



**ע"פ 5001/15 - המערער בע"פ 5001/15 והמשיב בע"פ
5983/15: פלוני נגד המשיבה בע"פ 5001/15 והמערער בע"פ
5983/15: מדינת ישראל**

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5001/15

ע"פ 5983/15

לפני:
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט א' שהם
כבוד השופטת ע' ברון

המערער בע"פ 5001/15
והמשיב בע"פ 5983/15: פלוני

נ ג ד

המשיבה בע"פ 5001/15
והמערער בע"פ 5983/15: מדינת ישראל

ערעורים על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת,
מיום 28.6.2015, בתפ"ח 5871-01-14, שניתן על ידי
כב' השופטים א' הלמן, י' שטרית, וס' דבור

בשם המערער בע"פ 5001/15
והמשיב בע"פ 5983/15: עו"ד שמואל ברזני
בשם המשיבה בע"פ 5001/15
והמערער בע"פ 5983/15: עו"ד מורן פולמן

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

מונחים לפנינו שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת (תפ"ח 5871-01-14, כב' השופטים א' הלמן, י' טטרית וס' דבור), בגדרו הורשע המערער בעבירות של ניסיון אינוס וביצוע מעשה מגונה בכוח, שבוצעו במסגרת עבודתו כנהג מונית שירות כלפי אזרחית פיליפינית. בגין אלה נגזר על המערער עונש מאסר בפועל של 3.5 שנים; 24 חודשי מאסר על תנאי ופיצויים למתלוננת בסך 35,000 ש"ח. המערער הגיש ערעור על הכרעת הדין ועל חומרת העונש, והמדינה הגישה ערעור על קולת העונש. לאחר שמיעת טענות הצדדים, הודיע המערער שהוא חוזר בו מהערעור על הכרעת הדין, כך שפסק הדין יתייחס לעניין עונש המאסר בפועל בלבד.

1. על פי כתב האישום, והכרעת הדין שאימצה את האמור בו, זהו סיפור המעשה: לאחר שהמתלוננת נותרה הנוסעת היחידה במונית, המערער התחיל לדבר איתה ולומר שרוצה להיות עמה בקשר. היא בתגובה סיפרה לו שהיא בת 40, מעולם לא יצאה עם גבר ושאיינה מעוניינת בקשר שאינו למטרת נישואים. המערער המשיך וציין בפני המתלוננת שהוא רוצה לנשק אותה. משהגיע עם המונית למחוז חפצה של המתלוננת, לא עצר, ובמקום זאת נסע לאזור חניה מרוחק בו עצר את הרכב ועבר להתיישב ליד המתלוננת. המערער המשיך בהפצרותיו, אחז בידה של המתלוננת וביקש ממנה שתנשק אותו. המתלוננת נענתה ונישקה את לחיו מתוך אמונה שבכך יתרצה ויאפשר לה לרדת, אולם המערער לא אפשר לה זאת והמשיך בשלו. לאחר מכן אחז בה בחוזקה ומשך אותה לכיוון החלק האחורי של המונית, כאשר היא מנסה להתנגד ולאחוז במקומה. המתלוננת המשיכה בהתנגדותה ואמרה שוב ושוב את המילה "stop", אך המערער השכיב את המתלוננת על צדו השמאלי של הספסל, נשכב מעליה, נישק אותה בניגוד להסכמתה והכניס את ידיו אל מתחת לחולצתה. בהמשך, המערער פתח והפשיל את מכנסיו ותחתוניו, הוציא את איבר מינו וקירב אליו בכוח את ידה של המתלוננת. לאחר מכן הפשיל את מכנסיה ותחתוניה של המתלוננת וניסה להחדיר את אצבעותיו לאיבר מינה, ובהמשך גם את איבר מינו. כל זאת כאשר המתלוננת מנסה להתנגד בכוח, בוכה ומבקשת ממנו להפסיק, ואף מנסה לקרוא לעזרה באמצעות דפיקה על חלונות המונית, כשהמערער ממשיך ומונע ממנה לזוז ונוהג בה באלימות. כאשר המערער תפס את המתלוננת בשתי ידיו בחוזקה הצליחה המתלוננת לנשום את זרועו מספר פעמים. כשאפסו כל כוחותיה של המתלוננת, העמידה פנים שאיבדה הכרה. המערער נבהל, הושיב אותה ושפך מים על פניה. כשהיא פקחה את עיניה פרצה בבכי ולאחר מכן הצליחה להתלבש. אך גם בשלב זה המשיך המערער להיצמד אליה ולגעת בה בכוח. לבסוף, בכדי לנסות להפיס אותה, הסיע אותה המערער למען המבוקש ואפשר לה לרדת מהמונית. בגין כל זאת הואשם המערער בעבירות של ניסיון לאינוס לפי סעיפים 345(א)(1) ו-25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), ומעשה מגונה בכוח לפי סעיף 348(ג) לחוק.

2. לאחר שמיעת ראיות, הרשיע בית המשפט המחוזי את המערער באישומים שיוחסו לו, וגזר את דינו כאמור לשלוש וחצי שנות מאסר בפועל; 24 חודשי מאסר על תנאי ופיצויים למתלוננת. בקביעת מתחם הענישה של 3-6 שנות מאסר בפועל, התחשב בית המשפט המחוזי, בין היתר, במהות וטיב הפגיעה, המתעצמת על רקע העובדה שהאירוע התרחש במסגרת של תחבורה ציבורית ובנסיבות העבירה המחמירות ביניהן השימוש באלימות ובכוח. עוד התחשב בית המשפט המחוזי בנזק שנגרם למתלוננת ושתואר בתסקיר נפגעת העבירה, לפיו האירוע פגע בה קשות ו"חצה את חייה לשניים". המתלוננת התקשתה לדבר על האירוע, גם בחלופ שנה וחצי בעת עריכת התסקיר, וניכר כי היא מתמודדת עם תופעות של פוסט טראומה שאף מפריעות לתפקודה ולעבודתה. המתלוננת, אשר לא הייתה בקשר עם גבר כל חייה, איבדה את האמון בעצמה וביכולתה לזהות מצבי סיכון, וכן את ביטחונה ואמונה באחרים ובפרט בגברים. המתלוננת סובלת מחרדות וכן מתופעות שונות ללא ממצאים פיזיולוגיים, ביניהם קשיי נשימה, לחצים בחזה והפרעות אכילה. על פי התסקיר, הפגיעה התעצמה לאור העובדה כי המתלוננת הינה בודדה בארץ זרה, עם היכרות מוגבלת של

השפה, התרבות, הנורמות החברתיות והחוקים. לבסוף, בגזירת העונש של 3.5 שנות מאסר, על הצד המקל של המתחם, התחשב בית המשפט המחוזי בנסיבותיו האישיות של המערער.

לטענת המערער עונש המאסר בפועל מחמיר יתר על המידה, משום שנסיבות העבירה מיוחדות הן, ויש בהן אשר מפחית מחומרתן. כך למשל שבחלקים מסוימים מתוך האירוע ניתן היה להבין שהמתלוננת הייתה חפצה במגע. כך גם העובדה שהמערער לא נהג באלימות או התנהגות אכזרית כלפי המתלוננת, ואף גילה אכפתיות החל מהשלב בו חשב שהתעלפה. המערער הוסיף וטען שיש להתחשב בעובדה ששהה במשך כשנה וחצי במעצר בית מלא, שמנע ממנו אף יציאה לעבודה. המשיבה מנגד, מתנגדת להקלה בעונש ואף מערערת גם היא על גזר הדין, אך על קולת העונש. לעמדתה, מתחם הענישה שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי אינו מבטא את חומרת העבירה.

3. לאחר שבחנתי ועמדתי על טענות הצדדים, מצאתי כי דין הערעור מטעם המערער להידחות ודין הערעור מטעם המדינה להתקבל.

בית משפט זה עמד שוב ושוב על חומרתן של עבירות המין בכלל, ועבירת האינוס בפרט. עבירת האינוס מחללת את כבודו של האדם, ופוגעת בנפשו פגיעה קשה ביותר. במקרים רבים הפגיעה בנפשו של הקורבן היא הפגיעה המרכזית בעבירת אונוס וכן בעבירת ניסיון לאנוס. בענייננו מדובר בעבירת ניסיון, ולא בעבירה המושלמת. הפסיקה קבעה כי חומרתה של עבירת האינוס בעינה עומדת גם כשמדובר בניסיון "בלבד" (ראו למשל: ע"פ 6877/09 פלוני נ' מדינת ישראל (25.6.2012); ע"פ 4876/15 פלוני נ' מדינת ישראל (3.12.2015) (להלן: עניין פלוני)). אף בעבירת הניסיון לאנוס חווה הנפגע את ההשתלטות על גופו, את החדירה לפרטיותו ואת הפגיעה בביטחונו, ובכך, מצולקת נפשו.

השוואת החומרה שבעבירת הניסיון אל זו שבעבירה המושלמת, באה לידי ביטוי בשיקולי הענישה שהתווה המחוקק בחוק העונשין, שקובע כי "כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת חל גם על ניסיון" (סעיף 34 לחוק). היו שסברו כי יש בכך כדי להביע עמדה עקרונית, לפיה מטרת השוואת הענישה בין שני המצבים הייתה לצמצם את מקומו של "המזל המוסרי" בענישה (ראו למשל: ע"פ 5767/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 19 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (16.6.2015)), ולהסיט את המשקל מן התוצאה אל האשם המוסרי (ע"פ 401/99 מצארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 561, 569 (1999)). עמדתי היא כי בטרם נשווה את עונשו של המנסה לזה של המבצע המושלם, יש לתת משקל לאשר התרחש במציאות, משמע, להעדר ביצועו של אונוס מושלם במתלוננת (בהקשר זה ראו גם עמדתי בעניין פלוני). גישה זו אינה סותרת את עמדת המחוקק אלא משתלבת עמה. מתן האפשרות להטיל את העונש המירבי בגין עבירה מושלמת גם בגין עבירת ניסיון, מרחיב את שיקול דעתו של בית המשפט. זאת תחת קביעה שרירותית מה, לפיה ייקבע בחוק עונש ביחס לכל עבירת ניסיון, או תחת קביעה של נוסחה כלשהי, למשל נוסחה לפיה הענישה המירבית בגין עבירת הניסיון תעמוד על מחצית הענישה בגין העבירה המושלמת. המציאות, גם ביחס לרמת הכיעור בהתנהגות האדם, מגוונת היא עד מאוד. מקשת התרחישים לביצוע עבירת ניסיון לאינוס, לרבות השתלשלות האירוע המסוים, והנימוקים שהביאו לאי ביצוע העבירה, נגזר כי נכון להרחיב את שיקול דעתו של בית המשפט בבואו לגזור את העונש המתאים על פי עקרונות השיטה שבאו לידי ביטוי בתיקון מס' 113 לחוק העונשין. המרכזי והמנחה שבהם הוא כידוע עקרון ההלימה בין חומרת המעשים שביצע נאשם לבין מידת עונשו (סעיף 40 לחוק).

ובאשר למקרה שלפנינו, לא נכון להתעלם מכך שמדובר באירוע מתמשך במהלכו ניסה המערער לאנוס את המתלוננת, שוב ושוב, מבלי להרפות, ותוך שימוש בכוח ואלימות. המערער אף הצליח להגיע לשלב מתקדם של הפשטת המתלוננת, נגיעות בה וקירוב איבר מינו אליה. כל אלה מעשים חמורים בפני עצמם, עליהם גם הורשע המערער בעבירה של מעשה מגונה. כך שעל אף שלא בוצע לאנוס המושלם לו התכוון המערער, הנזק שנגרם למתלוננת כתוצאה מהחוויה כולה, הוא נזק משמעותי. נזק שהינו תוצאה של השתלטות חיצונית וברוטלית על גופה, וכן פגיעה בפרטיותה, באוטונומיה שלה ובביטחונה האישי. ניסיונותיו החוזרים של המערער נכשלו רק עקב התנגדותה העיקשת ונחישותה של המתלוננת, שאזרה את כל כוחותיה, הן הפיזיים והן הנפשיים, כדי לבלום את המערער. נזכיר גם כי המערער המשיך במעשיו חרף ההתנגדויות החוזרות והנשנות מצידה של המתלוננת, ונסוג רק בשלב מאוחר יחסית של האירוע. משכך, אף אם תחילה היה יכול לסבור שהמתלוננת מסכימה למגעו, משהמשיכה בהתנגדותיה החד משמעיות, לא היה יכול להיוותר צל של ספק שאין היא מעוניינת בו או במגע עמו. עוד נבהיר כי הסכמה למגע מיני מסוים כאשר המתלוננת במצב נחות ופגיע, לאו הסכמה היא, אלא מעין עצימת עיניים מצד הנאשם, כפי שבענייננו. במובן זה הטיעון מהווה גם נימוק לחומרא ולא לקולא. כמו כן, אין לקבל את הטענה, ויש להצטער שהיא עוד מועלית בימינו, שבעבירת מין מסוימת אין תקיפה. כל עבירת אינוס בהגדרה היא תקיפה (ראו סעיף 378 לחוק). מידת האלימות המופעלת כלפי הנפגע משתנה ממקרה למקרה, אך טיעון באשר למידה שהופעלה במקרה הקונקרטי הוא טיעון מסוג אחר. ובחזרה לענייננו, נוסיף ונאמר כי גם אם לאחר נסיגתו הביע המערער חרטה מסוימת, הרי שלא היה בכך כדי למזער את הנזק שכבר נגרם למתלוננת.

לכל זאת יש להוסיף ולהתייחס לכך שהאירוע בוצע במסגרת שירות תחבורה ציבורית. המערער ניצל את משרתו כנהג ציבורי, ואת האמון שנתנה בו המתלוננת עקב כך. על אמון הציבור בנהג תחבורה ציבורית עמדתי בעניין אחר:

"נהגים אלה אמונים על הסעתם של כמויות רבות של אנשים ונשים מן היישוב ממקום למקום, ועל כן סומך עליהם הציבור שיעשו מלאכתם נאמנה. המערער נעזר באמון זה בשביל לתקוף נשים שלא ציפו למעשה זה. הנפגעות העיקריות מהמקרה הינן הקורבנות, א' וב', אך בנוסף לכך, פגע המערער גם באמון הציבור במערכת התחבורה הציבורית בישראל. נסיעה שהייתה אמורה להיות תמימה ובטוחה, הפכה לסיטוט שאותותיו ממשיכים לרדוף את הקורבנות עד ליום זה." (ע"פ 2928/14 טורי נ' מדינת ישראל (28.5.2015)).

סבורני כי יש בכל אלו בכדי להוביל למסקנה שמתחם הענישה של 3-6 שנות מאסר בפועל, שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי, אינו משקף את חומרת העבירה, על נסיבותיה ונזקיה. קביעת מתחם ענישה זה מובילה מניה וביה לאפשרות של הטלת עונש מקל מדי.

בגזירת העונש, בית המשפט המחוזי התחשב כאמור בנסיבותיו האישיות של המערער, יליד 1980, בין אלה, העדר עבר פלילי; שנותיו הרבות כנהג ציבורי ללא אירועים חריגים; ועצם היותו אב לילדים ומקור הפרנסה העיקרי למשפחתו. בנוסף, נעשתה התחשבות בעובדה שהמערער שהה במעצר בית מלא לתקופה לא קצרה. אכן יש מקום להתחשב בנסיבות אלו. אולם, לא מצאתי כי יש באלה כדי להצדיק את העונש הקל שנגזר על המערער. הדגש מושם על חומרת העבירה ועל הפגיעה הקשה במתלוננת. לולא יושבינו כערכאת ערעור, ובהתחשב בכלל של אי מיצוי חומרת העונש בערכאה זו, אף היה מקום להטיל על המערער עונש חמור מהעונש שיוטל עליו על פי התוצאה אליה הגעתי.



לנוכח האמור, סבורני כי יש להעמיד את עונשו של המערער על חמש שנות מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו. עונש זה משקף נכון יותר את המקרה, על כל נסיבותיו. יתר רכיבי העונש וההוראות שנקבעו על ידי בית המשפט המחוזי יעמדו בעינם.

4. סוף דבר. הייתי מציע לחבריי לדחות את ערעור המערער, ולקבל את ערעור המדינה כמפורט לעיל.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

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

ניתן היום, י"ח בתמוז התשע"ו (24.7.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט