



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 6662/13

ע"פ 6797/13

לפני :
כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט נ' הנדל

המערער בע"פ 6662/13
והמשיב בע"פ 6797/13 : פלוני

נ ג ד

המשיבה בע"פ 6662/13
והמערער בע"פ 6797/13 : מדינת ישראל

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב
מיום 26.8.2013 בתפ"ח 7451-01-12 שניתן על ידי כבוד
השופטים ש' דותן, צ' צפת וא' זמיר

בשם המערער בע"פ 6662/13
והמשיב בע"פ 6797/13 : עו"ד עדי לבוק ; עו"ד חיים אליה

בשם המשיבה בע"פ 6662/13
והמערער בע"פ 6797/13 : עו"ד מורן פולמן

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. מונחים בפנינו ערעור וערעור נגדי על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (תפ"ח 7451-01-12, שניתן על ידי כב' השופטים ש' דותן, צ' צפת ו-א' זמיר). המערער בע"פ 6662/13 (להלן: המערער) הורשע פה אחד לאחר הליך

הוכחות, בביצוע עבירה של אינוס לפי סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ובעבירה של מעשה סדום בנסיבות אינוס לפי סעיף 347(ב) בנסיבות סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין. על המערער נגזרו העונשים הבאים: 5 שנות מאסר בפועל, 12 חודשי מאסר על תנאי לבל יעבור במשך 3 שנים מיום שחרורו, כל עבירת מין מסוג פשע, ופיצוי למתלוננת על סך 100,000 ₪. ערעורו של המערער מופנה כנגד הרשעתו בשתי העבירות האמורות, וכן כנגד חומרת העונש. מנגד, הוגש על ידי המדינה (להלן: המשיבה) ערעור נגדי המופנה כלפי קולת העונש. המיקוד בערעורים על גזר הדין הוא בעונש המאסר בפועל.

רקע והליך קודם

2. ואלו עובדות כתב האישום: המערער, כבן 36 דאז, עבד למחייתו כתקליטן באירועים. באחד האירועים ראה את המתלוננת – אשר אותה הכיר היכרות שטחית דרך אימה, ובטרם מלאו לה 16 שנה – רוקדת. המערער החמיא למתלוננת והציע לה לעבוד עימו באירועים כרקדנית, יחד עם רקדניות נוספות. בשל גילה הצעיר ביקש המערער את הסכמת אימה של המתלוננת. האם נענתה ונקבע שהמתלוננת תעבוד באירוע חתונה בערב יום הולדתה ה-16 (להלן: החתונה). המערער הסיע ברכבו את המתלוננת וארבעה עובדים נוספים אל החתונה – עוזרו, שתי רקדניות ומורה לריקוד. המערער הנחה את המתלוננת לומר ליתר העובדים שהיא בת 18, על אף שידע את גילה. במהלך החתונה, בסמוך לחצות, הגיש המערער למתלוננת משקה אלכוהולי, ואמר לה שעליה לחגוג את יום הולדתה. המתלוננת שתתה את המשקה ובהמשך הגיש לה המערער כשלוש כוסות נוספות של משקאות אלכוהוליים. המתלוננת אמרה לו שהיא אינה מעוניינת, אך המערער הפציר בה והיא נעתרה לו. בעקבות שתיית האלכוהול חשה המתלוננת ברע. בתום החתונה, בשעות הלילה המאוחרות, המערער הסיע חזרה את המתלוננת ושאר העובדים. המתלוננת ישבה במושב הקדמי. לאחר ששאר הצוות ירד מהרכב, והמערער והמתלוננת נותרו לבדם, נהג המערער לרחוב צדדי, החנה את הרכב, הוציא את המתלוננת ממנו והשכיבה במושב האחורי, כאשר היא מעורפלת חושים מהאלכוהול שצרכה. בשלב זה קיים המערער עם המתלוננת יחסי מין כאשר היא במצב המונע

ממנה מלתת את הסכמתה החופשית. המתלוננת, שהייתה בתולה עד לאירוע, צעקה בכאב ממעשיו ודיממה מאיבר מינה. המערער ניסה לנקות את הדם באמצעות מגבון ונייר טואלט. מיד לאחר מכן החדיר את איבר מינו לפיה של המתלוננת.

אין מחלוקת שהמערער ידע שהמתלוננת היא בת 16, שהיא שתתה אלכוהול במהלך החתונה ושהשניים קיימו יחסי מין. עוד מוסכם על הצדדים שלאחר המעשים המיניים התקשר המערער לאימה של המתלוננת על מנת שתכווין אותו לביתה של המתלוננת, שם "מסרה" המערער לאימה, בליווי משכורתה עבור עבודתה בחתונה ו-100 ₪ נוספים "טיפ" מהמערער. המערער כפר בכך שהנחה את המתלוננת לשקר באשר לגילה, שהפציר בה לשתות אלכוהול ושחשה ברע. לטענתו, הוא הביא לכל הצוות שתי כוסות קוקטייל בסך הכל, והמתלוננת העמידה פנים שהיא איננה מרגישה טוב כדי שתוכל לשבת במושב הקדמי בדרך חזרה. עוד טוען המערער שיחסי המין התקיימו בהסכמה ומרצון, לאחר שהמתלוננת "פלרטטה" איתו במהלך החתונה, ושלא התקיים מין אוראלי. מנגד, טענה המשיבה שיחסי המין (לרבות מעשה הסדום) קוימו תוך ניצול מצבה של המתלוננת, ובאופן המונע ממנה מלתת את הסכמתה החופשית.

3. בית המשפט המחוזי קיבל את גרסתה של המתלוננת והתרשם שהיא מהימנה. צוין שחרף הקושי שבמסירת העדות, המתלוננת העידה אמת, השתדלה לדייק, לא הגזימה ורגשותיה התאימו לתוכן דבריה. גרסתה נתמכה בעדויותיהן של שתי הרקדניות באשר לאירועים שקדמו ליחסי המין, ובייחוד באשר למצבה של המתלוננת במהלך החתונה והנסיעה חזרה. עוד התבסס בית המשפט על עדות אימה של המתלוננת באשר להתרחשות לאחר שהמתלוננת הוחזרה לביתה, וכן על מצבה הנפשי הקשה של המתלוננת כפי שעולה מעדויות גורמים המטפלים בה כגון רופאת הילדים ופסיכיאטרית ילדים אליה הופנתה. בית המשפט המחוזי דחה את גרסאות המערער, אותן הוא שינה מעת לעת ובהתאם למארג הראיתי שהוצג לפניו, ומצא את עדויות עוזרו של המערער והמורה לריקוד כלא מהימנות מסיבות שונות, תוך נימוק קביעותיו וציון מניעים שונים לאי-מהימנותם.

הוכרע שהמתלוננת שתתה כמות נכבדת של אלכוהול, שהובאה לה בין היתר על ידי המערער, וכי הוא עודד אותה לשתות, חרף גילה. עם זאת, לא ניתן לקבוע שהמערער הכריח אותה לעשות כן. עוד נקבע כי לא נפל פגם בהתנהגות המתלוננת במהלך החתונה, למשל בכך שרקדה בצמוד למערער ומסרה את מספר הטלפון שלה לבחור אחר, וכי אין בהתנהגות זו משום "הזמנה למין" כפי שטען המערער. עוד נקבע כי בשלב מסוים בחתונה המתלוננת הייתה תחת שיכרות, התקשתה לעמוד על רגליה, התנדנדה, ולפני שנכנסו לרכבו של המערער על מנת לשוב לבתייהם – הייתה המתלוננת על הרצפה בסמוך לרכב, ונדרש היה להרים אותה ולהכניסה לתוכו. באשר ללב המחלוקת, יחסי המין, התקבלה כאמור גרסת המתלוננת. נפסק שהמערער הוציא את המתלוננת מהמושב הקדמי והעביר אותה למושב האחורי, בעוד היא איננה מגיבה ושרויה במצב אותו תיארה כך: "אני לא יכולה להתנגד, לא יכולה לדבר, כי הייתי שתויה כל כך שלא הייתי יכולה לשלוט בגוף שלי... והוא המשיך במעשים שלו..." (פרוטוקול הדיון מיום 13.12.2012, עמוד 25 שורות 17-18). או אז אנס אותה המערער. כאשר החלה המתלוננת לדמם כתוצאה מביתוק קרום הבתולים, נלחץ המערער, ניגב את הדם, הלביש את המתלוננת והחדיר את איבר מינו לפיה, חרף התנגדותה הפיזית בשלב זה. לאחר המעשים נותרה המתלוננת במושב האחורי של הרכב, ובכתה.

לפיכך הרשיע בית המשפט המחוזי את המערער לפי סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין, קרי קבע שיחסי המין בוצעו "תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האשה, או מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית". יתר על כן, נפסק שלאחר מעשה האונס, ביצע המערער במתלוננת מעשה סדום בנסיבות אלו. במסגרת גזר דינו התחשב בית המשפט המחוזי בין היתר בתכנון שקדם לביצוע העבירה כפי שעולה ממכלול הנסיבות (השקייתה באלכוהול, הותרתה אחרונה ברכב ונסיעה לרחוב צדדי), לנזק הקשה ביותר שנגרם למתלוננת ולמשפחתה כעולה מתסקיר נפגעת העבירה, והניצול לרעה של גילה, מצבה, ניסיונה ויחסי העבודה בין המתלוננת למערער. בנוסף ניתנה הדעת להערכת המסוכנות שנערכה למערער. נקבע שמתחם הענישה ההולם נע בין 4 ל-7 שנות מאסר. בית המשפט המחוזי התחשב לקולה בכך שהמערער נעדר הרשעות קודמות והוא התנדב במשך

שנים בהסעת נכים ובחלוקת מזון לנזקקים. בסופו של עניין החליט בית המשפט, כאמור, להשית על המערער עונש מאסר בפועל למשך 5 שנים ופיצוי כספי למתלוננת על סך 100,000 ש"ח. מכאן הערעורים שבפנינו.

הערעור כנגד הכרעת הדין

4. בערעור שבפנינו שבה הסנגורית על הטענות המרכזיות שהועלו בפני בית המשפט המחוזי: ראשית, יחסי המין בוצעו בהסכמה, לאחר שהמתלוננת פלירטטה עם המערער במהלך החתונה ולא התנגדה למעשיו במהלך קיום יחסי המין. שנית, המתלוננת לא הייתה שרויה במצב של ערפול חושים, וניתן ללמוד זאת מכך שהיא זוכרת את התקיימות העבירות הנטענות ומיכולתה לספר לאימה על שהתרחש עם חזרתה לביתה. שלישית, למתלוננת לא בוצעה בדיקת שכרות כאשר הגישה את תלונתה, ולכן יש להחיל את דוקטרינת הנזק הראייתי בעניין. רביעית, לא הונחה תשתית ראייתית מספקת להרשעתו של המערער בביצוע מעשה סדום, היות שזו נשענה רק על עדות המתלוננת, שנטען שהייתה בערפול חושים. כמו כן עדותה לפיה התנגדה פיזית בשלב זה הינה עדות כבושה.

מנגד, באת כוח המשיבה סומכת ידה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. לטענתה, הכרעת הדין מבוססת על מספר נדבכים ומארג עדויות עשיר – עדותה המהימנה של המתלוננת, עדויות המערער שנמצאו בלתי מהימנות ועדים נוספים התומכים בעדותה של המתלוננת באשר לשכרותה ולמצבה הנפשי לאחר ביצוע העבירות.

דיון והכרעה

5. פסק דינו של בית המשפט המחוזי מנומק ומבוסס על חומר הראיות שהונח בפניו והעדויות אותן שמע באריכות ובאופן בלתי אמצעי. הכלל בדבר אי התערבות ערכאת הערעור בממצאי עובדה עומד איתן במקרה זה. בית המשפט המחוזי מצא את עדותה של המתלוננת מהימנה ועקבית. אף מקריאת הפרוטוקולים עולה תמונה של עדה אשר מגוללת באופן אותנטי את האירועים החמורים אותם חוותה. גם

עדוּתה של האם הותירה רושם מהימן וחזק על השופטים בדבר השתלשלות העניינים מיד עם חזרתה של המתלוננת לביתה. עדות האם תמכה בגרסת המתלוננת הן באשר לשכרותה של המתלוננת, כאשר האם נאלצה לסייע לה בהליכתה לביתה, והן באשר למצבה הנפשי בגין העבירות שבוצעו בה. האם תיארה כיצד עוד ברכבו של המערער נראתה המתלוננת מפוחדת מאוד, ושעם כניסתן לביתן נשכבה המתלוננת על הרצפה, פרצה בבכי וסיפרה לאם בסערת רגשות שהמערער אנס אותה. עוד העידה שכאשר ביתה רצתה מיד להתקלח, האם הבינה את החשיבות שבפניה מיידית למשטרה והצגת הנזיר הספוג בדם בו השתמש המערער. השתיים, ביחד עם אביה של המתלוננת, שמתגורר בנפרד אך נקרא לביתן לבקשת המתלוננת בשל האירועים הקשים – פנו מיד למשטרה. בנוסף העידה האם שכאשר הגיע המערער לתחנת המשטרה והמתלוננת ראתה אותו – היא התעלפה ופונתה לבית החולים, התעלפות שאינה אופיינית למתלוננת.

באשר לארבעת אנשי הצוות – שתי הרקדניות, עוזרו של המערער והמורה לריקוד – בית המשפט המחוזי עמד על כל אחת מהעדויות, ונימק ופירט מדוע עדות הרקדניות מהימנה לעומת עדויותיהם של העוזר ושל המורה לריקוד, כל אחד מסיבותיו שלו. זאת תוך הצגת סתירות שעלו בעדויותיהם של האחרונים אשר מכרסמות במהימנותם. כך למשל באשר לעדותה של המורה לריקוד, בחקירותיה במשטרה העידה שכאשר הצוות התארגן להיכנס לרכב לחזור מהחתונה, הייתה המתלוננת על הרצפה ונזקקה לסיוע על מנת להיכנס אליו. אלא שבהמשך חזרה בה מתיאור זה, ללא כל נימוק משכנע. לעומת זאת, הרקדניות העידו, בנפרד זו מזו, שהמתלוננת אכן הייתה על הרצפה, בדומה לתיאורה של המתלוננת עצמה ולגרסתו הראשונה של המערער.

וכעת לעדותו של המערער. ליתר דיוק, גרסאותיו המשתנות. בשלוש ההודעות הראשונות שמסר במשטרה הוא עמד בכל תוקף על גרסתו לפיה לא קיים עם המתלוננת יחסי מין, והביע ביטחון מלא שלא ימצאו שרידי DNA שלו על גופה של המתלוננת. במסגרת גרסאות אלו סיפר שכאשר נותרו השניים לבדם ברכב – המתלוננת הייתה רדומה, הוא העביר אותה למושב האחורי של הרכב והיא נרדמה.

המתלוננת תוארה על ידו בשלב זה כ"מסטולית מתה" שלא הגיבה כאשר העביר אותה למושב האחורי. זו גם הייתה הסיבה שמסר, בגרסה זו, לכך שהתקשר לאימה של המתלוננת בכדי שתמסור לו את כתובת המגורים אליה יש להחזיר את המתלוננת. לבסוף סיפר שכאשר פגש באימה של המתלוננת הייתה "הילדה שפוכה גופה [האם] בקושי הרימה אותה..." (ראו פסקה 13 לפסק הדין וההפניות שם). אולם לאחר שהועבר חומר החקירה למערער, ונתגלתה בפניו העובדה כי על גופה של המתלוננת נמצאה דגימת DNA שלו – שינה את גרסתו מן הקצה אל הקצה. הוא טען שאמנם קוימו יחסי מין, אך בהסכמתה ולפי רצונה של המתלוננת, אשר חשה בטוב. רק בחקירתו הנגדית בבית המשפט, ולאחר ששמע את פרשת התביעה, מסר גרסה לפיה הוא ידע שהמתלוננת מעמידה פנים שהיא איננה חשה בטוב, על מנת לשבת במושב הקדמי בדרך חזרה.

הסנגורית טוענת כי המערער שיקר בחקירותיו במשטרה באשר ליחסי המין עם המתלוננת בשל חששו מתגובתה של אישתו לכך. אף אם חשש זה מתקבל על הדעת – הוא אינו מסביר מדוע בחקירותיו במשטרה חזר על כך שהמתלוננת הייתה שיכורה ונזקקה לסיוע על מנת ללכת ואף על מנת להישכב ברכב, אלא אם כן העדות משקפת את מצבה של המתלוננת כהווייתו. אילו המתלוננת הייתה מעמידה פני שיכורה, אין זה ברור כלל ועיקר מדוע לא ציין זאת המערער בחקירותיו במשטרה. מעבר לכך אפשרות זו, לפיה המתלוננת לא הייתה שיכורה, אינה מתיישבת עם החומר שבפנינו ושהונח בפני בית המשפט המחוזי. הגרסה של העמדת הפנים בוודאי אינה מתיישבת עם התיאור לפיו נזקקה המתלוננת לסיועו של המערער לעבור ולשכב במושב האחורי של הרכב – שלב בו המתלוננת והמערער היו לבדם. כלומר, לא הייתה שום סיבה שהמתלוננת תמשיך לביים מצב של שכרות לאחר שכל האנשים האחרים שנסעו ברכב ירדו ממנו, ולאחר שלגרסתו סיפרה לו המתלוננת שהיא מביימת מצב זה.

6. לסיכום העניין נאמר כי הראיות עומדות איתן לטובת העדפת גרסתה של המתלוננת על פני עמדת המערער. זאת בהסתמך על שלושה יסודות. ראשית, עדות המתלוננת שכאמור מהימנותה גבוהה ביותר. שנית, הגרסה, או ליתר דיוק הגרסאות

המשתנות, של המערער, אשר נדחו על ידי בית המשפט המחוזי. למעשה, גרסאותיו של המערער סתרו זו את זו, ובמהלך עדותו במשפט דחה את גרסאותיו שלו במשטרה. הסתירות בדבריו הן מרכזיות ונוגעות בלב העניין – קיום יחסי מין והיות המתלוננת שיכורה. כזכור, התפנית בגרסאותיו חלה רק לאחר שהתברר ממצא ה-DNA, שביסס את המסקנה באשר לקיום יחסי מין בין השניים, בניגוד לגרסתו הראשונה של המערער. שלישית, וכתנן שעומד בתווח – הראיות המחזקות. החזקה מביניהן היא עדות האם אשר תיארה את מצבה הקשה של ביתה בסיום האירוע, כאשר היא יושבת ברכב עם המערער, שם מסר המערער את המתלוננת לידיה, והתמוטטותה של המתלוננת לאחר שנכנסה לדירתה. אולם אין זה החיזוק היחיד. כאמור, בין היתר עדות שלא הכירו את המתלוננת לפני האירוע תיארו – את התנהגותה אף בטרם היא והמערער נשארו לבדם.

7. באשר למעשה הסדום, טוענת כאמור באת כוחו של המערער כי ההרשעה התבססה על עדותה היחידה של המתלוננת. הא ותו לא. בניגוד לקיומם של יחסי המין, שהמערער הודה לבסוף בקיומם – הוא עודו מכחיש ביצוע של מין אוראלי, בהסכמה או שלא בהסכמה. אלא שחיזוק לכך מצא בית המשפט המחוזי גם בתעודת חדר המיון של בית החולים שנכתבה בסמוך לאירועים, ולפיה המתלוננת דיווחה בזמן אמת כי בוצעו בה לא רק יחסים וגינליים אלא גם אוראליים. כמו כן, בל נשכח כי יש לבחון את ההרשעה במכלול הנסיבות של המקרה הקונקרטי. מעשה הסדום בו הורשע המערער בוצע מיד לאחר עבירת האונס, תחת אותן נסיבות, כאשר המתלוננת שרויה באותו מצב שכרות כמתואר. בהליך עצמו עדותה של המתלוננת התקבלה, ובית המשפט התרשם פה אחד שהיא מהימנה ועקבית, בניגוד למערער ששינה את גרסאותיו בהתאם למארג הראייתי הקיים בכל שלב ושלב. בית המשפט המחוזי התייחס לכך בבוחנו את כל המתואר בכתב האישום, קרי הן עבירת האונס והן עבירת מעשה הסדום.

8. באשר לטענת ההגנה בדבר מחדל חקירתי אשר הוביל ל"נזק ראייתי" המצדיק את זיכוי של המערער – דינה להידחות. הסנגורית מפנה לכך שבבדיקות שבוצעו למתלוננת בעקבות הגשת תלונתה, נלקחו ממנה בדיקות דם על מנת לבדוק

אפשרות להדבקתה של המתלוננת במחלות מין ובדיקות טוקסיקולוגיות, אך לא בוצעה בדיקה לשרידי אלכוהול. במצב עניינים זה, טוענת הסנגורית שעוצמתו של המחדל החקירתי, אי בדיקת שכרות, עולה לכדי מחדל שלא ניתן לרפא. לכן, לעמדתה יש להניח שאם בדיקה שכזו הייתה מתבצעת – תוצאותיה היו מיטיבות עם המערער, דהיינו שהמתלוננת לא הייתה שיכורה בזמן הגשת התלונה, בסמוך לאירוע. אכן, המתלוננת מסרה בעדותה בבית החולים שהיא הייתה שיכורה בזמן האירוע, ולמרות זאת לא הוחלט לבצע לה בדיקת שכרות על ידי הגורמים הממונים. בית המשפט המחוזי התייחס לכך במהלך עדותה של מי שגבתה את עדותה של המתלוננת בבית החולים (ראו פרוטוקול הדיון מיום 24.12.2012, עמודים 189-191). בדיקה שכזו ראוי היה שתיערך.

ברם, לא כל מחדל חקירתי גורם בהכרח ל"נזק ראייתי", וחשוב מכך לענייננו – לא כל נזק ראייתי מוביל לזיכוי. הדבר תלוי בנסיבות המקרה ובמארג הראייתי הקיים במקרה הנידון בכלל, ובאשר לשאלה הספציפית שבמחלוקת המושפעת מאותו מחדל חקירתי נטען בפרט (ראו למשל: ע"פ 2511/92 חטיב נ' מדינת ישראל (5.7.1993); ע"פ 3793/06 וורקו נ' מדינת ישראל (11.4.2007)). במרכז עומדת השאלה "האם עסקינן במחדל כה חמור, עד כי יש חשש שמא קופחה הגנתו של המערער בענייננו באופן שיתקשה להתמודד עם חומר הראיות המפליל אותו או להוכיח את גרסתו שלו" (ע"פ 8529/11 אטרקישייב נ' מדינת ישראל (24.5.2012)).

במקרה שבפנינו העובדה שלא נערכה למתלוננת בדיקה לשרידי אלכוהול בדמה נוגעת לרכיב מצבה של המתלוננת בעת קיום יחסי המין, המשפיע על השאלה האם התקיימו נסיבות סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין. ואולם, בסופו של יום נסמך בית המשפט על עדויותיהם הישירות של מספר גורמים – המתלוננת, המערער בחקירותיו הראשונות, אימה של המתלוננת והרקדניות. המשותף לכל אחת מהעדויות הללו הוא התיאור לפיו המתלוננת הייתה שיכורה באופן ניכר לעין ושאינו משתמע לשני פנים. יש בכך להחליש את הצורך לקבל מדד מדויק של שכרותה מספר שעות לאחר החתונה. כך גם ביחס לשאלה האם המתלוננת הייתה

במצב שמנע ממנה מליתן את הסכמתה החופשית לקיום יחסי מין. מצבה של המתלוננת לא היה גבולי. מהתמונה הכוללת עולה אפוא – וזהו המבחן לנזק ראייתי בפלילים – שלא קופחה הגנתו של המערער, ואף לא נפגעו זכויותיו.

9. הממצאים העובדתיים שנקבעו סוללים את הדרך למסקנה המשפטית אליה הגיע בית המשפט המחוזי. המערער אכן קיים עם המתלוננת יחסי מין כאשר היא שרויה במצב "המונע ממנה לתת הסכמה חופשית", והוכחו מעל לספק סביר עבירת האונס לפי סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין ועבירת מעשה הסדום לפי סעיף 347(ב). כפי שהובהר במקרים רבים על ידי בית משפט זה:

"מי שקיים יחסי מין עם אישה אשר נמצאה תחת השפעה של משקאות משכרים, לוקח על עצמו אחריות כבדת משקל, לוודא באופן ברור שאינו משתמע לשני פנים, כי האישה נותנת הסכמה חופשית לקיום יחסי מין עמו. אך המערער לא פעל כך, אלא הוא ניצל את מצבה של המתלוננת וקיים עמה יחסי מין כאשר היא לא היתה במצב אשר אפשר לתת את הסכמתה החופשית ליחסים" (ע"פ 7257/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (22.4.2010); ע"פ 4443/10 קחקוזאשווילי נ' מדינת ישראל פסקה, 28 (20.12.2012); וכן ראו: ע"פ 2848/14 סיגר נ' מדינת ישראל, פסקה 33 (12.11.2014)).

ממצאים אלו אינם יכולים לגור בכפיפה אחת עם הסכמה חופשית של המתלוננת לאקט המיני. מספר נדבכים לכך. הראשון, ודי בו, על פי תיאור עובדתי של המתלוננת, שנקבע כממצא בעל משקל רב, אין שום בסיס להסיק את הסכמתה למעשים המיניים של המערער. לפי עדותה היא לא שיתפה פעולה עם המערער בשום צורה. כלשונה "לא הגבתי... לא זרמתי איתו ולא הלכתי איתו" (פרוטוקול הדיון מיום 13.12.2012, עמוד 84 שורות 25-27, וכן ראו המשך תיאורה עד לעמוד 91, בהם היא מתארת בין היתר שלא יכלה לדבר ולומר למערער שאיננה מעוניינת ולא יכלה להזיז את ידה ש"הייתה מאוד כבדה"). כמו כן העידה שכאשר המערער הפשיט אותה "לא עשיתי שום דבר כי לא הייתי יכולה לשלוט בגוף שלי" (פרוטוקול הדין מיום 13.12.2012, עמוד 89 שורה 21). הנסיבות ביחס לביצוע מעשה הסדום זועקות להעדר הסכמה, והרבה מעבר לכך. על פי הנקבע, המתלוננת

צעקה בכאב והחלה לדמם במהלך מעשה האינוס עקב ביתוק קרום הבתולים. אך המערער היסה אותה באומרו "ששש...", ובסוף האינוס ניגב את איבר מינה באמצעות מגבון (סעיפים 12-13 לכתב האישום; פסקה 10 לפסק הדין). לאחר שסיים ביצע בה מעשה סדום, תוך התעלמות מוחלטת מהטראומה שעברה, כאילו שהיא חפץ לעשות בה כרצונו, ואף הפעיל כוח לפתיחת פיה, חרף התנגדותה בשלב זה.

כאמור, די בכך על מנת להרשיע את המערער, אך לא כדי לתאר את מידת החומרה הטמונה בהתנהגותו. לשם כך נתייחס לשני הנדבכים הנוספים. השני, גילה הצעיר של המתלוננת, אשר המערער, המבוגר ממנה בכ-20 שנים, היה מודע לו היטב. להיבט זה מתווספים יחסי המרות ביניהם ומעין יחסי העבודה שנרקמו בין השניים. אף נדבך זה עומד לבדו כעיון לעבירה פלילית. השלישי, שיחה שהתקיימה בין השניים במהלך החתונה. המערער שאל את המתלוננת האם יש לה חבר והאם היא בתולה. המתלוננת סיפרה לו שהיא בתולה וש"זה עוד לא הזמן שלי, אני לא רוצה" (פרוטוקול הדיון מתאריך 13.12.2012, עמוד 32 שורות 5-2). כמו כן, בנסיעה חזרה, בטרם סטה המערער מנתיב נסיעתו על מנת לקיים יחסי מין עם המתלוננת – ביקשה ממנו המתלוננת לחזור לביתה. עוד יובהר שכאמור, לאחר שהחנה המערער את רכבו ועובר לקיום יחסי המין – המערער הוא שיזם ונקט בכל הפעולות, בעוד המתלוננת לא הגיבה.

מהמקבץ עולה שעל יסוד מספר נדבכים בנפרד, וקל וחומר במצטבר, לא ניתן לתאר את המעשים כפרי הסכמתה של המתלוננת. וברקע, כנתון דומיננטי שמלווה את כל הנדבכים – יש לתת משקל נכבד ביותר להיותה שיכורה, גם הודות להתנהגות המערער. מצב השכרות של המתלוננת היה בולט כלפי חוץ, כפי שעולה מעדויות שנשמעו. למעשה, היא איבדה שליטה בגופה ולא יכלה להתנגד.

ניתן היה לסיים את הערעור על הכרעת הדין בשלב זה. ברם, לנוכח טענות ההגנה מצאתי לנכון להרחיב מעט במושכלות היסוד המושרשות בעבירות המין בדין הישראלי. ביתר פירוט, הסנגורית שבה וטוענת שהמערער לא הפעיל על

המתלוננת שום לחץ או אלימות בעת קיום יחסי המין, וכי המתלוננת לא התנגדה ולכן אין מדובר באונס. עוד טוענת הסנגורית שהמתלוננת פלרטטה איתו. מעיון בחומר שהונח בפנינו ניכר כי קו הגנה זה נכח גם בערכאה הדיונית ובחקירתה הנגדית של המתלוננת. כך למשל, תהתה ההגנה בהליך קמא מדוע המתלוננת לא אמרה שום דבר ומדוע לא נאבקה במערער (ראו למשל פרוטוקול הדיון מיום 13.12.2012 עמוד 90 שורות 28-30; שם, בעמוד 96 שורות 8-11; עמוד 72 שורות 25-31). טענות אלו עדיף שלא היו מועלות, לא באופן כללי לנוכח הדין הקיים ובטח שלא בנסיבות המקרה הקונקרטי. אבהיר.

10. תמורות רבות נעשו במרוצת השנים בישראל באשר לעבירות המין בכלל, ולעבירת האינוס בפרט. תחילה הוגדרה עבירת האינוס כך: "הבועל אשה... נגד רצונה תוך שימוש בכוח או באימו עליה במוות, או בחבלת גוף קשה...". בשנת 1988 הוגדרה עבירת האינוס בסעיף 345(א)(1) כך: "הבועל אשה שלא בהסכמתה החופשית עקב שימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת לחץ אחרים או איום באחד מאלה, ואחת היא אם נעשו אלה כלפי האשה או כלפי זולתה", ולשון סעיף 345(א)(4) הייתה: "תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האשה, מצב אחר המונע ממנה התנגדות..." (חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988). חלפו השנים, ועם ההבנה העמוקה יותר בדבר הדינמיקה של עבירת האינוס והשפעתה על נפגעי עבירות מין, תוקן חוק העונשין הישראלי בנושא פעם נוספת בשנת 2001 (חוק העונשין (תיקון מס' 61), התשס"א-2001). במסגרת זו תוקן סעיף 345(א)(1) כך שאונס כהגדרתו כיום הינו בעילת אישה "שלא בהסכמתה החופשית", וסעיף 345(א)(4) הרלוונטי לענייננו, תוקן כך שיידרש "מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית" (להרחבה ראו לדוגמה: ע"פ 7269/07 תורן נ' מדינת ישראל, פסקאות 11-12 לפסק דינו של השופט ח' מלצר (12.8.2010); ע"פ 132/10 טוואצאו נ' מדינת ישראל (5.9.2011); יובל לבנת "אונס, שתיקה, גבר, אשה: על יסוד אי-ההסכמה בעבירת האונס" פלילים ו 187 (1997); צפורה האופמן "אונס - יסוד ההסכמה ודיני הראיות" מעמד האשה בחברה ובמשפט (פרנסס רדאי, כרמל שלו, מיכל ליבן-קובי עורכות, 1995)).

צא ולמד את התפתחות הדין בעבירת אונס. ניתן לומר כי ההגדרה עברה שלושה שלבים: הבועל אישה נגד רצונה תוך שימוש בכוח; הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית עקב שימוש בכוח, תוך ניצול מצב בו שרויה האישה, המונע ממנה התנגדות; שלא בהסכמה חופשית ובמצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית. יושם אל לב המעבר מהיסוד 'נגד רצונה' אל היסוד 'שלא בהסכמתה החופשית'. שינוי בולט נוסף נעוץ בזניחתה של הדרישה לשימוש בכוח או חלופה דומה. כמובן, התפתחות זו ראויה היא ביותר מבחינה ערכית. היא אף תואמת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כפי שכתבתי בעניין אחר:

"הדגש על ההסכמה החופשית של האישה אינו אלא מתן ביטוי לחוט המשולש שבין בחירה מלאה, כבוד האדם והאוטונומיה של הפרט. האוטונומיה של האישה מחייבת שמירה על כבודה תוך הצבת דרישת ההסכמה החופשית. החדירה הכפויה לגופה ונפשה של אישה, פורמת את החוט המשולש בגסות, תוך הפיכת היחיד מסובייקט לאובייקט. התנאי "הסכמה חופשית" מודע לכך שיש הסכמה שאינה חופשית. הסכמה שאינה באמת הסכמה, אלא סוג של אשליה הנוצרת על ידי האחר באופן מלאכותי. זהו מקרה בו היוצר אינו יכול ליהנות מפרי יצירתו" (עניין טוואצאן, לעיל).

אין עוד די רק בהעדר התנגדות מצידה של האישה, או באי הפעלת אלימות או באיומים כלפי הקרבן על מנת "לצאת ידי חובה" – אלא יש לוודא את הסכמתה החופשית לקיום יחסי המין. המבחן אינו שלילי, של אי התנגדות, אלא חיובי – הסכמה חופשית (עניין טוואצאן, לעיל). כבר נקבע בפסיקה ששתיקה או התנהגות פסיבית אינן יכולות להתפרש בהכרח כהסכמה. יסוד אי-ההסכמה יכול להתגבש גם ללא ביטוי אקטיבי:

"בקשת שלמה של מקרים ונסיבות לא נדרש כלל מהאישה להביא לידי ביטוי חיצוני פעיל את אי הסכמתה לקיומם של יחסי מין. התנהגותה של אישה במצבים אלו זכתה בפסיקה לכינויים מכינויים שונים – 'פסיביות', 'שיתוק-של-הלם', 'הסכמה שבשתיקה' או 'כניעה' ו-'השלמה'" (ע"פ 2606/04 בנב"ד נ' מדינת ישראל, פסקה 27 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (26.4.2006)).

במקרה הנידון לא ניתנה הסכמה חופשית שכזו מצידה של המתלוננת. לבטח אין להפנות אצבע מאשימה כלפיה, על שלא הצליחה להביע את התנגדותה בשעת המעשה הנורא. הרי החלופה בה הורשע המערער בנויה על חוסר יכולתה של הנפגעת לתת את הסכמתה החופשית. אין מדובר במקרה גבולי בכל אמות המידה, אלא במקרה שהניצול של המתלוננת, על פער הגילאים והיותה שיכורה בנסיבות הקונקרטיות שתוארו – זועק בעד עצמו. בנסיבות תיק זה, מפתיע שכלל יש לחזור על הדברים ולהדגישם פעם נוספת כיום, בשנת 2015. כמובן, הסנגוריה רשאית להעלות קו הגנה ולחלוק על התיאור העובדתי בכתב האישום. אלא שהטענה החלופית כביכול, לפיה גם על פי העובדות שנקבעו לא נעברה כל עבירה עקב הפסיביות של המתלוננת בשעת המעשים והתנהגותה טרם המעשים – אינן מהוות משוכה מפני הרשעה כלל וכלל.

11. אף יתר הטענות המפורטות באשר להתנהגותה של המתלוננת, שנתפסה לטענת המערער כ"פלרטטנית", ומשכך לגרסתו סבר שהיא מעוניינת בקיום יחסי מין עימו – מוטב היה כי לא היו נטענות (ראו למשל: סעיף 58 לנימוקי הערעור; פרוטוקול הדיון מיום 13.12.2012, עמודים 64-65; עמודים 71-72). כפי שקבע בית המשפט המחוזי, לא נפל כל פגם בהתנהגות המתלוננת. בכל מקרה אין לראות בכך "הזמנה למין" עם המערער שעות ספורות לאחר מכן ברכבו ולאחר שביקשה לשוב לביתה. יובהר ויודגש:

"ראוי לומר את המובן והידוע, או צריך להיות ידוע, כי גם התנהגות 'מרדנית', חופשית או מתירנית של אשה, לא כל שכן קטינה, אינה היתר לפגוע בה מינית. האוטונומיה לקיום יחסים היא שלה, ושלה בלבד; אין מתירנות בחינת רישיון לכל מאן דבעי והפקרת הגוף לניצול" (ע"פ 238/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה מ' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (22.4.2010); עוד ראו: ע"פ 316/85 גרינוולד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 564, פסקה 7 לפסק דינו של הנשיא מ' שמגר (1996)).

בשל חשיבות העניין ורגישותו אחזור על הדברים גם אני – לא נפל כל פגם שהוא בהתנהגותה של המתלוננת. לא בכך שרקדה עם המערער במהלך החתונה, לא בכך שנתנה את מספר הטלפון שלה לבחור בחתונה ובטח לא בכך שבמצב השכרות בו

הייתה שרויה לנוכח המשקאות אותם נתן לה המערער, בן ה-36, ובכלל – נמנעה ממנה האפשרות להתנגד למעשיו החמורים של המערער. כל שנותר לה הוא לבכות בסיומם. עוד צויין בפסק דין קמא, ולכך אצטרף, שגם אימה של המתלוננת, אשר סמכה על המערער ואישרה לביתה להתלוות אליו לחתונה, והמערער מעל באמון זה באופן הבוטה ביותר – כמובן שאינה אשמה בדבר. האשם היחיד הוא המערער. כל הטענות בדבר היותו "אדיב" ו"מכבד" בעת קיום יחסי המין, ובכך שהחזיר את המתלוננת לביתה ואף "שילם לה את שכרה" (בליווי טיפ 'נדיב') – דומה כי אין צורך להכביר במלים בכדי לדחות אותן מהיסוד (ראו סעיף 91 לנימוקי הערעור ופרוטוקול הדיון שהתקיים בפנינו בתאריך 9.11.2014).

הערעור כנגד גזר הדין

10. גזר הדין הותקף מזה ומזה – לקולה ולחומרה. המערער משיג הן על חומרת עונש המאסר בפועל שנגזר עליו, 5 שנים, והן על הפיצוי למתלוננת בו חויב בסך 100,000 ש"ח. המשיבה מערערת על קולת עונש המאסר בפועל. באשר לנושא הפיצוי, הסנגורית הדגישה שההליך נמשך כשנתיים, במהלכן הותר לו לעבוד בטלמרקטינג בלבד ואין ביכולתו לגייס סכום זה. כך או כך, נאמר כבר עתה כי דין הערעור על רכיב זה להידחות, ולו מהטעם שהמערער לא צירף את המתלוננת כצד להליך. חיוניות צירוף המתלוננת במקרה של השגה על פיצויים טמונה בהיבט האזרחי של רכיב זה, גם כאשר הוא נגזר במסגרת הליך פלילי (ראו למשל: רע"פ 9727/05 פלוני נ' מדינת ישראל, בעיקר פסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש והאסמכתאות שם (8.8.2007)). הצד שאמור לקבל את הפיצוי הוא בעל אינטרס ישיר בתוצאה. יובהר כי בשל אי צירופה של המתלוננת לא נשמעה עמדתה. אין מדובר אפוא במחדל טכני בלבד, אלא בפגיעה מהותית בזכותה של המתלוננת.

באשר לעונש המאסר בפועל, לטענת הסנגורית שגה בית המשפט בקובעו מתחם ענישה הנע בין 4 ל-7 שנים ולא טווח של 3-5 שנים. לעמדתה, נסיבות המקרה נמצאות בסקאלה הנמוכה ביותר של עבירות מסוג זה, משלא הופעלה אלימות מצידו והמתלוננת לא התנגדה. גם בהקשר זה חוזרת הסנגורית על

טענותיה לפיהן המתלוננת הייתה "חברותית" מאוד באותו הערב" (סעיף 9 לנימוקי הערעור) והמערער "נהג בה בכבוד", חדל ממעשיו כשגילה שהמתלוננת הייתה בתולה והסיעה לביתה. כמו כן, נטען כי נפלה שגגה בגזירת העונש בתוך המתחם, לאור עברו הנקי והנורמטיבי של המערער ומשום שמדובר באירוע בודד. עוד הדגישה הסנגורית שמדובר באב לילדים קטנים, אשר אישתו התגרשה ממנו בעקבות הפרשה והוא התנדב לאורך שנים בעמותות שונות. לסיום מפנה הסנגורית להערכת מסוכנות פרטית שנערכה בעניינו ושהוגשה מטעמו, לפיה המסוכנות הנשקפת מהמערער היא נמוכה.

לעומת זאת, בערעורה הנגדי טוענת המשיבה שעונש המאסר בפועל שהוטל לתקופה של 5 שנים הוא מקל מדי. לטענת הפרקליטה, עונש זה אינו מעניק משקל ראוי לנסיבות לחומרה של המקרה המתואר ולנזק הקשה שנגרם למתלוננת. בין נסיבות המקרה מפנה המשיבה למשל לגילה של המתלוננת ולהיכרות המוקדמת ביניהם. באשר לנזק שנגרם למתלוננת ולבני משפחתה מפנה היא בעיקר לניסיונות האובדניים שביצעה. לפיכך סבורה המשיבה שמתחם העונש ההולם שנקבע הוא מקל מדי ואינו משקף את חומרת העבירות; את העובדה שמדובר בשתי עבירות שונות באירוע אחד; ושאמנם המערער לא נקט באלימות כלפי המתלוננת, אך זאת משום שהובילה למצב בו לא יכלה לתת את הסכמתה. באשר לגזירת העונש בתוך המתחם, טוענת המשיבה כנגד קביעתו ברף התחתון. לעמדתה הדבר אינו משקף את העובדה שהמערער לא מפנים את חומרת מעשיו והפסול בהם, גם לפי הערכת המסוכנות שהוזמנה על ידו. אף בתוך המתחם שנקבע, משיגה המשיבה כנגד כך שעונשו של המערער נקבע ברף הנמוך של המתחם, והוא הועמד על שנה מעל עונש המינימום בגין עבירת האונס לבדה. עמדת הסנגוריה היא כמובן שדין הערעור של המדינה על גזר הדין להידחות. כאמור, לשיטתה העונש מחמיר מדי ויש להקל בו, ובוודאי אין מקום להחמרה נוספת.

11. כלל ידוע הוא שערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בגזר דין שהושת על ידי הערכאה הדיונית אלא במקרים המצדיקים התערבות מעין זו (ראו למשל: ע"פ 1242/97 גרינברג נ' מדינת ישראל (3.2.1998); ע"פ 3074/07 מדינת ישראל נ' אבו

תקפה (27.3.2008); ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל (29.1.2009)). העונש שהושת על המערער במקרה דנן, 5 שנות מאסר בגין הרשעתו בעבירת אינוס ובעבירת מעשה סדום בנסיבות שתוארו, אינו קל. מנגד, הנימוקים לחומרה ממשיים הם. מהי אפוא התוצאה הראויה בענייננו?

חומרת המעשים בהם הורשע המערער ברורה. בהקשר אחר תיארה זאת

היטב השופטת א' פרוקצ'יה:

"על חומרתם הרבה של מעשי מין המתבצעים בזולת בהעדר הסכמה מרצון אין צורך להכביר מילים. הפסיקה השיפוטית ביחס לעבריינות הפלילית בתחום זה מוליכה מזה שנים קו בולט של החמרה בדין הן בהיבט הגמול והן בהיבט ההרתעה. הניצול המיני של הזולת בדרך של כפייה, או תוך אי התחשבות בהעדר הסכמה הוא אחת התופעות הקשות והפוגעניות ביותר בביטחוננו הגופני והנפשי של הפרט, ובשלום הציבור ככלל. הפגיעה המינית העבריינית פולשת לגופו ולנפשו של הקרבן, והורסת בו חלקה טובה. היא מבזה את עצמיותו, ופוגעת באינטימיות ובאוטונומיה המקודשת של גופו. היא משקפת את השתלטות החזק והברוטאלי על החלש וחסר האונים. היא מצריכה התערבות ממשית של מערכות החוק והמשפט כדי להגן על קרבנות עבריינות המין בפועל ובפוטנציה" (ע"פ 9994/07 פלוני נ' מדינת ישראל פסקה 14 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (11.8.2008)).

זאת במיוחד וביתר שאת כאשר הקרבנות הם קטינים (ראו לדוגמה: ע"פ 1523/05 פלוני נ' מדינת ישראל (2.3.2006); ע"פ 5936/13 פלוני נ' מדינת ישראל (14.1.2015)). במקרה דנן המערער ניצל מינית את המתלוננת באופן חמור ובוטה, והוא הורשע בביצוע שתי עבירות מין חמורות – עבירת אינוס ומעשה סדום. העונש בגיןן זהה ועומד על 16 שנות מאסר לכל אחת. המחוקק קבע שהעונש המזערי שיוטל בגין כל אחת מהן לא יפחת מרבע מהעונש המקסימלי הקבוע בחוק – קרי לא יפחת מארבע שנים לכל עבירה. בית משפט זה התייחס ברמה הכללית לבחירת המחוקק לקבוע עונשי מינימום בעבירות אלו:

"בשנים האחרונות נזקק המחוקק בישראל לשינויים חקיקתיים בעבירות המין יותר מאשר בכל העבירות

הפלילות האחרות. מגמתם העיקרית של שינויים אלה מבטאת את הנטייה להחמרה משמעותית במידת העונש המרבי שנקבע לעבירות הללו. יתרה מזאת, המחוקק קבע עונשי מינימום בגין עבירות מין, עונשים המבטאים את הגישה כי יש להתייחס לעבירות מין כאל קטגוריה מיוחדת של עבירות חמורות... ההנחה היא שהנזק החמור הנגרם לקורבנות בעבירות מין עשוי להיות שיקול בטרם קובע בית המשפט את העונש הראוי. בכך נתן המחוקק ביטוי למגמה ההולכת ומתפתחת בשיטתנו, שלפיה ההליך הפלילי מביא בחשבון לא רק את הפגיעה בנאשם – זו העומדת ברקע התנהגותו ומתעצמת בניהול ההליכים נגדו, אלא גם את הפגיעה בקורבן (ע"פ 4890/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 594, פסקאות 9-8 לפסק דינה של השופטת ביניש (2001)).

לנוכח תקופת המאסר המזערית, ברי כי טענת הסנגורית, לפיה מתחם העונש ההולם הוא 3-5 שנים – דינה להידחות. אף מתחם העונש ההולם שנקבע על ידי בית המשפט בגין שתי העבירות יחדיו, 4-7 שנים הינו מקל מדי. אמנם, רכיב המאסר בעונש מזערי איננו חייב להיות מאסר בפועל. כמו כן, סעיף 355(א) לחוק העונשין מאפשר סטייה מהעונש המזערי אם "החליט בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, להקל בעונשו". אולם בעצם קביעת עונש מזערי על ידי המחוקק כמעין נקודת פתיחה – ניתנה דעתו בדבר חומרת העבירות האמורות. נקודה נוספת היא פסיקת בית משפט זה בע"פ 9303/09 פלוני נ' מדינת ישראל (27.9.2011), כי על פי הפרקטיקה הקיימת אין זה נהוג להחיל את סעיף 355(א) לחוק העונשין על כל עבירה כאשר הנאשם הורשע במספר עבירות מין. לצד זאת, נהיר כי ריבוי מקרים הינו שיקול להחמרה מעבר לעונש המזערי בגין עבירה בודדת. עמדה זו אף מתיישבת עם סעיף 40ג(א) לחוק העונשין, בדבר קביעת מתחם עונש הולם בגין מספר עבירות שבוצעו באירוע אחד. לפי הסעיף יש לקבוע מתחם כולל לכל העבירות שבוצעו באותו אירוע, כך שהעונשים המזעריים אינם חייבים להיות מחושבים באופן מצטבר לגמרי.

קיים קושי לקבל את הגישה לפיה העונש ההולם ומתחמו יהא תקופת מאסר בפועל הנופלת מהעונש המזערי הרלוונטי. ראשית, סעיף 355(א) לחוק העונשין הינו דין מיוחד. בתור שכזה, הוא מחייב. כעמדת מוצא, הסעיף מתמקד בעבירה ולא בנסיבותיה הפרטניות. שנית, העונש ההולם על פי תיקון 113 הוא

נורמטיבי ולא עובדתי. לאמור, בית המשפט עשוי להיעזר בעונש הנהוג, אך חייב הוא לתת את דעתו לעונש הראוי. בהקשר זה, העונש המזערי כשמו כן הוא. אין הוא משקף את מיצוי העונש – נהפוך הוא.

12. בטרם נתייחס לפרטי המקרה הקונקרטי, תוצג – ככלי עזר וכשיקול – "מדיניות הענישה הנהוגה" (סעיף 40ג(א) לחוק העונשין) בעבירות מעין אלו. באי כוח שני הצדדים הפנו למקרים דומים לשיטתם, בהם נגזרו עונשים כבדים או קלים ביחס למקרה דנן. ואולם, זה המקום לציין כי פסקי הדין של בית משפט זה אליהם הפנתה באת כוחו של המערער, בגדרם הוטלו עונשים הנעים בין שנתיים לארבע שנות מאסר – היו כולם ערעורים מטעם הנאשמים על חומרת העונש שהוטל עליהם. לא הוגש בעניינם ערעור נגדי על ידי המדינה באשר לקולת העונש. ערעורים אלו נדחו. מצב עניינים זה למעשה תחם את מסגרת ההתערבות של בית משפט זה בנידון, היות שכלל לא נבחנה על ידי בית המשפט האפשרות להחמיר בעונשם של המערערים השונים. רמיזה לנכונות להחמרה שכזו ניתן למצוא למשל באמירות באשר ל"קולתו היחסית" של העונש שהושת מלכתחילה על ידי הערכאה הדיונית ושמדובר בעונש מתון (ע"פ 8987/12 טרשתי נ' מדינת ישראל, פסקה 28 לפסק דינו של השופט נ' טולבוג (28.10.2013)). כך או כך, אף אם יש משקל מסוים לעונשים אלו שנגזרו על ידי בתי המשפט המחוזיים – התמונה רחוקה מלהיות שלמה ביחס לעמדת בית משפט זה.

מן העבר האחר, בפסקי הדין שהוגשו על ידי המשיבה הוטלו עונשים חמורים יותר מאשר במקרה דנן, אשר נעים בין 7 ל-10 שנות מאסר (ראו: ע"פ 836/07 פלוני נ' מדינת ישראל (23.3.2008); ע"פ 5851/09 עמירה נ' מדינת ישראל (1.3.2011); ע"פ 5084/12 שקורי נ' מדינת ישראל (15.9.2013); ועד לעונש של 16 שנות מאסר בפסיקה שהוגשה לערכאה קמא). אלא שמדובר בעבירות אינוס ומעשי סדום שבוצעו בנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, קרי "שלא בהסכמתה החופשית", ובמקרים שהובאו תוך שימוש באלימות כלפי הקרבנות. זאת בשונה מנסיבות המקרה דנן, של סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין, בו המתלוננת הייתה שרויה במצב של שכרות. אין משמעות הדבר כי ביצוע העבירות בנסיבות

סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין חמור יותר בהכרח מאשר לפי סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין, או להיפך. יש לבחון כל מקרה לגופו, על פי נסיבותיו. המקרים שהובאו מעידים על מתחם ענישה רחב ומגוון בעבירות חמורות כגון דא, אך הם אינם דומים במובהק למקרה שבפנינו.

פרשה דומה יותר למקרה הנידון היא פרשת סיגר (לעיל), שניתנה בחודשים האחרונים. במקרה זה ניצל המערער, כבן 50, את מצבה של המתלוננת, כבת 25, שהייתה תחת השפעת אלכוהול וכדורים. המערער פגש במתלוננת בבית קפה, ולקח אותה לדירתו תוך שהוא תומך בה בהליכתה הרעועה. שם אנס את המתלוננת. לאחר המעשה, משלא ראה את הפסול החמור במעשיו, נתן לה את מספר הטלפון שלו. על המערער נגזרו 6 שנות מאסר, הוא ערער כנגד הכרעת הדין וחומרת העונש (מבלי שהוגש ערעור נגדי) – וערעורו נדחה. בית המשפט הדגיש כי: "היה ואדם מעוניין בקיום יחסי מין עם אישה, אשר עולה בו חשד לגביה כי הכרתה מטושטשת, או כי אין היא יכולה להיענות מרצון לתביעתו, אך הוא בוחר להתעלם מחשד זה ולא לבררו עד תום – יידע הוא, כי מגע מיני בינו לבינה הינו עבירה פלילית מן החמורות שבספר החוקים וכי אם יבחר לממש את רצונו, הוא יועמד לדין וישלם את מלוא המחיר על הפגיעה בגופה ונפשה של אישה זו" (פסקה 41 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן).

13. עקרון ההלימה בענישה, שעומד ביסוד תיקון 113 לחוק העונשין, מחייב את בחינתן של נסיבות העבירה. תודגשנה שתי נסיבות המנויות בסעיף 40ט(א) לחוק העונשין:

"(10) האכזריות, האלימות וההתעללות של הנאשם
בנפגע העבירה או ניצולו;
(11) הניצול לרעה של כוחו או מעמדו של הנאשם או
של יחסיו עם נפגע העבירה."

בענייננו האכזריות והניצול בהתנהגות המערער מטרידים מאוד. באשר לאכזריות, יוזכר כי המערער, המבוגר מהמתלוננת בכ-20 שנה, שתפקד כמעבדה במועד הרלוונטי, התאכזר אליה בצורה שונה ביחס לכל עבירה. באשר לעבירת האונס,

כאמור במהלך החתונה שקדמה לנסיעה ברכב, המתלוננת הסבירה למערער, במענה לשאלותיו, שהיא בתולה וש"זה עוד לא הזמן שלי, אני לא רוצה" (פרוטוקול הדיון מתאריך 13.12.2012, עמוד 32 שורות 2-5). האירוע התרחש ביום ההולדת ה-16 של המתלוננת. אגב, לעתים עבירות מין בנויות בין היתר על גילו המדויק של הקרבן. כך למשל, בנסיבות מסוימות קיים הבדל בסיווג העבירה אם מדובר בנפגעת בת פחות מ-14 או בת פחות מ-16. כאן המעשים בוצעו בהיותה בת 16. עם זאת, לגיל זה הגיעה המתלוננת רק שעות ספורות קודם למעשה. כמובן, גבוליות הגיל אינה משפיעה על הגדרת העבירות אותן ביצע המערער הנשענות על גיל מדויק, לכאן או לכאן. ברם יש בכך כדי להוסיף נופך של חומרה למעשיו. לו המערער היה מבצע את העבירה שעות בודדות קודם לכן, העונש המרבי היה עולה מ-16 שנות מאסר ל-20 שנה. נכון הוא כי מדובר אמות מידה קשיחות, ואין להתחשב בכך מבחינת סעיפי האשמה והעונש המירבי לצידם. ואולם, מעבר לכך שיש באמור כדי לסתור את הנחת הסנגוריה כי המקרה מצוי בקצה הנמוך של סקאלת החומרה בעבירות אלו – חשוב יותר הפן האנושי, או ליתר דיוק הבלתי אנושי, של המעשה. המתלוננת חוגגת את יום הולדתה. היא סומכת על המערער, גם בשל גילו ומעמדו. היא בוטחת בו ועונה לשאלותיו האישיות. היא אף מרשה לעצמה, כנראה כחלק מחגיגת יום הולדתה, לשותות אלכוהול. המתלוננת היא אשר בחרה לשתות, אך מהעובדות עולה כי הוא עודד אותה, תוך תכנון מעשיו על מנת להחליש את כוח התנגדותה. או אז המערער כופה את עצמו על המתלוננת. יום ההולדת שלה הפך, כפי שיובהר, מיום חגה לסיוט מתמשך.

כתוצאה ממעשה האונס, המתלוננת זעקה בכאב והחלה לדמם. בתגובה לכך, המערער ביצע בה מעשה סדום. בכך הוסיף אכזריות על אכזריות. ברקע, מצבה של המתלוננת שכאמור עקב שתיית האלכוהול נמנעה ממנה היכולת ליתן את הסכמתה החופשית למעשיו. כאן מרים את ראשו מרכיב הניצול שבמעשיו של המערער. הוא לא רק ניצל את מצב השכרות בו הייתה שרויה, אלא תרם תרומה משמעותית לכך שהגיעה למצב זה מלכתחילה בכך שנתן לה משקאות אלכוהוליים במהלך החתונה. עובדה זו היא בעלת חומרה יתרה בהתחשב בכך שהמערער ידע

היטב שהיא קטינה. כאמור, על פי סעיף 40ט האכזריות והניצול הם שתי נסיבות נפרדות. בענייננו שתי הנסיבות קיימות, ואף שזורות זו בזו.

באשר לטענת הסנגורית כי יש "לדרג" את חומרת המעשים בתיק זה לקולה בשל העדר שימוש באלימות מצד המערער כלפי המתלוננת – אשיב כך: ראשית, היעד בביצוע עבירת אונס הוא לשלוט בנפגע. לעתים השליטה בנפגע בדרך שאינה מלווה באלימות ישירה איננה פחותה מחומרת השגת המטרה באמצעות אלימות. שנית, עבירת אינוס בהגדרתה היא עבירת אלימות, גם אם יש דרגות שונות של אלימות פיזית. שלישית, המערער הורשע בחלופה של בעילה כאשר הנפגע במצב המונע ממנו מלתת את הסכמתו החופשית. כלומר, היסוד בעבירה הוא ניצול העדר היכולת של הנפגע להשתחרר ממבצע העבירה. אם כך המצב, העדר שימוש בכוח במובן הפיזי והישיר ממילא אינו המיקוד במעשה הפלילי. לנוכח המצב בו הייתה שרויה המתלוננת, "בתרומתו" של המערער, הוא כלל לא נדרש להפעיל כוח ואלימות כלפיה על מנת לבצע בה את זממו. הוא ניצל את מצבה – את אי יכולתה לתת את הסכמתה לנעשה, ואת אי-יכולתה לשלוט בגופה בשלב זה. מצאתי לנכון לשוב ולהפנות לדברי המתלוננת, לפיהם במהלך החתונה אמרה למערער שהיא בתולה ואינה רוצה עדיין לקיים יחסי מין. במהלך הנסיעה חזרה אמרה למערער שהיא רוצה לשוב לביתה, ולאחר שסיים המערער לאנוס את המתלוננת וגילה שהיא מדממת – החדיר את איבר מינו לפיה בניגוד להסכמתה. במכלול נסיבות העניין, אין בהעדר הפעלת אלימות כלפי המתלוננת בכדי לסווג את המקרה כמקרה 'קל' על סקאלת עבירות אלו. טענה זו קשה לקבל בייחוד במבחן התוצאה, לנוכח הפגיעה האנושה שנגרמה למתלוננת, כפי שיפורט בהמשך. דומה כי הדברים שצוינו לעיל ביחס להכרעת הדין, לפיהם טענות מעין אלו אינן משחררות את המערער מאחריות פלילית – הן בעלות נפקות גם ביחס לשיקולי הענישה. כמובן, כל מקרה ייבחן על פי נסיבותיו. כל עונש על פי תנאי המעשה והעושה. אל לבחינה להיות שטחית וחד ממדית, אלא יש לשקול את הנסיבות לעומקם וכהווייתם.

14. עוד יש להרחיב במעט על אודות הפגיעה הקשה במתלוננת בעקבות מעשיו החמורים של המערער (ראו סעיף 40ט(4) לחוק העונשין: הנזק שנגרם מביצוע

העבירה). מתסקיר נפגעת העבירה בעניינה מצטיירת תמונה קשה מאוד. שיאה של התדרדרות נפשית זו בשני ניסיונות אובדניים שביצעה המתלוננת לאחר מתן עדותה בפני בית המשפט המחוזי. בעקבות ניסיונות אלה היא אושפזה והוגבר מינון התרופות הפסיכיאטריות אותן היא נוטלת בעקבות מעשי המערער. עוד יצויין בקווים כלליים, ומבלי לפרט יתר על המידה מחשש לחשיפתה, שעולה תמונה של נערה שעולמה חרב עליה. מנערה חברותית ומלאה שמחת חיים היא הפכה לנערה מסתגרת, נוטה להתקפי זעם, בכי, כעסים, חוסר תפקוד, חרדות ודיכאון. היא מנוהלת על ידי פחדיה והדבר משפיע על כל תחומי חייה. בין היתר היא מתקשה ללכת לישון עקב סיוטים שחוזרים ופוקדים אותה, הישגיה בלימודים התדרדרו באופן משמעותי, היא פיתחה הפרעות אכילה בסמוך לאחר האירוע ולמרות שבעבר ציפתה לשירותה הצבאי והייתה חדורת מוטיבציה – קיבלה לאחרונה פטור משירות עקב מצבה. משפחתה סיפרה כי לנוכח מצבה הקשה הם כלל לא סיפרו לה על הדיון שהתקיים בפנינו. כמובן, כולנו תקווה כי המתלוננת, בסיוע סביבתה התומכת, תוכל למצוא את הכוחות הנדרשים על מנת לרפא ככל הניתן את הפצע שנפער בה בעקבות האירוע הקשה. אך לצערנו התחזית לעתיד כיום איננה ברורה, ובכל מקרה הפגיעה בה עד היום היא משמעותית וקשה. עצוב שבפנינו מקרה מובהק הממחיש את עוצמת הנזק העלול להיגרם לנפגעי עבירת מין.

על אף האמור, מהערכת המסוכנות בעניינו של המערער וחקירתה הנגדית של עורכת חוות הדעת בעניינו שהוגשה מטעמו – עולה שהמערער מסרב להכיר בחומרת מעשיו ואינו נוטל עליהם אחריות, ודאי לא אחריות מלאה. לא על המעשים ולא על הנזק שגרם למתלוננת. צדק בית המשפט המחוזי כאשר מתח ביקורת על הפערים שבין תוכנה של הערכת המסוכנות ואמירותיו של המערער כפי שעולות בה, לבין הקביעה הסופית לפיה המסוכנות הנשקפת מהמערער היא נמוכה – (ראו פסקאות 13-14 לגזר הדין; ולהתרשמות פרוטוקול הדיון מיום 19.6.2013 עמודים 329-333 ו-337-340)). די לומר כי המערער ממשיך להאשים את המתלוננת, תוך ציון ש"היא רצתה כנראה רומנטיקה... היא פלרטטה כל הערב.... נראה לי שהיום אני צריך לחתום חוזה עם בחורה לפני שיוצא לדייט, שהכל בהסכמתה" (עמודים 12-13 להערכת המסוכנות). התמונה עגומה ביותר. נתונים

אלה רק מחזקים את הצורך להעניק משקל להרתעה כללית ואישית כשיקול לעניין העונש.

לקולת העונש יצויין כי למערער אין עבר פלילי ופועלו לטובת החברה במהלך השנים הייתה מבורכת. אודה כי קשה להבין את הפיצול בין התנהגותו האכזרית של המערער במקרה זה לבין המעשים הטובים שביצע למען הזולת בהתנדבות בשלבים אחרים של חייו. אך העונש בכגון דא, גם אם יש במסגרתו להעניק משקל לשיקולים לקולה, חייב לשים את הדגש על העיקר בנסיבות המקרה – והוא חומרת המעשה והפגיעה במתלוננת. לכן, דעתי היא כי יש מקום לקבל את ערעורה של המדינה על קולת עונש המאסר בפועל. התוצאה אליה הגעתי לוקחת בחשבון לא רק את הנימוקים לקולה, אלא גם את הכלל לפיו אין זו דרכה של ערכאת הערעור למצות את הדין. לשון אחר, לו היינו יושבים כערכאה מבררת היה מקום להחמיר בעונש אף מעבר לתוצאה המוצעת.

סוף דבר

15. הייתי מציע לחברותיי לדחות את ערעור המערער הן לעניין הכרעת הדין והן באשר לגזר הדין, ולקבל את ערעורה של המדינה כנגד קולת העונש, כך שעונשו של המערער יעמוד על 6.5 שנות מאסר.

ש ו פ ט

הנשיאה מ' נאור:

אני מסכימה.

ה נ ש י א ה

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ

ט ת

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, י"א אדר תשע"ה (2.3.2015).

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א ה

ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 13066620_Z12.doc מא
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il