

## ע"פ 5617/19 - מדינת ישראל נגד פלוני

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 5617/19

ע"פ 5668/19

לפני: כבוד המשנה לנשיאה נ' הנדל  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופט י' אלרון

מדינת ישראל

המערערת ב-ע"פ 5617/19  
והמשיבה ב-ע"פ 5668/19

נגד

פלוני

המשיב ב-ע"פ 5617/19  
והמערער ב-5668/19

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי חיפה ב-  
תפ"ח 20163-07-17 מיום 27.06.2019 שניתן על ידי  
השופטים א' אליקים סג"נ; ת' נאות-פרי; ר' בש

(30.12.2020)

ט"ו בטבת התשפ"א

תאריך הישיבה:

עו"ד ורד חלאוה

בשם המערערת ב-ע"פ 5617/19  
והמשיבה ב-ע"פ 5668/19

עו"ד שלומציון גבאי-מנדלמן

בשם המשיב ב-ע"פ 5617/19  
והמערער ב-5668/19

בשם נפגעות העבירה 1,3: עו"ד טלי איזנברג

בשם שירות המבחן למבוגרים: גב' ברכה וייס

## פסק-דין

השופט י' אלרון:

1. לפנינו ערעורים על גזר-דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (סגן הנשיא א' אליקים והשופטות ת' נאות-פרי ור' בש) ב-תפ"ח 20163-07-17 מיום 27.6.2019, בגדרו הושת על המשיב ב-ע"פ 5617/19 ועל המערער ב-ע"פ 5668/19 (להלן: המערער) עונש של 11 שנות מאסר בפועל, לצד מאסרים מותנים ותשלום פיצויים למתלוננות - נכדתו, אחייניתו, ובתו - בהן ביצע עבירות מין קשות, רבות, ומגוונות, בהיותן קטינות.

עיקרי העובדות וגזר-הדין

2. על-פי כתב האישום, בשנים 2014-2017 המערער ביצע עבירות מין בנכדתו (ילידת 2011), בהזדמנויות רבות בהן שהו לבד בביתו - בין השאר, בשלושת ימות השבוע בהם היה אחראי לאסוף אותה מגן הילדים ולהשגיח עליה עד לשעות אחר-הצהריים. בהזדמנויות אלה, נהג המערער ללקק את איבר מינה של נכדתו, להחדיר את איבר מינו לפיה, להורות לה ללקק את איבר מינו, ולהציג לה סרטונים פורנוגרפיים - והכל לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים (האישום הראשון).

בשנים 2007-2016 ביצע המערער עבירות מין באחייניתו (ילידת 2003), במקרים שונים בהם ביקרה בביתו או שהתה עמו במקומות אחרים: הכניס את ידו למכנסיה ונגע באיבר מינה; הוציא את איבר מינו ממכנסיו וביקש ממנה ללטפו; הציג לה סרטון פורנוגרפי; ביקש שתצלם את איבר מינה; ניסה להכניס את ידו מתחת לחולצתה ולגעת בחזה; וכן חיבק אותה מאחור בחוזקה ותפס בחזה. עוד נהג לשאול את אחייניתו אם גדל לה החזה ואם צמחו לה שערות, ולבקש שתראה לו את חזה ואת איבר מינה; ובשתי הזדמנויות צילם סרטוני וידאו שלה במכשיר הטלפון הנייד שלו, תוך שהתקרב לאיבריה המוצנעים. את מעשיו אלה ביצע המערער לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים, וללא הסכמה חופשית של אחייניתו (האישום השני).

בשנים 1988-1989 ביצע המערער עבירת מין בבתו (ילידת 1983), בכך שהורה לה לאחוז באיבר מינו החשוף בעת שהטיל את מימיו - כפי שאכן עשתה - וגם זאת לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים (האישום השלישי); ובשנים שקדמו למעצרו, החזיק המערער עשרות תמונות וסרטונים של קטינות מקיימות יחסי מין ו/או ערומות (האישום הרביעי).

3. בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער, בתום שמיעת ראיות, בכל העבירות שיוחסו לו:

באישום הראשון (הנכדה) - ריבוי עבירות של מעשה סדום ומעשה מגונה בקטינה בידי בן משפחה, לפי סעיפים 351(א), 347(ב) ו-345(א)(3), וכן לפי סעיפים 351(ג)(1), 348(א) ו-345(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), בהתאמה;

באישום השני (האחיינית) - ריבוי עבירות של מעשה מגונה בקטינה בידי בן משפחה וניסיון למעשה מגונה כאמור, לפי סעיפים 351(ג)(2), 348(ב), 345(ב)(1) ו-345(א)(1) וכן 25 לחוק העונשין; עבירה של הטרדה מינית (לפי סעיפים 3(א)(6) (א) סיפא ו-3(א)(4) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998) ועבירה של פגיעה בפרטיות (לפי סעיפים 2(3) ו-5 לחוק להגנת הפרטיות, התשמ"א-1981);

באישום השלישי (הבת) - עבירה של תקיפה מינית, לפי סעיפים 348(ב) ו-350 לחוק העונשין (כנוסחו בעת ביצוע המעשים);

באישום הרביעי (פורנוגרפיית קטינים) - עבירה של פרסום והצגת תועבה, לפי סעיף 214(ב3) לחוק העונשין.

4. בית המשפט המחוזי ראה בכל אישום "אירוע" נפרד וקבע לגביו מתחם עונש שונה. בהקשר זה צוין בגזר-הדין כי שלושת האישומים העיקריים אמנם קשורים זה לזה, שכן עניינם בעבירות מין שבוצעו כלפי בנות אותה משפחה, בהיותן באותו גיל - אולם קיים שוני מהותי "ביותר" במדרג העבירות שבוצעו ובחומרתן, ובכלל זה משך התקופה שלאורכה בוצעו העבירות.

5. בקביעת המתחמים השונים לעונש ביחס לאישומים העיקריים, נמצא כי אותם ערכים מוגנים נפגעו מביצוע המעשים, והודגש כי יש לראות את פגיעתן של עבירות המין בחומרה יתרה בנסיבות דנן, הן לעניין הפגיעה בשלמות גופן ונפשו של קטינות, והן לעניין הפגיעה בביטחון האישי ובתא המשפחתי. כן צוין כי "מידת האשם" של המערער היא "מוחלטת", כהגדרת בית המשפט המחוזי; וכי במעשיו גם ניצל לרעה את כוחו וסמכותו כלפי המתלוננות, עת שהו עמו ביחידות ובנסיבות שהיו בשליטתו.

בהערכת הנזקים שנגרמו למתלוננות, בית המשפט המחוזי נסמך על תסקיר נפגעות עבירה - למעט ביחס לאחיינית, שביקשה שבעניינה לא יוכן תסקיר. עם זאת, צוין בגזר-הדין כי לאחיינית ולנכדה נגרם "נזק משמעותי". לפיכך נקבע מתחמי ענישה של 7 עד 11 שנות מאסר בפועל לאישום הראשון; 2 עד 5 שנות מאסר בפועל לאישום השני; ו-6 עד 10 חודשי מאסר בפועל לאישום השלישי.

6. בקביעת מתחם העונש לאישום הרביעי, שעניינו החזקת פורנוגרפיית קטינים, נקבע כי המדובר לא רק בפגיעה בכבודם, בפרטיותם, ובשלמות גופם ונפשם של אותם קטינים שצולמו, אלא של קטינים בכלל. זאת, מאחר שצריכת התמונות והסרטונים עלולה לעודד את המשך ייצורם הפוגעני, ואילו החזקתם עלולה לשמש את המחזיק כדי לשדל קטינים אחרים להצטלם כך, ואף להביאו לנסות ולחקות את המעשים המוצגים בהם תוך פגיעה בילדים. על כן, נקבע מתחם לעונש של 3 עד 6 חודשי מאסר בפועל.

7. בסופו של דיון, בית המשפט המחוזי גזר עונש כולל לכל האישומים, וציין כי הוא נותן בכך ביטוי לצורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירות דומות, וכן בהרתעת המערער מפני ביצוע עבירות מין נוספות בעתיד - צורך המתחדד לנוכח הכחשותיו וניסיונותיו להטיל על נכדתו את האחריות למעשיו. בהקשר זה הודגש כי אמירותיו אלה של המערער - החל בעדותו בשלב ההוכחות, עובר בפגישתו עם גורמי המרכז להערכת מסוכנות, וכלה בדבריו בטרם מתן גזר-הדין - ממחישות "עיוות מחשבה" וחוסר יכולת להפנים את משמעות מעשיו.

8. עוד צוין כי לנוכח הכחשותיו של המערער, הליך שיקומי אינו עומד על הפרק בשלב זה, ולפיכך אין מקום לסטות מהמתחמים לעונש שנקבעו משיקולי שיקום. לצד זאת, נזקפו לזכות המערער עברו הנקי, תרומתו לקהילה (בשירותו הצבאי ובפעילותו החינוכית), וגילו - אך הובהר כי לנסיבות אישיות אלה משקל מוגבל בהינתן סוג העבירות שביצע. חלוף הזמן נשקל כנסיבה מקלה ביחס לעבירה שביצע בבתו.

9. על המערער נגזרו כאמור 11 שנות מאסר בפועל (לצד מאסרים מותנים), והוטל עליו לשלם פיצויים בסך 70,000 ש"ח לנכדתו, 35,000 ש"ח לאחייניתו, ו-10,000 ש"ח לבתו - כדי לפצות בגין סבלן ולהמחיש למערער את אחריותו כלפיהן.

מכאן הערעורים שלפנינו, כאשר המדינה משיגה על קולת עונש המאסר בפועל ועל גובה הפיצויים (ע"פ 5617/19), ואילו המערער על חומרת עונש המאסר בפועל בלבד (ע"פ 5668/19).

תמצית טענות הצדדים והדין בערעורים

10. המדינה טוענת כי יש לגזור על המערער עונש מאסר ממושך, אשר לכל הפחות ישתווה לעונש המרבי הקבוע לאחת מעבירות המין הקשות שביצע. זאת, משיקולי הלימה, גמול, והגנה על שלום הציבור, וכן לאור הנסיבות המחמירות הרבות ובהעדרן של נסיבות מקלות משמעותיות.

לשיטת המדינה, הפסיקה הכירה בכך שבענישה על עבירות מין חמורות, במיוחד כאלה המתבצעות בבת-משפחה רכה בשנים, על תקופת המאסר בפועל להשתוות לעונש המרבי. על כן, ובהתחשב בהיקפם ובחומרתם הייחודית של מעשי המערער, תקופת מאסר בפועל הפחותה משני שלישי מהעונש המרבי על מעשה סדום בקטינה על-ידי בן משפחה (20 שנות מאסר), כפי שנעשה במקרה דנן, "אינה מתקבלת על הדעת". עוד נטען כי בנסיבות העניין היה על בית המשפט המחוזי לגזור על המערער עונשים מצטברים.

11. בתוך כך, המדינה טוענת כי יש לקבל את מתחמי העונש להם עתרה בבית המשפט המחוזי: 12 עד 16 שנות מאסר בפועל לאישום הראשון (הנכדה); 4 עד 7 שנות מאסר בפועל לאישום השני (האחיינית); 6 עד 18 חודשי מאסר לאישום השלישי (הבת); ו-6 עד 12 חודשי מאסר לאישום הרביעי (פורנוגרפיית קטינים).

בהשוואה לכך, נטען, נקבעו בגזר-הדין מתחמי ענישה "בלתי-הולמים בעליל" לכל האישומים, קרי נמוכים באופן משמעותי מהראוי בנסיבות העניין - במיוחד באישום השני - וזאת ללא כל הצדקה או הנמקה, ותוך יישום לקוי של הפסיקה.

לגישת המדינה, מתחם שגבולו העליון "נמוך בהרבה" מהעונש המרבי על עבירת מין אחת אינו מתחשב בפגיעה הקשה והבלתי-הפיכה בקורבנות העבירה; גורם לפיחות בלתי-ראוי בחומרת המעשים ובחשיבות הערכים המוגנים; ומתעלם מהצורך ליישם את מדיניות הענישה הנהוגה בהתאם למספר המתלוננות והמעשים במקרה הפרטני.

כמו כן, נטען כי בעצם החזקתם וצריכתם של חומרים פורנוגרפיים יש חומרה יתרה, אשר יש לתת לה ביטוי בגזירת דינו של המערער.

12. לבסוף נטען, כי יש לגזור את עונשו של המערער בחלקו העליון של המתחם, ולא באמצעיתו: בית המשפט המחוזי לא נימק מדוע נמנע מלעשות כן, אף שהדבר אינו מתיישב עם קביעותיו לעניין משקלן המוגבל של הנסיבות האישיות והצורך בהרתעת היחיד והרבים, או עם יכולתו לחרוג מהמתחם שקבע נוכח מסוכנותו של המערער.

עוד נטען כי יש לתת משקל רב יותר לפגיעה המועצמת באחייניתו ובבתו של המערער, בכך שנדרשו להעיד במשפטו בשל כפירתו הגורפת, כמו גם לפגיעה הנוספת בנכדתו בכך שהעז להטיל עליה את האחריות למעשיו. לפיכך, נטען כי גם בגזירת עונש כמעט-מרבי על עבירה אחת לא תמצה ערכאת הערעור את הדין עם המערער.

כן נתבקשנו להגדיל את הפיצויים למתלוננות: לסכום המרבי המותר ביחס לנכדה, ובאופן משמעותי לאחיינית

ולבת - שיאפשר להן לממן הליך טיפולי לשיקומן.

13. מנגד, המערער טוען כי בגזר-הדין נקבעו מתחמי עונש מחמירים תוך סטייה ממדיניות הענישה הנהוגה ביחס למעשים דומים שבוצעו בנסיבות דומות, באופן החוטא להיגיון שביסוד הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה. כך, לשיטת המערער, הפסיקה שנסקרה בגזר-הדין עסקה במקרים חמורים יותר, בעוד שהפסיקה במקרים אחרים - הקרובים יותר לעניינו - מלמדת על רף ענישה נמוך יותר.

14. עוד טוען המערער כי יש לגזור את עונשו בתחתית המתחם שייקבע, שכן גזירתו באמצע המתחם אינה מתחשבת כראוי בגילו (71); במצבו הבריאותי; בתרומתו לקהילה; בהיותו ללא עבר פלילי; ובחלוף הזמן ביחס לחלק מהעבירות. לגישתו, בכך גם ניתן משקל-יתר להרתעת היחיד והרבים: בקביעה כי "עיוותי חשיבה" מצריכים את הרתעתו האישית יש היגיון מעגלי, שכן אלמלא עיוותים אלה לא היה מבצע את העבירות מלכתחילה; בפועל, ובהינתן שהרקע למעשיו הוא משיכה מינית לקטינות - כאמור בהערכת המסוכנות - רק טיפול יוכל למנוע את הישנותם, ואילו ענישה מוחשית ומחמירה לא תהווה הרתעה אפקטיבית כלפיו או כלפי אחרים במצבו.

15. לבסוף נטען, כי בשונה מעמדתו בבית המשפט המחוזי, המערער עובר כיום תהליך של שינוי הכולל לקיחת אחריות ורצון להשתקם, וכי יש לעודדו להתקדם ולהתמיד בכך על-ידי הקלה בעונשו. באת-כוחו אף ציינה בפנינו כי כיום הוא מודה בביצוע העבירות ויש ללמוד על נטילת אחריות גם מעצם אי-ערעורו על הכרעת הדין ומתשלום מלוא הפיצוי שחויב בו למתלוננות. משכך נטען, כי אף לא היה מקום לקבוע שהערכת המסוכנות שוללת לעת הזו את אפשרות שיקומו, או לראות בה שיקול לחומרה.

יוער, כי המערער התבטא בפנינו כי הוא מתבייש במעשיו ומבקש לשוב לחיק משפחתו. באת-כוח המדינה ביקשה שלא ליתן משקל לאמירתו זו בפנינו, ובאת-כוח המתלוננות הוסיפה כי בראייתן האמירה היא בבחינת "מעט מדי, מאוחר מדי".

דיון והכרעה

16. אקדים תוצאה להנמקה ואציע לחברי ולחברתי שנקבל את הערעור על קולת העונש ונדחה את הערעור על חומרנו.

תוצאה זו מתחייבת במקרה החמור והחריג שלפנינו המחייב התערבות בעונש שנגזר על המערער (ע"פ 8299/19 פלוני נ' מדינת ישראל (31.5.2020)).

17. לגישתי, ראוי היה לקבוע מתחמי ענישה לשלושת האישומים העיקריים, תחילה בכך שהרף התחתון של כל מתחם נמוך מהעונש המזערי על עבירת המין החמורה ביותר באותו אישום, כעולה מהוראת סעיף 355(א) לחוק העונשין:

הורשע אדם בעבירה לפי סעיפים 345, 348(א), (ב) או (ג1), או 351(א), (ב) או (ג1) או (2), לא יפחת עונשו מרבע העונש המרבי שנקבע לאותה עבירה, אלא אם כן החליט בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, להקל בעונשו.

מכאן אנו למדים כי העונש על עבירות המין בהן הורשע המערער לא יפחת מרבע מהעונש המרבי שנקבע להן, אלא בהתקיים "טעמים מיוחדים". לשיטתי, על הוראה זו לסמן עבורנו את תחתית מתחם העונש לעבירות אלה (השוו: ע"פ 4876/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 31-34 לחוות דעתו של השופט סולברג והאסמכתאות שם

((3.12.2015)).

כפועל יוצא מכך, הקלה ב"עונש המזערי" תהווה חריגה לקולה ממתחם העונש, המותרת רק בהתקיים טעמים מיוחדים, ובכלל זה "סיכוי של ממש" להשתקם (סעיף 40ד(א) לחוק העונשין); ומאחר שנקבע כי בעבירות מין כרוכה "חומרה יתרה", החריגה לקולה במקרים אלה תתאפשר רק אם יתקיימו בנוסף "נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן" (סעיף 40ד(ב) לחוק העונשין; ע"פ 1079/16 מדינת ישראל נ' נחמן, פסקה 27 והאסמכתאות שם (1.8.2016)).

18. זאת ועוד: בנכדתו ובאחייניתו המערער ביצע עבירות מין מרובות שבצדן עונש מזערי, ולגישתי יש לתת לכך ביטוי בקביעת הרף התחתון של מתחמי העונש הרלוונטיים.

אזכיר, כי במקרה קודם ראיתי להחמיר בעונש, בין השאר מאחר שנגזר מבלי שהערכאה הדיונית התחשבה בכך שבוצעו שתי עבירות של מעשה מגונה בחסרת-ישע, "באופן המשנה את התמונה העונשית" (ע"פ 8299/19 הנ"ל, שם). קל וחומר, אפוא, כי ביצוע עבירות מרובות משליך על קביעת הרף התחתון של מתחם העונש ל-"אירוע" (לפי סעיף 40ג(א) לחוק העונשין) הכולל יותר מעבירה אחת מאלה המנויות בסעיף 355(א) הנ"ל. זאת, הן כשמדובר באותו סעיף עבירה והן בסעיפי עבירה שונים; ובין אם מספר מעשי העבירה נקוב בכתב האישום, ובין אם הוא בלתי-מסוים ("ריבוי עבירות").

19. סעיף 355(א) לחוק העונשין עצמו "שותק" בסוגיה זו - ואף שנחקק לפני למעלה מעשרים שנה, והרשעה בעבירות מין מרובות אינה בגדר חריג - היא אף טרם נידונה לעומקה בפסיקה. מהמקרים הבודדים בהם הוזכרה, אגב אורחא, עולות שתי גישות מנוגדות: האחת קובעת את העונש המזערי במשותף לכל העבירות וללא תלות במספרן - קרי, לפי עבירת המין החמורה ביותר (להלן: הגישה החופפת) - והאחרת לכל מעשה עבירה בנפרד, היינו לפי עונשיהם המזעריים (להלן: הגישה המצטברת).

בתוך כך, נראה שלגישה "המצטברת" יש יותר מסתייגים מתומכים (ע"פ 9603/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 23 לחוות דעתו של השופט ג'ובראן, וחוות דעתו של השופט מלצר (כתוארו אז) (27.9.2011)), ואילו הגישה "החופפת" תוארה כ-"פרקטיקה נוהגת" (ע"פ 6662/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 13 לחוות דעתו של השופט הנדל (2.3.2015)), כפי שגם ציין בית המשפט המחוזי בקביעת מתחם העונש לאישום הראשון.

אלא שההסתייגות מהגישה המצטברת הובעה בהקשר מעט שונה, ובהסתמך על ברירת-המחדל הכללית לפיה עונשי מאסר בפועל ירוצו בחופף, בהתאם לסעיף 45(א) לחוק העונשין - אשר בוטל כחלק מהתיקון לחוק זה שעניינו הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה (סעיף 2 לחוק העונשין (תיקון מס' 113), התשס"ב-2012 (להלן: תיקון 113)). מאז טרם יושמה ברירת-המחדל האמורה ביחס לקביעת מתחמי ענישה, כאשר עצם ההבחנה בין חפיפה להצטברות רלוונטית לכאורה רק לגזירת עונשים נפרדים לאירועים הכוללים כמה עבירות כל אחד (סעיף 40ג(ב) לחוק העונשין).

20. כן אזכיר, כי גם לפי סעיף 45(א) הנ"ל ניתן היה לסטות מברירת-המחדל בהוראה מפורשת של בית המשפט, ואף נקבע כי ברירת-המחדל "לא נתקבלה... כמדיניות עונשית כללית ומחייבת" (ע"פ 1601/03 עיני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 949, 957-959 (2005)).

לכך ראוי להוסיף את דבריה הנכוחים של השופטת (כתוארה אז) ביניש, אשר בראייתי נכונים ביתר שאת בהקשר

דנן:

"כאשר נאשם מורשע בכמה עבירות מין שניתן להשקיף עליהן כמעשים נפרדים ועצמאיים, וכאשר טמונה בהן חומרה מיוחדת בשל אופיין ונסיבות ביצוען, יש בכך כדי

להצדיק הטלת עונשים מצטברים בגין באופן מלא או למצער חלקי. כך למשל כאשר הנאשם מורשע בביצוע עבירות מין חמורות בכמה קורבנות, ראוי ליתן משקל לאינטרס העצמאי של כל אחד מהקורבנות לשלמות גופו ונפשו ולכבודו כאדם על דרך של הטלת עונשים מצטברים בגין אותם מעשים" (ע"פ 1899/04 ליבוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 934, 944 (2005)).

על רקע זה, איני רואה קושי עקרוני או מעשי באימוץ מוגבל של הגישה המצטברת לצורך קביעת הרף התחתון במתחם עונש לעבירות מין מרובות שבצדן עונש מזערי. עם זאת, אין זה נחוץ ואף לא יהיה זה נכון לקבוע "כלל אצבע" ליישום הגישה המצטברת בהקשר זה - ולו בשל מגוון המקרים האפשריים, והשלכותיהם על הפעלת והבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה.

21. בעניינו, האישום הראשון (הנכדה) כולל שני סעיפי עבירות מין - שניהם גוררים עונש מזערי, וקבועים בהם עונשים מרביים של 20 ו-10 שנות מאסר (סעיפים 351(א) ו-351(ג)(1) לחוק העונשין, בהתאמה). האישום השני (האחינית), לעומת זאת, כולל ניסיון לבצע עבירת מין, עליו לא חל העונש המזערי (סעיף 27 לחוק העונשין); וכן עבירת מין הנושאת עונש מרבי של 15 שנות מאסר (סעיף 351(ג)(2) לחוק העונשין).

מכאן, שיישום דווקני של הגישה המצטברת - לפי סעיפי העבירה בלבד, ומבלי להתחשב במספר המעשים - משמעו שהרף התחתון של מתחם העונש לאישום הראשון צריך היה להיות 7.5 שנות מאסר; וביחס לאישום השני, 3 שנים ו-9 חודשי מאסר.

אך גם בכך אין די, שכן בכל הסעיפים הללו המערער הורשע בביצוע "ריבוי עבירות", ויודגש כי מדובר בלשון מקוצרת ומעודנת לעבריינות מין שיטתית וממושכת. לפיכך, אף להיבט מסוים זה יש לתת ביטוי בקביעת מתחמי העונש במידה משמעותית משקבע בית המשפט המחוזי (וראו: 2751/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (20.9.2015)).

22. אשר לאישום השלישי: עבירת המין שביצע המערער בביתו נושאת עונש מרבי של 5 שנות מאסר (סעיף 1 לחוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988), כך שהרף התחתון של מתחם העונש הרלוונטי צריך היה להיות שנה ו-3 חודשי מאסר.

אלא שסעיף 355(א) הנ"ל כלל אינו מוזכר בקביעת המתחם לאישום זה - ולמען הסדר הטוב, אציין כי תיתכן שאלה לגבי תחולתו למפרע, מאחר שנחקק לאחר שהמערער ביצע את עבירת המין בביתו (חוק העונשין (תיקון מס' 51), התשנ"ח-1998). אולם איננו נדרשים להחיל את הסעיף במקרה דנן, ועל כן ניתן להותיר את השאלה בצריך עיון: לשיטתי, עסקינן במשמעות העונש המזערי לעניין הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה - היינו, בפרשנות הוראות שעל תחולתן אין חולק (ראו: סעיף 3 לתיקון 113; ע"פ 9155/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 13-14 והאסמכתאות שם (19.11.2014)).

23. זאת ועוד, אני סבור כי יש מקום להחמיר גם ברף העליון של כל אחד מהמתחמים שנקבעו בעניינו של המערער. כאמור, לטענת המדינה, בעבירות מין חמורות בכלל, ובמקרה הנוכחי בפרט, על העונש המרבי להוות "נקודת מוצא" למלאכת הענישה - וזאת כדברי השופט י' קדמי:

"לשיטתי, במקרים מסוג זה, תקרת העונש שקובע המחוקק צריכה להיות "נקודת המוצא", שממנה יוצא בית המשפט לדרך הקשה של קביעת העונש ההולם את המקרה השלפניו, ואין להתייחס אליה כאל "נקודת סיום", שאותה רואים ואליה אין

מגיעים. הותרת עונש מרבי בגדר "הלכה ואין מורין כן", עומדת בניגוד להנחיית המפורשת שלהמחוקק ונוטלת מידה לא מבוטלת מכוחו לשמש גורם מוקיע, מתריע ומרתיע. (ע"פ 2620/93 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מט(3) 1, 4-3 (1995)).

24. בראיית יש לנקוט משנה זהירות בעניין, ולו מאחר שגישת "נקודת המוצא" טרם קנתה אחיזה בפסיקה. אף שבשנים האחרונות הביאה גישה דומה להחמרה בעונש (ע"פ 3124/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 16-17 לחוות דעתו של השופט שטיין (14.8.2019)), מאז היא כבר סויגה במקרה אחד (ע"פ 147/21 מדינת ישראל נ' ביטון, פסקה 8 לחוות-דעתו של השופט שטיין (14.2.2021)), ובתווך נדחתה מבלי שנדונה לגופה במקרה נוסף (ע"פ 7097/20 מדינת ישראל נ' פלוני (25.12.2020)).

ולא בכדי: נדמה שאין גבול לחומרת עבירות המין, ולכן שימוש-יתר בעונש המרבי עלול להביא במהרה למיצוי מרחב שיקול הדעת השיפוטי בענישה, מבחינה פורמאלית ומהותית. כמו כן, גם בקרב עבירות המין החמורות ביותר קיימת שונות רבה, בשלל היבטים – דבר המקשה על גיבוש הנחיות חדות וקשיחות למלאכת הענישה, ומחייב גמישות בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי לאור העקרונות המנחים – הלימה, אינדיבידואליות, ואחידות הענישה.

חלק מתפקידה של ערכאת ערעור הוא להגן על גמישות זו, לרבות בעבודת הערכאות הדיוניות – ולפיכך היישום העדכני של גישת "נקודת המוצא" בפסיקה מוקשה בעיניי.

אשר על כן, אני סבור כי גם בהקשר זה עדיפה גישת ביניים, לפיה העונש המרבי על עבירות מין יהווה "נקודת מכוון" – לא מוצא, ולא בהכרח סיום – בכך שיסמן עבור בית המשפט את תקרת מתחם העונש במקרים החמורים ביותר, מבחינת סוג העבירה ודרך ביצועה, לרבות קיומן של נסיבות מחמירות ייחודיות, כגון קטינות וקרבת משפחה, וכן מבחינה כמותית (מספר מעשי העבירה, משך ותדירות ביצועם, ומספר הקורבנות). כל זאת, בהתאם לתפיסת העונש המרבי כ-"סימן דרך לענישה ראויה" (ע"פ 2505/07 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 13 (8.4.2008)), ומכאן לטעמי מקבלת משנה-תוקף במקרים אלה.

על כן, חיוני בעיניי כי במקרים המתאימים, בית המשפט ימצא כראוי והולם להטיל את העונש המרבי על עבירת המין החמורה ביותר – ולפיכך, אין לקבוע את מתחם העונש באופן הסותם מראש את הגולל על האפשרות שהעונש המרבי אכן יוטל.

הלכה למעשה, זוהי המשמעות של מיקום הרף העליון מתחת לעונש המרבי בהפרש ניכר, שכן חריגה לחומרה ממתחם העונש תתאפשר משיקולי הגנה על שלום הציבור (סעיף 40א(ה) לחוק העונשין), אשר לא בהכרח יתקיימו גם ביחס למי שהורשע בביצוע עבירות מין חמורות. כך גם בענייננו: אף שהערכת המסוכנות של המערער היא "בינונית-גבוהה", גזר-הדין כלל לא נדרש לאפשרות החריגה לחומרה משיקולים אלה.

25. מכאן, שבאישום הראשון, הגבול העליון של מתחם העונש צריך היה להיות 20 שנות מאסר – כעונש המרבי לצידה של עבירת המין החמורה ביותר באישום זה – במקום 11 שנים בפועל, כפי שנקבע בגזר-הדין. בדומה, הגבול העליון של המתחם באישום השני צריך היה להיות 15 שנות מאסר, חלף 5 שנים שנקבעו בפועל.

ביחס למתחם שנקבע באישום השלישי שבה ומתעוררת סוגיית התחולה למפרע. כאמור, בעת שהמערער ביצע את עבירת המין בתו, עונשה המרבי היה 5 שנות מאסר – אולם מאז נחקקו סעיפי החמרה שונים, מכוחם עלה עונשן המרבי של עבירות המין, בפרט כאשר הן מבוצעות בקטינים על-ידי בן-משפחה (סעיפים 345(ב), 348(ב) ו-351(ג)(2) לחוק העונשין). עם זאת, כמצוין לעניין הענישה המזערית, עסקינן ביישום הוראות תיקון 113 ולא בתחולת



סעיפי ההחמרה הנ"ל; לכן, ניתן ואף נדרש יהיה להגביה את הרף העליון של מתחם העונש, בהתאם להחמרה המתמשכת בענישה על עבירות מין.

26. לסיכום חלק זה, ולמען הסר ספק, אציין כי מיישום משולב של האמור לעיל עשויים להתקבל מתחמי ענישה רחבים, שעלולים לעורר קושי לאור הביקורת שנמתחת לעיתים בהקשר זה (ע"פ 1079/16 הנ"ל, בפסקאות 19-21). אולם, קיימים שלושה שיקולים מרכזיים התומכים בגישתו זו:

ראשית, גישות אלה מגלמות פרשנות אפקטיבית והרמונית למכלול הוראות החוק הרלוונטיות - אלה שעניינן הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, ובפרט אלה הקובעות עונשים מזעריים ומרביים לעבירות מין; וביחס לאלה האחרונות, כידוע, נקבע זה מכבר כי הן מהוות אמירה נורמטיבית של המחוקק אשר בית המשפט נדרש לתת לה תוקף בענישה מחמירה.

שנית, שתי הגישות מגשימות את כוונת המחוקק מבלי לפגוע בגמישות הנחוצה לבית המשפט, לנוכח המגוון הרחב של נסיבות ומאפיינים אפשריים, אפילו במקרים החמורים ביותר של עבירות מין. בהתאם, אימוצן המשולב יאפשר החמרה מערכתית ומשמעותית כאחד של הענישה במקרים אלה: מתחמי הענישה שיתקבלו מכך, כשמם כן הם, יתחמו את הדיונים המתנהלים בעניין - בין ערכאת הערעור לערכאות הדיוניות, בין לבין הצדדים, ואולי אף בין הצדדים לבין עצמם - לטווח הולם של עונשי מאסר.

שלישית, ומעל הכל, שילוב הגישות המוצעות הכרחי למימוש דבריו הנחרצים והנוקבים - וכן החוזרים והנשנים - של בית משפט זה ביחס לענישה על עבירות מין (ע"פ 6098/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 לחוות דעתי (24.7.2018)).

ענישה זו אמורה לבטא סלידה עמוקה והוקעה חברתית, לזעוק את זעקת הקורבנות, לייצר תיקון מוסרי - ובעיקר לבודד ולהרתיע עבריינים פוטנציאליים, בפרט אלה הפוגעים בקטינים בתוך המשפחה.

27. לצד כל האמור, ראוי היה לטעמי שבית המשפט המחוזי ינמק את שיקוליו בגזר דינו באופן נרחב משנעשה בפועל. זאת, בפרט ביחס להחלטתו לגזור על המערער עונש כולל לארבעת האישומים, חלף עונשים נפרדים (תוך התייחסות לחפיפתם או הצטברותם); ביחס לקביעת עונשו של המערער בכל אחד מהמתחמים שנקבעו בעניינו; וכן ביחס לרלוונטיות של גזרי הדין שנסקרו לשם בחינת הענישה הנוהגת לעניינו של המערער (ע"פ 3619/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 31-32 לחוות דעתו של השופט מזוז (3.9.2015)).

בהקשר אחרון זה, אין לי אלא להסכים עם המדינה, כי נכון היה להתאים את רף הענישה הנהוג שנקבע למספר המתלוננות בענייננו. זאת, הן מהטעם העקרוני של מתן משקל לאינטרס העצמאי של כל קורבן (ע"פ 1899/04 הנ"ל, שם); והן כעניין מעשי - כשם שלצורך האישומים השלישי והרביעי, בית המשפט המחוזי גזר את רף הענישה הנהוג באופן יחסי ממקרים של ריבוי עבירות.

לכן, ספק בעיניי אם גזר-הדין משקף את מדיניות הענישה הנהוגה, ובפרט את מגמתה העכשווית במקרים של ריבוי קורבנות (ראו למשל ע"פ 6390/20 מדינת ישראל נ' פלוני (10.2.2021); ע"פ 968/20 פלוני נ' מדינת ישראל (22.3.2021); ע"פ 9728/16 פלוני נ' מדינת ישראל (27.2.2019); ע"פ 9058/16 מדינת ישראל נ' פלוני (7.3.2018); ע"פ 1605/13 הנ"ל; ע"פ 9155/12 הנ"ל; וע"פ 6092/10 פלוני נ' מדינת ישראל (18.7.2012)).

28. לבסוף, ובפרט לאור מהלך הדיון בעל-פה, אבהיר כי אין בידי לקבל את טענת המערער כי יש לזקוף לזכותו את השינוי שהתחולל בו מאז ניתן גזר-הדין. מטבע הדברים, לא ניתן להעריך את כנותה של חרטה על-סמך המשפט

הבודד שאמר המערער בדיון שקיימנו; כפי שציינתי בהקשר אחר, זהו יתרונה המובהק של הערכאה הדיונית, שהתרשמה מהמערער באופן בלתי-אמצעי וממושך (ע"פ 6193/20 בר זכאי נ' מדינת ישראל, פסקה 31 לחוות דעתי (25.3.2021)).

לנוכח התרשמות זו, כאמור בגזר-הדין, מקובלת עליי טענת באת-כוח המדינה, כי דרוש חייווי חיצוני כלשהו לחרטה הנטענת על-מנת שיינתן לה משקל לקולה. לשיטתי, בתשלום מלוא הפיצויים שפסק בית המשפט המחוזי אין די לעניין זה, וגם לא בהימנעות מלערער על הכרעת הדין המרשיעה.

מנגד, איני מוצא ממש בטענה שאפשרויות המערער מוגבלות בשל מדיניות השב"ס ביחס לטיפול בעברייני מין. אף שבית משפט זה כבר עמד על הבעייתיות שכרוכה בכך (ע"פ 9603/09 הנ"ל, בפסקה ג' לחוות דעתו של השופט רובינשטיין), רב המרחק בין קושי זה לבין הקלה בעונש מקום בו לא ניתן להעריך את סיכויי שיקומו של המערער. אין חולק שיש לעודד שיקום, אולם הליך טיפולי אינו מהווה חלופה לעונש ראוי.

29. לנוכח מיעוט הנסיבות המקלות והצורך בהרתעת הרבים, יוצא כי ראוי היה לגזור את עונשו של המערער מעל לרף האמצע, בכל האישומים – ובשלושת העיקריים, לפי המתחמים הבאים: 10 עד 20 שנות מאסר לאישום הראשון, 7.5 עד 15 שנות מאסר לאישום השני, ושנה ושלושה חודשים עד 5 שנים לאישום השלישי.

30. בנוסף, אף שלטעמי ראוי היה, לכל הפחות, לגזור בנפרד את עונש המאסר בפועל לאישום הרביעי ולהורות כי ירוצה במצטבר, הרי שבשל אי-מיצוי הדין עם המערער אציע כי עונש המאסר בפועל ייגזר באופן כולל לארבעת האישומים, וייקבע על 15 שנים. הפיצוי לטובת הנכדה יועלה לסך של 120,000 ש"ח; לטובת האחיינית – לסך של 70,000 ש"ח; ולטובת הבת – לסך של 40,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. אני מסכימה עם חברי השופט י' אלרון כי היה מקום להחמיר בעונשו של המערער בע"פ 5668/19 והמשיב בע"פ 5617/19 (שכונה על-ידי חברי, מטעמי נוחות, המערער, וכך יכונה גם על-ידי). עבירות המין אשר בהן הוא הורשע – שאותן ביצע בנכדתו, באחייניתו ובבתו, בעשרות מקרים שנמשכו על פני שלושה עשורים, הנסיבות החמורות האופפות אותן והימנעותו מנטילת אחריות למעשיו – מחייבות תגובה עונשית הולמת, חמורה יותר מזו שנקבעה על-ידי בית המשפט המחוזי. על כן, אני מצטרפת למסקנה כי יש לקבל את ערעורה של המדינה הן ביחס למשך תקופת המאסר בפועל שתושט על המערער והן ביחס להעלאת סכום הפיצויים שעליו לשלם למתלוננות, כפי שהציע חברי.

2. לצד זאת, משלא נשמעו בפנינו טיעונים עקרוניים בסוגיות הנוגעות למתחמי הענישה, אלא אך טיעונים שהתמקדו ביישומן של ההלכות הפסוקות על המקרה דנן, אני מבקשת להימנע מלדון בהרחבה בחלק מהסוגיות שבהן דן חברי השופט אלרון – קביעת הרף התחתון של מתחם הענישה בשים לב לגישה שכונתה "מצטברת" כאשר מיוחסות לנאשם מספר עבירות שנקבעו להן עונשי מינימום, וכן הזיקה בין העונש המרבי הקבוע לצד העבירה לבין הרף העליון של מתחם הענישה. סוגיות אלה מעוררות שאלות פרשניות שלהן השלכות רוחב ולכן, כשלעצמי, אני סבורה כי ראוי היה להכריע בהן על בסיס טיעון סדור של המדינה, ואולי אף לאחר קבלת עמדה מטעם הסניגוריה הציבורית. בנסיבות אלה,

ונוכח התייחסותו של חברי לדברים, אסתפק במספר אמירות קצרות, שלשיתתי הן בגדר למעלה מן הצורך.

3. הגישה "המצטברת" לקביעת הרף התחתון של העונש - חברי השופט אלרון נדרש בעניין זה ל"צבירה" של העונשים המזעריים שנקבעו בצד העבירות שנכללו בכל אירוע ואירוע, ולו כצבירה חלקית. כשלעצמי, אני נוטה להימנע מטרמינולוגיה של צבירה, ולהסתפק בכלל המובן מאליו שמספר העבירות המיוחסות לנאשם בגדרו של כל אישום אמור להשפיע מטבע הדברים על קביעתו של מתחם העונש - הן המתחם התחתון והן המתחם העליון - וממילא גם על מידת העונש שיושת בסופו של דבר.

4. הזיקה בין הרף העליון של מתחם הענישה לעונש המרבי - בהקשר זה חברי השופט אלרון מתייחס לאימוצו של עונש המקסימום שנקבע בצד העבירה כרף העליון של מתחם הענישה בעניינו של המערער, למצער באישומים הראשון והשני, על עונש המקסימום. אינני סבורה שיש להכריע האם במקרה זה אכן ראוי להעמיד את תקרת מתחם העונש על העונש המרבי. די לנו לקבוע כי הגבול העליון של מתחם הענישה במקרה זה לא היה חמור דיו, אף מבלי להידרש לזיהויו עם עונש המקסימום, ומבלי לחלוק על כך שיהיו מקרים שבהם עונש המקסימום יסמן את המתחם העליון של הענישה.

5. מכל מקום, כאמור בפתח דבריי, מבחינתי העיקר הוא בכך שבמבט כולל העונש שהשית בית המשפט המחוזי במקרה זה על מי שפגע באופן קשה בשלוש מבנות משפחתו - נכדתו, אחייניתו ובתו - באופן שגרם להן חבלות בגוף ובנפש, אינו הולם את חומרת המעשים. אני מצטרפת אפוא למסקנתו של חברי השופט אלרון כי יש לדחות את ערעורו של המערער ולקבל את ערעורה של המדינה על גזר הדין.

ש ו פ ט ת

#### המשנה לנשיאה נ' הנדל:

אני מצטרף לפסק דינו של חברי, השופט י' אלרון, מנימוקיו. זאת, פרט לדברים הכלליים והעקרוניים בסוגיות שעניינן מתחמי הענישה. שני נימוקים מצטברים לכך. אחד, חברתי השופטת ד' ברק-ארז נמנעה מלהציג את עמדתה באופן מלא, והסתפקה באמרות קצרות. חברתי הסבירה את עמדתה שלא להרחיב, בכך שהצדדים לא קיבלו הזדמנות לטעון ביחס להיבטים הכלליים. נקודה זו היא הנימוק השני שמוביל אותי למסקנה כי יש להותיר את הדיון בסוגיות הכלליות לעת מצוא, ולאחר שהצדדים קיבלו הזדמנות לטעון בעניין.

כאמור, אני מצטרף לפסק דינו של חברי, השופט י' אלרון, אשר להכרעה בתיק זה.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' אלרון.

ניתן היום, י"ח באלול התשפ"א (26.8.2021).

שופט

שופטת

המשנה לנשיאה

---