

תפ"ח 19239/10/15 - מדינת ישראל נגד פלוני

בית המשפט המחוזי בחיפה

תפ"ח 19239-10-15 מדינת ישראל נ' פלוני

בפני הרכב כב' השופטים:

רון סוקול [אב"ד]

תמר שרון - נתנאל

רונית בש

המאשימה

מדינת ישראל

ע"י פרקליטות מחוז חיפה (פלילי)

נגד

הנאשם

פלוני

ע"י ב"כ עוה"ד עמיקם שוחט

גזר דין

(נוסח לפרסום)

הדין התנהל בדלתיים סגורות. אין לפרסם כל פרט מזהה על הנאשם או על המתלונן.

השופטת רונית בש:

1. ביום 11.7.16 הורשע הנאשם, על פי הודאתו, בביצוע עבירות מין במשפחה, המיוחסות לו בכתב האישום שתוקן, במסגרת הסדר טיעון בין הצדדים שלא כלל הסכמה לעניין העונש - שתי עבירות של מעשים מגונים בקטין בנסיבות אינוס בידי אחראי על חסר ישע ובן משפחה, עבירות לפי סעיף 351(ג) + (ה) יחד עם סעיף 348(ב), בנסיבות סעיף 345(ב) יחד עם סעיף 345(א) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977.

האישום

2. בתקופה הרלוונטית לכתב האישום המתוקן, היה הנאשם נשוי לסבתו של XXX קטין XXXX (להלן: המתלונן). נטען, כי באותה עת התגורר הנאשם עם סבתו של המתלונן XXX. ביום 21.10.06 הגיע המתלונן לבדו XXX לביקור בבית הסבתא והנאשם, עימם גר בבית עד ליום 3.11.06 (להלן: החופשה). במהלך החופשה היו הנאשם וסבתו של המתלונן אחראים על המתלונן, אשר היה תלוי בהם לשם צרכי מחייתו, בריאותו ושלומו. במועדים מדויקים שאינם ידועים למאשימה, במהלך החופשה, בשתי הזדמנויות שונות, בשעות הערב ובשעות מנוחה אחרות, ביקש הנאשם מהמתלונן שיבוא עמו למיטתו בטענות שווא שונות ובהן כדי לשחק עמו, כדי לעשות לו עיסוי וכדי לישון (להלן: השהות המשותפת במיטה). במהלך השהות המשותפת במיטה, בשתי הזדמנויות, הכניס הנאשם את ידו למכנסיו של המתלונן ונגע באמצעות ידיו באיבר מינו של המתלונן. כמו כן, הכניס הנאשם את ידיו למכנסיו של המתלונן, וכן ליטף את ישבנו תוך שהוא אומר לו כי הוא אוהב אותו ושואל אותו אם זה טוב. כל זאת עשה הנאשם לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים, ושלא בהסכמתו החופשית של המתלונן.

תסקיר נפגע עבירה

3. מתסקיר נפגע העבירה (להלן בפרק זה: התסקיר) עולה, כי המתלונן שבקרוב ימלאו לו 18 שנה, מתאר את 10 השנים שחלפו מאז הפגיעה כקשות, מורכבות ובעלות אופי שונה מהחיים שחווה לפני הפגיעה. המתלונן הגיע ארצה לחופשה בבית סבתו בעקבות נטישה פתאומית של אביו החורג אליו היה קשור מאד, זאת כדי למצוא מזור לנפשו. סבתו של המתלונן עשתה כל שביכולתה על מנת ליצור למתלונן שהות פורייה ורצופת חוויות במהלך החופשה ולא היה לה כל מושג, כי בעלה - הנאשם, ביצע את המעשים במתלונן. הסבתא סיפרה, כי רק לאחר חשיפת האירועים, נזכרה בדיעבד בסיטואציות בהן המתלונן ניסה להימנע מלשהות לבד במחיצת הנאשם. עוד עולה מהתסקיר, כי רק מספר ימים לאחר שובו לXXX, חשף המתלונן בפני אמו ובני משפחה אחרים את הפגיעה שפגע בו הנאשם. המתלונן, שהיה באותה עת בן 8 בלבד ניסה, תחילה, ליצור פסאדה חיובית באשר לביקורו בבית סבתו והנאשם XXX ונצר בליבו את הכאב וחווית ההשפלה והבוז עד שחשף את סודו. המתלונן נותר פגוע מבחינה רגשית מהפגיעה המינית של הנאשם בו. מילד מלא שמחת חיים ובעל כישורים חברתיים מפותחים, הפך המתלונן באחת לנער לא רגוע, חסר בטחון ומופנם, אשר זהותו המינית טרם גובשה. צוין בתסקיר כי עד לפני כחודש, שאז הגיע לדיון בבית המשפט, נמנע המתלונן מלהגיע לXXX, זאת בניגוד לתקופה עובר לפגיעה, במהלכה הוא ביקר מספר פעמים לXXX.

4. עוד עולה מהתסקיר, כי התייחסותו של הנאשם למעשים הנדונים והכשתם, כמו גם המשך מסלול חייו בצורה נורמטיבית, העצימו את הכאב של סבתו של המתלונן, המוצפת ברגשי אשמה, ועד היום מתקשה לעכל כיצד חופשה שהייתה אמורה להיות שזורה בחוויות וברגעי אושר, הפכה לגיהנום, כדבריה. נראה כי בעקבות הפגיעה, היחסים בין המתלונן וסבתו הפכו מורכבים, דבר נוסף המעצים את רגשי האשמה של הסבתא. גם באשר לאמו של המתלונן, מצטיירת בתסקיר תמונה דומה וניכר כי כל מהלך חייה השתנה בעקבות מעשיו של הנאשם. המתלונן ומשפחתו ביטאו בפני שרות המבחן אמון מלא בבית המשפט באשר לענישה שתושט על הנאשם. שירות המבחן מעריך, כי מסע ההחלמה של המתלונן עודנו ארוך ומורכב, בעיקר מפאת העובדה שהמתלונן לא קיבל טיפול מקצועי עד היום. הוטעם בתסקיר, כי ההליך המשפטי היווה עבור המתלונן מסע ארוך וקשה, אך זהו רק שלב ראשון במסע ההחלמה שלו, שכן ניכר כי למתלונן נגרמו פגיעות רגשיות שנצרכו בעומק נפשו וגרמו לתפנית רגרסיבית במסלול חייו.

חוות דעת המרכז להערכת מסוכנות

5. מחוות הדעת של המרכז להערכת מסוכנות שהוגשה בעניינו של הנאשם, עולה כי הנאשם בן 77, וכי עד לביצוע העבירות בתיק זה ניהל אורח חיים נורמטיבי בתחום התעסוקה וחיי המשפחה. הנאשם נשוי בשלישית, אב לילדים וסב לנכדים. עורכת חוות הדעת לא התרשמה ממאפיינים אנטי-סוציאליים באישיותו של הנאשם. צוין, כי הנאשם מודה בביצוע עבירות המין, לוקח עליהן אחריות ומביע חרטה על מעשיו. עם זאת, עורכת חוות הדעת התרשמה, כי לא קיימת אצל הנאשם תובנה באשר להשלכות מעשיו על הקורבן והוא אינו מגלה אמפטיה כלפיו. הנאשם שלל משיכה מינית לקטינים וטען כי פגע במתלונן מאחר שחש גירוי מיני בעת שהייה במחיצתו. עורכת חוות הדעת התרשמה כי הנאשם אינו בעל סטייה מינית ובאופן שגרתי משיכתו המינית מופנית כלפי נשים, אולם בעת משבר עשוי הנאשם להעתיק את תוקפנותו כלפי ילדים. עוד צוין, כי מזה שנתיים וחצי סובל הנאשם מאימפוטנציה, ללא פגיעה בליבידו, זאת בעקבות טיפול בסרטן הערמונית.

6. עורכת חוות הדעת ציינה, כי הנאשם מביע רגשות חרטה, אשמה ובושה הנחווים כאותנטיים. עוד צוין, כי

הנאשם לוקח אחריות מלאה לביצוע העבירות, אך עם זאת הוא אינו מגלה תובנה באשר לגורמי סיכון עבורו. הוטעם בנקודה זו, כי לאורך השנים המשיך הנאשם לשהות במחיצתם של קטינים ואף עבד בבית ספר כאב בית. עורכת חוות הדעת סבורה כי התנהגותו של הנאשם מעידה על חוסר אחריות מצדו ועל היעדר תובנה למצבי סיכון וכן לטיב מעשיו והשלכותיהם. בסיכום חוות הדעת עולה הערכה, כי שילוב של כל הפקטורים וגם ההתרשמות הקלינית מצביעים על כך שרמת המסוכנות המינית של הנאשם- נמוכה.

תסקיר שירות המבחן

7. מתסקיר שירות המבחן שהוגש אודות הנאשם עולה, כי הנאשם בן 77, יליד תוניסיה וכי עלה ארצה בצעירותו. הנאשם ניהל כל חייו אורח חיים נורמטיבי, ללא מעורבות בפלילים, עבד במקומות עבודה ציבוריים ואף נבחר לתפקידים ניהוליים. טרם צאתו לגמלאות עבד הנאשם כאב בית במסגרת חינוך חרדית מטעם עיריית כרמיאל. הנאשם נשוי בשלישית, אב לילדים וסב לנכדים. אשתו השנייה של הנאשם- סבתו של המתלונן, התגרשה מהנאשם על רקע ביצוע העבירות שביצע הנאשם בנכדה, וכעבור תקופה קצרה נישא הנאשם בשלישית. הנאשם סיפר לשירות המבחן, כי במהלך השנים התקשה לשתף את אשתו הנוכחית בעבירות שביצע, אך לאחר שחשף בפניה את ביצוע העבירות, חש הקלה. כיום אשתו של הנאשם תומכת בו במהלך ההליך המשפטי.

8. עוד עולה מתסקיר שירות המבחן, כי לאחרונה אובחן הנאשם כסובל מסרטן הערמונית, וכן עבר טיפולים כימותרפיים. לדבריו, המחלה פגעה באופן משמעותי בתפקודו המיני ובדימויו העצמי והגברי.

9. שירות המבחן מציין, כי הנאשם מקבל אחריות חלקית למעשיו מושא כתב האישום המתוקן ואף נוטה למזער אותם. הנאשם תיאר את העבירות כ"טעות" והתקשה ליתן הסברים בפני קצינת המבחן לפשר מעשיו. כמו כן, נטה הנאשם להשליך חלק מהאחריות למעשיו על אשתו באותה עת. לדבריו, בתקופה הרלוונטית לכתב האישום המתוקן, לא הסכימה אשתו דאז לקיים עמו יחסי מין. שירות המבחן התרשם מקיומם של עיוותי חשיבה אצל הנאשם, האופייניים לעברייני מין ומכך שהלה מתקשה להביע אמפטיה כלפי המתלונן. שירות המבחן הוסיף וציין, כי הנאשם לא רואה עצמו כאדם הזקוק להתערבות טיפולית, ועל כן נמנע מלבוא בהמלצה טיפולית בעניינו.

ראיות המאשימה לעונש

10. במסגרת ראיות המאשימה לעונש העידה בפנינו אמו של המתלונן- הגב' XXX (להלן: [האם]). מעדותה של האם עולה, כי היא XXX ומגדלת בגפה את המתלונן מאז שנולד, זאת בעקבות נטישתו של אביו. באשר לחשיפת העבירות בפניה ע"י המתלונן, סיפרה האם, כי הדבר נעשה חמישה ימים לאחר שובו של המתלונן XXX. האם הוסיפה וסיפרה, כי לאחר חשיפת האירועים, פנתה לאמה (אשת הנאשם) וזו הטיחה בפני הנאשם את הטענה שביצע במתלונן עבירת מין. עוד עולה מדבריה בפנינו, כי לאחר חשיפת האירועים, היא הגישה תלונה במשטרת XXX (ראו: ת/2) במסגרתה נחקר המתלונן. בנקודה זו, סיפרה האם, כי שנתיים לאחר הגשת התלונה, משלא קיבלה שום מידע באשר להתקדמות החקירה, שכרה שירותיו של עורך דין XXX, אשר ערך בירור בנוגע לגורל התיק. האם הציגה בפנינו את מכתבו של עורך הדין מיום 9.1.2009, ממנו עולה, כי התיק הועבר בחודש נובמבר 2007 לXXX (ת/3). יוער בנקודה זו, ועל כך אין מחלוקת, כי החקירה XXX נפתחה רק בשנת 2012, זאת בעקבות תלונה שהגישה סבתו של המתלונן

במשטרת XXX, שאז זומנו המתלונן ואמו לחקירה XXX.

11. האם ציינה בעדותה, כי לקחה את המתלונן לבדיקת רופא שהמליץ על המשך מעקב פסיכולוגי (ת/1). כן סיפרה האם כי לאחר שובו מ-XXX, היה נתון המתלונן במעקב פסיכולוגי, זאת נוכח המלצת הרופא. לדבריה, חל שינוי בהתנהגותו של המתלונן, אשר מילד שמח ומלא חיים, נעשה אגרסיבי, מופנם ועצוב. האם הדגישה את תחושת הבגידה שחשה בעקבות מעשיו של הנאשם, בו נתנה אמון מלא בציפייה שבנה יבלה עימו, כסבו החורג, ועם סבתו חופשה מוצלחת.

12. עוד העידה במסגרת ראיות המאשימה לעונש, סבתו של המתלונן, הגב' XXX (להלן: [הסבתא]). מעדותה של הסבתא עולה, כי עלתה ארצה לפני כ-21 שנה וכי הייתה נשואה לנאשם במשך 5-6 שנים. הסבתא סיפרה, כי בין משפחתו המורחבת של הנאשם למשפחתה המורחבת שררו יחסים מצוינים. עם זאת, הסבתא תיארה כי בינה לבין הנאשם היו לא פעם וויכוחים קשים, בייחוד בתקופה שקדמה לביצוע העבירות. הסבתא סיפרה, כי היום בו נחשפו בפניה העבירות, היה זה היום הקשה בחייה ולדבריה, חשה כי "החיים נגמרו". הסבתא הוסיפה וסיפרה, כי בימים שלאחר חשיפת האירועים, האשים הנאשם את המתלונן כי הוא משקר עד שיום אחד הודה בפניה וסיפר לה כי ביצע את המעשים פעמיים. הסבתא ציינה, כי קיוותה בליבה שתוכל להמשיך לחיות עם הנאשם במידה שהאחרון יבקש מחילה על מעשיו, אך לדבריה, לא הצליחה להמשיך בקשר עם הנאשם, וכעבור תקופה קצרה הם התגרשו.

13. הסבתא ציינה, כי מאז ביצוע העבירות, היחסים בינה לבין המתלונן נעשו מורכבים. לדבריה, המתלונן לא רצה לשוב ולבקר XXX. הסבתא תיארה את תקופת הגשת התלונה, כקשה. הטיפול הפסיכולוגי שקיבל המתלונן הציף בו כל פעם מחדש את חווית הפגיעה עד שמפאת העדר כוחות נפשיים, הפסיק לקבל את הטיפול. עוד עולה מעדותה של הסבתא, כי שכרה XXX את שירותיו של עורך דין על מנת שהלה יטפל בהתקדמות התלונה ושילמה לו סכומי כסף רבים (ת/6). הסבתא סיפרה כי השקיעה שעות רבות בעניין זה ואף מימנה מכיסה נסיעות רבות XXX וכן נסיעות של המתלונן ואמו XXX לצורך הגשת התלונה.

ראיות ההגנה לעונש

14. במסגרת ראיות ההגנה העידה בפנינו אשתו הנוכחית של הנאשם - הגב' XXX (להלן: האישה). האישה ציינה, כי היא מכירה את הנאשם כ-8 שנים, וכן כי התקשתה להאמין שהנאשם מסוגל לבצע עבירות מסוג זה, זאת עד שהלה הודה בפניה בביצוע העבירות, יום או יומיים עובר לדין בבית המשפט. האישה סיפרה, כי לאחר הודיית הנאשם בפניה ובמשך חודש ימים, שררה אווירה קשה בביתם, אולם לאחר-מכן, אישר הנאשם בפניה כי טעה, שאז אט-אט חזרו החיים בין השניים למסלולם התקין. האישה הבהירה כי כל המשפחה תומכת בנאשם, אוהבת אותו ונותנת בו אמון מלא. עוד ציינה האישה, כי הנאשם משיח על נכדיה וכי אין היא חוששת כי יאונה להם כל רע על-ידו. בסיום דבריה, ביקשה האישה כי בית המשפט יתחשב בנאשם.

15. כן העידו בפנינו בנותיו של הנאשם, הגב' XXX (להלן: [בת א']) והגב' XXX (להלן: [בת ב']). בת א' סיפרה, כי

לאחר חשיפת האירועים ע"י המתלונן, פנתה הסבתא אליה וסיפרה לה שקרה משהו לא צנוע, כדבריה, בין הנאשם לבין הנכד שלה- המתלונן. בת א' ציינה, כי לאורך כל תקופת הגירושים בין הנאשם לסבתא, הכחיש הלה את הדברים בפניה והיא, מצדה, נמנעה מלחקור בנושא מפאת צנעת הפרט של הנאשם. בת א' סיפרה, כי רק לאחרונה, במסגרת ההליך המשפטי, הודה הנאשם בפני בנותיו ואשתו הנוכחית בביצוע המעשים. בת א' הוסיפה וציינה, כי בתקופה הרלוונטית לכתב האישום המתוקן, השגיח הנאשם בקביעות על ילדיה. לדבריה, בעקבות המקרה, שאלה אותם האם אי פעם נגע בהם הנאשם בצורה לא נאותה, ואלו היו המומים מעצם הצגת השאלה. בת א' הביעה, בדבריה, אמפטיה למצבו של המתלונן ולאמו, אך בד בבד הדגישה, כי הנאשם מתחרט מאד על מעשיו, המדירים שינה מעיניו. בשולי עדותה, ציינה בת א' כי אביה אינו אדם חזק נפשית וגופנית והביעה את חששה כי שליחתו לעונש של מאסר בפועל בכלא, עלולה להביאו לשלוח יד בנפשו. בת ב' חזרה על דבריה של אחותה, והוסיפה כי היא אם לשבעה ילדים, וכי היא משאירה את ילדיה במחיצת הנאשם, ללא כל חשש.

טיעוני המאשימה לעונש

16. בפתח טיעוניה לעונש ציינה ב"כ המאשימה את עובדות כתב האישום שתוקן במסגרת הסדר הטיעון בין הצדדים. ב"כ המאשימה הטעימה, בטיעוניה בפנינו, כי הסדר הטיעון נבע בעיקרו מהרצון להימנע מהעדת המתלונן, שהיה עדיין קטין במועד בו היה צפוי להעיד בבית המשפט.

17. ב"כ המאשימה הבהירה, כי המאשימה רואה את מכלול האירועים מושא כתב האישום המתוקן כאירוע אחד, באשר אלו בוצעו בטווח זמן קצר יחסית כלפי אותו קורבן.

18. ב"כ המאשימה התייחסה בטיעוניה לעונש, שהוגשו בכתב, לתיקון 113 לחוק העונשין, הדין בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, וציינה כי, בהתאם לתיקון הנ"ל, העיקרון המנחה כיום את ביהמ"ש, בגזרו את הדין, הוא עיקרון ההלימה, לפיו יש לבחון את היחס ההולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל על הנאשם. ב"כ המאשימה טענה כי הערכים החברתיים שנפגעו כתוצאה ממעשיו של הנאשם הם, בין היתר, הפגיעה באוטונומיה של המתלונן, בגופו, בשלמות נפשו, בכבודו ובהתפתחותו. לטענתה, בנסיבותיו של תיק זה, מתחם העונש ההולם נע בין שנתיים מאסר בפועל לארבע שנות מאסר בפועל.

19. במסגרת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, ציינה ב"כ המאשימה כי הנאשם ניצל את גילו הצעיר של המתלונן ותמימותו, כמו גם את העובדה שבין הנאשם למתלונן שררו יחסים קרובים וטובים של סב ונכד. הוטעם כי במסגרת יחסים אלו, ראו המתלונן ובני משפחתו בנאשם, דמות חיובית ולא חששו להישאר במחיצתו. ב"כ המאשימה הדגישה, כי הנאשם ניצל את העובדה שהמתלונן הגיע XXX בגפו ואת האמון שנתנה אמו של המתלונן בנאשם ובסבתו. ב"כ המאשימה ביקשה, כי בית המשפט יביא במניין שיקוליו את תחושת הפחד, האימה והבלבול שחש קורבן העבירה שעה שכן משפחה מבוגר הביע את "אהבתו" אליו בנגיעה באבריו המוצנעים. ב"כ המאשימה הפנתה בנקודה זו להערכת המסוכנות שהוגשה בעניינו של הנאשם וממנה עולה, כי הנאשם ביצע את המעשים כתוצאה ממשיכה מינית שחוה כלפי המתלונן.

20. נסיבה נוספת, לחומרה, ביקשה המאשימה לייחס לפערי הגיל בין הנאשם למתלונן בעת ביצוע העבירות; הנאשם היה בן 67 בעוד שהמתלונן היה כבן 8. הוטעם כי פער זה של 60 שנה מייצג פערי כוחות עצומים, הן פיזיים והן רגשיים ונפשיים. ב"כ המאשימה הפנתה לתסקיר נפגע העבירה ממנו עולה, כי מעשיו של הנאשם גרמו לפגיעות רגשיות שנצרכו בעומק נפשו של המתלונן וגרמו לתפנית רגרסיבית במסלול חייו. בנוסף, התסקיר מפרט את התלות העזה שפיתח המתלונן באמו, כמו גם את הנזקים שנגרמו לאם, שכל מהלך חייה השתנה והצטמצם לדאגה למתלונן. צוין, כי מעשיו של הנאשם פגעו גם בסבתו של המתלונן אשר חוותה משבר אישי קשה, שנבע מתחושת הבגידה שחוותה, והן מהתנפצות הערכים החברתיים העומדים בבסיס תפיסת עולמה הדתית, ולצד כל אלו נזק כלכלי, שעה שנשאה בנטל להשגת הצדק עבורו.

21. באשר לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, הפנתה ב"כ המאשימה לנסיבותיו האישיות של הנאשם, כפי שהן עולות ממקרא התסקיר והערכת המסוכנות שהוגשו בעניינו. ב"כ המאשימה ציינה, כי חשיפת האירועים הובילה לפירוק הנישואין עם סבתו של המתלונן, אולם הנאשם קם על רגליו, נישא פעם נוספת וחזר לשגרת חייו במהרה. הודגש, כי גם כעת, לאחר חשיפת האירועים, זוכה הנאשם לתמיכתה המלאה של משפחתו. ב"כ המאשימה הוסיפה והדגישה, כי יש צורך במקרה דנן להעדיף את אינטרס הציבור על פני אינטרס הנאשם וטענה, כי עונש קל עלול להעביר מסר שגוי לציבור שלא יהא בו משום הרתעת הרבים מפני ביצוע עבירות מין בקטינים.

22. ב"כ המאשימה ציינה את הודאת הנאשם אשר חסכה מזמנו של בית המשפט ומעל לכל את העדת המתלונן ואמו. עם זאת, הדגישה ב"כ המאשימה, כי במשך עשר שנים מאז ביצוע העבירות, הכחיש הנאשם את מעשיו, המשיך בלא מפרע בשגרת חייו וסרב להביע את חרטתו בפני המתלונן ואמו במשך 10 שנים, אלא עד שהגיעו XXX למסור את עדותם. צוין, כי מתסקיר שירות המבחן עולה כי הנאשם לוקח אחריות חלקית בלבד ונוטה למזער את מעשיו, וכן כי הנאשם התקשה להסביר את המניע לביצוע העבירה, שולל משיכה לקטינים ונוטה להשליך חלק מהאחריות על סבתו של המתלונן. ב"כ המאשימה הפנתה גם לאמור בחוות דעתו של המרכז להערכת מסוכנות בה נקבע, כי שילובם של גורמי הסיכון מצביעים על רמת מסוכנות נמוכה.

23. באשר לחלופי הזמן מאז ביצוע העבירות, כעשר שנים, ולהתנהלות רשויות האכיפה, ביקשה ב"כ המאשימה שלא להתחשב לטובת הנאשם בשיקול זה, תוך שהבהירה כי המתלונן הגיש את תלונתו מספר ימים לאחר ביצוע העבירות ונקלע להליך ארוך ומייגע שלא בעטיו. עוד בנקודה זו, ביקשה המאשימה שלא לקבל את טיעוני ההגנה בנוגע להצעת חוק לפיה, בין היתר, חלופי הזמן מביצוע עבירות ייחשב כנסיבה בעטייה יכול בית המשפט לחרוג ממתחם העונש ההולם. הובהר בנקודה זו, כי מדובר בהצעת חוק בלבד, מה גם שעל פי דברי ההסבר לחוק הנ"ל, חלופי הזמן לא יוכלו להיחשב כנסיבה לקולה ככל שהדבר נוגע לעבירות מין. עם זאת, ברוב הגינותה, ציינה ב"כ המאשימה, כי יש ליתן ביטוי לחלופי הזמן במסגרת קביעת עונשו של הנאשם בתוך מתחם העונש ההולם לו עתרה.

24. ב"כ המאשימה ביקשה בטיעוניה לעונש בפנינו, כי בין יתר רכיבי הענישה, יושת על הנאשם גם רכיב של פיצוי, אשר יגלם בתוכו את הנזק לקורבן ולמשפחתו, הן הממוני והן הנפשי.

25. לסיכום, נוכח כל האמור לעיל עותרת המאשימה, כי בית המשפט ישית על הנאשם עונש ברף התחתון של

מתחם העונש ההולם לו היא, כאמור, עותרת, זאת לצד מאסר על תנאי, קנס כספי ופיצוי משמעותי למתלונן.

טיעוני ההגנה לעונש

26. הסנגור הגיש את טיעונו לעונש בכתב וכן אסופת פסיקה לתמיכה בעמדתה העונשית של ההגנה. כמו כן, הגיש הסנגור אסופת מסמכים אישיים של הנאשם, הכוללת, בין היתר, מכתבי המלצה שקיבל הנאשם במהלך השנים וכן מסמכים המעידים על מצבו הרפואי והכלכלי של הנאשם.

27. הסנגור הפנה לדו"ח הערכת המסוכנות ולתסקיר שירות המבחן שהוגשו בעניינו של הנאשם, בציינו כי המסמכים הנ"ל מלמדים בדבר המסוכנות הנמוכה הנשקפת מהנאשם, לקיחת האחריות על ידו, הבעת החרטה ונכונותו להשתלב בטיפול.

28. באשר לנזק שנגרם כתוצאה מביצוע העבירה, טען הסנגור, כי לא ניתן לייחס את כל מצבו האישי והרגשי של המתלונן למעשיו של הנאשם. הודגש בנקודה זו, כי המתלונן הגיע XXX במטרה למצוא מזור לנפשו, זאת לאחר שננטש על ידי אביו החורג בפתאומיות ולאחר שאביו הביולוגי נטש אותו עוד בטרם הגיח לאוויר העולם. לשיטתו של הסנגור, לנתונים אלו הייתה השפעה לא פחותה ממעשיו של הנאשם, על אישיותו של המתלונן. הסנגור הוסיף וטען, כי לעבירה לא קדם כל תכנון וכי הפגיעה במתלונן הייתה ספונטנית לחלוטין.

29. באשר לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, ציין הסנגור את נסיבות חייו של הנאשם, כפי שאלה פורטו בהרחבה בתסקיר שירות המבחן, וכן את גילו המבוגר ועברו הפלילי הנקי. הסנגור הוסיף וציין, כי כיום הנאשם חסר כל, מתגורר בדיוור ציבורי בכרמיאל וחי מקצבת זקנה של המל"ל ומקצבה של ניצולי שואה. הסנגור הדגיש את הודאתו של הנאשם ואת לקיחת האחריות המלאה למעשיו, כמו גם את התנצלותו בפני המתלונן, אמו וסבתו. הסנגור הוסיף וטען, כי שליחת הנאשם לריצוי של עונש מאסר מאחורי סורג ובריח, עלולה לגרום לנזק בלתי הפיך לנאשם. עוד ציין הסנגור את פועלו של הנאשם לאורך השנים והתפקידים בהם שימש, כפי שעולה מאסופת המסמכים שהגישה ההגנה. נטען כי גם כיום מתנדבים הנאשם ואשתו באגודה למען החייל, וכן כי הנאשם מנסה לסייע למשפחתו למרות מצבו הכלכלי והרפואי.

30. לטענת הסנגור, יש לסטות ממתחם העונש ההולם בתיק זה, זאת נוכח השיהוי בהגשת כתב האישום. הסנגור ביקש להסתמך בנקודה זו על הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 128) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשע"ו-2016 (להלן: הצעת החוק). לדידו, ניתן עפ"י ההצעה הנ"ל, לחרוג ממתחם העונש ההולם בהינתן שיהוי בהגשת כתב האישום. יוער כבר עתה, כי דין הטענה הנ"ל להידחות, כפי שטענה, כאמור, ב"כ המאשימה. ודוק, מעיון בדברי ההסבר להצעת החוק עולה, כי הצעת החוק אינה כוללת את האפשרות לסטות ממתחם העונש ההולם בשל חלופי הזמן, כאשר מדובר בעבירות מין המבוצעות בקטינים. מעבר לכך יודגש, כי עסקינן אך בהצעת חוק שטרם אושרה ואין היא מהווה דבר חקיקה מחייב.

31. בנוסף טען הסנגור, כי יש לסטות ממתחם העונש ההולם נוכח גילו של הנאשם ובהינתן מחלת הסרטן בה חלה, אף כי היא נמצאת ברמיסיה. הסנגור ציין, כי בהצעת החוק מצוין גם מצבו הרפואי של נאשם, כנסיבה לחרیגה ממתחם

העונש ההולם. כאן יצוין, כי תיקון 113 לחוק העונשין, החל כיום, מאפשר סטייה לקולה ממתחם העונש ההולם אך מטעמי שיקום (סעיף 40 לחוק העונשין).

32. לסיכום, מבקש הסנגור כי בית המשפט יחרוג ממתחם העונש ההולם, בכך שלא יושת על הנאשם עונש מאסר של ממש כי אם ענישה מותנית. לחילופין, מבקש הסנגור להורות על שליחתו של הנאשם לממונה על עבודות השירות לצורך בחינת התאמתו לריצוי עונשו באופן זה. באשר לרכיב הפיצוי, ביקש הסנגור להשית על הנאשם סכום פיצוי נמוך וטען, כי הנאשם אינו נושא באחריות לכל הנזקים שנגרמו למתלונן לאורך כל עשר השנים מיום ביצוע המעשים.

33. להלן דברי הנאשם בדיון בפנינו: "אני מבקש לומר שאני מצטער מאוד על מה שארע. אני ביקשתי סליחה גם מהילד וגם מהאמא וגם מהסבתא. אני מודע למה שעשיתי ואני לא מנסה לפקפק שעשיתי משהו חמור ביותר. זה מציק לי כבר עשר שנים ובשנים האחרונות אין לי שינה וזה מפריע לי מאוד. אני מרגיש ויודע שגרמתי נזק לילד ואני מצטער מאוד על זה ומבקש סליחה".

דין והכרעה

34. תיקון מס' 113 לחוק העונשין מתווה את העיקרון המנחה כיום את ביהמ"ש בבואו לגזור דינו של נאשם, שהינו לפי סעיף 40 לחוק העונשין, עיקרון ההלימה, לפיו צריך להתקיים יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג ומידת העונש המוטל עליו. יחס זה מבטא, למעשה, את עיקרון הגמול (ראו ע"פ 1523/10 פלוני נ' מדינת ישראל (18.4.2012)). סעיף 40 לחוק העונשין קובע, כי על ביהמ"ש לקבוע מתחם עונש הולם למעשה העבירה שביצע הנאשם, בהתאם לעיקרון המנחה הנ"ל. לשם כך, יתחשב ביהמ"ש בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, הכלולות בסעיף 40 לחוק העונשין.

35. על בית המשפט בשלב הראשון של יישום תיקון 113 לחוק העונשין, לבדוק האם העבירות בהן הורשע הנאשם מהוות אירוע אחד או כמה אירועים נפרדים, שאז לקבוע מתחם ענישה הולם לכל אירוע בנפרד ולאחר מכן לגזור עונש נפרד לכל אירוע (בד בבד עם קביעה האם ירוצו העונשים בחופף או במצטבר) או עונש כולל לאירועים כולם (סעיף 40ג(ב) לחוק העונשין) (ראו ע"פ 8641/12 מוחמד סעד נ' מדינת ישראל (5.8.2013)). במקרה דנן אין חולק כי העבירות מושא כתב האישום המתוקן מהוות אירוע אחד, בגינו ייקבע להלן מתחם עונש הולם.

36. הערך החברתי שנפגע כתוצאה מביצוע העבירות על ידי הנאשם הוא ביטחונו של המתלונן וזכותו לאוטונומיה על גופו, כמו גם זכותו לכבוד ולשלמות גופו ונפשו. במקרה שבפנינו יש להדגיש את היותו של המתלונן קטין בן 8 שנים בעת הרלוונטית, דבר הממחיש את חומרת הפגיעה בו, הן הפגיעה הגופנית והן ובעיקר הפגיעה הנפשית. להמחשת חומרת עבירת המין המבוצעת כלפי קטין על ידי בן משפחה, יובאו דבריו הבאים של בית המשפט העליון שנאמרו מפי כב' השופט ס' ג'ובראן, בע"פ 150/09 פלוני נ' מדינת ישראל (6.5.2010):

"מעשיו של המערער חמורים ביותר ומעוררים שאט נפש וסלידה עמוקה. במשך שנים

ובהזדמנויות רבות הוא ביצע באחייניתו את זממו, ובתוך כך פצע את נפשה והותיר בה צלקות לעולמי עד. במקום להגן עליה ולחנך אותה לדרך ארץ, הוא הפך אותה לכלי למען מימוש דחפיו המיניים. .. עוצמת הפגיעה אף מוגברת בהשוואה לפגיעה מינית אחרת, דווקא בשל חווית הבגידה מצד האדם הקרוב והנוכח ביותר בחייה של הילדה הנפגעת' (ע"פ 2353/08 פלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פס' 24 (7.12.2009)). על כן ובהתאם לתכלית החברתית והמוסרית ביסוד דיני העונשין אנו מצווים בראש ובראשונה להגן על שלומם ושלמותם הגופניים והנפשיים של הקטינים חסרי הישע, והעונשים שבית המשפט גוזר על נאשמים הפוגעים בערכים אלו צריכים לשקף את סלידתה של החברה מהמעשים המבחילים ולהרתיע כאמור עבריינים פוטנציאליים אחרים (ע"פ 5484/09 פלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פס' 5 (17.11.2009)). בהתאם לכך, נקבע כי יש להטיל על המבצע עבירות מסוג זה עונשים כבדים ביותר, כגמול על מעשיו ומתוך ביטוי לסלידתה העמוקה של החברה ממעשים אלו".

37. כך גם במקרה שבפנינו, ניצל הנאשם את קרבתו המשפחתית אל המתלונן אך כדי לממש את תאוותו המינית, ובכך גרם למתלונן לפגיעה רגשית קשה, הכוללת בחובה, מטבע הדברים, גם תחושה של בגידה והפרת אמון. במסגרת בחינת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירות, נוסף ונציין כי עבירת מין כלפי קטין בגיל כה צעיר, עשויה להשפיע על עיצוב אישיותו של הקטין הנפגע, כל שכן כשמדובר בקטין כדוגמת המתלונן, שהיה רגיש ופגיע בעת הרלוונטית, זאת לאחר שכבר חווה נטישה על ידי אביו הביולוגי, ולאחר מכן נטישה על ידי בן זוגה השני של אמו, כפי שעולה מתסקיר נפגע העבירה. בנקודה זו יפה כוחם של הדברים הבאים שנאמרו, מפי כב' השופט ג'ובראן בע"פ 6092/10 פלוני נ' מדינת ישראל (18.7.2012):

"אמנם עבירות מין מסבות נזק, פיזי ונפשי, לכלל הנפגעים והנפגעות, אך אין ספק שפגיעה מינית בגיל צעיר יש בה כדי להשפיע בצורה קשה ומקיפה יותר על אישיותו של הנפגע ועל עולמה הפנימי של הנפגעת. אל לנו לשכוח כי בשלב זה בחייו של הפרט יש למרבית החוויות שהוא נחשף להן פוטנציאל לגבש ולעצב עוד נדבך ועוד פן באישיותו המתפתחת, והדברים הם בבחינת מקל וחומר כאשר החשיפה היא לחוויות טראומטיות ואלימות, כדוגמת תקיפה מינית".

38. יצוין כי מתסקיר נפגע העבירה, עולה עוצמת הפגיעה הרגשית שנגרמה למתלונן בעטיו של הנאשם-ביטחון העצמי של המתלונן אבד ודימויו העצמי נמוך. המתלונן איבד את אמונו בעולם המבוגרים והפך למופנם יותר ולמנותק מהחברה, מה גם שהטיפול הפסיכולוגי שקיבל לא הועיל לו. מתסקיר נפגע העבירה, הננו למדים כי "הפגיעות הנדונות גרמו לפגיעות רגשיות שנצרבו בעומק נפשו של [המתלונן] וגרמו לתפנית רגרסיבית במסלול חייו".

39. מעבר לנזקים הרגשיים שנגרמו למתלונן כתוצאה ממעשיו של הנאשם, יש לציין כי גם לבני משפחתו הקרובה של המתלונן (לאמו ולסבתו) נגרם נזק רגשי ממשי, כפי שעולה מעיון בתסקיר נפגע העבירה ומעדויותיהן בפנינו. זאת ועוד, סבתו של המתלונן נשאה, מעבר לעלויות XXX של המתלונן ואמו לצורך הגשת התלונה והטיפול בה, גם בתשלום סכום גבוה של שכר טרחת עורך דין, לעורך הדין XXX, אשר את שירותיו שכרה אמו של המתלונן, לצורך ביצוע בירורים בעניין תלונתו של המתלונן אל מול הרשויות XXX (סכום כולל של כ-60,000 ₪).

40. לנאשם חלק מלא בביצוע העבירות, להן קדם תכנון על-ידו. ודוק, הנאשם ביקש מהמתלונן לבוא למיטתו, בטענות שווא שונות, ובמהלך השהות המשותפת של השניים במיטה, בשתי הזדמנויות, ביצע הנאשם במתלונן את המעשים המיניים המתוארים בכתב האישום המתוקן, זאת מבלי לתת את הדעת לחומרת התנהלותו כלפי קטין רך בשנים, ולנזקים הצפויים להיגרם לקטין, כתוצאה ממעשיו הנתעבים כלפיו. בנקודה זו יפים דבריו הבאים של בית המשפט העליון, מפי כב' השופטת ארבל, בע"פ 10673/04 פלוני נ' מדינת ישראל (1.6.2008), המדגישים את חומרת הפגיעה המינית בקורבן צעיר על ידי בן משפחה המבוגר ממנו, ואת סלידת החברה ממעשים אלו:

"עבירות מעין אלה בהן הורשע המערער הן מהבזוויות שעלי ספר החוקים שלנו. ראויות הן למענה שיפוטי מחמיר, חד-משמעי וברור, המעמיד במרכז את הפגיעה בקורבן צעיר וחסר אונים מידי של בן משפחה קרוב המנצל לרעה את גילו, את הקרבה המשפחתית ואת האמון שנתן בו הקטין התמים. על העונש לשקף את סלידתה של החברה ממעשים אלה ולשדר מסר מרתיע לעבריינים בכוח".

41. במסגרת בחינת מדיניות הענישה הנהוגה בגין עבירות מין המבוצעות כלפי קטין על ידי בן משפחה, נקדים ונציין כי בית המשפט העליון, בע"פ 1170/15 פלוני נ' מדינת ישראל (11.1.2016), עמד על כך שמדיניות הענישה בעבירות אלו היא "מדורגת, ומשתנה בהתאם לחומרת העבירות, מספרן, תדירותן, משכן ומספר הקורבנות שנפגעו". לפיכך, ברי כי מנעד הענישה בעבירות אלו הוא רחב. בע"פ 1605/13 פלוני נ' מדינת ישראל (27.8.2014) הבהיר בית המשפט העליון, כי "במקרים שבהם נעשו מעשים מגונים אחדים, בקורבן אחד, ובמשך תקופה קצרה יחסית (בין מספר חודשים למספר שנים מועט), נגזרו עונשים בטווח שבין שנתיים מאסר בפועל לבין 4 שנות מאסר בפועל, וערעורים שהוגשו על חומרתם נדחו, לעיתים אף תוך ציון קולתם היחסית של העונשים..." (שם, פסקה 21). במקרה שבפנינו עסקינן בקורבן עבירה אחד ובשני מעשים מגונים, אשר בוצעו על ידי הנאשם תוך פרק זמן קצר מאוד. לפיכך, ניתן לראות את המקרה דן כמצוי במדרג הנמוך של עבירות המין המבוצעות כלפי קטין על ידי בן משפחה, ואף במדרג הנמוך יותר מזה של העבירות אליהן התייחס בית המשפט העליון בפסק דינו הנ"ל בגין נקבע, כאמור, מתחם עונש הולם, הנע בין שנתיים מאסר בפועל לבין 4 שנות מאסר בפועל.

42. לאחר שנתנו דעתנו לערכים שנפגעו כתוצאה מביצוע העבירות על ידי הנאשם בתיק זה, לנסיבות ביצוע העבירות, ולאחר שעיינו בפסיקה אליה הפנה כל אחד מהצדדים, המאשימה, מחד גיסא, וההגנה, מאידך גיסא, בנוגע למדיניות הענישה הנהוגה, כאמור, בגין העבירות שבפנינו, הגענו לכלל מסקנה כי מתחם העונש הולם בתיק זה נע בין עונש של שנת מאסר בפועל, בצירוף עונשי מאסר על תנאי לתקופה כוללת של 33 חודשים, לבין עונש של 3 שנות מאסר בפועל, בצירוף עונשים של מאסר על תנאי, וכל זאת בצד פיצוי הולם לטובת המתלונן.

43. כאן נציין, כי אין בכך שמאז ביצוע העבירות ועד להגשת כתב האישום נגד הנאשם, חלפה תקופה ממושכת של 9 שנים, כדי להצדיק אי השתת עונש של מאסר בפועל של ממש על הנאשם בתיק זה. היקף ההתחשבות לעניין הענישה בשיקול של חלופי הזמן, משתנה בהתאם לנסיבות העניין, כאשר הנאשם יופטר מעונש של מאסר בפועל בגין התמשכות הליכים בעניינו, רק במקרים קיצוניים (ראו: ע"פ 5822/08 טרייטל נ' מדינת ישראל (12.3.2009), פסקה 37, מפי כב' השופט י' דנציגר). יובהר בנקודה זו, כי החקירה במשטרת XXX בעניינו של הנאשם נפתחה בשנת 2012, עת שהגיעו XXX המתלונן ואמו ומסרו במשטרה את גרסתם לאירועים. אין מדובר בעניינו בשיהוי כה ניכר מפתיחת החקירה ועד

להגשת כתב האישום, כי אם בשיהוי של כ-3 שנים בלבד, מה גם שהמתלונן ומשפחתו לא ישבו "בחיבוק ידיים" ופעלו במלוא מרצם לצורך הגשת התלונה נגד הנאשם. לפיכך, המקרה שבפנינו, בנסיבותיו החמורות, אינו נמנה עם המקרים הקיצוניים, המצדיקים, מפאת שיהוי, אי השתת עונש של מאסר בפועל על נאשם.

44. במסגרת בחינת הנסיבות, אשר אינן קשורות בביצוע העבירות, כאמור בסעיף 40 לא לחוק העונשין, נציין בראש ובראשונה את הודאת הנאשם בעובדות כתב האישום המתוקן, אשר חסכה הן מזמנו היקר של בית המשפט, והן ובעיקר את העדת המתלונן, על כל הכרוך בכך. עם זאת, אין להתעלם מכך שבמשך שנים ארוכות, מאז חשיפת המקרה, בחר הנאשם להתכחש למעשיו, ובכך גרם להעצמת הפגיעה הרגשית במתלונן. כאן נוסיף ונציין, כי מתסקיר שירות המבחן עולה כי הנאשם מקבל אחריות חלקית למעשים מושא כתב האישום המתוקן ואף נוטה למזער אותם, כמו גם מתקשה להביע אמפטיה כלפי המתלונן. הנאשם אינו רואה עצמו כזקוק להתערבות טיפולית, ולכן נמנע שירות המבחן מלבוא בהמלצה טיפולית בעניינו. עם זאת, יש לציין, לטובת הנאשם, כי דו"ח הערכת המסוכנות מלמד כי הנאשם הביע חרטה ומעריך את מסוכנותו המינית כנמוכה.

45. לטובת הנאשם נוסיף ונציין את עברו הנקי ללא רבב, כמו גם את העובדה שמאז ביצוע העבירות חלפה, כאמור, תקופה של כ-10 שנים, אשר במסגרתה לא הורשע הנאשם בפלילים ואף לא נפתחו נגדו תיקים כלשהם במשטרת ישראל, דבר המחזק את ההערכה הנ"ל בעניין מסוכנותו המינית הנמוכה של הנאשם. לאמור לעיל יש להוסיף, לקולה, את היות הנאשם אדם מבוגר, בן 77, כמו גם את מצבו הרפואי והכספי הקשה, כפי שעולה מהמסמכים שהוגשו על ידי ההגנה בעניין זה. עוד נציין בנקודה זו, כי מכתבי ההמלצה וההוקרה שהגישה ההגנה מלמדים בדבר תפקודו הנורמטיבי של הנאשם בחברה, לאורך השנים.

46. תיקון 113 לחוק העונשין לא הגדיר את היחס בין עונשי המינימום הקבועים בחוק לעבירות מסוימות לבין מתחם העונש ההולם, האמור לשקף לא רק את חומרתה המושגית של העבירה, אלא את מעשה העבירה בנסיבותיו ואת מידת אשמו של הנאשם (עמי קובו "פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" עלון השופטים 14 (2012)). עם זאת, בית המשפט העליון עמד על כך שעונש המינימום הוא בבחינת אינדיקציה לחומרה שמיוחסת לעבירה ולמידת הפגיעה בערכים המוגנים מחמת ביצועה, ומשכך, מן הראוי שתהיה לו השפעה גם על מתחם העונש ההולם (ע"פ 8045/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (4.11.2014)). בע"פ 337/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (9.9.2013)) קבע כב' השופט נ' הנדל כי: "בהתנגשות האפשרות בין קביעת המתחם לפי תיקון 113 לבין קיומו של עונש מזערי לפי סעיף 355(א) לחוק העונשין, נדמה כי ברובד הכללי ידו של האחרון על העליונה". השופט ס' ג'ובראן קבע בעניין זה כי: "מתחם עונש הולם שתחתיתו נמוכה מעונש המינימום יכול להיקבע רק אם ניתנו טעמים מיוחדים לכך... " (ע"פ 1605/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 26 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (27.8.2014)).

47. ומהתם להכא: לאחר שנתנו דעתנו למכלול הנסיבות לקולה שאינן קשורות בביצוע העבירות, כמפורט לעיל, הגענו לכלל מסקנה כי מן הראוי להשית על הנאשם בתיק זה עונש המצוי ברף התחתון של מתחם העונש ההולם שנקבע, כאמור, על ידנו, והעולה בקנה אחד עם עונש המינימום שנקבע על ידי המחוקק בסעיף 355 לחוק העונשין, שהינו רבע מהעונש המרבי שנקבע לעבירה. ודוק: לעבירה שבפנינו קבע המחוקק עונש מרבי של 15 שנות מאסר

ולפיכך רבע מעונש זה עומד על תקופה של 45 חודשי מאסר, שהינה הרף התחתון של מתחם העונש ההולם שנקבע על ידנו (12 חודשי מאסר בפועל, בצד תקופה כוללת של 33 חודשי מאסר על תנאי).

48. בצד עונשי המאסר בפועל והמאסרים על תנאי, יושת על הנאשם פיצוי בסכום גבוה לטובת המתלונן, זאת בהינתן הנזקים הרגשיים הקשים שנגרמו לו בעטיו של הנאשם, ובהינתן הנזקים הכספיים שנגרמו, כאמור, למשפחת המתלונן, לרבות הסכום הגבוה ששולם כשכר טרחת עורך דין לטיפול בעניין תלונתו של המתלונן.

49. סיכומו של דבר, אנו דנים את הנאשם לעונשים הבאים:

א. למאסר בפועל לתקופה של 12 חודשים.

ב. למאסר על תנאי לתקופה של 21 חודשים למשך 3 שנים, והתנאי הוא לבל יעבור הנאשם עבירה מסוג פשע לפי סימן ה לפרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

ג. למאסר על תנאי לתקופה של 12 חודשים למשך 3 שנים, והתנאי הוא לבל יעבור הנאשם עבירה מסוג עוון לפי סימן ה לפרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

ד. הננו מורים לנאשם לפצות את המתלונן פיצוי בסכום של 100,000 ₪, אשר יופקד על ידי הנאשם בקופת בית המשפט עבור המתלונן, זאת עד ליום 15.2.17.

המאשימה תמציא לתיק בית המשפט, תוך 7 ימים, בכתב, את פרטיו של המתלונן, לצורך העברת סכום הפיצוי הנ"ל לידי, וכן תמציא המאשימה העתק מגזר דין זה לידי המתלונן.

רונית בש, שופטת

בשולי גזר הדין מובאת בזה המלצתנו לשב"ס לפעול להשגחה צמודה על הנאשם, זאת נוכח החשש, שהביעה בתו בעדותה בפנינו, פן ישלח הנאשם ידו בנפשו בין כתלי בית הסוהר.

כב' השופטת תמר שרון נתנאל:

1. אני מסכימה לגזר הדין שכתבה חברתי, כבוד השופטת ר' בש, למתחם העונש ההולם שנקבע על ידה ולפרטי

הענישה שנקבעו על ידה.

2. אבקש להוסיף מספר מילים לעניין היחס בין סעיף 355 לחוק העונשין, לבין מתחם העונש ההולם שבתיקון 113.

סעיף 355(א) לחוק העונשין קובע, כי עונשו של מי שהורשע בעבירות המנויות בו, "לא יפחת מרבע מהעונש המרבי שנקבע לאותה עבירה, אלא אם כן החליט בית המשפט מטעמים מיוחדים שירשמו, להקל בעונשו". סעיף קטן (ב) קובע, כי "עונש המאסר, לפי סעיף קטן (א) לא יהיה, בהעדר טעמים מיוחדים, כולו על תנאי".

3. ודוקו: בסעיף לא נקבע מהו שיעורו של אותו חלק מעונש המינימום שיכול להיות על תנאי ואף לא נקבע כי החלוקה של עונש המינימום בין מאסר בפועל לבין מאסר על תנאי, צריכה טעמים מיוחדים. אֶלּה נדרשים, רק בשני מקרים:

האחד - לשם קביעה, כי סך כל עונשי המאסר (בפועל + על תנאי) שיושטו על הנאשם, יהיה נמוך מעונש המינימום [ס"ק (א)].

השני - לשם קביעה, כי כל עונש המינימום יהיה על תנאי [ס"ק (ב)].

מתווה זה ממתן, באופן משמעותי, את הביטוי לחומרת העבירות המנויות בסעיף ולענישה הראויה להן, הטמון בעצם קביעת עונש מינימום.

במאמר מוסגר אציין, כי ביום כ"א בשבט התשס"ה - 31.1.2005, הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק מטעם שלושה חברי כנסת - [הצעת חוק העונשין (תיקון - עונש מזערי במאסר בפועל), התשס"ה-2005], במסגרתה הוצע "לקבוע כי העונש המזערי יבוא לידי ביטוי בעונשי מאסר בפועל בלבד, וכי הטלת עונש של מאסר על תנאי תוכל להוות תוספת לעונש, אך לא תחליף לו". בהתאם הוצע, כי חוק העונשין יתוקן באופן שבסעיף 355 לחוק, במקום סעיף קטן (ב) יבוא: "(ב) עונש מאסר לפי סעיף קטן (א) יהיה בעונש מאסר בפועל בלבד". הצעה זו לא התגבשה לכדי תיקון בפועל של החוק.

4. השאלה מהם יחסי הגומלין בין עונשי המינימום למתחם העונש ההולם, איננה פשוטה; כבוד השופטת בש הפנתה, בגזר דינה למספר פסקי דין שדנו בסוגיה זו, מהם עולה הלכה, לפיה בקביעת מתחם העונש ההולם יש לתת את הדעת לעונש המינימום, המצביע על החומרה בה רואה המחוקק את העבירות עליהן הוחל עונש זה, תוך מתן תשומת לב גם לחלוקה המתאימה של עונש המינימום, בין עונש מאסר בפועל, לבין עונש מאסר על תנאי.

קושי בקביעת היחס ההולם בין עונש המינימום לבין קביעת המתחם ההולם לפי תיקון 113, נעוץ בשני טעמים;

ראשית, משום שעונש המינימום יכול להיות, בחלקו, על תנאי, בעוד שמתחם העונש ההולם נקבע לגבי תקופת המאסר **בפועל, בלבד** [נהוג לקבוע מתחם עונש הולם גם לגבי סוגי ענישה אחרים, כגון קנס (במקרים המתאימים), אך אין נוהגים לקבוע מתחם לגבי תקופת מאסר על תנאי].

שנית, משום שעל פי תיקון 113, חריגה לקולה ממתחם העונש ההולם יכולה להיעשות רק משיקולי שיקום [סעיף 40ד' לחוק], בעוד שלשם חלוקת העונש המזערי בין עונש המאסר לעונש על תנאי **אין** צורך בטעמים מיוחדים.

5. ביהמ"ש העליון קבע (כפי שציינה כבוד השופטת בש), כי ככלל, בהתנגשות אפשרית בין סעיף 355 לבין מתחם העונש ההולם לפי תיקון 113, ידו של עונש המינימום על העליונה - דברי כבוד השופט הנדל בע"פ 337/13 פלוני נ' מדינת ישראל (9.9.2013), פסקה 13 וכי סטייה מעונש המינימום, או קביעת מתחם עונש הולם שתחתיתו נמוכה מעונש המינימום, יכולות להיעשות רק מטעמים מיוחדים - דברי כבוד השופט מלצר בע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל (4.12.2013) פסקה 16 ודברי כבוד השופט ג'ובראן בע"פ 1605/13 פלוני נ' מדינת ישראל (27.8.2014).

אלא, שראינו לעיל, כי לשם סטייה מהטלת עונש מאסר **בפועל** (שאיננה **כל** עונש המינימום), סעיף 355 **אין** מצריך טעמים מיוחדים [וגם לו היו נדרשים טעמים מיוחדים, סעיף 355 אינו מגביל טעמים אלה לשיקולי שיקום בלבד]. אמנם, חזקה על השופט היושב בדין, כי בעת חלוקת עונש המינימום בין מאסר בפועל לבין מאסר על תנאי (או קביעה כי כל עונש המינימום וייתכן שאף יותר מכך, ירוצה במאסר בפועל) ייתן השופט דעתו לחומרת העבירה ולנסיבותיה, אולם השאלה היא **כיצד** יפעיל ביהמ"ש את שיקול דעתו, בהינתן תיקון 113.

6. ככל שהמסקנה תהיה כי כל עונש המינימום (או למעלה מכך) ירוצה במאסר בפועל, אין מתעורר כל קושי.

הקושי קם כאשר, במקרה כלשהו, קיימים **נימוקים לקולה**, הנעוצים בנסיבות **שאינן** קשורות בביצוע העבירה (ואינן שיקולי שיקום), בגינן סבור בית המשפט, כי יש להשית רק **חלק קטן** מעונש המינימום כמאסר בפועל, בעוד שבאותו מקרה ספציפי, בחינת מתחם העונש ההולם, בהתאם לסעיף **40ג(א)** ולפי סעיף **40ט'** לתיקון 113 - בהתאם לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, הערך החברתי שנפגע, מידת הפגיעה בו ומדיניות הענישה, מחייבת קביעת מתחם עונש הולם, של מאסר בפועל, **לתקופה ארוכה יותר**.

במקרה כזה - קביעת הרף התחתון של מתחם העונש הולם, על פי **חלק המאסר בפועל**, כפי שנקבע על ידי ביהמ"ש, במקרה הספציפי, לפי סעיף 355, תביא **בפועל** לחריגה לקולה - **שלא משיקולי שיקום** - ממתחם העונש ההולם, זאת - **בניגוד לתיקון 113**.

מצב דברים גם זה מנוגד לעצם כוונת המחוקק בקביעת עונשי מינימום, שהרי הכוונה הייתה **להחמיר** עם מבצעי עבירות המין הנזכרות בסעיף. התוצאה **בפועל**, עלולה להיות, שדווקא בעבירות בהן מצא המחוקק להחמיר בענישה ולכן קבע עונשי מינימום, ניתן יהיה לחרוג לקולה ממתחם העונש ההולם, **שלא משיקולי שיקום** בעוד שבעבירות אחרות, הדבר אינו מתאפשר.

7. ראוי לפרש חוק, תוך מגמה להרמוניה בין הוראותיו השונות. תיקון 113 תוקן לאחר חקיקת סעיף 355 ובנסיבות העניין, גם נוכח תכלית שני התיקונים, יש לפרש את סעיף 355, באופן המתיישב עם הוראות תיקון 113, בנוגע לקביעת מתחם העונש ההולם (לעניין מאסר בפועל) והאפשרות לחרוג ממנו.

כאשר דבר חקיקה מאוחר, סותר לכאורה דבר חקיקה קודם, מבלי שדבר החקיקה הקודם בוטל במפורש "... עלינו להעדיף את הפירוש, המביא לשילוב ויוצר הרמוניה בין החוקים, על פני הפירוש, המעלה ניגוד ביניהם - ע"א 624/88 גולד נ' מעוז, פ"ד מד(1) 497, 502 (1990) (מיום 14/02/90). כן ראו, בעניין זה, דברי כבוד המשנה לנשיא, השופט חשין בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 313-314 (1995) (מיום 09/11/95): "בסתירה או באי-התאמה בין חוק מאוחר לבין חוק מוקדם, ידו של חוק מאוחר על העליונה, וחוק מוקדם ייבטל כדי הסתירה או אי-ההתאמה...". הוסיף כבוד השופט חשין וציין, כי כאשר "... מקום שנורמה מאוחרת אינה מבטלת מפורשות נורמה שקדמה לה [...] נעשה כמיטבנו ליישב את הנורמות זו עם זו, ננסה ולו במאמץ לשלב את ידי השתיים זו בזו ולהכניסן תחת חופה אחת" (שם, פסקה 119). כך יש לנהוג, מקל וחומר, כאשר מדובר בשתי נורמות המצויות באותו דבר חקיקה.

ראו עוד: ספרו של א. ברק, פרשנות תכליתית במשפט, תשס"ג, שער 1, פרק 2, בעמוד 117: "הכלל המקובל הינו כי הנורמה המאוחרת גוברת על הנורמה המוקדמת:

lex posterior derogat priori. חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם; חוזה מאוחר גובר על חוזה מוקדם; צוואה מאוחרת גוברת על צוואה מוקדמת. מסקנה זו מתבקשת מ'עצמאותו' של יוצר הנורמה. כשם שהוא מוסמך ליצור נורמה, כן מוסמך הוא ליצור נורמה סותרת, המבטלת (במפורש או במשתמע) את הנורמה הראשונה שיצר".

עוד ראו: בג"ץ 6804/12 לשכת עורכי הדין בישראל נ' שר המשפטים (25.6.2013).

8. לטעמי, לא ניתן לקבל פרשנות לפיה החלוקה (מכוח סעיף 355 לחוק) בין מאסר בפועל לבין מאסר על תנאי, או הפחתה מעונש המינימום בשל טעמים מיוחדים על פי סעיף 355, יכולות להביא לחריגה מהרף התחתון של המתחם ההולם של עונש המאסר בפועל, שנקבע על פי הפרמטרים של תיקון 113. פרשנות כזו תיצור סתירה בין ההוראות השונות של חוק העונשין ואף תביא לידי האבסורד, עליו עמדתי בפסקה האחרונה של סעיף 6 לעיל.

לפיכך ועל מנת להגיע להרמוניה בין שתי הוראות החוק, סבורה אני, כי יש לתת בכורה להוראות תיקון 113, לפיהן לא ניתן לחרוג לקולה ממתחם העונש ההולם של מאסר בפועל, אלא משיקולי שיקום ממשיים.

הדבר ייעשה באופן שתחילה ייקבע מתחם העונש ההולם, של המאסר בפועל, לפי הפרמטרים של תיקון 113, כאשר במסגרת זו ייתן ביהמ"ש דעתו גם לעונש המינימום הכולל (ללא חלוקה בין מאסר בפועל למאסר על תנאי), כאינדיקציה לחומרה בה רואה המחוקק את העבירה.

רק אחרי שייקבע מתחם העונש ההולם, כאמור, יהא על בית המשפט לבחון את עונש המינימום ואת החלוקה הנכונה, במסגרתו, בין מאסר בפועל למאסר על תנאי, תוך שהוא נותן דעתו לכך, שחלקו של המאסר בפועל, אינו יכול להיות נמוך מהרף התחתון של מתחם העונש ההולם, שהרי (כפי שהוסבר לעיל), אם נפחית מהרף התחתון של מתחם העונש ההולם, של מאסר בפועל (שלא משיקולי שיקום ממשיים), יהא זה בניגוד לתיקון 113.

עוד יש לשים לב לכך, שכלל עונשי המאסר, היינו - עונש המאסר בפועל + עונשי המאסר על תנאי שייגזרו על הנאשם, לא יפחת מעונש המינימום, אלא מטעמים מיוחדים שירשמו. לא למותר להדגיש כאן, שוב, כי גם כאשר קיימים טעמים מיוחדים כאלה (שאינם שיקולי שיקום ממשיים), לא ניתן להפחית מעונש המאסר בפועל אלא עד לרף התחתון של מתחם העונש ההולם, אך ניתן להפחית מחלקו של המאסר על תנאי שבעונש המינימום.

9. אוסיף ואבהיר כי, ככל שההפחתה בעונש המינימום (שבסעיף 355 לחוק) נעשית משיקולי שיקום ממשיים, קיימת הלימה בין הפחתה זו ובין אפשרות החריגה ממתחם העונש ההולם, לפי תיקון 113, ובמקרה כזה אין כל בעיה ואין כל קושי.

10. עונשי המאסר שהושתו בגזר הדין על ידי כבוד השופטת בש, הולמים הן את תיקון 113 והן את סעיף 355 לחוק ואף הולמים, לדעתי, את נסיבות המקרה הספציפי דנן ואני מצטרפת, כאמור, לגזר הדין שנכתב על ידה ולנימוקיו.

תמר שרון נתנאל, שופטת

כב' השופט רון סוקול [אב"ד]:

1. אני מסכים לגזר הדין שהוצע על ידי חברתי כב' השופטת ר' בש. מתחם העונש ההולם שהוצע על ידה הולם את הנסיבות המיוחדות של ביצוע העבירות על ידי הנאשם. מסכים אני גם כי במקרה הנוכחי, בשל נסיבותיו האישיות של הנאשם, גילו, השינויים במצבו המשפחתי, מצבו הבריאותי וחלוף הזמן, יש להסתפק בעונש ברף התחתון של המתחם.

2. מאחר ומתחם העונש ההולם שפירטה חברתי, הכולל הן את המאסר בפועל והן את המאסר המותנה, אינו

חורג מהעונש המזערי הקבוע לעבירה על פי סעיף 355 לחוק העונשין. איני מוצא לנכון להתייחס לשאלות המורכבות העולות מהיחס בין הוראת סעיף 355 הנ"ל לבין הוראות בדבר קביעת מתחם העונש ההולם בעקבות תיקון 113 לחוק העונשין.

**רון סוקול, שופט
אב"ד**

די בכך כי העונש המוצע, מאסר בפועל, בצירוף המאסרים המותנים, ממלא את דרישת העונש המזערי.

אשר על כן ועל דעת כל חברי ההרכב, אנו גוזרים על הנאשם את העונשים כמפורט בפסקה 49 לגזר הדין שנכתב על ידי כב' השופטת ר' בש.

זכות ערעור לבית המשפט העליון תוך 45 יום.

ניתן והודע היום כ"ח חשוון תשע"ז, 29/11/2016 במעמד הנוכחים.

רונית בש, שופטת

תמר שרון נתנאל, שופטת

**רון סוקול, שופט
אב"ד**