

## ע"פ 2005/20 - פלוני, פלוני נגד מדינת ישראל, פלונית

### בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2005/20

ע"פ 2451/20

לפני: כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופטת י' וילנר  
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערער בע"פ 2005/20: פלוני

המערער בע"פ 2451/20: פלוני

נגד

המשיבות בע"פ 2005/20 ובע"פ 1. מדינת ישראל  
2451/20:

2. פלונית

ערעורים על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט  
המחוזי בירושלים (כבוד השופטים ר' כרמלי; שר רנר;  
ח' מאק-קלמנוביץ) מיום 11.2.2020 בתפ"ח  
27135-09-18

(11.5.2020)

תאריך הישיבה:  
בשם המערער בע"פ 2005/20: י"ז באייר התש"ף  
בשם המערער בע"פ 2451/20: עו"ד דוד ונטורה  
בשם המשיבה 1: עו"ד נועה זעירא  
בשם שרות מבחן למבוגרים: עו"ד מורן פולמן  
גב' ברכה וייס

פסק-דין  
\*\*

עמוד 1

## השופט נ' הנדל:

מונחים בפנינו שני ערעורים הנסובים סביב אותה פרשה. בית המשפט המחוזי הרשיע את המערערים בביצוע עבירות מין חמורות, וזאת בהתאם להודייתם במסגרת הסדר טיעון. כעת, משיג המערער בע"פ 2005/20 (להלן: מערער 1) על החלטת בית משפט קמא שלא לאפשר לו לחזור בו מהודייתו באשמה, ועל כן, מבקש להשיב את התיק לדיון בערכאה דנן. לחילופין, משיג על חומרת העונש. המערער בע"פ 2451/20 (להלן: המערער 2) מסתייג מחומרת העונש.

## רקע והליכים

1. על פי כתב האישום המתוקן, בו הודו המערערים, בליל ה-31.8.2018 נפגשו המערערים עם המתלוננת לבליו משותף, במהלכו טיילו ביישוב מגוריהם, שמו משקאות אלכוהוליים והתיישבו לשוחח בגן שעשועים. בשלב מסוים, סיפרה המתלוננת למערערים על בעיה רפואית ממנה היא סובלת, המכונה "Vasovagal Syncope" (או "סינקופה ואזו-ואגאלית"), הגורמת לאיבוד הכרה חולף. לפתע חשה המערערת בבחילה וסחרחורת, והנחתה את המערערים כי היה ותתעלף, יזמינו אמבולנס או ימתינו עד אשר תתעורר. בשלב זה התעלפה המתלוננת, נפלה על צידה כשעיניה עצומות וגופה אינו מגיב, אך היא מצויה בהכרה חלקית. המערערים ניסו לעורר את המתלוננת ללא הצלחה. משהתחלה להקיא, הטה מערער 2 את ראשה על-מנת שלא תיחנק.

כאשר התברר למערערים כי המתלוננת אכן מעולפת, הרים מערער 1 את חצאיתה, הסיט את תחתוניה, והחזיר כמה פעמים את איבר מינו לאיבר מינה. כתוצאה מכך, השתפשף גבה החשוף של המתלוננת על גבי המדרכה, ונגרמו לה סימני שפשוף בגבה. אחריו ניגש מערער 2 אל המתלוננת וחיכך את איבר מינו החשוף באיבר מינה. לאחר מספר שניות אמר מערער 2 כי הוא חושש שהמתלוננת תתעורר, וחדל ממעשיו. בסיום, סידרו המערערים את בגדיה של המתלוננת. לאחר מספר דקות התעוררה המתלוננת מעלפונה, אז אמרו לה המערערים כי דאגו לשלומה וליוו אותה לביתה.

2. כתב אישום כנגד המערערים הוגש ביום 16.9.2018. לאחר משא ומתן ממושך, הגיעו באי-כוח הצדדים להסדר טיעון, במסגרתו הודו המערערים בעובדות כתב האישום המתוקן והורשעו על-פי הודייתם. ביום 5.5.2019 הורשע מערער 1 בעבירה של אינוס תוך ניצול מצב ובנוכחות אחר, לפי סעיף 345(א)(4) וסעיף 345(ב)(5) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). מערער 2 הורשע בביצוע מעשה מגונה תוך ניצול מצב ובנוכחות אחר, לפי סעיף 348(ב) לחוק העונשין, בצירוף הסעיפים דנן. לצורך קביעת העונש, נתבקש שירות המבחן להכין תסקירים בעניינם של המערערים.

בדיון שהתקיים ביום 14.7.2019, הודיע מערער 1 כי הוא חפץ בהחלפת הייצוג בתיק. בדיון מיום 23.10.2019 התייצב בא-כוחו החדש, עו"ד ונטורה (להלן: הסניגור), והודיע כי מרשו מבקש לחזור בו מהודייתו משום שניתנה בניגוד לרצונו, ומתוך לחצים שהופעלו עליו על-ידי בא-הכוח הקודם, עו"ד שלף. עוד נטען כי היוועצות עם קרדיוולוג מעלה כי עצם המעשה המיוחס למערער 1 "אינו בר ביצוע", ועל כן אי-היעתרות לבקשה משמעותה הרשעת חף מפשע. המשיבה התנגדה לבקשה. לגישתה, הסדר הטיעון הוא פרי משא ומתן מתמשך ומושכל, הכולל ריכוך בעובדות כתב האישום ובעמדת המאשימה לעניין העונש, ועל כן אין לאפשר חזרה ממנו.

בעקבות טענת הסניגור באשר לכשל בייצוג הקודם, התבקשה תגובת הסניגור הקודם. בתגובה שהגיש שלל עו"ד שלף את כלל הטענות נגדו. לדבריו, הוא הבהיר למערער את הסיכוי והסיכון העולים מן המארג הראייתי בתיק, ופרש בפניו את כלל המסלולים הניצבים בפניו, לרבות ניהול ההליך עד תום. זאת ועוד, הובהר למערער 1 במספר הזדמנויות שאין עליו לחתום על הסדר הטיעון במידה ואינו שלם איתו. עו"ד שלף התייחס בקצרה לסוגיה נוספת, אשר תידון בהרחבה בהמשך, והיא צירוף חוות-דעת רפואית בעניין המתלוננת. אשר לכך, הבהיר עו"ד שלף כי הוא ציין בפני מערער 1 ואימו כי באם תושג חוות דעת רפואית המתייחסת למצבה של המתלוננת בעת האירוע, יהיה מקום לשקול ניהול הוכחות.

3. בהחלטת בית המשפט המחוזי מיום 27.11.2019 נדחתה בקשת מערער 1 לחזור בו מהודייתו. נקבע כי הסניגור לא ביסס אחת מהעילות המוכרות בפסיקה לחזרה מהודיה, קרי, לא הניח תשתית עובדתית מספקת לאופן שבו נפגע רצונו במתן ההודיה, לקיומו של כשל בייצוג או לרצון כן ואמיתי להוכיח את חפותו. בהקשר זה ציין בית המשפט כי מערער 1 אף לא פירט מהי האמת אותה הוא מבקש לגולל, ולא סיפר את המעשה לפרטיו.

ביום 11.2.2020 גזר בית משפט קמא את עונשם של המערערים. על מערער 1 הושתו 5 שנות מאסר, 6 חודשי מאסר על תנאי ופיצוי כספי למתלוננת בגובה 75,000 ש"ח. על מערער 2 הושתו 18 חודשי מאסר, 6 חודשי מאסר על תנאי ופיצוי בגובה 25,000 ש"ח. מועד תחילת ריצוי עונשם עוכב מספר פעמים, וכעת עומד על יום ה-30.8.2020. עד למועד זה מצויים המערערים במעצר בפיקוח אלקטרוני.

#### טענות הצדדים

4. מערער 1 טוען כנגד החלטת בית משפט קמא שלא להתיר לו לחזור בו מהודייתו. הסניגור מבקש להיאחז בפסיקה של בית משפט זה, הקובעת אמות מידה מרחיבות לנימוקים המצדיקים מתן רשות לחזרה מהודיה באשמה. לגרסתו, מספיק כי הנאשם סבור כי טעה בשיקול הדעת על-מנת לאפשר לו לחזור בו מהודייתו. כמו כן, נסמך הסניגור על עיתוי הבקשה - שהוגשה טרם מתן גזר הדין - כשיקול מכריע לטובת היעדרות לבקשה. על כן, מבקש הסניגור לבטל את הכרעת הדין ולקיים הליך הוכחות בבית המשפט המחוזי.

נוסף על כך, הגיש מערער 1 בקשה לצירוף ראייה חדשה - חוות-דעת רפואית מטעם מומחה למחלות לב, פרופ' בוריס שטרסברג (להלן: חוות-הדעת והמומחה, בהתאמה), המלמדת, לכאורה, כי מצבה הרפואי של המתלוננת איננו תואם לסיניקופה ואזו-ואגאלית. עוד קבע המומחה כי גם אילו המתלוננת סובלת מתסמונת זו, הרי שסיניקופה מתאפיינת באיבוד הכרה לפרקי זמן קצרים בלבד, ולכן בלתי אפשרי כי המערערים יבצעו במתלוננת אקט מיני בפרק הזמן שבו הייתה חסרת הכרה. מחוות דעת זו גוזר הסניגור כי לא ייתכן שמערער 1 ביצע את המעשה, ועל כן, אי-היעדרות לבקשתו לקיים הליך הוכחות תביא להרשעתו חרף היותו חף מפשע. לחילופין, מבוקשת הפחתה בחומרת העונש לרמת הענישה שהוטלה על מערער 2.

המשיבה מתנגדת לבקשת המערער לחזור מהודייתו, מהנימוקים שהציג בית משפט קמא. אשר לחוות-הדעת, סבורה המשיבה כי אין להתיר צירופה בשלב זה; וכי מכל מקום, אין בה לשנות את מסקנות הכרעת הדין לנוכח קיומה של תשתית ראייתית מוצקה, הכוללת אף הודיות שניתנו במסגרת תרגיל חקירה משטרתי ובמסגרת פגישות המערער עם שירות המבחן.

5. מערער 2 מבקש להפחית בחומרת עונשו, אותו קבע בית משפט קמא בתחתית מתחם הענישה. בית משפט זה מתבקש לסטות ממתחם הענישה משיקולי שיקום, ולהימנע מהשתת עונש מאסר בפועל.

#### דין והכרעה

6. סדר הדין יהא כדלהלן: תחילה, תידון בקשת מערער 1 לחזור בו מהודייתו ולהשיב את התיק לבית משפט קמא, לצורך ניהול משפט. בתוך כך תידון בבקשת מערער 1 לצירוף ראיה חדשה. בסיום תינתן הכרעה בערעורים באשר לחומרת העונש.

א. חזרה מהודיה וצירוף הראיה החדשה

7. אפשרותו של נאשם לחזור בו מהודייתו מוסדרת בסעיף 153(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), המורה בזו הלשון:

"הודה הנאשם בעובדה, אם בהודיה שבכתב לפני המשפט ואם במהלך המשפט, רשאי הוא בכל שלב של המשפט לחזור בו מן ההודיה, כולה או מקצתה, אם הרשה זאת בית המשפט מנימוקים מיוחדים שיירשמו".

לנאשם בהליך הפלילי אמנם ישנה זכות מלאה לכפור בעובדות כתב האישום ולנהל הליך הוכחות, אך משבחר להודות בהן הוא לא יוכל לחזור בו מהודייתו אלא מנימוקים מיוחדים המצדיקים זאת. סעיף 153 לחסד"פ מסמך את בית המשפט להתיר חזרה כאמור, סמכות המשתרעת על כל שלבי ההליך, לרבות שלב הערעור (ע"פ 635/05 דענא נ' מדינת ישראל, פס' 12 והאסמכתאות שם (26.11.2007) (להלן: עניין דענא)). המחוקק לא פירש מהם אותם "נימוקים מיוחדים", אך לאורך השנים הפסיקה קבעה מספר כללים מנחים בסוגיה. ככלל, נפסק כי היתר כאמור יינתן אך ורק בנסיבות חריגות. באופן פרטני, התייחסה הפסיקה לשלוש עילות מרכזיות - פגם ברצון החופשי, כשל בייצוג ורצון כן בחשיפת האמת העובדתית. יודגש כי הכללים בנושא זה אינם נוקשים, ורשימת הנימוקים המיוחדים שנידונו בפסיקה איננה סגורה (ע"פ 6229/07 מופק נ' מדינת ישראל (20.11.2008); ע"פ 3991/04 רגבי נ' מדינת ישראל (2.5.2005) (להלן: עניין רגבי)).

העילה הראשונה, והמרכזית, הינה פגם ברצונו החופשי של הנאשם במתן ההודיה. פגם ברצון יכול לנבוע מהפעלת לחץ פיזי או נפשי על הנאשם; מהסתרת מידע רלוונטי מהנאשם או ממתן הסברים חסרים לגבי משמעות ההודיה ותוצאותיה (ע"פ 3754/91 מדינת ישראל נ' סמחאת, פ"ד מה(5) 804, 798 (1991) (להלן: עניין סמחאת)); ע"פ 5561/03 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נח(4) 145, 152 (2004) (להלן: ע"פ 5561/03); ע"פ 3227/10 פלוני נ' מדינת ישראל (24.1.2011) (להלן: עניין פלוני)). לטעמי, אגב, אין לשלול פגם ברצון החופשי של מערער 1, הנובע ממצב פנימי או מתחושה סובייקטיבית (ראו: עניין פלוני, פס' 4 לחוות-דעתי). עילה נוספת שנקבעה בפסיקה הינה כשל

בייצוג המשפטי שניתן לנאשם. כשל כאמור עשוי לנבוע ממחדלים סניגוריאליים, דוגמת התעלמות מראיות, פעולה מתוך יגוד עניינים או שיקולים זרים או מכל מחדל אחר אשר הופך את ייצוג הנאשם לבלתי מקצועי מעיקרו (ראו ע"פ 3371/17 כהן נ' מדינת ישראל, פס' 20 (3.7.2018) (להלן: עניין כהן); ע"פ 5561/03, פס' 8-9).

העילה השלישית שהוכרה בפסיקה היא רצונו הכן של הנאשם להביא לחשיפת האמת העובדתית. נימוק זה לחזרה מהודיה הוכר כחלק מגישה פסיקתית המקלה יותר עם הנאשם, שהופיעה בדעת הרוב בעניין סמחאת. שם, נקבע כי ניתן לאפשר חזרה מהודיה במקרה בו הנאשם סבור כי טעה בשיקול דעתו, וזאת אף אם ההודיה ניתנה מרצונו החופשי ובלי שנפל בה פגם כלשהו. תחת אותה תפיסה, כל עוד רצון הנאשם לחזור מההודיה נובע מתוך טעם ענייני וכן להוכיח את חפותו, ולא מתוך תכסיס פסול, אין להכביד עמו (עניין סמחאת, עמ' 802-803). יושם אל לב כי גישה מקלה זו יוחדה בפסיקה למצבים בהם הנאשם ביקש לחזור בו מהודייתו עד למתן גזר הדין, מתוך התפיסה כי עיתוי הבקשה עשוי להעיד על עצם המניע לבקשה. ודוקו: כאשר הבקשה הוגשה לפני מתן גזר הדין, הרי שעל פי רוב התועלת הפוטנציאלית בחזרה מן ההודיה מוגבלת. לעומת זאת, בקשה שהוגשה לאחר מתן גזר הדין מעלה חשש משמעותי שמא הנאשם חוזר בו בשל חומרת העונש שנגזר עליו, מתוך תקווה שהחזרה מן ההודיה תביא להקלה מסוימת גם בעונש (ראו ע"פ 6349/11 שניידר נ' מדינת ישראל (10.6.2013); ע"פ 5561/03, בעמ' 152; ע"פ 3165/08 עסאלה נ' מדינת ישראל, פס' י' (8.9.2008); ע"פ 5583/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 5 (11.6.2008)). ואולם, מבחן העיתוי איננו חזות הכל. חברי השופט סולברג חיווה דעה זו בעניין בע"פ 6028/13 פלוני נ' מדינת ישראל (20.3.2014) (להלן: ע"פ 6028/13), בדברים נכוחים אלו:

"אך גם במקרים שבהם ביקש נאשם לחזור בו מהודייתו טרם גזירת הדין, נפסק כי "אין להיעתר לבקשה באופן אוטומטי, אלא יש להתחשב ביתר הנסיבות" (ע"פ 5561/03 הנ"ל, בעמוד 152). פסיקה זו היא פועל יוצא מדרישת החוק ל"נימוקים מיוחדים שירשמו", הכרח בל יגונה מפאת "גורמי היציבות, הוודאות והאמינות החיוניים להליך הפלילי" (רע"פ 2292/08 אמסלם נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (30.3.2009), להלן: עניין אמסלם וראו שם את חילוקי הדעות). כאמור, לעיתוי הבקשה לחזרה מהודיה ניתן משקל רב (ע"פ 6349/11 שניידר נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 18 (10.6.2013), להלן עניין שניידר), אך המבחן המהותי אשר על-פיו תוכרע בקשת נאשם לחזור בו מהודייתו הוא "מבחן המניע", קרי "האם מדובר ברצון כן ואמיתי מצד הנאשם לחזור בו מהודאת שווא שמסר, ולהוכיח את חפותו, או שמא מדובר במהלך טקטי שנועד לגרוף תועלת משפטית כלשהי. מבחן העיתוי איננו אלא כלי עזר משפטי, לצורך הכרעה במבחן המניע" (שם, בפסקה 20; ראו גם עניין אמסלם הנ"ל). " [פס' 10, שם].

דעתי, אף היא, כי יש לראות במבחן העיתוי שיקול וכלי עזר לצורך הכרעה במבחן המניע. ככלל, יש לזכור כי ההסדר שקבע המחוקק בסעיף 153 לחסד"פ נועד לאזן בין שתי תכליות - כיבוד רצון הנאשם והוגנות ההליך הפלילי, מחד, לבין רצינות, אמינות וודאות ההליך הפלילי, מאידך (השוו לדבריה של השופטת (בדימוס) פרוקצ'יה בע"פ 2292/08 אמסלם נ' מדינת ישראל (30.3.2009); ולדברי השופט סולברג בע"פ 6028/13, פס' 11). בבואנו לצקת תוכן בביטוי "נימוקים מיוחדים" עלינו להכיר בכוחה המשפטי של הודיה שניתנה בפני בית המשפט. אין לאפשר שימוש לרעה בזכויותיו של נאשם. התייחסתי לכך בהרחבה בעניין פלוני, שם קבעתי בזו הלשון:

"יש להתייחס להודאת נאשם בתוך כותלי בית המשפט ברצינות הראויה. הנאשם אינו בגדר "סוחר בשוק" המשפט הפלילי. הוא אינו רשאי לשמור את כל הקלפים באמתחתו ואינו בן חורין לעבור מהודאה לכפירה בכל עת אשר יחפוץ". (שם, פס' 4).

יובהר כי עצם המונח "נימוקים מיוחדים", המופיע בסעיף 153 לחסד"פ, מלמד כי אין די בכך שנאשם רוצה

לחזור מהודייתו משום שהגיע למסקנה שמוטב כך. לו זה היה המצב, הרי שדרישת הנימוקים המיוחדים הופכת למיותרת. לעומת זאת, הייתי מפרש את עילת החזרה השלישית - רצון כן ב"חשיפת האמת העובדתית" - באופן נוסף, שעשוי להיות רלוונטי ביחס לחלק מהמקרים. למשל, ייתכן מצב בו נאשם - לאחר שהודה וטרם מתן גזר הדין - מגלה ראייה חיצונית אובייקטיבית שתומכת בחפותו, שלא ידע עליה קודם לכן. עניין זה, בנסיבות מתאימות, עשוי להטות את הכף כלפי האפשרות של מתן הזדמנות נוספת לנאשם להוכיח את חפותו.

8. מן הכלל אל הפרט. בענייננו, הבקשה לחזרה מהודיה מבוססת על שלושה אדנים: ראשית, טוען הסניגור בהליך זה כי הודיית מערער 1 ניתנה שלא מתוך רצון חופשי. לגרסתו, הסניגור הקודם הפעיל על מערער 1 לחץ להסכים להסדר הטיעון, באומרו כי במידה ולא יודה הוא צפוי לשנות מאסר ארוכות. שנית, מעלה הסניגור טענת כשל בייצוג. הסניגור מתייחס לכך שחוות-הדעת הרפואית - אשר לגרסתו מוכיחה כי המעשה המיוחס למערער 1 איננו בר ביצוע - לא נמצאה בידי עו"ד שלף; ומסיבה זו לחץ עו"ד שלף על המערער להסכים להסדר הטיעון (בהיבט זה כרוכה הטענה השנייה בראשונה). הטענה השלישית העולה מנימוקי הערעור קשורה ברצון מערער 1 בהוכחת חפותו. ודוקו, הסניגור טוען כי מערער 1 מעוניין בחשיפת האמת העובדתית - דהיינו, כי הוא איננו אשם - אמת הנלמדת, לגרסתו, מחוות-הדעת הרפואית אותה מבקש לצרף.

נפתח בסיכום הכללים. ניתן לאפשר לנאשם לחזור בו מהודייתו. עיתוי מוקדם של הבקשה - למשל, לפני גזר הדין - פועל לטובת המבקש. עם זאת, לא די בעצם הבקשה - הדין דורש נימוקים מיוחדים. הדגש איננו על כדאיות ההודיה, אלא על הפגם שבנתינתה. לשם כך, יש לבחון את מלוא נסיבות המקרה, לרבות כנותו של הנאשם מדוע הודייתו לא הייתה כנה. עתה, נתייחס למבחנים שפותרו על-ידי הפסיקה.

9. מערער 1 לא הניח כל תשתית עובדתית להוכחת פגם ברצון או כשל בייצוג. מתגובתו של עו"ד שלף ניתן ללמוד כי ההודיה ניתנה לאחר שהוצג בפני מערער 1 כלל החלופות, לרבות האפשרות לנהל הליך הוכחות; וכי הובהר לו שהבחירה בין החלופות נתונה אך ורק לו. אשר להפעלת לחץ נפשי, הרי שגם בהינתן שעו"ד שלף ייעץ למערער להסכים להסדר הטיעון תוך הבהרה כי אם לא יודה צפוי לו עונש כבד יותר, הפסיקה קבעה לא אחת כי אין בכך כדי להוות נימוק מיוחד המצדיק רשות חזרה מהודיה (עניין דענא, פס' 11 והאסמכתאות שם; ע"פ 6028/13, פס' 9). לבד מזאת, לא פירש הסניגור בתיק זה כיצד הופעל על מערער 1 לחץ נפשי פסול. עו"ד שלף אף ציין כי הוא אמר למערער 1 כי במידה והוא איננו שלם עם הסדר הטיעון, אל לו להודות באשמה. לא קיימת, אפוא, כל אינדיקציה לכך שהסניגור פעל באופן בלתי מקצועי, מבלי לאמוד את סיכויי ההרשעה ואת השלכות ההודיה.

גם טענת מערער 1 באשר לאי-השגת חוות-הדעת הרפואית, דינה להידחות. עו"ד שלף הצהיר בתגובתו כי האפשרות להשיג חוות-דעת רפואית בעניין המתלוננת הוצגה בפני מערער 1 ואימו. כך כתב:

"על אף עצה משפטית זו [הכוונה היא להודיה בהסדר הטיעון], הובא לידי הנאשם ואמו מפי הח"מ, כי באם תושג חוות דעת רפואית מסוימת המתייחסת למצבה של המתלוננת בתיק עת האירוע אזי, יהיה מקום לשקול ניהול הליך הוכחות. חוות הדעת המבוקשת לא הושגה, משכך ובמכלול, נשארה עצתו המשפטית של הח"מ להודות במסגרת הסדר הטיעון".

מן התגובה עולה כי אי-השגת חוות-הדעת איננה מהווה מידע שהוסתר ממערער 1, ולבטח שאיננה מהווה התעלמות מראיות או מחדל מקצועי מצד עורך הדין.

מכלול הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה מלמד, אף הוא, כי אין בנמצא פגם ברצון או כשל בייצוג. ראשית, ועיקר, ההודיה לא ניתנה בחטף, ולא כלאחר יד. הסדר הטיעון הוא פרי משא ומתן ממושך שנפרש על פני למעלה מחודשיים ימים. ודוקו, באי-כוח הצדדים עדכנו את בית משפט קמא, שלוש פעמים שונות, כי מתקיימים מגעים ביניהם לצורך הגעה להסדר טיעון. זאת ועוד, בפרק הזמן בו התנהל ההליך המשפטי הספיק להחליף מערער 1 שלושה סניגורים שונים, כאשר שניים מהם ייעצו לו להודות במיוחס לו. אף משך הזמן בין מועד מתן ההודיה ועד ליום החזרה ממנה, העומד על כחמישה חודשים, מעיד כי לא מדובר בחרטה עקב טעות רגעית (ע"פ 3524/17 פלוגית נ' מדינת ישראל, פס' 21 (3.10.2017); ע"פ 5561/03, פס' 8). מכל האמור ניתן ללמוד כי הודיית מערער 1 ניתנה, לכל הפחות, לאחר שקילה ומחשבה. שנית, ההודיה במסגרת הסדר הטיעון אינה עומדת לבדה. לאחר שהמבקש הודה באשמה בפני בית המשפט, הוא שב והודה גם בפגישתו עם שירות המבחן (ראו תסקיר מיום 7.7.2019; ומיום 23.9.2019). מערער 1 אף ציין כי ברצונו להשתלב בקבוצת טיפול ייעודית לעברייני מין.

10. העילה השלישית לחזרה מהודיה - חשיפת האמת העובדתית - מכריעה את הכף לכיוון דחיית הבקשה לחזרה מהודיה; וכן לדחיית הבקשה לצירוף הראיה החדשה, חוות-הדעת הרפואית. אכן, הסניגור חזר בטיעונו על רצון מערער 1 בחשיפת האמת העובדתית, אשר איננה תואמת להודיה שמסר, ואשר צפויה להביא לזיכוי לו יתנהל משפט. ברם, הסניגור לא פירט מהי אותה אמת עובדתית, וכיצד היא עולה בקנה אחד עם חפותו. הסניגור השליך כל יהבו על חוות-הדעת הרפואית, אותה מבקש לצרף כראיה חדשה. בחוות-הדעת קובע המומחה כך:

"לפי הנתונים הרפואיים ש[המתלוננת] מסרה במשטרה, המאפיינים של אותו איבוד הכרה, כולל המשך שלה, בכלל לא מתאים לסינקופה ממקור וזז-ווגלי. [...] משניתן לומר בוודאות היא שהסיפור באותו דו"ח משטרתי לא מתאים לסינקופה (איבוד הכרה) ממקור וזז-ווגלי ובטח במצב זה, לא היה אפשרי לבצע אקט מיני של שני גברים. בהתחשב באבחנה של סינקופה ממקור וזז-ווגלי, משך הקצר של האירוע לא מאפשר לשני גברים לבצע אקט מיני כפי שתואר בדו"ח המשטרתי וגם לחוש האקט המיני המתרחש בזמן הסינקופה".

למעשה, קובע המומחה שתי קביעות חלופיות: הראשונה, היא כי הנתונים שמסרה המתלוננת על האירוע אינם מתאימים לסינקופה ואז-ואגאלית. השנייה, היא כי גם בהינתן שהמתלוננת סובלת מתסמונת זו, הרי שהמשך הקצר של איבוד ההכרה המאפיין סינקופה ואז-ואגאלית לא היה יכול לאפשר למערערים לבצע בה את המיוחס להם. ואולם, לא הובהר כיצד חוות-הדעת עשויה להפוך את הקערה על פיה, ולהביא לזיכוי מערער 1 או לחזק תוצאה כזו במידה הנדרשת. מספר נימוקים לדבר.

ראשית, כטענת המשיבה, חוות-הדעת עוסקת אך בסיבה לאובדן ההכרה של המתלוננת, דהיינו, האם נובעת מסינקופה ממקור ואז-ואגאלי. בנימוקי הערעור, וכן בבקשת צירוף הראיה, לא חלק הסניגור על עצם כך שהמתלוננת איבדה את הכרתה (ראו גם אמירת הסניגור בעמ' 16 לפרוטוקול הדיון מיום 11.5.2020). בנסיבות אלו נדרשת התמודדות עם האפשרות שהמתלוננת איבדה את הכרתה בגלל סיבה אחרת, ולאופן שבו תוצאה זו הייתה משפיעה על נושא הזמנים. שנית, המומחה שם דגש על המשך הקצר של אירוע אובדן ההכרה. ברם, עניין זה מוסכם על-ידי המשיבה, במובן זה שאף בכתב האישום בו הודה מערער 1 כתוב כי "לאחר מספר דקות, התעוררה המתלוננת מעלפונה" (פס' 10 לכתב האישום). האם תיאור זמן זה לא עונה על חוות-הדעת המומחה שמדובר ב"משך זמן קצר"? המומחה לא התייחס לכך. שלישית, עיון בחוות-הדעת מלמד כי המומחה סבור שפרק זמן קצר איננו מאפשר ביצוע אקט מיני על-ידי השניים, כפי שתואר. האם תחום זה, שנדמה כי שייך לרפואה משפטית, הינו במומחיות של המומחה? בכל מקרה, המומחה לא הסביר מדוע הדבר איננו אפשרי. רביעית, מדוע המומחה שולל את האפשרות שהמתלוננת חשה את האקט המיני המתרחש בזמן אירוע אובדן ההכרה? לכל אלו מצטרפת העובדה כי מסקנתו של המומחה מבוססת

אך על חומר רפואי אשר נמסר לנותן חוות-הדעת, ולא על סמך בדיקה של המתלוננת.

צר לי לומר כי חוות-הדעת לוקה בחסר. אינני מתעלם מהשיקולים המעשיים שהקשו על המערער לקבל חוות-הדעת. מוכן אני אף להסתפק בחוות-דעת חלקית, במקרה זה, אך עצם ההנמקה - ולו באופן ראשוני וכללי - איננה בנמצא. המומחה קובע מסקנות מבלי להסביר את הבסיס להן, ומכאן הקושי, אף בשלב זה, להעניק לחוות-הדעת משקל של ממש. צדק, איפוא, בית משפט קמא בקובעו כי לא הוברר כיצד יש בחוות-הדעת הרפואית לשנות את המצב הראייתי שהביא את מערער 1 להודות במסגרת הסדר הטיעון. מערער 1 לא הציע הסבר חלופי למעשיו, ולא פירט מהי האמת אותה הוא מבקש לגולל, כנדרש. אמר זאת חברי השופט שטיין בע"פ 8277/18 פלוני נ' מדינת ישראל (29.10.2019):

"כדי לשכנע את בית המשפט ש"המטרה האחת והיחידה העומדת ביסוד בקשתו היא כי תינתן לו ההזדמנות להוכיח את חפותו" (הלכת סמחאת, עמ' 802; ההדגשה הוספה - א.ש.), הנאשם יהיה חייב לפרט מהי אותה האמת ולפרוש לפני בית המשפט את סיפור המעשה ואת פרטיה של גירסת החפות שלו, ללא כחל ושרק." (פס' 13)

אף אם אאמץ גישה מקלה יותר עם מערער 1, דהיינו, כי אין חובה לפרט כל פרט ופרט בסיפור המעשה - עדיין דרישת סעיף 153 לחסד"פ מחייבת כי המערער יתייחס להודייתו כפי שמסר, ויסביר מדוע מבקש לחזור בו. במסגרת זו, הסבר עשוי להיות לוקה בחסר אם הוא נטול היגיון פנימי באשר לבקשת החזרה. מצופה כי הנאשם ישתף את בית המשפט בקשר שבין הנימוק לבקשה לבין הודייתו הקודמת בעובדות, וכן בנוסף עליו לשרטט באופן כללי את קו הגנתו. שרטוט כזה לא הוצג.

הסניגור אף לא הצליח לבסס מדוע יש להתיר צירופה של חוות-הדעת כראיה חדשה במסגרת ערכאת הערעור. אמנם, הסניגור נתלה בכך שחוות-הדעת לא נמצאה בידי מערער 1 במסגרת ההליך בערכאה קמא. ואולם, לא רק שעו"ד שלף הצהיר כי העלה בפני מערער 1 את האפשרות להשיג חוות-דעת מסוג זה; אלא שעיון בפרוטוקול הדיונים בערכאה קמא מעלה כי גם הסניגור הנוכחי פעל להשגת חוות-דעת זו עוד קודם לגזירת דינים של המערערים. במסגרת הבקשה לחזור מההודיה, שהוגשה לבית משפט קמא, טען הסניגור כי הוא נועץ עם קרדיוולוג וכי מהתייעצות זו עולה כי המעשה אינו בר-ביצוע. לאחר מכן, במסגרת הטיעונים לעונש, טען הסניגור כי בידו נמצאת טיוטת חוות-דעת לעניין הקרדיוולוגי. ברם, כטענת המשיבה, באף שלב לא ביקש הסניגור דחייה של הדיונים לצורך הגשת חוות-דעת זו. אף אם ניתן להקל בעניינים אלו, הרי שבשלב זה עסקינן בתקופה של כעשרה חודשים ממתן הודייתו ועד להגשת הערעור. על כל פנים, ראוי לשים את הדגש לא על עיתוי הגשת חוות-הדעת אלא על איכות חוות-הדעת. ודוק: הוגשה חוות דעת, ניתן לצפות שתקדם את בקשת מערער 1 לחזור בו מהודייתו. זהו אינו המצב. כפי שציינתי לעיל, ייתכן מצב בו חומר חדש מבסס בצורה ממשית קו הגנה שיכול לפתוח דלת למתן הזדמנות לנאשם לחזור בו מהודייתו. ואולם, חוות-דעת, על תוכנה ואף לכאורה, איננה ברורה בנקודות חיוניות להכרעה, כפי שהוסבר לעיל.

על רקע כל זה נזכיר את דברי באת-כוח המשיבה: מערער 1 הודה במיוחס לו במסגרת הפגישות עם שירות המבחן; במסגרת מהלך חקירה, בו נערכה שיחה בינו לבין המתלוננת; וכן בהודעות טקסט שהוחלפו ביניהם, בהן הוא התנצל בפניה על מעשיו. יוער כי מערער 2 הודה בכל עובדות כתב האישום המתוקן, ועניין זה אף הוא יכול להועיל למשיבה במישור הראייתי בעת ניהול המשפט.



11. דעתי היא כי אין מקום לאפשר למערער 1 לחזור בו מהודייתו. על אף זאת, אודה כי, ככלל, גישתי היא כי יש לבוא לטובת הנאשם גם במקרי גבול, במיוחד כאשר הבקשה הוגשה לפני מתן גזר הדין, כבענייננו. אך עדיין, מבחן הכנות; שאלת ההסבר בשינוי העמדה, הכוללת היעדר ביסוס ללחץ חיצוני או סובייקטיבי או לכשל בייצוג; ואיכות חוות-הדעת במקרה הקונקרטי, כוחם כנגד קבלת הבקשה - רב בנפרד, ובוודאי במצטבר.

ב. הערעור על גזר הדין

12. נותרה סוגיית העונש ביחס לשני המערערים. מערער 1 טען כי בית-משפט קמא החמיר עמו יתר על המידה ביחס למערער 2, משום שהראשון עמד על חפותו. דין טענה זו להידחות. הפער בין העונשים שנגזרו על שני המערערים נובע מהרשתתם במעשים שונים ובעבירות שונות - אינוס תוך ניצול מצב ובנוכחות אחר, אצל מערער 1; לעומת מעשה מגונה תוך ניצול מצב ובנוכחות אחר, אצל מערער 2. לבד מטענה זו לא הציג הסניגור נימוקים נוספים להקלה בחומרת העונש.

אשר למערער 2. באת-כוח המערער 2 מבקשת לבטל את רכיב המאסר בפועל, ותחתיו להטיל עונש מאסר שירוצה בעבודות שירות. הסניגורית תיארה באריכות את ההליך השיקומי שעבר המערער, הנלמד, לגישה, מתסקירי המבחן שהוגשו בענייניו. נטען כי המערער 2 מלא חרטה על מעשיו, שנעשו באימפולסיביות לאחר שנגרר אחר חברו. הסניגורית טוענת כי שליחת המערער 2 למאסר תגדע את התהליך השיקומי בו הוא מצוי עת נשלח למעצר בית, לפני כשנתיים, ותשנה את מסלול חייו ללא היכר. כמו כן, ציינה את נסיבותיו האישיות והמשפחתיות הייחודיות, לרבות גילו הצעיר (19) בעת ביצוע העבירה. לבסוף, התבססה על המלצת שירות המבחן על המשך טיפול בקהילה לצד מאסר על דרך של עבודות שירות, וזאת מתוך החשש להשפעתו המדרדרת של עונש מאסר על מערער 2.

אכן, ניכר כי מערער 2 לקח אחריות מלאה על מעשיו ונמצא בעיצומו של הליך שיקומי. האם די בכך לבטל עונש המאסר בפועל, מאחורי סורג ובריח, או להצדיק קיצור התקופה? נשיב לכך תוך התייחסות לשיקולי הענישה הראויים בעבירות מין - הרלוונטיים לערעור של שני המערערים. מדיניות הענישה בעבירות מין חמורות מחייבת גישה מחמירה, באופן ההולם את הפגיעה בזולת ואת שלמות הגוף והנפש של קורבנות עבירות מין. המעשים שביצעו המערערים במתלוננת קשים. המחשבה כי אישה מטילה בידי זולתה את ביטחונה ושלומה, עת היא מאבדת שליטה על גופה, וחבריה מפקירים אותה - מטרידה וכואבת. איומה שבעתיים מכך המחשבה כי חבריה מנצלים את חוסר האונים שלה כדי לבצע בה את זממם. המערערים ראו במתלוננת כלי לסיפוק צרכם. הם התייחסו אליה כחפץ נטול רצון, עקב הימצאותה בחוסר הכרה או בהכרה חלקית. ממד הניצול והפגיעה בכבודה רב מאוד. המערערים לא הפגינו כל חמלה כלפי מצב המתלוננת, וחדלו ממעשיהם אך בשל החשש שתתעורר ומעשיהם יחשפו. תסקיר נפגעת העבירה בעניין המתלוננת מעיד כי האירוע גרם לה לנזק ממשי במגוון תחומים, ולתחושה קשה של ביזוי והשפלה. בנסיבות אלו, על המערערים לתת את הדין על מעשיהם. מצבים מעין אלו דורשים הרתעה פרטנית וכללית. ניצול חוסר המודעות, והיעדר היכולת להסכים או לסרב, שוללים את האוטונומיה של הקורבן.

התוצאה היא כי יש להטיל עונש מאסר בפועל, לתקופה הראויה. באשר למערער 1, יודגש שוב חלקו הדומיננטי והראשוני באירוע. אמנם, בית-משפט קמא ציין כי מערער 1 הודה במעשיו, וכי הוא בעל רקע משפחתי ואישי מורכב, אך תקופת מאסר של 5 שנים בנסיבות אך נוטה לקולה. אשר למערער 2, חרף טענות באת-כוחו, ולאור חומרת העבירות ונסיבות המקרה הספציפי, העונש חייב להיות הולם. אף אם ישנם נימוקים שונים לקולה באשר למערער 2, כגון הודיה בעובדות, לקיחת אחריות על מעשיו ונקיטת צעדי שיקום, נראה כי התערבות לקולה בעונשו תביא לכך שהתוצאה אינה

הולמת ואינה נותנת ביטוי לחומרת המעשה ונסיבותיה. אמנם חלקו בסיפור נופל מחלקו של מערער 1, אך התוצאה הממשית - 18 חודשים לעומת חמש שנות מאסר - משקפת זאת היטב. לכך יש להוסיף את הכלל כי בית משפט זה, כערכאת ערעור, לא ייטה להתערב במתחם הענישה שקבעה הערכאה הדיונית, אלא אם כן העונש חורג בצורה ניכרת ממדיניות הענישה במקרים דומים או כאשר נפלה בגזר הדין טעות מהותית (ע"פ 3571/13 פלוני נ' מדינת ישראל (21.7.2014); ע"פ 9074/12 מדינת ישראל נ' אבו אחמד (13.6.2013); ע"פ 4568/12 מדינת ישראל נ' סראחין (11.6.2013)) - וזה אינו המצב כאן.

13. סוף דבר, הייתי מציע לחברי" לדחות את הערעור על כל אדניו, על הכרעת הדין ועל גזר הדין נגד שני הנאשמים.

ש ו פ ט

השופטת י' וילבר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.

ש ו פ ט

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

על המערערים להתייבב לתחילת ריצוי עונשם בבימ"ר ניצן, ביום 30.8.2020 לא יאוחר מהשעה 09:00, או על פי החלטת שב"ס, כשברשותם תעודת זהות או דרכון. על המערערים לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיין מוקדם, עם ענף אבחון ומיין של שב"ס בטלפונים: 08-9787377, 08-9787336.

עמוד 10

ניתן היום, כ"א באב התש"ף (11.8.2020).

שופט

שופטת

שופט

---