



## ע"פ 5725/15 - פלוני נגד מדינת ישראל

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים**

**ע"פ 5725/15**

לפני: כבוד השופט ח' מלצר

כבוד השופט מ' מזוז

כבוד השופטת ע' ברון

המערער: פלוני

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כבוד השופטים ש' דותן, מ' לוי ו-י' לוי) מיום 16.7.2015 ב-תפ"ח 23873-10-14

תאריך הישיבה: כ"ז באדר א' התשע"ו (7.3.2016)

בשם המערער: עו"ד משה סרוגוביץ  
בשם המשיבה: עו"ד אושרה פטל-רוזנברג  
בשם שירות המבחן: גב' ברכה וייס

עמוד 1

השופט ע' ברון:

1. לפנינו פרשה קשה של גילוי עריות בין אחים בתוך משפחה בת 11 נפשות. במשך כשנתיים ביצע המערער בהיותו נער כבן 15, מסכת ארוכה וקשה של עבירות מין באחותו, שהיתה בשעתו בת 7 שנים בלבד ועד הגיעה לגיל 9 (להלן: המתלוננת). חשיפת המעשים המזוויעים בפני ההורים הביאה להפסקתם, ואולם הפרשה כולה נשמרה בסוד במשך כ-25 שנים. קשר משפחתי של שתיקה הגן על האח הפוגע (להלן: המערער), בעוד המתלוננת הושתקה ולא זכתה לטיפול או לתמיכה כלשהם מצד בני המשפחה, המשתייכת למגזר החרדי. במשך שנים רבות היא אף ספגה התאכזרות מילולית מצידו של המערער. רק עם הגיעה לגיל 31, חשה המתלוננת כי לא נותרה בידה ברירה אלא לחשוף את שנעשה לה בילדותה - והגישה תלונה נגד אחיה במשטרה. על המעשים הנפשעים שביצע בהיותו קטין, נותן היום המערער את הדין כשהוא בגיר כבן 42.

בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כבוד השופטים ש' דותן, מ' לוי ו-י' לוי) השית על המערער עונש מאסר בפועל למשך שנה אחת; שנת מאסר על תנאי, למשך 3 שנים, לבל יעבור עבירת מין מסוג פשע; ופיצוי למתלוננת בסך של 20,000 ש"ח (תפ"ח 14-10-23873 מיום 16.7.2015). הערעור שלפנינו נסוב על רכיב עונש המאסר בפועל בלבד, והסוגיה שמתעוררת נוגעת לאיזון הראוי בין שיקולי הענישה הרלוונטיים בנסיבות העניין: מצד אחד הפן הטיפולי והשיקומי בהינתן שהמערער היה קטין בעת ביצוע המעשים, וחלוף הזמן מאז; ומצד שני גזירת עונש ההולם את חומרת המעשים ואת השיטתיות שאפיינה אותם. עיקר טענתו של המערער היא שבנסיבות המקרה אין לגזור עליו מאסר מאחורי סורג וברית.

## ההליך בבית המשפט המחוזי

2. המערער יליד שנת 1974, השלישי מבין תשעה אחים ואחיות, הורשע על פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון בסדרה של עבירות מין שביצע בין השנים 1989-1991 באחותו, השישית מבין אחיה ואחיותיה, תחת קורת גג משותפת בבית הוריהם. המערער הורשע בריבוי עבירות של תקיפה מינית באדם שטרם מלאו לו שש עשרה שנים (ביחס לתקופה שבין שנת 1989 ועד לחודש אוגוסט 1990) בהתאם לסעיף 348(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) כנוסחו בתיקון 22, התשמ"ח-1988; ריבוי עבירות של מעשה מגונה בבת משפחה שטרם מלאו לה שש עשרה שנים בנסיבות אינוס (ביחס לתקופה שלמן חודש אוגוסט 1990) לפי סעיף 351(ג)(2) ביחד עם סעיף 348(ב) בנסיבות סעיף 345(ב)(1) וסעיף 345(א)(1) לחוק העונשין כנוסחו בתיקון 30, התש"ן-1990; וריבוי עבירות של מעשה מגונה בבת משפחה שטרם מלאו לה ארבע עשרה שנים בנסיבות אינוס, לפי סעיף 351(ג)(1) ביחד עם סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין, כנוסחו בתיקון 30.

טרם שהודה המערער בביצוע העבירות, נטען על ידו להתיישנות. ואולם טענת ההתיישנות נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי - לנוכח הוראת סעיף 354 לחוק העונשין שלפיה מניין תקופת ההתיישנות בעבירות מין מסוימות, שבוצעו



בקטין על ידי בן משפחתו, יחל רק עם הגיעו של הקורבן לגיל 28. בעניינו, בעת הגשת כתב האישום היתה המתלוננת כבת 32 שנים ועל כן העבירות לא התיישנו; וכן ניתנה הסכמת היועץ המשפטי לממשלה להגשת כתב אישום נגד המערער, שכאמור היה אף הוא קטין בעת שביצע את המעשים (ראו החלטה מיום 26.1.2016).

3. על פי העובדות המתוארות בכתב האישום ששימש יסוד להסדר הטיעון, במשך כשנתיים נהג המערער לבצע במתלוננת מעשים מגונים בהזדמנויות רבות בהיותה ילדה, כשהוא מעניק לה שקלים בודדים ותשורות קטנות על מנת לפתות אותה לשהות במחיצתו. במספר הזדמנויות שבהן הופיעה המתלוננת בחדרו של המערער על מנת לספר לו על קורותיה בבית הספר, תקף אותה המערער בכך שחיבק אותה, ליטף את גופה, אחז בחזה מתחת לחולצתה והפשיל את חצאיתה – והכל לשם גירוי וסיפוק מיני. המערער המשיך במעשיו אלה אף לאחר שהמתלוננת ביקשה כי יחדל מהם. בהזדמנויות רבות אחרות, תקף המערער את המתלוננת בחדרו וביצע בה מעשים מגונים בכך שהכניס ידיו מתחת לתחתוניה ועיסה את איבר מינה, לשם גירוי וסיפוק מיני. באחד המקרים אף הושיב המערער את המתלוננת על ברכיו תוך שהוא מפשיל תחתוניה ומחכך את איבר מינו באיבר מינה עד הגיעו לפורקן; באותן נסיבות גם נטל את ידיה והניחן על איבר מינו, לשם גירוי וסיפוק מיני, בעוד שלמתלוננת מעשים אלה הסבו כאב וסבל פיזי. מאז אותו אירוע נמנעה המתלוננת מלהיכנס לחדרו של המערער. המערער אף נהג להגיע למיטת המתלוננת בשעת לילה מאוחרת, בעת ששאר בני הבית ישנים, להפשיל את בגדיה התחתונים, לגעת וללקק את איבר מינה עד הגיעו לפורקן. מעשים אלו נמשכו קרוב לשנתיים, בתדירות גבוהה, ופסקו רק לאחר שנתגלו על ידי ההורים. אלה ציוו על המערער לחדול ממעשיו, ואולם דגלו בהשתקה והסתרה של הפרשייה כולה; וכך, חלפו להן שנים רבות מבלי שהעניין כלל הובא לידיעת מערכת אכיפת החוק. כאמור רק כעבור כעשרים וחמש שנים הגישה המתלוננת את תלונתה.

4. לבית המשפט המחוזי הוגש תסקיר שירות מבחן בעניינו של המערער (להלן: התסקיר), וכן הוגשה חוות דעת מאת המרכז להערכת מסוכנות. שירות המבחן ערך גם תסקיר נפגעת עבירה למתלוננת, שהובא אף הוא בפני בית המשפט. בתסקיר בעניינו של המערער נאמר כי ביסוד ביצוע העבירות לא עומדת סטייה מינית – אלא קווי חשיבה והתנהגות מניפולטיביים של המערער, נטייה להתרכז בעצמו וקושי להכיר בצרכי האחר. בעת שביצע את העבירות פיתה המערער את המתלוננת באמצעות משחקים ותשורות קטנות ופלש למקום הרגשי והתלתי שלה, תוך שהוא מנצל את כמיהתה לתשומת לב ולקשר – וזאת על מנת לממש את יצריו וסקרנותו המינית כנער מתבגר. כן נקבע בתסקיר כי ברקע המעשים עמדו דחפים מיניים מוגברים שאפיינו אותו בתקופת ביצוע העבירות בהיותו נער מתבגר, בהעדר הכוונה מינית וחווית בדידות, העדר חום, תסכול וחוסר שקט שחש במסגרת משפחתו. לצד זאת, התרשם שירות המבחן מיציבות המערער כיום במישור התעסוקתי והמשפחתי, וכן מהיעדר דפוסי התנהגות אלימים, התמכרויות ובעיות בתחום המיני. בסופו של דבר, המלצת שירות המבחן היתה להימנע ממאסר בפועל. בהינתן חלוף הזמן, הטלטלה והמשבר שחווה המערער בעקבות הגשת התלונה נגדו, וחשיבותה של מסגרת טיפולית בעניינו – המליץ שירות המבחן על הטלת עונש מאסר של שישה חודשים לריצוי בעבודות שירות, לצד שילובו של המערער במסגרת טיפולית ייעודית לעברייני מין בפיקוח שירות המבחן.

המרכז להערכת מסוכנות אמד את מסוכנותו המינית של המערער כנמוכה. עם זאת גם לפי חוות דעת זו



ההתרשמות מן המערער היתה שניכרת בו התנהגות מניפולטיבית וחוסר אמינות, ובעיקר בלט ניסיונו של המערער להציג עצמו באור חיובי - כמי שלכאורה הודה בפגיעות שפגע במתלוננת מיוזמתו. לא ניכר היה במערער שחש כלפי המתלוננת אמפתיה, הגם שהביע חרטה על מעשיו; ולדברי המעריכה, המערער חש בעצמו קורבן, התקשה להבין את הצורך של המתלוננת לזכות בהכרה והפנה כלפיה אצבע מאשימה על שחשפה את הפרשה - על כל הכרוך בכך מבחינת המשפחה, המשתייכת למגזר החרדי.

מתסקיר נפגעת עבירה שנערך בעניינה של המתלוננת, עולה כי מעשי המערער עדיין נותנים אותותיהם בכל מישורי חייה, על אף חלוף הזמן; ולכך אדרש בהמשך.

גזר דינו של בית המשפט המחוזי

5. בפתח גזר הדין עמד בית המשפט המחוזי על נסיבותיו המיוחדות של המקרה, מקום שבו נשפט המערער, בגיר כבן 42, בגין עבירות שביצע לפני שנות דור. משהיה קטין באותו מועד, נדון עניינו של המערער לפי סעיף 5א(ב) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער) - המורה כי בגיר שמלאו לו 19 שנים יש להעמיד לדין, בעבירות שביצע בהיותו קטין, לפני בית משפט שאינו בית משפט לנוער. עם זאת, לפי הסעיף במקרה כזה בכל זאת חלות על הדין הוראות מסוימות מחוק הנוער, בשינויים המתחייבים. כך, למשל, קודם להכרעת דינו של נאשם שהיה קטין בעת ביצוע העבירות יש להביא לפני בית המשפט תסקיר שירות מבחן (סעיפים 21, 22 ו-24 לחוק הנוער) - וכך נעשה בעניינו של המערער.

בגזר הדין עמד בית המשפט המחוזי על חומרתן היתרה של העבירות שביצע המערער - בהינתן כי הפגיעות המיניות במתלוננת התבצעו בתדירות גבוהה, נמשכו על פני תקופה ארוכה, והתאפיינו בהסלמה. נוסף לכך, העבירות בוצעו במתלוננת בהיותה ילדה רכה בשנים, במקום שאמור להיות העוגן בחייה - ביתה; על ידי מי שאמור להיות משענת וחבר - אחיה. אם לא די בכך, חשיפת המעשים יצרה במשפחת המתלוננת דינמיקה של הסתרה, השתקה ובושה - שרק העצימה את תחושת המלכוד והנזק הנפשי שנגרמו למתלוננת. עם גילוי הפגיעות במתלוננת, המערער הוצא מהבית ושובץ בפנימייה. ואולם כשהיה מגיע בסופי שבוע לביקור - המתלוננת היא שנדרשה לצאת מהבית ולבלות שבתות ארוכות אצל חברים או קרובי משפחה. במקרים שבהם בכל זאת הזדמן לשניים להיפגש - לדברי המתלוננת המערער התאכזר אליה, התעמר בה ונהג לכנותה בכינוי גנאי. כשבגרו השניים המשפחה התאמצה למנוע מפגש ביניהם, ובכלל זה תואמו מראש שעות ההגעה של כל אחד מהם לאירועים משפחתיים; ואולם לדברי המתלוננת המערער לא כיבד את "הסידור" המשפחתי, ולמעשה אילץ אותה לפגוש בו למרות שהיה ידוע לו כי אינה חפצה בכך. בית המשפט המחוזי הדגיש כי בנסיבות אלה לא היה בחלוף הזמן מעת ביצוע הפגיעות המיניות בה כדי להקהות את נזקיה הנפשיים של המתלוננת; מבחינתה - עמד הזמן מלכת.

6. המשיבה עתרה לפני בית המשפט המחוזי למתחם ענישה שבין 7 ל-24 חודשי מאסר בפועל, ובעניינו של המערער נטען כי הענישה צריכה להתבצע ברף הנמוך - אך לאו דווקא 7 חודשים. המערער מצידו ביקש להסתפק בענישה טיפולית



לצד עונש מאסר לריצוי בעבודות שירות בלבד, בהתאם להמלצת שירות המבחן. המתלוננת הופיעה בפני בית המשפט המחוזי והדגישה את הצורך שלה בכך שהמערער יכיר בפגיעה שפגע בה, ויפנים את הנזק שהסב לה.

שלושת שופטי הערכאה הדיונית היו תמימי דעים כי חומרתם של המעשים שביצע המערער מחייבת לגזור עליו עונש מאסר בפועל. המדובר במסכת ארוכה וקשה של גילוי עריות ומעשים מיניים שביצע המערער במתלוננת בהיותה ילדה צעירה - ונקבע כי בנסיבות אלה לא ניתן להסתפק בענישה שיקומית, ויש צורך בקביעת עונש ממשי ומרתיע המבטא סלידה מן המעשים הנוראיים. דעת הרוב (השופטים ש' דותן ו' לוי) קבעה כי יש להטיל על המערער עונש של שנת מאסר בפועל (לצד יתר רכיבי העונש שפורטו לעיל); דעת המיעוט (השופט מ' לוי) סברה כי יש להעמיד את המאסר בפועל על 8 חודשים בלבד. למען הסדר יוער כי עונש המאסר עוכב בהסכמה על ידי בית משפט זה עד למתן הכרעה בערעור שלפנינו (ראו החלטה מיום 25.8.2015).

שופטי הרוב נמנעו מלקבוע מתחם עונש הולם טרם שגזרו את עונש המאסר. מצד אחד ציינו השופטים כי המתחם ההולם צריך להיות חמור מן המתחם שטענה לו המשיבה - וזאת בשים לב לעונשי המאסר המרביים שהיו קבועים בצידן של העבירות שבהן הורשע המערער לפי נוסחן דאז (10 ו-15 שנות מאסר), הגם שעונשים אלה אינם מחייבים לגבי מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירות. מצד שני נקבע בדעת הרוב כי בנסיבות החריגות של מקרה זה, יש מקום להקל עם המערער באופן משמעותי. בעיקר נתנו השופטים את דעתם להיותו של המערער קטין בעת ביצוע העבירות ולחלוף הזמן מאז - כאשר כיום המערער הוא בן למעלה מ-40, איש משפחה ואב לארבעה ילדים התלויים בו לפרנסתם, הוא מנהל אורח חיים נורמטיבי, נעדר עבר פלילי ומסוכנתו המינית הוערכה כנמוכה. עוד הובהר כי בחלוף 25 שנים מעת ביצוע העבירות, אין לבחון את שיקול דעתו והכרתו של הקטין שביצע אותן באמות מידה של הגבר הבוגר שהפך להיות עם השנים. הודאתו של המערער במיוחדס לו, באופן שיתר את הצורך להעיד את המתלוננת, נזקף כשיקול נוסף לקולה - במיוחד לנוכח החשיבות הרבה שמייחסת המתלוננת לקשריה עם בני משפחתה. עוד נלקחה במניין השיקולים לטובתו העובדה כי המערער נטל אחריות על מעשיו, גם אם מהתסקיר עולה כי לא גילה אמפתיה למצבה ונראה היה שלא הפנים את חומרת הנזק שהסב לה. מן העבר השני, נאמר כי יש לזקוף לחובתו של המערער את התנהגותו כלפי המתלוננת במרוצת השנים, שהוסיפה רבות לסבלה; וכן את חומרת הפגיעה בה, שלא קהתה עם הזמן.

דעת המיעוט סברה כי מתחם העונש שהציעה המשיבה הוא סביר ומאוזן, וכן כי בכל מקרה אין לחרוג מן העונש שביקשה המשיבה להטיל על המערער. משכך, ובהינתן שעמדת המשיבה היתה כי יש לגזור עונש מאסר ברף הנמוך של המתחם - השופט מ' לוי היה בדעה כי יש להסתפק בעונש מאסר בפועל של 8 חודשים בלבד.

7. בגזר הדין התעוררה שאלה בנוגע לתחולתו של תיקון 113 לחוק העונשין, העוסק בהבניית ענישה (להלן: תיקון 113), על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירות והוא נותן עליהן את הדין לאחר שבגר זה מכבר. בהקשר זה מורה סעיף 40טו לחוק, שעניינו בענישת קטין, כדלקמן:

"(א) על ענישת קטין יחולו הוראות חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971.



(ב) בלי לגרוע מהאמור בסעיף קטן (א), בית המשפט רשאי להתחשב בעקרונות ובשיקולים המנחים בענישה המנויים בסימן זה, תוך התאמתם לענישת הקטין, ככל שסבר שראוי לתת להם משקל בנסיבות המקרה."

בית המשפט המחוזי סבר כי בעוד שנקבע מפורשות בסעיף 40טו לחוק העונשין כי על ענישת קטין יחולו הוראות חוק הנוער - לא ברור מהסעיף אם זה המצב גם לגבי בגיר שהיה קטין בעת ביצוע העבירה, אם לאו. לא רק זאת, אלא כפי שכבר צוין, סעיף 5א(ב) לחוק הנוער מחיל הוראות מסוימות שבחוק הנוער בנוגע לענישת קטין, גם על ענישת בגיר שהיה קטין בעת ביצוע העבירה ונשפט לפני בית משפט שאינו בית משפט לנוער. בין היתר, לבית המשפט נתונה הסמכות להורות על דרכי טיפול חלף הרשעה. בנסיבות אלה, נמצא כי ענישתו של קטין שבגר היא "מעין יצור כלאיים" כלשונו של כבוד השופט מ' לוי, בין ענישת קטינים לבין ענישת בגירים - כאשר לצד אחד מושכים שיקולי השיקום המאפיינים ענישת קטינים, ולצד שני שיקולי הגמול וההרתעה העומדים ביסודו של תיקון 113 לחוק. בית המשפט המחוזי לא הכריע בשאלת תחולתו של התיקון על בגיר שביצע את העבירה בהיותו קטין, וקבע כי יש להותיר אותה פתוחה; ואולם בסופו של דבר נמנעו שופטי הרוב מקביעת מתחם ענישה הולם למעשיו של המערער, קביעה המתחייבת מתיקון 113 אילו סברו שיש לו להחילו.

#### הטענות בערעור

8. מרבית טענותיו של המערער מופנות נגד עצם הטלת עונש מאסר לריצוי מאחורי סורג ובריא. לגישתו לא היתה הצדקה לסטות מההמלצה הטיפולית של שירות המבחן בעניינו, וחלף עונש המאסר מבקש המערער כי יושת עליו העונש שהומלץ בתסקיר: שישה חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות, לצד שילוב במסגרת טיפולית ייעודית לעברייני מין. לטענת המערער, כפי שבענישת קטין יש לבכר את שיקול השיקום והפן הטיפולי וליתן משנה תוקף להמלצת שירות המבחן - כך גם נכון וצודק לעשות מקום שבו המערער נותן את הדין על מעשים שביצע בהיותו קטין, הגם שהוא כיום בגיר בוגר; וכך במיוחד משנקבע על ידי שירות המבחן כי ישנם נכונות ופוטנציאל שיקומי מצד המערער.

עוד טוען המערער כי משהחליט בית המשפט לגזור עליו מאסר בפועל, שומה היה עליו לעשות זאת באופן מדורג, בהתאם להוראות תיקון 113 לחוק העונשין, קרי: לאחר קביעת מתחם עונש הולם. לעמדתו, יישום הוראות תיקון 113 כדבעי היה מוביל לכך שהשיקולים שנקפו לחובתו של המערער, ובהם יחסו כלפי המתלוננת במהלך השנים, המניפולטיביות שבה נהג בחקירה ובהליכים, וכן מצבה של המתלוננת כיום - לא היו מקבלים משקל כה מופרז במניין השיקולים הצריכים לגזירת עונשו. ובהתייחס בפרט לנזק הנפשי שנגרם למתלוננת לפי תסקיר נפגעת העבירה - המערער טוען כי בית המשפט המחוזי הפריז במשקל שנתן לשיקול זה בגזירת הדין.

המערער מוסיף וטוען כי אי-קביעת מתחם ענישה כאמור הובילה גם לכך שלא ניתן ביטוי נאות בגזר הדין לנסיבות שיש בהן כדי להקל באופן משמעותי מהעונש בתוך המתחם - ובהן בעיקר חלוף הזמן; העובדה כי בחר להודות במעשיו בשלב מוקדם של ההליך ובכך הביא לחסכון בזמן שיפוטי יקר, וכן חסך הטרדה נוספת של המתלוננת והמשפחה; הביע חרטה על מעשיו; ואין לו עבר פלילי. גם העובדה שבחיי אירעו תמורות רבות, וכיום הוא אדם נורמטיבי כבן 42, איש



משפחה ואב לארבעה ילדים - היתה צריכה להטות את הכף לזכותו יותר משנעשה. לבסוף ציין המערער את הפגיעה הקשה שהסבו ההליכים המשפטיים למשפחתו החרדית, ובתוך כך גם טען כי המתלוננת עצמה הבהירה לבית המשפט כי אינה מחפשת אחר נקמה אלא מעוניינת בהכרה בנזק שנגרם לה - והיה מקום ליתן לעמדתה זו מקום נכבד בגזירת הדין. הנה כי כן, המערער סבור כי אילו היה בית המשפט המחוזי גוזר את העונש בהתאם לתיקון 113 לחוק, מתחם העונש היה לבטח נמוך מהמתחם שהציעה המשיבה, וגם העונש עצמו היה קל מן העונש שהושת עליו בסופו של דבר. ועוד נטען, כי בכל מקרה העונש שנגזר על המערער הוא חמור מן העונש שהתבקש על ידי המשיבה - העומד לדבריו על 7-8 חודשי מאסר לכל היותר.

9. סמוך לפני הדיון שהתקיים לפנינו הוגש תסקיר משלים בעניינו של המערער, שממנו עולה כי המלצת שירות המבחן בנוגע לענישת המערער נותרה בעינה, והיא: מאסר בפועל למשך שישה חודשים לביצוע בעבודות שירות, לצד שילובו של המערער בטיפול קבוצתי ייעודי לעברייני מין. במהלך הדיון טענה המשיבה כי בניגוד לעמדת המערער, היא סבורה שהעונש שהוטל על המערער מתיישב עם עמדתה העונשית ומגלם איזון ראוי ונכון בין שיקולי הענישה השונים. בפרט הדגישה המשיבה כי הנסיבות לקולה שעליהן עומד המערער זכו לביטוי הולם ומספק בעונש הקל שהושת עליו, וטענותיו בערעור אינן מצדיקות את התערבותה של ערכאת הערעור בגזר הדין.

השיקולים לענישת בגיר בגין עבירות שביצע בהיותו קטין

10. כידוע, אין ענישתו של קטין כענישת בגיר. לאחר תיקון 113 לחוק העונשין, עקרון-העל בענישת בגירים הוא עקרון ההלימה (ראו למשל: ע"פ 2099/15 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 55 (22.5.2016)). כך מורה סעיף 40 לחוק העונשין, שלפיו "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו". עקרון ההלימה נגזר מעקרון הגמול - שהוא צופה פני עבר, מבחינה זו שהעונש נקבע בעיקר בהתאם למידת הרע שעשה הנאשם ומידת אשמתו (ראו: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין, כרך ג עמ' 1462-1463 (2014); להלן: רבין וואקי). לעומת זאת, בענישת קטינים הבכורה נתונה לשיקולי שיקום, שמעצם טיבם צופים פני עתיד: "כאשר בקטינים עסקינן, זוכה שיקול השיקום של הקטינים למשקל מוגבר, בשל האינטרס החברתי בהשבתם למוטב. כמו כן, מוענק משקל רב במיוחד לנסיבות האישיות של קטין ולגילו, בשל ההנחה שהקטין טרם מצוי בשלב בו התגבשה אישיותו סופית, ועל כן עוד לא חלפה ההזדמנות להשיבו למוטב" (ע"פ 5355/14 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 24 (27.10.2015); להלן: ע"פ 5355/14). ההתייחסות השונה לענישת קטינים נגזרת מהוראותיו של חוק הנוער, על הסמכויות הייחודיות שהוא מקנה לבית משפט:

"חוק הנוער מעניק לבית המשפט מגוון אפשרויות חילופיות לעונש המאסר, אשר יש בהן מרכיב טיפולי ושיקומי דומיננטי. בכך הביע המחוקק את עמדתו לפיה ענישת קטינים תכוון, ככל הניתן, לשיקומו של הקטין במטרה להחזירו לתפקוד נורמטיבי בחברה [ע"פ 4920/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 594, 602 (2001)].

...



ויודגש - עיקר מטרתו ושאיפתו של בית המשפט לנוער בבואו לגזור את דינו של קטין, היא להעניק לו טיפול במטרה להביא לשיקומו. על כן, אין בית המשפט לנוער 'ממהר' לגזור עונש על קטין, בפרט לא עונש מאסר, אלא חוזר הוא ונוקט בדרכי טיפול ואינו נלאה מכך כל עוד רואה הוא שביב אור בקצה המנהרה וסיכוי להחזיר את הקטין למוטב ולתפקוד נורמטיבי בחברה" (ההדגשה שלי-ע'ב') (ע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני, בפסקה 7 (8.3.2009); להלן: ע"פ 49/09).

11. ואולם מה דינו של מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה ובעת ענישתו בגר זה מכבר - כמערער שלפנינו? סעיף 40טו לחוק העונשין קובע באופן מפורש כי על ענישת קטינים חלות הוראות חוק הנוער (הגם שבית משפט רשאי להתחשב אף בעקרונות שביסוד תיקון 113, לפי שיקול דעתו ותוך התאמתם לעניינו של הקטין שלפניו); ולכאורה מכלל ההן נשמע לאו: חוק הנוער אינו חל על מי שבעת מתן הדין הוא כבר בגיר (פרט להוראות מסוימות שבו), אלא הוראות תיקון 113 לחוק העונשין (וראו גם: ע"פ 7211/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 79 (13.12.2015); להלן: ע"פ 7211/13). כפי שכבר צוין, כאשר אדם שביום כתב האישום מלאו לו 19 שנים נותן את הדין על עבירה שביצע בהיותו קטין - עליו להישפט לפני בית משפט רגיל, ולא בית משפט לנוער; ואולם מתוקף הוראת סעיף 5א(ב) לחוק הנוער חלות על ההליך בעניינו מספר הוראות מתוך חוק הנוער, וביניהן אף הוראות מהותיות העוסקות בקביעת דרכי טיפול חלף מאסר. בין היתר חל סעיף 24 לחוק הנוער, שזו לשונו:

"קבע בית משפט לנוער שהקטין ביצע את העבירה והוגשו לו תסקיר של קצין המבחן ותוצאות הבדיקות והחקירות, שעליהם הורה לפי סעיף 22, יחליט על אחד מאלה:

- (1) להרשיע את הקטין ולגזור את דינו;
- (2) לצוות על אחד או יותר מהאמצעים ודרכי הטיפול המנויים בסעיף 26;
- (3) לפטור את הקטין בלא צו כאמור."

הנה כי כן, גם כאשר מדובר בבגיר שמלאו לו 19 שנים, והוא נותן את הדין על מעשים שביצע בהיותו קטין - שיקולי השיקום והטיפול תופסים מקום, לעיתים אף מרכזי, בקביעת העונש (ראו גם: ע"פ 7416/15 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקאות 13-14 (22.5.2016)). בד בבד, גם לשיקולי הגמול וההרתעה נודע מקום נכבד בגזירת הדין - כך מורנו תיקון 113 לחוק העונשין, שגם הוא חל כאמור על אותו בגיר. השיקולים השונים מושכים לכאורה לכיוונים מנוגדים, ומטבע הדברים האיזון ביניהם קשה הוא - ופסק דינו של בית המשפט המחוזי מעיד על קיומו של צורך להצביע על עקרון מנחה מבין שיקולי הענישה השונים בעניינו של בגיר שביצע את העבירות בהיותו קטין.

דעתי היא שככלל יש למקם את נקודת האיזון בהתאם לגיל הנאשם בעת גזר הדין (קטין, בגיר-צעיר, בגיר-בוגר). שיקולי השיקום ושיקולי הגמול ניצבים משני עבריו של רצף אחד, מעין פס נע, והתנועה מצידו האחד של הפס לעבר צידו השני צריך שתיעשה בהתאם לגילו של מי שהיה קטין כשביצע את העבירה, בעת שבה הוא עומד לדין: כאשר מדובר במי שהוא קטין גם בעת גזר הדין - נקודת האיזון תימצא קרוב מאוד לקצה הרצף, סמוך לשיקולי השיקום. כאשר מדובר בבגיר-צעיר בעת מתן גזר הדין - כבר נפסק שנקודת האיזון תנוע מעט על גבי הפס אל עבר שיקולי הגמול, אך עדיין



תיוותר סמוכה לשיקולי השיקום. וכאשר מדובר באדם כבן 42 בעת ענישתו, כבעניינו, מן הראוי למקם את נקודת האיזון קרוב יותר לשיקולי הגמול מאשר לשיקולי השיקום. שהרי כפי שכבר צוין, ההנחה שביסוד חוק הנוער היא שככל שמדובר באדם צעיר יותר, כך רבים הסיכויים להחזירו למוטב ועל כן שומה עלינו כחברה לרכז את מאמצנו במטרה להביא לשיקומו. מטבע הדברים, ערכו של שיקול זה פוחת כאשר עסקינן במי שבעת גזר הדין הוא זה מכבר אדם בוגר. ובה בעת ייאמר, כי היבטים אחרים של שיקולי שיקום ממשיכים להתקיים, כפי שיפורט בהמשך, גם אם ידם אינה על העליונה.

12. חשוב עוד להבהיר כי בבוא בית המשפט לגזור את דינו של בגיר-בוגר בגין מעשים שביצע בהיותו קטין, נודעת משמעות רבה לעובדת היותו קטין בעת ביצוע העבירה - דווקא בהיבט של שיקולי הגמול. לפי סעיף 40ב לחוק העונשין (המצוטט לעיל) נדרש קיומו של יחס הולם בין העונש לבין חומרת מעשה העבירה, נסיבות העבירה ומידת אשמו של המערער. וכאשר מדובר במי שביצע את העבירה בהיותו קטין - נהוג לייחס למעשיו פגם מוסרי ומידת אשם פחותים ביחס לבגיר שביצע מעשים דומים (ראו: ע"פ 7211/13 הנזכר לעיל, בפסקה 78 מפי חברי, השופט ח' מלצר); וכך הבהיר השופט י' דנציגר בהקשר זה:

"למעשה, כאשר מדובר בנאשמים שהם קטינים, פעמים רבות אין הכרתם ותודעתם מפותחות ובשללות די הצורך. בנערותו, אין האדם מבחין בהכרח בין טוב לרע על פי אותן אמות מידה המשמשות בני אדם בגירים. גם כאשר עבר הקטין את גיל האחריות פלילית, הרי שגילו הצעיר עשוי להצביע על חוסר בשלות אישית וחוסר יכולת להבין לעומקם של דברים את משמעות המעשה הפלילי ותוצאותיו. חוסר בשלות מהווה שיקול לקולא בענישתם של קטינים [ע"פ 10715/05 הנ"ל]. (ע"פ 49/09, בפסקה 9).

עצם הקטניות בעת ביצוע העבירה היא שמהווה שיקול משמעותי לקולה בענישה - וככל שמדובר בגיל צעיר יותר כך נהוג לייחס לנאשם מידת אשם פחותה, ולהיפך (ראו: ע"פ 8144/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 8 (10.3.2015)); וכך גם במקרה שלפנינו.

מן הכלל אל הפרט - אין להתערב בגזר דינו של בית המשפט המחוזי

13. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ועיינתי בחומר הרב שהובא לפנינו, הגעתי לידי מסקנה כי דין הערעור להידחות; ואבאר.

במעשי המערער טמונה חומרה יתרה. הוא נהג להשתמש במתלוננת ככלי לסיפוק גחמותיו המיניות - בכל עת שחפץ, במשך תקופה ארוכה ובתדירות גבוהה -וזאת תוך שהוא מנצל את פער הגילאים ביניהם (כ-8 שנים), את מעמדו כאח גדול, ואת הצורך של המתלוננת בחום, חברה ואוזן קשבת. באופן מצמרר תיאר המערער בפני שירות המבחן כיצד בחר דווקא במתלוננת מתוך אחיותיו - משראה בה הצעירה והחלשה מביניהן; וכאשר נשאל לצורך הערכת המסוכנות אם הבחין בהתנגדות מצד המתלוננת למעשים, השיב: "אני לא חושב שהתייחסתי אליה בכלל, אני רציתי להגיע לסיפוק מיני ולא זוכר שהתייחסתי אליה בכלל..". המערער אמנם חדל מביצוע המעשים כשהגיע לגיל 17 - ואולם עשה כן רק לאחר



שמעשיו התגלו על ידי אחת האחיות שגם סיפרה להורים, והוא הורחק מן הבית ועבר ללמוד בישיבה. אך מתסקיר קורבן העבירה עולה כי התעללותו הנפשית של המערער במתלוננת לא פסקה גם כאשר חדל מהמעשים המיניים – ובמשך שנים ארוכות הוא נהג בה בבירונות והשפיל אותה בפני אחרים. ויוזכר – בעת שהחל המערער לפגוע מינית במתלוננת היא היתה בת 7 בלבד. ברור כי מעשים אלה הסבו לה נזק נפשי חמור:

"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." (השופט ס' ג'ובראן ב-ע"פ 6092/10 פלוני נ' מדינת ישראל (18.7.2012); להלן: ע"פ 6092/10).

מתסקיר קורבן העבירה ניכר שהנזקים שנגרמו למתלוננת ממשיכים ליתן את אותותיהם בה ובחייה יום אחר יום, ולמען שמירה על פרטיותה לא אפרט. ואילו מהתסקיר בעניינו של המערער, ואף מהערכת המסוכנות שנעשתה לו, ניכר כי עד עצם היום הזה מתקשה המערער להפנים את גודל הנזק הנפשי שהסב למתלוננת, שהיא אחותו, ולגלות כלפיה אמפתיה.

מכלול הנסיבות הללו מחייב להטיל על המערער עונש ממשי של מאסר בפועל מאחורי סורג ובריא, תוך העברת מסר ברור ונוקב כי "גופו של אדם, כל אדם, אינו הפקר ואינו מותר לכל" (השופט ע' ארבל ב-ע"פ 8277/10 פלוני נ' מדינת ישראל (28.2.2011); וראו גם ב-ע"פ 7512/11 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה נ' (15.5.2012)). עבירות מין בקטינים הן "מהקשות ומעוררות הסלידה שבספר החוקים, ואין צורך להכביר במילים על חומרתן" (ע"פ 2652/11 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 23 (10.12.2012)); וזאת גם כאשר העברין הוא קטין בעצמו (ע"פ 5355/14 הנ"ל, בפסקה 29). כלשונה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש: "חשוב עד מאוד כי ידעו כל נער ונערה בישראל כי אין לפגוע בכבודו של אדם וכי גופם של כל ילד או ילדה אינו הפקר. ידעו הכול, כי עברין, גם אם קטין הוא, הפוגע בגופם ובכבודם של ילד או ילדה ומנצל את כוחו לרעה כלפיהם, צפוי לשאת בתוצאות העונשיות של מעשהו." (ע"פ 4890/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 594, 606 (2002)). ועוד נקבע – כי "על העונש לשקף את החומרה של מעשי פגיעה שכאלה בילדים רכים בשנים, בדל"ת אמות בית המשפחה, רחוקים מכל עין חיצונית, ולא כל שכן כאשר הם מבוצעים משך תקופה ארוכה. העונש הקבוע בחוק, כמו-גם פסיקת בית משפט זה מעמידים רף ענישה גבוה בעבירות של גילוי עריות" (ע"פ 3958/08 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 119 (10.9.2014)). הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר הסביבה החברתית של הקורבן אינה מעודדת, ואף משתיקה הליכי חקירה ומשפט בפרשיות מסוג זה:

"בפסיקתנו כבר נאמר כי 'כאשר לפנינו קורבן שהוא קטין ועל כן חסר ישע, מחויבות מערכות האכיפה להגן על שלומו וכבודו ביתר שאת' (ראו: ע"פ 3203/13, בפסקה 11; ע"פ 9994/07 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 14 (11.8.2008)). הדברים אמורים ביתר שאת מקום בו עבירות כגון אלו, שברגיל מבוצעות במחשכים, נעשות בסביבה



חברתית, שלעיתים איננה מעודדת ניהול הליכי חקירה ומשפט כנגד נאשמים בעבירות כגון אלו, והמקרה שלפנינו יש בו הדגמה לענין זה" (ע"פ 7211/13, בפסקה 86; כן ראו: ע"פ 6690/07 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 (10.3.2008)).

תסקיר קורבן העבירה מעיד על כך שהמעשים המיניים שביצע בה אחיה, המערער, עודם נותנים את אותותיהם בכל אורחות חייה של המתלוננת – וזאת אף על פי שכיום גם היא אישה בוגרת ובעלת משפחה. מעשים מסוג זה מהווים "חוויה טראומטית המהדהדת משך כל חייה של הקורבן ומשפיעה על התפתחותה והתבגרותה. 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, בפסקה 24 (7.12.2009); וכן ראו: 4155/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 3 (14.11.2013); להלן: ע"פ 4155/13).

14. המסקנה היא שבנסיבות המקרה יש להטיל על המערער עונש מאסר ממשי בפועל, כפי שהורה בית המשפט המחוזי. ומכאן לטענה אחרת שעולה מן הערעור – והיא נוגעת למשכו של המאסר. המשיבה טענה בפני בית המשפט המחוזי למתחם ענישה שבין 7 ל-24 חודשי מאסר בפועל – ודעת הרוב, אף שסברה כי אין לאמץ מתחם זה, נמנעה מלקבוע מתחם אחר. אמנם איני סבורה שיש להתערב בגזר הדין, ואולם טוב היה עושה בית המשפט המחוזי אילו היה הולך במתווה של תיקון 113 לחוק העונשין וקובע מתחם עונש הולם קודם שגזר את הדין (ראו: ע"פ 2148/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה ט"ז (16.12.2014)). כידוע תכליתו של תיקון 113 אינה מתמצה בקביעת עקרונות מנחים בענישה – אלא שמטרתו וחדשנותו של התיקון נעוצים בין היתר בקביעת המשקל היחסי של כל אחד מהעקרונות בגזירת הדין, תוך יצירת מדרג היררכי ביניהם (ראו גם: רבין וואקי, עמ' 1460-1461). חברי השופט ח' מלצר היטיב לתאר את התיקון לחוק כ"כלל הכרעה":

"תיקון 113 הוא 'כלל הכרעה' מובהק, שאינו נועד לכוון התנהגות של הציבור, אלא להדריך שופטים כיצד לפסוק. התיקון מנחה שופטים ומציג בפניהם שיקולים רלבנטיים בענישה וכן מדגיש כיצד צריכים לבוא לידי ביטוי בהקשר זה השיקולים הרלבנטיים השונים, באיזה שלב ומהו המשקל היחסי שיש לתת להם". (ע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 14 (4.12.2013)).

לפי התיקון, גזירת הדין היא תהליך תלת-שלבי: בשלב הראשון על בית משפט לקבוע מתחם עונש הולם לפי עקרון ההלימה (ס' 40ג(א) לחוק העונשין) ובהתאם לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה – כדוגמת הנזק שנגרם ושהיה יכול להיגרם כתוצאה מהעבירה, מידת התכנון שקדמה למעשה, מידת הפסול שבמעשה וכיוצ"ב (ס' 40ט לחוק). בשלב השני נדרש בית משפט לבחון אם יש מקום בנסיבות המקרה לסטות מהמתחם שנקבע – מטעמי שיקום (סטייה לקולה, ס' 40ד לחוק) או מטעמי הגנה על שלום הציבור (סטייה לחומרה, ס' 40ה לחוק); אם נמצא שאין מקום לסטות מהמתחם, בשלב השלישי יגזור בית המשפט את דינו של הנאשם בתוך המתחם, בין היתר על יסוד שיקולי הרתעה (ס' 40ו-40ז לחוק).



ונסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה - כדוגמת הנזק שנגרם לנאשם ולמשפחתו כתוצאה מן ההרשעה, עברו הפלילי או העדרו, נסיבות חיים של הנאשם, נטילת אחריות מצידו וכיוצ"ב (ס' 40יא לחוק). בענייננו, בית המשפט המחוזי לא הלך בדרך שהתווה המחוקק בתיקון 113 - וקבע את עונשו של המערער מבלי לקבוע קודם מתחם עונש הולם.

15. מגזר הדין עולה כי הערכאה הדיונית סברה כי אף שהמעשים שבגינם הורשע המערער הם חמורים במיוחד - מדובר במקרה ייחודי שבו חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה ועד לגזר הדין מצדיק הקלה משמעותית בעונש, ומשכך לא נדרש לקבוע מתחם עונש הולם. אין לכחד, חלוף הזמן הממושך מאז ביצוע העבירות ועד היום, שנות דור כאמור, מעורר מידה רבה של חוסר נוחות. המערער שהיה אז קטין, הוא היום איש משפחה המנהל אורח חיים נורמטיבי ואחראי לפרנסתם של אשתו וילדיו. לא נשקפת ממנו עוד מסוכנות, ומדובר במי שהצליח בכוחות עצמו להשתקם ולהעלות את מסלול חייו על דרך הישר. ואולם חלוף הזמן הוא תוצאתה של הוראת ההתיישנות המיוחדת הקבועה בחוק העונשין, שלפיה בעבירות מין בקטינים שנעברו על ידי בן משפחה יחל מניין ההתיישנות רק עם הגיעו של נפגע העבירה לגיל 28 (סעיף 354 לחוק). יש בהוראה זו משום אמירה מפורשת של המחוקק לאותם עבריינים: "לעבירות אלה אין סליחה, אין מחילה, ואין כפרה וצלה של העבירה ירדוף אחריהם שנים רבות" (דברי השופט י' עמית ב-ע"פ 6092/10, בפסקה 2). בדברים שהפנתה המתלוננת לבית המשפט, בכתב ובעל-פה, משתקפים הכאב והסבל הנפשי שגרם לה המערער - ושהיו לחלק בלתי נפרד מהווייתה, פצעו את נפשה והשתלטו על אורחותיה. הרושם הוא שסבלה שלה לא הוקל עם חלוף הזמן. אחיה גזל ממנה את רכות ותמימות הילדות, כשניצל אותה לסיפוק גחמותיו המיניות; שאר בני משפחתה גזרו עליה שתיקה והסתרה של המעשים במשך שנים. אותו סוד שהגן על המערער, הוא זה שהעמיק את החור שנפער בנפשה של המתלוננת. מילותיה הנוקבות על אודות הסבל שהוא מנת חלקה עד עצם היום הזה, ממשיכות להדהד בנו ולא מניחות.

ואמנם, כשמדובר בפגיעה חמורה ומשמעותית בקורבן, נפסק לא אחת כי חלוף הזמן אינו שיקול משמעותי להקלה בעונשו של נאשם, ואין בו כדי להצדיק הימנעות מהשתת עונש של מאסר בפועל:

"המחוקק נתן דעתו לתופעת הדיווח המאוחר של הקורבנות הקטינים על הנעשה בגופם, ומשום כך, ובאופן חריג, קבע, כי מניין תקופת ההתיישנות בת עשר השנים, יתחיל עם הגיעו של הקורבן לגיל 28. הימנעות מהטלת עונש מאסר בפועל או הקלה משמעותית בעונש, רק משום חלוף הזמן הרב מאז בוצעו עבירות אלו, אינן עולות בקנה אחד עם מטרת ההארכה של תקופת ההתיישנות. לא זו אף זו, קבלת עמדת הסנגור עשויה לגרום עוול נוסף לקורבנות, ולהרתיעם מהגשת תלונה נגד הפוגע, דבר שממילא הם מתקשים לעשות, נוכח תעצומות הנפש הדרושות לכך, ועל אף תקופת ההתיישנות הארוכה". (ע"פ 4327/12 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 36 (5.6.2013); ע"פ 932/10 מדינת ישראל נ' פלוני, בפסקה 26 (6.4.2011)).

ולפי סעיף 40יא לחוק העונשין, חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה מהווה נסיבה שאינה קשורה בביצוע העבירה - שמשקלה הסגולי בגזירת הדין הוא נמוך ממשקלן של הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה ושממשות לקביעת מתחם העונש ההולם. משכך, גם לפי עקרונותיו של תיקון 113 לחוק העונשין לא היה מקום להימנע מקביעת מתחם עונש הולם מן הטעם של חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה ועד היום - גם אם מדובר בפרק זמן משמעותי ביותר כבמקרה דנן.



16. לעומת זאת, היותו של המערער קטין בעת ביצוע העבירות מחייבת לקבוע מתחם ענישה נמוך באופן משמעותי ביחס למתחם שהיה נקבע עבור מי שביצע את אותן עבירות כשהוא בגיר - וזאת בשל מידת החומרה המוסרית הפחותה הגלומה במעשיו, וכפי שכבר פורט. קטינות בעת ביצוע עבירה משפיעה על "יכולתו של הנאשם להבין את אשר הוא עושה, את הפסול שבמעשהו או את משמעות מעשהו" - ועל פי סעיף 40ט(6) לחוק מדובר בנסיבה הקשורה בביצוע העבירה, ועל כן יש לה השפעה ממשית על קביעת העונש.

כך מתחייב אף בהתאם למדיניות הענישה הנוהגת, ובהקשר זה יש לציין את ע"פ 7211/13 העוסק בעניינו של אדם בגיר שהורשע בכך שבהיותו כבן 15 ביצע שלושה מעשי סדום בילד כבן 10 - שם הכרעת הדין ניתנה כ-12 שנים לאחר ביצוע העבירות, ועונש המאסר לריצוי בפועל הועמד על 18 חודשים. ב-ע"פ 5355/14 הורשע קטין בביצוע מעשי סדום ומעשים מגונים בשתי בנות דודו בהיותן בגילאים 5 עד 7 שנים, כשהוא היה כבן 14-16 בתקופה שבה ביצע את העבירות. הוא הועמד לדין עוד בהיותו קטין, ועונשו נגזר לשנת מאסר אחת בפועל. לעומת זאת, בע"פ 4155/13 הורשע אדם בביצוע שורה של מעשים מיניים בבתו הקטינה, הדומים בחומרתם למעשים שביצע המערער במתלוננת, וכן בביצוע מעשה סדום אחד בבת; עונשו נגזר ל-10 שנות מאסר בפועל. ב-ע"פ 6092/10 נדון עניינו של אדם בגיר שהורשע בביצוע מספר רב של עבירות מין חמורות (מעשים מגונים, תקיפות מיניות, שתי בעילות קטינה ואינוס בן משפחה) בשלוש אחייניות שלו בהיותן קטינות; 20 שנים חלפו מעת ביצוע העבירות ועד להגשת כתב אישום נגדו, ודינו נגזר ל-20 שנות מאסר בפועל תוך שנקבע כי אין להתחשב לעניין העונש בחלופי הזמן.

17. בהינתן חומרת המעשים שביצע המערער במתלוננת, כשהיא ילדה רכה בשנים ותוך גילוי עריות, והנזק הנפשי החמור שהסב לה במעשיו, מצד אחד; ובהינתן קטינותו של המערער עצמו בעת ביצוע המעשים מצד שני; הגעתי לכלל דעה כי יש לאמץ את מתחם הענישה המוצע על ידי המשיבה (7 עד 24 חודשי מאסר בפועל). עונש המאסר שגזר בית המשפט המחוזי על המערער, הגם שלא נקבע בהתאם להוראות תיקון 113, מצוי ברף הנמוך של מתחם זה - ולא הובא בפנינו כל טעם המצדיק להתערב בו. כידוע אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בחומרת העונש שגזרה הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים של סטייה ניכרת ממדיניות הענישה הראויה או כאשר נפלה בגזר הדין טעות מהותית (ע"פ 5117/13 וימר נ' מדינת ישראל (11.11.2014); ע"פ 5931/11 עבדולייב נ' מדינת ישראל (22.10.2013); ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל (29.1.2009)). לא זה המקרה שלפנינו. התמונה הכללית היא שהתוצאה העונשית שאליה הגיע בית המשפט המחוזי תואמת את חומרת המעשים ונסיבותיהם, תוך התחשבות בשיקולים לקולה - ובהם חלופי השנים הרבות מעת ביצוע המעשים, הודאתו של המערער במעשים, ושיקומו הראוי לציון. במכלול השיקולים והנסיבות הללו, עונש המאסר שנגזר על המערער הוא ראוי והולם.

טרם סיום יצוין עוד כי לא מצאתי ממש גם בעמדת המערער בהתייחס למחלוקת שנתגלעה בין שופטי הערכאה הדיונית אשר לעמדת המשיבה לעניין העונש. כשלעצמי, לא ברור לי מה רבותא: המשיבה עתרה לעונש המצוי ברף הנמוך של מתחם הענישה שבין 7-24 חודשי מאסר בפועל, תוך שהוברר כי היא אינה מכוונת בהכרח לקצה התחתון של הרף;



והעונש שקבע בית המשפט המחוזי בדעת רוב (12 חודשים) אכן מצוי ברף התחתון של מתחם זה. העונש עולה אפוא בקנה אחד עם עמדת המשיבה, ואינו מצדיק התערבות של ערכאת הערעור. זאת ועוד: כידוע מלאכת גזירת הדין היא בעלת אופי נורמטיבי, ובית המשפט הוא שאמון על קביעת העונש ההולם - ומשכך בכל מקרה פעל בית המשפט המחוזי בעניינו של המערער בגדר סמכותו. ובלשונו של השופט מ' חשין:

"בסוף-כל-הסופות בית-המשפט הוא המכריע לשבט או לחסד, ובמקום שהדין הוא לשבט - הוא הגוזר עונש. הסמכות והכוח לענישה - ובהם עיקר - הם בידי בית-המשפט; האחריות לענישה על כתפי בית-המשפט מונחת היא, ומילתו של בית-המשפט היא המילה האחרונה והקובעת. נדע מכאן כי עמדתה של התביעה באשר לגזירת העונש, חשובה ככל שתהא, אין היא אלא אחד המרכיבים בשיקול-דעתו של בית-המשפט - מרכיב חשוב, מרכיב מרכזי, ללא כל ספק - ואולם כנגדו ובצדיו יתייצבו במקרים המתאימים שיקולים כבדי-משקל העשויים למעט ממשקלו." (דנ"פ 1187/03 מדינת ישראל נ' פרץ, פ"ד נט(6) 281, 325 (2005)).

18. סוף דבר, אציע לחברי לדחות את הערעור ולהותיר על כנו את העונש שהושת על ידי בית המשפט המחוזי.

#### ש ו פ ט

#### השופט ח' מלצר:

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה המקיף והרגיש של חברתי, השופטת ע' ברון.

#### ש ו פ ט

#### השופט מ' מזוז:

אני מסכים.

#### ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ברון.

המערער יתייצב לריצוי מאסרו ביום 4.9.2016 עד השעה 10:00 בימ"ר ניצן או על פי החלטת שירות בתי הסוהר,



כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על המערער לתאם את הכניסה למאגר, כולל האפשרות למיין מוקדם, עם ענף אבחון ומיין של שירות בתי הסוהר, בטלפונים: 08-9787377 או 08-9787336.

ניתן היום, כ"ט בתמוז התשע"ו (4.8.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט

G04