

תפ"ח 1025/08 - מדינת ישראל נגד מ. מ.

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תפ"ח 1025-08 מדינת ישראל נ' מ.

בפני כב' השופטת שרה דותן - אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

המאשימה

מדינת ישראל

ע"י ב"כ עו"ד גלי חצב

נגד

הנאשם

מ. מ.

ע"י ב"כ עו"ד גלאון קפלנסקי

גזר דין

ניתן בזאת צו איסור פרסום על שם הקטינה בתיק, וכל כל פרט שיש בו כדי להביא לזיהוייה.

כב' השופטת יהודית שיצר

1. ביום 18.5.2014 הורשע הנאשם לאחר ניהול הוכחות בעבירת בעילה אסורה של קטינה מתחת לגיל 16 ע"י בן משפחה, לפי סע' 351(ב) **לחוק העונשין, התשל"ז-1977** (להלן: "**החוק**") כפי שפורט באירוע הראשון שבכתב האישום.

רקע עובדתי

2. הנאשם, יליד 1960, היה בן זוגה של ר.מ. אם המתלוננת והתגורר עמה בדירה במשך כ- 3 שנים, נכון למועד ביצוע העבירה. לר.מ. בת קטינה ילידת 1991, שסובלת ממוגבלות שכלית, (שמהותה תפורט להלן), ואשר שהתה בפנימייה משנת 2001 בעקבות צו השגחה (להלן: "**ט"י**", או "**הקטינה**").

במועד כלשהו באוגוסט 2007 שהו הנאשם והמתלוננת לבדם בדירה. הנאשם ביקש מהקטינה להיכנס לחדרה ולאחר מכן ביקש ממנה לסגור את הדלת והיא עשתה כן. הם ישבו על מיטת הקטינה, הנאשם ליטף את פניה וכתפיה. לבקשת הנאשם, הורידה הקטינה את בגדיה התחתונים והנאשם החדיר את אצבעו לאיבר מינה של הקטינה. לאחר מכן הנאשם הוריד מכנסיו ותחתוניו, נשכב על הקטינה, ליטף את חזה והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה של הקטינה. הנאשם פסק ממעשיו כשאימה חזרה לדירה.

כתוצאה ממעשי הנאשם הרתה הקטינה ועברה הפלה בביה"ח רמב"ם ביום... 2008 בשבוע ה - 30 להריונה.

עמוד 1

יצוין, שהנאשם זוכה מהאירוע המיני השני שתואר בכתב האישום ושכונה בהכרעת הדין "אירוע המקלחת". יש גם להזכיר כי ב- 20.9.10 בשלב מתקדם יחסית בניהול התיק, בעקבות הודעה נוספת שנגבתה מהקטינה, הגישה המאשימה כתב אישום מתוקן, בו נוספו אירועים מיניים אחרים בין הנאשם לקטינה. לאחר השתלשלויות שונות חזרה בה המאשימה ביום 15.12.13 מהאישומים שבאירועים שנוספו וביקשה לחזור לכתב האישום המקורי, שכלל שני אירועים מיניים בלבד.

הראיות לעונש

3. הנאשם הביא שני עדים לעניין הטיעונים לעונש: אימו - מ' א', ואחיו - נ' מ'.

אם הנאשם העידה, שהיא אישה גרושה מאז היה הנאשם ילד קטן, אינה עובדת כיום, הנאשם גר אצלה וגם הבן הבכור שלו גר אצלה. לדבריה, הנאשם עוזר לה מאד והיא זקוקה לו בשל מצבה. היא ציינה כי היא אישה חולה הסובלת מלחץ דם, תת פעילות של בלוטת התריס וראומטיזם וזקוקה לסיוע, לכסף ולתרופות. היא הגישה מסמך רפואי המעיד על מצבה (במ/2).

אחיו של הנאשם, פנסינר של המשטרה, העיד שכשהיה ילד הוריהם התגרשו והם עברו לחזקת האם. כשהנאשם היה בן 8 הוא עבר תאונת דרכים ונפצע באגן בראש וברגלו וכתוצאה מכך נפגע נפשית מאי יכולתו לתפקד ולמד בבי"ס למוגבלים בגיל 17 אושפז בבית"ח גהה במצב של "אי שפיות" ולכן הצבא לא רצה לגייסו. לפיכך גם לא למד נהיגה. יש לו קושי בקריאה והבנת הנקרא. מעולם לא היה לו חשבון בנק, ותמיד הבוס או אשתו ניהלו עבורו את הכספים. הנאשם התחתן ונולד לו ילד, אך התגרש. לאחר שהתחתן בשנית נולדו לו עוד 3 ילדים, אך התגרש שוב. מגיל 14 הנאשם עובד כספר נשים, במשך כל השנים היה במגע יומיומי עם נשים וסיפר גם ילדים, ומעולם לא התלוננו עליו והוא אינו סוטה מין וללא עבר פלילי. אמנם קשה לתקשר עם הנאשם, אך מעולם לא שיקר, הוא חי בהכחשה נפשית גמורה לפני ואחרי המקרה. העד ביקש שיחשפו את עברו של הנאשם בבית"ח גהה כשהיה בן 17 וחצי.

בתום עדות זו ציין הסנגור כי הוא לא ראה מסמכים על מה שהאח סיפר בעדותו.

טיעוני ב"כ הצדדים

4. ב"כ המאשימה הדגישה את חומרת העבירה בה הורשע הנאשם ונסיבותיה. טענה כי באירוע בוצעו למעשה שני מעשים: אחד של החדרת אצבע והשני החדרת אבר המין. אשר למצב הקטינה הבהירה שאמנם אין אבחון שקבע שהקטינה מפגרת, אך הוגשה חוו"ד של ד"ר חננאל שנערכה לצורך השמת הקטינה במסגרת חינוכית, ממנה עולה שהיא סובלת מפיגור קל. כמו כן הפנתה לחוות דעת המומחים, ד"ר כספי וד"ר אלעזר. היא הדגישה את מצבה הנפשי הקשה של הקטינה, בעקבות ביצוע העבירה, שכל דבר מינורי מוציא אותה מאיזון. הבהירה כי לא התבקש תסקיר קורבן בגלל מצבה העדין של הקטינה אשר מעורר בה שוב את הטראומה כשמספרת מחדש מה עברה. ב"כ המאשימה הדגישה את הערך החברתי שנפגע, דהיינו שלום האדם וגופו, שלומם של קטינים והגנה עליהם מפגיעה מינית בתוך המשפחה, פגיעה בכבוד ובפרטיות ופגיעה באוטונומיה של האדם על גופו.

עמוד 2

ב"כ המאשימה הפנתה לכך שהניצול במקרה דנן הוא כפול, גם בשל היות הנאשם בן זוגה של אם הקטינה המתגורר בביתה, וגם הניצול של הקטינה שסובלת מבעיות התפתחות ופיגור קל. עוד ביקשה לראות כנסיבה לחומרה את פער הגילאים הגדול בין הקטינה שהיתה כבת 15 וחצי בעת ביצוע, העבירה לבין הנאשם שהיה כבן 47. כמו כן טענה כי נסיבה לחומרה היא הריונה של הקטינה. המחוקק בעבירה דומה הוסיף 4 שנות מאסר בגין נסיבה זו של כניסה להריון. לאור חומרת המעשים, השיקול של חלוף הזמן בטל, ובמיוחד שהתלונה הייתה יחסית מיידית, כתב האישום הוגש מהר והנאשם שוחרר למעצר בית. עוד טענה ב"כ המאשימה כי אומנם אין לנאשם עבר פלילי, אך הוא לא נורמטיבי נוכח מעשיו החמורים ונוכח אמירותיו. אומנם הנאשם רשאי לנהל הוכחות, אך לאור הבדיקה הגנטית שהיא ראייה חותכת וברורה שהנאשם לא הביא ראיות כנגדה אין הדבר יכול להיזקק לטובתו שביקש להמשיך לנהל את ההוכחות עד סופן. לשיטת המאשימה, מתחם הענישה הראוי הוא 10-16 שנות מאסר והיא עתרה לענישה ברף העליון וכן לפסיקת פיצוי לקורבן. ב"כ המאשימה הגישה פסיקה הנוגעת לעבירות מין, אך ציינה שלא מצאה בפסיקה מקרה זהה, או דומה למקרה דנן.

הסנגור טען כי אין לזקוף לחובת הנאשם את העובדה שהוא בחר להוכיח את חפותו, זוהי זכות יסוד הנתונה לו. הנאשם ניהל משפט קצר והביא רק שני עדים מטעמו. הקשר המשפחתי של הנאשם לקטינה הוא חלש יחסית, מאחר שהמדובר בקשר זוגי של הנאשם עם אימה של הקטינה במשך 3 שנים, בגיל מבוגר. אין המקרה דומה לגילוי עריות של אב לבתו או סב לנכדתו ולכן החומרה פחותה.

כנסיבות לקולא ציין הסנגור כי לנאשם אין עבר פלילי, יש לו 4 ילדים משתי נשותיו הקודמות, כשהבכור בן 35 והנאשם כבר סבא. מאז גירושו בשנת 2002 גר אצל אימו. הוריו התגרשו כשהיה בן שנתיים. יש לו 3 לילדים קטינים אשר אחד מהם גר איתו. אמור לשלם מזונות ₪ 3,000 לחודש. עבר תאונת דרכים קשה לטענתו כשהיה ילד, ובשל כך קיבל פטור מגיוס לצבא. חזר על העדות בנוגע למצבו הנפשי ואשפוזו בגהה, וטען שביהמ"ש יכול להורות על קבלת חו"ד לפי שיקול דעתו. מדובר באדם חרוץ שעבד כספר מגיל 14 ופירנס את עצמו ומשפחתו. הוא לא הצליח לעבוד במשך 5 השנים בהם היה במעצר בית וקרא כלכלית. לפני כן עבד 11 שעות ביום, וכיום חי בעליבות עם אמו לה הוא עוזר, והכנסתו היחידה היא קצבת הבטחת הכנסה מהמל"ל בסך ₪ 1,600.

כמו כן בוטלו 7 אישומים מתוך 8 האישומים שבכתב האישום המתוקן וגם באישום שנותר הנאשם זוכה מהאירוע השני. עוד הוסיף כי העבירה בוצעה בהסכמה ולא היו ראיות לשימוש בכוח.

לשיטת הסניגור, הנסיבה היחידה לחומרה מעבר לעצם ההריון היא שהעבירה בוצעה ע"י בן משפחה, אך גם בעניין זה הקירבה היא ברף הנמוך. לטענתו, הפסיקה שהביאה ב"כ המאשימה היא בעבירות חמורות יותר של אינוס. הפסיקה שקיימת בנושא עוסקת במקרים של שרשרת של מעשים. והדגיש כי לא לחינם המחוקק קבע לעבירה הנדונה עונש מקסימלי של 16 שנה ולא 20 שנה. הסנגור הגיש אסופת פסיקה מטעמו בה רף הענישה הוא של שנים בודדות. לכן לדעתו העונש לו עותרת ב"כ המאשימה חסר פרופורציה לחומרה מהנהוג בפסיקה. עוד הוסיף כי אין חו"ד לגבי הנאשם, או הערכת מסוכנות שלו. אין תסקיר קורבן, וחוות הדעת בנוגע למתלוננת מתייחסות ליכולת ההעדה שלה, אך לא למכלול חייה המורכבים, שבגינם יש לשקול ולקחת בחשבון מה במצבה הפגוע קשור ליחסיה עם אביה הביולוגי.

בסיום הטענות לעונש של הסנגור, טען הנאשם: **"אני לא עשיתי כלום, אני לא יודע שמגיע לי עונש, לא מקבל**

דין

5. תיקון 113 לחוק העונשין העוסק בהבניית שיקול דעת השיפוטי בענישה קובע בסעיף 40ב לחוק, שכותרתו "העיקרון המנחה בענישה - הלימה":

**"40ב. העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה
בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו (בסימן זה -
העיקרון המנחה)".**

מרכזיותו של עקרון זה הודגשה גם בפסיקת ביהמ"ש העליון עוד טרם התיקון לחוק (רע"פ 5326/12 תאאר סיאם נ' מדינת ישראל (לא פורסם, מיום 7.8.2012) סע' 16 לפסה"ד):

**"יש להדגיש, כי גם לפני התיקון לחוק, אשר עליו מטיל בא כוח המבקש את יהבו, העקרון
המנחה בענישה הינו "חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם" (סעיף
40ב לחוק)".**

מכל מקום, התיקון קבע שלבים בגזירת העונש כפי שביאר ביהמ"ש העליון בע"פ 8678/12 מוחמד סעד נ' מדינת ישראל, (פורסם ביום 5.8.13):

**"בתיקון 113 קבע המחוקק מנגנון תלת-שלבי לגזירת העונש. בשלב הראשון - המקדמי,
נדרש בית המשפט לבדוק האם הנאשם שלפניו הורשע בכמה עבירות, להבדיל מהרשעה
בעבירה יחידה. במידה ומדובר בכמה עבירות, על בית המשפט לקבוע האם הן מהוות אירוע
אחד או כמה אירועים נפרדים. אם מדובר באירוע אחד, ימשיך בית המשפט 'כרגיל', אל שני
השלבים הבאים (קרי, יקבע מתחם ענישה לאירוע כולו ויגזור עונש כולל לכל העבירות
הקשורות לאותו אירוע (סעיף 40ג(א) לחוק העונשין)). לעומת זאת, במדיה ובית המשפט
מצא כי בעבירות שבהן הורשע הנאשם מדובר בכמה אירועים, יקבע עונש הולם לכל אירוע
בנפרד, ולאחר מכן יוכל לגזור עונש נפרד לכל אירוע (בד בבד עם קביעה האם ירוצו העונשים
בחופף או במצטבר), או עונש כולל לאירועים כולם (סעיף 40ג(ב) לחוק העונשין); בעקבות
המסקנה שהתקבלה בשלב הראשון ימשיך בית שמפט לשני השלבים הבאים: בשלב השני קובע
בית המשפט מתחם ענישה ראוי בהתחשב בעבירה ובנסיבות הקשורות בביצועה; ובשלב
השלישי נבחנות הנסיבות שאינן קשורות לעבירה, ובהתחשב בהן גוזר בית המשפט על הנאשם
עונש המצוי במתחם הענישה שנקבע בשלב השני (אלא אם מתקיים אחד משני חריגים
שיפורטו להלן). כאן המקום לציין כי הנסיבות הקשורות לביצוע העבירה הנבחנות בעת קביעת**

מתחם הענישה (כמפורט בסעיף 40ט לחוק העונשין), והנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה הנבחנות בגזירת העונש (כמפורט בסעיף 40יג לחוק העונשין) אינן רשימה סגורה, ואין בנסיבות שציין המחוקק ופרטן במפורש, כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לשקול נסיבות נוספות (סעיף 40יב לחוק העונשין).

6. סע' 40ג לחוק שכותרתו "קביעת מתחם העונש ההולם וגזירת עונשו של הנאשם" ממשיך וקובע בהתאם לעקרון המנחה:

"40ג.א) בית המשפט יקבע מתחם עונש הולם למעשה העבירה שביצע הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה, ולשם כך יתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40ט.

(ב) בתוך מתחם העונש ההולם יגזור בית המשפט את העונש המתאים לנאשם, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40יא, ואולם בית המשפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם בשל שיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור לפי הוראות סעיפים 40ד ו-40ה."

(ההדגשות כאן ולהלן שלי, אא"כ צויין אחרת, י"ש).

בענייננו, הערכים החברתיים שנפגעו בגין ביצוע עבירת הבעילה האסורה של בן משפחה, כבכל עבירת מין, הם פגיעה אנושה בזכות היסוד של כבוד האדם, שלומו, בריאותו ובזכות האוטונומיה של האדם על גופו.

עפ"י סעיף 40ג' לחוק יש לבחון לא רק את הערך החברתי שנפגע, אלא גם את מידת הפגיעה בו. כשמדובר בעבירת מין שבוצעה בידי בן משפחה, מידת הפגיעה בזכויות יסוד אלה קשה וחמורה, ובמיוחד כשהעבירה מתבצעת כלפי קטין. וכך הודגש הדבר בפסיקת ביהמ"ש העליון:

"עבירות מין במשפחה הן מן החמורות בקשת העבירות, ובמיוחד כך, כאשר הן מתבצעות כלפי קטין חסר ישע ולאורך תקופה ארוכה של שנים. הנזק הכבד לקורבן, שלרוב אינו בר-תיקון, מחייב החמרה בדין כאמצעי גמול והרתעה".

(ע"פ 2485/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 918).

ועוד נקבע :

"החומרה היתרה נגזרת ממהותו של הקרבן- בן משפחה שנתן אמונו וביטחונו באדם הקרוב לו ביותר. כעולה מתסקיר נפגעת העבירה, מצטיירת תמונה קשה באשר לשינויים שחלו במתלוננת בעקבות המעשים..המעשים בוצעו בביתה של המתלוננת,בחדרה, במקום משכנה הפרטי, אשר מעבר להיותו קורת גג פיזית המספקת מחסה מהחוץ, תפקידו להפריד בין העולם החיצוני עתיר הסכנות והחששות לעולם הפנימי המוגן והבטוח. לא בכדי נאמר כי הבית הוא מקום מבטחו של האדם. לעומת זאת, קשה לתאר מקרה מובהק יותר של אדם חסר ישע - מקטין שנפגע מינית לילה-לילה על ידי הורהו, בדל"ת אמות חדרו".

(ע"פ 337/13 פלוני נ' מדינת ישראל(לא פורסם, מיום 9.9.13)).

פרמטר נוסף שיש לקחת בחשבון הוא סעיף 355(א) לחוק העונשין, שכותרתו "עונש מזערי", הקובע:

"355. (א) הורשע אדם בעבירה לפי סעיפים 345, 348(א), (ב) או (ג1), או 351(א), (ב) או (ג)(1) או (2), לא יפחת עונשו מרבע העונש המרבי שנקבע לאותה עבירה, אלא אם כן החליט בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, להקל בעונשו. (ב) עונש מאסר לפי סעיף קטן (א) לא יהיה, בהעדר טעמים מיוחדים, כולו על-תנאי".

מאחר שהעונש המקסימלי הקבוע בסעיף 351(ב) לחוק בו הורשע הנאשם בעניינו הוא 16 שנים, הרי שהעונש המינימלי שרשאי ביהמ"ש לגזור על הנאשם בשל עבירה זו הוא 4 שנות מאסר.

7. באשר לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה שעל ביהמ"ש לקחת בחשבון לצורך קביעת מתחם הענישה לפי סעיף 40 לחוק, הרי שאלו מפורטות בסעיף 40 לחוק, שכותרתו "נסיבות הקשורות בביצוע העבירה":

"40ט. (א) בקביעת מתחם העונש ההולם למעשה העבירה שביצע הנאשם כאמור בסעיף 40ג(א), יתחשב בית המשפט בהתקיימותן של נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר שהן משפיעות על חומרת מעשה העבירה ועל אשמו של הנאשם:

(1) - (11)...

(ב) לעניין נסיבות כאמור בסעיף קטן (א)(6) עד (9), בית המשפט יתחשב בהן ככל שסבר שהן מפחיתות את חומרת מעשה העבירה ואת אשמו של הנאשם, ולעניין נסיבות כאמור בסעיף קטן (א)(10) ו-(11) - ככל שסבר שהן מגבירות את חומרת מעשה העבירה ואת אשמו של הנאשם".

להלן איישם את הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה הרלבנטיות למקרה:

(1) התכנון שקדם לביצוע העבירה - בגלל הקשיים הראייתיים בתיק בשל עדותה הלא קוהרנטית של המתלוננת אין ממצאים מדויקים על התכנון, אם כי ניתן להסיק כי ההמתנה להעדרה של האם מהבית והכניסה לחדרה של הקטינה יכולים להיחשב כתכנון מסויים.

(2) חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה ומידת ההשפעה של אחר על הנאשם בביצוע העבירה - לא הוכחה ואפילו לא נטענה מעורבותו של אדם נוסף בעבירה. הנאשם היה היוזם והמבצע הבלעדי.

(3) הנזק שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה - מן המפורסמות הוא הנזק הרב שנגרם לקורבנות עבירות מין בכלל והקטינים שביניהם בפרט. נזק זה מתעצם כאשר התוצאה היא הריון, שהצריך הפלה, וזאת כשמדובר בקטינה, שהיא גם מוגבלת מנטלית.

(4) הנזק שנגרם מביצוע העבירה - מעדותה של הקטינה בביהמ"ש ניתן היה להתרשם ישירות ממצבה הנפשי הקשה של הקטינה שכתוצאה ממנו נאלצנו להפסיק את עדותה. התביעה הגישה בקשה לפטור את הקטינה מהמשך עדותה, ולצורך כך צורפו חוו"ד פסיכולוגיות. לאחר שנחקרו ד"ר אסף כספי וד"ר יוסי חננאל, מונתה מומחית מטעם ביהמ"ש, הפסיכיאטרית ד"ר מאיה אלעזר שהמליצה לא להמשיך בעדות, וביהמ"ש אימץ המלצה זו. כפי שתואר בחוות דעתה של הפסיכיאטרית של המומחית ד"ר מאיה אלעזר (מוצג בימ"ש 1), בשנת 2008 לאחר שנחשף הניצול המיני, ההריון וההפלה החלה הדרדרות במצבה הנפשי של הקטינה, והיא החלה לפתח תסמונת פוסט טראומטית. דווח על בריחות מהפנימייה והתפרצויות זעם תכופות. בשל ניסיון אובדני אושפזה ב... 2008 בביה"ח ושחררה כעבור שבועיים. בפנימייה המשיכה להיות תוקפנית ומוצפת בתכנים מיניים והמשיכה להביע אמירות אובדניות. אושפזה במחלקת נוער סגורה במרכז לבריאות הנפש "גהה" מדצמבר 2008 ועד אמצע ינואר 2009. עם שובה לפנימייה המשיכה התדרדרותה, ושה לאיים בהתאבדות ואושפזה שוב. ב-2009 החריף מצבה עם מסוכנות לעצמה ולסביבה והיא אושפזה שוב. ב-2011 ביצעה ניסיון אבדני נוסף לקראת עדותה בביהמ"ש והיא אושפזה שוב בביה"ח. יום לאחר שחרורה, העידה בביהמ"ש ביום 19.7.2011. ב-20.7.2011 אובחנה ע"י רופאת קופ"ח חשיבה אובדנית פעילה ונתנו לה טיפול תרופתי בכדורים. וב-2011 נסיון אובדני נוסף בביתה בבליעת שברי זכוכית. בשנים 2011-2012 המשיכה הקטינה לשהות במרכז שיקום נוער תל אביב, שם דיווחו על התפרצויות כעס ותגובות תוקפניות כלפי הצוות, כאשר תדירות ההתפרצויות פחתה בהדרגה. לאורך כל התקופה בלטו אי שקט מוטורי והפרעת אכילה.

הקטינה ציינה בבדיקה שנערכה לה אצל ד"ר אלעזר כי **"לפני הטראומה הייתי בקשר טוב עם אחי, כעת א. כך** (במקור) **מתקרבת אליו וכל הזמן רבה איתו מפני שהוא בן"** (בימ"ש/1 עמ' 9). הקטינה הוסיפה שאין לה עכשיו שום תקוות לעתיד מפני ש"צברה הרבה אכזבות".

(5) הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה - לא הוכחו סיבות מיוחדות של שנאה או נקמה, ואין עסקינן בעבריינות אידיאולוגית. היה כאן ניצול של מעמדו של הנאשם שהתגורר בבית כבן זוגה של אם המתלוננת, לפגיעה

(6) יכולתו של הנאשם להבין את אשר הוא עושה, את הפסול שבמעשהו או את משמעות מעשהו, לרבות בשל גילו - הנאשם מעולם לא טען כי המעשה שמיוחס לו מותר, הוא רק מתכחש לעצם ביצוע העבירה, כך שאין נסיבה מקלה בעניין זה.

(7) יכולתו של הנאשם להימנע מהמעשה ומידת השליטה שלו על מעשהו, לרבות עקב התגרות של נפגע העבירה - הנאשם מעולם לא טען שלא יכל לשלוט על עצמו ולא הובאו ראיות כלשהן מעברו על קשיים בשליטה עצמית. להפך - הנאשם הכחיש את ביצוע עבירה כולל בשלב הטעונוים לעונש. לפיכך הנאשם גם מעולם לא טען כי הקטינה התגרת בו.

(8) מצוקתו הנפשית של הנאשם עקב התעללות בו על ידי נפגע העבירה - הנאשם מעולם לא טען טענה כזאת.

(9) הקרבה לסייג לאחריות פלילית כאמור בסימן ב' לפרק ה'1 - הנאשם וסנגורו לא טענו טענה משפטית כזאת. אמנם אחיו של הנאשם ציין בעדותו כי מצבו הנפשי והשכלי של הנאשם מעורער, ויכולתו השכלית והבינאישית ירודה, אך לא הוגשו כל מסמכים להוכיח זאת. גם לא הוגשה כל ראיה על הפטור מהגיוס על רקע נפשי, על האשפוז הנטען בביה"ח גהה בגיל 17.5, על תאונת הדרכים בגיל 8 ועל הנזק הנפשי הנטען (ע"י האח) שנגרם כתוצאה מתאונה זו. עם זאת, ההתרשמות הכללית מהנאשם היתה שגם הוא סובל מליקוי כלשהו בהתפתחותו המנטלית.

(10) האכזריות, האלימות וההתעללות של הנאשם בנפגע העבירה או ניצולו; לא הוכח ולא נטען ע"י המאשימה כי הנאשם נקט באלימות או בכוח בביצוע העבירה, וממילא לא הובאה כל ראיה לאלימות הנאשם בביצוע העבירה.

(11) הניצול לרעה של כוחו או מעמדו של הנאשם או של יחסיו עם נפגע העבירה. אכן הנאשם ניצל את מעמדו כבן זוגה של אם הקטינה המתגורר ביחד עם הקטינה ואימה מספר שנים. הנאשם ניצל את האמון בו הן של האם והן של הקטינה, על מנת לבצע את העבירה. כמו כן, ניצל את פער הגילים הרב בינו לבין הקטינה.

יפים לעניינינו דברי כב' השופטת עדנה ארבל ב - ע"פ 10673/04 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, מיום 1.6.2008) סע' 3 לפסה"ד:

"עבירות מעין אלה בהן הורשע המערער הן מהבזויות שעלי ספר החוקים שלנו. ראויות הן למענה שיפוטי מחמיר, חד-משמעי וברור, המעמיד במרכז את הפגיעה בקרבן צעיר וחסר אונים מידי של בן משפחה קרוב המנצל לרעה את גילו, את הקרבה המשפחתית ואת האמון שנתן בו הקטין התמים. על העונש לשקף את סלידתה של החברה ממעשים אלה ולשדר מסר מרתיע לעבריינים בכוח. כן נדרש העונש לשקף את ההגנה שפורש בית המשפט על המתלוננת, קרבן העבירה, שלאחר מסע של ייסורים והתחבטויות גייסה

כוחותיה והרהיבה עוז לחשוף את המעשים שבוצעו בה על ידי אביה מולידה. על העונש להלום את חומרת המעשים ולהשיב למי שחמס במו ידיו את ילדותה של בתו כגמולו, תוך הבטחת שלומה של המתלוננת (וראו גם: ע"פ 241/03 פלוני נ' מדינת ישראל ([פורסם בנבו], 28.12.05)).

זאת ועוד, גם אם עונש חמור הוטל על המערער, ספק בעיני אם שקול הוא לנזק הנפשי והרגשי שנגרם למתלוננת. את היקפו של זה לא יידע איש לאמוד, אך זאת נדע כולנו - כי מעשים אלה צורבים כברזל מלובן נפשו של ילד ומותרים צלקות שלעולם לא תימחינה".

אמנם, במקרה זה הנאשם אינו אביה הביולוגי של הקטינה, שעל כן גילוי עריות אין במעשיו, כך שמדרג העבירה אינו החמור ביותר, אך בהיותו בן בית מעמדו בהחלט היה כשל בן משפחה והוא ניצלו לרעה.

לאור כל הפרמטרים והשיקולים שפורטו לעיל, מתחם הענישה ההולם לעבירה שבנדון בנסיבות בהן בוצעה, הוא 5 - 10 שנות מאסר, והשוו תפ"ח 1056/09 מ"י נ' פלוני (לא פורסם, מיום 28.2.11).

8. סע' 40ג(ב) מוסף וקובע, שמתוך מתחם הענישה ההולם, שקבע ביהמ"ש בהתאם לסע' 40ג ו-40ט לחוק, על ביהמ"ש לברור את העונש הראוי לנאשם הספציפי בהתאם לנסיבותיו שאינן קשורות בביצוע העבירה. נסיבות אלה מפורטות בסע' 40יא לחוק, שכותרתו "נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה":

"40יא. בגזירת העונש המתאים לנאשם כאמור בסעיף 40ג(ב), רשאי בית המשפט להתחשב בהתקיימות נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר כי ראוי לתת להן משקל בנסיבות המקרה, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם.

אתייחס איפוא לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה של הנאשם:

הנאשם כיום כבן 54. במהלך חייו לא היה מעורב בביצוע עבירות מסוג כלשהו והעבירה בה הורשע עם כל חומרתה היא היחידה בחייו, כך שאין עסקינן בסוטה מין, המסכן את הציבור הרחב.

לנאשם 3 ילדים קטינים שעליו לפרנס. הוא מחוייב במזונותיהם, לטענתו בסך 3,000 ₪ לחודש שעליו לשלם. לפי עדות אמו של הנאשם, הנאשם מסייע לה רבות והיא תיארה את קשיי תפקודה כאישה חולה.

הנזקים שנגרמו לנאשם מביצוע העבירה ומהרשעתו - כתוצאה מביצוע העבירה זוגתו - אם הקטינה, עזבה אותו, ובשל המעצר במשך כ- 5.5 חודשים ולאחר מכן מעצר הבית הממושך במיוחד שהשתרע על כ- 6 שנים הוא קרס כלכלית מאחר שלא יכל היה לעבוד. נקבע בפסיקה כי מעצר בית מהווה שיקול להקלה בעונש, אולם אין לקבוע מפתח אחיד

לניכוי ימי מעצר הבית מימי המאסר שנגזרו (ראו: ע"פ 7919/10 עזאלדין עבאס נ' מדינת ישראל (לא פורסם, מיום 21.9.2011) בסע' 10 לפסה"ד).

בית המשפט קיבל את טענת המערער כי יש להתחשב בתקופה הממושכת בה שהה במעצר-בית, והביאה כשיקול לקולה בגזירת עונשו. בנסיבות העניין, לא ראיתי נימוק לקבל את טענת המערער לפיה אין די בהתחשבות זו כשלעצמה. אף אין ניתן לקבל את הטענה כי יש לקבוע לעניין זה מפתח ניכוי מדויק, לפיו יום מעצר-בית יחשב כמחציתו של יום מעצר רגיל לצורך ניכוי מעונשו של המורשע בדין. הגבלת חירותו של נאשם המצוי במעצר-בית היא אכן הגבלה המצדיקה התחשבות בעת גזירת הדין, אך משקלה של ההגבלה משתנה מנאשם אחד למשנהו בהתאם למאפייני חלופת המעצר הספציפית שאושרה בעניינו. אין ניתן לקבוע אמות מידה אחידות לניכוי ימי מעצר הבית מקום בו מושא הכימות עצמו אינו אחיד.

בענייננו, תקופת מעצר הבית היא ממושכת במיוחד, כ- 6 שנים. מעבר לקושי של כל נאשם בתקופה מעצר הבית, כאשר חריותיו האזרחיות מוגבלות, נוסף במקרה דנן קושי מיוחד בשל אורך התקופה. במהלך שנים אלה נפגעה קשות אפשרותו של הנאשם לעבוד לפרנסתו כספר, שזה מקצועו הבלעדי מגיל 14. נתק זה מעולם העבודה אף עשוי להשליך על אפשרויות קליטתו כספר עם שחרורו וחזרתו למעגל העבודה, זאת במיוחד בהתחשב בגילו. לפיכך ראיתי להתחשב בנסיבות אלה כשיקולים משמעותיים להקלה בעונש.

(4) נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו, וחזרתו למוטב או מאמציו לחזור למוטב - הנאשם לא הראה נטילת אחריות על מעשיו ולא הביע חרטה (כפי שפורט לעיל).

(5) מאמצי הנאשם לתיקון תוצאות העבירה ולפיצוי על הנזק שנגרם בשלה- מאחר שהנאשם עודנו כופר בעבירה המיוחסת לו, ממילא הוא גם לא ניסה לפצות את הקטינה.

(6) שיתוף הפעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק - המאשימה לא טענה לחוסר שיתוף פעולה מיוחד, או שיבוש הליכי החקירה והמשפט. אומנם המאשימה טענה בטעוניה לעונש כי למרות בדיקת הדי אן איי, שהינה ראייה חדה וברורה, בחר הנאשם לנהל משפט עד סופו, אך כפי שצויין בסיפא לסע' 40א(6) לחוק "כפירה באשמה וניהול משפט על ידי הנאשם לא ייזקפו לחובתו".

(7) התנהגותו החיובית של הנאשם ותרומתו לחברה - לא הובאו ראיות מיוחדות על תרומתו לחברה. אחי הנאשם העיד כי הנאשם עבד כספר מגיל 14 של נשים וילדים, ולמרות המגע היומיומי של הנאשם עם נשים לא הייתה כל תלונה כנגדו מצד לקוחותיו. גם מצד ארבעת ילדיו לא הגיעו כל תלונות על התנהגותו כלפיהם.

(8) נסיבות חיים קשות של הנאשם שהיתה להן השפעה על ביצוע מעשה העבירה - כאמור אחי הנאשם העיד כי

הנאשם עבר תאונת דרכים כשהיה ילד שפגעה בו מבחינה נפשית. כן טען כי אושפז בגיל 17 וחצי בביה"ח גהה בשל אי שפיות וכי בשל כך הצבא לא הסכים לגייסו. דא עקא, הנאשם ולא הציג כל ראיה לטענות אלה.

(9) התנהגות רשויות אכיפת החוק - כפי שפורט בהכרעת הדין הנאשם לא הצליח להוכיח מחדלי חקירה משמעותיים, וניתן לו יומו בביהמ"ש בו ניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן ובין היתר הייתה לו גם ההזדמנות לנסות להפריך את הבדיקה הגנטית שהפלילה אותו.

(10) חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה - העבירה בוצעה באוגוסט 2007 וכעת אנו קרוב ל - 7 שנים מאוחר יותר. הימשכות ההליכים לא נגרמה בעטיו של הנאשם, אלא בעיקר מ:

א. תיקון כתב האישום, ע"י תוספת אישום בשלב מתקדם של הראיות. מאישום זה התביעה חזרה בה בשלב מאוחר יותר
ב. ממצבה של המתלוננת שנאלצה להפסיק עדותה באמצע, והצורך בהגשת חוות דעת מומחים. בעקבות חווה"ד הוחלט שלא לאפשר את המשך העדתה של המתלוננת.

לפיכך, משך הזמן שחלף יחד עם גילו של הנאשם מהווים נסיבה לקולא.

(11) עברו הפלילי של הנאשם או העדרו - לנאשם אכן אין עבר פלילי.

9. סע' 40יב לחוק שכותרתו "נסיבות נוספות" קובע:

"40יב. אין בהוראות סעיפים 40ט ו-40יא כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לשקול נסיבות נוספות הקשורות בביצוע העבירה לשם קביעת מתחם העונש ההולם, וכן נסיבות נוספות שאינן קשורות בביצוע העבירה לשם גזירת העונש המתאים לנאשם".

במקרה דנן נסיבה נוספת היא נסיבות חייה ומוגבלותה של הקטינה.

כפי שצויין בחוות הדעת הפסיכיאטרית מטעם ביהמ"ש, של ד"ר מאיה אלעזר, הקטינה היא בת להורים ששניהם סובלים ממוגבלות שכלית. אחות של האם, (עת/3) תיארה בעדותה בביהמ"ש כי האם היא **"אישה מוגבלת, גם פיזית וגם נפשית"** (עמ' 68 לפרוט', ש' 18-19). האב שהה תקופה מסויימת בכלא לאחר שהתעלל מינית באשתו. האם חיה מקצבת נכות. הקטינה נולדה טרם זמנה עם בעיות בקנה הנשימה ועברה ניתוחים ואשפוזים רבים, ואכן גם במהלך עדותה קולה היה צרוד וחלש. הדודה גם העידה ציינה בעדותה כי בשל הניתוחים נשארה לקטינה צלקת ולפיכך הולכת תמיד עם בגדים סגורים, וגם ברגל יש לה שתי אצבעות מחוברות ולכן תמיד הולכת עם גרביים. הקטינה סבלה מעיכוב התפתחותי מגיל צעיר. למדה בחינוך המיוחד. כשהייתה בכיתה ג', הקטינה ואחיה הוצאו מהבית לפני גירושי הוריהם, בשל הזנחה וחוסר יכולת ההורים לגדלם וחשד להתעללות מצד האב. החלה ללמוד בפנימייה בשנת 2000 ומצבה

הנפשי בשנות לימודיה שם הוגדר כיציב ומאוזן. בכיתה ט' עברה למסגרת ההמשך "הבית לבוגרים".

באשר למוגבלויותיה השכליות והרגשיות של הקטינה, ציינה ד"ר מאיה אלעזר, בחוות דעתה:

"רמת האינטליגנציה - פיגור קל, שללה הפרעות בפרספציה, התמצאות תקינה, שיפוט חברתי לקוי, תובנה למצבה לקויה".
(עמ' 9 לחוה"ד).

יצוין, שהקטינה אומנם לא אובחנה רשמית כמפגרת, אך בשל מוגבלותה למדה בפנימייה המותאמת למצבה. ב"כ המאשימה הפנתה לחוה"ד של הפסיכולוג יוסי חננאל, אליו הופנתה לאבחון לצורך מתן חוה"ד לוועדת השמה. ד"ר חננאל קבע בחוות דעתו שרמת התפקוד האינטלקטואלי של הקטינה הוא ברמת פיגור קל- IQ כללי של 61. במישור הרגשי והחברתי והביצועי תיאר חננאל יכולות לקויות וירודות אך לא ציין פיגור. אמנם במהלך שנות התשעים, ובמיוחד בשנת 92 השתנתה ההגדרה של פיגור מכושר שכלי המתבטא בציוני IQ ליכולת ההסתגלות והתפקוד, אך כאמור הקטינה לא עברה אבחון כחוק.

עוד יש לקחת בחשבון כנסיבות לחומרה את גילה של הקטינה, שבעת ביצוע העבירה היתה ... (ילידת 1991), ואת עצם העובדה שהבעילה גרמה להריון, שהסתיים בהפלה. ד"ר אלעזר ציינה בחוות דעתה כי ההפלה גרמה אף היא לתסמונת הפוסט טראומטית, שהתבטאה בתגובות רגשיות קשות במצבי חשיפה למשהו שמזכיר את הטראומה, כגון עגלה עם תינוק (עמ' 9 לחוות הדעת).

בשל הנזק הנפשי הקשה שנגרם למתלוננת ראיתי לפסוק לה גם פיצוי, בין היתר, לצורך מימון טיפול. ראו גישת הפסיקה כפי שבאה לידי ביטוי ב: ע"פ 7899/13 פלוני נ' מ"י, מיום 24.6.14 (לא פורסם) סעיף 33 לפסה"ד.

"יתרה מזו, יש ליתן את הדעת לכך, כפי שאף נאמר בתסקיר נפגעת העבירה שהוגש לבית המשפט המחוזי בעניינה של המתלוננת מ', שסכום הפיצוי נועד בין היתר לאפשר לקורבן לקבל טיפול. אעיר עוד, כי אין במצבו הכלכלי הנטען של המערער כדי לשנות את הקביעה או להוות אמת מידה בעת קביעת הפיצוי (ראו: ע"פ 3502/12 פלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 10 (23.6.2013); ע"פ 5761/05 מג'דלאוי נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה ט' (24.7.2006))."

יודגש, שהפסיקה שהביאו ב"כ שני הצדדים קיצונית הן לחומרה והן לקולה ואיננה הולמת את נסיבות המקרה דנן.

לפיכך, בהתחשב בעקרונות המנחים שנקבעו בתיקון 113 לחוק העונשין ולאור כל השיקולים שפורטו לעיל והנסיבות הספציפיות של המקרה ושל הנאשם, ראיתי להציע לחבריי לגזור על הנאשם 9 שנות מאסר, מתוכן 7 שנות מאסר בפועל ושנתיים מאסר על תנאי, כאשר התנאי הוא שלא יעבור עבירת מין מסוג פשע במשך 3 שנים מיום שחרורו ממאסר.

ימי המעצר יופחתו מתקופת המאסר בפועל.

כמו כן ראיתי לפסוק פיצוי למתלוננת בסך 40,000 ₪.

כב' השופטת שרה דותן, אב"ד

אני מסכימה.

כב' השופט שאול שוחט

אני מסכים.

סוף דבר

אנו גוזרים על הנאשם את העונשים הבאים:

9 שנות מאסר, מתוכן 7 שנות מאסר בפועל ושנתיים מאסר על תנאי, כשהתנאי הוא שהנאשם לא יעבור בתוך 3 שנים מיום שחרורו מהמאסר עבירת מין מסוג פשע.

ימי המעצר יופחתו מתקופת המאסר בפועל.

פיצוי למתלוננת בסך 40,000 ₪.

הודעה לנאשם זכותו להגיש ערעור לביהמ"ש העליון בתוך 45 יום מהיום.

ניתן היום 22.07.14 במעמד הצדדים.