

תפ"ח 46787/07/14 - המאשימה- מדינת ישראל נגד הנאשם- פלוני

בית המשפט המחוזי בחיפה

תפ"ח 46787-07-14 מדינת ישראל נ' פלוני

בפני הרכב כב' השופטים:

מ. גלעד [אב"ד]

ר. פוקס

ד. פיש

המאשימה- מדינת ישראל

באמצעות פמ"ח ע"י ב"כ עו"ד גב' א. רויטבלט-פיקוס

נגד

הנאשם- פלוני

ע"י ב"כ עו"ד פ. בריק

גזר דין

איסור פרסום

אנו מתירים פרסום גזר הדין למעט כל פרט העלול להביא לזיהוי הנאשם, המתלוננת ובני משפחתם.

כללי

ביום 28.10.14, במועד בו היה קבוע התיק לשמיעת ראיות, הגיעו הצדדים להסדר טיעון לפיו הוגש כתב אישום מתוקן (סומן א') (להלן: "כתב האישום"), הנאשם חזר מכפירתו, הודה בעובדותיו והורשע בעבירה שיוחסה לו דהיינו, **נסיון למעשה סדום שלא בהסכמה**, לפי סעיפים 347(ב) בנסיבות סעיף 345(א)(1) + סעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין").

הצדדים לא הגיעו להסדר בדבר עונש מוסכם.

כתב האישום

בכתב האישום צוין כי המתלוננת נשואה לנאשם ומתגוררת עמו ביישוב בצפון הארץ (להלן: "הבית").

ביום 15/7/14 בסמוך לאחר חצות, בבית, ישנו המתלוננת והנאשם במיטתם, כשהמתלוננת שכובה על בטנה. בעודו מעיר את המתלוננת משנתה, נשכב הנאשם על גבה, הפשיל את מכנסיה ותחתוניה וניסה להחדיר את איבר מינו לפי הטבעת שלה, בעודו תופס בכתפיה וחרף התנגדותה.

הנאשם המשיך במעשיו הנ"ל לזמן מה.

ראיות המאשימה לענין העונש

מטעם המאשימה הוגשו גליון ההרשעות הקודמות של הנאשם (ט/1) כתב האישום ופסק דינו של בית משפט השלום בעכו, בת"פ 31073-04-13 ות"פ 38595-09-13, אשר לדעת ב"כ המאשימה כולל מאסר מותנה בר הפעלה (ט/2), ומכתבה של המתלוננת (ט/3). במכתבה מבקשת המתלוננת להקל עם בעלה אותו היא אוהבת, והסבירה כי היא לא חשבה להתלונן, אלא סיפרה זאת לעובדת הסוציאלית בהיות בני הזוג בטיפול זוגי אצלה המתלוננת הדגישה את משקעי עברה עם בעלה הקודם ממנו התגרשה, אשר היה אלים כלפיה, כדי להסביר את רגישותה במקרה זה. אמנם המתלוננת לא חזרה בה מדבריה נגד הנאשם, אך הדגישה את "אשמתה" לאירוע, כפי שהיא רואה אותה.

המתלוננת הרחיבה בעניין מעלותיו הטובות של הנאשם, שנשא אותה לאישה כשהיא אם לשלושה ילדים מנישואים קודמים, ציינה שיש להם ילדה משותפת (תינוקת) וביקשה לשחררו מן הכלא.

בעדותה לענין העונש חזרה המתלוננת על האמור במכתבה, באומרה:

"אני באתי היום לפניכם להגיד ולבקש שלא תיתנו לבעלי להיות בכלא ותקלו על העונש, כי אני מאוד מאוד זקוקה לו, האדם מאוד נחוץ בבית, מאוד מאוד קשה לי מכל הבחינות, אני מאוד אוהבת את האדם הזה, האדם הזה הוא החצי השני שלי. יש לנו ילדה משותפת .., יש לי עוד שלושה ילדים... הוא אבא טוב, הוא נכנס לחיים שלי במטרה לתת חום, אהבה ויחס, וזה מה שהוא עשה. אני אישית לא ידעתי להעריך את זה. אני הייתי גרושה מקודם... היו לי תסכולים של הגירושים. אני מבקשת שהוא אדם באמת טוב, היינו ביחסים כן טובים, אני מאוד אוהבת את הנאשם ומאוד זקוקה לו... אני לא התכוונתי להתלונן. הנאשם לא עשה מעשה כזה קיצוני. אני הגזמתי ולא הייתי צריכה לעשות את זה".

מעיון בגליון ההרשעות הקודמות של הנאשם (ט/1) עולה כי לנאשם עבר פלילי לא זניח, הכולל 10 הרשעות החל משנת 1994 ועד שנת 2009 ועיקרן עבירות הקשורות לשימוש בסמים אך גם אלימות, היזק לרכוש ואיומים.

בין שנת 2009 לינואר 2014 קיימת הפסקה ברצף ההרשעות כשביום 20.1.14 הורשע הנאשם בביצוע שתי עבירות

אלימות נגד אשתו, המתלוננת, בשני תיקים אותם "צירף" ובהם 3 עבירות - **תקיפה סתם, תקיפה הגורמת חבלה של ממש ואיומים** - כולן כלפי אשתו המתלוננת (ט/2).

למעשה, שתי הרשעות אלה הינן הרשעות מס' 1 ו- 2 בגיליון ההרשעות הקודמות (ט/1) אולם, בעצם מדובר בהרשעה אחת כיוון ששני התיקים "צורפו" בפני אותו בית משפט שגזר עונש אחד בגין שניהם. לאחר שנתקבלו שני תסקירי שרות מבחן מהם הסתבר כי בני הזוג עלו על דרך שיקום וטיפול, נדון הנאשם ביום 20/1/14, בשני התיקים הנ"ל, למאסר מותנה של 6 חודשים למשך 3 שנים "...והתנאי הוא כי הנאשם לא יעבור בתקופה זו על אחת העבירות בהן הורשע בתיק זה ובתיק המצורף ויורשע עליה".

בית המשפט קמא העמיד את הנאשם במסגרת גזר דינו בתיקים הנ"ל בתקופת מבחן של 18 חודשים ובמועד ביצוע העבירה בתיק שבפנינו, היה הנאשם עדין נתון במבחן. לפיכך, בשל בקשת שרות המבחן, הופקע צו המבחן ביום 21/10/14.

ראיות ההגנה לענין העונש

כאמור, מטעם ההגנה העידה המתלוננת והסניגור הגיש גם את תסקירי שרות המבחן שניתנו במסגרת שני התיקים הנ"ל(ט/1).

טיעוני ב"כ המאשימה לענין העונש

ב"כ המאשימה טענה בכתב (ט/4) ובעל פה כי הנסיבות המיוחדות בתיק זה ועמדת המתלוננת, נלקחו בחשבון ע"י המאשימה בטרם הגעה להסדר הטיעון המקל, לדעתה, ואין להתחשב בהן שוב לצורך קביעת עונש מקל, כטענת הסניגור.

הואיל והעונש המירבי שבצידה של העבירה בה הורשע הנאשם הינו 16 שנות מאסר, הרי שתוך התייחסות לחובת בית המשפט לפי סעיף 355 לחוק העונשין, להשית "עונש מזערי" אלא אם ישנם "טעמים מיוחדים" לסטות ממנו (סעיף 5 לטיעוני ב"כ המאשימה בכתב - ט/4), הציעה ב"כ המאשימה לקבוע מתחם עונש הולם שנע בין 4 שנות מאסר (רבע העונש המירבי) ל- 6 שנות מאסר.

ב"כ המאשימה רואה חומרה רבה בעבירת נסיון למעשה סדום, גם כשמדובר באשת איש, ובמיוחד במקרה זה כשמדובר בנאשם שיש לו הרשעות קודמות ואף תקף בעבר פעמיים את אשתו וגם איים עליה, ומכאן שלא למד את לקחו.

גם התנגדות המתלוננת, שישנה בתחילת המעשים, למול העובדה כי הנאשם המשיך במעשיו ולא הפסיקם מיד כשהיא ביקשה זאת, מהווה נסיבה לחומרה, לדעת ב"כ המאשימה.

ב"כ המאשימה ביקשה כי עונש המאסר המותנה שהינו "בר הפעלה" לדעתה, בעניינו של הנאשם, יופעל באופן מצטבר לכל עונש מאסר שייגזר בתיק זה. לדעתה, אף שבית המשפט קמא קבע שהעונש המותנה יחול במידה והנאשם יבצע

את אותן עבירות בהן הורשע- איומים, תקיפה סתם ותקיפה הגורמת חבלה של ממש - הרי שהעבירה של נסיון למעשה סדום היא עבירת אלימות מובהקת שהאלימות בה לא רק אינה רנטית, אלא שבמקרה זה הנאשם ניסה להחדיר את איבר מינו לפי הטבעת של המתלוננת "בעודו תופס בכתפיה וזאת חרף התנגדות המתלוננת... (והוא) המשיך במעשיו לזמן מה". ומכאן, שהאלימות במקרה זה היא חלק מן היסוד העובדתי של העבירה ואינה נובעת רק מהגדרת העבירה של מעשה סדום, כעבירת מין ואלימות.

ב"כ המאשימה הפנתה לפסיקה העוסקת בעונשים שהושטו במקרים דומים. לדעתה, הפסיקה מאפשרת הפעלת התנאי גם כשמדובר בעבירת "נסיון", ובעיקר הפנתה לפסיקה, הקובעת שהפעלת התנאי תיעשה לא לפי בדיקה דווקנית של סעיפי העבירה עליהם חל התנאי, אלא בדיקה מהותית ותכליתית, (ט/5). דהיינו, שכאשר "העבירה הנוספת" היא עבירת אלימות מובהקת כמו מעשה סדום, יופעל התנאי גם אם אין זהות בין "העבירה הנוספת" לבין סעיפי העבירה לגביהם חל המאסר המותנה.

טיעוני ב"כ הנאשם לענין העונש

בטיעון בכתב (1/ס) ובעל פה, טען הסניגור כי מדובר במקרה שנסיונותיו גבוליות, בין בעל ואישה האוהבים אחד את השני ומעוניינים להמשיך לחיות ביחד, ואשר הטיפול הזוגי בעבר - שבא לאחר שהורשע בעבירות אלימות כלפי אשתו - סייע להם מאוד והנאשם מעוניין להמשיך בו.

לדעת הסניגור מדובר באירוע שנמשך זמן מאוד קצר והנאשם הפסיקו. לדבריו, כתב האישום המקורי כלל מרכיבים אלימים יותר ושונה, וההודאה באה מיד לאחר שינויו.

הסניגור הוסיף כי ראוי, בשל הרגישות והמיוחדות של יחסים בין בעל לאישה, לראות מקרה זה כמצוי ברף הנמוך של חומרה ולגזור עונש בהתאם.

הסניגור הפנה להודאתו וחרטתו של הנאשם, לכך שבעבר הצליח בטיפול זוגי, לבקשת המתלוננת להקל עליו, לכך שהמתלוננת לא התלוננה כלל על המעשה, לכך שגם היא רואה בו מקרה חריג, אשר לדעתה נבע מהתנהגותה היא כלפי הנאשם, ולבקשתה להחזיר את הנאשם לחיק המשפחה.

ב"כ הנאשם הפנה אף הוא לפסיקה (3/ס) ממנה מבקש הוא להסיק כי מתחם העונש ההולם במקרה זה נע בין חצי שנת מאסר לריצוי בעבודות שרות לבין 12 חודשי מאסר בפועל, כשלדעתו, יש להקל בדינו של הנאשם בצורה משמעותית ביותר ולאפשר לנאשם ואשתו לשקם חייהם ביחד.

הסניגור טען כי מתחם העונש ההולם שהוצע על-ידי ב"כ המאשימה חמור מדי וגם הפסיקה שהוגשה על ידה, אינה תואמת את נסיבות המקרה דנן.

בנוסף, הדגיש הוא לקולא את הודאת הנאשם שחסכה עדות המתלוננת, והביע דעתו כי בבית המשפט העליון טרם נדונה באופן יסודי שאלת היחס בין עונשי המינימום, למתחם העונש ההולם (סעיפים 16-17 לטיעון בכתב (1/ס)).

לדעתו, המאסר המותנה לא חל במקרה זה כיוון שבית המשפט, אשר גזר את המאסר המותנה, הדגיש כי הוא יחול רק

אם הנאשם יבצע עבירה נוספת זהה לעבירות בהן הורשע, דהיינו איומים, תקיפה סתם ותקיפה הגורמת חבלה של ממש.

דברי הנאשם

בדבריו האחרונים סיפר הנאשם על התמכרותו בעבר לסמים מהם נגמל ואת הטיפול הזוגי המוצלח שהשתתף בו לאחר שהורשע בעבירות האלימות כלפי אשתו. הנאשם ביקש להקל בעונשו כדי שהבית שהקים עם המתלוננת "לא יתרוסק", כדבריו, וכן הסביר כי תנאי המעצר קשים עבורו, הבטיח שלא יחזור על העבירות והסביר את הנסיון לבצע מעשה סדום במתלוננת, באומרו:

"בדיוק לפני שנעצרתי היה טיפול זוגי סגור. יש לי משפחה מאוד אוהבת ותומכת ואני רוצה לחזור ולחיות עם אשתי, ואנו מתכננים עוד ילד. אני בהלם, לא ידעתי מה היא רוצה להגיד. אני כאשר אשתי היתה בהריון 8 חודשים לא קיימנו שום דבר, אני גם לא רציתי מבחינה דתית וגם מבחינת פגיעה של האישה שהיא בהריון. ופתאום אחרי שנולדה לי הילדה פתאום חזר לי החשק אליה. חשקתי בה, היא אשתי. התלהבנו שנינו מהדבר הזה וטעיתי".

דין

פסק דין מרכזי בתחום רגיש זה של כפיית יחסי מין על אשת איש, על-ידי הבעל, הינו ע"פ 2346/98 **משה ימיני נ' מדינת ישראל** (24.8.98).

במקרה זה אנס בעל את אשתו עת הזוג מצוי בהליכי פירוד אך מדי פעם קיימו יחסי מין.

בית המשפט העליון ציין כדלקמן:

"אינוס של בעל את אשתו הוא הבעייתי ביותר מבין סוגי האינוס המוכרים. הרגישות המיוחדת שבמערכת בני זוג המורכבת מרבדים רגשיים רבים ושונים, החיכוך היום יומי, המגע התמידי, השהות המשותפת תחת קורת גג אחת וקיום יחסי מין כחלק אינטגרלי מחיי הנישואין, יוצרים מערכת יחסים מורכבת, רגישה, שברירית, הפכפכה, רווית קשיים, מתחים, מריבות, התפייסויות, עליות ומורדות, העלולים לטשטש את הגבול בין הסכמה לסירוב. עם זאת אין להטיל ספק בכך, שיש ובעל מקיים עם אשתו יחסי מין בכפייה, בעל כורכה וחרף התנגדותה. ומשכך נעשה, הרי זה אינוס. בחלק מהמקרים נובע היחס הכוחני אדנותי של הבעל כלפי אשתו, מתוך תפיסת עולם מעוותת, בה נתפסת האישה כמי שמשמשת כלי לסיפוק צרכיו ויצריו של הבעל. אין להמעיט בחומרת מעשים מעין אלו המהווים חלק מתמונה עגומה של אלימות במשפחה. אכן, בנישואים מגולמים חיי מין בין בני זוג, אלא שאין בכך כדי לבטל את החובה המוסרית, האנושית והמשפטית לקיימם אך ורק בהסכמה ולכבד סירוב והתנגדות".

הואיל ובאותו מקרה מדובר היה בבעל שאהב את אשתו, ולמרות שקיימה מערכת יחסים רומנטית עם גבר אחר הוא רצה לשמור על התא המשפחתי, הואיל והיה נעדר עבר פלילי וחי חיים נורמטיביים עד למקרה זה, הואיל והיה שרוי במתח בשל צעדים משפטיים שנקטה כלפיו אשתו והואיל ולפני, ואחרי האונס, קיימו יחסי מין בהסכמה, הציעה כב' השופטת שטרסברג-כהן, כי הערעור יתקבל ויושת על המערער עונש מאסר לריצוי בעבודות שרות אולם, דעתה נותרה דעת מיעוט.

בשל אותם נימוקים הסכימו אמנם שופטי הרוב לקבלת הערעור ולהקל מעט בעונשו של המערער, כך שיועמד על 18 חודשי מאסר בפועל במקום 24 חודשי מאסר בפועל שגזר בית המשפט המחוזי.

בענייננו, ניסה הנאשם בדרך כוחנית - אם כי לא חמורה - להחדיר את איבר מינו לפי הטבעת של אשתו ועל כן הורשע בעבירה של נסיון לבצע מעשה סדום, שהעונש בצידה זהה לעונש בגין העבירה המוגמרת.

אכן מדובר בנסיבות עבירה ואשם המצויות ברף נמוך של חומרה אך לא ברף מבוטל כפי שטוען ב"כ הנאשם, ובהקשר זה אנו סבורים כי אונס ומעשה סדום מצויים באותו רף של חומרה כמובן, כל מקרה לפי נסיבותיו.

הנאשם היה במהלכו של הליך שיקום, כפי הנראה בכיוון חיובי, אך הפר ברגל גסה צו מבחן שהושת עליו, עד שהופקע לבקשת שרות המבחן.

במסגרת נסיבות ביצוע העבירה מוכנים אנו להתחשב גם בדברי המתלוננת, אשת הנאשם, אך רק במידה מסוימת, שכן קיים חשש בליבנו כי לא רק שאויימה בעבר והותקפה, אלא שהיא אם לארבעה ילדים וזקוקה לנאשם לפרנסתה ולפרנסת ילדיה, היא איננה רוצה לפרק בפעם השניה תא משפחתי, ובמידה מסוימת, מדובר ב"תסמונת האישה המוכה" שמוכנה לשאת גם באלימות ישירה וגם באלימות מינית כדי לשמור על נישואיה, לא להתגרש פעם נוספת ולהמשיך לחיות עם הנאשם כדי שייקל עליה לגדל ולפרנס את ילדיה.

איננו סבורים כי מדובר "בתכנון" מיוחד שקדם לביצוע העבירה וכפי הנראה הרקע לביצוע העבירה נבע מכך שהנאשם חשק באשתו. גם הנזק שנגרם אינו רב והא-ראיה שהמתלוננת לא חשבה להתלונן במשטרה ואף לא רצתה להתלונן, אלא שסיפרה את הדברים לעובדת הסוציאלית וזו פנתה למשטרה, ונכון שעשתה כך.

כאמור, ב"כ הצדדים העלו בטעוניהם את הקשר בין חובת בית המשפט בעבירות מין לגזור עונש מזערי לפי סעיף 355 לחוק העונשין, אלא אם יש "טעמים מיוחדים" להימנע מכך, לבין השאלה האם ניתן לקבוע את הרף הנמוך של מתחם העונש ההולם, כפי הצורך לאחר תיקון 113 לחוק העונשין, מתחת "לעונש המזערי" שבענייננו הוא 4 שנות מאסר.

בניגוד לטענת הסניגור כי בית המשפט העליון טרם דן באופן יסודי בשאלה זו נאמר כי נושא זה נדון בצורה ממצה בע"פ 1605/13 פלוני נ' מדינת ישראל (27.8.14), שם קבע בית המשפט העליון, מפי כב' השופט ס. ג'ובראן, כדלקמן:

"מקובלת עלי עמדת המשיבה לפיה מתחם עונש הולם שתחתיתו נמוכה מעונש המינימום יכול להיקבע רק אם ניתנו טעמים מיוחדים לכך. אני סבור כי עונש המינימום

שקבע המחוקק הוא אינדיקציה לחומרה שמיוחסת לעבירה ולמידת הפגיעה בערכים המוגנים מביצועה. ולכן נכון שתהיה לו השפעה גם על מתחם העונש ההולם, אך כמובן בכפוף לסייג הטעמים המיוחדים שקבע המחוקק בסעיף 355 לחוק העונשין, ותוך תשומת לב בכל מקרה לשאלת חלקם של המאסר בפועל והמאסר על תנאי בענישה הכוללת (ראו גם: ע"פ 337/13 פלוני נ' מדינת ישראל.....(9.9.13)...לדעתי, פרשנויות אחרות, למשל שתחתית מתחם העונש ההולם לא תהיה נמוכה מעונש המינימום או שניתן להתעלם מעונש המינימום, אף מבלי טעמים מיוחדים בעת קביעת תחתית מתחם העונש ההולם, תבאנה למצב בו לא תהיה הלימה בין חומרת העבירה לבין המתחם, הן בניגוד לתיקון 113 לחוק העונשין והן בניגוד לסעיף 355 לחוק העונשין".

דא עקא שב"כ שני הצדדים לא נתנו דעתם - וחבל שכך - לסעיף 27 לחוק העונשין שכותרתו "**עונש מיוחד על נסיון**" קובע כי "הוראה שבה נקבע לעבירה עונש חובה או שנקבע לה עונש מזערי, לא תחול על נסיון לעבור אותה".

אמנם לעבירה של מעשה סדום נקבע לפי סעיף 355 לחוק העונשין עונש מזערי אולם, הוראה זו לא חלה על נסיון לעבור עבירה זו בשל קיומו של LEXSPECIALIS, בסעיף 27 לחוק העונשין.

לפיכך, לא מתעוררת בענייננו שאלת היחס בין עונש מזערי לבין הרף התחתון של מתחם העונש ההולם.

הערכים החברתיים אשר נפגעו ע"י מעשה הנאשם הם הריבונות של כל אדם, כל אישה, על גופה ועל זכותה לקיים יחסי מין כלשהם רק בהסכמתה המלאה, הינם ערכים חשובים שעל בית המשפט להגן עליהם גם באמצעות ענישה מרתיעה. אשת איש אינה כלי לפורקן יצרי בעלה, ככל שיעלה הרצון מלפניו, גם בניגוד להסכמתה ו"לא" משמעותו "לא", גם כשהוא רפה וגם כשאין התנגדות כלשהי, אשר כלל אינה נחוצה לשם התהוות העבירה. על כל אדם המקיים יחסי מין עם אישה, לרבות בעל עם אשתו, להפסיקם מייד עם שמיעת המילה "לא", ולא להמשיכם כפי שעשה הנאשם.

מצד שני, מתחם העונש ההולם מושפע מנסיבות ביצוע העבירה, שכאמור בענייננו ממקמות אותה על רף חומרה נמוך.

לפיכך, אנו מעמידים את מתחם העונש ההולם בנסיבותיו של מקרה מיוחד זה, בין שנה אחת מאסר בפועל ל- 3 שנות מאסר בפועל.

אף שהנאשם היה נתון בתהליך זוגי שיקומי, כפי הנראה בכיוון חיובי, הוא לא עמד בו והפר בכך גם את האמון שנתן בית המשפט השלום בעכו, באמצעות השתתפות מאסר מותנה וצו מבחן, בגין עבירות שבגינן, בדרך כלל, מורין על מאסר בפועל.

למעשה, הנאשם "הוכיח" על-ידי ביצוע העבירה הנדונה כי תהליך השיקום שלו נכשל ובאופן זה תהליך השיקומי ואין לסטות בשל כך ממתחם העונש ההולם, אפשרות בה יכול בית המשפט לנקוט לפי סעיף 40ג. (ב) לחוק העונשין.

משקבענו את מתחם העונש ההולם ולא מצאנו לחרוג לקולא ממנו בשל שיקולי שיקום, אנו צריכים לאמוד את "העונש המתאים" לנאשם בתוך מתחם העונש ההולם.

בהקשר זה נציין לחומרא את עברו הלא זניח של הנאשם בעבירות סמים, אלימות ורכוש, ואיננו מקבלים את טענת הסניגור כי התקופה בין 2009 ל-2014 בה אין הרשעות לנאשם, מצביעה על כך כי נטש את דרכו העבריינית והא-ראיה, איים ותקף את אשתו, וזמן קצר אחר כך, תוך כדי טיפול זוגי וצו מבחן, ניסה לבצע בה מעשה סדום, כמפורט בתיק שבפנינו.

יחד עם זאת, הרושם העולה מתסקירי שרות המבחן שהועמדו לרשותנו הוא, כי זהו מאסרו הראשון של הנאשם מאחורי סורג ובריח (בעבר נדון פעמיים למאסר שרוצה בעבודות שרות, פעם 5 חודשים ופעם 6 חודשים), אשר פוגע בו בצורה משמעותית ולמעשה, גם משפחתו נפגעת. ראינו שגם אשתו, למרות העבירה שבוצעה כלפיה, מעוניינת בחזרתו אל התא המשפחתי.

הנאשם הודה ונטל אחריות על מעשיו בשלב מוקדם של המשפט ולאחר שכתב האישום שונה באופן משמעותי. אנו סבורים כי חרטתו כנה והוא עושה מאמצים לשקם את חייו המשותפים עם אשתו ולכך יש לתת משקל משמעותי לקולא (ע"פ 4597/13 אנטוניו פיצו נ' מדינת ישראל(22.9.14)). מעיון בתסקירים שהוגשו התרשמנו כי נסיבות חייו של הנאשם לא היו קלות וגם לכך ניתן משקל בבואנו לגזור את דינו.

לא נשתכח מאיתנו כי במסגרת "העונש המתאים" בתוך מתחם העונש ההולם, רשאי בית המשפט לשקול (לפי סעיפים 40.ו- ו-40.ז.) שיקולי הרתעה אישית והרתעת הרבים. אולם, ההתחשבות בשיקולים אלה אינה פשוטה הואיל ולא הובאו בפנינו ראיות - למעט הטענה כי על פי הפסיקה, ענישה חמורה מאחורי סורג ובריח מביאה להרתעה - כי קיים "סיכוי של ממש" שענישתו של נאשם זה בחומרה תרתיע אחרים כמותו, והרי זהו תנאי מוקדם להפעלת שיקולי הרתעת היחיד או הרבים, כנימוק להחמרה בענישה.

לא סברנו כי ראוי במקרה זה לקבל את עתירת ב"כ המאשימה להשית פיצויים על הנאשם, כיוון שבמידה ורוצים אנו בחיזוק התא המשפחתי, "יצאו אלה מיד ימין (הנאשם) ויחזרו חזרה מיד שמאל (האישה, המתלוננת)" ולא הועלנו בדבר.

אנו סבורים כי צודקת ב"כ המאשימה בטענתה כי עונש המאסר המותנה בן חצי שנה הינו בר הפעלה במקרה זה.

ראשית, ולכך גם הסניגור הסכים - ובדין כך - ההלכה היא שעבירת נסיון יכולה להפעיל מאסר על תנאי שהושת בגין עבירה מוגמרת (ראו בענין זה ע"פ 4517/04 מסארוה נ' מדינת ישראל (11.11.04)).

נכון הוא שבית המשפט קמא ניסח את התנאי כשהוא חל לכאורה על אותן העבירות בהן הורשע בפניו הנאשם על ידו דהיינו, איומים, תקיפה סתם, ותקיפה הגורמת חבלה של ממש. אולם, כדברי ב"כ המאשימה, עבירת מעשה סדום אנאלי, כוללת בחובה באופן אינהרנטי אלימות ואף נוסף אלימות קשה. אם לא די בכך, עובדות כתב האישום בהן הודה

הנאשם מצביעות באופן ישיר על אלימות כיוון שהוא החדיר את איבר מינו לפי הטבעת של המתלוננת, בעודו תופס בכתפיה וחרף התנגדותה הוא המשיך במעשיו זמן מה דהיינו, לא הפסיקם מיד עם בקשתה.

על פי הפסיקה, אף זו אשר אליה הופנינו ע"י הסניגור, הפעלת המאסר המותנה איננה נעשית רק במקרה בו הורשע הנאשם בדיוק באותו סעיף עבירה לגביו ציין בית המשפט קמא כי חל התנאי, אלא יש לפרש את התנאי באופן תכליתי על פי מטרת התנאי שהוטל. אנו סבורים כי לו נשאל בית המשפט קמא סמוך להשתת התנאי, מהי מטרתו העיקרית התשובה היתה לנסות, באמצעות המאסר המותנה, למנוע אלימות עתידית כלפי אשת הנאשם. פרשנות זו מביאה בהכרח למסקנה שעבירת אלימות אשר עונשה המירבי 16 שנות מאסר, מפעילה תנאי בגין עבירות אלימות שעונשן המירבי שנתיים ושלוש שנות מאסר, בבחינת היות "הרחב" מכיל את "המצומצם".

טול דוגמא: לו הורשע הנאשם בגין דקירת אשתו בסכין בעבירה של "חבלה חמורה בנסיבות מחמירות", לפי סעיפים 333 + 335(א)(1) לחוק העונשין, שדינה המירבי 14 שנות מאסר, נקל היה להבחין כי התנאי בר הפעלה. ומדוע יהא הדין שונה, משהורשע בביצוע עבירה של נסיון למעשה סדום אנאלי, שהאלימות בולטת בה, שדינה המירבי 16 שנות מאסר?

בהקשר זה נוסף כי מאסר על תנאי שהוטל על נאשם, יש בדרך כלל להפעילו באופן מצטבר, על פי האמור בסעיף 58 לחוק העונשין, כי: "מי שהוטל עליו עונש מאסר בשל עבירה נוספת והופעל נגדו עונש המאסר על תנאי, ישא, על אף האמור בסעיף 45, את שתי תקופות המאסר בזו אחר זו, זולת אם בית המשפט שהרשיעו בשל העבירה הנוספת ציווה, מטעמים שירשמו, ששתי התקופות כולן או מקצתן יהיו חופפות".

בשל היות העבירה בה הורשע הנאשם-ונדגיש, רק בשל נסיבותיה המיוחדות - ברף חומרה נמוך באופן יחסי, החלטנו לגזור על הנאשם עונש מתון במסגרת מתחם העונש ההולם אולם, לא מצאנו מעבר לכך, "טעמים שירשמו" שלא להורות על צבירת העונשים, במיוחד כשהעבירה דנן בוצעה זמן קצר אחרי גזירת המאסר המותנה.

על כל נאשם שמרחף מעל ראשו מאסר מותנה לדעת, כי המאסר המותנה איננו כתב "הנרשם" על הקרח ונעלם עם התמוססותו, אלא שטר ושוברו בצידו ועליו להיזהר היטב לבל יבצע עבירה נוספת שמפעילה את התנאי. על כן, רק במקרים חריגים, מיוחדים, יופעל המאסר על תנאי באופן חופף בשל המדיניות הנ"ל. למעשה - ובענייננו הדבר בולט לעין - הקל בית משפט השלום בדינו של הנאשם בגזרו עונש מתון של מאסר על תנאי וצו מבחן, אך שם בפניו תמרור אזהרה המודיעו, כי אם יפר את האמון שניתן בו ויבצע עבירה נוספת המפעילה את המאסר המותנה, יבוא יום "התשלום" באמצעות הפיכת המאסר המותנה למאסר בפועל, ויהא עליו "לשלם" את מה שלא "שילם" כשנגזר עליו עונש מאסר על תנאי. מכאן החובה, בדרך כלל, שעונש מאסר על תנאי שהופעל, ירוצה במצטבר לעונש המאסר שנגזר בגין "העבירה הנוספת", ולא באופן חופף, כי אחרת טעמו ההרתעתי של המאסר המותנה, מאבד את כוחו.

לאור האמור לעיל, אנו גוזרים על הנאשם את העונשים הבאים:

א. 18 חודשי מאסר בפועל.

ב. אנו מפעילים את עונש המאסר על תנאי בן 6 חודשים שנגזר עליו על-ידי בית משפט השלום בעכו בתיקים המצורפים; ת"פ 31073-04-13 ות"פ 38595-09-13, באופן מצטבר לעונש של 18 חודשי מאסר בפועל שגזרנו על הנאשם בתיק שבפנינו.

סה"כ ירצה הנאשם 24 חודשי מאסר בפועל, בניכוי תקופת מעצרו מיום 15.7.14 ועד היום.

ג. 30 חודשי מאסר על תנאי לבל יעבור במשך 3 שנים כל עבירת אלימות או מין מסוג פשע.

ד. 8 חודשי מאסר על תנאי לבל יעבור במשך 3 שנים, כל עבירת אלימות או מין מסוג עוון.

אנו ממליצים בפני שב"ס לשלב את הנאשם בטיפול המתאים לו, וזאת במידה ויביע רצון להשתתף בטיפול כזה.

הודעה לנאשם זכות הערעור לבית המשפט העליון, תוך 45 ימים.

ניתן היום, י"ז כסלו תשע"ה, 09 דצמבר 2014, בנוכחות הנאשם וב"כ הצדדים .