



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייט

ע"פ 512/13

לפני :
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט נ' סולברג

המערער : פלוני

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד,
(ההרכב: א' טל (סג"נ), א' ש' שילה (סג"נ) ו-ז' בוסתן),
שניתן ביום 11.12.2012, בתיק תפ"ח 336/12

תאריך הישיבה : כ"ו בתשרי התשע"ד (30.09.2013)

בשם המערער : עו"ד מוטי לוי

בשם המשיבה : עו"ד ארז בן-ארויה

פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. זהו ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (בהרכב כב' השופטים: א' טל (סג"נ), א' ש' שילה (סג"נ) ו-ז' בוסתן), מתאריך 11.12.2012, בגדרו נגזרו על המערער שלושים חודשי מאסר בפועל וכן שניים-עשר חודשי מאסר על תנאי. בנוסף על כך חויב המערער בתשלום פיצוי לשתי מתלוננות, שהעבירות שבוצעו בהן היו חלק ממושא האישומים בתיק.

להלן יובאו הנתונים הצריכים להכרעה במכלול.

2. המערער הורשע, בתאריך 06.11.2012, על פי הודאתו – במסגרת הסדר טיעון, בכתב אישום מתוקן בשבעה אישומים של עבירות מין שונות, שבוצעו על ידו, הכל כפי שיפורט מיד בסמוך.

3. לפי המתואר באישום הראשון, במהלך שנת 2003 יצר המערער קשר, באמצעות רשת האינטרנט, עם מתלוננת, קטינה בת 13.5, באותה העת. המערער התקשר מספר פעמים למתלוננת ותיאם עמה פגישה בעיר מגוריה. לאחר שנפגשו – הלכו המתלוננת והמערער לביתה. המערער, שביקש לשכב עם המתלוננת, גרם לה להתפשט, צילם אותה בעירום, נגע בחזה שלה, פשט את מכנסיו והביא עצמו לכדי סיפוק. בגין מעשים אלו יוחסה למבקש עבירה של מעשה מגונה בקטינה שטרם מלאו לה 14 שנים (עבירה לפי סעיף 348(א), בנסיבות סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)).

לפי המתואר באישום השני, בתחילת שנת 2012 הכיר הנאשם, באמצעות רשת האינטרנט, קטינה בת 13, שהציגה עצמה כבת 14. במהלך שיחות עם המתלוננת הורה לה המערער לבצע לעצמה – מעשי בעילה והמתלוננת צייתה להוראותיו. בגין מעשים אלו יוחסה למבקש עבירה של בעילה אסורה בהסכמה – בנסיבות של גרם מעשה (עבירה לפי סעיפים 346(א)(1) ו-350 לחוק העונשין).

לפי המתואר באישום השלישי, במהלך השנים 2009 - 2010 שוחח המערער, באמצעות רשת האינטרנט, עם מספר קטינות על נושאים מיניים. בגין מעשים אלו יוחסה למבקש עבירה של הטרדה מינית בקטינה שטרם מלאו לה חמש עשרה שנים (עבירה לפי סעיפים 3(א)(3) ו-3(א)(6)(א) סיפא) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (להלן: החוק למניעת הטרדה מינית)).

לפי המתואר באישומים הרביעי עד השביעי – במהלך קיץ 2012 המערער שוחח באמצעות האינטרנט על נושאים מיניים עם שוטרים שהתחזו לקטינה בת 12.5. הערה: השוטרים עשו כך במסגרת מבצע שיזמה משטרת-ישראל לאיתור חשודים, אשר יוצרים קשר מיני עם קטינים באינטרנט ומחוצה לו. כתוצאה מפעילות זו של המשטרה התגלה המערער וחיפוש שנעשה במחשבו נתן "קצה חוט" לאיתור המתלוננת באישום הראשון וכן של התכתבויות נוספות בעלות תוכן מיני עם מי שנחזו כקטינות.

בגין המעשים, נושאי האישומים הרביעי עד השביעי, יוחסו למערער חמש עבירות של ניסיון הטרדה מינית בקטינה שטרם מלאו לה חמש עשרה שנים (עבירה לפי סעיפים 3(א)(3) ו-3(א)(6) (א סיפא) לחוק למניעת הטרדה מינית עם סעיף 25 לחוק העונשין).

לפי המתואר באישום החמישי (בהמשך לאישום הרביעי) – בתאריך 17.06.2012, בשיחה שקיים המערער עם מי שהוא סבר כי היא קטינה, כאמור לעיל, נשלחו על ידו לשם המשתמש שלה ברשת האינטרנט תמונות של איבר מינו. בגין מעשים אלו יוחסה למבקש עבירה של ניסיון מעשה מגונה בפני קטין מתחת לגיל 16 (עבירה לפי סעיפים 349(ב) ו-25 לחוק העונשין).

לפי המתואר באישום השישי (בהמשך לאישומים הרביעי והחמישי) – המערער שלח את תמונות העירום של המתלוננת באישום הראשון, אותן צילם כאמור בנסיבות המפורטות שם – למי ששוחח עימו באינטרנט. בגין מעשים אלה יוחסה למערער עבירה של החזקת פרסום תועבה ובו דמותו של קטין (עבירה לפי סעיף 214(ב3) לחוק העונשין).

4. בגדר הסדר הטיעון הסכימו הצדדים על תיקון כתב האישום, כך שיכלול את תיאורי האישומים, על פי המובא בפיסקה 3 שלעיל – והמערער הודה בכיצוע העבירות האמורות. לגבי העונש, הסכימה המשיבה להגביל את עצמה לטיעון של עד 44 חודשי מאסר והוסכם כי המערער יוכל לטעון חופשי לעונש.

נוכח הסדר הטיעון הנ"ל – ביקשה המשיבה להשית על המערער 44 חודשי מאסר בפועל. המערער ביקש כי יושתו עליו רק מספר חודשי מאסר.

5. בית המשפט קמא הנכבד קבע בגזר הדין כי מתחם הענישה בעבירות של מעשים מגונים בקטינים והטרדות מיניות באמצעות האינטרנט נע בין מאסר על תנאי לחמש שנות מאסר. בית המשפט הנכבד קמא הדגיש בהקשר זה את החשיבות הרבה של הגנה על קטינים החשופים – באמצעות רשת האינטרנט – לסטיות מיניות שונות. עוד הוא ציין את הקושי באכיפתן של עבירות המבוצעות בחסות האנונימיות, שהשימוש במחשב ובאינטרנט מאפשרים. בית המשפט קמא הנכבד הוסיף כי עבור המערער אין מדובר במעידה חד פעמית וכי העבירה, מושא האישום הראשון, לא הסתכמה בהטרדה וירטואלית של המתלוננת באמצעות רשת האינטרנט, אלא הובילה למפגש פנים אל פנים עמה, שבמסגרתו בוצעו מעשים מיניים בגופה של הקטינה. לקולא צוינו: חלוק

הזמן מאז העבירה, מושא האישום הראשון, עברו הנקי של המערער, מצבו הרפואי הנוכחי המורכב (הוא חולה אפילפסיה), נסיבותיו המשפחתיות, הודאתו של המערער – שבלעדיה קרוב לוודאי לא היתה נחשפת זהות המתלוננת, מושא האישום הראשון, והעובדה כי המעשים, מושא אישומים 4-7 לא גרמו לנזקים ממשיים לקטינות אמיתיות, שכן השיחות באישומים אלה התנהלו עם סוכנים משטריים.

בתאריך 11.12.2012 נגזר איפוא דינו של המערער, כמפורט בפסקה 1 לעיל.

6. בהודעת הערעור, השיג המערער הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין. עם זאת בדיון שהתקיים בפנינו – חזר בו המערער מערעורו כנגד הכרעת הדין (ובדין עשה כן – נוכח הודאתו במסגרת הסדר הטיעון – עיינו: ע"פ 5734/10 קאשור נ' מדינת ישראל (25.01.2012) (להלן – עניין קאשור)). לפיכך אתמקד כאן רק בטענותיו כנגד גזר הדין. המערער טען כי בית המשפט קמא הנכבד נפל לכדי טעות בשני היבטים מרכזיים של גזר הדין:

(א) לשיטתו בית המשפט המחוזי שגה בקובעו כי מתחם הענישה במקרה דנן נע בין מאסר על תנאי לבין חמש שנות מאסר משום שבהסדר הטיעון המדינה הסכימה כי העונש המקסימאלי, לו תטען, יהיה: 44 חודשי מאסר בפועל. על כן, בא-כח המערער טען, כי בהיעדר נימוקים לדחיית הסדר טיעון – היה על בית המשפט לקבוע כי מתחם הענישה ההולם הוא בטווח עליו הסכימו הצדדים בהסדר הטיעון וכי ציון מתחם ענישה שבו "התקרה" גבוהה יותר – גרם להטיית העונש שנגזר כלפי מעלה.

(ב) המערער גרס כי מתחם הענישה שנקבע על ידי בית משפט קמא הנכבד היה כוללני מדי בהתייחסו רק לסעיפי העבירות, מבלי להתייחס לנסיבות ביצוען.

עוד גרס בא-כח המערער כי לא רק שמתחם הענישה צריך היה להיות מצומצם ותקרתו נמוכה יותר, אלא שבמקרה דנן ישנן נסיבות המצדיקות ענישה ברף הנמוך בתוך הטווח שהוסכם, כך שיש להקל בעונשו של המערער.

7. בדיון שהתקיים בפנינו טען בא-כח המשיבה כי מתחם הענישה שנקבע על ידי בית המשפט קמא הנכבד הינו הולם ומוצדק. עוד גרס בא-כח המשיבה כי הסדר הטיעון ככזה – לא התיימר לקבוע את מתחם הענישה, אלא כי המשיבה – נוכח הנסיבות

הייחודיות של המקרה – החליטה להגביל עצמה ולדרוש עונש נמוך יותר מהרף העליון של מתחם הענישה בגין עבירות אלו.

דיון והכרעה

8. לאחר בחינה מעמיקה של נימוקי הערעור ושל תשובות המשיבה ושמיעה של טיעוני באי-כוח הצדדים – הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות וכך אציע לחברי שנעשה. להלן יובאו הטעמים למסקנתי זו.

9. נקודת המוצא בסוגיה שלפנינו נשענת על ההלכה, לפיה ככלל – אל לה לערכאת הערעור להתערב בעונש שהושת בערכאה הדיונית, אלא אם כן מדובר בסטייה מהותית ממדיניות הענישה הראויה, או כאשר מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות את הדבר. הנה כי כן, התערבות במידת העונש תעשה על-ידי ערכאת הערעור רק אם "הערכאה הדיונית נכשלה בטעות, או שהעונש שנגזר על ידה חורג במידה קיצונית מן העונשים המוטלים, בדרך כלל, בנסיבות דומות". (ע"פ 1242/97 גרינברג נ' מדינת ישראל (3.2.1998). כן ראו: ע"פ 9097/05 מדינת ישראל נ' ורשילובסקי (3.7.2006); ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל (29.1.2009); ע"פ 6877/09 פלוני נ' מדינת ישראל (25.6.2012)).

דברים אלה נאמרים, בדגש יתר, כאשר מדובר בגזר דין המצוי בטווח הענישה המוסכם בהסדר טיעון, שאז "נדרשות נסיבות מיוחדות וחריגות עוד יותר כדי להצדיק את ההתערבות בעונש שנגזר" (ע"פ 9048/11 מוחמד נ' מדינת ישראל (24.5.2012). כן ראו: ע"פ 6449/10 חן נ' מדינת ישראל (29.5.2011); ע"פ 2562/10 באדיר נ' מדינת ישראל (2.4.2012); ע"פ 4709/10 פיצחזדה נ' מדינת ישראל (19.5.2011); ע"פ 4921/11 דלאשה נ' מדינת ישראל (9.7.2012)).

10. במקרה שבפנינו, סבורני, כי לא מדובר כלל בטעות בתוצאה, אלא ביישום נכון של הסדר הטיעון, אליו הגיעו הצדדים, כשהנסיבות הפרטניות הן של המערער והן של ביצוע העבירות שוקללו כראוי ומצאו ביטוי (ויתכן שאפילו מתון יחסית) בגזר דינו של בית המשפט קמא הנכבד (זאת אף שבדרך ההנמקה ראוי היה לדייק יותר). עתה ארחיב ואפרט.

11. כזכור, המערער הודה בביצוע מספר עבירות מין בקטינות (או במי שסבר שהן קטינות), כשהוא מנצל לרעה את היכולות שיוצרת רשת האינטרנט, בסוברו שניתן לעשות כן מבלי להיחשף ולהסתכן בלכידה על ידי רשויות האכיפה (לסקירה אודות האתגרים שמציבה עבריינות באמצעים מקוונים והקושי באיתורם של מי שמבצעים עבירות באמצעות רשת האינטרנט – ראו: אסף הרדוף הפשע המקוון, פרק רביעי (2010)). זאת ועוד – בעת גזירת הדין בית המשפט התחשב, כנדרש, לצד מדיניות הענישה הכללית, גם בנתוניו האישיים והיחודיים של המערער. בית המשפט קמא הנכבד ציין כי הוא מקל עם המערער נוכח עברו הנקי, מצבו הרפואי המורכב, נסיבותיו המשפחתיות (מחלות הוריו ואחותו) והודאתו, שחסכה זמן שיפוטי ובעיקר טראומה מן המתלוננות הממשיות. כל אלה פעלו לטובת המערער, והביאו, בסופו של דבר, להשתת עונש של מאסר בפועל של 30 חודשים עליו, שביטא נסיגה משמעותית מ"תקרת" העונש, שהתביעה טענה לה, על פי מה שהותר לה בהסדר הטיעון.

12. לכאורה די היה באמור לעיל על מנת לדחות את הערעור. ואולם בא-כוח המערער העלה, כאמור, טענה עקרונית וגרס כי לאחר שהצדדים הסכימו על טווח ענישה מסויים במסגרת הסדר הטיעון – הרי שטווח זה מהווה את מתחם הענישה הראוי וכי ציון מתחם הענישה בגזר הדין, שחרג מטווח הענישה המוסכם – היטה את העונש שנגזר כלפי מעלה. בסוגיה זו אדון להלן, ואפתח בהצגת הבחנה מושגית חשובה בין טווח ענישה מוסכם, במסגרת הסדר טיעון, לבין מתחם ענישה.

13. הסדר טיעון במסגרתו נקבע לעתים טווח ענישה מוסכם, הינו הסכם בין רשויות התביעה לבין נאשם, כאשר בית המשפט איננו, כידוע, צד להסכם זה (ראו לאחרונה פסק דיני בעניין קאשור). הסדר טיעון מביא לידי ביטוי, בין היתר, את שיקולי רשויות התביעה כגון: אינטרס הציבור בענישה הולמת ומהירה למעשי עבירה, חסכון במשאבים, קשיים ראייתיים, נסיבות ספציפיות לקולא וכו'. אל מול שיקולים אלו של רשויות התביעה עומדים שיקוליו של הנאשם, המגיע להסדר עם רשויות התביעה, בין השאר בשל: הרצון להביא להפחתה באישומים, או כדי להביא להקלה בעונש, או כדי להימנע מניהול הליך ארוך ויקר שלא לצורך (ראו: ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מ.י. פ"ד כו (1) 543 (1972) (להלן: הלכת בחמוצקי); עמי קובו "נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט: מודים באשמה וטוענים לחפותם" 53-51 (2009)). אין מדובר בהכרח ברשימה ממצה, אך ליבת העניין ברורה: שני הצדדים – כל אחד משיקוליו שלו – מגיע להסדר עם הצד השני כדי לקדם את האינטרסים הנראים חשובים בעיניו. נכון הוא כי להסדר טיעון, כהסכם המסדיר הרשעה בפלילים, יש מאפיינים יחודיים בהשוואה לחוזים אחרים

(ראו: אורן גזל אייל, "הסדרי טיעון ובעיית החף" משפטים לה 2 (2005) (להלן: גזל אייל); עמנואל גרוס "עסקאות טיעון וחקר האמת" פלילים ג 251 (1993)), אך במהות מדובר בהסכמה בין מי שהם צדדים לדיון משפטי, על המאפיינים המיוחדים שיש בכך לנוכח השיטה המשפטית הרלבנטית. לראיה – השכיחות הגבוהה של הסדרי הטיעון מאפיינת בעיקר שיטות משפט אדברסריות, בהן הכוח הנתון לצדדים להשפיע על התנהלות ההליך – גדול יותר באופן יחסי (ראו: גזל אייל, שם, בעמ' 6; הסדרת השימוש בהסדרי טיעון במשפט הפלילי: סקירה משווה, מרכז המחקר והמידע של הכנסת (19.10.2010)).

עם זאת הלכה היא כי הסדר טיעון הוא בגדר הסכמה בין הצדדים בלבד, וככזו – אין ההסכמה מחייבת את בית המשפט (ראו: הלכת בחמוצקי). הנה כי כן, לא לשווא נדרש כל נאשם המגיע להסדר טיעון, לציין בעת הצגתו של ההסדר, כי הבין את תוכנו של ההסדר וכי הוא יודע כי בית המשפט איננו מחוייב להסדר. אף במקרה דנן, הצהיר המערער בפני בית המשפט קמא הנכבד כי הוא יודע כי בית המשפט אינו כפוף להסדר הטיעון (עמ' 2 לפרוטוקול הדיון בפני בית משפט קמא הנכבד מתאריך 06.11.2012).

14. מתחם ענישה לעומת זאת, הינו קביעה נורמטיבית של בית המשפט באשר לטווח הענישה הראוי בגין העבירה בנסיבותיה, מידת אשמו של הנאשם וסוג ומידת העונש האמור להיות מוטל עליו. לשם קביעת המתחם על בית המשפט להתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. "מתחם הענישה" והתכליות הנ"ל נוסחו לראשונה בדרך זו במשפט הישראלי עם תיקון 113 לחוק העונשין (חוק העונשין (תיקון מס' 113)), התשע"ב – 2012 (להלן: תיקון 113)), ששם לו למטרה לקדם אחדות בענישה על דרך של התחשבות בשיקולי ענישה שונים (לתיאור נרחב של שלבי קביעת "מתחם הענישה" וגזירת הדין – ראו: ע"פ 1323/13 ד"ר חסן נ' מדינת ישראל (05.06.2013) (להלן – ענין חסן); ע"פ 8641/12 סעד נ' מ.י. (05.08.2013) (להלן – ענין סעד)).

הערה: אין אני נכנס כאן לסוגיה האם תיקון 113 השיג את מטרתו וכן לקשיים שהוא מעורר ולביקורת, שנמתחת עליו הן באקדמיה והן בפרקטיקה, שהרי אנו כפופים, כמובן, למצוות המחוקק, שהיא בבחינת "גזירת הכתוב" (ל"גזירת הכתוב" במקורות המשפט העברי – עיינו: YAIR LORBERBAUM, TWO CONCEPTS OF GEZERAT HA-KATUV – A CHAPTER IN MAIMONIDES'S LEGAL AND HALAKHIC THOUGHT (Tikva Center Working Paper Series TCWP 07/11).

נמעני התיקון הם שופטים ולכן נראה שיפה לכאן ההבחנה בין "כללי הכרעה" לבין "כללי הכוונת התנהגות", שהותאמו למשפט הפלילי על ידי פרופ' מאיר דן כהן במאמרו החשוב – *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, שפורסם ב- 97 HAR. L. REV. 625 (1983-1984) וראה אור מחדש ב-MEIR DAN-COHEN, HARMFUL THOUGHTS: ESSAYS ON LAW, SELF AND MORALITY, 37 (2002).

בשלב הראשון (בו אנו מצויים עתה) – 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 (עיינו גם: יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא", עתיד לראות אור ב- הפרקליט נב (תשע"ג) (להלן – ואקי ורבין)).

בשלב השני, לאחר שיקבעו מתחמי ענישה שונים – גם אם יהיה מדובר במספר מתחמי ענישה בכל עבירה על פי סוגי המקרים וחומרתם הבאים בגדרה (לעניין מספר מתחמי ענישה לאותה עבירה – ראו: ע"פ 7655/12 פייסל נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (4.4.2013) (להלן: עניין פייסל)) – יתכן ותיווצר מגמה נוגדת. שיקול הדעת השיפוטי יצטמצם אל המקרים החריגים, המצדיקים חריגה מהמתחם, בעוד שדווקא "הכוונת ההתנהגות" תתרחב משום שלמעשה מתחמי הענישה ישמשו כ"תג מחיר עונשי משוקלל", המוצמד לכל עבירה, על נסיבותיה.

על כן תיקון 113 מהווה למעשה, בשלב זה, כלל הכרעה, שלאורך הזמן יתקרב לכדי כלל התנהגות – עד שיהפוך לכלל מעורב, כרבים מהכללים בחוק הפלילי.

15. זה המקום להוסיף ולציין כי תיקון 113 לא קבע במפורש מהו היחס הראוי שבין מתחם הענישה לבין הסדרי טיעון (ובכלל זה טווח הענישה, ככל שהוא כלול במסגרתו), שכן נושא זה הושאר מחוץ לתיקון 113 על מנת שילובן ויגובש במסגרת החוק שיעסוק בהסדרי טיעון ככאלה ונמצא עתה בדיונים בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת על בסיס הצעת חוק, סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65 (הסדר טיעון), התש"ע-2010. בשעתו נראה היה שהצעת חוק זו תאושר בסמוך לתיקון 113 (עיינו: ואקי ורבין, פרק ו' 4 למאמר; אורן גזל-איל העונש ההולם לא תמיד יהלום עורך הדין (אוקטובר 2013) 70,

72 (להלן – אורן גזל, עורך הדין)). הנה כי כן הסוגיה האמורה עדיין "פתוחה" לכאורה, ואולם בערעור שלפנינו יש להידרש לה, שכן שני הצדדים "הציפו" אותה והתייחסו אליה ואין אפשרות להמתין לפיכך עוד למחוקק, שכן צרכי הבניית הענישה דוחקים. לכן אקדיש לנושא זה מספר הערות מיד בסמוך.

16. מתחם הענישה משקף כאמור קביעה נורמטיבית של בית המשפט באשר לאיזון בין החומרה המושגית של העבירה, החומרה הקונקרטית של העבירה והענישה המקובלת במקרים דומים (ראו: ענין טעד). עם זאת – אין הוא מביא בחשבון את האינטרסים שצוינו לעיל, הבאים בגדר הסדרי טיעון. ואכן משאבי התביעה, רצונו של הנאשם בסיום ההליך בהקדם האפשרי וחששו של נאשם מעונש חמור הינם שיקולים משמעותיים, המשפיעים על טווח הענישה בהסדר טיעון, אך אין הם חלק מקביעת מתחם הענישה ככזה. ב-ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד נ"ז (1), 577 (2002), שנפסק עוד קודם לתיקון 113 בהרכב מורחב (להלן – הלכת פלוני) בית המשפט פסק כי גם אם העונש שעליו הוסכם בהסדר הטיעון איננו ראוי לפי מבחן ההלימה – יש עדיין לכבד את ההסדר, אם התביעה ערכה איזון מתאים בין ההקלה שניתנה לנאשם לבין התועלת הציבורית שהיתה כרוכה בעריכת ההסדר (לביקורת על הלכת פלוני – עיינו: מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "ביקורת שיפוטית על הסדרי טיעון בעקבות ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל" בספר הרנון: מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי, 155 (2009) (להלן: קרמניצר ולבנון)). במסגרת הנתחמת על פי הלכת פלוני, יש להביא בחשבון גם שיקולים שאינם רלבנטיים עתה בקביעת מתחם הענישה ככזה, בהיותם מוגדרים על פי תיקון 113 "כנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירות" (אורן גזל, עורך הדין, עמ' 72). לפיכך עולה השאלה האם הלכת פלוני עומדת כיום בסתירה לתיקון 113. נראה שהתשובה לכך – שלילית (עיינו: אורן גזל – עורך הדין, שם שם). סיבות אחדות לדבר ובהן אדון בפסקאות הבאות, ואולם טרם שאגיע לשם מתחייבות עדיין שלוש הערות מקדמיות נוספות:

(א) ההבחנה המהותית בין מתחם ענישה לבין טווח ענישה מוסכם במסגרת הסדר טיעון – איננה חד משמעית בכל המקרים. מרבית השיקולים הקובעים את מתחם הענישה משפיעים, כמובן, גם על טווח העונש המושג בהסדר טיעון. על כן בחלק מהמקרים תהיה חפיפה מסויימת בין השיקולים הנשקלים בעת קביעת מתחם הענישה, לבין אלה המובאים בחשבון בקביעת טווח ענישה מוסכם בהסדר טיעון, אך יש להיזהר מטשטוש, שעלול להיווצר כתוצאה מחפיפה חלקית זו, שאיננה גורעת מההבדלים המשמעותיים בין שני המושגים הנ"ל, כפי שפורטו לעיל ועוד יודגשו להלן.

(ב) תיקון 113 יצר בסעיף 40 לחוק העונשין הסדר מיוחד לאופן גזירת הדין במקרה של ריבוי עבירות. נראה שמטרת הסעיף היא להנחות את בית המשפט ליתן משקל נכבד לכל אירוע עברייני בנפרד, יותר ממה שהיה מקובל עד כה (עיינו: ואקי ורבין 441-444; ענין סעד – פסקה 22 לפסק דינו של חברי, השופט נ' סולברג).

(ג) תיקון 113 לא הגדיר בסעיף 40 לחוק העונשין את היחס המדויק שבין עונשי המינימום והמקסימום הקבועים, לעתים, בחוק לעבירות שונות – לבין מתחם העונש ההולם. דומה בעיני כי קיומו ומידתו של עונש מינימום יש בו כדי לשמש אינדיקציה לחשיבותו של הערך הנפגע ולמידת הפגיעה בו בעבירה הנדונה. בכך אני מסכים עם דעתם של ואקי ורבין, המובעת במאמרם בעמ' 440. עם זאת אין אני סבור כמותם כי עונשי המינימום אינם צריכים לשקף בהכרח את הרף התחתון של מתחם הענישה ההולם, שהרי הן לפי ההוראה הכללית הקבועה בסעיף 35א(א) לחוק העונשין והן, למשל, לפי הוראת סעיף 35 לחוק העונשין הספציפית – ניתן אמנם לסטות מהעונשים המזעריים מטעמים מיוחדים שירשמו, ואולם חריגה שכזו היא ענין לנסיבות מקלות פרטניות, מעבר למתחם הענישה ההולם.

17. עולה מכל האמור לעיל כי טווח ענישה מוסכם במסגרת הסדר טיעון – שונה ממתחם הענישה בשני מובנים עיקריים:

(א) ברמה המבנית – טווח ענישה מוסכם בהסדר טיעון נקבע על ידי הצדדים, בעוד שמתחם ענישה נקבע על ידי בית המשפט, בעקבות הנחיות המחוקק.

(ב) ברמה המהותית – טווח ענישה מוסכם בהסדר טיעון הוא תוצאה של מיצוי כוח המיקוח של כל אחד מהצדדים להליך, בשים לב לכלל נסיבות התיק ולכן הוא משקף בעיקר את האינטרסים המידיים של שני הצדדים (תוך התחשבות בעובדה כי רשויות התביעה מייצגות אינטרס ציבורי רחב יותר).

מתחם הענישה, משקף לעומת זאת, קביעה נורמטיבית של בית המשפט בדבר האיזון הראוי בעיני החברה בין כלל השיקולים הרלבנטיים על פי המתכונת הקבועה בחוק. ככזה, מתחם הענישה אינו תלוי איפוא בכוח המיקוח של מי מהצדדים, או בהעדפותיהם (האישיות, או המוסדיות).

18. נוכח כל האמור לעיל – טענתו של בא-כח המערער כי היה על בית המשפט קמא הנכבד לקבוע כי טווח הענישה, עליו הוסכם בהסדר טיעון, הוא מתחם הענישה הרלבנטי – חותרת תחת מושכלות ראשונים, שנקבעו עוד בהלכת בחמוצקי וכן בהלכת פלוני משום שנובע מפרופוזיציה זו כי לכאורה בית המשפט איננו יכול שלא לקבל הסדר טיעון שהוסכם בין הצדדים. אם נאמר כי טווח הענישה המוסכם על ידי הצדדים הוא גם מתחם הענישה, אזי, למצער, בהיבט זה – ישלל, כביכול, שיקול דעתו של בית המשפט לדחות את הסדר הטיעון בין הצדדים. טענה זו אין לקבל לאור הסתירה שיש בה להלכה הפסוקה ולהגיון הרב העומד בבסיסה.

19. העולה מן המקובץ מוביל למסקנה כי יש לדחות את טענתו של בא-כח המערער שהיה על בית המשפט קמא הנכבד לקבוע כי מתחם הענישה הראוי במקרה דנן הוא טווח הענישה, עליו הסכימו הצדדים במסגרת הסדר הטיעון – בהיותה, בכל הכבוד, לא מדויקת.

בהקשר זה מוסכמת עלי גישתו של פרופ' אורן גזל, הגורס כך:

"במקרים שיש בהם ספק אם ההסדר עומד במבחני האיזון, מצווה כיום בית המשפט לקבוע הן את מתחם הענישה ואת העונש בתוך המתחם שהיה נקבע אלמלא היה הסדר, על פי נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. לאחר מכן עליו להשוות את העונש המוסכם לזה שצפוי היה להיות מוטל על נאשם ללא ההסדר, כדי לבחון מה מידת ההקלה שהנאשם זכה לה ולהכריע אם הקלה זו עומדת במבחן האיזון. כאשר יאושר טווח ענישה מוסכם בדרך זו, יקבע בית המשפט בשלב השלישי את העונש המדויק בתוך הטווח בהתחשב במלוא שיקולי הענישה, כמו גם בהסדר הטיעון ובאינטרס הציבורי שהוביל לעריכתו."
(אורן גזל, עורך הדין, שם בעמ' 72-73).

בא-כוחה המלומד של המדינה, עו"ד בן-ארויה, הציג בדיון – ובדין – עמדה דומה, בהתבטאו כך: "בית המשפט קבע מתחם ענישה הולם, שהוא ברף העליון – רחב יותר ממידת העונש הסביר לו טענה המדינה [בגדר הסדר הטיעון] – תוספת שלי, ח"מ".

לאמירות המדודות הנ"ל אוסיף כי ההבחנה שנעשית בגזר דין כלשהו (שבא בעקבות הסדר טיעון) בין מתחם הענישה לבין טווח הענישה שהוסכם – יש אף יתרונות ברורים של שקיפות. באמצעות הבחנה זו כל אדם מן הציבור – ולא רק הצדדים

להליך – יכולים לדעת ולהבין בכמה סטה טווח הענישה המוסכם ממתחם הענישה. בכך משרת הדבר אף את עיקרון פומביות הדיון במובנו המהותי, שהוא יסוד חוקתי (ראו: סעיף 3 לחוק יסוד: השפיטה), והדבר עשוי גם לתרום לבקרה עמוקה יותר של הסדרי הטיעון הן בשלבי עריכתם, הן בשלבי אישורם על ידי בית המשפט (עיינו: קרמניצר ולבנון בחלק הרביעי למאמרם, והשוו: בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד סב(3) 550 (2008)). יש בכך אף למנוע תקלות מן הסוג שבא בפני בית משפט זה ב-בג"צ 681/12 גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה (19.09.2012).

בסיום תת-פרק זה אעיר עוד את המובן מאליו כי כאשר נקבע טווח ענישה מוסכם בהסדר טיעון (בו בעת שמתחם הענישה רחב, כמובן, יותר) – עדיין בית המשפט, אם הוא מקבל את הסדר הטיעון, צריך לפסוק, ככלל, במסגרת טווח הענישה המוסכם (עד גבול קצוותיו), ולא בהטיה כלשהי ל"רצפה" או ל"תקרה" שמעבר לו, המותווים במתחם הענישה.

20. עתה נותר לדון עדיין בטענה חלופית שהשמיע בא-כוח המערער ועל פיה מתחם הענישה שנקבע כאן על ידי בית המשפט קמא הנכבד – כנע בין מאסר על תנאי לחמש שנות מאסר – היה כוללני מדי. לטענה זו יש בסיס מסוים, ואולם היא לא משנה פה מן התוצאה. ארחיב ואפרט להלן.

21. תיקון 113 – כפי שפורש על ידי פסיקת בית משפט זה (ראו: ענין טעד) – מביא לידי ביטוי, במסגרת מתחם העונש, גם את החומרה הקונקרטית של העבירה, קרי את נסיבות ביצועה. אומרים על כך ואקי ורבין במאמרם: "אין מדובר במתחם הנגזר רק מחומרתה המושגית של העבירה כהגדרתה בחוק, אלא במתחם הנקבע לפי חומרת העבירה בנסיבות ביצועה" (שם בעמ' 426; ההדגשות שלי – ח.מ.). עקב כך לאותה עבירה בספר החוקים ייתכנו מספר תת-מתחמי-ענישה, ואלם לא מתבקש כי בכל מקרה ומקרה ייקבע מתחם נקודתי, שיחול רק במקרים זהים לחלוטין. מצד שני יש להיזהר מהכללה רחבה מדי, או צרה מדי. ואבהיר:

הכללה צרה מדי תיווצר כאשר ההתבוננות שתיעשה לגבי כל מקרה ומקרה תראה בו כבעל נסיבות ייחודיות, כך שלכל עבירה בספר החוקים ייווצרו עשרות רבות של תתי-מתחמי-ענישה. מתוצאה זו יש להימנע – כדי להשיג אחדות, אשר לשמה נחקק תיקון 113, שכן במידה וכל מקרה יאובחן כשונה מנסיבותיהם של יתר המקרים

שכבר נידונו בפסיקה, אזי יש חשש כי בכל ענין יקבע מתחם ענישה פרטני, שאינו שונה רבות מגזירת דין ספציפית בכל מקרה – ללא כל מתחם ענישה.

הכללת רחבה מדי – תיווצר מן העבר השני, כאשר מתחם הענישה יקבע רק על פי מספר הסעיף בחוק. לכן דרושה חלוקה, ולו בסיסית, לסוגי המקרים הבאים בקרבו של הסעיף. עמד על כך חברי, השופט ט' ג'ובראן, בצינו ב-עניין פייסל כי:

”אין לקבוע מתחם ענישה כללי, הכולל קשת רחבה מאוד של מעשים אפשריים [...] עלינו לזהות את מתחם הענישה הראוי לקבוצות מעשים הדומים בנסיבותיהם”.

בצורה זו, לאורך השנים (בהנחה שתיקון 113 ימשיך לחול ולא ישונה, על אף הקשיים שבו) יקבעו מתחמי ענישה לתתי-קבוצות במסגרת כל עבירה, כך שתישמר אחדות מסוימת, אך גם לא תיפגע ההכוונה הניתנת לשופטים בגזירת הדין.

עמדה קרובה הביעה גם חברתי, השופט ע' ארבל, בצינו בענין חסן כדלקמן:

”החוק אינו מגדיר את היקפו הרצוי של מתחם העונש, אך ברי כי מתחם רחב מדי, המסוגל להכיל שלל מעשים ונסיבות, כך שכל תוצאה עונשית ”תיתפס” בתוכו, איננו מתחם ראוי, שכן הוא ירוקן מתוכן את תכלית החוק [...] במקביל, ניכרת בפסיקה מגמה המתנגדת גם לקביעת מתחם צר מדי, לבל ניאלץ ”להמציא את הגלגל” בכל פעם מחדש.”

אדגים עתה את הדברים ואחילם על המקרה שלפנינו.

22. העבירות בהן הורשע המערער כאן ניתנות לחלוקה גסה בין עבירות שבוצעו רק באמצעים וירטואליים, לבין מקרים בהם נוצר, בעקבות הקשר האינטרנטי, גם מגע פיזי בין הנאשם לקורבנותיו (חלוקה אפשרית אחרת של נסיבות ביצוע העבירה יכולה לשים דגש על מידת ההסכמה של המתלוננות, בהשוואה לכפייתן באמצעות איומים, למשל). אין מדובר, כמובן, ברשימה ממצה של הנסיבות האפשריות של ביצוע העבירה, אלא על רמת הפשטה מסוימת, המאפשרת לקבוע מתחמים צרים יותר לקבוצות מקרים שדומים יותר אחד לשני. כאשר לעבירות בהן עסקינן פה – מקרים בהם התקיים מגע פיזי עם הקורבנות אינם באים, על פני הדברים, בקבוצת המקרים בהם העבירה בוצעה באמצעות משלוח הודעות אינטרנטיות לקורבנות.

עולה מכאן כי בית המשפט קמא הנכבד לקה פה בהכללת-יתר. מחד גיסא, קביעתו של הרף התחתון של מתחם הענישה, שהועמד על ידי בית משפט קמא הנכבד על מאסר על תנאי, היתה מקלה מדי, שכן היא סתתה מהוראת סעיף 40 יג לחוק העונשין בדבר ריבוי עבירות, שהרי הנאשם הורשע כאן על פי הודאתו "בכמה עבירות המהוות כמה אירועים". היא אף התעלמה מעונש המינימום (רבע מהעונש המירבי – שבע שנים – הקבוע למי שהורשע, כמו המערער, בעבירה לפי סעיף 348(א), בנסיבות סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין – נוכח הוראת סעיף 355(א) לחוק האמור). יתר על כן, המקרים, עליהם התבסס בית משפט קמא הנכבד – בהם הושמו מאסרים על תנאי על נאשמים שהורשעו בעבירות מין שבוצעו באמצעות האינטרנט בלבד – היו קלים בהרבה מהמקרה שלפנינו. המערער כאן נפגש פנים אל פנים עם אחת המתלוננות, הכריח אותה להתפשט, נגע בחזה שלה, צילם אותה בעירום (ואף שלח תמונה זו מאוחר יותר למתלוננות נוספות) וגם הביא עצמו לסיפוק בפניה. בעשותו כן הוא עבר (על פי הודאתו) עבירה של ביצוע מעשה מגונה כשהמתלוננת היא קטינה, שטרם מלאו לה ארבע עשרה שנים. על כן, לגבי דידי – אין מקרה זה, בו התבצעו מעשים מגונים, בין היתר, בגופה של הקטינה – יכול לדור בכל מקרה במתחם ענישה אחד עם מקרים בהם המגעים בין הנאשם לבין קורבנותיו נותרו רק בעולם הוירטואלי.

מאידך גיסא תקרת מתחם הענישה הועמדה כאן על ידי בית משפט קמא הנכבד על פי העונש שהושת במסגרת עפ"ג 24588-10-11 מדינת ישראל נ' אייל נחום (09.01.2012) (להלן: פרשת אייל נחום) – על חמש שנות מאסר. דומה שהכללתו של המקרה שבפנינו תחת אותו מתחם ענישה עם פרשת אייל נחום היתה אף היא מרחיקת לכת מדי, שכן בפרשת אייל נחום דובר על מי ששלח הודעות אינטרנטיות ליותר מ-4,000 קטינות, איים על מתלוננת אחת, וקיים יחסי מין עם כמה מהן. מקרה זה שונה איפוא אף הוא בחומרתו מהמקרה שלפנינו, בו, מבלי להפחית ממעשיו הקשים של המערער – הוא לא קיים יחסי מין עם מי מהקטינות, לא יוחסה לו עבירת איומים ואף נפח פניותיו לקטינות היה נמוך משמעותית.

23. הנה כי כן – אין לבטל את טענתו החלופית של בא-כח המערער כי ראוי היה שבית המשפט קמא הנכבד ידייק פה יותר בקביעת מתחם הענישה, בהתאמה מוקפדת יותר לנסיבות העבירה (מתחם, אשר בכל מקרה – איננו אמור להיות זהה לטווח הענישה שהוסכם עליו בהסדר הטיעון, שכן אז, למצער, מבחינת הנאשם אין רבותא להסדר הטיעון). חרף הערתי האמורה – אין לדעתי צורך להתערב פה בעונשו של המערער, כפי שנקבע על ידי בית המשפט קמא הנכבד, שכן אף אם קצוותיו של מתחם

הענישה נקבעו בעניננו כאמור בצורה רחבה מעט מדי – הפרשה פה נמצאת בלב ליבו של מתחם הענישה ההולם, והעונש שהושת על המערער נמצא – בדין – מעבר לעונש המזערי הקבוע בסעיף 355 (א) לחוק העונשין ובמרכזו של טווח הענישה, עליו הוסכם בהסדר הטיעון, ואפילו לא בקצהו. הוא מתחשב גם בריבוי העבירות והאירועים מחד גיסא ובנסיבות האישיות הייחודיות למערער מאידך גיסא. יש פה איפוא איזון ראוי של מכלול השיקולים לחומרא ולקולא, ולא נראה שהיתה כאן הטיה לעבר תקרת מתחם הענישה שהוצע; כך שאף מבחינה זו – לא נפלה שגגה בהחלטתו של בית משפט קמא הנכבד, בוודאי לא כזו המצדיקה התערבותה של ערכת ערעור בגזר דין שנקבע על ידי הערכאה הדיונית במסגרת הסדר טיעון (השוו: ע"פ 2688/13 אלאטרש נ' מדינת ישראל (29.09.2013)).

24. נוכח כל האמור לעיל – אציע לחברי כי נדחה את הערעור. הנני אף מצטרף להערתו של חברי, השופט נ' סולברג בפיסקה 3 לחוות דעתו.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים למסקנת חברי השופט ח' מלצר כי אין זהות בין טווח ענישה מוסכם במסגרת הסדר טיעון לבין מתחם הענישה, ומכאן שאין יסוד לטענת המערער שלפיה היה על בית המשפט קמא לקבוע כי מתחם הענישה הראוי במקרה דנן הוא טווח הענישה. כמו כן מצטרף אני למסקנה כי על אף שמתחם הענישה שקבע בית המשפט המחוזי לוקה בהכללת יתר מזה ובהכללת חסר מזה, בסופו של דבר העונש שנגזר על המערער אינו סוטה מן המתחם ההולם את ריבוי העבירות דנן, וכן לא חורג מעונש המינימום שנקבע בסעיף 355(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. בנסיבות אלו גם להשקפתי אין עילה להתערבות בגזר הדין. אינני מביע דעה לגבי סוגיות אחרות שנדונו בחוות דעתו של חברי.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

1. דעתי כדעתו של חברי השופט ח' מלצר, כי העונש שנגזר על המערער מאוזן, הולם, איננו חורג מהסדר הטיעון, ואין הצדקה להתערב בו ולשנותו.

2. מעת חקיקתו של תיקון 113 לחוק העונשין עולה תדיר שאלת יחסי-הגומלין בין הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה לבין הסדרי-טיעון, במיוחד במה שנוגע למתחם הענישה מזה, ולטווח הענישה בגדרי הסדר טיעון מזה. כדברי חברי, לא הרי זה כהרי זה.

3. הצצתי אל מעבר לפרגוד, אל הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65) (הסדר טיעון), התש"ע-2010 המונחת על שולחן הכנסת ונדונה בוועדת החוקה, חוק ומשפט (ה"ח 536 (התש"ע) 1362). בנוסחה לעת הזאת, אין מענה לנושא שעל הפרק. בדברי ההסבר להצעת החוק צויין, כי "היחס בין הסדרי טיעון ובין הבניית שיקול הדעת בענישה יקבע במסגרת תיקון לחוק המוצע לאחר שיתוקן חוק העונשין... בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" (שם, בעמוד 1363). סבורני, כי משיצא תיקון 113 לאוויר העולם; משניכר הצורך בשלבי התפתחותו הראשונים, הישומיים, בסיכרון עם הסדרי-טיעון; משהצעת החוק בעניין הסדרי-טיעון עודנה בעיבורה; טוב יהיה לכלול הוראות מתאימות בהצעת החוק, ולקדם את חקיקתה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, א' בטבת התשע"ד (4.12.2013).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט