



## ע"פ 3583/20 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 3583/20

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן

כבוד השופטת י' וילנר

כבוד השופט א' שטיין

המערער: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי באר שבע (השופטים א' ואגו, ס"נ, א' אינפלד וא' חזק) שניתן ביום  
2.4.2020 בתפ"ח 50351-08-18

תאריך הישיבה: כ"ו באב התש"ף (16.8.2020)

בשם המערער: עו"ד אלכסנדר גאוסקין

בשם המשיבה: עו"ד עודד ציון

פסק-דין

עמוד 1



השופט א' שטיין:

השאלה נושא הערעור: מיהו בגדר "דוד" לצרכי הרשעה בעבירות מין כלפי קטינים במשפחה?

1. ערעור זה נסוב על משמעות המילה "דוד" אשר מופיעה בהגדרת "בן משפחה" בסעיף 351(ה) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק). נאשם שחוסה תחת הגדרה זו ושנמצא חייב בדינו בגין ביצועה של אחת מעבירות מין בקטין בן-משפחה, אשר מנויה בסעיפים 351(א)-(ד) לחוק, נענש בחומרה יתרה בהשוואה לנאשם שאינו בן משפחתו של נפגע העבירה. העונשים המרביים שנקבעו לצד עבירות כאמור נעים בין ארבע שנות מאסר, במקרים של מעשה מגונה בפני קטין; חמש שנות מאסר, במקרים של מעשה מגונה בקטין שלא בנסיבות אינוס; עשר עד חמש-עשרה שנות מאסר, במקרים של מעשה מגונה בקטין בנסיבות אינוס בהתאם לחומרתן; וכן שש-עשרה עד עשרים שנות מאסר, במקרים של אינוס או מעשה סדום בהתאם לחומרתם ונסיבותיהם.

האם המילה "דוד" נושאת בחובה גם את מי שבזמן ביצוע העבירה כאמור כבר לא היה דודה הפורמלי של הנפגעת בעקבות גירושיו מדודתה, אך בפועל תפקד כאחד מבני משפחתה הקרובה לכל דבר ושמר על קשר אישי קרוב עם בני ביתה חרף הגירושין? במילים אחרות, האם המילה "דוד", כמשמעה בסעיף 351(ה) לחוק העונשין, מתייחסת אך ורק לדוד במובן הפורמלי - כמי שקשור קשר דם או קשר חיתון עם משפחתה של נפגעת העבירה - או שמא מדובר גם ב"דוד פונקציונלי": דוד לשעבר אשר לא ניתק את עצמו ממשפחתה של הנפגעת למרות גירושיו מדודתה והמשיך לתפקד כדודה כבעבר?

2. שאלה זו עלתה לדיון בעניינו של המערער דכאן, אשר היה נשוי לדודתה של נפגעת העבירה, אולם ביצע את העבירות בהן הורשע רק לאחר גירושיו ממנה. נפגעת העבירה היתה קטינה בת-תשע בזמן שהמערער נישקה בפיה ונגע מספר פעמים באזור איבר מינה כדי לגרום לעצמו גירוי וסיפוק מיניים. העבירות שבהן עסקין כוללות מעשים מגונים, כהגדרתם בסעיף 351(ג)(2) לחוק העונשין בצירוף סעיף 348(ב) לחוק, אשר בוצעו בנסיבות אינוס המתוארות בסעיפים 345(ב)(1) ו-345(א)(1) לחוק, ואליהן התווסף ניסיון להדחה בחקירה, עבירה לפי סעיף 245(א) לחוק. בית המשפט המחוזי באר שבע (השופטים א' ואגו, ס"נ, א' אינפלד וא' חזק) קבע כי המערער - שאינו חולק עוד על כך שביצע את המעשים גופם - עבר עבירות כאמור בכושרו ובמעמדו כדודה של הנפגעת, וגזר עליו את העונשים הבאים: 32 חודשי מאסר בפועל; 15 חודשי מאסר על תנאי לבל יעבור עבירת מין לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין בתוך שלוש שנים מיום שחרורו מן הכלא; 6 חודשי מאסר על תנאי לבל יעבור כל עבירה שעניינה שיבוש מהלכי משפט בתוך שנתיים מיום שחרורו מן הכלא; וכן פיצוי לנפגעת העבירה בסך של 25,000 ₪.

3. פסק דין זה ניתן ביום 2.4.2020, בהמשך להכרעת הדין אשר ניתנה ביום 14.11.2019, בגדרו של תפ"ח 50351-08-18; ועליו הוגש הערעור שלפנינו, אשר מכון הן אל ההרשעה והן אל העונש.

4. בפתח הדברים, ברצוני להעיר כי בגדרי המשפט הפלילי האנגלו-אמריקני, השאלה שהונחה לפתחנו לאו



"שאלה" היא, שכן יש לה, לשאלה זו, מענה מוכן וברור הנחשב למובן מאליו: "דוד", משמעו דוד עכשווי ואמיתי, אשר קנה לעצמו מעמד זה בזכות קשר דם או קשר חיתון עם קורבן העבירה - זאת, להבדיל מדוד לעתיד, מדוד לשעבר ומדוד פונקציונלי. העובדה שפלוגי מתפקד כדודו של קטין איננה הופכת אותו, מניה וביה, ל"דוד" של אותו קטין, אלא, לכל היותר לחבר משפחתו. פשיטא הוא, כי דודו של אדם הוא אחד מהוריו או בן הזוג הנשוי של אחד מאחאי ההורים; וכי המילה "דוד" איננה באמת זקוקה לפרשנות. בעניין של מילים ברורות כדוגמת "דוד", אמר בית המשפט העליון האמריקני, רק לפני חודשים ספורים, דברים נחרצים כדלקמן:

When the express terms of a statute give us one answer and extratextual considerations suggest another, it's no contest. Only the written word is the law, and all persons are entitled to its benefit.

ראו: (2020) ---, --- (Bostock v. Clayton County, 590 U.S. ---).

("כאשר מילותיו המפורשות של חוק נותנות לנו תשובה אחת ושיקולים לבר-טקסטואליים תומכים בתשובה אחרת - אין שום תחרות. רק המילה הכתובה היא בגדר דין וכלל הציבור זכאי להיבנות ממנה.")

5. כך היה שם מאז ומעולם. ודוק: היצמדות הדין האנגלו-אמריקני למשמעותן הרגילה של מילות החוק שמגדירות עבירות ועונשים איננה מונעת על ידי פורמליזם לשמו. גישה פרשנית זו מונעת על ידי התפישה הערכית אשר מעלה על נס את הצורך להגן על האזרח מפני כוח שררה אשר עלול להיות מופעל כנגדו על ידי אוכפי הדין הפלילי: המשטרה, התביעה ובתי המשפט. הגנה כאמור מסופקת לאזרח על ידי מתיחת קווים ברורים ומוגדרים מראש בין המותר לאסור ובין עבירות חמורות יותר לעבירות חמורות פחות. למשל, באחד מפסקי הדין שעיצבו את משנתו של השופט הדגול אוליבר וונדל הולמס נדונה השאלה האם הטסה בין-מדינתית של כלי טייס גנוב נופלת בגדרו של האיסור הפלילי על העברה בין-מדינתית של "כלי רכב מנועי". לשאלה זו ניתנה תשובה שלילית, חרף העובדה שהנאשם, שהטיס מטוס גנוב מאילינוי לאוקלהומה, בלי ספק פגע בערך החברתי שעליו האיסור בא להגן. השופט הולמס קבע כי משמעותו הרגילה והמקובלת של הביטוי "כלי רכב מנועי" היא "vehicle, that flies" (ראו: 1931) 25 U.S. (McBoyle v. United States).

השופט הולמס הטעים קביעה זו באמרו:

Although it is not likely that a criminal will carefully consider the text of the law before he murders or steals, it is reasonable that a fair warning should be given to the world in language that the common world will understand, of what the law intends to do if a certain line is passed. To make the warning fair, so far as possible the line should be clear. When a rule of conduct is laid down in words that evoke in the common mind only the picture of vehicles moving on land, the statute should not be extended to aircraft, simply because it may seem to us that a similar policy applies, or upon the speculation that, if the legislature had thought of it, very likely broader words would have been used.



6. ברם, המקרה שלפנינו עומד להכרעה לפי הדין הישראלי, ולא לפי המשפט האנגלו-אמריקני; ולפי טענת המדינה, הדין הישראלי הכיר זה מכבר בפרשנות תכליתית שעל בסיסה ניתן, ולעתים אפילו ראוי, לקבוע למילה כזאת או אחרת, אשר מופיעה בחיקוק, משמעות שונה מזו שברגיל מיוחסת לה - זאת, על מנת להגשים את תכליתו החברתית של החיקוק. בגדרם של דיני העונשין, פרשנות תכליתית כאמור טומנת בחובה מהלך שמתאים את משמעותה של מילה כלשהיא, אשר נמנית על יסודות העבירה, לערך החברתי שעליו האיסור הפלילי בא להגן. מהלך פרשני זה אפיין, למשל, את ההלכה הידועה אשר קבעה, בעניינה של בריחה ממשמורת חוקית, עבירה לפי סעיף 257 לחוק העונשין, כי אסיר שאינו שב לכלא בתום חופשתו הוא בגדר "בורח ממשמורת חוקית שהוא נתון בה" (ראו: ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421 (1980) (להלן: הלכת מזרחי)). הלכה זו פירשה את המילים "משמורת חוקית" כמתייחסות למשמורת נורמטיבית, לאו דווקא פיזית, ואת הפועל "בורח" - הרכיב ההתנהגותי של העבירה - ככולל, נוסף לבריחה רגילה בדרך של הימלטות אקטיבית, בריחה באמצעות מחדל, היינו, אי-חזרה לכלא.

7. האם כללי הפרשנות התכליתית, אשר חלים בגדרם של דיני העונשין, מוליכים אל המסקנה כי המערער דכאן היה דודה של נפגעת העבירה בזמן שביצע בה את מעשיו העברייניים?

8. בשאלה זו אדון כעת בהתבסס על המסכת העובדתית כדלקמן, שכאמור איננה עוד במחלוקת:

המערער היה נשוי לאחות אמה של נפגעת העבירה (ילידת 2009). למרות שנישואין אלה הסתיימו בגירושין, בין המערער לבין הנפגעת ומשפחתה שררו יחסי קרבה, והמערער נהג לבקרו לעתים תכופות. ביום 14.8.2018, בשעה 23:00 או בסמוך לה, הגיע המערער לבית הוריה של נפגעת העבירה. במהלכו של ביקור זה, ביצע המערער בנפגעת מעשים מגונים בחדר השינה של הוריה ובסלון הבית. המערער נישק את הנפגעת בפיה ונגע מספר פעמים באזור איבר מינה - כל זאת, לשם גירוי וסיפוק מיניים. לאחר מכן ביקש המערער מהנפגעת שלא לגלות לאיש את מעלליו, אך חרף הפצרותיו, הנפגעת סיפרה לאמה את אשר קרה.

פסק הדין קמא

9. בהיעדר מחלוקת לגבי עובדות אלו, אמקד את הדיון בקביעתו המשפטית של בית משפט קמא. בית המשפט המחוזי סקר את פסיקתו של בית משפט זה וקבע כי הגם שעל פניו נראה כי סעיף 351(ה) לחוק העונשין קובע רשימה סגורה של קרובי הקורבן אשר ניתן לראותם כ"בני משפחה", הרי שפרשנותן של מילים אלו נתונה בסופו של יום לבית המשפט ותלויה בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה - נסיבות אשר שופכות אור על מידת הקרבה שבין העברין לנפגע העבירה ועל הקשר האישי הקונקרטי שהיה ביניהם.

10. במסגרת זו, נקבעו ממצאים עובדתיים כדלקמן, שגם עליהם אין היום עוררין:

א. על אף שהמערער התגרש מדודתה של נפגעת העבירה, הוא וגרושתו קיימו ביניהם קשר יומיומי וגידלו יחד את בנותיהם.



ב. במעגל משפחתי רחב יותר, אשר כלל את נפגעת העבירה, נתפס המערער כבן זוגה של גרושתו. במסגרת זו, אף נעשה שימוש תדיר במילים כמו "אשתי", "גיסים", "כמו אבא", וכיוצא באלה.

ג. נפגעת העבירה - בת תשע בזמן ביצוע המעשים המגונים - ראתה במערער "בן משפחה" ו"דוד" לכל דבר.

11. על בסיס ממצאים אלה, בית המשפט המחוזי קבע כי המערער היה דודה של נפגעת העבירה בזמן שביצע בה את המעשים המגונים, ולפיכך מן הדין להרשיעו בביצוע עבירת מין בקטין בתוך משפחה, עבירה בעלת חומרה יתרה. השופט א' אינפלד ציין, במסגרת דעת יחיד שכתב, כי תוצאה זו מעוררת תחושה של אי-נוחות לנוכח דרישותיו של הכלל הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, לפיו יש לפרש את יסודות העבירה הפתוחים לכמה פירושים סבירים לטובת הנאשם. חרף זאת, הסכים השופט אינפלד עם חבריו למותב כי הפסיקה בנדון דידן תומכת בדעתם. לשיטתו, פסיקתו של בית משפט זה קבעה, הלכה למעשה, כי המבחן לפיו יש לקבוע אם מדובר ב"בן משפחה" במובנו של סעיף 351(ה) לחוק העונשין נסוב על מהות הקשר בין הפוגע לנפגע העבירה ולא בהכרח על סיווגו הפורמלי של הקשר.

12. בבואו לגזור את עונשו של המערער, העמיד בית המשפט המחוזי לנגד עיניו את "עיקרון ההלימה" אשר קובע כי ענישה חייבת לקיים "יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו" (ראו: סעיף 40ב לחוק העונשין). מתחם העונש ההולם הועמד על 2-5 שנות מאסר בפועל, לצד מאסר מותנה - זאת, בשים לב לערכים החברתיים שנפגעו כתוצאה מניצולה המיני של קטינה בת תשע על ידי אדם מבוגר, ולמידת הפגיעה בהם; למדיניות הענישה המחמירה בגין עבירות מין, ובפרט בגין עבירות אשר פוגעות בקטינים תמימים וחסרי הגנה; להוראה בדבר עונש המינימום הקבועה בסעיף 355 לחוק העונשין; לאופן שבו ניצל המערער את אמונה ואת חיבתה של נפגעת העבירה, שכאמור ראתה בו בן משפחה, כדי לספק את מאוויו המיניים המעוותים; ולעובדה שהפגיעה בנפגעת העבירה תלווה אותה ואת משפחתה במשך שנים ארוכות. במסגרת השיקולים לקולא, התחשב בית משפט קמא בכך שמעשיו הפליליים של המערער לא הגיעו לדרגת החומרה הגבוהה של עבירות מין ונשארו ברף הנמוך יחסית.

13. בבואו לקבוע את עונשו של המערער בתוך המתחם, זקף בית המשפט המחוזי לזכות המערער מספר נסיבות מקלות, ובהן: נסיבות חייו הלא פשוטות; היות המערער כבן 50, גרוש ואב לשלוש בנות קטינות, שאחת מהן בעלת צרכים מיוחדים; חייו הנורמטיביים של המערער שבמהלכם סיים שירות צבאי מלא, הקים משפחה ופירנסה בכבוד; וכן העדויות מהן עולה כי מדובר באדם חיובי, איש משפחה, אוהב ואהוב שמרבה לעזור לזולת. בית המשפט המחוזי התחשב בכך שמדובר בכישלון ראשון, נקודתי ויחיד של המערער בעבירות מין ובכך שהמערער שהה במעצר במשך תקופה ארוכה יחסית עד למתן גזר הדין. עוד ציין בית המשפט, כי המערער נטל על עצמו אחריות מלאה על מעשיו, וכי למרות שהדבר נעשה רק אחרי ניהול הוכחות והרשעתו בדין, ניכר שינוי בגישתו למעשים האסורים שביצע ולנזק והכאב שגרם. בהקשר זה, ראה לנכון בית המשפט להדגיש כי המערער השמיע דברים ששיקפו חרטה כנה, בקשת סליחה ונטילת אחריות.

בהתחשב בכל אלה, גזר בית המשפט המחוזי את עונשו של המערער כאמור בפתח הדברים; ומכאן הערעור שלפנינו.



14. המערער טוען כי הרשעתו במעשים מגונים בתוך משפחה אינה יכולה לעמוד - זאת, מן הטעם שלאחר גירושיו מדודתה של נפגעת העבירה, אשר הושלמו לפני ביצוע המעשים, הוא חדל מלהיות דודה של הנפגעת. המערער מוסיף וטוען כי הוא איננו יכול להיחשב ל"בן משפחה" של הנפגעת מאחר שהמחוקק קבע רשימה מפורטת וסגורה של דמויות שתיחשבה ל"בני משפחה", אשר איננה כוללת גרוש דודתה של נפגעת העבירה. עוד טוען המערער, כי הרחבתה של רשימה כאמור על ידי חקיקה שיפוטית אינה עולה בקנה אחד עם כלל הפרשנות המקלה הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין.

15. לשיטת המערער, תיקון 113 לחוק העונשין קבע עקרונות ענישה אשר מחייבים את בתי המשפט, במקרים מתאימים, להתחשב בקשרי נאשם-קורבן כנסיבה מחמירה במסגרת קביעת עונשו של הנאשם. הסדר זה ממילא מייתר את הצורך להרחיב את רשימתם של "בני משפחה" באמצעות פרשנות תכליתית המנוגדת ללשונו הפשוטה והמובנת של סעיף 351(ה) לחוק העונשין.

16. בהתייחסו לעונש, טוען המערער כי הורדת רף האחריות שלו מ"מעשה מגונה בקטינה בת משפחה" ל"מעשה מגונה בקטינה", ותו לא, מחייבת הקלה משמעותית בעונש המאסר שהושת עליו. עוד טוען המערער, כי בית המשפט המחוזי זקף לחובתו את היותו בן משפחתה של הנפגעת פעמיים: פעם אחת, בהחליטו להרשיעו בעבירות מין בתוך משפחה; ופעם נוספת, בקבעו את מתחם העונש ההולם בהתאם לתיקון 113 לחוק העונשין. המערער סבור כי מדובר בספירת כפל שהביאה להחמרה יתירה בעונש המאסר שהושת עליו, והוא מבקש מאתנו לתקן זאת.

17. המדינה, מנגד, סומכת את ידיה על פסק הדין קמא ועל נימוקיו. המדינה מדגישה כי גירושי המערער מדודתה של נפגעת העבירה לא הוציאוהו מכלל "בן משפחה", זאת מאחר שהלה המשיך לתפקד - לפחות כלפי חוץ - כבן זוגה של הדודה וכפועל יוצא מכך כדודה של הנפגעת. המדינה מוסיפה וטוענת כי קביעתו של בית המשפט המחוזי שהמערער ביצע את המעשים המגונים בנפגעת העבירה בכוחו ובמעמדו כדודה היא קביעה נכונה ומחייבת המציאות מתוקף פרשנותו התכליתית של הביטוי "בן משפחה", אשר מופיע בסעיף 351(ה) לחוק העונשין. לשיטת המדינה, תכליתן של המילים "בן משפחה" היא להביא להחמרה באחריותם הפלילית ובעונשיהם של כל אלה אשר מנצלים לרעה את הימצאותם במסגרת משפחתית של קטינים, ואת קרבתם לקטינים, כדי לבצע בהם את זממם בחדרי חדרים ובאין מפריע. לגישה, תכלית זו תומכת במתן פירוש פונקציונלי רחב למילים "בן משפחה", "דוד", "דודה", וכיצא באלה.

18. באשר לעונש אשר הושת על המערער, המדינה סבורה כי הינו מידתי ומאוזן ואינו קורא להתערבותה של ערכאת הערעור. כמו כן טוענת המדינה, כי "ספירת הכפל" עליה מלין המערער איננה חלק מהמציאות - זאת, לנוכח ההבחנה המובנת בין יסודותיה הכלליים של עבירה פלילית - שלאורם נקבעת אחריותו של נאשם - לבין נסיבות הביצוע הספציפיות של אותה עבירה, אשר משפיעות על עונשו של הנאשם לקולא או לחומרא. מדובר אפוא בהתאמת העונש לנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה, ולא בספירת כפל.



19. על בסיס טענות אלה, מבקשת מאתנו המדינה כי נדחה את הערעור שלפנינו על כל חלקיו.

דיון והכרעה

20. סבורני, כי הדין הערעור להתקבל על שני חלקיו; ואפרט.

ערעור על ההרשעה: האם המערער הוא "דוד" הקורבן?

21. בית המשפט המחוזי השיב לשאלה זו בחיוב בהתבססו על פסקי הדין שיצאו מלפנינו ועל כללי הפרשנות התכליתית. המדינה סבורה כי קביעת בית המשפט המחוזי בדין יסודה, כאשר היא מוסיפה לה נימוק נוסף משלה: הוצאתם של אנשים שבפועל מתפקדים כקורבי משפחתו של קטין שבו הם מבצעים עבירות מין - תוך ניצול תמימותו וקרבנותם אליו - מהגדרתו של המונח "בן משפחה" תביא להקלה בלתי מוצדקת בעונשיהם ולהחלשת ההרתעה מפני מעשים כאלה.

22. בנימוקים אלה אדון כעת לפי סדרם. אקדים ואומר, כי אינם מקובלים עלי כלל ועיקר.

לשון החוק וההלכה הפסוקה

23. סעיף 351(ה) לחוק העונשין קובע מיהו "בן משפחה" לצרכי הרשעה בעבירות מין במשפחה כלפי קטינים, כהגדרתו בסעיף 351 לחוק, כדלקמן:  
"בן משפחה" -

(1) הורה; בן זוגו של הורה אף אם אינו נשוי לו; סב או סבתא;

(2) מי שמלאו לו חמש עשרה שנים והוא אחד מאלה: אח או אחות; אח או אחות חורגים; דוד או דודה; גיס או גיסה. ואולם לעניין עבירה של בעילה אסורה לפי סעיף קטן (ב) או של מעשה מגונה לפי סעיף קטן (ג)(3) שנעשו במי שמלאו לו שש עשרה שנים, לא יכללו דוד או דודה, גיס או גיסה בהגדרת "בן משפחה".

24. הוראה זו, כמו מקבילתה אשר נקבעה בסעיף 86(ב) לחוק העונשין לעניין הטיפול באלימות במשפחה, עושה שני דברים. ראשית, היא מדברת על קשרי דם וחיתון כבסיס כמעט בלעדי להיות הנאשם "בן משפחה" של נפגע העבירה. שנית, היא קובעת רשימה סגורה של בני משפחה אשר יישאו בעונשים מוגברים בגין עבירת מין המנויה בסעיף 351 לחוק.



25. זאת ועוד: הגדרת "בן משפחה" כוללת בתוכה, לצדו של "הורה", את "בן זוגו של הורה" בין אם הוא נשוי לאותו הורה ובין אם לאו - ללמדך, כי המחוקק יודע לעשות חריגים לדרישת קשר הדם או החיתון כאשר הוא מוצא לנכון לעשות כן. בהקשר זה אציין, במאמר מוסגר, כי בן הזוג הלא נשוי שמבצע עבירת מין בקטין איננו חייב להיות ידוע בציבור של הורה הקטין כדי להיחשב לבן משפחתו: די בעצם היותו בן זוגו של ההורה בזמן ביצוע העבירה (ראו: ע"פ 989/19 פלוגי נ' מדינת ישראל, פסקה 42 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (19.12.2019); ע"פ 2965/18 פלוגי נ' מדינת ישראל, פסקה 35 לפסק דינו של השופט י' אלרון (12.6.2019)). סעיף 86(ב) לחוק העונשין, לעומת זאת, קובע, בעניינו-שלו, כי "בן זוג" הוא "לרבות הידוע בציבור כבן זוג"; ומכאן משתמע, לכאורה, כי באין הוראה מפורשת, חוק העונשין אינו מתייחס לזוג בלתי נשוי כאל "בני זוג" גם כשמדובר בידועים בציבור.

26. מכאן עולה מסקנה חד-משמעית כי לפנינו הסדר ממצה וברור, שבו המילה "דוד" מתייחסת אך ורק למי שנמצא בקשר דם או חיתון עם קורבן העבירה בשל היותו אח של הורה או נשוי לאחד מהאחים של הוריו. ודוק: בן זוג של אחות של אחד מהורי הקורבן לא ייחשב לדודו אם הוא אינו נשוי לאותה אחות. במסגרתו של סעיף 351(ה) לחוק העונשין, בן זוג שאינו נשוי ייחשב ל"בן משפחה" רק אם היה בן זוגו של הורה הקטין בזמן שביצע את עבירת המין באותו קטין. ברי הוא, כי הסדר חוקי מסוג זה, אשר מתאפיין במילים מדויקות וברמת פירוט גבוהה, אינו יכול לשאת פרשנות שמוסיפה לרשימת "בני משפחה" "דודים פונקציונליים" נטולי קשר דם או חיתון עם משפחת הקורבן.

27. פסיקתנו אכן מפרשת את ההגדרה של "בן משפחה" שבסעיף 351(ה) לחוק העונשין כמכילה בתוכה רשימה סגורה של קרובי משפחה אשר קשורים לקטין נפגע העבירה בקשר דם או בקשר של חיתון (לצד הוספת בן זוגו הבלתי נשוי של הורה הקטין לרשימה של "בני משפחה"). אנשים שנמצאים מחוץ לרשימה זו אינם בגדר "בני משפחה". אם אחד מאנשים אלו מבצע עבירת מין בקטין, תוך שהוא מנצל את תמימותו או את יחסי הקרבה עם אותו קטין, הדבר ייחשב לנסיבה מחמירה שברגיל תאריך את תקופת מאסרו מאחורי סורג ובריח, כמותווה בהוראות בדבר ענישה אשר נקבעו בתיקון 113 לחוק העונשין. ואולם, אותו אדם לא יורשע בעבירת מין בקטין בן משפחה, אלא בעבירת מין אחרת, פחותה בחומרתה, בהתאם לנסיבות המקרה.

28. בע"פ 4126/03 פלוגי נ' מדינת ישראל (9.10.2003), דחה השופט א' א' לוי את טענת המערער שהועלתה שם, לפיה הגדרת "דוד" בסעיף 351(ה) לחוק העונשין כוללת רק את אחיו של אחד מהורי הקטין קורבן העבירה. בדחותו את הטענה, אמר השופט לוי את הדברים הבאים:

"ה'דוד' הנזכר באותו סעיף לא הוגדר כמי שמתקיים בו דווקא קשר דם עם קורבנו, והוא רחב דיו כדי לחול גם על קרוב משפחה המכונה כך בפי הבריות כתוצאה מחיתון. ובאשר לתכלית החוק, כוונתו של זה הייתה ליצור הרתעה מפני פגיעה בקטינים על-ידי מי שממונה עליהם או גר עמם או מצוי בקרבה מתמדת אליהם" [ההדגשה הוספה - א.ש.].

הווה אומר: קיומו של קשר דם או קשר חיתון בזמן ביצוע העבירה הינו הכרחי להכרה בנאשם כמי שהיה דודו של הקורבן.





29. בע"פ 4524/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 522, 525 (2004), נאמרו דברים זהים על ידי השופט א' מצא (כתוארו אז); ואלה היו דבריו:

"למותר לומר - ולצורך ההכרעה בענייננו די היה אף בכך - כי על-פי משמעותם המקובלת בעברית בת-זמננו והשגורה בפי הבריות, "דוד" ו"דודה" כוללים גם את הקשורים לדוד ולדודה הביולוגיים בקשר של חיתון, קרי: בעלה של הדודה ואשת הדוד, בין מצד האב ובין מצד האם" [ההדגשה הוספה - א.ש.].

30. הלכה זו אושרה בע"פ 5369/13 פלוני נ' מדינת ישראל (10.2.2015), שם נקבע כי על מנת להיחשב "דוד" לצרכי סעיף 351 לחוק, די בקיומו של קשר מכוח חיתון. בע"פ 1523/05 פלוני נ' מדינת ישראל (2.3.2006) (להלן: עניין פלוני) נפסק כי בדומה להלכה שנקבעה ביחס לדוד מכוח נישואין, הגדרת "בן משפחה" רחבה דיה כדי להכיל בקרבה גם מי שמתפקד כסב מכוח נישואיו לסבתם של הקורבנות. סבורני כי קביעה זו מביאה את פרשנות המילה "סב" לקצה גבולותיה. כך או אחרת, מי שאינו נשוי לסבתו של קורבן העבירה אינו יכול להיחשב לסב. הדרישה ש"בן משפחה" יהא קשור קשר דם או חיתון לקורבן העבירה עודנה עומדת בעינה ועליה אין עוררין.

31. מסקנה זו עולה גם מהדברים הברורים אשר השופט ע' ארבל מצאה לנכון להעיר בעניין פלוני, בהתייחסה למעמדו של אחיו החורג של הקטין; ואלה היו הדברים שאמרה:

"אח חורג, הגם שהוא מצוי בקרבתו של קטין באופן המצדיק פרישת ההגנה הרחבה על קטינים גם עליו, קרבתו המשפחתית אל הקטין רחוקה יותר, באשר הוא עצמו לא נקשר בקשרי משפחה על דרך של נישואין עם קרוב משפחתו של הקטין ועל כן נדרש המחוקק להסדיר עניין זה מפורשות בחוק" [שם, פסקה 67. ההדגשה הוספה - א.ש.].

32. הפסיקה קבעה אפוא כי אין מקום להרחבת ההגדרה של "בן משפחה" שבסעיף 351(ה) לחוק העונשין בדרך של פרשנות אשר חורגת מלשון הרגילה והמקובלת של מילות הסעיף. באין קשר דם או חיתון בין הקטין שנפגע מעבירת המין לבין מבצע העבירה - שאינו בן זוגו של הורה הקטין, וגם אינו בגדר "אח או אחות חורגים", "אומן", בן זוג של "אומן" או הורה של "אומן", כמצוין בסעיף 351(ה) חוק - אין לראות במבצע העבירה "בן משפחה" של הקטין.

הווה אומר: המערער לא היה בגדר בן משפחתה של נפגעת העבירה בזמן שביצע בה את זממו.

פרשנות תכליתית

33. בניגוד לעמדת המדינה בטיעוניה לפנינו, פרשנותו התכליתית של רכיב מרכיבי העבירה אינה ממצה את עצמה ביצירת התאמה בין מילות החוק, אשר מתארות את אותו רכיב, לבין הערך החברתי המוגן באמצעות האיסור הפלילי שבו עסקין. דיני העונשין שלנו אינם בנויים על האקסיומה שכל מי שפוגע בערכים המוגנים על ידם ראוי להרשעה



ולעונש אשר נותנים ביטוי מלא ובלתי מתפשר לערך החברתי שנפגע (ראו: ש"ז פלר, יסודות בידי עונשין א, 12-11 (1984) (להלן: פלר)). ראשית, כפי שהוסבר על ידי פרופ' מ' קרמניצר, "תהא זו [...] גישה נאיבית ופשטנית לזהות את השאלה של היקף האיסור עם השאלה של מטרת האיסור - האינטרס החברתי המוגן על ידי האיסור, שכן זיהוי כזה מוצדק רק כאשר החוק מעניק לאותו אינטרס הגנה בהיקף מלא; ואילו משמדובר באחריות פלילית בהתחשב באופיה החמור של האחריות הפלילית ובטיבה השיורי, ההגנה הנפרשת על האינטרס איננה תמיד בהיקף מלא, אלא מוגבלת לפגיעות מסוימות ומוגדרות." (ראו: מרדכי קרמניצר, בריחה ממשמורת חוקית, במחדל? - הערה נוספת, עיוני משפט י 195, 202 (1984) (להלן: קרמניצר)).

34. יתרה מזאת: עניינם של דיני העונשין אינו רק בנענש אלא גם במעניש; ובאומרי "מעניש", הנני מתכוון למדינה על כל זרועות האכיפה שלה: המשטרה, הפרקליטות ובתי המשפט. בצד העבירות והעונשים שדיני העונשין קובעים עבור מפרי החוק, דינים אלה מציבים גבולות לכוחה של המשטרה, לכוחה של הפרקליטות ולכוחם של בתי המשפט לפגוע בחירותם, בכבודם וברווחתם של חשודים ונאשמים. גבולות אלה נקבעו, בראש ובראשונה, במילות האיסורים הפליליים אשר נכתבו בחוק, שכן מילים אלו - ורק הן - מגדירות את המעשים והמחדלים אשר מגיעים כדי עבירה פלילית. שמירה על גבולות אלו מרסנת את הכוח שבידי רשויות האכיפה לבל יעצים את עצמו יתר על המידה, יגלוש אל מחוץ לגבולות שנקבעו לו ויחריב את חירותו, את כבודו ואת רווחתו של האזרח שעומד מולו. שמירה על גבולות כאמור, אף היא בגדר תכליתם של דיני העונשין בני זמננו, וחשיבותה של תכלית זו איננה נופלת מחשיבות ההגנה על ערכים חברתיים מפני מעשים עברייניים. כללי משפט שבאים להגשים תכלית זו אינם מאפשרים למשטרה, לפרקליטות ולבתי המשפט להתייחס אל מילות החוק כאל חומר ביד היוצר, אשר סובל כל פירוש שניתן למקמו על הקו שמחבר את מילות האיסור הפלילי אל הערך החברתי המוגן באמצעותו. הרשאה כזאת כמוה כהרשאה להתייחס אל האדם שעומד למשפט פלילי כאל אמצעי נטול כוח וחסר זכויות להשגת מטרותיהם של דיני העונשין - תוצאה שאליה בוודאי לא נרצה להגיע.

כפי שלימדנו הפרופסור המנוח ש"ז פלר, ז"ל:

"בלעדיות החוק, כמקור לקביעת עבירות ועונשים, מונעת מהרשות השופטת לראות עצמה מוסמכת - ולו גם חלקית - להיעזר בשיקולים לבר-חוקיים כתשתית להכרזה על התנהגות פלונית כעבירה פלילית ... לעתים ניתן להעריך, בצדק, כי מעשה שנעשה הוא חמור ממעשה אחר אשר החוק הפלילי מגדיר אותו כעבירה פלילית. כלום השיקול שלפיו המעשה הראשון עשוי להיחשב כעבירה פלילית מכוח קל וחומר - a fortiori - יכול לשמש בסיס משפטי למסקנה כזאת? כך, יש מקרים אשר גם בהם ניתן להשוות מעשה נתון מבחינת טבעו למעשה אחר אשר מוגדר על ידי החוק הפלילי כעבירה פלילית, והשכל הישר היה משלים עם ראייתו של המעשה הראשון, בשל הסכנה לציבור הטמונה בו, כעבירה פלילית. האם מן הדין לטפל במעשה זה, על-פי אנאלוגיה, כעבירה פלילית ולהטיל עליו עונש פלילי?

תשובת בתי המשפט בישראל לשאלות כגון אלה היא כי נבצר מן השופט לחרוץ את הדין מכוח שיקולי הגיון ללא גיבוי בחוק." (ראו: פלר, 12-11).

35. כך הוא לגבי ההבחנה בין מעשים שמהווים עבירה פלילית לבין אלו שאינם מגיעים כדי עבירה; וכך הוא הדין באשר להבחנה בין עבירה חמורה יותר לעבירה חמורה פחות, כמו במקרה שלפנינו. בכל מקרה ומקרה שומה עלינו -



ועל כל רשויות האכיפה, ללא יוצא מן הכלל - להיצמד אל מילותיו של החוק, שכן הן, ורק הן, מכוננות, מגדירות ומגבילות את הסמכות השלטונית להרשע ולהעניש.

36. כפועל יוצא מכך, פרשנותם התכליתית של עבירות ועונשים, הינה, לאמיתו של דבר, פרשנות דו-תכליתית אשר מגשימה את עיקרון החוקיות בכל היבטיו, ולא רק בהיבט אחד של מיצוי הדין עם העברין, המקודם על ידי הגוף המאשים. היבטים אלו כוללים, לצדו של מיצוי הדין עם העבריינים אשר הפרו את הוראות החוק הפלילי, הקפדה הדוקה על כך שכוחות השררה שבידי רשויות האכיפה יישמרו בתוך הגבולות שהחוק קבע להם. במסגרת זאת, עבירות ועונשים חייבים להיקבע בתוך כללים משפטיים מוגדרים וברורים, המנוסחים ברמת רזולוציה גבוהה ככל שניתן, ולא בתוך סטנדרטים מופשטים ועמומים אשר מאפשרים לרשויות האכיפה להעצים את כוחן באמצעות פרשנות יצירתית כזאת או אחרת, אשר מרחיבה את היקף האיסורים הפליליים בהתאמה לרצון ולמטרותיהן. היבט זה של עיקרון החוקיות מעוגן בסעיף 1 לחוק העונשין, אשר קובע כי חוק הכנסת - ורק חוק הכנסת - מהווה בסיס משפטי תקף לקביעתם של איסורים פליליים; בסעיף 3 לחוק, אשר אוסר על הפללה ועל ענישה רטרואקטיבית; בסעיף 34 לחוק, המורה כי כאשר איסור פלילי "ניתן [...] לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית"; וכן בדוקטרינה החוקתית "void for vagueness", כשמה בדין האמריקני, אשר טרם גובשה באופן סופי ומוגמר, וכלליה לא הוגדרו עדיין די הצורך, ואשר מכוחה ייתכן שנוכל להכריז על בטלותם של איסורים פליליים מופשטים ומעורפלים, כדוגמת "היזק לציבור" - אשר מאפשרים לרשויות האכיפה לקבוע מהי עבירה פלילית לפי שיקול דעתן - בשל היותם מנוגדים לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על הדין הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5, 17 (1996); בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף יאיר נווה, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (12.1.2006)).

37. על כל אלה, וכן על היותה של פרשנות עבירות ועונשים דו-תכליתית, עמד השופט א' גרוניס (כתוארו אז) בע"פ 766/07 כהן נ' מדינת ישראל (19.11.2007) (להלן: עניין כהן), באומרו כדלקמן:

"כאשר מדובר בפרשנות חוק פלילי, הגם שהשאפה להגשים את תכלית החוק נותרת בעינה, דומה כי יש מקום לאיזון שונה מבחינת המשקל אותו יש להעניק ללשון החוק. אבן יסוד מרכזית בתורת המשפט הפלילי היא עקרון החוקיות. עיקרון זה מעוגן כיום בסעיף 1 לחוק העונשין, הקובע כי "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו" וכן בסעיף 3 לחוק האוסר על ענישה למפרע. נשמעה הדעה כי לעיקרון זה מעמד חוקתי. [...] ביטוי נחרץ לעיקרון זה, עוד טרם עוגן בחקיקה, נמצא בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד (ז2) 365 (1973):

"כלל גדול הוא בדיני העונשין: "אין עונשין מן הדין"... - לא מקל וחומר, ולא מגזירה שווה, ולא מכל היקש או אנאלוגיה, אלא מן החוק הכתוב והחקוק בלבד. החוק הוא אשר יכול לעשות מעשה פלוני, על מרכיביו המוגדרים, לעבירה פלילית; ומה שלא עשה החוק בלשון ברורה ומפורשת, אין שום פרשנות ואנאלוגיה והגיון יכולים לעשות. דברים מן המושכלות הראשונים הם, ואין צורך להאריך" (עמ' 371).

עקרון החוקיות אינו מתמצה בדרישה הפורמלית כי האיסור הפלילי ייקבע בחוק. לעקרון החוקיות יש גם מובן מהותי, המכיל דרישות שונות שעל החוק הפלילי לקיים. [...] אחת מהנגזרות של עקרון החוקיות הוא כלל הפרשנות המקלה



עם הנאשם. [...] כלל זה קבוע כיום בסעיף 34כא לחוק העונשין. [...] עיקרון-משנה דומה הנגזר מעקרון החוקיות הוא העיקרון לפיו על החוק הפלילי לדבר בשפה בהירה ולהימנע משימוש במונחים סתומים ומעורפלים. [...]

המסקנה, כי בפרשנותו של חוק פלילי יש משקל נכבד למשמעות הרגילה של מילותיו מתבקשת מן הטעמים העומדים ביסוד עקרון החוקיות. לעיקרון זה טעמים מספר, ובראשם התפיסה כי ההגנות מחייבת מתן אזהרה לפרט כי התנהגותו עלולה לגרור בעקבותיה תגובה עונשית. [...] מן הטעם הזה, הגיונו של עקרון החוקיות תקף בעיקר כאשר מדובר בחוק פלילי המשרטט את הגבולות בין התנהגות אסורה ומותרת. [...] חשוב להדגיש עם זאת, כי הגיונו של נימוק זה אינו מוגבל למקרה בו עומדת על הפרק השאלה האם התנהגות פלונית אסורה על פי החוק הפלילי או מותרת. גם כאשר ברור כי התנהגות פלונית פסולה היא וגוררת הרשעה פלילית, חל עקרון החוקיות בשאלה מהי מידת החומרה שיש לייחס להתנהגות זו. לא ניתן לומר, כי מרגע שהיה ברור לפרט כי התנהגותו מהווה עבירה על החוק אין הוא עוד מופתע על ידי הטלת האיסור הפלילי, גם אם מדובר באיסור הנמצא בדרגת חומרה גבוהה מזה אותו צפה. החוק אינו משקיף על ההתנהגות העבריינית כמקשה אחת. קיים מידרג של חומרה הבא לידי ביטוי, בין השאר, בעונש. זכאי הוא הפרט לקבל אזהרה מתאימה גם כאשר לעוצמת החומרה בה רואה החוק את התנהגותו. [...] ביטוי להשקפה זו ניתן למצוא בסעיף 3(ב) לחוק העונשין, הקובע כי החמרת ענישה בחקיקה לא תחול למפרע.

עולה, אפוא, כי בתחום המשפט הפלילי היחס בין לשון החוק לפרשנותו שונה מהיחס בתחומי המשפט האחרים. אין די בכך שהלשון תוכל לשאת את הפרשנות המוצעת. יש לחתור לכך שפרשנות החוק - ככל שמחמירה היא עם הנאשם - תעלה ממובנה הרגיל והטבעי של הלשון. ודוק: אין אנו מצדדים בפרשנות טכנית-דוקטרינרית ללשון החוק. אין מדובר בצמצום לשם צמצום. אין כאן נעילת דלת בפני תכלית החקיקה ככלי מרכזי בפרשנות החוק, כולל החוק הפלילי. אין אנו אומרים אלא, כי חלק מתכליתו של הדין הפלילי, לצד השמירה על הערך עליו בא החוק להגן, הוא היותו מובן ונהיר לציבור הרחב. תוצאה זו תושג על ידי הימנעות ממתן פרשנות מחמירה אשר סוטה מן המובן הטבעי של הלשון כפי שזה נקלט בציבור - פוק חזי מאי עמא דבר (צא וראה מה דובר העם - תלמוד בבלי, עירובין, יד, ע"ב). אין להתעלם מכך שלעיתים תגרום גישה פרשנית זו ליישום בלתי מושלם של מטרת החוק. הערך המוגן העומד ביסוד החוק עלול שלא לקבל הגנה מלאה. יש בגישה זו כדי להטיל נטל על המחוקק לגלות ערנות ולהביע את רצונו בצורה בהירה ומפורשת ככל שהדבר ניתן. [...] אולם עקרון החוקיות, ועקרונות המשנה הנגזרים ממנו, מבטאים עמדה ערכית שגם בה יש להתחשב. שמירה קפדנית על זכויות הנאשם גורמת לעיתים לספיגת זיכויים צורמים המנוגדים לחוש הצדק הבסיסי. לעיתים, אין מנוס מן המסקנה כי המחוקק לא השכיל ללכוד ברשתו את מלוא ההתנהגות הפסולה. אין בעובדה זו כדי לשמוט את הקרקע תחת עקרון החוקיות. ראו שם, פסקאות 9-12 (ההדגשה הוספה - א.ש.). ראו גם: דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד, פ"ד נח (5) 547, 563 (2004) (להלן: עניין אסד); ע"פ 6414/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' עייש (17.11.2019), פסקאות 23-24 לפסק דיני.

38. דברים אלה הם חשובים ונכונים, ואין לי אלא לצרף אליהם את הסכמתי המלאה. לצד זאת, אוסיף כי העניין של מתן אזהרה לאזרחים על אשר מהווה ועל אשר אינו מהווה עבירה בת-עונשין הוא עניין חשוב, אך איננו הרציונל העיקרי שבבסיס חובתן של רשויות האכיפה להיצמד ללשונו הרגילה והמקובלת של האיסור הפלילי. ראשית, רוב האנשים שאינם עוסקים במשפט כלל לא טורחים ללמוד את תוכנם של האיסורים הפליליים הקיימים כדי להזהיר את עצמם ולהיזהר מהפרתם, ועל כן עניין האזהרה אינו אלא "פיקציה הכרחית" (כלשונו של השופט אנטונין סקאליה ב-United States v. R.L.C., 503 U.S. 291, 309 (1992)). זאת ועוד: אם עניין האזהרה אכן היה העיקר, יכול היה



השלטון לצאת ידי חובת האזהרה על ידי חקיקתו של כלל רחב אשר אוסר על כל פגיעה בערכים החברתיים, שרשימתם תצורף כנספח לחוק העונשין. דא עקא, עניין האזהרה איננו העיקר. העיקר הוא הגבלת כוח השררה המסוכן - המאיים על הפרט - שדיני העונשין מפקידים בידי המשטרה, הפרקליטות ובתי המשפט. אם כוח זה לא יוגבל, ואם נתיר לרשויות האכיפה להרחיבו כטוב בעיניהן, נמצא את עצמנו חושפים את אזרחי המדינה לפגיעות חסרות רסן בחירויותיהם, בכבודם וברוחותם (ראו: Stephen F. Smith, Overcoming Overcriminalization, 102 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 537 (2012); Cass R. Sunstein, Problems with Rules, 83 CALIF. L. REV. 953, 968-969 (1995); MICHAEL S. MOORE, ACT AND CRIME: THE PHILOSOPHY OF ACTION AND ITS IMPLICATIONS FOR CRIMINAL LAW 239-240 (1993)).

39. מכאן עולה כי רשויות אכיפת החוק - תהיינה חשובות, הוגנות וישרות דרך ככל שתהיינה - אינן יכולות להפוך את מי שאיננו דוד לדודו של קורבן העבירה באמצעות פרשנות יצירתית ומרחיבה אשר באה לשרת את התכלית העונשית של החוק, הא ותו לא. עיקרון החוקיות מחייבנו לבלום את כוחן של רשויות האכיפה ולקבוע כי המילה "דוד", אשר מופיעה בסעיף 351(ה) לחוק העונשין, תתפרש בהתאם למשמעותה הרגילה והמקובלת כמתייחסת לאח של אחד מהורי הקורבן או, למצער, לבן זוגו הנשוי של אחד מאחאי ההורים. נאשם שלא היה מצוי בקשרי דם או בקשרי חיתון עם קורבן מעשיו בזמן ביצועם אינו יכול להיחשב לדודו ולהיקרא "בן משפחה".

השלכותיה של הלכת מזרחי

40. דיני העונשין שלנו מעולם לא אימצו כלל פרשני אשר מסמין את בתי המשפט להתאים את מילותיו של איסור פלילי לערכים החברתיים שעליהם הוא בא להגן, כאשר התאמה זו כרוכה בסטייה ניכרת מדפוס השפה הרגילים והמקובלים. מהלך כאמור אף איננו מוכר אצלנו (ובשיטות משפט מקבילות) כהנחיה פרשנית כללית. למיטב ידיעתי, מהלך כזה נעשה בפסק דין אחד בלבד: הלכת מזרחי.

41. האם הלכת מזרחי תומכת בעמדת המדינה במקרה שלפנינו? האם ניתן להגיע למסקנה, אליה הגיע בית משפט קמא, כי את המילה "דוד" יש לפרש בהרחבה - ככוללת גם "דוד פונקציונלי" אשר מנצל לרעה את קרבתו לנפגע העבירה - בהתבסס על הלכת מזרחי?

42. סבורני שלא. ראשית, אציין כי הלכת מזרחי לא קבעה הנחיה פרשנית כללית אשר מחייבת - או מסמיכה - את הפרשן להתאים את מילות האיסור הפלילי לערך החברתי המוגן שמאחוריו גם כשהתאמה מייחסת למילים אלו משמעות החורגת ממשמעותן הטבעית והרגילה. דברים אלה לא נאמרו ולא נכתבו. ההיפך הוא הנכון: השופט א' ברק (כתוארו אז), שמפיו נקבעה הלכת מזרחי, קבע כי "חוק פלילי [...] אין לפרשו [...] אלא על דרך מתן משמעות הגיונית וטבעית ללשון החוק כדי להגשים את מטרת החקיקה". (שם, בעמ' 426; ההדגשה הוספה - א.ש.).

43. אודה ולא אכחד: פרשנות המילה "ברירה" ככוללת "ברירה" פאסיבית, המתבצעת באמצעות מחדל של אי-חזרה לכלא, אשר נקבעה בהלכת מזרחי, אינה נראית בעיניי "הגיונית וטבעית", וסבורני שהיא גם אינה הגיונית ואינה



טבעית לאמיתו של דבר. בעולמם של דיני העונשין, לא קיים שום הגיון אשר קובע כי מחדל סביל כמוהו כמעשה אקטיבי: מן המקובלות הוא שעבירות מחדל אינן שכירות מאחר "שאי-עשייה חמורה מבחינה מוסרית פחות מעשייה" (ראו: יצחק קוגלר, תאוריה ומעשה בדיני עונשין: מבוא והיסוד העובדתי 181 (2020); וראו גם: פלר, בעמ' 396-397, וכן קרמניצר, בעמ' 200-201); ובעולמם של בני שיח רגילים, המילה "ברירה" לעולם מזהה עם תנועת גוף אקטיבית שמעבירה את בעל הגוף ממקום אחד ("משמורת חוקית") אל מקום אחר (שנמצא מחוץ למשמורת). כמו כן, לא נהיר לי עד עצם היום הזה כיצד בכלל ניתן "לברוח" ממשמורת נורמטיבית, להבדיל ממשמורת פיזית, בהינתן הנחת הבסיס של הלכת מזרחי כי אסיר שיצא לחופשה מן הכלא נתון במשמורת נורמטיבית בכל מקום שיימצא בו במהלך חופשתו.

44. לדידי, אין אפוא מנוס מהמסקנה כי הלכת מזרחי שינתה את מילות האיסור הפלילי כדי להתאימן למטרת האיסור: מניעת הימצאותו של אסיר במקום שבו אסור לו להימצא על פי כללי המשמורת שהוטלו עליו כדין. ודוק: דברים אלה לא נקבעו במפורש אלא, לכל היותר, במשתמע; ודברים שרק עולים מבין השיטין של פסק הדין אינם בגדר הלכה פסוקה (ראו, למשל: ד"נ 5/87 קיסר נ' מדינת ישראל (6.3.1987)). אשר על כן, הלכת מזרחי אינה מחייבת אותנו אלא כפרשנות נקודתית של האיסור הפלילי על בריחה ממשמורת חוקית הקבוע בסעיף 257 לחוק העונשין; וכך היא גם פורשה בהמשך הדרך בדיון נוסף בו נדחתה בקשת המדינה להרחיב את תחולתה על נאשם שנדון למאסר בכלא ונמנע מלהתייצב לריצויו במועד שנקבע לכך (ראו: ד"נ 5/83 מדינת ישראל נ' סוויסה, פ"ד לח(4) 701 (1984)).

45. את הלכת מזרחי, כמובן, לא נוכל - וממילא לא נרצה - לשנות בעת הזאת. יחד עם כך, לא נוכל לראות בה תמיכה לטענות שהמדינה העלתה לפנינו בעניינו של סעיף 351(ה) לחוק העונשין.

פרשנות האיסור הפלילי בהתאם למובנו הטבעי והרגיל איננה "פרשנות מצמצמת" ואיננה "פרשנות מרחיבה"

46. ברצוני להבהיר ולהדגיש, כי פרשנותו של איסור פלילי בהתאם למובן הטבעי והרגיל של מילותיו איננה בהכרח מצמצמת את היקפו ומגדילה את חירותו של הפרט. במקרה שלפנינו, אימוץ המשמעות הטבעית והרגילה של המילה "דוד" אכן מביא לצמצום היקפו של האיסור הפלילי שבו עסקין, אבל במקרים אחרים התוצאה עשויה להיות הפוכה; ובכך אין שום רע, כל אימת שמדובר במתן משמעות נכונה למילים ולחיבוריהן.

47. למשל: פרשנות המילים "זיוף מסמך" ככוללות חריטה או הטבעה של מספר שלדה פיקטיבי על גבי כלי רכב מרחיבה את היקף האחריות הפלילית בגין זיוף. ברם, מדובר בפרשנות שמייחסת למילים הללו משמעות רגילה לנוכח הפרקטיקה המקובלת של רישום פרטי זיהוי של כלי רכב על גבי הרכב עצמו (ראו: ע"פ 228/77 זקצר נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 701, 711 (1978)). הוא הדין לגבי פרשנות המילה "כוונה" כיסוד נפשי הדרוש להתהוותן של עבירות תוצאה מסוימות. משמעותה הטבעית והרגילה של מילה זו כוללת את כל המצבים שבהם אדם עושה מעשה רצוני בהיותו מודע לתוצאותיו הרגילות, אשר נגרמות בדרגת הסתברות גבוהה (ראו: ע"פ 2418/17 קוטינה נ' מדינת ישראל (25.10.2018), פסקאות 11-19 לפסק דיני; ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, 215 פסקאות 2-1 לפסק דינו של השופט א' ברק (כתוארו אז) (1985)). כך הוא גם לגבי משמעותו המקובלת והרגילה של הביטוי "תאגיד המספק שירות לציבור" ככולל, לעניין האיסורים הפליליים על מתן שוחד לעובד ציבור וקבלתו, גם גופים פרטיים



אשר מספקים שירותים לציבור הרחב, כדוגמת בנקים וחברות שמירה (ראו: ע"פ 122/84 מנצור נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 94, 97 פסקה 5 לפסק דינה של השופטת ט' שטרסברג-כהן (1984); דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(1) 644 (2009)).

48. עיקרון החוקיות איננו דורש מבתי המשפט לפרש איסורים פליימיים בצמצום. דרישה כאמור קיימת רק בהימצא פירושים סבירים אחדים אשר תואמים את תכלית האיסור הפליימי (ראו: סעיף 34כא לחוק העונשין; ועניין אסד). עיקרון החוקיות דורש מבתי המשפט שלא להרחיב את האיסור הפליימי מעבר למשמעותו הטבעית והרגילה, גם כשההרחבה נחוצה להגנה על הערך החברתי המוגן על ידי אותו איסור. בהקשר זה חשוב להבהיר ולהדגיש, כי בענייני עבירות ועונשים, גבולות הפרשנות, שאותם אין לחצות, אינם נקבעים על ידי כל מה שהטקסט החקיקתי יכול לשאת (ראו והשוו: בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש-תע"ל נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, פ"ד נח(6) 685, 710 פסקה 21 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (2004)), אלא על ידי מה שנכלל במובנו הרגיל, הטבעי והמקובל של הטקסט החקיקתי (ראו: עניין כהן, פסקאות 9-12 לפסק דינו של השופט גרוניס). הטקסט של סעיף 351 לחוק העונשין בהחלט יכול לשאת את הכללתו של "דוד פונקציונלי" במילה "דוד", למרות היעדרם של קשרי דם או חיתון בין אותו "דוד" לקורבן העבירה. אחרי ככלות הכל, נאשם כזה קרוב הרבה יותר להיותו דוד אמיתי מאשר לאדם זר שבינו לבין משפחת הקורבן אין ולא כלום. דא עקא, הכללתו של "דוד פונקציונלי" במילה "דוד" איננה תואמת את משמעותה הטבעית והרגילה של המילה. היא סוטה ממשמעות זאת סטייה ניכרת ועל כן איננה אפשרית ואיננה קבילה.

דיני העונשין כמבוססים על כללים, להבדיל מסטנדרטים

49. המדינה העלתה לפנינו טענה שובת-לב: פרשנותה הצרה של המילה "דוד", כדורשת את קיומו של קשר דם או קשר חיתון כאמור לעיל, משאירה מחוץ לאיסור הפליימי שבו עסקינן אנשים כדוגמת המערער, אשר חרף ניתוקם הפורמלי ממשפחתו של הקטין נפגע העבירה נותרו במעגל המשפחתי של הקטין וניצלו את קרבתם אליו כדי לבצע בו עבירות מין. תוצאה כאמור אינה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק אשר חוקק את סעיף 351 לחוק העונשין כדי להגן על קטינים מפגיעה מידו של מי שחי בקרבתם (ראו: דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 33), התש"ן-1990; וע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 93-94 (20.10.2010)).

50. טענה זו נשמעת, לכאורה, משכנעת, אך לאמיתו של דבר היא איננה משנה דבר. טענה זו חותרת תחת מהותם של כללי משפט כ"כללים" - אמצעי הסדרה פרטניים, הנבדלים מסטנדרטים ומעקרונות כלליים באשר הם מצמצמים עד מאד את שיקול דעתם של בתי המשפט, הפרקליטות והמשטרה. כפי שכבר הזדמן לי להסביר, כללים משפטיים, מעצם היותם כללים, יוצרים מצבים של הכללת-יתר (over-inclusiveness) ושל הכללת-חסר (under-inclusiveness) (ראו: ע"א 2823/18 בדיר נ' רשות המיסים, פסקה 17 (3.3.2020)). כפועל יוצא ממגבלות השפה, כללים כאמור מגדילים או מצמצמים את האיסורים הפליימיים יתר על המידה, בהתחשב בערכים החברתיים שעליהם האיסורים נועדו להגן. בזאת נוכל להיווכח אם ניקח את המערער דכאן אל חיקו של סעיף 260(א) לחוק העונשין, שעניינו סיוע לאחר מעשה, ונשאל את עצמנו האם גרושתו, דודתו של קורבן העבירה, היתה נושאת באחריות פלילית אילו עזרה לו להימלט מאימת הדין אחרי שנודע לה כי הלה ביצע עבירת מין באחיניתה? שאלה זו מתעוררת לנוכח הפטור מן האחריות הפלילית בגין סיוע לאחר מעשה-עבירה שהסעיף מעניק ל"בן זוגו" של העברין הנמלט. האם במקרה זה מקבלים היינו





את טענתה של גרושת המערער כי הלכה למעשה היא נשארה בגדר בת זוג חרף גירושיהם? סבורני שלא: כשם שלא נוכל לומר שהמערער היה דודה של נפגעת העבירה לעניינו של סעיף 351 לחוק העונשין, כך גם לא נוכל לראות בגרושתו, דודתה של אותה נפגעת, בת זוגו של המערער לעניינו של סעיף 260(א) לחוק. פרשנות זו של סעיף 260(א) לחוק העונשין בלי ספק מרחיבה את האיסור הפלילי בכך שאיננה מתחשבת בזוגיות פונקציונלית שלא בין אנשים נשואים, אך הרחבת-יתר זו אינה אלא תוצאה הכרחית של היזקקותנו לכללים, להבדיל מסטנדרטים (ראו: Gideon (2015) 165, 172-181 COLUM. L. REV. (Parchomovsky & Alex Stein, Catalogs, 115) (להלן: פרחומובסקי ושטיין)). כך הוא גם לגבי הכללת-חסר כפועל יוצא של אי-נכונותנו לראות במי שאיננו קשור קשר דם או חיתון לקורבן העבירה כדודו של הקורבן לעניינו של סעיף 351 לחוק. בעולמם של סטנדרטים, התוצאה בשני המקרים הללו יכלה להיות שונה, אך עולמם של דיני העונשין הוא עולמם של כללים ולא של סטנדרטים (ראו: פרחומובסקי ושטיין, בעמ' 178-179). בעולם זה של כללים נגזר עלינו לחיות לאחר שבחרנו וקיבלנו על עצמנו את עיקרון החוקיות, כהגדרתו לעיל; וטוב שכך.

51. מסיבות טובות אלו, פועלו של כלל משפטי איננו נמדד בהתבסס על מקרה בודד המוכרע על פיו, אלא לאור התוצאה המערכתית הכוללת אליה הוא מביא - ואף זאת כבר הזדמן לי להסביר (ראו: עמ"מ 5409/18 רשות מקרקעי ישראל נ' סלימאן, פסקאות 28-29 לפסק דיני (3.1.2019)). לפיכך, אם נמצא שפרשנותה הפשוטה של המילה "דוד", כמתייחסת לדוד מחמת דם או מחמת חיתון, מביאה לתוצאה נכונה במכלול המקרים הפליליים אשר מובאים להכרעת בתי המשפט בגדרו של סעיף 351 לחוק העונשין - נאמר דינו.

52. במילים אחרות: בעולמם של כללים - שבו אנו נמצאים בעוסקנו בעבירות ובעונשים - אם הפעלתו של הכלל שבידינו מובילה לתוצאות נכונות וראויות ברוב המקרים, הכלל ייחשב לנכון ולראוי ברמה המערכתית הכוללת גם כאשר הוא מביא לתוצאה בלתי רצויה במקרה אינדיווידואלי כזה או אחר, שכן מה שקובע בכגון דא הוא המכלול (ראו: John Rawls, Two Concepts of Rules, 64 PHIL. REV. 3, 3-4 (1955)). אודה ולא אכחד: נוקשותם של כללים עלולה לעתים להביא לתוצאה שהדעת אינה נוחה עמה, אך זהו המחיר שעלינו לשלם, על כורחנו, כדי לקיים את עיקרון החוקיות ולספק לאזרחים הגנה מפני כוחם העודף של בעלי שררה. לזאת אוסיף כי לכללים ברורים ונוקשים, שאינם פתוחים למניפולציה תחת אצטלת פרשנות, יש יתרונות נוספים. הפעלתם מגבירה את יעילות עבודתם של מקבלי ההחלטות באופן שאלו אינם נדרשים להפעיל שיקול דעת בכל מקרה ומקרה; מאפשרת לאזרחים להסתמך ולכלכל את צעדיהם; ומגבירה את אמון הציבור במקבלי ההחלטות (ראו: FREDERICK SCHAUER, PLAYING BY THE RULES: PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASES DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE, 135-166 (1993)).

53. סבורני כי לא ניתן להטיל ספק בכך שברוב רובם של המקרים הבאים בגדרו של סעיף 351 לחוק העונשין, פרשנותה של המילה "דוד" כמובלת לדודים מחמת קשר דם או קשר חיתון תקלע למטרה שהמחוקק קבע לעצמו. המקרה שלפנינו, שבו משפחת הקטינה לא מנעה את גישתו של המערער אליה אחרי גירושו מדודתה, הוא מקרה נדיר יחסית. כך הוא גם לגבי כל אותם המקרים שבהם חבר משפחה, שאיננו קשור אליה בקשרי דם או חיתון, מנצל לרעה את האמון שקיבל ומבצע עבירת מין באחד מבניהם או מבנותיהם הקטינים של חבריו. ודוק: בכל המקרים הללו ניתן וראוי להחמיר את עונשו של העבריין כמותווה בסעיף 40ט(11) לחוק העונשין. אשר על כן, פירוש המילה "דוד" לעניינו של סעיף 351 לחוק, כמתייחסת לדודים מחמת קשר דם או קשר חיתון, הינו נכון וראוי ברמה המערכתית.





54. מטעמים אלה, הגעתי למסקנה כי בית המשפט המחוזי טעה בקבעו כי המערער היה דודה של נפגעת העבירה בזמן שביצע בה את זממו. המערער עבר אמנם עבירה חמורה, אולם הוא לא היה דודה של הנפגעת בעת ביצוע המעשים, וכפועל יוצא מכך, מן הדין היה להרשיעו במעשים מגונים בנסיבות אינוס בקטינה שטרם מלאו לה 16 שנים, ולא בעבירות חמורות יותר שבבסיסן מעשה מגונה בנסיבות אינוס בקטינה בת-משפחה אשר טרם מלאו לה 16 שנים.

55. זאת ועוד: המערער נטל אחריות למעשיו, הביע חרטה עליהם ושילם לנפגעת העבירה את הפיצויים שאותם חוייב לשלם. אין זה מן הנמנע שהמערער היה מודה בביצוען של העבירות הפחות חמורות שביצע, ולא היה מנהל משפט, אילו הואשם בעבירות אלו מלכתחילה. כמו כן, אין זה מן הנמנע שבמקרה כזה בית משפט קמא היה דן את המערער לתקופת מאסר מאחורי סורג ובריה קצרה מזו שהשית עליו בפועל. נוסף לכך, עלינו לקחת בחשבון כי המערער ובני ביתו נתונים בנסיבות חיים לא פשוטות כלל ועיקר.

56. מסיבות אלו, ולאחר לבטים, הגעתי למסקנה כי נעשה נכון אם נפחית את עונשו של המערער, ולו במידת-מה.

57. הנני מציע אפוא לחבריי כי נקבל את הערעור, נבטל את הרשעת המערער בעבירות של מעשה מגונה בנסיבות אינוס בקטינה בת-משפחה שטרם מלאו לה 16 שנים, ונרשיעו - חלף העבירות הללו - במעשים מגונים בנסיבות אינוס בקטינה שטרם מלאו לה 16 שנים (ושאינה בת משפחה). באשר לעונש, הנני מציע כי חלף 32 חודשי מאסר בפועל, אשר הושתו על המערער על ידי בית משפט קמא, הלה ירצה 27 חודשי מאסר מאחורי סורג ובריה, בניכוי ימי מעצרו. שאר פרטי ההרשעה והעונש יוסיפו לעמוד בעינם.

## ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים לתוצאת פסק דינו של חברי השופט א' שטיין.

1. בערעור שלפנינו נדרשנו לבחון אם אדם שהיה נשוי לדודתה של נפגעת העבירה, אולם במועד ביצוע העבירה היה גרוש ממנה, בא בגדרי "בן משפחה" כהגדרתו בסעיף 351(ה) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק). שאלה זו היא שאלה פרשנית, ויש להכריע בה על פי לשון הנורמה ותכליתה, לפי כללי הפרשנות הנוהגים בפסיקתנו מימים ימימה. כאשר עסקין בפרשנות נורמה פלילית, אם זו ניתנת לכמה פירושים סבירים לפי תכליתה, יש להעדיף את הפרשנות המקלה עם הנאשם (סעיף 34כא לחוק העונשין; ראו ע"פ 7128/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (16.5.2018) והאסמכתאות שם (להלן: ע"פ 7128/16)). על כלל פרשני זה עמדה השופטת א' פרוקצ'יה בדבריה:



"כלל הפירוש בפלילים המקל עם הנאשם מוחל, איפוא, רק בתום התהליך הפרשני של החוק, לאחר שנבחנו הן לשון והן תכליתו, ורק לאחר שמוצו כל האמצעים הפרשניים המאפשרים עמידה על תכליתו האמיתית. רק אם בסוף תהליך זה יעמדו שני פירושים שווי מעמד להוראת חוק פלילית, כי אז יש להעדיף את הפירוש המקל עם הנאשם" (ע"פ 2597/04 רויטמן נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לחוות דעתה (20.11.2006)).

2. בהקשר זה אני רואה להעיר, בכל הנוגע לדברי חברי בפסקאות 40-45 לחוות דעתו, כי פסק הדין בע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 421 (1980) (להלן: עניין מזרחי) עולה בקנה אחד עם עקרונות אלה של תורת הפרשנות המנחה את פסיקתנו (וראו גם ש"ז פלר "ברירה ממשמורת חוקית, במחדל?" עיוני משפט ח 630, 638 (1982)). במנותק מן ההכרעה הקונקרטית בעניין מזרחי, קביעתו של בית משפט זה באותה פרשה, שלפיה את החוק הפלילי יש לפרש בדרך שתיתן משמעות "הגיונית וטבעית" ללשון החוק, כדי להגשים את מטרת החקיקה (שם, בעמ' 427), לא נס ליחה והיא יושמה ומיושמת בשאלות פרשניות המובאות מעת לעת לפתחו של בית משפט זה, בדין הפלילי ובכלל (ראו, מני רבים, בש"פ 4073/17 ראדה נ' מדינת ישראל (26.3.2018); ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל, פ"ד סד (2) 699, 666 (2011); ע"פ 8831/08 מדינת ישראל נ' אלשחרה, פסקה 22 (30.6.2010); ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פסקאות 77-76 (31.12.2008); רע"פ 11066/03 מדינת ישראל נ' רום, פסקה ד (3) (28.5.2007); ע"פ 10736/04 כהן נ' מדינת ישראל, פסקאות 32-33 (26.9.2006)).

3. ומן הכלל אל הפרט: פסיקתנו נדרשה בעבר לפרשנות המסגרת הסטטוטורית שנקבעה להגדרת "בן משפחה" בסעיף 351(ה) לחוק העונשין, ובמסגרת זאת נקבע בע"פ 1523/05 פלוני נ' מדינת ישראל (2.3.2006), בהמשך להלכות קודמות שעליהן עומד חברי, כי הגדרת "בן משפחה" תחול גם על מי שאינו סב ביולוגי, אך נשוי לסבתם של נפגעי העבירה ומתפקד כסב מכוח נישואיו לסבתם (שם, פסקה 67). בכך אין משום "פריצת" ההגדרה הסטטוטורית, כי אם פרשנותה לפי כללי הפרשנות המקובלים עמנו. לעומת מקרים אלה, אני סבור כי מקום שבו ניתק קשר הנישואין בין "הדוד" ובין הדודה, לא ניתן לקבל את הפרשנות שמציעה המדינה שלפיה עדיין יש לראותו כדוד אם הוא נותר חלק מהתא המשפחתי ושומר על קשר עם נפגעי העבירה במסגרת המעגל המשפחתי הרחב. הפרשנות הרואה בגרוש של הדודה כבן משפחה בנסיבות אלו אכן יכולה להתיישב עם תכליתה הכללית של הוראת סעיף 351 להחמיר עם מי שניצל מעמדו כבעל סמכות ומרות כלפי קטין "כמבוגר הנמצא במעגל הקרוב של חייו ושהקטין נותן בו את ביטחונו ואמונו" (ע"פ 989/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 44 (19.12.2019)). ברם אני סבור כי הפרשנות לה טוען המערער, שלפיה במונח "דוד" לא כיוון החוק למי שלא נשוי עוד לדודה הביולוגית מתיישבת בצורה טובה יותר עם משמעותה ההגיונית והטבעית של הלשון שנבחרה בהגדרת "בן משפחה" בסעיף והיא אף עולה מתכליתו של ההסדר לתחום את גבולות המסגרת המשפחתית אשר ביצוע העבירות האמורות בגדרה יביא להרשעה חמורה יותר. לכך אוסיף כי הפרשנות המוצעת על ידי המשיבה מותירה את השאלה אם מי שהתגרש מדודתה של נפגעת עבירה בא בגדרי "בן משפחה" לבחינה עובדתית מורכבת יחסית, התלויה בנסיבות כל מקרה ומקרה, וגם בכך שיקול לדחייתה (ראו והשוו ע"פ 7128/16, פסקה 18). מטעמים אלה אני סבור, בהינתן ההסדר החקיקתי הקונקרטי, כי יש מקום להרחיב את ההגדרה העומדת לבחינתנו, שלא בדרך חקיקתית.

4. בצד האמור, למותר לציין כי המערער אינו יוצא פטור מעולו של הדין הפלילי, וכי ניתן יהיה להתחשב ברקע לביצוע העבירה בענייניו בשלב גזירת הדין, בקביעת מתחם העונש ההולם על בסיס הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. כפי שכבר פסקנו, לביצוע עבירות בנסיבות מעין אלו שלפנינו ניתן לתת משקל לחומרה גם אם הנאשם אינו בא בגדרי



הגדרת "בן משפחה" בסעיף 351(ה) לחוק, וזאת מכוח הוראת סעיף 40ט(א)(11) לחוק העונשין, המנחה את בית המשפט להתחשב בגזירת עונשו של נאשם בניצול לרעה של יחסיו עם נפגע העבירה כנסיבה שיש בה כדי להגביר את חומרת העבירה (ע"פ 2642/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (5.10.2014)).

בנתון להערות אלו מצטרף אני כאמור לתוצאה המוצעת על ידי חברי השופט א' שטיין.

## ש ו פ ט

השופט י' וילנר:

1. אני מצטרפת למסקנה אליה הגיע חברי, השופט א' שטיין, לפיה יש לפרש את המונח "דוד", המופיע בסעיף 351(ה) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, כאחד מאחאי ההורים של נפגעת העבירה וכן מי שנשוי לאחד מאחאי ההורים. כמו כן, אני מצטרפת להערותיו של חברי, השופט ע' פוגלמן.
2. בתוך כך, אבקש להתייחס בקצרה למעמדה של תכלית דבר החקיקה בפרשנותן של הוראות חוק פליליות. כידוע, פרשנות דבר חקיקה תחל, בראש ובראשונה, מלשון החוק, וככל שהלשון מובילה לפרשנות ברורה וחד-משמעית, הרי שבכך יבוא ההליך הפרשני לסיומו. ואולם, כאשר לשון החוק יכולה לשאת מספר פרשנויות אפשריות, אזי נדרשים אנו לפנות אף לתכליתו של דבר החקיקה, על מנת להכריע בין הפרשנויות הלשוניות האפשריות (ראו: ע"א 8096/17 סקוק נ' איסחקוב, פסקה 14 לחוות דעתי (3.2.2019); בע"מ 2255/19 פלוני נ' פלונית, פסקה 23 (23.2.2020)).
3. ודוק: התהליך הפרשני המתואר לעיל, על כל שלביו, רלוונטי להוראות חוק אזרחיות, מינהליות ופליליות כאחד. בהקשר זה, לא למותר להדגיש כי סעיף 34 לחוק העונשין, מעגן במפורש את הפרשנות התכליתית הנוהגת כאמור, בקבעו: "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין" (ההדגשה הוספה, י.ו.). אכן, כפי שהבהיר חברי, השופט שטיין, כאשר עסקינן בדין הפלילי, שומה ליתן משקל בכורה לעקרון החוקיות - המהווה אחת מתכליותיה האובייקטיביות החשובות של כל הוראת חוק פלילית באשר היא. ואמנם, עקרון זה, הקבוע בסעיף 1 לחוק העונשין, לפיו "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו", מנחנו שלא להרחיב את גבולותיה של הלשון הכתובה, אלא לבכר פרשנויות העולות באופן טבעי ורגיל מלשון החוק. ברם, עקרון החוקיות, על חשיבותו הרבה, אינו עומד לבדו, ולצדו ניצבות לעתים תכליות סובייקטיביות ואובייקטיביות נוספות, אשר עשויות להוביל, במקרים חריגים, לפרשנות שאינה עולה בהכרח ממובנה הדווקני של לשון החוק אך היא מתחייבת מתכלית הוראת החוק, מהגיונה ומהשכל הישר (ראו: דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(1) 644, פסקאות 9-10 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש (2009); אהרן ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" מחקרי משפט יז 347 (2002)).



ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שטיין.

ניתן היום, כ"ב בחשון התשפ"א (9.11.2020).

ש ו פ ט      ש ו פ ט ת      ש ו פ ט

---

עב F03.docx\_20035830