



תפ"ח 2965-06-11 - מדינת ישראל נ' נ ש

בית המשפט המחוזי בירושלים

בדלתיים סגורות

תפ"ח 2965-06-11 מדינת ישראל נ' נ ש

בפני כבוד השופט צבי סגל, שופט בכיר - אב"ד, והשופטים משה יועד הכהן ובן ציון גרינברגר

המאשימה

מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד זהר גיאת
מפרקליטות מחוז ירושלים (פלילי)

-נגד-

הנאשם

נ ש
ע"י ב"כ עו"ד נמיר אדלבי, מטעם הסנ"צ

גזר-דין

השופט בן-ציון גרינברגר:

1. הנאשם הורשע בהכרעת דינו מיום 18.2.13, פה אחד ולאחר שמיעת ראיות, בעבירות הבאות: **מעשה סדום** - לפי סעיף 347(ב) ע"פ סעיף 345(ב)(4) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: "**החוק**"); **מעשים מגונים** - לפי סעיף 348(ג1) לחוק; **חטיפה** - לפי סעיף 369 לחוק; **והדחה בחקירה** - לפי סעיף 245(ב) לחוק.

2. גזר הדין יינתן בהתאם להוראות **חוק העונשין (תיקון מס' 113), תשע"ב - 2011** (להלן: "תיקון 113"), אשר נכנס לתוקפו ביום 10.7.12 וחל על הכרעות דין שניתנו לאחר המועד האמור, וכך גם בתיק זה.

אלה מעשי הנאשם על פי הכרעת הדין (תמצית):

3. הנאשם היה בקשרי ידידות, לא אינטימיים, עם ע', ילידת 1985 (להלן: **המתלוננת**) ואחותה א', ילידת 1989 (להלן: **א'** או **האחות**). במהלך יום שישי, 30.5.10, בסמוך לשעה 19:00 אסף הנאשם את חברו, מ ש (להלן: **מ**) ונסע עמו ברכבו מסוג פולקסווגן (להלן: **הרכב**) לבילוי בירושלים. במהלך הערב אמר הנאשם למ כי הוא "**חרמן**", וכי בכוונתו "**לשכב עוד הלילה עם החברה שלו**".

4. אחרי ניסיונות התקשרות רבים, הצליח הנאשם ליצור קשר עם המתלוננת וא', אשר בילו באותה עת במועדון "הקמפוס" בתלפיות (להלן: **המועדון**). א' אמרה לנאשם כי יוכל לפגוש אותה ואת המתלוננת



רק כשיצאו מהמועדון, כדי להסיע אותן הביתה. הנאשם ומ הגיעו למועדון, והמתינו ליציאת המתלוננת ואחותה. בסמוך לשעה 04:00 לפנות בוקר יצאו המתלוננת ואחותה מהמועדון, פגשו בנאשם ובמ, ועלו לרכב. במקום שיסיע אותן הביתה, הנאשם הסיע את המתלוננת ואחותה לאולם השמחות "ג" בגבעת שאול, בו עובד מ ובו הוא נוהג ללון מפעם לפעם, והארבעה ישבו שם בחדר.

5. במשך שהייתם באולם ג ניסה הנאשם שוב ושוב לגעת במתלוננת, לרבות עת נרדמה מתוך עייפות; והנאשם המשיך בניסיונותיו למרות שביקשה ממנו להפסיק. לאחר שהבינה המתלוננת כי לא תצליח לשים סוף לניסיונות הנאשם לגעת בה, נעמדה, וביקשה מן הנאשם שיסיעה ואת אחותה אל ביתה של א' בשכונת קריית יובל בירושלים. הנאשם והמתלוננת יצאו אל הרכב, בעוד מ וא' מתעכבים כדי לסגור את האולם. ברגע שנכנסה המתלוננת לרכב, והתיישבה בכיסא שלצד הנהג, נעל הנאשם את הדלתות, ונסע מהמקום, כשהוא מותיר את מ וא' מאחור. המתלוננת שאלה את הנאשם לפשר מעשיו, וביקשה מהנאשם לחזור ולאסוף את אחותה, אך הנאשם לא ענה, והמשיך בנסיעה לעבר יער ירושלים.

6. במהלך הנסיעה צלצל מכשיר הטלפון של המתלוננת. כשביקשה המתלוננת לענות, חטף הנאשם מידיה את מכשיר הטלפון הסלולארי, והניח אותו בדלת הנהג.

7. למרות תחינותיה של המתלוננת, המשיך הנאשם בנסיעה, עד שעצר את הרכב בפניה נסתרת ביער ירושלים. הנאשם החל לגעת בחזה של המתלוננת. המתלוננת סילקה את ידיו של הנאשם ואמרה לו להפסיק, אך הנאשם התעלם מבקשתה, וניסה לפתוח את מכנסיה של המתלוננת.

8. בשלב זה יצא הנאשם מהרכב, פתח את דלת הקדמית הימנית של הרכב, התיישב צמוד למתלוננת במרווח שלפני מושב הנוסע עליו ישבה, והמשיך לגפף את גופה. המתלוננת המפוחדת בכתה וביקשה מהנאשם שלא יאנוס אותה. המתלוננת ניסתה לשכנע את הנאשם להניח לה, ובין היתר אמרה לו כי היא נמצאת בתקופת המחזור החודשי שלה.

9. הנאשם, בתגובה, חיבק וליטף את המתלוננת, אך המשיך לשלוח את ידיו לעבר איבר מינה, ודרש מן המתלוננת להוכיח לו כי היא במחזור. על מנת לעשות כן, המתלוננת פשטה מעט את בגדיה, הוציאה מאיבר מינה טמפון כדי להוכיח את אמיתות דבריה, הראתה אותו לנאשם, וביקשה ממנו שיניח לה. ואולם הנאשם, שגמר אומר לבעול אותה, התעלם מכל בקשותיה, והחליט להחדיר את איבר מינו לפי הטבעת של המתלוננת. הנאשם יצא ונעמד מחוץ לרכב, הוא חשף בכוח את ישבנה של המתלוננת, וסובב אותה לעברו בכוח, כשישבנה של המתלוננת מופנה כלפיו. הנאשם פשט את מכנסיו ותחתוניו, והחדיר בכוח את איבר מינו אל תוך פי הטבעת של המתלוננת.

10. הנאשם ביצע תנועות משגל, כשאיברו בתוך פי הטבעת של המתלוננת, כשהוא מחזיק את המתלוננת בכוח, עד שבא על סיפוקו. כל אותה העת בכתה המתלוננת בשל הכאב הרב שחשה ובשל תחושת ההשפלה.

11. הנאשם התלבש, חזר אל כיסא הנהג, וצעק למתלוננת להסתלק מהרכב. המתלוננת התחננה בפני הנאשם שיחזיר אותה לביתה. הנאשם הסכים, ונסע חזרה לכיוון גבעת שאול. כאשר הגיעו הנאשם והמתלוננת לאולם השמחות, שם המתינו מ וא', החלה א' מיד לצעוק על הנאשם ושאלה את הנאשם:



"למה ברכת?", אך המתלוננת, שפחדה מהנאשם, אמרה לאחותה לשתוק, ולעלות לרכב. א' ומ עלו אל הרכב, והנאשם נסע אל ביתה של א'.

12. רק לאחר שנסע הנאשם מהמקום, סיפרה המתלוננת בבכי לאחותה את אשר אירע לה. א' התקשרה מיד לנאשם, קיללה אותו ואמרה לו שהוא אנס, ושהוא עוד ישלם על מעשיו. הנאשם אמר לא' כי הוא רוצה לבוא ולדבר אתה, אך א' אמרה לו שלא יעז לבוא. הנאשם ומ חזרו בכל זאת לביתה של א', ובקשו להיכנס. הנאשם נכנס והתחנן בפני א' שלא תלך למשטרה, ובתמורה ידאג לפצות את המתלוננת בפיצוי כספי.

13. במעשיו האמורים לעיל כפה הנאשם על המתלוננת בכוח ובאיומים לנסוע עמו ברכבו, שלא מרצונה, ביצע במתלוננת מעשים מגונים תוך שימוש בכוח ואמצעי לחץ אחרים, לשם גירוי וסיפוקו המיני, וביצע במתלוננת מעשה סדום שלא בהסכמתה החופשית, תוך התעללות בה לפני המעשה, בזמן המעשה ואחריו. כמו כן ניסה הנאשם להניע אדם שלא ימסור הודעה בחקירה על פי דין, בדרכ של מתן טובת הנאה.

14. במסגרת פרשת גזר הדין הוגשה מטעם המאשימה חוות דעת בדבר הערכת מסוכנות בעניינו של הנאשם, בהתאם לסעיף 6 לחוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו - 2006. חוות הדעת האמורה מעלה, כי הנאשם יליד 1981, ישראלי, ערבי מוסלמי, נשוי + 4 ילדים, תושב שועפט בירושלים, הינו בן בכור מבין 10 ילדים; אביו, כבן 58, עבד בעבר בתור מנהל עבודה בבניין, וכעת הוא סובל מנכות בעקבות התקפי לב, ואמו, כבת 53, הינה עקרת בית. הנאשם גדל לאורך כל חייו בשועפט, סיים 12 שנות לימוד ובמשפחתו מתקיים מצב כלכלי סביר. הוא מתאר כי הוריו השגיחו עליו מאוד לבל ידרדר לפלילים או לסמים ועל כן, לאחר שעות הלימודים נהג בדרך כלל לשבת בבית, מיעט להסתובב עם בני גילו, ורק מגיל 15 לערך החל להסתובב בעיר העתיקה עם חבריו, וגם אז הצרו ההורים את צעדיו. בחופשות עבד הנאשם בעבודות מזדמנות, ולאחר סיום שנות הלימודים החל לעבוד בתחומים שונים: פתח חנות לתיקון מחשבים; מאוחר יותר, עבד בחברת "יס" במשך כשנתיים וחצי; עבר תקופת אבטלה קצרה אשר לאחריה החל לעבוד בתור סדרן הובלות בחברת משאיות, שם עבד כשנתיים; ולאחר שסיים לימודי נהיגה על משאית, קנה רכב והחל להסיע שב"חים. הנאשם נעצר ונשפט פעם אחת בגין הסעת שב"חים, כפי שמופיע במרשם הפלילי שלו. בגין עבירה זו אף נגזר עליו מאסר בפועל של 3 חודשים, והנאשם זכה לשחרור מוקדם. לאחר שחרורו, החל לעסוק באיסוף מתכות ואף פתח עסק בתחום זה, אלא שלאחר כשנתיים, העסק קרס. מאז ועד היום עובד הנאשם בעבודות מזדמנות, וכעת - תוך שממתין לגזר דינו - הנאשם שוב אינו עובד.

15. הנאשם התחתן בשנת 2001, בהיותו כבן 20, עם קרובת משפחה שהייתה אז בת 19. אשתו של הנאשם היא עקרת בית. הנאשם ואשתו וארבעת ילדיהם מתגוררים היום בשכירות בשועפט בדירת חדר וחצי. לדבריו, בתקופה הרלבנטית לעבירות בהן הורשע, רב עם אשתו והיא עזבה אותו לבית הוריה יחד עם הילדים. לטענתו, הוא אינו זוכר את הרקע למריבה, המכונה על ידו כ"משהו קטן", אולם מדבריו עולה כי הקרע בין השניים נמשך תקופה ממושכת. במצב זה, לאחר שנותר לבדו בביתו במשך כ- 40 יום, החליט למצוא קשר אינטימי, ולדבריו, "הלכתי לחפש מישהי". בעקבות כך נסע עם חברו ברחבי העיר ירושלים, והשניים פגשו את שתי האחיות, המתלוננת ואחותה א'. הנאשם פירט בפני עורך חוות הדעת כי לאחר היכרות קצרה החל לקיים יחסי מין עם המתלוננת בהזדמנויות שונות ולטענתו, מעולם לא קיים



יחסי מין אנאליים עם המתלוננת. הנאשם מתאר כי השניים נפגשו בתדירות משתנה והכירו אחד את השנייה במשך תקופה העולה על שנה. לדבריו, זמן קצר לאחר שהכיר את המתלוננת, חזרו אשתו וילדיו הביתה, אולם, הוא המשיך גם לאחר מכן להיפגש עם המתלוננת בהזדמנויות שונות ולקיים עמה מגעים מיניים. לטענתו, המתלוננת מעולם לא סירבה למגע מיני עמו, ויתרה מזו - לגרסתו, כל המפגשים שביניהם התקיימו רק ביוזמתה של המתלוננת, כשדבריו "לי עד היום אין מספר שלה, היא מתקשרת".

16. באשר לאירועים אשר בגינם הורשע, חזר הנאשם על גרסתו בה דבק במשך של ההליך שהתנהל נגדו, לפיה, הוא אומנם התכוון אותו לילה לקיים יחסים עם המתלוננת, ברם, לטענתו, המתלוננת שיתפה פעולה ורצתה אף היא במגעים כאלה, ולשם כך אף הסכימה מרצונה החופשי לנסוע עמו ליער ירושלים; אלא, שתוך כדי הנסיעה, התקשר אליה בעלה מספר פעמים, ולאחר שהבינה כי בעלה גילה את העובדה שהיא מבלה עם גברים אחרים, נכנסה ללחץ חמור, אשר גרם לה לחזור בה מהסכמתה לקיים עם הנאשם יחסי מין אותו לילה. לא זו אף זו, לטענת הנאשם, חששותיה מבעלה הם אשר גרמו לה להעליל עליו את העלילה, כאילו שביצע בה מעשים מיניים בכוח ובכפייה, בניגוד לרצונה. כאמור, הנאשם הכחיש מכל וכל כי ניסה ליצור כל מגע אינטימי עם המתלוננת, מן הרגע שהודיעה לו כי היא אינה מעוניינת בכך, ולדבריו, לא ניסה לכפות עליה מגע מיני מכל סוג.

17. בחוות הדעת מצוין כי הנאשם נשאל מדוע לא כיבד את בקשת המתלוננת שיחזיר אותה לאחותה מיד לאחר שהודיעה כי אינה מעוניינת לקיים עם הנאשם יחסים. על כך ענה, "לקחתי אותה לבית לחם, אז בישראל חשבתי שזה אולי בסדר, לא חשבתי שזה לא בסדר, אני רציתי, למה לא?". כמו כן, חזר והדגיש, כי "זה לא היה בכוח, רק אמרה שרוצה לחזור, לא משכתי אותה בכוח". על בסיס אמרות אלו של הנאשם, ואחרות כדוגמתן, מסיק עורך חוות הדעת את הדברים הבאים:

"מדבריו ניתן ללמוד שלא מצליח לזהות סירוב, אלא אם כן מדובר באקט התנגדות פיזי חזק מאוד. לא מצליח לזהות כי בהתנהלותו הוא לא כיבד את רצונה, וכפה את עצמו על אישה, שנמצאת איתו לבד ביער, להישאר עמו. כמו כן, תיאר שניסה לגעת באזור אבר מינה, וניסה לקיים עם הקורבן מגע מיני, אולם הקורבן הצהירה שלא מעוניינת בכך, משום שיש לה וסת. מצוין שלא האמין לדבריה, ודרש שתוכיח זאת, "האמת לא האמנתי לה, אמרתי כל הזמן שהיא משקרת". שוב לא מצליח לזהות כי בהתנהלותו ובדרשנותו כופה את רצונו על הקורבן, "זכותי לא להאמין לה". מדבריו ניתן ללמוד כי הוא מרוכז ברצונו ובצרכיו, ולא פנוי להתייחס לצרכי האחר ולקשייו. בשל דרשנותו וחוסר מוכנותו לקבל את גרסת הקורבן, הקורבן נאלצה לשלוף מאיבר מינה טמפון..."

כמו כן, בהתרשמות הקלינית של חוות הדעת מופיעות המסקנות הבאות:

"הנבדק מכחיש את ביצוע העבירות, ולא לוקח כל אחריות על מעשיו. מצוין כי הוא תופס את הסיטואציה כאקט הדדי, ולא מצליח לזהות כל כפייה או התנהלות פסולה. בחינה של דבריו מלמדת כי הוא מחזיק בתפיסות סטריאוטיפיות ומאמין שאם בעבר אישה הסכימה לקיים מגע מיני, היא לא יכולה לסרב בהזדמנות אחרת. הוא לא מצליח לזהות התנגדות, למרות שבעצמו מתאר חוסר רצונה של הקורבן לכל קירבה אינטימית. הוא לא מצליח לזהות סירוב, אלא אם כן מדובר באקט של התנגדות פיזית חזק מאוד. ניתן ללמוד כי עסוק מאוד בעצמו, בצרכיו ובדחפיו, ולא פנוי לבחון את השלכות התנהלותו על סביבתו. ההערכה, כי קיימת פגיעה ביכולת האמפתית... הערכה כי מדובר באדם הגנתי, המנסה לטשטש ולהסתיר



חלק מהבעיות באישיותו ובקשריו הבין אישיים, מחד, מצהיר שיש לו זוגיות מאוד טובה, מאידך... אין אינדיקציה לקיומה של סטייה מינית. ההערכה כי עבירותיו מתאימות לקלסיפיקציה של אינוס כוחני (ע"פ Groth), המתבטאת בשימוש בכוח הכרחי בביצוע עבירת המין... "

18. כמו כן, מצוין בחוות הדעת, כי הנאשם אינו תופס את עצמו כעבריין מין, אינו לוקח כל אחריות, ואינו מעוניין בכל התערבות מקצועית. על בסיס כל האמור, מסיק מחבר חוות הדעת, כי **"מדובר באדם בעל רמת מסוכנות מינית ברמה בינונית לרצידיביזם מיני"**.

תמצית טיעוני המאשימה

19. ב"כ המאשימה עתרה להשתת עונש חמור על הנאשם, וזאת מעל אמצעו של "מתחם העונש ההולם", שאותו הציב בין 10 ל- 14 שנות מאסר בפועל. ב"כ המאשימה הדגיש את מרכיב השליטה בכוח שאפיין את ביצוע העבירות בהן הורשע הנאשם. לדבריו, לאחר שראה הנאשם כי לא יוכל לקיים יחסים עם המתלוננת כדרכה, בה אליה בכוח, שלא כדרכה, במין אנאלי, ומעשה זה, יחד עם עצם חטיפתה של המתלוננת ליער ירושלים שלא ברצונה, הינו **"מעשה כוחני, אלים, מעשה משפיל, מעבר לפגיעה המינית גרידא שיש פה. יש כאן המון סממנים של שליטה וכוח כלפי המתלוננת"**. אומנם, ב"כ המאשימה מציין את העובדה כי בין המתלוננת לבין הנאשם הייתה היכרות קודמת, וכנראה אף אינטימית; ברם, לטעמו, לסיבה הזו כשלעצמה אין רלבנטיות לעונש, היא יכולה אומנם להסביר את ההתנהלות של הנאשם באותו לילה, את תעוזתו לבצע את מה שביצע, אבל מבחינת האינטרס הציבורי של הענישה, המעשים הם לא פחות חמורים רק עקב כך שמבוצעים באישה אשר בינה לבין התוקף קיימת כבר מערכת יחסים קודמת, אף אם גם יחסים אינטימיים.

תמצית טיעוני ההגנה לעונש

20. בהתייחס למתחם העונש ההולם, הציג ב"כ הנאשם פסיקה מטעמו אשר בעטיה נכון לדעתו לקבוע את מתחם העונש ההולם בתיק הנוכחי אשר נמוך בהרבה מזה שטען לו ב"כ המאשימה, אם כי לא הציע לבית המשפט מתחם ספציפי חלופי, והסתפק בהגשת פסקי דין אשר מהם עולה לסברתו כי הענישה ההולמת בנסיבות דומות נעה בין שנתיים מאסר בפועל עד חמש שנות מאסר בפועל לכל היותר, ואף זאת בנסיבות חמורות בהרבה, לדעתו, מאלו הקיימות במקרה דנן.

21. ב"כ הנאשם התרכז בטיעוניו לעונש בשיקולים אשר לדעתו מטים את הכף לכיוון הקלה בעונשו של הנאשם. ראשית, טוען ב"כ הנאשם כי ניתן להבחין בפסיקה בפער עצום בענישה בין מקרים של מעשי אינוס או מעשי סדום כלפי קורבן אקראי, זר, לבין מעשה אינוס בתוך המשפחה, בין בני זוג ובין חברים. אומנם, ב"כ הנאשם אינו חולק בעובדה כי במקרה דנן אי אפשר להתייחס לנסיבות הקיימות כאילו שמדובר "בצורה מובהקת" בבעל האונס את אשתו, אך מאידך גיסא, המקרה דנן קרוב יותר, לטעמו, לאותם מקרים, מאשר למקרים של אינוס או ביצוע מעשי סדום באדם זר; זאת, כיון שבמקרים בהם קיים קשר קודם בין שני אנשים, כולל קשר מיני ואינטימי, פעמים רבות מתבלבל הגבול בין המותר לבין האסור. ב"כ הנאשם אף מפנה להערכת המסוכנות אשר הוגשה בעניינו של הנאשם, ממנה עולה ההתרשמות כי הנאשם אכן לא ידע ולא הבין מה משמעות המילה "לא", "לא רוצה". ב"כ הנאשם אף מפנה למסקנת הערכת המסוכנות כי הנאשם אכן סבר שאם היה לו קשר מיני בעבר עם המתלוננת, אז מותר לו לעשות זאת שוב ושוב, גם כשהיא מתנגדת. למרות החומרה שבעצם דבריו אלה של ב"כ הנאשם, ולמרות



החומרה שבהתנהגותו זו של הנאשם, טוען הסנגור המלומד בכל זאת כי עדיין קיימת בפסיקה התייחסות אחרת לחלוטין למקרים מן הסוג הזה לעומת מקרים בהם הקורבן הוא קורבן זר.

22. ממשיך ב"כ הנאשם וטוען כי אף כאשר מתייחסים לאותן נסיבות שהביאו את הנאשם לביצוע העבירה, לרבות אמרתו לחברו מ כי "**הוא חרמן ורוצה לשכב עם חברתו באותו לילה**", בכל זאת אין המדובר באדם שיצא למרכז העיר על מנת לחפש בחורה שתויה כדי לאנוס אותה. במקרה דנן, גמר הנאשם אומר לקיים יחסי מין עם בחורה אשר קיים איתה כבר בעבר יחסי מין, וב"כ הנאשם מדגיש עובדה זו כשיקול מרכזי לכל עונש שיוטל על מרשו.

23. יצוין, כי על אף שבית המשפט הודיע לנאשם על זכותו לומר את מה שבלבו בתום הדיון בפרשת גזר הדין, בחר הנאשם שלא לעשות כן והסתפק בדברי סנגורו.

24. כמצוות המחוקק, סיכמו ב"כ הצדדים את המרכיבים הרלבנטיים לדעתם על מנת ליישם את כללי הבניית הענישה בהתאם לתיקון 113 לחוק. אתיחס לפרטי טיעוניהם אלה במסגרת התייחסותי לתיקון 113 בהמשך.

דין

25. שיקולי הענישה במקרה דנן נובעים מהמתווה שהותווה על ידי המחוקק במסגרת תיקון 113, הקובע לבית המשפט מדרג של עקרונות ושיקולים אשר עליו להביא בחשבון בעת גזירת הדין. בתיקון האמור, הגדיר המחוקק מספר שלבים בהבניית גזר הדין:

ראשית, על בית המשפט לקבוע את **מתחם העונש ההולם** את מעשי העבירה שביצע הנאשם, תוך שיתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה (סעיף 40ג(א) ו-40ט לחוק). העיקרון המנחה היום בענישה הוא **עקרון ההלימה**, כפי שמובא בסעיף 40ב לחוק: "**העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשי העבירה, בין נסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו (בסימן זה - העיקרון המנחה)**".

שנית, יבחן בית המשפט האם קיימת הצדקה כלשהי לחרוג מן המתחם שנקבע כאמור, בין אם לקולא, מחמת שיקולי שיקום של הנאשם, ובין אם לחומרא, מתוך הצורך בהגנה על שלום הציבור מפני הנאשם (סעיפים 40ג(ב), 40ד ו-40ה לחוק).

שלישית, ככל שלא ימצא בית המשפט כל טעם לחרוג ממתחם העונש ההולם שקבע, ייגזר דינו של הנאשם בגבולות המתחם, תוך שיתחשב בית המשפט בנסיבות שונות, כמפורט בחוק, אשר אינן קשורות ישירות לביצוע העבירה, לרבות, נסיבותיו האישיות של הנאשם, ומנגד - שיקולי הרתעת היחיד והרבים (סעיפים 40ו', 40ז' ו-40יא לחוק).

רביעית, יידרש בית המשפט להתייחס למצב של ריבוי עבירות.

26. ומן הכלל אל הפרט: כאמור, הנאשם הורשע בביצוע מצבור של עבירות הקשורות לאירוע המתואר



בהרחבה לעיל: מעשי סדום, מעשים מגונים, חטיפה והדחה בחקירה. הערך החברתי העיקרי שנפגע מביצוע העבירות האמורות הינו כבודה של המתלוננת, פרטיותה וזכותה לשלמות גופה. המעשים שנעשו במתלוננת מהווים פגיעה חמורה בזכויות החוקתיות של אדם על פי סעיף 2 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב - 1992: "אין פוגעים... בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם...". גם מעבר לפגיעה בערך כבוד האדם החוקתי, הרי שביצוע מעשים מיניים בגופו של אדם בניגוד לרצונו, וחטיפתו שלא ברצונו על מנת לבצע בו את זממו, מבטאות "רע מוסרי... העבירה פוגעת בערכים אשר הציבור מעונין לשמור עליהם ושבלעדיהם אין אפשרות לקיים אורח חיים תקין או חיי חברה כפי שהמדינה מארגנת ומנהלת" (תפ"ח 667/09 מדינת ישראל נ' פלוני, פורסם במאגרים המשפטיים (מיום 29.3.12)).

27. יפים לענייננו דבריו של אב בית הדין, השופט צבי סגל, בפרשה אחרת בה הורשע הנאשם בעבירות מין:

"נמצאנו למדים, אם כן, כי עבירות מין שוללות את אחד מיסודות האוטונומיה הבסיסיים ביותר של האדם, היינו - זכותו לספירה פרטית משלו, תחום אליו אין איש יכול וראוי שיחדור מבלי שנתן את הסכמתו המודעת והמפורשת. דברים אלה הם כה בסיסיים, כה יסודיים ושורשיים, עד שהם מהווים יסוד מוסד של כל חברה מתוקנת... ראוי שייאמר כי מעשים מיניים מפרקים לגורמים, מנתצים בקול תרועה גסה את אחד מיסודות החירות האנושית, את חירותו של האדם מאחרים כלשהם שאין להם הזכות החוקית - לא כל שכן, הזכות המוסרית - לגעת בגופו של אדם אחר מבלי שהאחרון נתן את רשותו לכך. בהפרת ציווי מוסרי זה נפגע צלם האדם, ודרים אלה מהווים כאמור מושכלות יסוד אשר אין להרהר אחריהם."

(ראו תפ"ח 46753-07-11 מ"י נ' ד' (לא פורסם) מיום 24.3.13).

28. סעיף 40ג(א) לחוק מורה, כי במסגרת קביעת מתחם העונש ההולם את מעשי העבירה, יש להתחשב לא רק בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, אלא גם במידת הפגיעה בקורבן. במקרה דנן, לא הוגש תסקיר נפגע עבירה, כך שקשה לאמוד את מידת הפגיעה במתלוננת, אלא שניסיון החיים מלמדנו כי עצם אופיין של עבירות אלה מוביל בעל כורחו למסקנה כי אכן הייתה פגיעה נפשית בקורבן, ושומה על בית המשפט לשקלל את המסקנה הזו בקביעת העונש ההולם.

29. סעיף 40ט(א) לחוק מפרט מספר נסיבות נוספות במסגרת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, אשר ראוי לו לבית המשפט לבחון עת עומד לקבוע מתחם העונש, בין אם לקולא ובין אם לחומרא, וזאת, ככל שסבור בית המשפט "שהן משפיעות על חומרת מעשי העבירה ועל אשמו של הנאשם". להלן אסקור את הנסיבות השונות המפורטות בסעיף 40ט(א) לחוק, האמור, תוך התייחסות מיוחדת לאותן נסיבות מבין המכלול שבסעיף האמור אשר רלבנטיות וחלות בענייננו:

(1) "התכנון שקדם לביצוע העבירה" - כפי שמציין ב"כ המאשימה בטיעוניה לעונש, מדובר בעבירה יחסית ספונטאנית, אם כי לא נדרש תכנון מיוחד לביצוע עבירות בהן הורשע הנאשם. הנאשם השתמש ברכבו וכן השתמש בהיכרותו הקודמת עם המתלוננת על מנת לשכנעה להיכנס עמו לרכב.



(2) **"חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה ומידת ההשפעה של אחר על הנאשם בביצוע העבירה"** - הנאשם ביצע לבדו את העבירות בהן הורשע ואין כל טענה כאילו שהושפע על ידי מאן דהוא אחר. אי לכך, אין בנסיבה זו כל רלבנטיות לקולא.

(3) **"הנזק שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה"** - הנזק הנפשי למתלוננת היה צפוי, וניתן היה לשער זאת בסבירות גבוהה. ויוער, כי בחינתו של מרכיב זה במלאכת הרכבת מתחם הענישה הינה אובייקטיבית, ועל כן, בניגוד לטיעונו של ב"כ הנאשם בסוגיה זו, העובדה כי כושר שיפוטו של הנאשם באשר להשלכות הצפויות למתלוננת ממעשיו לקוי במידת מה, כפי שצוין בהערכת המסוכנות, אינה מפחיתה מרמת הנזק הנפשי הצפויה כתוצאה ממעשיו לצורך שקלול אותו הנזק בחישוב מתחם הענישה ההולם.

(4) **"הנזק שנגרם מביצוע העבירה"** - בהעדר תסקיר נפגעת עבירה, אין אלא לשער את הנזק שנגרם למתלוננת, כמפורט לעיל; ואין כל ספק כי עצם המעשים שבוצעו על ידי הנאשם, גרמו לנזק נפשי אשר ילווה את המתלוננת לאורך זמן.

(5) **"הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה"** - ברמה הסטטית, עולה מהערכת המסוכנות כי בסמוך לפני ביצוע העבירה, עזבה אשתו של הנאשם את הבית עקב סכסוך כלשהו, כך שהנאשם היה שרוי בבדידות משך תקופה ארוכה, דבר אשר הביאו לצאת לרחובות ירושלים על מנת לבלות עם בחורה כלשהי; וכך נוצרה הידידות בינו ובין המתלוננת אשר הובילה בסופו של דבר לקיום יחסים אינטימיים במשך תקופה. יחסים אלה הם אשר יצרו את הבסיס למסקנתו המעוותת שניתן אף לאלץ את המתלוננת לקיים אתו יחסים, גם כאשר היא מתנגדת לכך. ברמה הדינמית, ביום האירוע הודיע הנאשם לחברו מ כי הוא "חרמן" וכי בכוונתו לקיים יחסי מין עם המתלוננת, ויהיה מה שיהיה. נסיבות אלו, במכלול, מצביעות על שיקול לחומרא, מאחר ש"סיבות" מהסוג הזה ודאי אינן מפחיתות מחומרת מעשיו ואינן "מצדיקות" הקלה כלשהי בענישה ההולמת.

(6) **"יכולתו של הנאשם להבין את אשר הוא עושה, את הפסול שבמעשהו או את משמעות מעשהו, לרבות בשל גילו"** - אף במישור זה, אין אלא להתייחס למרכיב זה כשיקול לחומרא. הנאשם עודנו מתכחש למעשים בהם הורשע. על אף שזכותו של אדם המאמין בחפותו להמשיך ולהחזיק באמונה זו גם לאחר שהוכרע דינו כנגדו, העובדה כי הנאשם אינו מכיר במעשיו ועל כן גם אינו רואה כל פסול במעשיו, מצביעה על פגם חמור המחייב כי שיקול זה יתפוס מעמד של בכורה ביחס ליתר השיקולים הרלוונטיים.

(7) **"יכולתו של הנאשם להימנע מהמעשה ומידת השליטה שלו על מעשהו, לרבות עקב התגרות של נפגע העבירה"** - אין ספק כי הנאשם היה מסוגל להימנע מהמעשים בהן הורשע. לאחר סירובה של המתלוננת לקיים עמו יחסים היה בכוחו להפסיק באופן מיידי את ניסיונותיו ולחזור עם המתלוננת לאולם ממנו יצאו ליער ירושלים. העובדה כי לטענתו הבין לא נכונה את סירובה של המתלוננת, איננה פוגעת בעצם יכולתו להימנע מן המעשה ובמידת השליטה שלו על מעשהו. כמו כן, אין להצביע על כל התגרות מצד נפגעת העבירה.

(8) **"מצוקתו הנפשית של הנאשם עקב התעללות בו על ידי נפגע העבירה"** - שיקול זה כלל לא רלבנטי לעניינו.

(9) **"הקרבה לסייג לאחריות פלילית כאמור בסימן ב' לפרק ה'1"** - גם שיקול זה איננו רלבנטי בנסיבות דנן.



(10) **"האכזריות, האלימות וההתעללות של הנאשם בנפגע העבירה או ניצולו"** - במקרה דנן, הנאשם ניצל מינית את קורבנו, תוך שימוש בכוח, אך לא הפעיל אלימות כנגדה מעבר לזו הגלומה בעצם טיבו ומהותו של המעשה כמעשה מיני בכפיה; אם כי, חטיפתה של המתלוננת ברכבו של הנאשם והסעתה לפינה חשוכה ונידחת ביער ירושלים באישון לילה, הינה מעשה שניתן להגדירו כשלעצמו כמעשה אלים, זאת עקב הלחץ הנפשי והפחד הטבעי שנוצרו בעקבות מעשה זה.

(11) **"הניצול לרעה של כוחו או מעמדו של הנאשם או של יחסיו עם נפגע העבירה"** - אין במקרה דנן כל מעמד או יחס מיוחד מצד הנאשם אשר ניתן ליחס לו השפעה בביצוע העבירה.

30. כמצוות סעיף 40ג(א) לחוק, יש לשקלל את כל הרכיבים הללו, וכאמור, מלאכת השקלול תעשה תוך התייחסות לערך החברתי שנפגע בביצוע העבירה ומידת הפגיעה בו, וכן תוך בחינת מדיניות הענישה הנהוגה, היינו, פסיקה אשר לפיה ניתן יהיה לקבוע את מתחמי העונש ההולם בעבירות אשר אותם ביצע הנאשם. כפי שצוין בתפ"ח 667/09 לעיל, העונש המרבי הקבוע בחוק, וכמו כן אף העונש המינימום, אינם משקפים תמיד את המצב בפועל ביחס לענישה בגין עבירה זו או אחרת, ועל כן, העונש הסטטוטורי אינו המקור הבלעדי לבדיקת הענישה הנהוגה. מאידך גיסא, התיקון לחוק גם אינו בא לבטל את ההלכות הנהוגות בערכאות הדנות בסוגיות דנן והעקרונות עליהם הושתתו אותן הלכות עובר לכניסתו לתוקף של תיקון 113.

31. ויער: במלאכת קביעת מתחם העונש ההולם לעבירות בהן הורשע הנאשם בנסיבותיהן, קיים קושי ממשי - לפחות בימיה הראשונים של הטמעת תיקון 113 במערכת המשפט בהם אנו נמצאים - לגלות את "מדיניות הענישה הנהוגה" מתוך עיון בפסיקה שהייתה קיימת עובר לתיקון 113 לחוק, אשר אינה מבודדת כל מרכיב של אירוע עבירה בנפרד, או כל עבירה בנפרד. כמו כן קיים קושי למצוא גזרי דין בהם קיימות נסיבות התואמות במדויק את הנסיבות הקונקרטיות של העבירות בהן הורשע הנאשם במקרה דנן. יתירה מזאת, קשה במיוחד להבחין בין גזרי הדין שבפסיקה הישנה בשל הימצאותם של נתונים נוספים, למשל:

... כזו שבה הופעל גם מאסר על תנאי, וישנה כזו שבה היה לנאשם עבר פלילי, מכביד אם לאו, וישנה כזו עם או בלי הליך שיקומי, ועם תסקיר ובלעדיו, ועבירות שנמשכו שנים או אירועים בודדים, ועוד נתונים שונים. על כן, הפסיקה שתפורט להלן לגבי מדיניות הענישה הנהוגה בהתייחס לאירועי העבירה השונים, הינה רק אמת מידה - "קרובה" ככל שניתן לנסיבות האירועים דנן - לקביעת מתחם העונש ההולם, כאשר המתחם ייקבע לבסוף בהתאם להוראות סעי' 40ב, 40ג, 40ט, ו-40יג לחוק, וזאת לאחר השוואה לנסיבות הקונקרטיות של ביצוע העבירות בתיק זה. בפסקי הדין שהגישו הצדדים דובר על ענישה כוללת על העבירות והאירועים, ללא הפרדה ביניהם.

(תפ"ח 51536-06-11 מדינת ישראל נ' א' (3.12.12)).

ואכן, בפסיקה שהגישו ב"כ הצדדים, ניתן להבחין במגוון עונשים, לתקופות מאסר הרחוקות אחת מהשנייה כמרחק מזרח ממערב (השוו: ע"פ 6179/12 טובול נ' מ"י (17.4.13) - מעשה סדום ומספר מעשים מגונים - 30 חודשי מאסר בפועל; ע"פ 8649/11 שאקה אבום נ' מ"י (20.12.12) - מעשה



סדום בקטין עובר אורח, מעשה מגונה ותקיפה הגורמת לחבלה - 7 שנות מאסר; תפ"ח 7031/06 מ"י נ' עמוס (21.12.06) - מעשה מגונה ומעשה סדום בקטין - 4 שנות מאסר; תפ"ח 6/08 (נצ') מ"י נ' פלוני (18.1.09) - אינוס, מעשה מגונה (מספר מקרים), מעשה סדום בנסיבות מחמירות, כליאת שווא, הדחה בחקירה - 5 שנות מאסר; תפ"ח (י-ם) 640/09 מ"י נ' כבסה (24.11.10) - אינוס בנסיבות מחמירות ומעשה סדום - 4 שנות מאסר בפועל; כשהמכנה המשותף ביניהם כי המדובר בכולם בענישה כוללת בגין העבירות והאירועים המתוארים בהם, ללא הפרדה ביניהם, ולאחר שקלול של כל הנסיבות - לחומרא ולקולא - אשר השפיעו על העונש שנגזר. קביעת מדיניות הענישה הנהוגה, השואפת לקביעת מתחם הולם לנסיבות ספציפיות מתוך פנייה לפסיקה קודמת, הינה, אפוא, מלאכה קשה, ובמיוחד לאור העובדה כי לפי הוראות המחוקק בתיקון 113, **על בית המשפט לקבוע את המתחם ההולם לעבירה בנסיבותיה, לפני שישקול בית המשפט את אותן נסיבות אשר אינן קשורות לביצוע העבירה - קרי, הנסיבות המפורטות בסעיף 40א לחוק, בעוד שבפסיקה המסורתית שלפני התיקון לחוק, אף שיקולים אלה - כדוגמת נטילת אחריות, העדר עבר פלילי, ועוד, משוקללים כולם בעונש הסופי ללא הבחנה. אי לכך, לפחות בשלב זה של ההיסטוריה הפסיקתית במשטר החדש של תיקון 113, אין למצוא בפסיקה הנהוגה אדני יסוד ברורים ומנחים.**

32. למרות זאת, שומה על בית המשפט לבחון את המדיניות הנהוגה כמיטב יכולתו, ולשם כך נבדקו פסקי דין רבים, גם אלה שהוגשו על ידי ב"כ הצדדים וגם פסקי דין נוספים, בהם עסקו בתי המשפט במלאכת הענישה בעבירות הדומות לאלו אשר בהם הורשע הנאשם במקרה דנן. כאשר אני משקלל יחד את חומרתן העקרונית של העבירות, הערך החברתי שנפגע בעקבות ביצוען, מידת אשמו של הנאשם, תוך התייחסות למגוון העונשים שבפסיקה הקיימת, כמפורט לעיל, ניתן לקבוע כי בגין מעשי סדום כדוגמת המעשה בו הורשע הנאשם, כשביצוע המעשה מלווה גם במעשים מגונים, מתחם הענישה נע בין **ארבע לתשע שנות מאסר**; ואם כי יש גם למצוא מקרים בהם נגזרו תקופות מאסר החורגות ממתחם זה, לפעמים מתחת למינימום האמור ולפעמים גם מעבר למקסימום של המתחם האמור, ניתן להבחין בגזרי דין אלה נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, כפי שאף במסגרת יישומו של תיקון 113 ישנן נסיבות המתירות לבית המשפט לחרוג מן המתחם בצורה דומה (סעיף 40א לחוק), אליהן אתייחס בהמשך.

33. כאמור, את עונשו של הנאשם יש לגזור בתוך מתחם העונש ההולם, ככל שלא קיימות נסיבות המצדיקות חריגה ממנו על פי תיקון 113. בהקשר זה, ניתן לבית המשפט לשקול נסיבות אשר אינן קשורות בביצוע העבירה, כמפורט בסעיף 40א לחוק. מעיון בנסיבות המפורטות בסעיף 40א לחוק, ניתן להבחין בשיקולים אשר במקרה דנן מהווים שיקולים לקולא, כדוגמת "**הפגיעה של העונש במשפחתו של הנאשם**" (40א(2) לחוק), וזאת כתוצאה "טבעית" למשפחת הנאשם של כל עונש שייגזר עליו. כמו כן, יש לשקול את מרכיב "**חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה**" (40א(10) לחוק), לגביו טען ב"כ הנאשם, כי מעבר לעובדה שהמתלוננת הגישה את תלונתה כחלוף שלושה חודשים מאז האירוע, הרי שבעקבות הגשת התלונה נעצר הנאשם למספר ימים ושוחרר, והמאשימה הגישה נגדו כתב אישום **רק כעבור קרוב לשנה לאחר האירוע**; ובסופו של יום, עד הלום חלפו מעל לשלוש שנים מאז האירוע נשוא כתב האישום (30.5.10), ולטענתו של ב"כ הנאשם, אלו נסיבות מאוד רלבנטיות לעונש.

34. ברם, נגד שיקולים אלה לקולא, קיימים גם שיקולים לחומרא: כך, יש להתייחס בחומרה לשיקול המופיע בסעיף 40א(4) לחוק, "**נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו, וחזרתו למוטב או מאמציו**



לחזור למוטב, וזאת מאחר שהנאשם אינו מקבל על עצמו אחריות כלשהי בגין מעשיו או השלכותיהם, ואינו מכיר בכך שהוא זקוק לשיקום כלשהו. על כן גם מהווה השיקול שבסעיף 40א(5) לחוק שיקול לחומרא ("מאמצי הנאשם לתיקון תוצאות העבירה ולפיצוי על הנזק שנגרם בשלה"), מאחר שבהעדר קבלת אחריות עבור מעשיו ובהעדר הכרה בכלל בהשלכות מעשיו כלפי הקורבן, אין כמובן כל מאמץ מצדו של הנאשם לתקן את תוצאות העבירה או להציע פיצוי כלשהו בגין. בהקשר זה יצוין, כפי שפורט בהכרעת הדין, כי עוד לפני הגשת כתב האישום נוהל משא ומתן בין משפחות הנאשם והמתלוננת במאמץ להסכים על פיצוי כספי הולם, ברם גם אז לא השלים הנאשם עם עצם ההאשמות שהטיחה בו המתלוננת ועל כן גם לא הסכים לתשלום סכום כסף כלשהו.

35. בנסיבות העניין, אפוא, לא מצאתי לחרוג ממתחם העונש ההולם, בין לקולא ובין לחומרא.

36. לסיום יצוין כי על אף שהורשע הנאשם במספר עבירות (מעשה סדום, מעשים מגונים, חטיפה והדחה בחקירה), מדובר באירוע אחד, החל מחטיפת המתלוננת, עובר לביצוע המעשים המגונים ומעשה סדום, וכלה בהדחה בחקירה בסמוך לאחר מכן. כמצוות המחוקק בסעיף 40ג(א) לחוק, "הרשיע בית המשפט נאשם בכמה עבירות המהוות אירוע אחד, יקבע מתחם עונש הולם כאמור בסעיף 40ג(א) לאירוע כולו, ויגזור עונש כולל לכל העבירות בשל אותו אירוע."

37. באיזון הנדרש בין האינטרסים הרלבנטיים שנשקלו ופורטו לעיל אציע לחברי להשית על הנאשם את העונשים הבאים:

א. 5 שנות מאסר בפועל.

ב. שתי שנות מאסר על תנאי, שלא יעבור תוך 3 שנים מיום שחרורו מהמאסר עבירות מהסוג בו הורשע.

ג. פיצוי למתלוננת בסך 15,000 ₪, שישולם ב-15 תשלומים חודשיים, שווים ורצופים, החל מיום 10.8.13.

בן ציון גרינברגר, שופט

השופט הבכיר צבי סגל, אב"ד

אני מסכים.

**צבי סגל, שופט בכיר
אב"ד**

השופט משה יועד-הכהן:



אני מסכים.

משה יועד הכהן, שופט

הוחלט אפוא לגזור על הנאשם כאמור בפסקה 37 לגזר דינו של כב' השופט בן-ציון גרינברגר.

הודע על זכות ערעור לבית המשפט העליון תוך 45 יום מהיום.

ניתן היום, ח' אב תשע"ג, 15 יולי 2013, במעמד הנוכחים.

בן ציון גרינברגר,
שופט

משה יועד הכהן,
שופט

צבי סגל, שופט בכיר
[אב"ד]