לאחר שבחנתי את עובדות המקרה שלפנינו, סבורה אני כי בהתחשב במכלול הנסיבות, האופפות את העבירות ובערכים המוגנים שנפגעו, כמפורט בטיעוני ב"כ המאשימה, מתחם העונש ההולם בענייננו הוא בין 12-30 חודשי מאסר, אולם אני סבורה כי בנסיבות המיוחדות של המקרה, יש לחרוג לקולא מהרף התחתון של מתחם העונש ההולם.

סעיף 40ד לחוק מאפשר לבית המשפט להביא בחשבון, בעת גזירת העונש, את שיקומו של הנאשם, כאשר במקרים מסוימים ניתן אף לחרוג ממתחם העונש ההולם, אם בית המשפט משתכנע שהנאשם השתקם או נמצא בהליך שיקום שסיכוייו טובים.

ראו לעניין זה ע"פ 5146/14 **אורן נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 05.02.2015), שם נקבע:

"בהתאם לסעיף 40ד לחוק העונשין, בית המשפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם, אם מצא כי 'הנאשם השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם'. וכפי שנקבע, יש להצביע על פוטנציאל שיקומי גבוה (ע"פ 1903/13 עיאשה נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 7 (14.7.2013)). במקרה שלפנינו, תסקירי שירות המבחן שנערכו בעניין המערער מצביעים על תמונה אופטימית, לפיה המערער הביע חרטה ומוטיבציה להליך טיפולי, ובשל עברו היציב ניכר כי סיכויו להשתקם גבוהים".

וכן ע"פ 779/15 **פלוני נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 12.04.2015):

"סעיף 40ד לחוק העונשין, התשל"ז-1977 מתווה את המסגרת להתחשבות בשיקול השיקום בענישה. לפי סעיף-קטן (א) כאשר הנאשם השתקם או יש סיכוי ממשי שישתקם רשאי בית המשפט לחרוג ממתחם העונש העולם. בנוסף לכך, לפי סעיף-קטן (ב) ההתחשבות בשיקול השיקומי תיעשה ביחס לעבירות בעלות חומרה יתרה רק 'בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן, לאחר שבית המשפט שוכנע שהן גוברות על הצורך לקבוע את העונש במתחם העונש ההולם'. תחושתנו היא שמילים אלה של החוק נכתבו כשמקרה כמו זה של המערער עומד נגד עיניו של המחוקק. תהליך השיקום של המערער תואר כיוצא דופן, לא פחות מכך. לאחר מהלך חיים מורכב וקשה, שבו לא הצליח להתרומם מעל לקשיי חייו – הוא אחז בהזדמנות שניתנה לו ולא הרפה. המערער הוא אדם צעיר הנמצא בראשית חייו. שיקומו ייטיב לא רק איתו, אלא עם החברה כולה. בנסיבות אלה, אנו סבורים שיש בתהליך שעבר המערער כדי להצדיק סטייה ממתחם העונש ההולם בנסיבות העניין ולתת בכורה לשיקולי השיקום"

בענייננו, עשה הנאשם כברת דרך ארוכה במאמציו להשיב את חייו למסלול נורמטיבי, תוך נטילת אחריות והפנמה של חומרת המעשים והנזק שנגרם למתלוננת בעטיים.
כפי שהדבר מוצא ביטויו בתסקיר, שירות המבחן, אשר על אף חומרת העבירות בהן הורשע ומשמעותן, מצא לנכון להמליץ על אימוץ הפן השיקומי, וזאת לאור גילו הצעיר של הנאשם

והשתלבותו בהליך טיפולי, אשר להערכת עורכת התסקיר יש ביכולתו לסייע גם בהפחתת הסיכון במצבו בעתיד.

לאור האמור לעיל, מציעה אני לחבריי להטיל על הנאשם עונש מאסר של ששה חודשים, אותו ירצה בעבודות שירות.

באשר לפיצוי המתלוננת – למרבה הצער המתלוננת סירבה להיעזר בשירות המבחן לנוער, לאור תחושת הבגידה והנטישה שהיא חווה. אולם, התרשמתי שמדובר בנערה צעירה, אשר למרות ניסיונה להציג חזות חזקה ודעתנית, נפגעה ממעשיו של הנאשם, בעיקר בשל הקשר המשפחתי המורכב.

אשר על כן, מציעה אני לחבריי לחייב את הנאשם לפצות את המתלוננת בסכום של 10,000 ₪.

בפן ההרתעתי מציעה אני לחבריי להטיל על הנאשם עונש של עשרה חודשי מאסר על תנאי, והתנאי הוא שלא יעבור בתוך שלוש שנים מהיום עבירה מן העבירות בהן הורשע בתיק זה או כל עבירת מין מסוג פשע.

שרה דותן, שופטת
אב"ד

<u>כב' השופט מרדכי לוי:</u>

אני מסכים.

מרדכי לוי, שופט

<u>כב' השופט ירון לוי:</u>

1. קראתי בעיון את חוות דעתה היסודית של חברתי האב"ד, כבוד השופטת ש. דותן, שניתחה, באופן מעמיק, את השיקולים הרלוונטיים בענייננו.
2. בכל הכבוד, אין בידי לקבל את התוצאה העונשית אליה הגיעה חברתי, שאין בה, לעניות דעתי, מתן משקל הולם למכלול היבטי החומרה במעשי הנאשם, ולחומרת העבירות שבהן הורשע.
3. בראש וראשונה, לא ניתן להתעלם מעוצמת פגיעת הנאשם בערכים החברתיים המוגנים, ובעיקר חיי המשפחה והגנה על קטינים.

בענייננו, לא זו בלבד שהנאשם קיים יחסי מין עם אחות רעייתו - מעשים הפוגעים במוסכמות יסוד חברתיות, לקיום חיי משפחה – אלא – ועיקר – מדובר בקטינה לא בת פחות מ-15 שנים, עת החלו המעשים.

4. לאור גיל הקטינה, סבורני ששיש ליתן משקל מופחת להסכמתה למעשים.

5. בוטה ומקומם במיוחד ניצול הקשר המשפחתי וזמינותו לביצוע עבירות המין בקטינה על ידי הנאשם, לאור העובדה שאין מדובר בהתרחשות אחת, אלא בארבע הזדמנויות של קשר מיני, מתוכן בשלוש הזדמנויות מדובר בבעילה מלאה, ובאחת מהן הגדיל הנאשם לעשות ובעל את הקטינה בחדר השינה המשותף לו ולרעייתו, בעוד הרעיה ישנה בסמוך להם. בשני אירועי הבעילה בבית מלון, מדובר בתכנון מוקדם.
עוד לא ניתן להתעלם מהתמשכות המעשים משך כחצי שנה.

6. להבנתי, נסיבות אלה אינן מתיישבות עם התיאור בחוות דעת כבוד האב"ד, לפיו התמונה המצטיירת היא של "**שני צעירים.....אשר נקלעו שלא בטובתם למערבולת של התרחשויות המהוות עבירה מבחינתו של הנאשם**".
בשים לב לתכנון המוקדם, להישנות האירועים ב-4 הזדמנויות ולהתמשכותם משך כחצי שנה, התמונה המצטיירת בעיני היא שהנאשם קלע עצמו ביוזמתו, להתרחשויות שבהן הורשע. לנסיבות אלה, יש ליתן ביטוי באמצעות ענישה הולמת.

7. לעניות דעתי, יש ליתן משקל לחובת הנאשם, לנזק נוסף ומשמעותי שגרמו מעשיו - נתק בין רעייתו למשפחתה – נזק שלהשקפתי מקבל משנה חומרה לאור נתוניה המיוחדים של הרעיה.

8. לטעמי, קיים קושי רב בהסבר הנאשם ביחס לסיבה שגרמה לו לטענתו, לעשות את המעשים - נקמה ברעייתו שבה חשד כי קיימה יחסי מין עם בן זוגה של אמו – זאת, במיוחד לאור הישנות המעשים בארבע הזדמנויות שונות, ומשך תקופה של כחצי שנה.
אם אכן מדובר היה בנקמה גרידא, ולא בתאוות משגל, האם לא ניתן היה להסתפק באירוע אחד? דומה שהתשובה השלילית מתבקשת מאליה.

9. בנוסף, להשקפתי, התוצאה העונשית אליה הגיעו חבריי, אינה מתיישבת עם חומרת העבירות בהן הורשע הנאשם ועם העונש המזערי שנקבע בצידן.
העונשים המרביים שקצב המחוקק בצד העבירות בהן הורשע הנאשם - בעילה אסורה בידי בן משפחה בקטינה שמלא לה 14 שנים, לפי סעיף 351(ב) לחוק, ומעשים מגונים בידי מן משפחה בקטינה, לפי סעיף 351(ג)(3) לחוק - עומדים על 16 ו-5 שנות מאסר בהתאמה.
על פי הוראת סעיף 355(א) לחוק שכותרתו, "עונש מזערי", משהורשע אדם בעבירות המפורטות בסעיף, ובין היתר, העבירות בהן הורשע הנאשם, "**לא יפחת עונשו מרבע העונש המרבי שנקבע לאותה עבירה, אלא אם כן החליט בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, להקל בעונשו**".
אף בהנחה שמדובר בעונשים חופפים, בגין העבירות בהן הורשע הנאשם, הרי שהעונש המזערי בעניינו של הנאשם לא יפחת מארבע שנות מאסר.

מקובלים עליי מרבית נימוקי הקולא שפורטו בחוות דעת כבוד האב"ד, ובמיוחד שיקול השיקום. עם זאת, איני סבור שיש במכלול שיקולים אלה, כדי להצדיק חריגה כה משמעותית מהעונש המזערי, עד כדי שמינית מהיקפו.

10. תימוכין לעמדתי זו מצאתי ברמת הענישה הנוהגת. מקובלת עליי קביעת כבוד האב"ד שרק נסיבותיו של תפ"ח (י-ם) 24808-08-12 **מדינת ישראל נ' פלוני** דומות לענייננו. באותו עניין נקבע כי מתחם העונש ההולם נע בין 4 ל-8 שנות מאסר, והנאשם נדון, בין היתר, ל-5.5 שנות מאסר בפועל (להלן: "**פ"ד פלוני**").

להבנתי, מעשי הנאשם, שבעל את הקטינה בשלוש הזדמנויות, חמורים יותר ממעשיו של הנאשם בפ"ד פלוני. בפ"ד פלוני הורשע הנאשם בעבירות מין במשפחה, ובמעשים מגונים במשפחה, לפי סעיף 351(ב) ו-351(ג) לחוק, באחות רעייתו, קטינה בת כ-14.5, שהתבטאו בכך שהוריד את מכנסיו ותחתוניו, שלף את איבר מינו וביקש מהמתלוננת לבצע בו מין אוראלי, במספר הזדמנויות. בהזדמנות אחרת, הניח ידה על איבר מינו, וידו על תחתוניה, וביקש ממנה להזיז את ידה, עד שיגיע לסיפוק. באירוע אחר שכב הנאשם על המתלוננת, כשהוא עירום בפלג גופו התחתון, נגע בחזה, ופלט את זרעו על גופה.

11. כידוע, בגזירת העונש לבית המשפט תפקיד, בין היתר, בעיצוב כללי התנהגות חברתיים. משנה חשיבות יש לכללי התנהגות אלה, במיוחד בתוככי התא המשפחתי, שדרכי התנהלותו, בדרך כלל, אינן גלויות.

קיים חשש כבד בליבי שמא ענישה מקלה מדי עלולה לשדר מסר מוטעה, לפיו, התנהגות כמו זו של הנאשם - שיש בה כדי לפגוע באושיות התא המשפחתי ולהרוס עתידן של קטינות – זוכה כביכול, לסלחנות יחסית.

12. לאור האמור לעיל, אילו נשמעה דעתי, הייתי מציע לחבריי להשית על הנאשם עונש של שנת מאסר לריצוי בפועל.

ירון לוי, שופט