

## ע"פ 766/21 - פלוני נגד מדינת ישראל

### בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 766/21

ע"פ 801/21

כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופט ע' גרוסקופף  
כבוד השופט י' כשר

לפני:

המערער בע"פ 766/21 והמשיב פלוני  
בע"פ 801/21:

נ ג ד

המשיבה בע"פ 766/21  
והמערער בע"פ 801/21 מדינת ישראל

ערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט  
המחוזי בבאר-שבע בת"פ 42681-11-18 מהימים  
21.7.2020 ו-22.12.2020 בהתאמה, שניתנו על ידי  
כבוד השופטים נתן זלוצ'ובר, שלמה פרידלנדר ודינה  
כהן

י"ג בכסלו התשפ"ג (7.12.2022)

תאריך הישיבה:

עו"ד אלעד רט

בשם המערער בע"פ 766/21  
והמשיב בע"פ 801/21:

**פסק-דין**השופט ע' גרוסקופף:

לפנינו ערעורים על הכרעת דין וגזר דין שניתנו על ידי בית המשפט המחוזי בבאר שבע (סגן הנשיאה, השופט נתן זלוצ'ובר והשופטים שלמה פרידלנדר ודינה כהן) בתפ"ח 42681-11-18 מהימים 21.7.2020 ו-22.12.2020, בהתאמה. במסגרת הכרעת הדין, הרשיע בית המשפט את המערער בע"פ 766/21 והמשיב בע"פ 801/21 (להלן: המערער) בשתי עבירות של אינוס, עבירה של מעשה מגונה ובעבירת חטיפה. בגין אלה, נגזר דינו של המערער, והושתו עליו 10 שנות מאסר בפועל, 12 חודשים מאסר על תנאי ופיצוי כספי למתלוננת בסך של 100,000 ש"ח.

בעוד שהערעור מטעם המערער הופנה הן כלפי הכרעת הדין, על כלל רכיביה, והן כלפי גזר הדין, ערעור המשיבה בע"פ 766/21 והמערער בע"פ 801/21 (להלן: המדינה) הופנה כלפי קולת גזר הדין בלבד. ואולם, בדיון שנערך לפנינו ביום 7.12.2022, הודיע בא-כוח המערער כי לא יעמוד על חלקו הארי של הערעור, הנוגע לעצם ההרשעה באינוס המתלוננת, אך כי שאר רכיבי הערעור יעמדו על כנם. מן העבר השני, באותו דיון הסכים בא-כוח המדינה למחוק את סעיף האישום הנוגע לעבירת החטיפה, אך הבהיר כי כלל טענותיה של המדינה בערעור עומדות בעינין. לאור התפתחויות אלו, אדון להלן אך בטענות הצדדים הנוגעות לשלושת אלה: טענות המערער ביחס לפגמים שנפלו בהליך לשיטתו; הרשעת המערער בשתי עבירות אינוס ובעבירה של מעשה מגונה בגין רצף מעשים אחד מבחינת הזמן והמקום; וטענות הצדדים הנוגעות לגזר הדין.

## רקע וכתב האישום

1. על פי המתואר בכתב האישום, ביום 15.9.2018, בשעה 23:15 לערך, שהתה המתלוננת, ילידת 2002 וקטינה באותה עת (להלן: המתלוננת), בפארק בקרבת בית מגוריה יחד עם חברה מבוגרת של אימה (בכתב האישום נכתב "דודתה", אך במהלך המשפט התברר כי תיאור זה אינו נכון) (להלן: חברתה של אימה). בסמוך לשעה 2:00 לפנות בוקר ישב המערער, יליד 1985, יחד עם מכרה שלו (להלן: פלונית) ואחרים, ואלו השמיעו מוזיקה רועשת. בעקבות כך, פרץ ויכוח בין המתלוננת וחברתה של אימה לבין פלונית, כאשר הראשונות ביקשו מהאחרונה להנמיך את המוזיקה. בשלב זה, לפי המתואר, המערער שהיה עד לזוויכוח, ואשר בינו לבין המתלוננת לא הייתה היכרות מוקדמת, פנה אל המתלוננת והציע להסיע אותה לביתה ברכבו. צוין כי המערער פנה למתלוננת ואמר לה "בואי תעלי לאוטו אני אקח אותך הביתה כדי ש[פלונית] לא תריב איתך מכות". המתלוננת נענתה להצעה, נכנסה לרכב ללא חברתה של אימה, והתיישבה בכיסא הנוסע הקדמי, לצד המערער, אשר נהג ברכב. לפי עובדות כתב האישום, בשלב זה ישב בכיסא האחורי נוסע נוסף אשר זהותו אינה ידועה למדינה (להלן: הנוסע הנוסף).

2. על פי המתואר, מיד לאחר שעלתה המתלוננת לרכב נעל המערער את דלתות הרכב, ואמר למתלוננת כי תחילה ייסעו השלושה ליישוב שגב שלום, שם יירד הנוסע הנוסף מהרכב, ורק לאחר מכן יחזיר המערער את המתלוננת

לביתה. לאחר שהנוסע הנוסף ירד מהרכב בשגב שלום, המערער נסע עם המתלוננת לשטח פתוח ומבודד בקרבת מקום. שם, הוא עצר את הרכב, יצא ממנו ושוחח בטלפון. בהמשך לאמור, שב המערער לרכב, ואמר למתלוננת שאדם אחר אמר לו כעת שהיא "שרמוטה", "עובדת עם המשטרה" ושאותו אדם אמר לו גם כי הוא "זיין אותה". המתלוננת השיבה "מה פתאום", ואמרה למערער שהיא בתולה. המערער שב ושאל את המתלוננת אם היא בתולה, והיא השיבה בחיוב. בשלב זה, על פי עובדות כתב האישום, המערער אמר למתלוננת שהוא "יבדוק אם היא בתולה", ובעוד זו ישובה במושב הנוסע הקדמי, התיישב עליה המערער, השעין את מושב הנוסע אחורנית, והורה למתלוננת לשכב. המתלוננת סירבה לעשות כן, ועל כן המערער הפשיל בכוח את מכנסיה ותחתוניה, התפשט והחדיר את אצבעותיו לאיבר מינה, תוך כדי שהוא אומר לה שהיא אינה בתולה (להלן: המעשה הראשון).

3. לאחר מכן, המערער פישק בכוח את רגליה של המתלוננת, כופף את ברכיה לעבר פלג גופה העליון והחדיר בכוח את איבר מינו לאיבר מינה. בשלב זה, על פי המתואר, המתלוננת צעקה ובכתה, ביקשה מהמערער שיחדל ממעשיו, ואולם האחרון סירב להיענות לתחנוניה ואמר לה שאין לה מה לפחד ממנו משום שהוא לא ירצח אותה. כמו כן, ובמקביל, המערער ביצע במתלוננת מעשים מגונים בכוח, בכך שנגע בשדיה, נישק את פיה, ליקק את גופה והורה לה לומר לו שהיא "הזונה שלו". המתלוננת, שהמשיכה לבכות כל אותה העת, הכתה בידה על חלון הרכב וניסתה להתנגד למעשיו של המערער. בתגובה, זה סטר על פניה ואחז בידיה בחוזקה. המערער חדל ממעשיו רק לאחר שהגיע לפורקן (להלן: המעשה השני. שני המעשים יחדיו יכוונו להלן: המעשים).

4. זמן מה לאחר מכן, בסמוך לשעה 4:00 לפנות בוקר של יום 16.9.2018, השיב המערער את המתלוננת לביתה. על פי המתואר, בעקבות המעשים, דיממה המערערת מאיבר מינה ונגרמו לה פצעים באזור. באותו היום פנו המתלוננת ואימה לתחנת המשטרה להגיש תלונה. בהמשך לכך, ביום 19.11.2018 הוגש נגד המערער כתב אישום המייחס לו שתי עבירות של אינוס לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק או חוק העונשין), מספר עבירות של מעשים מגונים לפי סעיף 348(ג) לחוק ועבירת חטיפה לפי סעיף 369 לחוק.

5. במהלך ניהול המשפט בבית משפט קמא, המערער יוצג תחילה באופן פרטי, אך לאור חילוקי דעות שנתגלעו בינו לבין סניגוריו דאז (להלן: הסניגורים הפרטיים), ולאחר שהתקיימה ישיבת ההוכחות הראשונה, בה העידה המתלוננת, הודיעו הסניגורים הפרטיים לבית המשפט כי לא יוכלו להמשיך לייצג את המערער. ואולם, ביום 20.3.2019 דחה בית משפט קמא את הבקשה לשחרור מייצוג. כן נקבע, כי חקירתה הנוספת של המתלוננת, שנקבעה ליום 27.3.2019, תתנהל במועדה, ותנהל על ידי הסניגורים הפרטיים, לצד הבהרה כי יש למנות למערער סניגור ציבורי בהקדם (להלן: ההחלטה מיום 20.3.2019). בהתאם, ביום 21.3.2019 מונה עו"ד שלמה פצ'בסקי (להלן: עו"ד פצ'בסקי) כמייצג המערער מטעם הסניגוריה הציבורית, ואולם הסניגורים הפרטיים, ולא עו"ד פצ'בסקי, הם שחקרו בשם המערער בשני דיוני ההוכחות הבאים שהתקיימו בימים 27.3.2019 ו-8.4.2019. בהמשך, ביום 18.6.2019, נדחתה בקשתו של עו"ד פצ'בסקי לשוב ולחקור באופן תמציתי את המתלוננת, בקשה אשר הוגשה לאור גרסה חדשה שהעלה המערער, ולפיה יחסי המין בינו לבין המתלוננת קוימו בהסכמה, ואף ביוזמתה, וזאת בתמורה לווייתור מצדו על חוב בגין סמים שזו לכאורה קנתה ממנו (להלן: ההחלטה מיום 18.6.2019 ו-גרסת יחסי מין תמורת סמים, בהתאמה).

6. למען שלמות התמונה יצוין כי במהלך בירור התיק, סיפרה המתלוננת על אירוע נוסף, אשר לפי הנטען התרחש כשבוע לאחר המעשים, ובמהלכו היא נחטפה לכאורה על ידי שני אנשים רעולי פנים שהכניסו אותה לרכבם (להלן: החוטפים) ודרשו ממנה למשוך את התלונה נגד המערער תוך כדי איומים (להלן: אירוע החטיפה לכאורה). המתלוננת ציינה שהיא אינה בטוחה שהמערער היה אחד מחוטפיה, אם כי היא מצאה דמיון בין קולו לבין קולו של אחד

מהחוטפים. מכל מקום, לא הוגש כתב אישום בגין האירוע הנטען (ויובהר, כי אין קשר בין הרשעתו של המערער בעבירת החטיפה, אשר נמחקה בדיון שהתקיים לפנינו כאמור, לבין אירוע זה). בנוסף, המתלוננת סיפרה גם על ניסיונות נוספים להניאה ממתן עדות במהלך המשפט.

#### עיקרי הכרעת הדין

7. בהכרעת הדין מיום 21.7.2020 (לעיל ולהלן: הכרעת הדין) דחה בית משפט קמא את גרסת המערער וקיבל את גרסת המתלוננת. במסגרת הכרעת הדין, הסתמך בית משפט קמא בראש ובראשונה על עדויותיהם של המתלוננת ושל המערער, וזאת לצד עדויות נוספות, וביניהן עדויות מומחים, אשר חיוו דעתם על בדיקות שנערכו למתלוננת לאחר האירוע וממצאיהן. מאחר שלא הייתה מחלוקת בין הצדדים בנוגע לעצם קיום יחסי המין, עיקר הדיון התמקד בשאלת ההסכמה. בית משפט קמא קבע שלא ניתן לשלול, ולא לאשש, אף אחת מגרסאות הצדדים ביחס לשאלת ההסכמה לקיום היחסים על סמך ממצאי המומחים והפרשנויות שהוצעו להם. באופן דומה, אף בממצאי בדיקת פרופיל ה-DNA מגופה של המתלוננת, אשר תאם את ה-DNA של המערער, לא היה כדי להשפיע על מחלוקת זו. על כן, ציין בית המשפט כי עסקינן במקרה של "עדות מול עדות" (פסקה 64 להכרעת הדין), ותחם בהתאם את המסגרת הדיונית הרלוונטית, אשר מצויה בסעיף 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, המאפשר להרשיע אדם על בסיס עדותה היחידה של נפגעת העבירה, בכפוף לחובתו של בית המשפט לפרט מה הוביל אותו להסתפק בעדות זו. בתוך כך, בית משפט קמא עמד על מספר ראיות אשר העידו על אמיתות גרסתה של המתלוננת, וביניהן רצונה היזום להעיד בנוכחותו הפיזית של המערער (חלף צפייתו בעדותה באמצעות היוועדות חזותית), ותגובותיה האוטנטיות מצילומי חדר החקירות, אשר בהם ניתן לצפות בהתנהגותה הנסערת, בפרט למשמע אמירתו של המערער לפיה יחסי המין קוימו בהסכמה, אליה הגיבה "כלא מאמינה למה שאוזניה שומעות" (פסקה 48 להכרעת הדין).

8. זאת ועוד, בית משפט קמא מצא תמיכה בגרסת המתלוננת בעדות אימה: האחרונה דיווחה כי הבחינה בכתמי דם על בגדי בתה בליל האירוע; העידה כי המתלוננת סיפרה לה שלאחר המעשה השני, המערער השליך סמים לרגליה, ואף איים עליה כי אם היא תתלונן, הוא יספר למשטרה שהיא לקחה ממנו את הסמים במטרה למכור אותם; וסיפרה על הקשיים התפקודיים שמהם סבלה המתלוננת לאחר האירוע. עוד הוטעם, כי דווקא הסתייגותה של המתלוננת מהפלטת המערער באירוע החטיפה לכאורה, מצביעה על כך שהיא לא הייתה מעוניינת בהפלטת שווא, וגם בכך יש כדי לחזק את גרסתה. לבסוף, צוין כי אף על פי שעיון בחקירות המתלוננת מלמד, כי ככל שהתקדמו החקירות היא הוסיפה פרטים שלא נמסרו קודם לכן (כך למשל, רק בהודעתה השלישית ציינה המתלוננת כי המערער סיפק לה שקית עם סמים), הרי שהדבר טבעי, בין היתר לנוכח גילה הצעיר ואופיו הטראומתי של האירוע.

9. מנגד, בית משפט קמא דחה את גרסת המערער - היא גרסת יחסי מין תמורת סמים - מכל וכל. נקבע, כי גרסה זו נסתרה על ידי המערער עצמו במספר הזדמנויות שונות, וכי נדמה שהוא ניסה "לתקן" את גרסתו בהתאם להתפתחויות שחלו במהלך המשפט. על כן, נקבע שגרסה זו היא בבחינת גרסה כבושה, שמשקלה נמוך. בהקשר זה יוער, כי גם עדותה של פלונית נמצאה בלתי אמינה, ובית המשפט אף הציף את החשש שהיא תואמה מראש עם המערער.

10. לנוכח כל האמור, נקבע כי עלה בידי המדינה להוכיח מעבר לכל ספק סביר כי המערער ביצע את המעשים שיוחסו לו בכתב האישום. לפיכך, הורשע המערער בשתי עבירות של אינוס, עבירה של מעשים מגונים ובעבירת חטיפה.

יוער כי ביחס לביצוע המעשים המגונים, קבע בית משפט קמא כי חלף האשמתו של המערער במספר עבירות של ביצוע מעשה מגונה, יש להרשיעו בביצוע עבירה אחת של מעשה מגונה, כעבירה שנלוותה לעבירות האינוס. זאת, בהינתן ש"פירוט הנגיעות בגופה [של המתלוננת] ככאלה שכל אחת מהן מגבשת עבירה עצמאית, היא מלאכותית בנסיבות תיק זה" (פסקה 93 להכרעת הדין).

עיקרי גזר הדין

11. ביום 22.10.2020 ניתן גזר דינו של המערער (לעיל ולהלן: גזר הדין), ובמסגרתו נסקרו הרשעותיו השונות במסגרת ארבעה הליכים קודמים, אשר ביניהן מספר עבירות אלימות; תסקיר בעניינה של המתלוננת (להלן: התסקיר); וטענות הצדדים לעונש. ביחס לתסקיר, עמד בית משפט קמא על השלכותיו של האירוע על המתלוננת, ובתוך כך הוצגו התופעות הפוסט טראומטיות שחוותה המתלוננת; הכעס שהיא חשה כלפי עצמה בגין האמון שנתנה במערער כאשר האמינה שברצונו לסייע לה; והפגיעה הקשה שנושאת המתלוננת בכבודה, אשר חשה "מוכתמת ומחוללת כתוצאה מהאונס" (פסקה 6 לגזר הדין).

12. עוד עמד בית משפט קמא על מדיניות הענישה הנוהגת בעבירות מין, וציין כי "פסיקת בתי המשפט מעלה כי בעבירות המין השונות קיים מנעד רחב של עונשי מאסר" (פסקה 11 לגזר הדין), והדגים זאת באמצעות סקירת פסיקה רלוונטית לעניין, אשר הציגה שונות גבוהה בעונשי המאסר שהושתו בגין עבירות אלו, אשר נעו בין 4.5 שנים ל-15 שנים. ביחס לנסיבות ביצוע העבירה, מנה בית משפט קמא את היבט הניצול שבמעשיו של המערער; את העובדה שלא חדל ממעשיו עד שהגיע לסיפוקו המיני; ואת שקריו כשפיתה את המתלוננת לנסוע עמו. בית המשפט הביא בחשבון גם את הנזק המשמעותי שנגרם למתלוננת בעקבות האירועים, בציינו כי "דומה שמילים לא יוכלו לתאר את עצמת הפגיעה שמחוללת עבירה זו לקורבנותיה" (פסקה 16 לגזר הדין). בשקלול האמור, קבע בית משפט קמא כי מתחם הענישה בעניינו של המערער נע בין 7 ל-12 שנות מאסר, ולאחר בחינת מכלול הנסיבות, השית על המערער 10 שנות מאסר בפועל; 12 חודשי מאסר מותנים, למשך 3 שנים מיום שחרורו, אם יבצע עבירת מין שהיא פשע או עבירה אחרת בה הורשע בעבר; וכן פיצוי למתלוננת בסך של 100,000 ש"ח.

תמצית טענות הצדדים בערעורים

13. ביחס להכרעת הדין, לאחר צמצום יריעת המחלוקת כמתואר לעיל, המערער מעלה שני טיעונים מרכזיים.

14. ראשית, נטען כי זכויותיו הדיוניות של המערער נפגעו קשות במהלך בירור ההליך בבית משפט קמא, לאור ההחלטה מיום 20.3.2019 וההחלטה מיום 18.6.2019, שהתקבלו לאחר שהמערער החליף את ייצוגו (להלן יכונן החלטות אלה יחדיו: החלטות). בתוך כך נטען, כי ההחלטה מיום 20.3.2019 פגעה בזכותו של המערער לייצוג, משבית משפט קמא קבע שחקירת המתלוננת תנוהל על ידי הסניגורים הפרטיים, חרף העובדה שאלו ביקשו שבוע קודם לכן להשתחרר מייצוג המערער, שלא נתן בהם אמון עוד. בנוסף נטען כי היה מקום לקבל אף את בקשתו של עו"ד פצ'בסקי להעיד פעם נוספת את המתלוננת, ועל כן ההחלטה מיום 18.6.2019 - אשר דחתה בקשה זו - שגויה אף היא, ופגעה בזכותו להליך הוגן. לבסוף, הודגש כי החלטות אלו מקבלות משנה חומרה בהינתן אופי העבירות שיוחסו למערער והמסד הראייתי הדל בתיק, באופן יחסי, אשר נשען ברובו על עדות המתלוננת.

ביחס להחלטה מיום 20.3.2019, המדינה השיבה כי בפרוטוקול הדיון מאותו היום עולה בבירור, כי חרף בקשתם הראשונית של הסניגורים הפרטיים לשחרור מייצוג, הרי שבהמשך, הם ניאותו לייצג את המערער בחקירה המתוכננת של המתלוננת, ועל כן אין מקום להטיל ספק באופן ייצוגם. אשר להחלטה מיום 18.6.2019 נטען, כי הבקשה לשוב ולהעיד את המתלוננת התמקדה בשתי סוגיות מרכזיות אשר גרסתה נתבקשה עבורן: הסיבה בגינה עלתה לרכבו של המערער, בעוד ביתה מצוי בקרבת הפארק שבו שהתה באותה עת, ותשובותיה ביחס לשאלות הנוגעות לגרסתו החדשה של המערער - גרסת יחסי מין תמורת סמים. הודגש, כי בית משפט קמא נימק כדבעי את סירובו לאפשר העדה נוספת של המתלוננת בסוגיות אלו, בהבהירו כי ביחס לסוגיה הראשונה - הרי שהמתלוננת נחקרה בנושא זה, ובאשר לשנייה - כי באיזון בין השיקולים הרלוונטיים, גובר האינטרס שבאי החזרתה של המתלוננת לדוכן העדים. זאת, במיוחד לאור גילה של המתלוננת ולאור הקושי המשמעותי לשכנעה להעיד מלכתחילה. מכל מקום, טוענת המדינה, כי מדובר בגרסה כבושה שיש לתת לה משקל נמוך, שכן כל מטרתה להתאים את גרסת המערער בדיעבד לראיות המדינה.

15. שנית, טוען המערער, כי אף אם כל הקביעות העובדתיות והמרשיעות בעניינו ייוותרו על כן, אזי שגם במקרה כזה אין מקום להרשיעו בשתי עבירות אינוס ובעבירת מעשה מגונה, אלא רק בעבירת אינוס אחת. אשר להרשעה בשתי עבירות אינוס נטען, כי המעשה הראשון והמעשה השני הם, למעשה, רצף של התנהגויות עוקבות, אשר סופן באינוס המתלוננת. לשיטת המערער, ברי שהמעשים התרחשו כמקשה אחת, ועל כן ייחוס שתי עבירות נפרדות לשתי התנהגויות שבוצעו בהפרש של מספר שניות זו מזו, הוא מלאכותי ושגוי. אשר לעבירת המעשה המגונה, נטען כי נישוק המתלוננת, ליקוק גופה והנגיעה בחזה, נעשו תוך כדי ביצוע עבירת האינוס ובאופן בלתי נפרד ממנה. על כן, ובדומה למקרה "הטיפוסי" של עבירות מין מסוג זה, מעשים אלו "נבלעים" בהרשעה בעבירת האינוס - היא העבירה החמורה מבין השתיים. זאת, משום שנגיעה באזורים אינטימיים וביצוע פעולות בעלות אופי מיני הן נלוות לעבירת האינוס ומהוות לעיתים קרובות חלק אינהרנטי ממנה. עוד ציין המערער, כי בהכרעת הדין ניתן למצוא חיזוק לעמדתו, משום שבעוד שנגד המערער הוגש כתב אישום שמנה מספר עבירות של מעשה מגונה, הרי שבפועל הורשע המערער בעבירה אחת בלבד של מעשה מגונה. נטען כי בכך התקבלה העמדה שאין לפצל את מעשיו של המערער לפעולות מובחנות, ולהרשיעו בגין כל אחת מהן בנפרד. מכאן שלשיטתו, היגיון זהה צריך להוביל למסקנה שמעשים אלו מגולמים בעבירת האינוס ובעונש הקבוע לצדה.

המדינה דוחה טענה זו בשתי ידיים. לשיטתה, המעשה הראשון והמעשה השני הם מעשים נפרדים, המגבשים, כל אחד בפני עצמו, את הקבוע בחוק לצורך הרשעה בעבירת האינוס. בניגוד לעמדת המערער, המדינה גורסת כי המעשים לא בוצעו במסגרת אירוע אחד, ועל כן ניתן ללמוד מהעובדה שהמערער ביצע את המעשה הראשון מתוך מטרה "לבדוק", כלשונו, את אמיתות אמירתה של המתלוננת לפיה היא בתולה. רק בגמר "הבדיקה" כאמור, הסיק המערער כי המתלוננת אינה בתולה, ולפיכך פנה לביצוע המעשה השני. לבסוף הודגש, כי אין להקיש מקביעת בית משפט קמא ביחס למעשים המגונים לעניין ההרשעה בגין שני מעשי האינוס כאמור. לשלמות התמונה יצוין, כי במסגרת תשובתה לערעור ובמהלך הדיון שהתקיים בפנינו, המדינה לא התייחסה לטענות המערער ביחס להרשעה בגין עבירת המעשה המגונה.

16. באשר לגזר הדין, המערער טוען כי בקביעת מתחם הענישה ההולם, החמיר עמו בית משפט קמא יתר על המידה. בתוך כך נטען, כי בית המשפט הסתמך על מקרים חמורים וקשים בהרבה מעניינו, ועל כן מתחם הענישה הראוי נמוך באופן משמעותי מזה שנקבע. עוד נטען, כי אף בהינתן מתחם זה, לא הייתה הצדקה למקם את המערער קרוב לרף העליון של המתחם. זאת, משום שחרף העובדה שהמערער נושא עבר פלילי, הרי שאף לא אחת מהרשיעותיו

מבוססת על ביצוע של עבירת מין. זאת ועוד, נטען כי בעת קביעת העונש, ניתן משקל לעובדה שהמערער לא הודה במעשים או נטל אחריות עליהם, וזאת בניגוד לדין, וכן כי ניתן משקל יתר לתסקיר בעניינה של המתלוננת.

17. כאמור, ערעור המדינה מופנה כלפי גזר הדין בלבד. לשיטתה, למרות שהעונש שהושת על המערער איננו קל, הרי שהוא אינו תואם את חומרת נסיבות המקרה שלפנינו, בגדרו המערער הורשע ב"אונס בשדה" של קטינה, שבוצע באופן אכזרי ונצלני. כך, נטען כי הן מתחם הענישה שנקבע והן העונש שנגזר על המערער, אינם עולים בקנה אחד עם עקרון ההלימה ועם נורמת הענישה במקרים דומים. בתוך כך ציינה המדינה, כי חרף העובדה שהמערער לא הורשע בעבר בעבירות מין, הוא נושא עבר פלילי מכביד, הכולל הרשעות בשני כתבי אישום המייחסים לו עבירות של תקיפת בת זוג, ועל כן ברי כי מדובר בהסלמה בעבירות בתחום האלימות, בפרט כלפי נשים. על כן, לעמדת המדינה יש להחמיר את עונשו של המערער, וזאת גם לאור מסוכנותו הגבוהה, הנלמדת מהעובדה שהוא לא הורתע מעונשיו הקודמים, ושב לסורו ביתר שאת. לבסוף הוער, כי חרף העובדה שזכותו של המערער להכחיש את מעשיו עומדת לו, ניתן וראוי להתחשב בעובדה זו במסגרת גזירת העונש.

דיון והכרעה

הערעור על הכרעת הדין

טענות המערער לפגמים בהליך

18. טענתו הראשונה של המערער מופנית כאמור כלפי הפגמים שנפלו, לשיטתו, בהחלטותיו של בית המשפט קמא לעניין ייצוגו וחקירתה של המתלוננת. בפתח הדברים יוער, כי בא-כוח המערער לא טען לפנינו כי פגמים אלו מגבשים עילה להחזרת התיק לבחינה מחודשת של הכרעת הדין בבית המשפט קמא, אולם סבר כי יש בהם כדי להצדיק את התייחסותו של בית משפט זה, ואף להקל בעונשו של המערער.

19. בית משפט זה עמד לא אחת על חשיבותו של הייצוג המשפטי בהליך הפלילי. כידוע, הזכות לייצוג בהליך הפלילי נחשבת לאחת מזכויות היסוד של הנאשם בפלילים ובבסיסה מונחות שתי תכליות מרכזיות: התכלית האחת, היא הבטחת קיומו של הליך הוגן בטרם תישלל חירותו של הנאשם, במסגרתו יתאפשר לנאשם לנהל את הגנתו כראוי ולממש את זכויותיו בהליך. התכלית השנייה, נוגעת לאינטרס הרחב יותר, ועניינה בקיום משפט צדק ומניעת הרשעות שווא (ראו מיני רבים: ע"פ 816/10 גולד נ' מדינת ישראל, פסקאות 11-12 (3.9.2012) (להלן: עניין גולד); ע"פ 3179/13 ווינר נ' מדינת ישראל, פסקה 34 (15.6.2015); ע"פ 8347/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (11.2.2016); ע"פ 7211/18 הסנגוריה הציבורית נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (12.12.2018)).

20. המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לענייננו מעוגנת בסעיף 17(א) לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), המורה כי: "סניגור שהנאשם העמיד לעצמו לא יפסיק לייצגו כל עוד נמשך המשפט או הערעור שלשם הועמד, אלא ברשות בית המשפט; סניגור שמינהו בית המשפט לא יפסיק לייצג את הנאשם אלא ברשות בית המשפט". בנוסף, סעיף 18 לחסד"פ קובע כי: "העמיד הנאשם סניגור במקום סניגורו שמינה לו בית המשפט, או שהחליף סניגור שהעמיד, לא יסרב בית המשפט ליתן רשות לסניגור הקודם להפסיק לייצג את הנאשם, אלא אם ראה

שחילוף הסניגורים מצריך דחיה בלתי סבירה של המשפט". אם כן, בהליך הפלילי, להבדיל מההליך האזרחי, הפסקת ייצוג לבקשת המיוצג מותנית באישורו של בית המשפט, ושעה שמתבקש בית המשפט לאשר חילוף סניגורים, יש באפשרותו לדחות את הבקשה, אם הוא מוצא כי החילוף עלול לעכב את הליכי המשפט באופן בלתי סביר. בבסיס הסעיפים ניצבת תכלית הבטחתו של "ייצוג רציף, יציב ונטול זעזועים" עבור הנאשם (בג"ץ 4689/94 יצחק' השופט ד"ר צמח, פ"ד מח(5) 70, 84 (1994)). וראו גם ע"פ 9285/20 עו"ד חצרוני נ' השופט לוי, פסקה 9 (14.4.2021) (להלן: עניין חצרוני)). עת ניצב בית המשפט מול השאלה אם לשחרר נאשם מייצוג, עליו לשקול את "הכללים המחייבים על פי הדין והפסיקה, שיקולים מעשיים וחוש פרגמטי, שכל ישר והגינות. כמו בתחומים רבים אחרים במשפט, גם ההכרעה במקרה זה תלויה מידה" (עניין חצרוני, בפסקה 15). בתוך כך, יש ליתן משקל לצורך בניהול ההליך המשפטי בקצב מיטבי (שם). ודוק, ניהול ההליך בקצב מיטבי, ובכלל זה שמיעת ההליך והראיות באופן רציף, הם בעלי חשיבות לא רק בשל הצורך למנוע עינוי דין לנאשם שמעל ראשו מרחפת עננה כבדה כל אימת שההליך מתנהל (וראו, למשל, ע"פ 1523/05 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (2.3.2006)), אלא גם לאור החשש ש"גרירת" ההליך על פני פרק זמן ארוך עלולה לפגוע ביכולתו של השופט לקבוע ממצאים על יסוד מהימנותם של העדים, ובכך לגרום לעיוות דין (ע"פ 188/77 ורטהיים נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 225, 231 (1978); ע"פ 4865/09 עו"ד פלדמן נ' בית משפט המחוזי תל אביב, פסקה 8 (9.7.2009)). זאת ועוד, "גרירת" ההליך מהסוג האמור גורמת לעינוי דין לא רק לנאשמים, אלא גם לנפגעי העבירה ולאינטרס הציבורי (בש"פ 10259/05 מדינת ישראל נ' פלוני (3.11.2005); סעיף 12 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001. להרחבה על זכויות נפגעי עבירה ראו הדר דנציג-רוזן ג דנה פוגץ "הדור הבא" של זכויות נפגעי עברה: הזכות החוקתית להליך הוגן" עיוני משפט לו 549 (2015)). בשל הרצון למנוע עינוי דין גם לנפגעי העבירה, אשר פעמים רבות כרוך בקושי נפשי שבהמתנה למועד מתן העדות מצדם, נקבע כי יש לסיים את שמיעת עדותם בתיק עבירות מין במועד המוקדם ביותר האפשרי, תוך שמירה על זכויות הנאשם וניהול הליך הוגן (נוהל נשיאת בית המשפט העליון 1-21 "העדת נפגעי עבירות מין בבתי המשפט" (20.1.2021)).

21. בענייננו, שבוע ימים לפני מועד הדיון שנקבע להמשך חקירתה של המתלוננת, ביום 20.3.2019, הודיעו הסניגורים הפרטיים לבית המשפט כי לא יוכלו להמשיך בייצוג המערער, לאור חילוקי הדעות שנתגלעו בינם לבינו, אשר הובילו אף להצהרתו של המערער כי הוא אינו נותן בהם אמון יותר. עוד באותו היום נקבע דיון בבקשה, ולאחר ששמעו את הערות בית המשפט, הסניגורים הביעו את הסכמתם לכך שחקירתה הבאה של המתלוננת תתקיים כסדרה, תוך שביקשו כי הסניגוריה הציבורית תיערך בדחיפות לשיבת ההוכחות שהייתה קבועה לאחר מכן. בעקבות זאת, קבע בית משפט קמא כי הסניגורים הפרטיים לא ישוחררו מייצוג בשלב זה וכי הסניגוריה הציבורית תפעל למינוי סניגור מטעמה החל משיבת ההוכחות הבאה, שתתקיים לאחר חקירת המתלוננת, ביום 8.4.2019. עוד נקבע כי "לכשימונה סניגור, שיהיה ערוך לייצג את הנאשם בישיבות כפי שנקבעו כבר, תישקל שוב הבקשה לשחרור מייצוג". אני סבור כי החלטה זו סבירה בנסיבות דנן, במיוחד לנוכח סד הזמנים שנקבע לחקירת המתלוננת והצורך בקיומה באופן רציף. ואולם, כפי שיפורט להלן, דווקא השתלשלות העניינים לאחריה היא שטעונה התייחסות.

22. משמונה על ידי הסניגוריה הציבורית מייצג חלופי שיבוא תחת הסניגורים הפרטיים - עו"ד פצ'בסקי - הודיע הלה לבית המשפט ביום 31.3.2019 כי חומר החקירה הובא לעיונו אך באותו היום ממש, ועל כן הוא סבור כי לא יהיה באפשרותו להיערך לדיון ההוכחות שהיה קבוע ליום 8.4.2019. לפיכך ביקש שדיון זה יידחה. המדינה התנגדה לבקשה, ועמדה על כך שדיון ההוכחות יתקיים כסדרו, תוך שציינה כי לאור הודעתו של עו"ד פצ'בסקי, בית המשפט מתבקש שלא לשחרר את הסניגורים הפרטיים מייצוג בשלב זה. לעומת זאת, עו"ד נטלי אוטן - אחת מהסניגורים הפרטיים - הגיבה כי מאחר שהמתלוננת השלימה את עדותה ביום 27.3.2019, אין כל חשש מדחיית דיון ההוכחות שנקבע, והבהירה כי היא "אינה יכולה להמשיך לחקור בשם נאשם שאינו מעוניין בהמשך ייצוגה" (פסקה 5 לתגובתה מיום 1.4.2019). חרף האמור, בית משפט קמא קבע כי דיון ההוכחות יתקיים במועדו, וכי על עו"ד פצ'בסקי לעשות כל מאמץ להיערך אליו,



ובמקרה שלא יעלה בידו לעשות כן - ייצגו את המערער הסניגורים הפרטיים תחתיו. ואכן, בסופו של דבר הסניגורים הפרטיים הם שייצגו את המערער גם בדיון זה, משהודיע עו"ד פצ'בסקי כי לא יוכל להיערך לדיון בסד הזמנים הקיים. דעתי היא כי דווקא בהחלטה זו של בית משפט קמא, ולא בהחלטה מיום 20.3.2019, נפל פגם אשר פגע בזכותו של המערער לייצוג, ואשר ניתן היה למנוע אותו.

23. המשך הפקדת הייצוג המשפטי של המערער בידי הסניגורים הפרטיים, שעה שהם מצהירים כי אינם יכולים להמשיך לייצגו, וכאשר הוא מצהיר שהוא לא נותן בהם אמון, היא בעייתית כשלעצמה, וככלל - יש לנסות להימנע ככל הניתן ממצב דברים זה. ואולם, ביום 20.3.2019 טרם אותר סניגור אחר שיבוא תחת הסניגורים הפרטיים, ועל כן שחרורם מייצוג בשלב זה, משמעה, הלכה למעשה, דחיית חקירתה של המתלוננת (אשר הייתה בעיצומה) בפרק זמן משמעותי, והותרת המערער ללא ייצוג כלל (גם אם באופן זמני בלבד). עם זאת, משמונה למערער סניגור חדש, עו"ד פצ'בסקי, ולאחר שהמתלוננת כבר השלימה את עדותה, מצב הדברים שונה. ברי כי טוב היה לו עו"ד פצ'בסקי היה מספיק להיערך לדיון ההוכחות בסד הזמנים שנקבע. אך משזה הודיע, במועד המוקדם ביותר, כי לא יספיק ללמוד את התיק (ויוער, כי לרשותו עמד אך שבוע להתכונן לדיוני הוכחות בתיק פשע חמור ו-"חדש", מבחינתו), נכון היה להתחשב בנסיבות הייחודיות שנוצרו, ולדחות את מועד דיון ההוכחות שנקבע. זאת, במיוחד לאור תוצאות ההחלטה מיום 20.3.2019, אשר הובילו לחקירתה השנייה של המתלוננת על ידי הסניגורים הפרטיים, חרף בקשתם להשתחרר מייצוג.

24. ויודגש, הטעם שבאי דחיית עדותה של המתלוננת במקרה דנן, אינו זהה במשקלו לטעם - אשר איני מקל בו ראש - שבאי דחיית דיון ההוכחות שנקבע לאחר מכן. בעוד שבמצב הדברים הראשון מדובר היה בעדות מתלוננת קטינה, אשר נעשו מאמצים רבים לשכנעה להעיד מלכתחילה, ושהחלה כבר להעיד, כך שדחיית השלמת עדותה עלולה הייתה לפגוע בה ובאיכות עדותה; במצב הדברים השני, הנזק שצפוי היה להיגרם בדחיית דיון ההוכחות קטן יותר, ועיקרו בהארכת משך ההליך, והארכת מעצרו של המערער בהתאם (כאשר בקשת הדחייה הוגשה מטעמו).

25. לסיכום נקודה זו, סבורני כי ההחלטה מיום 20.3.2019 שלא לדחות את מועד העדת המתלוננת הייתה סבירה בנסיבות העניין, ואולם משהושלמה העדת המתלוננת, ומונה סניגור חלופי, היה מקום לדחות את המשך דיוני ההוכחות, כך שעו"ד פצ'בסקי יספיק להיערך אליו כראוי, ולשחרר בשלב זה את הסניגורים הפרטיים מייצוג המערער.

26. שונים הם פני הדברים אשר להחלטה מיום 18.6.2019. בנוגע להחלטה זו, אני סבור שצדק בית המשפט קמא כשדחה את בקשתו של עו"ד פצ'בסקי לזמן את המתלוננת להשלמת עדות. בית משפט קמא נדרש לבקשה לגופה, ופירט מדוע הוא אינו רואה צורך בחקירת המתלוננת. זאת, הן משום שעו"ד פצ'בסקי ביקש לחקור את המתלוננת בשאלות שהיא סיפקה להן מענה זה מכבר, והן משום ש"נאשם שמטעמיו בוחר לא לומר את גרסתו בחקירה במשטרה, וגם לא לומר אותה במענה, בזמן בו אמור להינתן מענה לכתב האישום, ומוצא לנכון לומר דברים חדשים בשלב מאוחר של המשפט, לא יכול רק בשל כך ובהבל פיו לגרום להחזרת העדה לדוכן" (פסקה 7 להחלטה). החלטה זו סבירה בעיניי ומאזנת כראוי בין השיקולים השונים, ובכלל זה הטעמים כבדי המשקל שפורטו לעיל שבהגנה על נפגעי עבירה בעבירות מין. לפיכך, איני מוצא מקום להתערב בה.

27. המסקנה כי נפל פגם מסוים בהליך הפלילי שנוהל בבית המשפט קמא אינה מחייבת כמובן את ביטול ההליך. רק באותם מקרים בהם הפגם בו מדובר הוא פגם חמור, היורד לשורשם של דברים, במובן זה שהתרחשותו פגעה באופן ממשי ביכולתו של הנאשם להתגונן באופן ראוי, עשויה להימצא הצדקה למסקנה מחמירה זו (ע"פ 6143/03 פורטל נ' ...).

מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 614, 620 (2004); רע"פ 8135/07 גורן נ' מדינת ישראל, פסקה נ"ו (11.2.2009)). כך על דרך הכלל, וכך ביתר שאת ביחס לפגם בהליך מסוג של כשל בייצוג (ראו ע"פ 4883/11 מרקוביץ' נ' מדינת ישראל, פסקה 33 (21.3.2013); ע"פ 2921/13 רייטבורג נ' מדינת ישראל, פסקה 50 (1.1.2015); ע"פ 3371/17 כהן נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (3.7.2018)). אין זהו מצב הדברים בענייננו. הפגם שנמצא נוגע אך לאופן ניהולו של דיון הוכחות אחד (זה שהתקיים ביום 8.4.2019), כאשר בדיון ההוכחות הבא (שהתקיים ביום 2.7.2019), כבר היה עו"ד פצ'בסקי מוכן היטב לייצוג, וחקר כדבעי בשם המערער. זאת ועוד, במועד ההוכחות האמור יוצג המערער על ידי הסניגורים הפרטיים (כאשר עו"ד פצ'בסקי, בא-כוחו, נכח באולם), אשר אף חקרו את העדים השונים שהתייצבו באותו יום. כנגזר מכך, אין טענה כי כתוצאה מחקירות אלה נגרם עיוות דין של ממש למערער, והדבר אף מתיישב עם אפיון התיק כתיק של "עדות מול עדות", בהינתן שבמועד האמור לא העידו לא המתלוננת ולא המערער. ממילא, כאמור, גם בא-כוח המערער לא ביקש כי נשיב את התיק לבית המשפט קמא, אלא הסתפק בהצבעה על הפגמים שנפלו להבנתו לטובת התדיינויות עתידיות, ובבקשה כי יובאו בחשבון לעניין גזירת העונש. כך נעשה.

מספר העבירות בהן יש להרשיע את המערער

28. כזכור, טענתו השנייה של המערער מופנית כלפי הרשעתו בעבירה של ביצוע מעשה מגונה ובכפל עבירות אינוס, חלף עבירת אינוס אחת. אבחן טענות אלה, מהקלה אל הכבדה.

29. ביחס למעשה המגונה, נטען, כי המעשים המגונים שביצע המערער במתלוננת "נבלעים" כולם בעבירת האינוס בה הורשע, ועל כן שגה בית המשפט קמא כשהרשיע אותו בשתייהן. סבורני כי בנסיבות המקרה שלפנינו, יש לקבל טענה זו.

30. רצף של עבירות ייחשב כנטמע בעבירה הסופית, כאשר כל אחת מהעבירות שנעברו פוגעת בערך חברתי דומה או זהה, ואולם הפגיעה החריפה ביותר בערך האמור טמונה בעבירה הסופית, שהיא העבירה האחרונה או החמורה ברצף (ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 508-509 (1997); ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ג 258-260 (1992)). "היטמעות" מסוג זה מתרחשת בהכרח במקרים בהם העבירות הנטמעות הן בבחינת "הקדמה" לעבירה המאוחרת שמתבצעת, באופן שהופך אותן לחלק מהתפתחותה של העבירה המאוחרת, בגדר "עבירה במהלך התהוות מדורג" (שם. עוד ראו: ע"פ 889/15 מהרט נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת אסתר חיות ודעתו החולקת של השופט מני מזוז (15.5.2016) (להלן: עניין מהרט). והשוו: ע"פ 1900/18 ילמה נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (6.10.2019)). ברם, כאשר מדובר ברצף של מעשים נפרדים שאינם נשזרים ונטמעים זה בזה במובן שהוסבר לעיל, אין מניעה להרשיע נאשם בעבירה נפרדת בגין כל אחד מהמעשים האמורים (עניין מהרט, שם). במקרה דנן, אין חולק כי המעשים המגונים בוצעו תוך כדי ובמהלך ביצועו של המעשה השני. לפיכך, אין אלא לראות בהם כחלק מהתפתחותה של עבירת האינוס. זאת במיוחד לאור אופיים של המעשים, אשר מטרתם הייתה להגביר את הגירוי המיני שחש המערער, תוך כדי שהוא מבצע במתלוננת את זממו, עד שהגיע לפורקן. לאור האמור, יש להתייחס למעשים המגונים שבוצעו כמעשים ש"נטמעו" בעבירת האינוס בה הורשע המערער, ועל כן אין מקום להרשיעו בנפרד בעבירה של מעשים מגונים.

31. בנוגע להרשעה בגין כפל עבירות האינוס הדברים מורכבים יותר. כאמור, המערער טוען לעניין זה כי המעשה הראשון והמעשה השני יצרו רצף של התנהגויות עוקבות, אשר מגבשות את אינוס המתלוננת, ועל כן אין להרשיעו בגין

שתי עבירות אינוס נפרדות. לשיטתו, ההפרדה בין המעשים במקרה דנן היא מלאכותית, ולפיכך יש להימנע ממנה. המדינה, לעומת זאת, מדגישה כי מבחינה עובדתית ניתן להפריד בין המעשה הראשון לבין המעשה השני, ולפיכך סבורה שאין להתייחס אליהם כמעשה אחד.

32. לשיטת המערער, מצב הדברים בו עסקינן מכונה "עבירה רבת-פריטים". הכוונה למצב דברים בו כל "פריט", קרי, כל פעולה, עשויה לקיים בפני עצמה את כל הרכיבים הנדרשים להרשעה, ואולם בהינתן היות הפריטים חלק ממהלך אחד, אין הצדקה לפצל את האירוע העברייני השלם לפרטיו (על המאפיינים של "עבירה רבת-פריטים", והשוני בינה לבין "עבירת שרשרת", עמד בהרחבה הנשיא אהרן ברק בדנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, 183-188 (1998) (להלן: עניין משולם); וראו גם עניין גולד, פסקה 28). וכך מדגים פרופ' ש"ז פלר קטגוריית מצבים זו:

התוקף את זולתו תוך הנחתת כמה מכות על גופו אינו מבצע כמה תקיפות; וכך גם הגונב באותו מהלך של "נטילות" ו"נשיאות" "כמה" ספרים ממדף שבחנות ספרים, אינו מבצע כמה גניבות, למרות שבהגדרת עבירת הגניבה מדובר ב"דבר" ביחיד, וכנראה גם ב"נטילה" ו"נשיאה" אף הן ביחיד. יחידות העבירה אינה נשברת בשל ריבוי הפריטים... (ש"ז פלר "עבירת-השרשרת, מהותה" משפטים כט 529, 539 (1999)).

33. מאפיין בולט של עבירה רבת-פריטים, במקרה הטיפוסי, הוא אחדות של זמן ומקום. ואולם, הקביעה תבסס בראש ובראשונה על השכל הישר, ואין הכרח כי האירועים יתרחשו בסמיכות בזמן לצורך הקביעה כי מדובר בעבירה רבת-פריטים (עניין משולם, בעמ' 185). בנוסף -

המאפיין את העבירה רבת-הפריטים הוא במחשבה פלילית אחת ובתכנון פלילי אחד, המקיף את הרצף כולו, וסוגר עליו. כן מתאפיינת עבירה זו בסדרת מעשים, המהווים ביטוי לדחף עברייני אחד. פרקי הזמן שבין פריט לפריט צריכים, מטבע הדברים, שלא להיות ארוכים מדי. אף שהסימולטניות אינה תנאי הכרחי, הרי הפרשי זמן ארוכים מנתקים את הקשר בין הפריטים [...]. העבירה רבת-הפריטים תחול בכל אותם מצבים שבהם הסתכלות על האירוע העברייני מובילה את המסתכל לכלל מסקנה כי תהא זו גישה מלאכותית, להשקיף על האירוע כעל מספר עבירות כמספר הפריטים וכי ההסתכלות הנכונה, המשקפת באופן אמיתי את התופעה העבריינית, היא זו הרואה באירוע מכלול אחד המבוסס על פריטים מספר. זאת ועוד: תנאי להכרה בעבירה רבת-פריטים הוא כי האינטרס החברתי המוגן בעבירה מאפשר את קיבוצם של מספר פריטים המצויים על רצף אחד לכדי עבירה אחת, רבת-פריטים (עניין משולם, בעמ' 185 והאסמכתאות שם).

עוד הודגש בעניין זה, כי כאשר מדובר בעבירות אשר מתבצעות בגופו של אדם, יש לנקוט מדיניות משפטית אשר תבחין בין כל קורבן וקורבן (ככל שישנם מספר קורבנות), על מנת לתת ביטוי הולם לחומרת הפגיעה בכל אדם אשר הוא (שם, בעמ' 185; עניין גולד, בפסקה 28).

34. עבירת האינוס, כאשר מדובר באירוע אחד, מורכבת, על פי רוב, מסדרה של פעולות אשר מתרחשות במקום אחד וללא הפרשי זמן משמעותיים ביניהן, ועל כן היא יכולה להיכנס להגדרה של עבירה רבת-פריטים. כפי שנאמר: "אף במעשה אינוס אחד ורציף של אישה אחת, היינו עלולים לראות כל חדירה וחדירה כעבירה בפני עצמה, אלא שבמקרה

זה כוונת המחוקק, הדוקטרינה המשפטית ואף השכל הישר מחייבים אותנו להסתכל על המעשה כולו כעל מקשה אחת, כעל עבירה אחת של אינוס" (ע"פ 7951/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד סב(1) 710, 735-736 (2007)). יחד עם זאת, הובהר בפסיקה כי מספר מעשי אונוס שונים - גם אם הם בוצעו על ידי אותו עבריין וכלפי אותו קורבן - ואפילו אם תתקיים ביניהם סמיכות מסוימת של זמן ומקום - עשויים לעיתים לגבש מספר הרשעות בגין עבירת אינוס (עניין מהרט, פסקאות 7-8 לפסק דינה של השופטת אסתר חיות; ע"פ 11125/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (10.5.2007)). אכן, קו הגבול בין אירוע אונוס שהוא בגדר עבירה רבת-פריטים, לבין אירוע אונוס בו מבוצעות מספר עבירות בסמיכות זמן ומקום עשוי להיות דק, ולעיתים דקיק, ואין מנוס מהפעלת מבחן השכל הישר על מנת להבחין בין גווני המצבים. במידה לא מבוטלת יש בעניין זה שיקול דעת לתביעה, בבואה לנסח את כתב האישום, כאשר יש לצפות שתימנע מפיצול מלאכותי ושלא לצורך.

35. ויודגש, אף כאשר מוצדק לפצל הרשעה המייחסת לאירוע אחד מספר עבירות אינוס, דהיינו, כאשר לא רואים בעבירת האינוס עבירה רבת-פריטים, אין משמעות הדבר, בהכרח, כי יש להעניש את העבריין בנפרד בגין כל אחת מעבירות האינוס. סעיף 186 לחסד"פ קובע כי הגם ש"בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בשל כל אחת מן העבירות שאשמתו בהן נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו" אין להעניש אדם "יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה". השאלה מהו "אותו מעשה" לעניין הסעיף האמור נבחנה בפסיקה הישראלית פעמים רבות, כאשר שני מבחני העזר שהתגבשו הם המבחן הצורני-עובדתי והמבחן המהותי-מוסרי. על פי המבחן הצורני-עובדתי, על בית המשפט לבחון "האם מדובר בפעולה יחידה מתמשכת שלא ניתן לפצלה לתת-פעולות או שמא בשרשרת פעולות עוקבות שכל אחת מהן היא חוליה נפרדת"; ואילו על פי המבחן המהותי-מוסרי, עלינו לבחון אם קיימת זהות באינטרסים החברתיים שנפגעו בעקבות הפעולות, כמו גם בנזקים שנגרמו. כך, למשל "כאשר מדובר במספר נפגעים ממעשה אלימות או מעבירות מין יש לכל אחד מהנפגעים אינטרס עצמאי לשמירה על שלום גופו, אשר מטה את הכף לטובת 'פיצול' המעשים והעונשים". ויובהר, "מבחנים אלו הם נקודת המוצא אבל הם אינם נקודת הסיום, וכי בסופו של דבר על בית המשפט לבחון כל מקרה לגופו, על פי נסיבותיו ומאפייניו, ואין בנמצא מבחן כולל וגורף שנותן מענה לכל סוגי המקרים" (ע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל, פסקה 24 לפסק דינו של השופט יורם דנציגר והאסמכתאות הנזכרות שם (29.10.2014)); ע"פ 8686/15 גריבוב נ' מדינת ישראל, פסקה 50 (3.10.2017); ע"פ 4039/19 נחמני נ' מדינת ישראל, פסקה 92 (17.3.2021)). מכאן שגם כאשר ניתן להרשיע פלוני בשתי עבירות של אינוס בגין אירוע אחד, לא מתחייב מכך שיש להענישו פעמיים בגינן.

36. בעניינו, המערער החדיר את אצבעותיו לאיבר מינה של המתלוננת במטרה "לבדוק" בעצמו אם היא בתולה (המעשה הראשון); ובהמשך לכך, לאחר שהגיע לדבריו למסקנה כי אינה בתולה, כפה את עצמו עליה, בהחדרתו את איבר מינו לאיבר מינה (המעשה השני). כשלעצמי, ברור שלעניין סעיף 186 לחסד"פ המדובר ב"מעשה אחד", ועל כן לא ניתן להעניש את המערער בנפרד בגין המעשה הראשון והמעשה השני (וכך סבר גם בית המשפט קמא). ואולם, השאלה המתעוררת היא האם ראוי להרחיק אף מעבר לכך, ולקבוע כי הגם שמבחינה עיונית ניתן להפריד בין המעשים, הרי שמבחינה מהותית אין הצדקה לפיצולם לשתי עבירות אינוס שונות. כך, בהינתן שמדובר ברצף אחד של מעשים מבחינת המקום והזמן, הפוגעים באותו קורבן ובאותם ערכים מוגנים.

37. עיון בפסיקה מלמד על היעדר אחידות בעניין זה. ישנן דוגמאות לאירועי תקיפה מינית קשים ואכזריים, שהיו מורכבים ממספר שלבי התעללות, כאשר הנאשם הועמד לדין והורשע בעבירת אינוס אחת (ראו, למשל: ע"פ 2035/16 פלוני נ' מדינת ישראל (14.9.2017) (להלן: ע"פ 2035/16); ע"פ 2013/19 מנחם נ' מדינת ישראל (13.8.2020); ע"פ 3265/22 פלוני נ' מדינת ישראל (2.11.2022) (להלן: ע"פ 3265/22)). מנגד, ישנם מקרים בהם בגין אירועים

דומים מבחינת מורכבותם וחומרתם, יוחסו מספר מעשי אונס, למרות שדובר ברצף מעשים מבחינת הזמן והמקום (ראו, למשל: ע"פ 6164/10 פלוני נ' מדינת ישראל (20.2.2012); ע"פ 319/21 אבו אלהיגא נ' מדינת ישראל (10.4.2022) (להלן: עניין אבו אלהיגא)). כאמור, דומה שבעניין זה לניסוח כתב האישום יש חשיבות לא מבוטלת (אך ראו ע"פ 2035/16, בו יוחסו בכתב האישום שתי עבירות אינוס, ובית המשפט המחוזי "קיבל את עמדת ההגנה, לפיה ייחוס שתי עבירות נפרדות של אינוס - הפרדה בין החדרת האצבעות לבין החדרת איבר המין - תהא מלאכותית ובלתי מתבקשת בנסיבות העניין". המדינה לא ערערה על הכרעת הדין באותו עניין). לדידי, חוסר האחידות האמור מטריד, וראוי להקפיד על מדיניות תביעה אחידה בדבר ניסוח כתבי אישום במקרים מעין אלה (וראו הנחיית פרקליט המדינה מס' 3.1 מיום 27.12.2017 - שכותרתה "הכנה וניסוח כתב אישום". הנחיה זו כוללת התייחסות חלקית בלבד לסוגיה בה עסקינן).

38. באשר לערעורים שלפנינו, לא בלי התלבטות, הגעתי למסקנה כי במקרה דנן אין מקום להתערב במסקנת בית המשפט קמא לעניין מספר עבירות האינוס בהן יש להרשיע את המערער. אכן, המתלוננת חוותה טראומה כוללת קשה בעקבות המעשים, וספק אם ניתן להפריד בין שלביו השונים של האירוע לעניין השלכתם על נפשה הדואבת (השוו: ע"פ 10898/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (15.4.2010)). יחד עם זאת, קיימות הבחנות מסוימות בין המעשה הראשון לבין המעשה השני, הן מבחינת טיב המעשים ותכלית עשייתם, והן מבחינת אופי הפגיעה במתלוננת והיבט ההשפלה הייחודי שנלווה לכל אחד מהם. במצב דברים זה, בחירת התביעה בניסוח כתב האישום, והחלטת בית המשפט קמא בהכרעת הדין, לפצל את האירוע לשתי עבירות אינוס נפרדות אינן מצדיקות התערבות של ערכאת הערעור. ויודגש, בין כך ובין כך, פגיעתו של המערער במתלוננת קשה וכואבת עד מאד. עוצמת הפגיעה אינה נקבעת לפי החלוקה למספר מעשים, אלא נגזרת מהחומרה המיוחדת למכלול המעשים. בהתאם, גם את דינו של המערער יש לגזור בהלימה לחומרת המעשים, וזאת בין אם יאוחדו לעבירת אינוס אחת ובין אם יפוצלו לשתי עבירות אינוס.

הערעורים על גזר הדין

39. את הדיון בערעורים על גזר הדין יש לפתוח בהלכה לפיה אין זו מדרכה של ערכאת הערעור למצות את הדין עם הנאשם, ועל כן, ככלל, ערכאת הערעור לא תתערב בעונשים שגזרה הערכאה הדיונית, למעט במקרים חריגים שבהם דבקה בגזר הדין טעות מהותית, או כשהוא סוטה באופן קיצוני ממדיניות הענישה הנוהגת או הראויה בנסיבות העניין (ראו מיני רבים: ע"פ 8280/15 גולאני נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (28.3.2016); ע"פ 8720/15 מדינת ישראל נ' פינטו, פסקה 20 (11.9.2016); ע"פ 1935/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (31.3.2021); ע"פ 2211/21 בדארנה נ' מדינת ישראל, פסקה 24 (14.7.2022)). בטרם אדרש לעניין, אקדים מסקנה לדיון, ואבהיר כי מצאתי שהמקרה דנן - חרף קביעותי לעיל לעניין הכרעת הדין - אינו נמנה עם מקרים אלו.

40. לא פעם עמד בית משפט זה על החומרה הרבה שבעבירות מין, כמו גם על השלכותיהן ההרסניות על קורבנותיהן. אכן, עבירות מין נושאות משמעות כה טראומתית, אלימה, מטלטלת ופוגענית, שלא פעם נדמה כי אין ביכולתן של מילים לתאר אותן, על מלוא מורכבותן והזעזוע שבהן. עמדה על כך השופטת יעל וילנר בע"פ 8153/19 פלוני נ' מדינת ישראל (25.10.2020) (להלן: עניין פלוני):

אין צורך להכביר במילים בדבר השלכותיהן ההרסניות של עבירות מין על הקורבן ועל בני משפחתו. עבירות אלה חודרות לנימי הנפש, גורמות לתחושה קשה של אובדן שליטה ופגיעה בכבוד ובאוטונומיה, הופכות על פיו את עולמו של הקורבן ועלולות לגרום למגוון רחב של תופעות נפשיות וגופניות, המצריכות תהליכי שיקום מורכבים. הדברים נכונים ביתר שאת

במקרה שבו קורבן העבירה הוא קטין, שטרם השלים את התפתחותו הגופנית, הנפשית והשכלית. או אז הפגיעה עלולה להיות חמורה במיוחד ולהעמיד בסיכון את סיכויי לגדול להיות אדם שלם ומאושר. השבר עמוק עוד יותר שעה שמבצע העבירות הוא אדם שהקורבן רואה בו דמות חיובית ונותן בו את אמונו (פסקה 45).

בענייננו, המערער עטה על עצמו מסיכה של דמות מגוננת, בהציעו למתלוננת "להצילה" מהוויכוח בפארק בכך שיסיע אותה לביתה וימנע ממנה להיקלע לקטטה. לאחר שעלה בידו לפתותה להיכנס עמו לרכבו, הוא לקח אותה לאזור מבודד ומרוחק, ושם פגע בה, באלימות ובאכזריות, כאשר לנגד עיניו עמדו אך צרכיו המיניים, תוך התעלמות מוחלטת מהמתלוננת ומתחנונה. המתלוננת העידה בהקשר זה כי בתום האירוע, לאחר שהמערער השיג את מבוקשו, היא נסעה יחד עמו להסיע פעם נוספת חבר של המערער. לדבריה, כאשר האחרון נכנס לרכב, המערער "אמר לי תתנהגי רגיל וכאלו ניגבתי את הדמעות והוא אמר לי אל תבכי, ניגבתי את הדמעות זה מה שאני זוכרת" (פרוטוקול הדיון מיום 12.3.2019, עמ' 18 ש' 14-25).

41. והנה, לא חלפה יממה והמעשים התגלו. מעשים נלוזים כדוגמת אלה שביצע המערער, מחייבים ענישה מחמירה ונוקשה המבטאת את חומרת העבירה שביצע, את הסלידה העמוקה של החברה מהן ולא פחות חשוב מכך - את ההכרה בסבלה של המתלוננת ובדמעות שהיא נאלצה למחות. כמו כן, מטרתה של הענישה בעבירה דן היא להביא להרתעה אינדיווידואלית וציבורית יעילה ומספקת, כך שעבירות מעין אלה ימוגרו ממחוזותינו (ע"פ 677/09 פלוני נ' מדינת ישראל (25.10.2009); ע"פ 2240/21 מדינת ישראל נ' שחר, פסקה 17 (8.11.2021); ע"פ 7880/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 83 (2.8.2022)). בהקשר זה ראוי להדגיש שחלה תמורה במדיניות הענישה בעבירות מין בשנים האחרונות, כך שהמדיניות הנוהגת כיום מחמירה מזו שנהגה בעבר, בייחוד במקרים שבהם נפגע העבירה הוא קטין (עניין פלוני, בפסקה 46; ע"פ 5839/22 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 10 והאסמכתאות שם (27.10.2022)). על כן, יש לבחון את טענות הצדדים לעניין העונש בראי מגמה זו.

42. לאור האמור, דין טענותיו של המערער לפיהן גזר דינו חורג לחומרה ממדיניות הענישה הנוהגת - טענות אשר גובו באסמכתאות מלפני למעלה מעשור - להידחות. בדומה, אין לקבל גם את טענתו של המערער לפיה בית משפט קמא סטה מן הדין, בהתחשבו בעובדה שהמערער לא הודה בביצוע המעשים, וממילא לא ייתר את ניהול המשפט, ובכלל זה את העדת המתלוננת. כלל ידוע הוא כי בעת גזירת דינו של הנאשם, כפירתו באשמה לא תשמש לחובתו, אך גם לא תזכה אותו בהתחשבות אשר עשויה להינתן למי שהודה במעשיו ונטל עליהם אחריות (סעיפים 40 יא(4) ו-יא(6) לחוק העונשין). עוד הוסיף המערער לעניין זה, כי אם הוא יזכה מעבירת החטיפה (אשר כזכור, המדינה הסכימה למחוק את האישום בגינה בדיון שהתקיים לפניו), כמו גם מעבירות נוספות, אזי שרק מטעם זה יש להפחית את עונשו באופן משמעותי. אף דינה של טענה זו להידחות. ככל שמדובר בקביעות כי עבירת המעשים המגונים בעניינו של המערער "נבלעת" בעבירת האינוס, הרי שאין בה כדי לשנות, לא כל שכן להקל, מחומרת מעשיו של המערער ומהאכזריות שאפיינה אותם, כפי שעולה מהתיאור שלעיל. שונים הדברים ביחס לזיכוי מעבירת החטיפה. זיכוי שכזה בערעור מצדיק במקרה הרגיל הקלה בעונש שנגזר על ידי הערכאה קמא, אך לא כן במקרה דנן. אבהיר עניין זה אגב הדיון בערעור המדינה על קולת העונש.

43. בערעור שהוגש מטעמה, טענה המדינה כי העונש שנגזר על הנאשם הינו מקל יתר על המידה. המדינה עמדה על ערעורה גם בהינתן הסכמתה לביטול ההרשעה בעבירת החטיפה, וזאת לאור החומרה שהיא מייחסת

להרשעה בעבירות אינוס. מצאתי טעם בטענות המדינה, שעולות בקנה אחד עם מדיניות הענישה הנוהגת. אכן, רמת הענישה בגין עבירות מין חמורות עלתה בשנים האחרונות, ובגין מעשה "אונס בשדה" אלים ואכזרי מהסוג המיוחס למערער, מקובל וראוי להטיל כיום עונש העולה במספר שנות מאסר על זה שנגזר על המערער, בוודאי כשמדובר במי שעברו הפלילי מכביד (השוו, למשל: ע"פ 3265/22 (דעת הרוב, בניגוד לעמדת, הותירה על כנו עונש של 16 שנות מאסר בפועל); עניין אבו אלהיגא (15 שנות מאסר בפועל). יצוין כי בשונה מהמערער בו עסקינן, שני פסקי הדין הללו דנו בנאשמים שאומנם לא היה להם עבר פלילי מכביד, ואולם אירועי האונס האלימים והאכזריים בגינם הורשעו, והעבירות שיוחסו להם בעטיים, חמורים מהמיוחס למערער). לפיכך, בנסיבות אחרות יתכן שהיה מקום לקבל את ערעורה של המדינה ולהחמיר בעונשו של המערער. אלא שבמקרה זה, כנגד הטענות לחומרת המעשים, יש לשקול לזכותו של המערער את הקביעות ביחס להכרעת הדין, באשר לפגם שנפל בניהול ההליך קמא ולזיכויו, בהסכמת המדינה, מעבירת החטיפה. לכך יש ליתן משקל בבחינת העונש שנגזר על המערער. באיזון כל האמור, הגעתי לפיכך למסקנה כי שיקולי ההתערבות מתקזזים, ואין להתערב במידת העונש שנקבע על ידי בית משפט קמא, לא לקולה ולא לחומרה.

44. סוף דבר: אם תישמע דעתי, ערעורו של המערער על הכרעת הדין יתקבל בחלקו, כך שיוותרו על כנן הרשעות בשתי עבירות אינוס לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, ויבוטלו הרשעותיו ביתר העבירות (דהיינו, חטיפה ומעשים מגונים). למרות התערבות זו בהכרעת הדין, בשים לב לכך שהעונש שנגזר על המערער מקל בהינתן המעשים בגינם הורשע בעבירות אינוס ונתונו האישיים, שני הערעורים על גזר הדין יידחו, כך שכלל רכיבי העונש שנגזרו על המערער ייוותרו על כנם.

המדינה מתבקשת לתת דעתה לאמור בפסקאות 23 ו- 37 של חוות הדעת, ובכלל זה להוציא הנחיות מתאימות לגורמי התביעה הרלוואנטיים כפי שתמצא לנכון.

שׁוֹפֵט

השופט ד' ברק-ארז:

אני מסכימה עם פסק דינו של חברי השופט ע' גרוסקופף. עם זאת, אבקש להוסיף מספר הערות קצרות בעניין.

בכל הנוגע להכרעת הדין, המחלוקת העיקרית בין הצדדים נסבה על השאלה האם על רקע המעשים שביצע במתלוננת, היה מקום להרשיע את המערער בשתי עבירות של אינוס או בעבירה אחת בלבד. כתב האישום מתאר אירוע מתמשך של תקיפה, כאשר בחלקו הראשון של האירוע החדיר המערער את אצבעותיו לאיבר מינה של המתלוננת, ואילו בהמשך פישק בכוח את רגליה והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער בשתי עבירות אינוס. לעומת זאת, המערער טען בפנינו, כי מדובר במסכת אחת של מעשים, ועל כן לא נכון להבחין בין שני מעשי אינוס נפרדים. אינני מקבלת טענה זו.

אכן, אני שותפה לעמדה העקרונית המסתייגת מ"פריטת" כל התרחשות לסדרה של מקטעי תקיפה שונים,

באופן שעלול להרבות באופן מלאכותי את מספר מעשי העבירה שבהם אפשר להרשיע. אולם, גם נוכח עמדה עקרונית זו אינני סבורה כי יש מקום לראות את שני המעשים שבפנינו - החדרת האצבעות והחדרת איבר המין - כמעשה אינוס אחד. ייתכן שאלה היו פני הדברים מנקודת המבט של המערער, מבצע העבירות, אולם אינני סבורה שנכון לאמץ בהקשר זה את נקודת המבט שלו. מנקודת המבט של המתלוננת, מדובר בשתי פעולות פוגעניות, שאינן בהכרח מקשה אחת. אני סבורה שנכון לאמץ כאן את נקודת המבט של נפגעת העבירה, ובעשותי כן אינני רואה עילה להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי כי מדובר בשני מעשים פוגעניים. אכן, כפי שהסביר חברי, במישור המשפטי מדובר ב"מעשה אחד" לצורך תחולתו של סעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. אולם, מבחינת ההכרה בפגיעה שנגרמה לנפגעת העבירה, כמו גם מבחינת ההתרחשות העובדתית, בדין הרשיע בית המשפט המחוזי את המערער בשתי עבירות של אינוס.

בכל הנוגע לגזר הדין, אני מבקשת להצטרף לדבריו הנכוחים של חברי באשר לענישה המחמירה שראוי להחיל במקרה זה. לא אכחד, כי מלכתחילה הוטרדתי מן הטענות שנגעו לפגמים בהליך, שבנסיבות רגילות היו עשויות להצדיק הקלה בעונש. אף הזיכוי מעבירת החטיפה היה מצדיק בדרך כלל הפחתה מסוימת בעונש. אולם, בהתחשב בטענות הראויות שהעלתה המדינה בערעור שהוגש מטעמה כנגד קולת העונש כפי שנגזר מלכתחילה, הגעתי לכלל דעה כי במכלול הנסיבות יש להותיר את העונש שהוטל על המערער בעינו.

ש ו פ ט ת

השופט י' כשר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף.

ניתן היום, ב' באדר התשפ"ג (23.2.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת