



# ע"פ 1079/16 - מדינת ישראל נגד יניב נחמן

## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 1079/16

לפני:

כבוד השופט ס' גוברמן  
כבוד השופט צ' זילברטל  
כבוד השופט א' שהם

המערער:

מדינת ישראל

נ ג ד

המשיב:

יניב נחמן

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב  
מיום 27.12.2015 בתפ"ח 39303-07-14 שניתן על-  
ידי השופטת מ' דיסקין והשופטים ר' בן-יוסף ו-צ' קאפח

תאריך הישיבה:

י' באייר התשע"ו (18.05.16)

בשם המערער:

עו"ד נורית הרצמן; עו"ד לילך כץ

בשם המשיב:

עו"ד יובל נחמני; עו"ד כרמל הלוי  
גב' ברכה וייס

בשם שירות המבחן למבוגרים:

**פסק דין**

השופט ס' גוברמן:

1. לפנינו ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (השופטים מ' דיסקין, ר' בן-יוסף ו-צ' קאפח) בתפ"ח עמוד 1



14-07-39303 מיום 27.12.2015, במסגרתו הושת על המשיב עונש של 6 חודשי מאסר לריצוי על דרך של עבודות שירות; שנתיים מאסר על תנאי למשך 3 שנים שלא יעבור עבירה מסוג פשע המנויה בסימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק) או עבירה על פי חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות); שנת מאסר על תנאי למשך 3 שנים שלא יעבור עבירה מסוג עוון המנויה בסימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, או עבירה על פי החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (להלן: החוק למניעת הטרדה מינית); צו פיקוח למשך שנה; פיצוי למתלוננת בסך 30,000 ש"ח; וקנס בסך 10,000 ש"ח.

רקע והליכים

2. ביום 21.7.2014 הוגש נגד המשיב כתב אישום שכלל ארבעה אישומים, בהם יוחסו לו שלושה מעשי אינוס; ניסיון למעשה אינוס; שני מעשים מגונים בנסיבות אינוס; הטרדה מינית; ועשרות מקרים של פגיעה בפרטיות. לאחר כפירת המשיב במיוחס לו ובטרם החלו בשמיעת הראיות, הגיעו הצדדים להסדר טיעון אשר במסגרתו תוקן כתב האישום- כך שנמחקו ממנו כל האישומים מלבד אישום אחד, שייחס למשיב עבירה של מעשה מגונה בכוח, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין (להלן: עבירת מעשה מגונה בכוח); ועבירה של אינוס, לפי סעיף 345(א)(1) (להלן: עבירת אינוס).

כתב האישום המתוקן

3. על פי עובדות כתב האישום המתוקן, המשיב והמתלוננת נהגו להיפגש ולבלות יחדיו, ובמספר פעמים קיימו יחסי מין בהסכמה. ביום 12.8.2009 השניים קבעו להיפגש, וסמוך לשעה 21:00 הגיע המשיב לביתה של המתלוננת. השניים שתו משקאות אלכוהוליים, ובשלב מסוים נרדמו במיטתה כשהם עירומים. כשהקיצו משינתם, המתלוננת ביקשה להתרומם מהמיטה על מנת להתלבש, אך המשיב פישק את רגליה באמצעות רגליו ונצמד מעליה. המתלוננת צעקה לו שיקום ממנה וניסתה לדחוף אותו מעליה, אך המשיב מיהן לבקשותיה ואף החל למשש את גופה. לאחר מספר דקות המשיב קם מעל המתלוננת, והיא ברחה בוכייה אל חדר האמבטיה. המשיב עזב את ביתה של המתלוננת, אולם חזר לאחר מספר דקות ונכנס לחדר האמבטיה, אמר לה שהוא מצטער, הרים אותה בידיו והשכיבה בחדר השינה. בשלב זה, המשיב ניסה לפייס את המתלוננת, ואז החדיר את אצבעו לאיבר מינה, בניגוד להסכמתה. המתלוננת הרחיקה את ידו של המשיב, בעטה בו ואמרה לו כי "יעוף ממנה", והוא עזב את הבית. המשיב הודה בעובדות כתב האישום זה, וביום 15.12.2014 הורשע על פי הודאתו.

גזר הדין של בית המשפט המחוזי

4. ביום 27.12.2015 בית המשפט המחוזי גזר את דינו של המשיב. בגזר דינו, בית המשפט עמד על הערכים המוגנים אשר נפגעו מביצוע העבירות ומידת הפגיעה בהם, על הנסיבות הקשורות בביצוען, ועל מדיניות הענישה הנהוגה בהן. אשר לערכים המוגנים שנפגעו, נמצא כי מעשיו של המערער פגעו בערכים החברתיים המוגנים של זכות המתלוננת לשלמות גופה, נפשה, כבודה, וזכותה לפרטיות ולחופש בחירה, וכן בערכים יסודיים בכך שניצל את האמון שרכשה לו כידידתו. עם זאת, בית המשפט ציין כי הפגיעה בערכים אלו אינה ברף הגבוה. ביחס לנסיבות ביצוע העבירות, בית המשפט המחוזי עמד על מספר נסיבות לקולה: א) מערכת היחסים

עמוד 2



החברית והמינית שהתקיימה בין המשיב למתלוננת, אשר נמשכה שנים עובר לאירוע כמו גם לאחריו – ובפרט כאשר נסיבות הגעתו של המשיב לדירה והימצאות השניים במיטה היו על רקע מערכת יחסים זו; ב) העובדה שמעבר לאליומות הכרוכה במעשים המיניים לא נגרמו למתלוננת נזקים גופניים, והעובדה שהפעלת הכוח לא הייתה ברמה גבוהה; ג) היות האירוע חד פעמי ולא מתוכנן; ו-ד) כבישת תלונתה של המתלוננת במשך שנים ופנייתה למשטרה רק לאחר שבאמצעי התקשורת התפרסמו ידיעות על אודות מעורבותו של המשיב בסדרה של עבירות מין. עוד צוין, כי לא התקבל תסקיר נפגעת עבירה ולא הוגשה כל ראייה שיש בה כדי להעיד על נזק מיוחד שנגרם למתלוננת כתוצאה ממעשי המשיב, למעט הנזק הטבוע בעבירות מין. באשר למדיניות הענישה הנהוגה, בית המשפט המחוזי בחן את הענישה הנהוגה בעבירות מין דומות בנסיבות דומות, וצוין כי במקרה שלפנינו יש להתחשב לקולה בפער הניכר שבין כתב האישום המקורי לבין כתב האישום המתוקן בגינו הורשע המשיב. בהתחשב במכלול השיקולים האמורים, ובשים לב להוראות סעיף 355 לחוק העונשין הקובעות עונש מזערי בעבירות בהן הורשע המשיב, בית המשפט המחוזי קבע כי מתחם העונש ההולם נע בין 4 ל-6 שנות מאסר. עם זאת, בית המשפט המחוזי הדגיש כי מתחם זה נקבע לפי שנות "מאסר", להבדיל מ"מאסר בפועל", בהסתמך על ההלכה המתירה הטלת עונש מינימום גם על דרך של מאסר מותנה.

5. בקביעת העונש המתאים למשיב, בית המשפט המחוזי הצביע כי למשיב עומדות "נקודות זכות" רבות שיש בהן כדי להשפיע על מידת עונשו, וכי ככל שמדובר בעונש מאסר בפועל – נמצא כי יש בהצטברותן של נקודות אלה כדי להציב את העונש ב"דיוטה הנמוכה ביותר" בקשת האפשרויות שבתוך המתחם. כך, בית המשפט שקל לקולה מספר נסיבות, וביניהן: א) התרשמות שירות המבחן כי המשיב נוטל אחריות על מעשיו, פועל לשם תיקון דרכיו ועושה מאמצים רבים כדי להשתקם ולחזור למוטב; ב) דבריו של המשיב, מהם עולה כי הוא מביע רצון כן ואמיתי לפצות את המתלוננת על נזקה, למצער בהיבט הכספי; ג) פרק הזמן הממושך – 6 שנים – שחלף מאז ביצוע העבירות; ד) הודאת המשיב במיוחס לו בכתב האישום המתוקן; ה) היעדר עבר פלילי; ו-ו) התקופה שבה הורה במעצר, כמו גם התקופה הממושכת שבה הורה בתנאים מגבילים. עוד התחשב בית המשפט המחוזי בטענת המשיב ל"הגנה מן הצדק", בקבעו כי אף שלא הונחה בפניו תשתית ראייתית מספקת להוכחתה, אין להתעלם מהפגיעה שנוצרה כתוצאה מהפרסומים הנרחבים והמקיפים בתקשורת על פרטי חקירתו. על סמך שיקולים אלו, בית המשפט המחוזי גזר את עונשו של המערער כמפורט בפסקה 1 לעיל. המערער אינה משלימה עם העונש שנגזר ומכאן הערעור שלפנינו.

6. להשלמת התמונה יצוין, כי במסגרת הטיעונים לעונש שירות המבחן הגיש לבית המשפט המחוזי חמישה תסקירים בעניינו של המשיב, בהם המליץ על ענישה מוחשית בדרך של עבודות שירות, לצד שילובו של המשיב בתכנית שיקומית וטיפולית. המשיב, מצדו, הגיש הערכת מסוכנות שנערכה על ידי המכון הפרטי "התחלה חדשה" בו הוא מטופל, בה הוערכה מסוכנותו המינית כנמוכה-בינונית. חוות דעת נוספת הוגשה מטעם המרכז להערכת מסוכנות, בה הוערכה מסוכנותו של המשיב כבינונית. להתרשמות המרכז להערכת מסוכנות, הודייתו של המשיב במעשים נעשתה בצורה פורמלית בלבד, והוא נעדר מודעות ומצוקה כלשהי ביחס להתנהלותו המינית. אולם, יוער כי בית המשפט המחוזי נמנע מלהישען על האמור בחוות דעת זו, בנימוק שחוות הדעת כללה התייחסות לאישומים שהופיעו בכתב האישום המקורי והושמטו מכתב האישום המתוקן.

תסקיר שירות המבחן העדכני

7. ביום 3.4.2016 הוגש תסקיר שירות מבחן משלים בעניינו של המשיב. מהתסקיר עולה, כי המשיב שולב בקבוצה טיפולית



ייעודית לעברייני מין מחודש אפריל 2015, כי הוא מגיע למפגשים בהתמדה ולוקח בהם חלק פעיל, וכי במקביל הוא מטופל בשיחות אישיות במכון "התחלה חדשה". להתרשמות שירות המבחן, המשיב הוא אדם אינטליגנטי, בעל יכולות גבוהות ותואר אקדמי, אך בפער לכישוריו ויכולותיו התפקודיים, ניהל בשנתיים טרם מעצרו אורח חיים בלתי יציב, לא עבד והיה תלוי כלכלית באמו. בנוסף, שירות המבחן התרשם כי המשיב בעל מאפייני אישיות נרקסיסטית, מופנם, תלתי ומגלה קשיים ביחסים בינאישיים ובאינטימיות. עוד עמד שירות המבחן על כך שהמשיב הוא בעל צרכי שליטה מוגברים במסגרת קשריו עם נשים, כלפיהן פיתח יחס מחפץ ונצלני. ביחס לתכנית הטיפולית שבה משתתף המשיב, שירות המבחן התרשם כי יש בה כדי לצמצם את הסיכון הנשקף ממנו לביצוע עבירות מין דומות בעתיד, וכי להערכתו סיכויי שיקומו גבוהים. כן צוין בתסקיר, כי בהערכת המסוכנות המינית שבוצעה למשיב בחודש מאי 2015 הוערכה רמת מסוכנותו כבינונית, בעוד שבהערכת המסוכנות העדכנית שנערכה בחודש מרץ 2016 הוערכה מסוכנותו כבינונית-נמוכה, והומלץ בעניינו על המשך טיפול ייעודי בתחום עבריינות המין. לאור האמור, שירות המבחן בא בהמלצה להותיר את העונש שהושת על המשיב על כנו.

#### נימוקי הערעור

8. המערערת טוענת בערעורה כי בית המשפט המחוזי שגה עת גזר על המשיב עונש אשר, לטעמה, אין בו כל הלימה לחומרת מעשיו ולמידת אשמו; אינו מבטא את מדיניות הענישה הראויה בעבירות מין בכלל ובעבירות אינוס ומעשה מגונה בכוח בפרט; ואשר חוטא לשיקולי הרתעת המשיב עצמו והרתעת הרבים. המערערת מדגישה כי דברים אלו נכונים אף אם מעשה האינוס שבו הורשע המשיב אינו ברף חומרה גבוה. זאת, שכן לשיטתה, החומרה היתרה בעבירת האינוס טמונה ברכיבים של הפקעת הרצון החופשי של נפגעת העבירה, הפגיעה באוטונומיה שלה, החדירה לגופה והפגיעה הקשה בכבוד האדם שלה – רכיבים אשר מתקיימים בכל מקרה ומקרה של עבירת אינוס. על כן, המערערת מבקשת מבית משפט זה להתערב בגזר דינו של בית המשפט המחוזי ולהחמיר החמרה משמעותית בעונשו של המשיב.

9. לעמדתה של המערערת, שני כשלים מרכזיים הובילו לתוצאה העונשית אליה הגיע בית המשפט המחוזי – תוצאה שהיא, לגישתה, בלתי הולמת כמו גם חוטאת לעקרון הגמול ולאיןטרס הציבורי. הכשל הראשון מתייחס לשיקולים לקולה בהם התחשב בית המשפט המחוזי בעת קביעת מתחם העונש ההולם. לשיטתה, שיקולים אלו, וביניהם – הפער בין כתב האישום המקורי למתוקן; העובדה שהמתלוננת לא ניתקה קשר עם המשיב לאחר האירוע; וכבישת התלונה במשך שנים – היו צריכים להישקל בעת גזירת העונש בתוך המתחם, להבדיל מבעת קביעת המתחם עצמו. המערערת מדגישה כי במסגרת קביעת מתחם העונש ההולם על בית המשפט לפעול במנותק מנסיבותיו האישיות של הנאשם ומ"רעשי רקע" אשר יכול ויתעוררו בכל מקרה ומקרה.

הכשל השני עליו מצביעה המערערת מתייחס לאופן שבו קבע בית המשפט המחוזי את גבולות מתחם העונש ההולם – בין 4 ל-6 שנות מאסר, שאין הכרח שיהיו לריצוי בפועל. המערערת סבורה כי מתחם כה רחב מרוקן מתוכן את משמעות מתחם העונש ההולם ומסכל את תכליתו של תיקון 113 לחוק העונשין, שכן אינו משקף, הלכה למעשה, עמדה ברורה כלשהי באשר לגבולותיו. לשיטתה, היה על בית המשפט לציין מפורשות את טיב עונש המאסר במסגרת מתחם העונש שקבע, כמו גם לקבוע כי הרף התחתון של המתחם לא יפחת מעונש מאסר בפועל משמעותי.



10. עוד מצביעה המערערת על שגיאות נוספות שנפלו לטעמה בקביעת מתחם העונש ההולם, וביניהן: מתן משקל לא מספק לנסיבות מחמירות בבחינת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, ומתן משקל יתר לשיקולים שונים לקולה, ובפרט לתוצאותיו של האירוע מבחינת המתלוננת ולמערכת היחסים של המתלוננת עם המשיב - לפני האירוע ולאחריו.

11. המערערת מוסיפה וטוענת כי בגזר דינו של בית המשפט המחוזי נפלו שגיאות גם בגזירת עונשו של המשיב בתוך המתחם. לדידה, בית המשפט המחוזי נתן משקל עודף לשיקולי השיקום המתקיימים בעניינו של המשיב ולטענות בדבר לקיחת אחריות על מעשיו. לחיזוק עמדתה, המערערת מפנה לשני תסקירי שירות המבחן האחרונים שהוגשו בעניינו של המשיב, מהם עולה כי גם לאחר חודשי טיפול ארוכים, הוא עודנו מחזיק בתפיסות נוקשות ומחפצות כלפי נשים, וכי הוא זקוק לטיפול ארוך ומתמשך בכדי שיוצר אצלו שינוי משמעותי.

12. לבסוף, המערערת עומדת על חומרת מעשיו של המשיב, אשר בוצעו ברצף זמן שאפשר לו להבין את אשר הוא עושה ואת הפגיעה הקשה שהוא מסב למתלוננת. כך, בחלקו הראשון של המעשה, המשיב מישש את גופה העירום של המתלוננת תוך שימוש בכוח, וזאת במשך מספר דקות וחרף התנגדותה הברורה - הפיסית והמילולית. לאחר מכן, המתלוננת ברחה אל חדר האמבטיה, והמשיב - אשר יצא מהדירה והיה לו זמן לשקול את המשך מעשיו - שב לדירה, ולאחר שניסה לפייס את המתלוננת החדיר את אצבעו לאיבר מינה. בנסיבות אלה, המערערת גורסת כי אף שביט המשפט המחוזי התייחס לחומרה הטמונה בעבירות מין בשל הפגיעה הקשה שלהן בגופם ובכבודם של הנפגעים, בפועל הוא הטיל עונש שאינו מביא לידי ביטוי חומרה זו.

טענות המשיב

13. עמדת המשיב, לעומת זאת, כי דין הערעור להידחות. המשיב גורס כי העונש שהשית עליו בית המשפט המחוזי הולם את נסיבותיו הייחודיות של המקרה, נסיבותיו האישיות וחומרת מעשיו, ואין כל עילה להתערב בו. תחילה, המשיב מצביע על משך הזמן שעבר מאז ביצע את המעשים ועל ההליך הטיפולי האינטנסיבי שאותו הוא עבר, ועודנו עובר, במהלך זמן זה, בניסיון להכיר בכשלים האישיותיים וההתנהגותיים שהובילו אותו לביצוע העבירות. המשיב ממשיך ומדגיש כי הוא מכיר בחומרת מעשיו ומקבל אחריות כנה ומלאה עליהם, כמו גם על הפגיעה שהסב למתלוננת. עוד עומד המשיב על הנסיבות הייחודיות המתקיימות בעניינו, ובפרט מסע ההשמצות התקשורתיות רחב ההיקף שמתנהל נגדו.

14. עוד גורס המשיב כי אין להידרש לטענות המערערת בדבר טעות שנפלה בידי בית המשפט המחוזי בעת קביעת מתחם העונש. זאת, מאחר שלשיטתו, העונש שהושת עליו בסופו של יום - שנת מאסר בפועל, מחציתה לריצוי בדרך של עבודות שירות ומחציתה ריצה בתקופת מעצרו - מהווה עונש הולם אשר משקלל כראוי בין מכלול השיקולים הרלבנטיים, לקולה ולחומרה, המתקיימים בעניינו. על כן, לעמדתו, אף שמתחם העונש שנקבע אינו מכיל הבחנה ברורה בין רכיב המאסר על תנאי לרכיב המאסר בפועל, אין מקום להתערב בו, בפרט נוכח קביעתו של בית המשפט המחוזי כי ככל שמדובר באחרון - יש להציב את עונשו בדיוטה הנמוכה ביותר במסגרת המתחם.

15. לחלופין, ככל שיקבע כי עונשו חורג מהרף התחתון של מתחם העונש הראוי, המשיב טוען כי יש להותיר את עונשו על כנו - הן עמוד 5



ובעיקר בשל שיקולי שיקום, והן בשל "השיימינג" (ביוש) שהוא עבר ועובר מצד התקשורת, ואשר לגרסתו לובה על ידי צוות החקירה. בעניין זה, המשיב מטעים כי אין להתעלם מהפגיעה הנוספת הגלומה במסע התקשורתי שנוהל ומתנהל נגדו – בעת החקירה ובאיחוד לאחר גזר הדין.

דין והכרעה

16. לאחר עיון בגזר דינו של בית המשפט המחוזי ובנימוקי הערעור, ולאחר שמיעת הצדדים בפנינו, הגעתי למסקנה כי דין הערעור להתקבל, כפי שיפורט להלן.

17. אמנם, לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בעונש שגזרה הערכאה הדיונית, וההתערבות שמורה למקרים חריגים בהם העונש שנגזר חורג במידה קיצונית מרמת הענישה הנוהגת או הראויה במקרים דומים (ראו: ע"פ 1263/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (26.5.2016); ע"פ 8280/15 גולאני נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (28.3.2016); ע"פ 2715/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (20.9.2015)). ואולם, נחה דעתי כי המקרה שלפנינו אכן נמנה על אותם מקרים חריגים המצדיקים את התערבותו של בית משפט זה, שכן מצאתי כי מתחייבת החמרה בעונש המאסר בפועל שהושת על המשיב.

18. כמתואר לעיל, המשיב הורשע בעבירת אינוס ובעבירת מעשה מגונה בכוח, בשל כך שנשכב על המתלוננת, פישק את רגליה ומישש את גופה – אף שביקשה ממנו כי יקום וניסתה לדחוף אותו מעליה, כשלאחר מכן בעל את המתלוננת באמצעות אצבעו – בניגוד להסכמתה. מעשיו של המערער הינם חמורים ביותר, ובית משפט זה עמד לא אחת על כך שעבירות המין, ובראשן עבירת האינוס, הן מהחמורות שבעבירות בחוק הפלילי (ראו: ע"פ 5203/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (23.6.2016); ע"פ 2963/13 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 26 (10.2.2014); ע"פ 764/12 מדינת ישראל נ' גרמסיון, פסקה 18 (23.6.2013); ע"פ 6877/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (25.6.2012)). עבירת האינוס מחללת את כבודו של האדם, מבזה אותו, ומותירה בנפשו צלקת עמוקה, ודומה כי מילים לא יוכלו לתאר את עוצמת הפגיעה שמחוללת עבירה זו לקרבנותיה. יפים לעניין זה דבריה של השופטת א' פרוקצ'יה בע"פ 9994/07 פלוני נ' מדינת ישראל (11.8.2008):

"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 בביטחונם 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" (שם, פסקה 14).



נוכח דברים אלו, בית משפט זה קבע כי, ככלל, מדיניות הענישה בעבירות מין צריכה לגלם את הנזקים המשמעותיים שנגרמים לנפגעי העבירות, כמו גם להעביר מסר הרתעתי ברור לעברייני מין פוטנציאליים, אשר יתבטא בהטלת עונשים כבדים על המורשעים בעבירות אלה תוך בידודם מן החברה (ראו: ע"פ 5347/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (20.4.2016); ע"פ 3175/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (24.3.2016); ע"פ 2717/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 35 (15.04.2010)). על חומרתן של העבירות בהן הורשע המשיב ועל הצורך בענישה מחמירה בגין ניתן ללמוד אף מעונשי המקסימום הקבועים בצידן – אשר עומדים על 16 שנות מאסר בעבירת האינוס ו-7 שנות מאסר בעבירת מעשה מגונה בכוח (סעיפים 345(א) ו-348(ג1) לחוק העונשין, בהתאמה) – וכן מן העונשים המזעריים הקבועים להן, אשר לא יפחתו מרבע העונש המרבי הקבוע לכל אחת מן העבירות (למעט חריגים).

אמנם, כפי שציין בית המשפט המחוזי, הכלל הנקוט בפסיקת בית משפט זה הוא כי כאשר נקבע בחוק עונש מזערי לעבירה, מוסמך בית המשפט להטילו כולו על דרך של מאסר על תנאי, מאסר בפועל או שילובם של השניים (ראו: ע"פ 4876/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 36 (3.12.2015) (להלן: עניין פלוני); ע"פ 4523/13 מוחמד נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (22.9.2014); ע"פ 1867/00 מדינת ישראל נ' גוטמן, פ"ד נד(3) 145, פסקה 4 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (2000)). אך עם זאת, דעתי היא כי בעת קביעת מתחם העונש ההולם, על בית המשפט להפריד בין סוגי העונשים השונים, ובפרט לקבוע מהו הרף התחתון של עונש המאסר בפועל, כפי שיובהר להלן.

תיקון מספר 113 לחוק העונשין – קביעת מתחם עונש הולם

19. אקדים ואומר כי מקובלת עליי עמדת המערערת כי מתחם העונש שקבע בית המשפט המחוזי כוללני ורחב מדי באופן שמעקר אותו מתוכן. קביעתו של בית המשפט המחוזי כי מתחם העונש ההולם בנסיבות העניין ינוע בין 4 לבין 6 שנות מאסר – אשר יכולות להיות על תנאי או בפועל – משמעותה, למעשה, כי עונשו של המשיב יכול לנוע ממאסר שכולו על תנאי עד למאסר בפועל בן 6 שנים. סבורני כי מתחם עונש כה רחב, אשר בפועל אינו קובע רף תחתון ממשי, מאיין את תכליתה של קביעת מתחם עונש הולם בהבניית שיקול הדעת בענישה ואינו יכול לעמוד, ואסביר.

כידוע, תיקון מספר 113 לחוק העונשין נועד להבנות את שיקול-דעתו של בית המשפט במלאכת גזירת הדין בהתאם לעקרונות ושיקולים מנחים, המפורטים בסעיפיו של סימן א'1 בפרק ו' לחוק – וביניהם סעיף 40ג, שעניינו קביעת מתחם העונש ההולם לעבירה וגזירת העונש בגדר המתחם. לפי דברי ההסבר לתיקון, "מטרת החוק המוצע לכוון את שיקול דעתו של השופט בגזירת הדין ולצמצם את פערי הענישה מקום שאינם מוצדקים, אך זאת תוך הותרת שיקול דעת בידי בקביעת העונש הסופי" (דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 241, 447). ובלשונו של השופט ד"ר עמי קובו, "מטרת החוק הינה להבנות ולכוון את שיקול דעתו של בית-המשפט בגזירת הדין ולהביא לכך שבתי המשפט יגזרו את הדין בהתאם לאותם עקרונות ולפי מדיניות עקבית ובכך להגביר את ערך השוויון" (השופט עמי קובו "פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" עלון השופטים 14, 3 (2012) (להלן: קובו)). אף בית משפט זה עמד על תכליתו של התיקון, וקבע כי זה נועד, בין היתר, כדי "לאפשר התפתחות הדרגתית של מתחם ענישה הולם המתמקד בנסיבות העבירה, שניתן יהיה ליישמו באופן אחיד, עקיב ושוויוני בנסיבות עבירה דומות, באופן שעולה בקנה אחד עם עקרון אחידות הענישה" (ע"פ 2918/13 דבס נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (18.7.2013)).



20. ואולם, חרף חשיבותו של מתחם העונש ההולם להגשמת תכליתו של תיקון 113 לחוק העונשין, וחרף השפעתו המכרעת על סוגו של העונש שייגזר בסופו של יום ועל מידתו, אין בחוק כל הנחיה באשר לרוחבו הרצוי או הגבלה באשר להיקפו (על השפעתו של המתחם על העונש הסופי ראו: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין ג' 1473 (מהדורה שלישית, 2014) (להלן: רבין וואקי)). בעניין זה, השופט קובו עומד על כך "שמתחם בעבירה חמורה אשר רצפתו במאסר מותנה ותקרתו בעונש המקסימום הקבוע בחוק, כך שכל תוצאה תהיה בתוך המתחם, אינו בגדר מתחם ראוי משום שאינו משרת כהלכה את תכלית החוק בדבר קביעת המתחם. מתחם רחב מדי עשוי להפוך את כוונת המחוקק לפלסטר" (קובו, עמ' 5). באופן דומה, המלומדים רבין וואקי מציינים כי קביעת מתחם רחב מדי עשויה להחטיא לתכליתו של תיקון 113 ולרוקן מכל תוכן ממשי את עיקרון ההלימה כעיקרון המנחה בענישה (רבין וואקי, בעמ' 1473-1474). אף בפסיקת בית משפט זה, הוטעם "כי מתחם רחב מדי, המסוגל להכיל שלל מעשים ונסיבות, כך שכל תוצאה עונשית "תיתפס" בתוכו, איננו מתחם ראוי, שכן הוא ירוקן מתוכן את תכלית החוק" (ע"פ 1323/13 חסן נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (5.6.2013) (להלן: עניין חסן); וראו גם: ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל, פסקה 24 (5.8.2013)).

21. נוכח האמור, עולה כי מתחם העונש ההולם כפי שקבע אותו בית המשפט המחוזי מהווה מתחם רחב מדי, אשר מנוגד לתכלית ולמהות של קביעת מתחם עונש. זאת, משום שהלכה למעשה, לא ברור מגזר הדין מהו הרף התחתון של מתחם העונש ההולם, ומשכך אין בו כדי לשקף עמדה ערכית כלשהי באשר לחומרת העבירות או כדי לשמש הכוונה לבתי המשפט במקרים דומים בעתיד. היעדרו של מתחם עונש ברור אף אינו מאפשר לערכאת הערעור לבחון האם העונש שהושת על הנאשם במקרה הנדון סוטה לקולה מהמתחם שנקבע, כמו גם האם הוא חורג במידה קיצונית מרמת הענישה הנוהגת באופן המצדיק התערבות בגזר דינה של הערכאה הדיונית. על כן, לשיטתי מן הראוי כי בקביעת מתחם העונש ההולם, הערכאה הדיונית תעשה הפרדה ברורה בין עונש המאסר על תנאי לעונש המאסר בפועל, ותציין במפורש מהו הרף התחתון של האחרון.

מאחר שבמקרה שלפנינו מצאתי כי מתחם העונש ההולם שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי אינו מכיל רף תחתון ברור, אעבור עתה לבחון מהו הרף התחתון הראוי למתחם העונש בענייננו.

#### מתחם העונש ההולם - רף תחתון

22. עיון בפסיקתו של בית משפט זה מלמד כי במקרים הדומים בנסיבותיהם למקרה דנן, שעניינם אינוס באמצעות החדרת אצבעות ומעשים מגונים, נגזרו על הנאשמים עונשים הנעים בטווח של בין 15 חודשי מאסר בפועל לחמש שנות מאסר בפועל. כך למשל, בע"פ 4795/13 בזזינסקי נ' מדינת ישראל (20.1.2014) בית משפט זה מצא כי עונש של 24 חודשי מאסר בפועל בגין מספר עבירות של מעשים מגונים ועבירת אינוס בהחדרת אצבעות "נוטה לצד המחמיר פחות", וכי לולא התחשבות בנסיבות לקולה שהתקיימו באותו המקרה היה מקום להחמרה ניכרת בעונש. בדומה לענייננו, במקרה זה החלו יחסיהם של המתלוננת והמערער תוך גילוי עניין הדדי, חיבוקים, נשיקות, פרישה לחדר צדדי, כשבשלב כלשהו המתלוננת החלה להביע את התנגדותה למעשים. חרף התנגדותה, המערער החזיר את אצבעותיו לאיבר מינה ונגע בה באופן אינטימי בחלקי גוף שונים.

בע"פ 6863/09 פלוני נ' מדינת ישראל (1.3.2010) בית משפט זה דחה ערעור על עונש של 18 חודשי מאסר בפועל, אשר הוטל בגין עבירה של אינוס באמצעות החדרת אצבעות. באותו מקרה, המערער, שהיה מעסה מקצועי, הורשע בשל כך שבעת





שעיסה את המתלוננת נגע באיבריה האינטימיים והחדיר אצבעותיו לאיבר מינה. במקרה דומה אחר, בית משפט זה דחה ערעור על עונש של 15 חודשי מאסר בפועל, אשר הוטל על המערער בגין עבירה של אינוס, בשל כך שבעת עיסוי שביצע במתלוננת החדיר אצבעו לאיבר מינה (ראו: ע"פ 307/11 שרון נ' מדינת ישראל (10.8.2011)). במקרה דומה נוסף, בית משפט זה דחה ערעור על עונש של 18 חודשי מאסר בפועל שהוטל על המערער בגין עבירה של אינוס ושתי עבירות מעשה מגונה, בהן הורשע בשל כך שהחדיר אצבעות לאיבר מינה של מתלוננת ונגע בשדיה של מתלוננת נוספת. בדחותו את הערעור, בית משפט זה קבע כי העונש שנגזר על המערער איננו מחמיר, בפרט נוכח העונש המקסימלי הקבוע בעבירת האינוס, אשר עומד על 16 שנות מאסר בפועל (ראו: בע"פ 3005/08 פלוני נ' מדינת ישראל (2.3.2009)).

בע"פ 814/12 מדינת ישראל נ' סויסה (25.10.2012), בית משפט זה דחה את ערעור הצדדים על עונש בן 5 שנות מאסר בפועל שהוטל על המערער בגין הרשעתו בעבירת אינוס ובביצוע מספר עבירות של מעשים מגונים. באותו עניין, המתלוננת הכירה את המערער דרך האינטרנט, ולאחר התכתבות קצרה השניים נפגשו ונסעו ברכבו של המערער. בעת הנסיעה, המערער החל לגעת בחלקי גופה השונים של המתלוננת, כשלאחר מכן לקח אותה לביתו, דרש ממנה לקיים מין אוראלי והחדיר את אצבעותיו לאיבר מינה - חרף צעקותיה, בכיה, וניסיונותיה להשתחרר מאחיזתו. אף שנסיבות המקרה חמורות מענייננו, בשני המקרים הופעל כוח כדי לכפות על המתלוננות את המעשים המגונים תוך התעלמות מרצונן והתנגדותן.

23. נקל לראות, אפוא, כי במקרים דומים למקרה שלפנינו ואף קלים ממנו, נגזרו עונשי מאסר בפועל משמעותיים יותר - ואף בפער ניכר - מעונשו של המשיב. ממכלול האמור עולה כי מתחם העונש ההולם אשר נקבע בגזר דינו של בית המשפט המחוזי כמו גם העונש שהושת על המשיב בסופו של יום, אינם תואמים את מדיניות הענישה הנוהגת ואינם מתיישבים עם פסיקתו של בית משפט זה. הפגיעה בגופה, בנפשה ובכבודה של אישה בעת קיום יחסים מיניים שלא בהסכמתה מחייבת, כאמור, הטלת עונש מאסר לריצוי מאחורי סורג ובריח.

24. זאת ועוד, כפי שבית משפט זה הטעים לאחרונה, ההיכרות המוקדמת בין המשיב למתלוננת; הסכמתה הראשונית למערכת היחסים המינית; והעובדה כי השניים קיימו בעבר יחסי מין בהסכמה, הן אינן בגדר נסיבות מקלות הקשורות בביצוע העבירה ואין בהן כדי להפחית מחומרת מעשיו של המשיב או מחומרתן של העבירות בהן הורשע (ראו: ע"פ 5203/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (23.6.2016); ע"פ 2106/15 אקוע נ' מדינת ישראל, פסקה 36 (19.4.2016); ע"פ 7951/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 34 (7.2.2007)). זכותה של כל אישה לשינוי לבבות, והסכמתה ליחסים בנקודת זמן אחת, אין בה משום היתר לכפות על גופה מעשים המנוגדים לרצונה בנקודת זמן אחרת, והיא אינה מפחיתה - ולו קמעה - מחומרתם של המעשים המאוחרים.

25. על יסוד האמור לעיל, מצאתי כי יש להעמיד את הרף התחתון של מתחם העונש ההולם בעבירת אינוס שמתבצעת באמצעות החדרת אצבע לאיבר המין על 15 חודשי מאסר בפועל. בהתחשב בכך שבענייננו, המשיב הורשע בנוסף גם בעבירה של מעשים מגונים בכוח - עבירה אשר לגביה נקבע כי היא, כשלעצמה, נושאת דרגת חומרה המצדיקה הטלת עונש מאסר בפועל (ראו: ע"פ 4120/14 גברין נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (5.11.2014); ע"פ 10549/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה ה' (7.3.2007)) - מצאתי כי יש להעמיד את הרף התחתון של מתחם העונש ההולם במקרה שלפנינו על 24 חודשי מאסר לריצוי בפועל.

26. אשר לעונש המתאים למשיב, מצאתי כי בנסיבות המקרה שלפנינו, ההליך השיקומי אותו עבר ועודנו עובר המשיב מהווה הצדקה חזקה לסטייה מסוימת לקולה מגבולות המתחם, כפי שיפורט להלן.

27. כידוע, סעיף 40ד(א) לחוק העונשין קובע כי בית המשפט רשאי לחרוג לקולה ממתחם העונש ההולם, אם מצא כי "הנאשם השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם". עם זאת, בית משפט זה קבע כי בעבירות מין כרוכה 'חומרה יתרה' (ע"פ 3636/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 34 (19.6.2016); עניין פלוני, פסקה 41) - כך שחל סעיף 40ד(ב) לחוק העונשין, שקובע כי כאשר מעשי הנאשם בעלי חומרה יתרה, "לא יחרוג בית המשפט ממתחם העונש ההולם [...] אלא בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן".

במקרה שלפנינו, שוכנעתי כי מתקיימות אותן "נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן" כנדרש בחוק. ודוק, מתסקירי שירות המבחן שהוגשו בעניינו של המשיב, עולה כי במהלך 7 השנים שחלפו מאז ביצוע העבירות הוא עשה כברת דרך לשם תיקון דרכיו, ועבר ועובר הליך טיפולי אינטנסיבי ומשמעותי כדי להשתקם, תוך שינוי אורחות חייו בכלל, והתנהגותו כלפי נשים והתנהלותו המינית בפרט. בכל המסגרות הטיפוליות שבהן המשיב לוקח חלק הוא מגלה נחישות, יציבות, התמדה ומוטיבציה פנימית גבוהה לשיקום ובדיקה עצמית. כמו כן, התסקירים ודו"חות הערכת המסוכנות שהוגשו בעניינו מעידים על התהליך ההדרגתי אותו עובר ביחס לעמדותיו הכוחניות והנצלניות כלפי נשים, כמו גם ביחס ליכולתו להביע חרטה ואמפתיה כלפי המתלוננת. אלו באו לידי ביטוי גם בלקיחתו אחריות על מעשיו, וברצונו הכן לפצות את המתלוננת על שפגע בה, למצער בהיבט הכספי.

השינוי שעובר המשיב משתקף הן בהמלצת שירות המבחן להותיר את עונשו על כנו ולאפשר לו להמשיך את התהליך הטיפולי שבו הוא מצוי, והן בירידה ברמת המסוכנות שלו, כפי שנקבע בהערכות המסוכנות שנערכו מטעם המרכז להערכת מסוכנות - כאשר בהערכת המסוכנות שהובאה לפני בית המשפט המחוזי הוערכה מסוכנותו כ"בינונית", ואילו בחוות הדעת העדכנית שהוגשה לבית משפט זה הוערכה מסוכנותו כ"בינונית-נמוכה". על כן, כאמור, מצאתי כי משיקולי שיקום יש מקום לסטייה מסוימת לקולה ממתחם העונש שנקבע לעיל.

28. נוכח כל האמור לעיל, ובהתחשב בכלל על פיו ערכאת הערעור לא ממצה את הדין עם הנאשם, אציע לחבריי לקבל את הערעור ולהטיל על המשיב עונש של 18 חודשי מאסר בפועל - מהם תנוכה תקופת מעצרו, כך שהמשיב יוסיף וירצה עונש מאסר בפועל בן 12 חודשים, חלף 6 חודשי המאסר שהושתו עליו לריצוי בדרך של עבודות שירות. שאר רכיבי גזר הדין, פרט לצו הפיקוח, יעמדו בעינם.

על המערער להתייצב לתחילת ריצוי עונשו בבימ"ר ניצן ביום 4.9.2016, לא יאוחר מהשעה 10:00, או על פי החלטת שב"ס, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על המערער לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיין מוקדם, עם ענף אבחון ומיין של שב"ס במספרי הטלפון שלהלן: 08-9787377, 08-9787336.



השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן.

ניתן היום, כ"ו בתמוז התשע"ו (1.8.2016).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט