

ע"פ 412/06

ע"פ 674/06

סיכומי
מסמכים
אלוף

בפני:

כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט ס' גוברמן
כבוד השופט י' אלון

המערער בע"פ 412/06:

ולדמיר אליאגוייב
דמיטרי עבדוב

המערער בע"פ 674/06:

נ ג ד

המשיבה:

מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע
בתפ"ח 984/04 שניתן ביום 4.12.05 על ידי כבוד השופטים ו'
מרוז, ר' יפה-כץ וא' ואגו

י"ב בתשרי התשס"ח (24.09.07)

תאריך הישיבה:

עו"ד שלומציון גבאי מנדלמן
עו"ד אדוה אליאב
עו"ד דותן רוסו

בשם המערער בע"פ 412/06:

בשם המערער בע"פ 674/06:

בשם המשיבה:

פסק-דין

שופט י' אלון:

שני המערערים הורשעו בבית המשפט המחוזי בבאר שבע באינוסה של המתלוננת, עבירה לפי סעיף 345(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). הרשעתו של המערער בע"פ 412/06 (להלן: המערער 1) היתה רוב דעות (כבוד השופטות ר' יפה-כץ וו' מרוז, בניגוד לדעתו המזכה של כבוד השופט א' ואגו), ואילו הרשעתו של מערער בע"פ 674/06 (להלן: המערער 2) היתה פה אחד. כמו כן, הורשע המערער 1 בעבירה של פגיעה בפרטיות פי סעיפים 2(1) ו-5 לחוק הגנת הפרטיות, התשנ"א-1981.

בגזר הדין נדונו שני המערערים לעונשי מאסר של שבע שנים, וכל אחד מהם חוייב בפיצוי המתלוננת -10,000 ש"ח.

בפנינו ערעוריהם של שני המערערים על הרשעתם, ולחלופין על מידת עונשם.

ואלה המעשים שיוחסו למערערים בכתב האישום:

סמוך למרץ 2004 פגש המערער 1 את המתלוננת ברחוב בשדרות, ובין השניים התפתח קשר רומנטי ואינטימי יצוין, כי המתלוננת היתה נשואה לאדם אחר שהיה אותה שעה במעצר בית). כחודשיים לאחר מכן (במהלך מאי 2004) אמרה המתלוננת למערער 1 כי נכנסה להריון ממנו. הריון זה לא היה רצוי למתלוננת ולמערער 1. כעבור מספר ימים סיפר המערער 1 למתלוננת כי שמע מאשה מבוגרת מבני עדתו, כי ניתן לגרום להפלה טבעית של ההריון א אשה ההרה תקיים יחסי מין עם אדם אחר (לא זה שממנו התעברה), והציע לה לשם כך לשכב עם חברו.

יפוצים, שם היה אותה שעה חברו, המערער 2 (שעבד בשיפוץ הדירה). המערער 1 והמתלוננת נכנסו לאחד החדרי
ניימו שם יחסי מין בהסכמה, כשהמערער 2 היה כל אותה עת בחדר השני. לאחר שסיימו, פנה המערער 1 למערער 2
נוכחות המתלוננת, וביקש ממנו שגם הוא יקיים עימה עכשיו יחסי מין, בתקווה כי הדבר יגרום להפלת העובר.

על פי הנטען, המתלוננת פרצה בבכי, אמרה כי אינה מסכימה לשכב עם המערער 2 ודרשה מהמערער 1 של
תיד אותה עמו לבד בדירה. המערער 1 לא שעה לה, הורה לה לשתוק, יצא את הדירה ונעל הדלת מאחוריו, והותי
דירה את המתלוננת והמערער 2. המערער 2 דרש מהמתלוננת לשכב עמו. היא סירבה, אולם הוא פשט בגדיו ובגדיה
פה עצמו עליה בכוח ובאימים ובעל אותה שלא בהסכמתה.

בשל עובדות נטענות אלה שבכתב האישום, יוחסה למערער 2 עבירת אינוסה של המתלוננת, כאשר עבירה זו
יחסה גם למערער 1 – וזאת מתוך הוראות סעיף 350 לחוק העונשין, ולפיו "לענין עבירה לפי סימן זה, אחת היא או
עושה עשה את המעשה או גרם שהמעשה ייעשה בו או באדם אחר".

באימרותיו השונות של המערער 2 בחקירתו ובמהלך עדותו בבית המשפט, נטען על ידו בעקביות כי לא קיי
לל יחסי מין עם המתלוננת במהלך האירוע הנטען בכתב האישום. בית המשפט דחה גירסה זו כבלתי אמינה והעדי
חתיה את עדות המתלוננת (ואת גירסתה בחקירה), כי מהלך הדברים היה כמתואר בכתב האישום. מתוך כך, ומתו
יזוקים שנמצאו לעדות המתלוננת, קבעו השופטים פה אחד כי המערער 2 ביצע את המיוחס לו והרשיעו כאמו
אינוסה של המתלוננת.

אשר למערער 1 – נחלקו כאמור הדעות. בדעת הרוב נקבע כי מתוך הראיות שהובאו בפני בית המשפט, על
עשיו של מערער זה כדי גרימת מעשה האינוס של המתלוננת על ידי המערער 2. המערער 1, בטרם יצא את הדירד
יע כי המתלוננת אינה מעוניינת לשכב עם המערער 2 והיא ביקשה אותו בבכי שלא יעזוב אותה לבד עם חברו בדירד
ל אף זאת הוא הורה לה להישאר, דרש מחברו לשכב עימה, יצא את הדירה, נעל הדלת מאחוריו ולקח עמו או
מפתח. מששב לדירה, לאחר כ-15 דקות, היה זה כבר לאחר בעילת המתלוננת על ידי המערער 2.

כבוד השופט א' ואגו חלק על חברותיו למותב. על פי קביעתו, המתלוננת ושני המערערים הגיעו מלכתחילה
דירה בידיעת ובהסכמת המתלוננת לקיים יחסי מין עם המערער 1 ולאחריו עם המערער 2, וזאת מתוך אמונת ההב
ול שלושם. **המתלוננת (המערער 1) כי הדבר יגרום להפלת הריונה.** המתלוננת חזרה בה מהסכמה מקורית זו רק לאחר
והמערער 1 **עזב את הדירה והיה נותר לבד עם המערער 2.** היא הביעה בפניו כבירור ובמפורש את התנגדותה לקיו
זסי מין עמה **אלה המערער 2 לא שעה לה וכפה עצמו עליה בכוח ובאימים.** המערער 1, מכל מקום, לא היה מוד
שינוי זה **בהלך עדותה של המתלוננת בטרם עזב את הדירה.** כבוד השופט ואגו ציין, כי לא ניתן לשלול הסברו ש
מערער 1 **לפניה של המתלוננת טרם עזיבתו,** במבוכה ובבושה שחשה לקראת היחסים שאמורה היתה לקיים עם חברו
הסבר זה **את נמצאו תימוכין מסויימים במהלך עדותה של המתלוננת ובעימות שנערך בינה לבין המערערים בשל**
חקירה.

מכיוון **לא הוכח כי המערער 1 אמור היה להניח או להעלות בדעתו אפשרות למעשה אינוס מצד המערע**
לאור זאת, המעוררים נוספים, מצא כבוד השופט א' ואגו כי לא הוכחה עבירת האינוס שיוחסה למערער 1. עם זאת
צא הוא כי הוכחו יסודות העבירה של כליאת שוא, וזאת לאור נעילת המתלוננת (והמערער 2) בדירה.

מתלוננת, לא היה מקום לממצא המרשיע לפיו בעילתו אותה שלא בהסכמתה. אדרבא, המתלוננת הגיעה לדירה (יחד עם המערער 1) בידיעה ובמטרה לקיים שם יחסי מין גם עם המערער 2. לטענתו, גירסתה לפיה הביעה התנגדותו בעילה – עובר למעשה – נסתרת מתוך אמירות אחרות שנמסרו על ידה ואינה עולה בקנה אחד עם מכלול הראיות.

ראשית, תלונתה על המעשים נמסרה על ידה למעלה מחודש לאחר האירוע. אותה שעה הגיעה המתלוננת משטרת שדרות להתלונן על הטרדות טלפוניות שמטריד אותה המערער 1 (ועל כך הורשע הוא באישום השני). ר' אחר שסיימה למסור את תלונתה והודעתה לעניין זה, "נזכרה לפתע" לדוות על אירוע האינוס הנטען שהתרחש כאמו ודרש ומעלה לפני כן.

המערער 2 מוסיף וטוען, כי תלונת המתלוננת יסודה בעלילה שרקחה נגדו (וכנגד המערער 1) על מנת למנוח גירושה מישראל. פרטים נוספים שנמסרו על ידי המתלוננת בגירסתה לעצם ההתרחשויות, גם הם מחזקים לטענת ת העדר מרכיבי האינוס והכפיה.

ב"כ המערער 2 מפנה לקטעים מעדותה ומאמירותיה, לפיהם היא היתה מודעת לכך שהמערער 2 אינו מעוניי קיים עימה יחסי מין, כי היא זו שפשטה מיוזמתה את חולצתה (לאחר שהמערער 1 עזב את הדירה) לבקשת המערער , וכי היא חושבת שהמערער 2 הסכים לשכב עמה רק בגלל שהמערער 1 דרש זאת ממנו.

ב"כ המערער 2 מוסיפה וטוענת למכשלה חמורה שנפלה במהלך ייצוגו בפני בית המשפט קמא, ואשר גרמה לו טענתה, עיוות דין שלא ניתן להשלים עמו. במהלך המשפט ושמיעת הראיות יוצג המערער 2 על ידי המנוח עו"ד נחור ירם ז"ל, אשר סבל אותה שעה ממחלה קשה. הוא אושפז עקב כך טרם השמעת הסיכומים. בישיבת 2.5.05 הודי נגורו של המערער 1 (בבית המשפט קמא), עו"ד י' גסר, כי לבקשת סנגורו של המערער 2 הוא יגיש סיכומים בכת שם שני הנאשמים, וכך היה. בסיכומים אלה שונה לפתע קו ההגנה של המערער 2. עד לאותו השלב היו כאמו ירסתו ועדותו כי כלל לא שכב עם המתלוננת במהלך האירוע, אולם עתה, בסיכומיו האמורים של עו"ד י' גסר, נטע י הוא אמנם קיים יחסי מין עם המתלוננת אולם הדבר נעשה בהסכמתה.

שלושה ימים לאחר מכן, ביום 5.5.07, הגיש עו"ד י' גסר לבית המשפט קמא מסמך "השלמת סיכומים". עניינו ול אותה השלמה בשאלה שהפנה בית המשפט קמא לסנגור (בישיבת 2.5.05 בה הוגשו סיכומיו המקוריים), כיצד זו וא טוען בשמו של המערער 2 (שיוצג כאמור על ידי המנוח עו"ד נ' בירם ז"ל) גירסה כה שונה מגירסתו בחקירת בעדותו. על כך השיב עו"ד י' גסר בהשלמת הסיכומים: "לטענתנו, עמדת הפסיקה תואמת את גישתנו לפיה יש לאפש הגנה לנקוט בקוי הגנה חילופיים ואף אחרים ... לטענתנו, עמדה שכזו מתחייבת בנסיבות המיוחדות והיוצאות דופ ול המקרה דנן, שבו כל הנפשות המעורבות הינן פרימיטיביות להחריר ובולטת במיוחד העובדה ששיקוליהם נובעין מניעים זרים שאינם ראציונליים...".

עו"ד א' אליאב, המייצגת את המערער 2 בפנינו, טוענת כי "שינוי החזית" האמור שביצע סנגורו של המערער בסיכומים שהגיש באותן הנסיבות גם בשם המערער 2 – פגע באופן מהותי בזכויותיו של המערער 2 וקיפח בצורה שמעותית את סיכויי הגנתו.

אשר למערער 1 – סניגוריתו, עו"ד ש' גבאי-מנדלמן, סומכת יתדותיה בפסק דינו המפורט של כבוד השופט א אגו שהיה בדעת המיעוט ומבקשת כי נקבל את ערעורו ונזכהו מחמת הנימוקים והמסקנות שבפסק דין המיעוט.

מטבע הדברים נפתח דווקא בערעורו של המערער 2, שכן אם נמצא כטענתו כי לא היה מקום להרשיע אינוסה של המתלוננת ונקבע כי נותרו ספקות שמא המדובר היה במעשה בעילה בהסכמה – תישמט בכך, מניה וביד מ הרשעתו של המערער 1. שכן, אם לא הוכח מעשה האינוס גופו, לא הוכח כמובן המעשה שעל פי הנטען גרו התרחשותו.

רשעת המערער 2

נפתח בעניין הכשל הנטען שאירוע בייצוגו של המערער 2. אכן, הדרך בה הוגשו מלכתחילה סיכומיו ש מערער 2 על ידי סנגורו של המערער 1 – לא היתה ראויה. עמד על כך למעשה בית המשפט קמא בהציגו או בעייתיות שנתגלתה בעניין זה בפני הסניגור עו"ד י' גסר. זאת, כמשתמע מתוך משפטי הפתיחה של עו"ד י' גס מסמך הסיכומים המשלים מיום 15.5.04, כפי שצוטטו לעיל.

עם זאת, המבחן שתשים בפניה ערכאת הערעור בבואה לבחון נפקותו של כשל בייצוג, הינו אם אותו הכש וביל לעיוות דין תוצאתי. וכנפסק בע"פ 1057/96 אמסלו נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 160 (1998):

"... המבחן להכרעה בשאלת גרימתו של עיוות דין הוא סיבתי-תוצאתי, ועל הטוען שנגרם לו עיוות דין, בשל ייצוג משפטי בלתי הולם, מוטל להראות, כי אלמלא מהלך מוטעה שנקט עורך-הדין שייצג אותו במשפטו, אפשר שבית-המשפט היה מגיע לתוצאה שונה." (עמ' 165-166)

לאור מבחן זה נפנה בראשונה לבדיקת מהלכי הייצוג כפי שנעשו בפני בית המשפט קמא, כעולה מפרוטוקול דיונים וממסמכי הסיכומים בכתב שהוגשו לבית המשפט. שמיעת ראיות ההגנה הסתיימה בישיבת 18.4.05, ובסיומו רחה הדיון לשמיעת הסיכומים ליום 2.5.05. בטרם סיום הישיבה הודיעו ב"כ הצדדים כדלהלן:

"התובע: אני מבקש לסכם בעל פה.

עו"ד גסר: אני מבקש לסכם בעל פה במועד מאוחר יותר. (ב"כ מערער 1): בסיכומי אני אתייחס לשני הנאשמים.

עו"ד בירם: אני אשלים את סיכומי עו"ד גסר. יתכן שאני (ב"כ המערער 2): אעזר בעו"ד נוסף בשל מחלתי".

לישיבת 2.5.05 התייצבו שני הנאשמים, התובע, עו"ד גסר (ב"כ הנאשם 1) ומתמחה משרדו של עו"ד נ' בירם. לפתח הישיבה הודיע עו"ד גסר:

"כפי שסוכם בישיבה הקודמת עם עו"ד בירם, אני אסכם גם בשם הנאשם 1 וגם בשם הנאשם 2. נוכח באולם מתמחה משרד עו"ד בירם, ממנו למדתי שעו"ד בירם אושפז הבוקר".

בהמשך סיכם ב"כ המאשימה את סיכומיו בעל פה. עם תום סיכומיו הגיש עו"ד י' גסר לבית המשפט מסמך ש 1 עמודים שכתרתו "סיכומי הנאשם 1", והודיע לבית המשפט (כרשום בפרוטוקול): "אני טוען בשם שני הנאשמים אחר גמר הטיעונים אגיש את הסיכומים שאני מתקן (עכשיו – י"א) את כותרתם לגבי שני הנאשמים ... לשאלת בית משפט מה עמדתנו, אני משיב שלדעתי קיים הנאשם מס' 2 יחסי מין בהסכמה כיום האירוע, וזה אפשר ללמוד בעיקר

י "עו"ד בירם ז"ל עיין בסיכומים של עו"ד גסר והוא מצטרף אליהם. יחד עם זאת מבקש לתת לנו מספר ימים על מנו שקול להוסיף מספר מילים בכתב. עו"ד בירם ז"ל יגיע כבר היום למשרד והוא מתפקד באופן רגיל".

שלושה ימים אחר כך, ביום 5.5.05, הגיש עו"ד גסר את מסמך "השלמת הסיכומים", ובו התייחסות נוספת אותה שאלה שנשאל על ידי בית המשפט. חמישה ימים לאחר מכן (ביום 10.5.05) הגיש עורך דין בירם ז"ל עצמ סמך "השלמה לסיכומיו של עו"ד גסר". בפרק הראשון במסמך זה של עו"ד בירם ז"ל (שייצג כאמור מלכתחילה או מערער 2), מאמץ הוא את סיכומיו של עו"ד גסר גם לעניין "שינוי החזית", ולפיו מוכן הוא להניח כי אמנם התקיימ זסי מין בין המערער 2 למתלוננת, אולם אלה התקיימו לטענתו בהסכמה.

העולה במקובץ מן הדברים הינו, כי סיכומי המערער 2 הוגשו ע"י עו"ד גסר בתיאום מוקדם עם סניגורו (בכ הלך הדיונים), עו"ד נ' בירם ז"ל, וכי לאחר הגשת סיכומי עו"ד גסר הגיש עו"ד בירם ז"ל בעצמו השלמת סיכומיו טעם מרשו המערער 2, ובה אימץ במפורש את סיכומי עו"ד גסר.

בין לבין יזם בית המשפט קמא פניה לעו"ד גסר, ובה הסב חשומת לבו ל"שינוי החזית" בנקודה שפורטה לעי וינוי זה נתאשר מראש (בישיבת 2.5.05) ובדיעבד (בהשלמת הסיכומים של עו"ד בירם ז"ל מיום 10.5.05) על יד נגורו משכבר של המערער 2, עו"ד נ' בירם ז"ל.

ב"כ המערער 2 בנימוקי הערעור ובטיעוניה על פה מיקדה ביקורתה סביב השלב הראשון של הגשת סיכומ ו"ד גסר גם בשם המערער 2, מבלי שהמערער 2 עצמו היה מודע לכך – לטענת הסנגורית. ברם, לא מצאנו התייחסות טענותיה לעובדה ששבוע לאחר מכן, ביום 10.5.05, הוגשו סיכומי עו"ד נ' בירם ז"ל עצמו ובהם אימוץ הטענות ולן, גם אלה שנטענו בשם המערער 2, מרשו ולקוחו משכבר.

גם לגופם של דברים – לא מצאנו כי בסופו של יום נגרם למערער 2 עיוות דין מתוך השתלשלות הדברים אמורה. אדרבא, בהכרעת הדין המפורטת אין הפניה כלשהי לאותו "שינוי חזית" כנימוק או כראיה העומדים לרוע מערער 2.

זאת ועוד. הממצא (של כל שופטי המותב קמא) לפיו אמנם התקיימו יחסי מין בדירה בין המערער 2 למתלוננת סמך, בנוסף על עדות המתלוננת והמהימנות שנמצאה בה, גם באמירות לעניין זה מהמערער 1 ומתוך חוסר ההסתברות וניכר מגירסתו הפתלתלה של המערער 2.

בנסיבות אלה, סיכומיהם של עורכי הדין גסר יבל"א ונ' בירם ז"ל בעניינו של המערער 2 לא הסבו לעניינו נז וצאתי, וממילא אף לא עיוות דין.

ומכאן לטענות המערער 2 לגופה של הרשעתו. ממצאו המרשיע של בית המשפט קמא הסתמך כאמור ע מהימנות שמצא בגירסת המתלוננת בעדותה ובאימרותיה בחקירה. ראשית, כי לאחר שעזב המערער 1 את הדירה בע ותה המערער 2. שנית, כי בעילה זו היתה בניגוד להסכמתה ותוך הפעלת כוח והשמעת איומים מצד המערער 2.

ממצאי עובדה אלה נקבעו כאמור בראש וראשונה מתוך המהימנות שמצאו שופטי בית המשפט קמא בעדות מתלוננת. הלכה היא, כי ערכאת הערעור תמעיט להתערב בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית, ובמיוחד שע

טענה זו נדחתה בפסק הדין קמא, ובדין. כאמור, המערער 2 כפר בהתמדה בעצם קיום יחסי המין עם מתלוננת, ודי בכך לדחות טענה זו כשהיא באה מפיו. ברם, כפי שהדברים בוארו ופורטו בפסק הדין קמא, המתלוננת עדותה ובאימרותיה, העידה כי אכן המערער 1 סיפר לה על אותה "שיטה" להפסקת הריון, אולם משהגיעו הדברים כלל מעשה היא הבהירה למערער 2 כי היא אינה מסכימה ליחסי מין איתו, וזאת בדיבורים ובניסיונה להתנגד פיזית כפיית עצמו עליה. גם אם נמצא כי התנגדותה זו ליחסי המין עמו באה לידי ביטוי רק לאחר שהמערער 1 עזב את הדירה – די בכך לבסס את הממצא המרשיע בדבר בעילתה על ידו שלא בהסכמתה.

המסקנה המתבקשת מתוך כל המפורט, הינה כי דין ערעורו של המערער 2 על הרשעתו – להידחות.

רשעת המערער 1

1. מעשה אינוסה של המתלוננת על ידי המערער 2 נעשה מראשית ועד אחרית לאחר שהמערער 1 עזב את הדירה וא חזר לדירה לאחר שהמערער 2 סיים את מעשיו. עובדות אלה אינן שנויות במחלוקת. השאלה שעמדה להכרעתו של בית המשפט קמא, בעניינו של המערער 1, היתה – האם הנסיבות והמעשים שקדמו לעזיבתו את הדירה עלו כדי היסוד עובדתי והנפשי הנדרש להרשעת המערער 1 בעבירת האינוס (לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין) שביצע המערער, וזאת מכוח הוראת סעיף 350 לחוק כפי שנטען על ידי התביעה בכתב האישום.

וזו היא לשונו של סעיף 350:

350. גרם מעשה

לעניין עבירה לפי סימן זה (לרבות עבירת האינוס – י"א) אחת היא אם העושה עשה את המעשה או גרם שהמעשה ייעשה בו או באדם אחר.

ולעניינו – האם המערער 1 "...גרם שהמעשה ייעשה (על ידי המערער 2 – י"א) ... באדם אחר (המתלוננת – י"א)".

עיף 350 לחוק העונשין

1. בטרם נבחן העובדות הקונקרטיות לעניין דנן, מן הראוי לבחון בראשונה את טיבה ומהותה של הוראת סעיף 350. לאמור, האם עניינה בהגדרה מרחיבה של "הצדדים לעבירה" או שמא עניינה בהרחבת הגדרת עבירות המין שלפני ימין ה' לפרק י' של חוק העונשין.

עיון בהיסטוריה החקיקתית של סעיף זה ובחינת סימן ב' לפרק ה' של חוק העונשין ("צדדים לעבירה") ובילים להשקפתי למסקנה כי עניינו של סעיף 350 הינו בהרחבת הגדרת מעשה העבירה שבעבירות המין ול: הרחבת ההגדרה של "הצדדים לעבירה" בעבירות אלה. ראשיתה של ההוראה שבסעיף 350 הינה בחוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988. בגדרו של אותו התיקון הוחלף במלואו סימן ה' לפרק י' של החוק (עבירות מין): כללה בסימן החדש הוראת סעיף 350 שנוסחה אותה שעה היה:

"לעניין עבירה לפי סימן זה, אחת היא אם העושה עשה את המעשה או גרם שהמעשה ייעשה".

בדברי ההסבר להצעת החוק (ה"ח 1797, התשמ"ו 303, 307), נאמרו לעניין זה הדברים הבאים:

"הסעיף (המוצע – י"א) מרחיב את האחריות הפלילית מעבר לזו שנקבעה בהוראות הכלליות של החוק.

מטרת ההרחבה היא לאפשר העמדתו לדין של אדם שבפועל אינו עושה מעשה בזולתו, אלא גורם לזולתו שיעשה בו את מעשה העבירה, אף שהמעשה אינו מהווה עבירה לגבי האדם העושה אותו.

סעיף 355 הקיים (טרם תיקון 22 – י"א) מתייחס באופן חלקי לשאלה זו, ומוצע כי החוק יתייחס אליה באופן המקיף את כלל עבירות המין".

סעיף 355 לחוק העונשין, קודם תיקון 22, כותרתו היתה "מעשה מגונה שלא בכפיה". בסיפא לאותו הסעיף קבע, כי עבירה זו של מעשה מגונה תחול בנסיבות שפורטו שם גם על "...מפתח או מנסה לפתות אדם, ביודעין, שהו: קוי בנפשו או בשכלו, לעשות או להניח שיעשה בו מעשה מגונה...". לאמור, המטרה החקיקתית המוצהרת של סעיף 35 (כנוסחו בתיקון 22) היתה להרחיב את היקפן של עבירות המין השונות (ולא רק המעשה המגונה) גם לסיטואציות ובדתית אשר בה העבריינין אינו עושה פיזית את המעשה בקורבן העבירה אלא גורם לקורבן העבירה שיעשה או מעשה בו (בעבריינין). בחוק העונשין (תיקון מס' 77), התשס"ד-2003 (ס"ח 911 תשס"ד, 19) תוקן נוסחו הקודם ש עיף 350 (שהוחק בתיקון 22) בכך שלסיפא של הסעיף התווספו המילים "בו או באדם אחר". ומכאן נוסחו הנוכחי ש עיף 350 (והרלבנטי למעשים נשוא ערעור זה):

"לעניין עבירה לפי סימן זה, אחת היא אם העושה עשה את המעשה או גרם שהמעשה ייעשה בו או באדם אחר".

הוספת צמד המילים "באדם אחר" אינה משנה ממהותו המקורית של סעיף 350. לאמור, הרחבת היקף מעשה בירת המין גם למצבים עובדתיים בהם המרכיב העובדתי של מעשה העבירה נעשה בגופו של אדם אחר שאיננו קרב עבירה.

ניטול לדוגמה את עבירת המעשה המגונה. מלכתחילה (בטרם תיקון 22) דרש היסוד העובדתי של העבירה כ עבריינין יבצע את המעשה המגונה בגופו של הקורבן. בא תיקון מס' 22 (בהוסיפו את סעיף 350 כנוסחו הראשון הרחיב את עבירת המעשה המגונה גם למקרה בו העבריינין גורם לקורבן העבירה לבצע את המעשה המגונה בגופו ש עבריינין.

בא תיקון מס' 77, ביאר את משמעותו האמורה של הנוסח הקודם ("...שהמעשה ייעשה בו...") (והרחיב הרחבו: יספת, ולפיה עבירת המעשה המגונה תחול גם במקרה בו העבריינין גורם לקורבן העבירה לבצע את המעשה המגונה: גופו של אדם שלישי).

לאמור, אחת היא אם העבריינין עושה את המעשה המגונה בגופו של קורבן העבירה או אם גורם הוא לקורבן עבירה לבצע את המעשה בגופו של אדם אחר. הרחבת מעשה העבירה לפי סעיף 350 עניינה איפוא בגרימת קורבן עבירה לבצע המעשים בגופו של פלוני אחר, גם שעה שאותו פלוני איננו קורבן העבירה.

1. סוגיה שונה ונפרדת הינה בקביעת והגדרת הצדדים לעבירה. נושא זה גובש מלכתחילה בפסיקה בגידורם ש ללי השותפות לעבירה. ולימים בגדרו של ההסדר החקיקתי שבחוק העונשין (תיקון מס' 39) וחלל מקדמי וחל

”(א) מבצע עבירה – לרבות מבצעה בצוותא או באמצעות אחר.

(ב) המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקא מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר.

(ג) ...”.

השאלה אם פלוני, הקשור למעשה אינוסה של קרבן העבירה על ידי אלמוני, ייחשב למבצע בצוותא (ביחד עם אלמוני) של מעשה האינוס – תיבחן ותוכרע על פי הוראות סעיף 29, כפי שאלה נתפרשו ויושמו בפסיקה. זאת, גם מקרים בהם לא ביצע פלוני את מעשה האינוס עצמו אולם היה שותף עם אלמוני במעגל הפנימי של ביצוע מעשה אינוס. למשל, החזיק בקורבן העבירה בעת המעשים. גם אם יימצא כי אין הוא בא בגדר ”מבצע בצוותא” של העבירה פלוני, נוסף ונבחן אם בא הוא בגדרי ”הפריפריה העבריינית” של משדל (סעיף 30 לחוק) או של מסייע (סעיף 1 חוק). הצד השווה לבחינות אלה הוא בהינתן שותפות או מעורבות של מספר מבצעים למעשה עבירה אחד. לאמור: שייה עבריינית משותפת – בחלקה או במלואה – של מספר אנשים.

1. ברמת הפרשנות המילולית ניתן אמנם לייחס את הסיפא לסעיף 350 (לאחר תיקון 77) כמתייחסת גם לסוגיין צדדים לעבירה. שכן, הנוסח הנוכחי הינו: ”...גם שהמעשה ייעשה ... באדם אחר”. ברם, פרשנות שכזו אינה עולה קנה אחד עם תכלית והדבק הדברים של הוראת סעיף 350. היא גם אינה תואמת את המבנה המתודולוגי והנורמטיבי ול ההסדר הכולל שקבע המחוקק לעניין סוגיית הצדדים לעבירה בתיקון 39 לחוק.

ודוק, תיקון 77 לחוק העונשין (על דרך הוספת הסיפא לסעיף 350 במילים ”בו או באדם אחר”) נעשה כעש ונים לאחר חקיקת תיקון 39 וקביעת ההסדר הנורמטיבי הכולל לעניין הגדרת הצדדים לעבירה. אם נבוא לפרש את מילים ”...גם שהמעשה ייעשה ... באדם אחר” כמתייחסות להגדרת צד לעבירה כמבצע או כמבצע בצוותא, נימצא מעשה במתחם חקיקתי שונה, ובמידת מה גם סותר, למתחם הנורמטיבי לעניין הצדדים לעבירה כפי שנקבעו הדברים סעיף 29 לחוק (בתיקון 39). שכן, על פי פרשנות שכזו נילץ לקבוע מבחן חדש ונוסף להיותו של פלוני שות עבירת מין והוא מבחן הגרימה. מבחן שכזה מניח את דרישת התוצאות האפקטיבית הישירה שבין ”תרומה מעשה” של השותף לעבירת המין לתוצאת מעשה העבירה.

על פני הדברים – מבחן שכזה אינו מתבקש לצורך הגדרת ”מבצע” על פי סעיף 29 לחוק העונשין. במידה סווימת ניתן אף לאמר כי אינו ממין העניין והסוגיה של הגדרת הצדדים לעבירה נוכח ההסדר החקיקתי המקי ונקבע לעניין זה בתיקון 39 לחוק העונשין.

פרשנות מוצעת שכזו גם אינה עולה בקנה אחד עם נוסחו של סעיף 350 כמכלול אחד וקוהרנטי. שכן, הצי מרכזי שבסעיף זה הינו ”המעשה” ולא ”העושה”. וכנאמר בלשון הסעיף:

”... אחת היא אם העושה עשה את המעשה, או גרם שהמעשה ייעשה בו או באדם אחר”.

עניינו של סעיף זה הינו הרחבת מעשה העבירה גם למעשים שאינם פיזית על ידי העברייני בגופו ש קורבן אלא בקורבן עצמו הנאלץ כתוצאה ממעשי העברייני לבצע את המעשים בגופו של העברייני או בגופו של אדם

הוא מוסיף, שיש להבחין בין עבירות המנויות בפרק עבירות המין אליהן מתייחס סעיף 350 לחוק. פרט לעבריינין). המדובר הינו בעבריינין הגורם לקורבן לעשות מעשה מגונה בגופו של אחר. הוא הדין בעבירות מעשן דום, אינוס ועבירות אחרות המנויות בפרק עבירות המין אליהן מתייחס סעיף 350 לחוק.

גם ההיסטוריה החקיקתית של תיקון 77 לחוק (בו הוספה הסיפא לסעיף 350) מעלה כי אכן זו היתה מטרה קיקתו (ראו פרוטוקול 83 מ-3.11.03 ופרוטוקול 88 מ-11.11.03 לדיוני ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת). יתירו זו, הוספת המילים "בו או באדם אחר" בגידרו של תיקון 77 מהווה השלמה וביאור למטרה החקיקתית המקורית ועמדה ביסוד חקיקתו של סעיף 350 מלכתחילה (בתיקון 22) כמפורט לעיל.

1. למעלה מן הצורך, וגם אם היינו מוצאים מקום לפרשנות כפולה (ולטעמי – דחוקה) לסיפא של סעיף 50 מתייחסת כאחד הן להרחבת הגדרת מעשה העבירה והן להרחבת מעגל הצדדים לעבירה – גם אז לא היה מקום מצוא באותה הסיפא משום הרחבה או שינוי של הגדרת ה"צדדים לעבירה" כפי שעניין זה הוסדר בתיקון 39 לחוק עונשין.

בדרך פרשנית זו נוקט המלומד י' קדמי בספרו "על הדין בפלילים" (מהדורת 2006, חלק שלישי עמ' 8-1437):

"אף שהמדובר בהוראה מיוחדת בדבר נשיאה באחריות לביצועה של עבירה שלא במסגרת ההוראות הכלליות בסימן ב' לפרק ב' שעניינו 'צדדים לעבירה', נראה כי גם כאן יחולו הכללים הבסיסיים של אחריות למעשהו של אחר. לאמור, קיומו של הלוח נפש זה לזה הדרוש לביסוס הרשעתו של המבצע, ו'גורם הביצוע' מתוך כוונה שאותה עבירה תבוצע. להדגיש, אין המדובר כאן ב'אחריות משנית' של מסייע או 'משדל', אלא באחריות ישירה של 'מבצע'; באופן שבפועל ניתן לקרוא בכל אחת מהגדרות העבירה שבסימן ה' האמור כאילו כתוב בה 'העושה או הגורם שייעשה'..."

ובהמשך הדברים:

"... לנשיאה באחריות מכוחה של ההוראה שבסעיף זה היבט עובדתי והיבט נפשי כמפורט להלן. בהיבט העובדתי, משמעותו של 'גורם (שהמעשה ייעשה)' בהקשר זה רחבה מזו של 'שדל'... כאשר הלכה למעשה מדובר במי ש'תרם' לפחות לביצוע ובתור שכזה נחשב – מאז תיקון 39 – ל'מבצע' או ל'מבצע בצוותא' לפי העניין..."

סיכומם של דברים, גם אליבא דפרשנות זו של הסיפא לסעיף 350 יהיו המבחנים לקביעת אחריותו של "הגורם והמעשה ייעשה באדם אחר" זהים למבחני קביעת ה"מבצע" או "המבצע בצוותא" שבסעיף 29 לחוק.

מן הכלל אל הפרט

1. שופטי בית המשפט המחוזי נחלקו כאמור בדעותיהם בשאלת אחריותו של המערער 1 למעשה האינוס (שנעשן ל ידי המערער 2). דעת הרוב מצאה כי אחריותו של המערער הוכחה, ואילו דעת המיעוט מצאה כי לא הוכחה כנדרש אחריות שיוחסה למערער 1. כבוד השופטת ר' יפה-כץ (בדעת הרוב) מצאה בפסק דינה כי בעת שהלכו המערער המתלוננת לדירה, המערער 1:

"ידע שהמתלוננת עדיין לא הסכימה לקיים יחסי מין עם חברו (המערער 2 – י"א) והוא

לאור זאת מוצאת השופטת קמא כי השאלה העומדת לבחינה הינה:

"האם עשה הנאשם 1 מעשה כדי לברר מהו רצונה של המתלוננת. הנאשם מס' 1, אשר ידע על התלבטויותיה של המתלוננת ועל כך שכבר אמרה לו בטרם הגיעם לדירה שאינה מעוניינת במגע מיני עם חברו, לא יכול היה להסתפק ב'אי ידיעה' של רצונותיה של המתלוננת בטרם עזב את הדירה והיה מחוייב לברר זאת באופן פוזיטיבי.

משהמתלוננת לא אמרה לו במפורש שהיא מסכימה לקיים יחסי מין עם הנאשם 2, לא יוכל הנאשם מס' 1 להסתתר מאחורי טענה של אי ידיעה. כאשר מדובר בעבירת 'אינוס על ידי אחר' שבסעיף 350 לחוק העונשין, שלב הידיעה של הפוגע הוא השלב שבו איפשר במעשיו לאונס בפועל לממש את זממו.

ובמקרה שלנו – אם לא ברגע שהנאשם 1 הביא את המתלוננת לבית חברו, אז בשלב בו יצא מן הדירה ונעל אותה, כאשר בין לבין היה עליו לברר, פוזיטיבית, מה רצונה של המתלוננת."

ובהמשך הדברים:

"סעיף זה (סעיף 350 לחוק העונשין – י"א) צורך לחוק העונשין בשנת תשמ"ח ויש בו כדי לייחד את המביא לכך שמעשה אינוס ייעשה על ידי אחר, בכך שיראו בו כמבצע עיקרי במאובחן מהמסייע או המשדל בעבירות אחרות".

1. בפרק הקודם ניתחתי את הפרשנות הראויה להוראת סעיף 350 לחוק העונשין, ולפיה אין עניינו בהרחבת מעג הצדדים לעבירה" אלא בהרחבת היקף מעשי עבירות המין. על פי פרשנות זו של הסעיף, אין הוא חל מלכתחילה ע מערער 2, זאת הואיל ועניינו של סעיף 350 הינו במבצע העבירה הגורם לקורבן העבירה לבצע מעשה באדם שלישי.

אולם גם אם נפרש את הסיפא לסעיף 350 כמתייחסת לאדם ה"גורם" שהמעשה ייעשה (על ידי השותף לעבירה אדם אחר (הקורבן), גם אז – כמפורט לעיל – אין בהוראה זו משום הרחבת הגדרת "מבצע" או "מבצע בצוותא עבר לקבוע בסעיף 29 לחוק העונשין.

הפרשנות המוצעת בדעת הרוב של בית המשפט קמא, ולפיה מכוח סעיף 350 בעבירות מין גם "מסייע" א משדל" (כמובנם בסעיף 30 ו-31 לחלק הכללי של חוק העונשין), דינו כדין מבצע עיקרי – הינה מרחיקת לכת. הינה עולה בקנה אחד עם כללי היסוד של אחריות בפלילים והצדדים לעבירה הקבועים בפרק ב' לחוק העונשין החלו ל העבירות לכל סוגיהן. היא גם אינה עולה בקנה אחד עם הפרשנות המתבקשת מתוך ההיסטוריה החקיקתית ש עיף 350 ואף לא עם מידת הפרשנות הנדרשת לעניין הסיפא לסעיף זה גם לשיטה המניחה את פעולתה הכפולה.

ובקיצור, השאלה אם המערער 1 אחראי כמבצע בצוותא לאינוסה של המתלוננת על ידי המערער 2, תיבח זוכרע אך ורק על פי כללי השותפות לעבירה והצדדים לעבירה שבסעיף 29 לחוק העונשין. זאת, הן למרכיבי העובדו הן למרכיבי היסוד הנפשי שנקבעו לעניין זה בחוק ובפסיקה.

1. דעות הרוב והמיעוט בפסק הדין קמא לא נחלקו ביניהן לעניין החקיימות תשתית העובדות דלהלן:

ת שיטת ההכל של "עירבוב הדמים" למטרת הפלת הריונה;

ב. כשהיו השלושה בדירה קיימה המתלוננת יחסי מין – מרצון ובהסכמה – עם המערער 1;

ג. בטרם יצא המערער 1 את הדירה (כשהוא משאיר שם את המתלוננת והמערער 2), הוא לא דרש, לא ביקש לא הציע למערער 2 לקיים יחסי מין עם המתלוננת בניגוד לרצונה, וגם לא ביקש או דרש זאת מהמתלוננת;

ד. המתלוננת ביטאה כלפי חוץ לראשונה את התנגדותה לקיום יחסי המין עם המערער 2 רק לאחר והמערער 1 כבר יצא מהדירה;

ה. אין בחומר הראיות ממצא המצביע על כוונתו של המערער 2 לבעול המתלוננת שלא בהסכמתה קודם יציאת המערער 1 את הדירה.

לעומת ממצאים אלה, הוכח כי בעת שיצא המערער 1 את הדירה הוא נעל הדלת אחריו ולקח עמו המפתח. כמן, העידה המתלוננת כי שעה שהמערער יצא את הדירה "בכיתי ואמרתי לולדיק (המערער 1) שלא ישאיר אותי איתו בד כי אני לא יודעת מי זה מתיה (המערער 2) הזה". אלה הם עיקרי הראיות והאינדיקציות למצב הדברים שעו והמערער 1 עזב את הדירה ונותרו שם המתלוננת והמערער 2.

נוכח מסד נתונים זה, מקובלת עלי מסקנתו של כבוד השופט א' ואגו, ולפיה:

"אין טענה ואין חולק על העדר ראיה ישירה כלשהי המצביעה כי בעילת המתלוננת בכוח על ידי הנאשם 2 היתה מתוכננת מראש, אם על ידו ואם על ידי שני הנאשמים. להיפך, דומה שהציפיה המשותפת לשניהם היתה כי המתלוננת שהגיעה לדירה מרצונה ובידיעה של מטרת הביקור, תוסיף לשתף פעולה ותקיים יחסי מין עם הנאשם 2 בהסכמה.

יתירה מזו – אין שמץ ראיה כי טרם שובו לדירה ידע הנאשם 1 שהתכנון המקורי השתבש וכי המתלוננת אינה חפצה בקשר אינטימי עם הנאשם 2 ושהוא מצידו מתעקש על כך וכופה עליה את הדבר...".

הניתוח האמור – גם אם אינו נקי לחלוטין מספקות – הינו מסקנה אפשרית וסבירה המתבקשת מתוך מכלול ראיות. הוא מקים ספק סביר המובנה בתוך מכלול הראיות בדבר עצם ההיתכנות להתקיימות היסוד הנפשי הנדרש קביעת מעמדו של המערער 1 כמבצע בצוותא של עבירת האונס, שכן אין אינדיקציה בחומר הראיות ובודאי של: וכחה מעבר לספק סביר לפיה ידע המערער 1 על כוונת או תוכנית אינוס שקיננה במערער 2. אדרבא, סבירה יותר אפשרות כי המערער 1 לא היה מודע לכוונה או מטרה שכזו אצל המערער 2.

כך הוא גם לעניין רמת "הביצוע המשנית" כ"משדל" או כ"מסייע". גם אלה טעונים הוכחת יסוד נפשי ש"ייעה (אצל המסייע) או רצון כתוצאה (אצל המשדל) לכוונת המעשה של המבצע העיקרי. כזאת לא הוכח ברמ: נדרשת בעניין המערער 1.

נעילת הדלת על ידי המערער 1, בעת שיצא מן הדירה, אינה מובילה, ובודאי שלא מעבר לספק הסביר, למסקנה אחת והיחידה כי הדבר נעשה במטרה להקל על המערער 2 לאנוס את המתלוננת. זאת, הואיל ומסד העובדות אינו נותן את הבסיס הנדרש ראייתית להוכחת ידיעתו של המערער 1 בדבר היתכנותה של סיטואציה שכזו שבה יאנו:

מחלונת על ידי המערער 2.

מקובלת עלי מסקנתו של השופט א' ואגו, כי במעשה נעילת הדירה עבר המערער 1 עבירה של כליאת שוא ולם, יתכנו הסברים אפשריים שונים למניע שעמד מאחורי מעשה זה. האפשרות כי המניע לכך היה ברצונו ש מערער 1 להקל או לאפשר למערער 2 לאנוס את המחלונת אינה האפשרות היחידה המתבקשת ממכלול הראיוה מכל מקום מעוררת היא ספקות של ממש.

לאור זאת, מקובלת עלי מסקנתו של כבוד השופט א' ואגו, כי לא הוכחה עבירת האינוס שיוחסה למערער כתב האישום.

כמו כן מקובלת עלי מסקנתו כי יש להרשיע המערער 1 בעבירה של כליאת שוא.

ערעורים לעניין העונש

1. תוצאת הדברים האמורה לעניין ערעורו של המערער 1 מחייבת כמובן התערבות במידת עונשו. נותרה בעינו רשעתו של המערער בעבירת הפגיעה בפרטיות שיוחסה לו באישום הראשון. כמו כן, מצאנו להרשיעו בעבירת כליאו ווא – כפי שנמצא לדעת המיעוט בפסק הדין קמא.

בנסיבות הדברים הפרשה והמעשים, אציע לחברי כי נקבל ערעור המערער 1 על מידת עונשו, ונקבע את עוני מאסר בפועל שירצה בשל כך לתקופה של 30 חודשים החל מיום מעצרו. שאר מרכיבי גזר הדין בעניינו של המערע ישארו ללא שינוי.

ומכאן למערער 2 – הוא הורשע כאמור באינוסה של המחלונת תוך הפעלת כוח ואיומים, ודינו נגזר לשב ונות מאסר. אכן, עונש זה אינו קל, אולם אינו מופרז בחומרתו מרף הענישה הראוי למבצעי עבירת האינוס תו וימוש בכוח ובכפייה.

בהינתן זאת, איני מוצא מקום להתערבות ערכאת הערעור בגזר דינו של המערער 2.

1. אציע איפוא לחברי למותב, כי נקבל את ערעור המערער 1 על הכרעת הדין, נזכה אותו מעבירת האינו והורשע בה, נרשיע אותו בעבירת כליאת שוא ונותר על כנה את הרשעתו בעבירות הפגיעה בפרטיות.

אשר לערעורו על העונש – אציע כי נעמיד את עונשו על 30 חודשי מאסר. שאר מרכיבי גזר הדין קמא בעניו שארו בעינם.

אשר למערער 2 – אציע לחברי כי נדחה את ערעורו על הכרעת הדין ועל גזר הדין כאחד.

לא אוכל להצטרף לתוצאה אליה הגיעו חבריי. אילו דעתי היתה נשמעת, היינו דוחים את שני הערעורים מותרים על כנם את ההרשעות והעונשים שנגזרו.

אין חולק כי בעת שהמתלוננת ומערער 2 נשארו לבדם בדירה, בעל אותה האחרון בניגוד להסכמתה. נקודת יספת בה אין מחלוקת, היא כי מערער 1 נעל את דלת הדירה ומנע מהמתלוננת להימלט. כאשר למניעיו לעשות זאת בע שופט המיעוט (ראו עמ' 113) כי "טעמיו של המדויקים של נאשם 1 לנעילה אינם ברורים, אך ניתן לקבול והדבר לא נעשה לבקשת המתלוננת ומשיקולי קירבת בעלה לדירה... הדעת נותנת – כפי שאירע בפועל – שמטרו נעילה היתה להבטיח שהמתלוננת לא תימלך בדעתה ותחליט לעזוב את הדירה בלעדיו ובטרם ישוב. כראי עייני הנאשם 1 לא היה למנוע חדירת בלתי מורשים מבחוץ, אלא לסכל יציאת המתלוננת... אין ספק שהמתלוננת לא יקשה זאת ממנו" (ההדגשה הוספה). בנסיבות אלה, אתריותו של מערער 1 לעבירות שיוחסו לו נגזרת מהשאלה האם יע, כאשר עזב את הדירה, כי המתלוננת מסרבת לקיים יחסי מין עם חברו מערער 2.

בהודעתה במשטרה, סיפרה המתלוננת על כך שמערער 1 סיפר לה על השיטה המקורית להפסקת ההיריון, אולו יא סירבה לבצע את מבוקשו. לדבריה, מערער זה הוביל אותה למבנה שהיה בעיצומן של עבודות שיפוץ, ולאח וקיימה עימו יחסי מין הגיע מערער 2 למקום. או אז, היא הוסיפה, אמר לה מערער 1 "שהוא צריך ללכת ואמ [מערער 2] יש לך 15 דקות תעשה מה שאתה רוצה, יצא וסגר את הדלת מבחוץ" (עמ' 4 לנ/א). למשמע דברים אלו רצה המתלוננת בבכי וביקשה ממנו שלא להשאירה לבדה במחיצת מערער 2 ("כשהוא יצא בכיתי ואמרתי שלא ישרי ותי לבד כי אני לא יודעת מי זה [מערער 2] אז [מערער 1] אמר לי לשתוק 'אני חוזר עוד 15 דקות' והוא חזר אחרי חצ ועה" שם, בעמ' 7). המתלוננת ציינה בהודעתה, כי מערער 1 התנצל בפניה לאחר מעשה, באומרו "אני יודע שלא רצו ת זה" (שם, בעמ' 8).

המתלוננת נותרה עקבית בגרסתה גם במהלך עימות שנערך בינה לבין מערער 1 (ת/א 4) וגם בעת עדותה דבריה, "אמרתי ל[מערער 1] מליון פעמים שאני לא רוצה לשכב עם [מערער 2]" (עמ' 16 לפרוטוקול הדיון). הני יינה עוד, כי מערער 1 הבטיח לה "שאם אני לא ארצה לשכב עם [מערער 2] אז אני לא אצטרך לשכב איתו. אנ אמנתי לו והלכתי איתו. הוא שיקר לי" (שם, בעמ' 15).

שלושת השופטים המלומדים בבית-המשפט קמא העריכו את גרסתה של המתלוננת כמהימנה, מה שלא ניה ומר – כך בלשון המעטה – לגבי גרסאותיהם של המערערים. וכך מצא הדבר את ביטוי בחוות דעתו של השופט א אגו:

"בעוד שגרסת המתלוננת עקבית בעיקרה הן בשלבי החקירה והן בעדותה בבית-המשפט, עברו גרסאות הנאשמים 'התפתחויות', גם בין הודעה אחת לאחרת, וגם בין ההודעות, או העימות, לבין העדות בבית המשפט, וזאת בנקודות מהותיות" (בעמ' 83 להכרעת-הדין).

במקום אחר –

"המתלוננת, צעירה פשוטה ובלתי מתוחכמת, עשתה רושם אמין וכנה בעת מתן עדותה, כאשר ניכר בה שהיא פגועה וזועמת, אך יחד עם זאת, הקפידה שלא להאדיר ולא להעצים את המעשים שטענה להם, דבר שהיה מתיישב עם מתלוננת המעלילה ומנסה להפליל בכל מחיר את הנאשמים" (בעמ' 100).

הדברים מקבלים משנה חיזוק בדבריהם של המעורבים עצמם והתנהלותם במשפטם. מערער 1 הודה כי רצו והמתלוננת תקיים יחסי מין עם חברו (ת/א1). תחילה הכחיש כי נעל את הדירה כאשר יצא ממנה, אולם בהמשך חזר והודה בכך. הוא טען כי נהג כך על פי בקשתה, אולם כאמור גרסה זו לא זכתה לאמונו של בית משפט קמא. יתרו בכך, בחקירתו הודה מערער 1 בכך שהמתלוננת בכתה בטרם עזב את הדירה (ת/ב1). אולם, במהלך עדותו משהתברר כי פרט זה אינו מטיב עימו, הוא חזר בו מהדברים, וטען כי נאמרו עקב לחץ בו היה שרוי כאשר נחקר (עמ' 5 פרוטוקול).

הגרסה המפלילה זוכה לחיזוק גם בעדותו של מערער 2, שמסר כי כאשר נכנס מערער 1 עם המתלוננת לחדר ואמר "שהוא שכב איתה ויוצא לקנות סיגריות ושאני אנסה לעשות את מה שהוא ביקש ממני" (עמ' 8 פרוטוקול). ואם בכל אלה לא די, הנה מתברר כי במהלך החקירה הפגישו החוקרים את המעורבים זה עם זה, והקליט ת שיחתם. הקלטה זו העלתה כי המעורבים ניסו לתאם עדויות בכל הנוגע להסכמת המתלוננת:

"מערער 1: אני אגיד סגרתי את הדלת לא יודע מה היה. באתי אחרי חמש עשרה דקות ישבתם בסלון לא היה כלום כאילו.

מערער 2: מה תגיד למה באתם אלי? תגיד שחשבתם שבן-אדם יעזור. תגיד שבכל דבר היתה הסכמה" (ת/א5).

להשקפתי, המסקנה המתבקשת מדברים אלה ברורה, לאמור, מערער 1 ידע על כך שהמתלוננת מסרבת לקיים יחסי מין עם חברו. חרף זאת, הוא ביקש ממערער 2 לבעול את המתלוננת, תוך שהוא עוזב את הדירה ומתעלם. תחינותיה של שלא להותיר אותה לבד. יתר על כן, הוא טרח לנעול את הדלת מבחוץ כדי למנוע מהמתלוננת אפשרות הימלט, ולא לצחצח בדרך זו לקיים יחסי מין עם חברו. סבורני, כי בנסיבות אלה יש להגדיר את מערער 1 כמבצע בצוותא ול האונס, ואין לכך דבר וחצי דבר עם הוראת סעיף 350 לחוק העונשין, שחברי עסק בה בהרחבה.

חבריי, השופטים י' אלון וס' גובראן, הדגישו בחוות-דעתם כי אין מקום לשנות מממצאי המהימנות שהתקבל ל-ידי בית-משפט קמא, ובמרכזן ההתרשמות ממהימנותה של המתלוננת. והרי המתלוננת שבה והדגישה לכל אור דרך כי אמרה למערער 1 שאינה מוכנה לקיים יחסי מין עם חברו, והוא ידע על סירובה זה.

קושי נוסף בחוות-דעתם של חבריי אני מוצא בנכונותם להרשיע את מערער 1 בעבירה של כליאת שווא, אולם זכותו מעבירת האינוס. להשקפתי, לא ניתן לקבל את העמדה כי מערער 1 נעל את המתלוננת במבנה בניגוד להסכמתו: ך לא היה מודע לאי הסכמתה לקיים יחסי מין עם מערער 2, שאם לא כן מה טעם היה בנעילת הדלת? התנהגותו זו ול מערער 1 אינה יכולה להתיישב עם מי שסבר כי המתלוננת מסכימה וחפצה לקיים יחסי מין עם מערער 2.

לפיכך, ואם דעתי היתה נשמעת, היינו דוחים את הערעורים.

ה, להרשיעו בעבירת כליאת שווא, להותיר על כנה את הרשעתו בעבירות הפגיעה בפרטיות ולהעמיד את עונשו על 0 ודשי מאסר בלבד. אשר למערער 2, מציע חברי השופט אלון לדחות את ערעורו הן על הכרעת הדין והן על גזר-הדי להותיר בעניין זה את פסק-הדין של בית המשפט המחוזי על כנו. לעומתו, מציע חברי, השופט א' א' לוי, לדחות או וני הערעורים ולהותיר על כנם את ההרשעות והעונשים שנגזרו על המערערים.

במחלוקת שנפלה בין חבריי, החלטתי להצטרף לדעתם של חבריי כדלקמן:

בכל הנוגע למערער 1 - החלטתי להצטרף לדעתו של חברי השופט י' אלון, לקבל את ערעורו על הכרעת הדי לזכותו מעבירת האינוס שהורשע בה, להרשיעו בעבירת כליאת שווא, להותיר על כנה את הרשעתו בעבירות הפגיעו פרטיות ולהעמיד את עונשו על 30 חודשי מאסר בלבד. שאר מרכיבי גזר-הדין של בית המשפט המחוזי יישאר עינם.

בכל הנוגע להכרעת הדין של המערער 2 – מצטרף אני לדעתם של חבריי, לפיה יש לדחות את ערעורו ש מערער 2 הן על הכרעת הדין והן על גזר-הדין ולהותיר בעניין זה את פסק-הדין של בית המשפט המחוזי על כנו.

הרקע העובדתי תואר בחוות-דעתו של חברי השופט י' אלון. אפנה, אם כן, לגופה של המחלוקת. תחילת תייחס לערעורו של המערער 2 ולשאלה האם היה מקום להרשיעו באינוס. משם אמשיך ואבחן את ערעורו ש מערער 1 במחלוקת המתמקדת בשאלה האם ניתן להרשיע במעשה האינוס גם את המערער 1, בהיותו מי שגרם לכך.

מערער 2

כפי שציין חברי, השופט א' א' לוי, בחוות-דעתו, אין חולק, כי בעת שהמתלוננת והמערער 2 נותרו לבדו דירה, אנס אותה המערער 2 בניגוד לרצונה והסכמתה. בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער 2 באינוס המתלוננו הסתמך על מהימנותה של המתלוננת כפי שעלה הן באמרותיה בחקירה במשטרה והן בעדותה בבית המשפט. חיזוי גרסתה של המתלוננת מצא בית המשפט המחוזי בעדותו של המערער 1, לפיה משחזר לדירה אישר לו המערער 2, כ כן קיים יחסי מין עם המתלוננת, אולם לטענתו, אין הוא הגיע לסיפוקו. למעשה, גרסאותיו החלופיות של המערער שחרו הן על-ידי המתלוננת והן על-ידי המערער 1. אכן, כפי שציין חברי, השופט י' אלון, בית המשפט המחוזי הדגוי פסק-דינו את העדות המתונה, המוקפדת והמאופקת של המתלוננת בתיאור מעשה הכפייה שכפה עליה עצמו המערע . וכך קבע בית המשפט המחוזי בפסק-דינו (בעמ' 100):

"המתלוננת, צעירה פשוטה ובלתי מתוחכמת, עשתה רושם אמין וכנה בעת מתן עדותה, כאשר ניכר בה שהיא פגועה וזועמת, אך יחד עם זאת, הקפידה שלא להאדיר ולא להעצים את המעשים שטענה להם, דבר שהיה מתיישב עם מתלוננת המעלילה ומנסה להפליל בכל מחיר את הנאשמים".

ובהמשך (בעמ' 102) –

"תיאורה של המתלוננת את השתלשלות האירועים ואת פרטי המעשה שבוצע בה, עקבית בעיקרה ואין בה סתירות מהותיות שיכולות לרדת לשורש אמינותה, לכל אורך הדרך, החל מתלוננתה הראשונית, דרך הודעות נוספות במשטרה, עימותים שנערכו ועדותה בבית המשפט".

החוקות תתערב ערכאות הערעורים בממצאים עובדתיים אשר נקבעו בבית המשפט קמא, אשר שמע את העדויות התרשם התרשמות ישירה ובלתי אמצעית ממהימנותם של העדים (ע"א 5118/92 חברת אלטרופי נ' סלאיימה, פ"ד נ(5) 40; ע"פ 9147/01 בשן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 27.12.01); מ' קרמניצר, "קריטריונים לקביעת ממצאיו ובדתיים והתערבות ערכאות ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים" הפרקליט לה (תשמ"ג-תשמ"ד) 407).

בנסיבות אלה, בהן הממצאים העובדתיים האמורים נקבעו, פה אחד, על-ידי בית המשפט המחוזי, לא מצאח ל מקום להתערבות בית-משפט זה בהרשעתו של המערער 2 ויש להותירה על כנה.

אף כאשר לעונש שהוטל על המערער 2 – גם בעניין זה, מצטרף אני, כאמור, לדעתם של חבריי, לפיה יי דחות את הערעור. שכן, המערער 2 ביצע במתלוננת מעשה אינוס בניגוד לרצונה והסכמתה. המערער 2 כפה עצמו ע מתלוננת, בידעו, כי אין היא מעוניינת בכך, והכל תוך שימוש בכוח ובאימים. בנסיבות אלה, לא מצאתי כל הצדקו הקלה בעונשו של המערער 2 ויש, אף לטעמי, מקום להותיר את העונש שהוטל עליו על כנו.

מערער 1

השאלה המרכזית העולה בעניינו של המערער 1 הינה האם ניתן להרשיע גם אותו במעשה האינוס, בהיותו מ וגרם לכך.

חברי השופט אלון פרס בהרחבה את פרשנותו לסעיף 350 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. מבלי להתייח ניתוח הפרשני שנעשה וכפי שיובהר להלן, מצטרף אני לדעתו של חברי השופט י' אלון, לפיה יש לקבל את ערעו מערער 1 על הכרעת הדין ולזכותו מעבירת האינוס שהורשע בה. עם זאת, יש להרשיעו בעבירת כליאת שווא ולהותי ל כנה את הרשעתו בעבירות הפגיעה בפרטיות.

ולהלן אסביר.

ראשית, המתלוננת גורסת בעצמה, כי תחילה היא נאותה לקיים יחסי מין עם המערער 2, לבקשת המערער 1 לצורך הפסקת ההיריון הלא רצוי, מתוך תקווה, כי תיאורית "ערכוב הדם" יכולה להועיל להפסקת ההיריון שלו ולם, כאשר עזב המערער 1 את הדירה ונעל את דלתה, היא סירבה לממש את הרעיון, הקשר המיני עם המערער כפה עליה והוא אנס אותה.

המתלוננת מעלה טענות, לפיהן המערער 1 שיקר ורימה אותה בכל הנוגע לתיאורית "ערכוב הדם", כאשר הו צמו ידע, כי מדובר בסיפור בדים ותו לא. ברם, בית המשפט המחוזי קבע, כי לא הובאה כל ראיה, לפיה המערער 1 שר הניע את המתלוננת להסכים ולהיבעל, התכוון לרמותה וכי הוא עצמו ידע שמדובר בכדווא או כי לא האמין שלעצמו, בנכונות תיאורית "ערכוב הדם". המערער 1 ציין בעדותו בבית המשפט המחוזי (בעמ' 45-23 לפרוטוקול) י האמין בעצמו ביעילות השיטה ששמע עליה בעבר ולשאלה מדוע לא הציע למתלוננת "לערכב דם" עם בעלה ומדו חוץ הדם הזר לשם כך, הוא השיב, כי המתלוננת לא רצתה לשכב עם בעלה, אך לא התנגדה לעשות זאת עם חברו. וכ עיד:

"דיברנו אני והיא על מה שעושים ואני שמעתי מאישה מבוגרת כמה שנים קודם שאם אישה נכנסת להיריון ואם היא שוכבת עם עוד גבר זה ערכוב של הדם וזה יכול לגרום

הילד כי היא פוחדת מבעלה. אני סך הכל הצעתי לה זה הענין שלה להסכים או לסרב והיא הסכימה. סיפרתי לה שיש לי חבר ילדות ואנחנו חברים עוד מרוסיה... הוא הסכים לעזור לי בתנאי שיש הסכמה מלאה ממנה... אמרתי לה שהיא יודעת לאן היא הולכת ומה היא הולכת לעשות והיא אמרה שכן ושהיא מסכימה ללכת כדי שלא יהיה לנו ילד".

בית המשפט המחוזי קבע עוד, כי לא הובאה כל ראיה מדעית גרידא, המלמדת, כי אין ממש בתיאורית "ערכוב דם" ושאי אפשר להביא להפסקת היריון על-ידי כך, שהאישה ההרה מקיימת יחסי מין עם גבר אחר שאינו זה שעוב ונתה.

יתרה מכך, מכל העדויות עולה, כי הכל סברו, שהשיטה אולי מוזרה ומפוקפקת, אך ראו מקום לנסותה והאמינו ואולי בכל זאת יש בה ממש.

זאת ועוד, אף מעדותה של המתלוננת בבית המשפט המחוזי (בעמ' 17 לפרוטוקול) עולה, כי היא הסכימה הצעתו של המערער 1 לקיים יחסי מין עם המערער 2 וזאת כדי להביא להפסקת ההיריון:

"כשחיכיתי וחיכיתי לחיכיתי לא הייתה לי הפלה. אני כעסתי שהנאשם 1 הביא לי את נאשם 2".

עוד עולה מעדותה של המתלוננת (בעמ' 17 לפרוטוקול), כי אף עד לאחר האונס, היא האמינה, כי תיאוריו ערכוב הדם" עשויה להועיל להפסקת ההיריון. ולשאלה מתי הבינה שאין בתיאוריה ממש, השיבה המתלוננת, כי:

"... הוא אמר לי אם תשכבי איתו תהיה לך הפלה טבעית עוד יום יומיים ולא היה לי עוד יום יומיים".

מעדותה זו עולה, כי היא חיכתה להפלה ומשזו בוששה לבוא בסמוך לקיום יחסי המין עם המערער 2, היא בינה, כי מאחורי תיאורית "ערכוב הדם" לא עומד דבר וכי המפגש עם המערער 2 היה לשווא.

שנית, בעדותה במשטרה, עומתה המתלוננת עם המערער 2. מהעימות עולה, כי היא הגיעה לדירה מרצונה לאור הסברי המערער 1, כי עליה לשכב עם המערער 2 לשם הפסקת ההיריון. עוד עולה מהעימות, כי היא לא האמינה ובסופו של דבר התכנית תחבצע ורצתה להפיס את דעתו של המערער 1 לאור הפצרותיו. אין כל רמז שהמתלוננת ובאה לדירה בניגוד לרצונה או תוך שימוש בכוח או באיום כלשהו. כמו-כן, המתלוננת אינה טוענת, כי גילתה או עתה בשלב זה כלפי המערער 1, כי אינה מעוניינת להגיע עמו לדירה.

יתרה מכך. בעדותה בבית המשפט המחוזי (בעמ' 20-7 לפרוטוקול) חזרה המתלוננת על גרסתה זו בהבהרה שר לא שינו מהותית את עדויותיה במשטרה. היא ציינה, כי אומנם לא רצתה תחילה ללכת עם המערער 1 לאותו ירה, אך "הוא אמר לי שאם אני לא רוצה אז אני לא אשכב איתו, אבל אני חייבת ללכת איתו". אף בחקירתה הנגדית בהירה המתלוננת, כפי שעולה גם מהעימות, כי הסכמתה לגשת לדירה ניתנה מתוך הנחה שאיש לא יכריחה לקיים זסים בניגוד לרצונה, ומתוך רצון להפיס את המערער 1 ולמלא את מבוקשו ורק לאחר שזה הבטיח לה שדבר ל עשה בניגוד לרצונה.

מאמץ אני את קביעתו של כבוד השופט א' ואגו, אשר היה בדעת מיעוט בבית המשפט המחוזי, ולפיה:

"ניתן לומר, בתמצית, כי המתלוננת ונאשם 1, הגיעו לדירה שם עבד הנאשם 2, מתוך כוונה וידיעה שייתכן ויתקיים מגע מיני, בינה לבין הנאשם 2, מתוך תוכנית משותפת של כל הנוגעים בדבר לנסות ולהביא בדרך זו, להפסקת הריונה של המתלוננת" (בעמ' 79 לפסק-הדין).

שלישית, בעימות במשטרה ת/4(א) הסכים המערער 1, כי טרם הכניסה לדירה, הוא הסביר למתלוננת את שיטת פסקת ההיריון שבדעתו לנסות לגביה וכי היא מסכימה באמרה:

"בגלל שאני אוהבת אותך אני עשה [הטעות במקור] כל מה שאתה רוצה".

כפי שמציין חברי השופט אלון בחוות-דעתו, דעות הרוב והמיעוט בפסק-הדין של בית המשפט המחוזי ל: חלקו ביניהן בנוגע לעובדה, כי בטרם יצא המערער מן הדירה, הוא לא דרש, לא ביקש ולא הציע למערער 2 לקיים זסי מין עם המתלוננת בניגוד לרצונה וגם לא ביקש או דרש זאת מהמתלוננת.

נוכח דברים אלה, כפי שמציין חברי השופט אלון, אף עלי מקובלת מסקנתו של כבוד השופט א' ואגו מבין משפט המחוזי ולפיה נראה, כי הציפייה המשותפת למתלוננת ולמערער 2 הייתה, כי המתלוננת שהגיעה לדירה: רצונה ובידיעה מה מטרת הביקור, תשתף פעולה ותקיים יחסי מין עם המערער 2 בהסכמה.

רביעית, לא הובאה כל ראיה בחומר הראיות, לפיה המערער 1 ידע, כי המערער 2 תכנן והתכוון לאנוס או מתלוננת לאחר צאתו מן הדירה, וזאת בניגוד לרצונה. בנסיבות אלה שוכנעתי, כי המערער 1 נעדר היסוד הנפש נדרש לקביעת מעמדו כמבצע בצוותא של עבירת האינוס ולפיכך לא הוכחה עבירת האינוס שיוחסה לו בכת. אישום.

מכל האמור לעיל, מצטרף אני, כאמור, למסקנתו של חברי השופט אלון, לפיה יש לקבל את ערעורו ש מערער 1 על הכרעת הדין ולזכותו מעבירת האינוס שיוחסה לו בכתב האישום. כמו-כן, אף לטעמי יש להרשיע או מערער 1 בעבירה של כליאת שווא, להותיר על כנה את הרשעתו בעבירות הפגיעה בפרטיות ולהעמיד את עונשו ע 3 חודשי מאסר בלבד. שאר מרכיבי גזר-הדין של בית המשפט המחוזי יישארו בעינם.

ש ו פ ו

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט י' אלון.

ניתן היום, י"ד באדר א' תשס"ח (20.2.2008).