



ע"פ 3132/18 - מדינת ישראל נגד פלוני

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 3132/18

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט א' שטיין

המערערת: מדינת ישראל

נ ג ד

המשיב: פלוני

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד
(כב' השופטים מ' פינקלשטיין, ס.נ., ל' ברודי ו-ר' אמיר)
מיום 6.3.2018 בתפ"ח 15290-08-15

בשם המערערת: עו"ד איתמר גלבפיש

בשם המשיב: עו"ד ניל סיימון

פסק-דין

השופט ד' מינץ:



ערעור המדינה על גזר דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כב' השופטים מ' פינקלשטיין, ס.נ., ל' ברודי ו-ר' אמיר) מיום 6.3.2018 בתפ"ח 15290-08-15, במסגרתו הושתו על המשיב 11 שנות מאסר בפועל, 12 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור עבירת חטיפה במשך 3 שנים מיום שחרורו, 6 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור עבירה מסוג עוון במשך 3 שנים מיום שחרורו ותשלום פיצויים למתלוננת בסך של 80,000 ש"ח.

הרקע לערעור וגזר דינו של בית המשפט המחוזי

1. בלילה שבין 24.6.2015 ל-25.6.2015 התקבצו המשיב, אזרח אריתריאה יליד 1992, ועוד ארבעה מחבריו, אף הם נתיני אריתריאה, במסעדת שווארמה בעיר ראשון לציון (להלן: הנאשמים ו-המסעדה בהתאמה). באותה עת שהתה במסעדה המתלוננת, ילידת 1984, יחד עם מִכָּר (להלן: המִכָּר), לאחר ששתתה משקאות אלכוהוליים בכמות ניכרת. הנאשמים הבחינו במתלוננת ובשכרותה, ובמשך כעשר דקות התגודדו סביבה והמשיב אף ישב על ברכיה. אז, בהיסח דעתו של המִכָּר, חטפו הנאשמים את המתלוננת. הם גררו אותה בכוח ובניגוד לרצונה, כשהכרתה מעורפלת וכשלא הייתה מסוגלת להתנגד למעשים, מהמסעדה לחדרם של שניים מהם המצוי בבניין הסמוך למסעדה (להלן: החדר), כאשר המשיב היה אחד משני החוטפים והגוררים בפועל. כשנכנסו לחדר השכיבו הנאשמים את המתלוננת על מיטה ויצאו מהחדר, כאשר בכל עת נותר אחד מהם לבדו עמה כשהדלת נעולה, והשאר נשארו בחוץ "ממתנים לתורם". בצאתו של אחד נכנס אחר במקומו. באופן זה החזיקו הנאשמים במתלוננת במשך שעה ו-40 דקות.

2. שני הנאשמים שנכנסו ראשונים לחדר שהו בו למשך 11 דקות ו-43 דקות. בזמן זה השניים אנסו את המתלוננת, כל אחד בתורו, תוך שהיא צועקת בקול רם "הצילו הצילו", וצעקותיה נשמעו למרחקים. משך אותם שני מעשי אונס עמד המשיב מחוץ ובסמוך לדלת החדר, ולעיתים אף הצמיד את אוזנו לדלת ולחרך שמתחתיה. המשיב שמע את צעקות העזרה של המתלוננת וידע כי שני חבריו אונסים אותה באותה העת מעבר לדלת הסגורה. לאחר שני הנאשמים הראשונים נכנס נאשם שלישי לחדר ושהה בו למשך 8 דקות, ולאחריו נכנס המשיב ושהה בחדר למשך 5 דקות. בהמשך נכנס הנאשם הראשון שוב לחדר למשך 25 דקות, ולבסוף נכנס הנאשם החמישי.

3. במהלך האונס הראשון ולמשמע זעקותיה של המתלוננת, הגיע למקום המִכָּר, אך המשיב שעמד מחוץ לדלת גירש אותו מהמקום. בחלוף כשעה ו-40 דקות מרגע כליאתה, שוב שמע המִכָּר את צעקותיה והגיע בשנית לחפשה. משהבחין המשיב במִכָּר הוא שב על מעשיו ודחף אותו על מנת שיעזוב את המקום ולא יפריע לנאשמים בביצוע מעשיהם. המִכָּר סרב והתקרב לדלת החדר, ובעקבות זאת שוחררה המתלוננת ועזבה עמו את המקום.

4. בית המשפט המחוזי שמע את מסכת הראיות במלואה, ובהמלצתו הגיעו באי-כוח הצדדים לרשימת מוסכמות עובדתיות שפורטה לעיל, בהן הסכמה כי המשיב לא בעל את המתלוננת. בית המשפט נדרש להכריע בשתי שאלות בלבד: האחת, האם יש להרשיע את המשיב בעבירת של חטיפה לפי סעיף 369 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק); השנייה, האם יש להרשיע את המשיב בעבירה של אינוס בנסיבות מחמירות בצוותא חדא לפי סעיף 345(א)(1) בנסיבות סעיף 345(ב)(5) לחוק.

5. ביום 27.9.2017 ניתנה הכרעת הדין בעניינו של המשיב. תחילה קבע בית המשפט כי המשיב חטף את המתלוננת ביחד עם חבריו, תוך שהוא היה מודע למעשיו כמו גם לעובדה שגריירתה של המתלוננת נעשתה בכוח ובניגוד לרצונה. משכך, התקיימו הן היסוד העובדתי והן היסוד הנפשי של עבירת החטיפה. כן נקבע כי הגם שהמשיב עצמו לא בעל את המתלוננת, הוא ידע, בעמדו מחוץ לדלת החדר, כי חבריו אונסים אותה, כל אחד בתורו. הוא אף גרר את המתלוננת לחדר וסייע בהרחקת המִכָּר שבא לחפש אותה. כל האמור, כך נקבע, מצביע על כך שהמשיב היה שותף עיקרי לביצוע האונס, הן מבחינה עובדתית והן מבחינת היסוד הנפשי שלו, ולא רק בגדר מסייע. על כן, ואף על פי שלא בעל את המתלוננת בפועל, הוא נחשב למבצע בצוותא של עבירת האונס. בשל מעשים אלו הורשע המשיב בעבירת חטיפה ובשתי עבירות אונס בצוותא.

6. ביום 6.3.2018 גזר בית המשפט המחוזי את דינו של המשיב. תחילה מנה בית המשפט את השיקולים הצריכים להילקח בחשבון בעת קביעת העונש. לחומרת המשיב הובאה בחשבון העובדה שלא רק שהוא היה דומיננטי בחטיפה, ולא רק שעמד והקשיב מחוץ לדלת, הוא אף הרחיק פעמיים את המִכָּר שהגיע לחלץ את המתלוננת. כן צוינה העובדה שהמשיב אינו מפנים את אחריותו לאינסוף המתלוננת. מנגד, בית המשפט מצא לייחס משקל משמעותי לקולא לעובדה שכאשר נכנס המשיב לחדר בו שהתה המתלוננת, הוא שאל אותה אם היא מסכימה לקיים עמו יחסי מין ומשהשיבה בשלילה, הוא כיבד זאת ויצא מהחדר. כן ציין בית המשפט כי הודייתו, שיתוף הפעולה מצדו, היעדר עברו הפלילי והיותו זר בארצנו, גם הם מהווים שיקולים לקולא. לאחר ששקל את מכלול השיקולים, ולאחר שסקר את הפסיקה הנוהגת, העמיד בית המשפט את מתחם העונש ההולם בעניינו של המשיב בין 9 ל-15 שנות מאסר בפועל, בנוסף למאסר מותנה ולתשלום פיצויים למתלוננת. לבסוף, גזר בית המשפט על המשיב את העונשים המפורטים בכותרת.

על גזר דין זה נסוב הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים בערעור

7. לטענת המערערת, בית המשפט המחוזי הקל עם המשיב יתר על המידה והשית עליו עונש שאינו הולם את חומרת המעשים שביצע, גם בהינתן שלא בעל את המתלוננת בפועל. למשיב היה חלק פעיל ביותר באירוע, והדבר בא לידי ביטוי בהתנהגותו במסעדה, בעת החטיפה, בהמתנתו ליד החדר בו שהתה המתלוננת עת ביצעו בה הנאשמים את זממם ובעת שמנע מהמִכָּר להגיע ולחלצה. בהקשר זה הפנתה המערערת לתמונות מתוך סרטוני האבטחה שהוגשו במסגרת ניהול התיק ואף הוגשו כראיה לעונש, בהן ניתן לראות לטענתה את חלקו של המשיב בחטיפה ואת התנהגותו בזמן שהמתלוננת הייתה כלואה בחדר.

8. המערערת הוסיפה כי השתתפותו האקטיבית של המשיב באינסוף של המתלוננת הייתה הן לפני שנכנס לחדר והן לאחר מכן כשניסה לגרש את המִכָּר בפעם השנייה. על כן, על אף שהמשיב עצמו נמנע מלקיים יחסי מין עם המתלוננת, לא התחולל אצלו שינוי של "היפוך לבבות" או "פטור עקב חרטה", אלא הוא היה פעיל ונחוש למנוע סיכול של המשך ביצוע המעשים במתלוננת ולו על ידי חבריו. לפיכך סבורה המערערת כי שגה בית המשפט המחוזי כשנתן משקל רב מדי לעובדה שהמשיב עצמו לא קיים יחסי מין עם המתלוננת, וכי היה מקום לקבוע מתחם ענישה גבוה משמעותית מזה שנקבע. באשר לשיקולים בקביעת העונש בתוך המתחם, המערערת תמכה את יתדותיה בפסיקה וטענה כי יש ליתן משקל לשיקולי הרתעת היחיד והרתעת הרבים, המצדיקים הטלת עונש במיקום גבוה יותר בתוך מתחם הענישה. נוכח כל האמור סבורה המערערת כי יש להחמיר באופן משמעותי את עונשו של המשיב



ולהשית עליו בין 15 ל-16 שנות מאסר בפועל.

9. מנגד, בא-כוח המשיב החרה החזיק אחר גזר דינו של בית המשפט המחוזי. לטענתו, צדק בית המשפט המחוזי כשנתן דגש לעובדה שהמשיב לא אנס בפועל את המתלוננת אלא עמד מחוץ לחדר. המשיב אף לא סייע במעשי האונס על ידי אחיזתה של המתלוננת, והלכה למעשה מעשיו גובלים בסיוע לביצוע עבירה בלבד. כן ציין בא-כוח המשיב כי המשיב נעדר עבר פלילי, נמצא במדינה זרה וחסר כל תמיכה או סיוע משפטי. משכך, הוא לא יזכה לביקורים מבני משפחתו הנמצאים מעבר למדינת הים, ואף לא יזכה לניכוי שליש מתקופת מאסרו בבוא העת, ולו מפני שאין בידו לשאת בתשלום הפיצויים שהושתו עליו. המשיב שימש כעד עיקרי בתיק, שיתף פעולה בחקירה ואף העיד נגד חבריו. על כן, בהתחשב במצבור הנסיבות, מתחם הענישה שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי הולם ונכון, וכך גם העונש שהושת בפועל. משכך, יש לדחות את הערעור ולהותיר את העונש שהושת על כנו.

דיון והכרעה

10. לאחר עיון בכתב הערעור ובנספחים שצורפו לו, ולאחר שמיעת טענות הצדדים בדיון שהתקיים לפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להתקבל, וכך אציע לחברי שניעשה.

11. אכן, אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בעונש שגזרה הערכאה הדיונית. יחד עם זאת, ישנם מקרים חריגים בהם נפלה בגזר הדין טעות מהותית, או כאשר העונש שנגזר על ידי הערכאה המבררת חורג באופן ממשי מרמת הענישה המקובלת או הראויה בנסיבות דומות, אשר יצדיקו את התערבות ערכאת הערעור (ראו: ע"פ 1079/16 מדינת ישראל נ' נחמן, פסקה 17 (1.8.2016); ע"פ 40/15 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 12 (12.4.2016)). להשקפתי המקרה שלפנינו נמנה על מקרים חריגים אלו, מהטעם שעונש המאסר שהושת על המשיב מקל עמו יתר על המידה.

12. בית משפט זה עמד לא אחת על החומרה הרבה הטמונה בעבירות מין. יפים לעניין זה דבריה של השופטת א' פרוקצ'יה בע"פ 9994/07 פלוני נ' מדינת ישראל (11.8.2008):

"הניצול המיני של הזולת בדרך של כפייה, או תוך אי התחשבות בהעד הסכמה הוא אחת התופעות הקשות והפוגעניות ביותר בביטחון 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 קרבות עבריינות המין בפועל ובפוטנציה." (פסקה 14 לפסק הדין).

החומרה הטמונה בעבירות מין מתעצמת במקרים בהם מדובר באונס קבוצתי, ודומה כי אין צורך להכביר על כך במילים. כפי שכבר נפסק בעבר, "למרות האמירה הידועה ש'אונס הוא אונס או אונס', ניתן להצביע על משרעת רחבה של מצבים ונסיבות בעבירה זו" (ע"פ 712/09 ראס נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (7.4.2010)). מקרים של אונס קבוצתי שניעשה באכזריות ובבריונות, תוך



שהנאשמים מתייחסים לקורבן מעשיהם ככלי לסיפוק יצריהם ומעבירים אותה מיד ליד, תוך ניצול מצבה, נכנסים לרף הגבוה ביותר של העבירה (ראו גם: ע"פ 1484/10 אבו חאמד נ' מדינת ישראל, פסקאות 33-34 (22.10.2012); ע"פ 8056/10 חוסם עווד נ' מדינת ישראל, פסקה 79 (19.11.2012); ע"פ 5673/04 מזרחי נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (30.12.2004); ע"פ 1004/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (9.8.2006)).

13. בענייננו, המשיב היה שותף פעיל בביצוע אונס קבוצתי ברוטאלי במתלוננת, אשר התאפיין בהתנהגות אכזרית חסרת אנושיות כלפיה, תוך שהיא שיכורה וחסרת יכולת ממשית להתנגד. חלקו של המשיב בביצוע העבירות משמעותי ביותר. כבר בתחילת האירוע, עת שהתה החבורה במסעדה, המשיב הוא זה שהתיישב על ברכיה של המתלוננת. לאחר מכן, ותוך ניצול חוסר תשומת ליבו של המִכָּר, המשיב הוא זה שנטל חלק מרכזי ודומיננטי ביותר בחטיפתה. בתחילה החזיק אותה בידה וגרר אותה לכיוון החדר תוך שהיא מנסה להתחמק מאחיזתו, ובהמשך סחב אותה באחזו בפלג גופה העליון. לאחר שהכניס אותה לחדר ויצא, עמד המשיב בסמוך לדלת והאזין לעיתים למתרחש בחדר. הוא עמד כזקיף השומר מחוץ לחדר על מנת לאפשר לנאשמים האחרים לבצע בה את זממם ללא הפרעות והמתין לתורו להיכנס לחדר. בתוך כך, הוא הדף את המִכָּר, שהגיע בשמעו את קריאות המתלוננת לעזרה, אל מחוץ לאזור כדי למנוע ממנו להגיע לחדר ולחלץ את המתלוננת. כל זאת, על מנת שהאונס הקבוצתי יוכל להמשיך להתבצע כמתוכנן. על אף כל האמור, המשיב מחזיק בתפישת שגויה לפיה הוא לא אנס את המתלוננת משום שלא קיים עמה יחסי מין בעצמו, ואינו מפנים את אחריותו לאינס המתלוננת בידי חבריו. נסיבות אלה צריכות לקבל משקל משמעותי בעת קביעת עונשו של המשיב.

14. אכן, לצד כל אלה עומדת לצדו של המשיב העובדה שבניגוד לנאשמים האחרים אשר בעלו את המתלוננת, המשיב עצמו לא קיים עמה יחסי מין. הוא נכנס לחדר בתורו ושאל את המתלוננת האם היא מעוניינת לקיים עמו יחסי מין, ומשהשיבה בשלילה, יצא מהחדר. יחד עם זאת, ובניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי, אינני סבור כי יש לייחס לעובדה זו משקל משמעותי לקולא. שכן, כאמור בהכרעת הדין, נוכח העובדה שהמשיב ידע שחבריו אונסים את המתלוננת, כמו גם בכך ששמר על הדלת על מנת לאפשר למעשה האונס להימשך ושפעל באופן אקטיבי על מנת להרחיק את מִכָּר של המתלוננת מהמקום, הוא נחשב למבצע בצוותא של עבירת אינוס לכל דבר ועניין. בנסיבות אלה, הגם שיש להבחין בין המשיב לבין הנאשמים האחרים, אין ליתן להבחנה משקל כה משמעותי בעת קביעת עונשו.

15. זאת ועוד. סבורני כי בגזירת עונשו של המשיב היה מקום ליתן את הדעת גם לשיקולים נוספים המכריעים לחומרה. ואבהיר.

16. העיון בתמונות מצלמות האבטחה שצורפו לערעור מצמרר ומעורר תחושות קשות ביותר. בתמונות נראית המתלוננת מובלת באפיסת כוחות לעבר החדר שבו ביצעה החבורה את זממה. תחילה אווזים המשיב וחברו במתלוננת בחוזקה משני צדיה ומוליכים אותה עמם. המתלוננת מנסה להתנגד ולהיחלץ מאחיזתם של השניים, אך ללא הועיל. הם לופתים אותה בחוזקה ולא מאפשרים לה להימלט. שכרותה וניסיונותיה הרבים להימלט התישו אותה, אך למרות זאת היא המשיכה להתנגד בשארית כוחותיה. משהגיעו לפתחו של גרם מדרגות, נראים המשיב וחברו מנסים להשתלט על המתלוננת המתנגדת להם. השניים אחזו במתלוננת בכוח והרימו אותה בידיה וברגליה היישר לחדר בו ביצעו בה יתר הנאשמים את זממם. בכל העת בה שהתה המתלוננת בחדר, עמד המשיב מחוץ לדלת והאזין למתרחש, והרחיק ככל שיכל את מִכָּר של המתלוננת בל יפריע לחבריו לבצע את זממם.



בנסיבות קשות וחמורות אלה, יש ליתן משקל ממשי גם לשיקולי הרתעה וגמול. יפים לעניין זה דבריה של השופטת א' פרוקצ'יה בע"פ 10715/05 פלוני נ' מדינת ישראל (4.9.2007):

"הפגיעה האנושה בגופה ובנפשה של המתלוננת, והאלימות, הברוטאליות, האכזריות והחייתיות שבאדם המשתקפת ממסכת הארועים העבריינית שהתרחשה הם חריגים בחומרתם ובקשיותם, ומחייבים גישה עונשית מחמירה על פי כל קנה מידה. המסר העונשי הצריך להשתקף בסוג כזה של מעשי עבירה צריך להיות חד-משמעי, ברור ונוקב. מערכת אכיפת החוק והצדק אינה יכולה להשלים עם מעשי פשע של צעירים בחבורה המתבצעים כלפי קרבתות חלשים, תוך ניצול אכזרי של חולשתם וחוסר האונים בהם הם מצויים. על המשפט להוקיע בענישה ראויה מעשי צעירים היורדים לשפל המדרגה האנושי, ולקבוע אמת מידה עונשית שיהא בה כדי למצות את הדין על מעשיהם הנפשעים במלוא החומרה הן בהיבט הגמול, והן בהיבט ההרתעה. כך הוא ביחס לעבריינים עצמם, וכך הוא, לצורך הרתעת הציבור כולו ועבריינים בכוח" (פסקה 7 לפסק הדין. ראו גם: ע"פ 8233/05 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (14.8.2008); ע"פ 10715/05 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (4.9.2007); ע"פ 4654/99 מדינת ישראל נ' גדבאן, פסקה 8 (13.2.2000)).

דומה אפוא כי בית המשפט לא נתן משקל מספק לשיקולים אלה. זאת, בפרט כאשר עולה מדבריו של המשיב בדיון שהתקיים בעניינו, כי "אני לא אנסתי את הילדה. שאלתי והיא לא רצתה. לא עשיתי כלום", שהוא אינו מפנים את אחריותו למעשים. בנסיבות אלה, נוכח טיבן של העבירות, נוכח האכזריות שבה הן בוצעו ונוכח התייחסותו של המשיב כלפיהן, יש מקום להשית על המשיב עונש חמור יותר.

17. משכך, ובשים לב לעיקרון לפיו ערכאת הערעור אינה ממצה את מלוא חומרת הדין עם נאשם (ראו למשל: ע"פ 4497/18 מדינת ישראל נ' דרי, פסקה 15 (19.8.2018); ע"פ 8720/15 מדינת ישראל נ' פינטו, פסקה 20 (11.9.2016)), אציע לחבריי לקבל את הערעור ולהעמיד את עונש המאסר בפועל שהושת על המשיב על 14 שנים, כאשר יתר רכיבי העונש יעמדו על מכונם.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:



אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מינץ.

ניתן היום, א' בטבת התשע"ט (9.12.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט