק הפלילי, 1936). הבחנה זו, בשינויים קלים, עוגנה גם בחוק העונשין בנוסחו המקורי (ראו סעיפים 354-357 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864). במסגרת תיקון 22 לחוק העונשין, קבע המחוקק עבירה של "תקיפה מינית" בסעיף 348 לחוק כחלופה של מעשה מגונה בכוח ושלא בכוח, והגדירה כדלקמן: "התוקף אדם או העושה תנועות מגונות המכוונות אליו, לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים, דינו - מאסר שלוש שנים" (ההדגשה הוספה - א.ש.). כמו-כן, קבע המחוקק את העבירה של "מעשה מגונה" בסעיף 349 לחוק כחלופה לעבירה הישנה של מעשה מגונה בפומבי, בזו הלשון: "העושה מעשה מגונה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים, בפומבי, או בכל מקום אחר בפני אדם שטרם מלאו לו שש עשרה שנים [...] דינו - מאסר שלוש שנים" (ראו סעיפים 348-349 לחוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988).

29. היסטוריה חקיקתית זו נותנת לנו תמונה ברורה. מחוקקנו ראה במגע פיזי בין מבצע העבירה לקורבנו תנאי מספיק להתהוות העבירה של מעשה מגונה. דא עקא, המחוקק לא ראה במגע כאמור תנאי הכרחי שבלעדיו העבירה של מעשה מגונה איננה מתגבשת. הווה אומר: די היה בכך שהמעשה המגונה יהא מכוון אל הקורבן. תיקון 30 לחוק העונשין, אשר נחקק בעקבות הערותיו של בית משפט זה בע"פ 63/89 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 388 (1989), קיבע הגדרה רחבה זו של "מעשה מגונה" (ראו סעיף 348(ו) לחוק העונשין (תיקון מס' 30), התש"ן-1990; וכן עמ' 223 לדברי ההסבר לחוק העונשין (תיקון מס' 33), התש"ן-1990). מאז, הגדרה זו לא שונתה.

30. במקרה שלפנינו, מדובר במסכת אירועים אחת אשר נמשכה שנים. במסגרתה, ניצל המערער את כוחו וכפה את עצמו על המתלוננת - נכדתו - פעמים רבות כאשר הוא משתפה במעשיו המעוותים כדי להפיק מכך סיפוק או גירוי מיני. כך היה בכל אותם מקרים שבהם יצר המערער מגע פיזי עם המתלוננת, וכך היה גם בכל יתר המקרים: כאשר המערער דיבר אל המתלוננת על ההתפתחות העתידית של שדיה (ראו עמ' 26, שורות 12-13, לפרוטוקול מיום 20.7.2017 (להלן: הפרוטוקול)) - הוא לא דיבר אל עצמו, אלא שיתפה בשיחה בעלת תוכן מיני מובהק כדי להפיק מכך גירוי או סיפוק מיני; וכאשר המערער הראה למתלוננת סרטים ומגזינים בעלי תכנים פורנוגרפיים (ראו עמ' 26, שורות 11-20, ועמ' 28, שורות 15-17 לפרוטוקול) - הוא לא ייחד את הצפייה בתכנים אלו לעצמו, אלא הפיק גירוי או סיפוק מיני מכך שהמתלוננת צפתה בתכנים אלה יחד עמו. הוא הדין גם לגבי ניסיונו של המערער לבצע מעשה מגונה במתלוננת, כאשר הלה דרש ממנה להשאיר את דלת השירותים פתוחה בעת שהיא עושה את צרכיה (ראו עמ' 29, שורות 11-18, לפרוטוקול), ודומה כי עניין אחרון זה אינו טעון הסבר.

31. מהמקובץ לעיל עולה כי כל מעשיו המעוותים של המערער במתלוננת היו בגדר מעשה מגונה בקטין בן משפחה, ולא מעשה מגונה בפני קטין בן משפחה.

ערעור נגד גזר הדין

32. לאחר ששינינו לקולא את סעיפי העבירות שבוצעו על ידי המערער ושמענו כי הוא נוטל אחריות על מעשיו, שומה עלינו לשקול הקלה בעונשו. המערער מבקש כי נקל בעונשו במידה ניכרת נוכח השינוי לקולא בסעיפי ההרשעה, בשל העובדה שהחיים בכלא יהיו עבורו קשים מנשוא לאור מצבו, וכן בהתחשב בשאר הנסיבות, שלו ושל אשתו, אשר פורטו לעיל. המדינה, מנגד, טוענת כי עלינו להשאיר את עונשו של המערער על כנו כמות שהוא, אך אני מוצא כי עמדה זו איננה מידתית.

33. אין להקל ראש בקשיים עליהם מצביע המערער. יחד עם זאת, הם אינם מצדיקים הקלה ניכרת בעונש המאסר שהושת עליו. מדובר בעבריו מין סדרתי שניצל את מעמדו כמבוגר האחראי לשלומה של ילדה קטנה - נכדתו - וניצלה לסיפוק צרכיו המיניים המעוותים במשך שנים ארוכות. מעשיו הסבו למתלוננת סבל רב ונזק נפשי עצום, כמפורט בהרחבה בתסקיר נפגעת העבירה שהוצג לפנינו. מבצעייהם של מעשים כאלה ראויים לעונש מאסר מרתיע במיוחד - כזה שישאירם מאחורי סורג ובריח למשך תקופה ממושכת. הגנה על קורבנות פוטנציאליים וצרכי הרתעה מחייבים הטלת עונשים כאלה חרף נסיבותיו האישיות של העבריין (ראו, למשל, ע"פ 3648/04 פלוני נ' מדינת ישראל, עמ' 14-15 (15.9.2005); ע"פ 2879/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (17.10.2013); ע"פ 5084/12 שקורי נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (15.9.2013); וע"פ 6098/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (24.7.2018)). גם כאשר עבריין כזה נמצא ראוי להקלה בעונשו בשל נסיבות קשות במיוחד, אסור לקצר את תקופת מאסרו באופן שיחליש הרתעה

כללית של עברייני מין ויעוות את האיזון המוסרי בינו לבין קורבנו. על שיקולים אלה עמדתי בע"פ 3792/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (11.11.2018) (להלן: ע"פ 3792/18) וכן בע"פ 2454/18 שיינברג נ' מדינת ישראל, עמ' 19-18 (6.12.2018) (להלן: ע"פ 2454/18)). כאן המקום לעמוד עליהם שוב.

34. הרתעה כללית נגד עבירות מין היא בגדר כורח חברתי שקיבל הכרה בסעיף 40 לחוק העונשין. עבירות מין, ובפרט עבירות מין נגד קטינים, הן עבירות של חדרי-חדרים, נגישות, קלות לביצוע וקשות לגילוי. מציאות זו מעצימה את תמריציהם של עברייני מין לממש את מאווייהם מעוררי הסלידה ולספק את יצריהם על ידי פגיעה בקטינים חסרי ישע, כפי שקרה במקרה דכאן. הדרך הטובה ביותר להקטין את התמריץ המיני המעוות ועמו את הפיתוי לבצע עבירות מין הסוג שבו עסקינן היא להגדיל את עונש המאסר המוטל על העבריין. מחקרים תאורטיים ואמפיריים בתחום של כלכלה והכוננת התנהגות מראים שמנגנון הרתעה זה פועל באופן משביע רצון (ראו: Gary S. Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach, 76 J. POL. ECON. 169, 180 (1968); Francesco Drago, Roberto Galbiati & Pietro Vertova, The Deterrent Effects of Prison: Evidence from a Natural Experiment, 117 J. POL. ECON. 257 (2009); David S. Abrams, Estimating the Deterrent Effect of Incarceration using Sentencing Enhancements, 4 AMERICAN ECONOMIC JOURNAL: APPLIED ECONOMICS 32 (2012)). ברי הוא, כי הגדלת עונש כאמור לא תמיד תהווה איום ממשי אשר ירתיע את העבריין בכוח המונע על ידי יצרו. יחד עם כן, בתחום של עבירות מין אשר הורסות את חיי הקורבנות - במקרים רבים, קורבנות חסרי הגנה - גם להרתעה חלקית יש תועלת חברתית עצומה. כפי שכבר הזדמן לי להעיר, אם החמרה בעונש המאסר תגרום לעבריין מין אחד לזנוח את תכניתו לפגוע מינית בילדה חסרת ישע - דיינו ע"פ 3792/18, פסקה 19; וכן ע"פ 2454/18, עמ' 19). רחמים בענישתם של עברייני מין דוגמת המערער דכאן, "[...] כמוהם כמשחק-סכום-אפס: שופט שמרחם על עבריין ומפחית את עונשו, תוך החלשת ההרתעה הכללית, איננו מרחם על הקורבנות" (ראו ע"פ 3792/18, פסקה 17).

35. מכאן לאיזון המוסרי בין העבריין לקורבן, אשר מהווה חלק מעיקרון ההלימה המעוגן בתיקון 113 לחוק העונשין (ראו ע"פ 3792/18, פסקה 20). עיקרון ההלימה מחייב כי ענישת העבריין תביא לתיקון מוסרי אשר ישקם את ערכה של הנפגעת מן העבירה כאדם בן חורין הזכאי לשלמות גוף ולחופש הרצון. העבריין שלל ערך זה או הפחיתו על ידי מעשה כפייה פוגעני. התיקון הדרוש לא יעשה אפוא אם עונשו של העבריין לא יהא שקול כנגד מה שעולל לקורבנו (ראו Jean Hampton, The Retributive Idea, in JEFFRIE G. MURPHY & JEAN HAMPTON, FORGIVENESS AND MERCY 131 (1988)). אשר על כן, כפי שכבר הזדמן לי לכתוב, "[...] פסק הדין שייצא מתחת לידינו צריך [...] [שיאמר] למתלוננת, ללא כחל וסרק, כי זעקתה היא זעקתנו" (ראו ע"פ 3792/18, פסקה 20). בפחות מכך לא נוכל להסתפק.

36. לצד כל אלה, יש ליתן את הדעת על כך שסעיף העבירה בו הורשע המערער בגדרי פסק דינו של בית משפט קמא, לא נותר כשהיה. בעוד שהעונש המקסימלי הקבוע בצידה של העבירה - החמורה יותר - בה הורשע המערער על ידי בית משפט קמא, הוא חמש-עשרה שנות מאסר, הרי שהעונש המקסימלי הקבוע בצידה של העבירה - החמורה פחות - בה יש להרשיעו, הוא עשר שנות מאסר בלבד. נוכח השינוי לקולא בסעיפי ההרשעה של המערער, כמו גם בעונשים המקסימליים הניצבים בבסיסם, ובשים לב לכך שהמערער נוטל אחריות על מעשיו הפליליים, סבורני כי יש מקום להקל במידה מסוימת את עונש המאסר שהושת עליו.

37. באשר לטענת המערער בדבר גובה הפיצוי שאותו הוא חויב לשלם למתלוננת - הלכה עמנו היא שיכולת

הכלכלית של העבריין איננה משמשת אמת-מידה לקביעת סכום הפיצוי הנפסק לטובתו של נפגע העבירה (ראו ע"פ 322/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 8 והאסמכתאות שם (9.10.2016)). לא זו אף זו: ערכאת הערעור איננה מתערבת, בדרך כלל, בשיעור הפיצוי שנקבע על ידי הערכאה הדיונית (ראו ע"פ 3116/13 קבלאן נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (15.10.2013); וע"פ 420/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 95 (23.11.2009)). בנסיבות המקרה שלפנינו, בהינתן הפגיעה החמורה במתלוננת, אשר פורטה בהרחבה בתסקיר נפגעת העבירה, ובשים לב לתכליתו של חיוב בפיצוי כספי בגדרי ההליך הפלילי - שהינו הענקת מזור לנפגע העבירה ולמשפחתו (ראו ע"פ 3673/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה לח (14.3.2016); ע"פ 4770/14 אגייב נ' מדינת ישראל, פסקה 65 (5.11.2015); וע"פ 4186/13 ע'נאים נ' מדינת ישראל, פסקה נו (13.4.2015)) - אינני רואה שום הצדקה להפחית מסכום הפיצוי שנפסק לחובת המערער. אעיר, מעבר לנדרש, כי סכום זה איננו מתקרב לעלות הכלכלית של צרכי השיקום של המתלוננת. מסיבות אלו, אינני רואה מקום לשנות את פריסת התשלומים ומועדיהם, כפי שנקבעו בהחלטת בית משפט זה מיום 4.9.2018.

38. אשר על כן, סבורני כי עלינו לקצר במעט את תקופת המאסר בפועל שהושת על המערער ולהעמידה על 33 חודשים. את יתר רכיבי עונשו של המערער ואת סכום הפיצויים שהוטל עליו לשלם למתלוננת מן הדין להשאיר על כנם.

סוף דבר

39. הנני מציע לחבריי לקבל את הערעור על הכרעת הדין באופן חלקי, במובן זה שסעיף ההרשעה של המערער בגין מעשה מגונה בקטין בן משפחה, לרבות ניסיון, ישונה לסעיף 351(ג)(1) בנסיבות סעיפים 348(א) ו-345(א)(3) לחוק העונשין. כמו-כן מציע אני כי נפחית את עונש המאסר אשר הושת על המערער ל-33 חודשים וכי בכפוף לשינויים אלו הערעור יידחה.

40. המערער יתייצב לריצוי עונשו ביום 10.2.2019, שעה 10:00, בבית מעצר ניצן, או במקום אחר על-פי החלטת שירות בתי הסוהר, כשברשותו תעודת זהות או דרכון ועותק מפסק דין זה. המערער יתאם את כניסתו למאסר, כולל האפשרות למיזן מוקדם, עם ענף אבחון ומיזן של שירות בתי הסוהר בטלפון 08-978-7377 או 08-978-7336. יודגש, כי המערער זקוק לתרגום לשפת הסימנים בשפה הרוסית. משכך: על שירות בתי הסוהר להיערך לכך טרם מועד התייצבותו של המערער למאסר, כדי שעם התייצבותו במקום תתאפשר תקשורת בינו לבין שירות בתי הסוהר.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

1. חברי, השופט א' שטיין, שם את הדגש על חשיבותה של הרתעת הרבים מפני עבריינות פוטנציאלית, ועולה מדבריו כי ההרתעה היא שיקול שאין בלתו במסגרת גזירת עונשו של נאשם. ואכן, ההרתעה מהווה שיקול בעל משקל נכבד בענישה, אך היא אינה חזות הכול. בבסיס הענישה עומדות תכליות נוספות, אשר אינן סבורה כי הן נופלות

בחשיבותן מהתכלית ההרתעתית. אחת מתכליות אלה, היא התכלית השיקומית, לה אקדיש להלן מספר מילים.

2. כידוע, תכליות הענישה עוגנו באופן סטטוטורי במסגרת תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ועיקרון ההלימה - המבטא את תכלית הגמול- זכה למעמד בכורה כעיקרון המנחה בענישה. ואולם, ככלל, בית המשפט מוסמך לגזור על נאשם עונש הסוטה לקולא ממתחם העונש ההולם אם מצא כי הלה "השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם" (ראו: סעיף 40ד(א) לחוק העונשין). מנגד, בית המשפט אינו רשאי לסטות ממתחם העונש ההולם לצורך הרתעתו האישית של הנאשם או לצורך הרתעת הרבים (ראו: סעיף 40-ז לחוק העונשין; וכן ראו את דברי חברי השופט נ' סולברג בע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל, פסקה 28 (5.8.2013)). מן הדברים האמורים עולה כי בשיטתנו המשפטית, נדמה שמעמדה של התכלית השיקומית בענישה גבוה מזה של התכלית ההרתעתית, וכי שיקומו של הנאשם מהווה שיקול משמעותי בגזירת עונשו (ראו: עמי קובו "פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" הסנגור 183, 4, 7 (2012); יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413, 456 (התשע"ג); רות קנאי "לקראת יישום ראוי של תיקון 113 - הערות ראשוניות" הסנגור 196, 4, 5 (2013); סיגל קוגוט, אפרת חקאק ואיתמר גלבפיש "מי מִפְחֵד מהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה? על ערכאת הערעור ותיקון 113" משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל - כשלים ואתגרים 267, 272 (אלון הראל עורך, 2017); אורן גזל-אייל "חריגה ממתחם העונש ההולם" ספר דורית ביניש 539, 543-544 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018)).

3. ודוק: חשיבותו של ההליך השיקומי, המסייע לנאשם לצאת ממעגל העבריינות ולהשתלב באורח חיים יציב וקונסטרוקטיבי, אינה נעוצה אך בטובתו של הנאשם, וההתחשבות בשיקולי שיקום אינה בבחינת הפעלת "מידת הרחמים" או התנהלות של לפנים משורת הדין. אדרבה, יש בשיקולים אלה כדי לקדם את האינטרס של כלל הציבור, ואף להגן על קורבנות פוטנציאליים - לא פחות, ולעיתים אף יותר, משיקולי ההרתעה. הדברים האמורים נכונים ביתר שאת עת עסקינן בעבירות מין, שכן ממחקרים שנערכו בתחום עולה כי שיעור הישנות העבירות בקרב עברייני מין אשר לא עברו הליך שיקומי - גבוה, וכי לאורך זמן אף גוברות תדירות העבירות וחומרתן (ראו והשוו: ע"פ 2824/05 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (26.3.2006)); וכן ראו: מלי שחורי, שרה בן-דוד ויעל אידיסיס "עברייני מין בארץ ובעולם: חקיקה פיקוח טיפול ושיקום" התמכרויות אלימות ועבירות מין - טיפול לאור החוק 421 (חיים מהל, מאיר חובב ומרים גולן עורכים, 2008)).

4. חשוב להדגיש כי אין באמור כדי להקל ראש בחשיבותה של הרתעת עבריינים בכלל, ועברייני מין בפרט, או בחשיבותם של שיקולי הגמול בעת גזירת עונשם. כמו כן, ברי כי בגדר השיקולים הרלוונטיים לגזירת העונש, יש ליתן משקל נכבד אף לפגיעה הקשה אשר הסב עברייני המין לקרבנותיו - פגיעה בגוף ובנפש, אבדן של אוטונומיה, ביטחון ותמימות - וכל זאת, אך לשם מימוש מאוויי המחליאים. שיקול השיקום, כמו גם שיקול ההרתעה, אינם ניצבים יחדים, אפוא, ויש צורך באיזון בינם לבין יתר השיקולים העומדים על הפרק.

5. במקרה דנן, אף אני סבורה כי שיקולי ההרתעה גוברים על יתר השיקולים בגזירת העונש, ומשכך אני מצטרפת לפסק דינו של חברי, השופט א' שטיין, בכפוף לכל האמור לעיל.

ש ו פ ט ת

השופט נ' סולברג:

צודק חברי, השופט א' שטיין, בתיקון שהוא מציע בהכרעת הדין, וכפועל יוצא מכך מוצדקת גם הפחתה שהציע בתקופת המאסר.

חברי מדגיש את שיקול ההרתעה, עד כדי כך שלדבריו אין רחמים בענישתם של עברייני מין (פסקה 34); חברתי, השופטת י' וילנר, משיבה לעומתו שהרתעה אינה חזות הכל, ומייחדת דברים על חשיבות השיקום. אלא שאיננו זקוקים לחידוש ולא נדרשים לויכוח, משום שהמחוקק אמר את דברו לגבי הבניית שיקול הדעת בענישה, באופן מפורש, מפורט, מקצועי ועדכני - בתיקון 113 לחוק העונשין.

שופט

הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט א' שטיין.

ניתן היום, כ"ב בשבט התשע"ט (29.1.2019).

שופט שופטת שופט

עב F11.docx_18048020