

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ [REDACTED]

ע"פ [REDACTED]

כבוד השופט א' א' לוי

בפני:

כבוד השופט ס' ג' ובראן

כבוד השופט י' אלון

[REDACTED]

המערער בע"פ 412/06:

[REDACTED]

המערער בע"פ 674/06:

ד ג נ

מדינת ישראל

המשיבה:

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

ת א ש ר י ך ה י ש י ב ה : י ״ ב ב ת ש ר י ה ת ש ס ״ ח (24.09.07)

ב ש ם ה מ ע ר ע ר ב ע ״ פ 412/06 : ע ו ״ ד ש ל ו מ צ י ו ן ג ב א י מ נ ד ל מ ן

ב ש ם ה מ ע ר ע ר ב ע ״ פ 674/06 : ע ו ״ ד א ד ו ה א ל י א ב

ב ש ם ה מ ש י ב ה : ע ו ״ ד ד ו ת ן ר ו ס ו

### פ ס ק - ד י ן

#### ה ש ו פ ט י ' א ל ו ן :

1. ש נ י ה מ ע ר ע ר י ם ה ו ר ש ע ו ב ב י ת ה מ ש פ ט ה מ ח ז ו י ב ב א ר ש ב ע ב א י נ ו ס ה ש ל ה מ ת ל ו נ נ ת , ע ב י ר ה ל פ י ס ע י ף 345(א)1) ל ח ו ק ה ע ו נ ש י ן , ה ת ש ל ״ ז -1977 (ל ה ל ן : ח ו ק ה ע ו נ ש י ן) . ר ש ע ת ו ה ש ל ה מ ע ר ע ר ב ע ״ פ 412/06 (ל ה ל ן : ה מ ע ר ע ר 1) ה י ת ה ב ר ו ב ד ע ו ת (כ ב ו ד ה ש ו פ ט ו ת ר ' י פ ה - כ ך ן ו ו ' מ ר ו ז , ב נ י ג ו ד ל ד ע ת ו ה מ ז כ ה ש ל כ ב ו ד ה ש ו פ ט א ' ו א ג ו ) , ו א י ל ו ה ר ש ע ת ו ש ל ה מ ע ר ע ר ב ע ״ פ 674/06 (ל ה ל ן : ה מ ע ר ע ר 2) ה י ת ה פ ה א ח ד . כ מ ו כ ן , ה ו ר ש ע ה מ ע ר ע ר 1 ב ע ב י ר ה ש ל פ ג י ע ה ב פ ר ט י ו ת , ל פ י ס ע י פ י ם 2(1) ו -5 ל ח ו ק ה ג נ ת ה פ ר ט י ו ת , ה ת ש ן ״ א -1981.

בגזר הדין נדונו שני המערערים לעונשי מאסר של שבע שנים, וכל אחד מהם

חוייב בפיצוי המתלוננת ב-10,000 ש"ח.

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

2. 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 אם האשה תהרה תקיים יחסי מין עם אדם אחר (לא זה שממנו התעברה), והציע

לה לשם כך לשכב עם חברו.

על פי הנטען, המתלוננת סרבה להצעה. על אף זאת לקחה המערער 1 עמו לדירה

בשדרות, שהיתה בעבודות שיפוצים, שם היה אותה שעה חברו, המערער 2 (שעבד בשיפוץ

הדירה). המערער 1 והמתלוננת נכנסו לאחד החדרים וקיימו שם יחסי מין בהסכמה,

כשהמערער 2 היה כל אותה עת בחדר השני. לאחר שסיימו, פנה המערער 1 למערער 2,

בנוכחות 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 שלא יותיר אותה עמו לבד בדירה. המערער 1 לא שעה לה, הורה לה לשתוק, יצא את הדירה ונעל הדלת מאחוריו, והותיר בדירה את המתלוננת והמערער 2. המערער 2 דרש מהמתלוננת לשכב עמו. היא סירבה, אולם הוא פשט בגדיו ובגדיה, כפה עצמו עליה בכוח ובאיומים ובעל אותה שלא בהסכמתה.

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

3. באימרתיו השונות של המערער 2 בחקירתו ובמהלך עדותו בבית המשפט, נטען על ידו בעקביות כי לא קיים כלל יחסי מין עם המתלוננת במהלך האירוע הנטען בכתב האישום. בית המשפט דחה גירסה זו כבלתי אמינה והעדיף תחתייה את עדות המתלוננת (ואת גירסתה בחקירה), כי מהלך הדברים היה כמתואר בכתב האישום. מתוך כך, ומתוך חיזוקים שנמצאו לעדות המתלוננת, קבעו השופטים פה אחד כי המערער 2 ביצע את המיוחס לו והרשיעו כאמור באינוסה של המתלוננת.

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

כבוד השופט א' ואגו חלק על חברותיו ל מותב. על פי קביעתו, המתלוננת ושני המערערים הגיעו מלכתחילה לדירה בידיעת ובהסכמת המתלוננת לקיים יחסי מין עם המערער 1 ולאחריו עם המערער 2, וזאת מתוך אמונת ההבל של שלושתם (לרבות המתלוננת) כי הדבר יגרום להפלת הריונה. המתלוננת חזרה בה מהסכמה מקורית זו רק לאחר שהמערער 1 עזב את הדירה והיא נותרה לבד עם המערער 2. היא הביעה בפניו בירור ובמפורש את התנגדותה לקיום יחסי מין עמו, אולם המערער 2 לא שעה לה וכפה עצמו עליה בכוח ובאימים. המערער 1, מכל מקום, לא היה מודע לשינוי זה בהלך רוחה של המתלוננת בטרם עזב את הדירה. כבוד השופט ואגו ציין, כי לא ניתן לשלול הסברו של המערער 1 לבכיה של המתלוננת טרם עזיבתו, במבוכה ובבושה שחשה לקראת היחסים שאמורה היתה לקיים עם חברו. להסבר זה אף נמצאו תימוכין מסויימים במהלך עדותה של המתלוננת ובעימות שנערך בינה לבין המערערים בשלב החקירה.

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

4. שני המערערים משיגים כנגד הרשעתם. המערער 2 טוען כי גם אם בדין נדחתה גירסתו לפיה לא שכב כלל עם המתלוננת, לא היה מקום לממצא המרשיע לפיו בעילתו אותה היתה שלא בהסכמתה. אדרבא, המתלוננת הגיעה לדירה (ביחד עם המערער 1) בידיעה ובמטרה לקיים שם יחסי מין גם עם המערער 2. לטענתו, גירסתה לפיה הביעה התנגדות לבעילה – 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 למשטרת שדרות להתלונן על הטרדות טלפוניות שמטריד אותה המערער 1 (ועל כך הורשע הוא באישום השני). רק לאחר שסיימה למסור את תלונתה והודעתה לעניין זה, "נזכרה לפתע" לדווח על אירוע האינוס הנטען שהתרחש כאמור חודש ומעלה לפני כן.

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

ב"כ המערער 2 מפנה לקטעים מעדותה ומאימרותיה, לפיהם היא היתה מודעת לכך שהמערער 2 אינו מעוניין לקיים עימה יחסי מין, כי היא זו שפשה מיוזמתה את חולצתה (לאחר שהמערער 1 עזב את הדירה) לבקשת המערער 2, 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, לטענתה, עיוות דין שלא ניתן להשלים עמו. במהלך המשפט ושמיעת הראיות יוצג המערער 2 על ידי המנוח עו"ד נחום בירם ז"ל, אשר סבל אותה שעה ממחלה קשה. הוא אושפז עקב כך טרם השמעת הסיכומים. בישיבת 2.5.05 הודיע סנגורו של המערער 1 (בבית המשפט קמא), עו"ד י' גסר, כי לבקשת סנגורו של המערער 2 הוא יגיש סיכומים בכתב בשם שני הנאשמים, וכך היה. בסיכומים אלה שונה לפתע קו ההגנה של המערער 2. עד לאותו השלב היו כאמור גירסתו ועדותו כי כלל לא שכב עם המתלוננת במהלך האירוע, אולם עתה, בסיכומיו האמורים של עו"ד י' גסר, נטען כי 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". עניינה של אותה השלמה בשאלה שהפנה בית המשפט קמא לסנגור (בישיבת 2.5.05 בה הוגשו סיכומיו המקוריים), כיצד זה הוא טוען בשמו של המערער 2 (שיוצג כאמור על ידי המנוח עו"ד נ' בירם ז"ל) גירסה כה שונה מגירסתו בחקירתו ובעדותו. על כך השיב עו"ד י' גסר בהשלמת הסיכומים: "לטענתנו, עמדת הפסיקה תואמת את גישתנו לפיה יש לאפשר להגנה לנקוט בקוי הגנה חילופיים ואף אחרים ... לטענתנו, עמדה שכזו מתחייבת בנוסבות המיוחדות והיוצאות דופן של המקרה דנן, שבו כל הנפשות המעורבות הינן פרימיטיביות להחריד ובולטת במיוחד העובדה ששיקוליהם נובעים ממניעים זרים שאינם ראציונליים...".

עו"ד א' אליאב, המייצגת את המערער 2 בפנינו, טוענת כי "שינוי החזית" האמור שביצע סנגורו של המערער 1 – בסיכומים שהגיש באותן הנסיבות גם בשם המערער 2 – פגע באופן מהותי בזכויותיו של המערער 2 וקיפח בצורה משמעותית את סיכויי הגנתו.

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



5. מטבע הדברים נפתח דווקא בערעורו של המערער 2, שכן אם נמצא כטענתו כי לא היה מקום להרשיעו באינוסה של המתלוננת ונקבע כי נותרו ספקות שמא המדובר היה במעשה בעילה בהסכמה – תישמט בכך, מניה וביה, גם הרשעתו של המערער 1. שכן, אם לא הוכח מעשה האינוס גופו, לא הוכח כמובן המעשה שעל פי הנטען גרם להתרחשותו.

## הרשעת המערער 2

6. נפתח בעניין הכשל הנטען שאירוע בייצוגו של המערער 2. אכן, הדרך בה הוגשו מלכתחילה סיכומיו של המערער 2 על ידי סנגורו של המערער 1 – לא היתה ראויה. עמד על כך למעשה בית המשפט קמא בהציגו את הבעייתיות שנתגלתה בעניין זה בפני הסניגור עו"ד י' גסר. זאת, כמשתמע מתוך משפטי הפתיחה של עו"ד י' גסר במסמך 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 הכשל הוביל 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' 166-165)

לאור מבחן זה נפנה בראשונה לבדיקת מהלכי הייצוג כפי שנעשו בפני בית

המשפט קמא, כעולה מפרוטוקול הדיונים וממסמכי הסיכומים בכתב שהוגשו לבית המשפט.

שמיעת ראיות ההגנה הסתיימה בישיבת 18.4.05, ובסיומה נדחה הדין 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, בעהתו, עו"ד גסר (ב"כ הנאשם 1)

ומתמחה ממשרדו של עו"ד נ' בירם ז"ל. בפתח 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 ש עו"ד בירם

אושפז הבוקר".

בהמשך סיכם ב"כ המאשימה את סיכומיו בעל פה. עם תום סיכומיו הגיש עו"ד י'

גסר לבית המשפט מסמך של 13 עמודים שכותרתו " סיכומי הנאשם 1", והודיע לבית

המשפט (כרשום בפרוטוקול): " אני טוען בשם שני הנאשמים. לאחר גמר הטיעונים אגיש את

הסיכומים שאני מתקן (עכשיו – י"א) את כותרתם לגבי שני הנאשמים ... לשאלת בית

המשפט מה עמדתנו, אני משיב שלדעתי קיים הנאשם מס' 2 יחסי מין בהסכמה ביום האירוע,

וזה אפשר ללמוד בעיקר מהתמליל ת/34. אני מגיש את הסיכומים בכתב...". בתום הישיבה

הודיע לבית המשפט מתמחהו של עו"ד נ' בירם ז"ל, כי " עו"ד בירם ז"ל עיין

בסיכומים של עו"ד גסר והוא מצטרף אליהם. יחד עם זאת מבקש לתת לנו מספר ימים על

מנת לשקול 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 לאותה שאלה ששאל על ידי בית המשפט. חמישה ימים

לאחר מכן (ביום 10.5.05) הגיש עורך דין בירם ז"ל עצמו מסמך "השלמה לסיכומיו

של עו"ד גסר". בפרק הראשון במסמך זה של עו"ד בירם ז"ל (שייצג כאמור מלכתחילה את המערער 2), מאמץ הוא את סיכומיו של עו"ד גסר גם לעניין " שינוי החזית", ולפיו מוכן הוא להניח כי אמנם התקיימו יחסי מין בין המערער 2 למתלוננת, אולם אלה התקיימו לטענתו בהסכמה.

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

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

ב"כ המערער 2 בנימוקי הערעור וביעוניה על פה מיקדה ביקורתה סביב השלב הראשון של הגשת סיכומי עו"ד גסר גם בשם המערער 2, מבלי שהמערער 2 עצמו היה מודע לכך – לטענת הסנגורית. ברם, לא מצאנו התיחסות בטענותיה לעובדה ששבוע לאחר מכן, ביום 10.5.05, הוגשו סיכומי עו"ד נ' בירם ז"ל עצמו ובהם אימוץ הטענות כולן, 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 האמורה. אדרבא, בהכרעת הדין המפורטת אין הפניה כלשהי לאותו "שינוי חזית" כנימוק או כראיה העומדים לרועץ למערער 2.

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

בנסיבות אלה, סיכומיהם של עורכי הדין גסר יב"ל" אונ' בירם ז"ל בעניינו של המערער 2 לא הסבו לעניינו נזק תוצאתי, וממילא לא עיוות דין.

8. ומכאן לטענות המערער 2 לגופה של הרשעתו. ממצאו המרשיע של בית המשפט קמא הסתמך כאמור על המהימנות שמצא בגירסת המתלוננת בעדותה ובאימרותיה בחקירה ראשית, כי לאחר שעזב המערער 1 את הדירה בעל אותה 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 המתלוננת. הלכה היא, כי ערכאת הערעור תמעיט להתערב

במצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית, ובמיוחד שעה שממצאים אלה נקבעו מתוך התרשמות השופטים מהעדים שהעידו בפניהם וממצאי המהימנות שעלו מתוך כך. בכך יתרונה של הערכאה הדיונית על פני ערכאת הערעור. בית המשפט קמא הוסיף ונימק את המהימנות שמצא בעדות המתלוננת בשורת נימוקים, תוך דחיית טענות ההגנה שביקשו לערער את תוקף עדותה.

גירסת המערער 2 היתה כאמור כי לא קיים כלל יחסי מין עם המתלוננת בדירה. דא עקא, גירסתו זו נסתרה לא רק בעדות המתלוננת אלא גם בעדותו של המערער 1 כי משחזר לדירה אישר באוזניו המערער 2 כי אכן שכב עם המתלוננת אולם, לדבריו, לא הגיע לפורקנו. טענת המערער 2 כי גירסת המתלוננת לפיה המערער 2 קיים עמה יחסי מין בדירה אינה אלא עלילה – לא עלתה בקנה אחד עם מהלך עדותה של המתלוננת ופרטיה. שופטי בית המשפט קמא ציינו את עדותה המתונה והמוקפדת של המתלוננת לגבי פרטי המעשים בדרך שאינה מאפיינת אדם המבקש להעליל עלילות כזב. היא מאופקת מאוד בתיאור עוצמת הכפיה שכפה עצמו המערער 2 עליה, אינה מייחסת לו מעשי אלימות מעבר לכך, מקפידה על תיחום המעשים המיוחסים על ידה לכל אחד משני המערערים, ואין היא מבקשת להעצים את סיפור המעשה.

טענתו החלופית של המערער 2 כי אמנם קיים יחסי מין עם המתלוננת אך אלה נעשו בהסכמתה – נסתרת בראש וראשונה מתוך גירסתו העקבית, בחקירתו ובעדותו, כי כלל לא שכב עם המתלוננת במהלך אותו האירוע. לעדות המתלוננת בדבר אי הסכמתה

לקיום היחסים עם המערער 2 נמצאו חיזוקים נוספים בדרך התנהגותה בטרם עזב המערער 1 את הדירה ובסערת הרוח בה היתה שעה שחזר המערער 1 לדירה, לאחר שבינתיים נבעלה על ידי המערער 2. כל אלה הינם, כאמור לעיל, ממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו (פה אחד) על ידי שלושת שופטי המותב קמא, ולא מצאנו מקום או טעם שיצדיקו התערבותנו בהם.

9. ב"כ המערער 2 מוסיפה ומפנה לעובדה שהמתלוננת כבשה את תלונתה כחודש ימים מאז האירועים בדירה. וגם משבאה להתלונן, עילת תלונתה היתה בעניין הטרדות טלפוניות שהמערער 1 הטריד אותה, ורק בשלב מאוחר של מסירת הודעתה סיפרה על האירועים בדירה.

לא מצאנו בנתון זה משום החלשת הממצא המרשיע. עיקר האירועים והמפגש המשולש בדירה (בנוכחות המתלוננת ושני המערערים) אינם שנויים במחלוקת בין הצדדים כולם. כך גם לגבי התואנה או אמונת ההבל המשותפת לכל השלושה – בדבר שיטת "ההפלה הטבעית" שהציע המערער, כך גם לעניין קיום יחסי המין בראשונה בין המתלוננת למערער 1 ולגבי יציאת המערער 1 את הדירה והותרתו שם לבד את המתלוננת והמערער 2. גם לעניין עצם קיום יחסי המין בשלב זה בין המתלוננת למערער 2, מאשר המערער 1 את גירסת המתלוננת, וכך גם לעניין העובדה שבעת עזיבת המערער 1 את הדירה נעל הוא הדלת מאחוריו ונטל המפתח עמו. לאמור, "כבישת" התלונה משך חודש

לא הניבה עדות או גירסה של המתלוננת בדבר ה ת ר ח שויות ומעשים שלטענת המערער 2 לא היו ולא נבראו. אדרבא, סיפור המעשה ונסיבותיו רובו ככולו לא שנוי כלל במחלוקת.

העובדה כי המתלוננת התלוננה בתחילת הודעתה הראשונה על עניין הטרדותיו הטלפוניות של המערער 1 ורק לאחר מכן פירטה את המעשים נשוא הליך זה – אינה גורעת על פני הדברים מאמינות גירסתה. אדרבא, יש בכך על פני הדברים שלילה מסתברת של טענת הסנגוריה בדבר עלילה יזומה ומתוכננת. אם אמנם מטרות היתה לבוא בעלילות דברים על המערער 2, ניתן היה לצפות כי בכך תפתח ובכך תמקד את גירסתה ואת לב תלונתה.

ב"כ המערער 2 מפנה לאמירות שונות של המתלוננת בחקירתה ובעדותה כי הלכה מלכתחילה לדירה בידיעה כי תקיים שם מגע מיני עם המערער 2 במטרה משותפת לה ולמערער 1 לגרום בכך להפסקת הריונה, ועל כן לא סביר כי אותם יחסי מין נעשו שלא בהסכמתה.

טענה זו נדחתה בפסק הדין קמא, ובדין. כאמור, המערער 2 כפר בהתמדה בעצם קיום יחסי המין עם המתלוננת, ודי בכך לדחות טענה זו כשהיא באה מפיו. ברם, כפי שהדברים בוארו ופורטו בפסק הדין קמא, המתלוננת, בעדותה ובאימרותיה, העידה כי אכן המערער 1 סיפר לה על אותה "שיטה" להפסקת הריון, אולם משהגיעו הדברים לכלל מעשה היא הבהירה למערער 2 כי היא אינה מסכימה ליחסי מין איתו, וזאת בדיבורים



ובניסיונה להתנגד פיזית לכפיית 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.

### הרשעת המערער 1

10. מעשה אינוסה של המתלוננת על ידי המערער 2 נעשה מראשית ועד אחרית לאחר שהמערער 1 עזב את הדירה. הוא 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 העובדתי והנפשי הנדרש להרשעת המערער 1 בעבירת האינוס (לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין) שביצע המערער 2, וזאת מכוח הוראת סעיף 350 לחוק כפי שנטען על ידי התביעה בכתב האישום.

וזו היא לשונו של סעיף 350:

350. גרם מעשה

ל עניין עבירה לפי סימן זה (לרבות עבירת האינוס – י"א)

אחת היא אם ה עו ש ה עשה את המעשה או גרם שהמעשה

ייעשה בו או באדם אחר".

ולענייננו – האם המערער 1 "...גרם שהמעשה ייעשה (על ידי המערער 2 –

י"א) ... באדם אחר (המתלוננת – י"א)".

### סעיף 350 לחוק העונשין

11. בטרם נבחן העובדות הקונקרטיות לעניין דנו, 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 שלפי סימן ה' לפרק י' של חוק

העונשין.

עיון בהיסטוריה החקיקתית של סעיף זה ובחינת סימן ב' לפרק ה' של חוק

העונשין ("צדדים לעבירה"), מובילים להשקפתי למסקנה כי עניינו של סעיף 350 הינו

בהרחבת הגדרת מעשה העבירה שבעבירות המין ולא בהרחבת 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), ונכללה 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:

" ה ס ע י ף (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 לתובזו, אלא גורם לזולתו

שיעשה בו את מעשה העבירה, אף שהמעשה אינו מהווה

עבירה לגבי האדם העושה אותו.

ס ע י ף 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 ככפיה". בסיפא לאותו הסעיף נקבע, כי עבירה זו של מעשה מגונה תחול בנסיבות שפורטו שם גם על "...מפתה או מנסה לפתות אדם, ביודעין, שהוא לקוי בנפשו או בשכלו, לעשות או להניח שייעשה בו מעשה מגונה...". לאמור, המטרה החקיקתית המוצהרת של סעיף 350 (כנוסחו בתיקון 22) היתה להרחיב את היקפן של עבירות המין השונות (ולא רק המעשה המגונה) גם לסיטואציה עובדתית אשר בה העבריין אינו עושה פיזית את המעשה בקורבן העבירה אלא גורם לקורבן העבירה שיעשה את המעשה בו (בעבריין). בחוק העונשין (תיקון מס' 77), התשס"ד-2003 (ס"ח 911 תשס"ד, 19) תוקן נוסחו הקודם של סעיף 350 (שהוחק בתיקון 22) בכך שלסיפא של הסעיף התווספו המילים "בו או באדם אחר". ומכאן נוסחו הנוכחי של סעיף 350 (והרלבנטי למעשים נשוא ערעור זה):

"לעניין עבירה לפי סימן זה, אחת היא אם העושה עשה את

המעשה או גרם מעשה ייעשה בו או באדם אחר".

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

ניטול לדוגמה את עבירת המעשה המגונה. מלכתחילה (בטרם תיקון 22) דרש

היסוד העובדתי של העבירה כי העבריין יבצע את המעשה המגונה בגופו של הקורבן. בא תיקון מס' 22 (בהוסיפו את סעיף 350 בנוסחו הראשון) והרחיב את עבירת המעשה המגונה גם למקרה בו העבריין גורם לקורבן העבירה לבצע את המעשה המגונה בגופו של העבריין.

בא תיקון מס' 77, ביאר את משמעותו האמורה של הנוסח הקודם ("...שמעשה ייעשה בו...") והרחיב הרחבה נוספת, ולפיה עבירת המעשה המגונה תחול גם במקרה בו העבריין גורם לקורבן העבירה לבצע את המעשה המגונה ובגופו של אדם שלישי.

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

12. סוגיה שונה ונפרדת הינה בקביעת והגדרת הצדדים לעבירה. נושא זה גובש מלכתחילה בפסיקה בגידרם של כללי השותפות לעבירה, ולימים בגדרו של ההסדר החקיקתי שבחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994. בגידרו של תיקון זה לחוק הוגדרו בסעיף 29 מי הם "מבצעי העבירה" כדלהלן:

"(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 במקרים בהם לא ביצע

פלוני את מעשה האינוס עצמו אולם היה שותף עם אלמוני במעגל הפנימי של ביצוע מעשה

האינוס. למשל, החזיק בקורבן העבירה בעת המעשים. גם אם ימצא כי אין הוא בא בגדר

"מבצע בצוותא" של העבירה עם פלוני, נוסף ונבחן אם בא הוא בגדרי "הפריפריה

העבריינית" של משדל (סעיף 30 לחוק) או של מסייע (סעיף 31 לחוק). הצד השווה לבחינות

אלה הוא בהינתן שותפות או מעורבות של מספר מבצעים למעשה עבירה אחד. לאמור,

עשייה עבריינית משותפת – בחלקה או במלואה – של מספר אנשים.

13. ברמת הפרשנות המילולית ניתן אמנם לייחס את הסיפא לסעיף 350 (לאחר תיקון 77) כמתייחסת גם לסוגיית הצדדים לעבירה. שכן, הנוסח הנוכחי הינו: "...גם שהמעשה ייעשה ... באדם אחר". ברם, פרשנות שכזו אינה עולה בקנה אחד עם תכלית והדבק הדברים של הוראת סעיף 350. היא גם אינה תואמת את המבנה המתודולוגי והנורמטיבי של 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 כעשר שנים לאחר חקיקת תיקון 39 וקביעת ההסדר הנורמטיבי הכולל לעניין הגדרת הצדדים לעבירה. אם נבוא לפרש את המילים "...גם שהמעשה ייעשה ... באדם אחר" כמתייחסות להגדרת צד לעבירה כמבצע או כמבצע בצוותא, נימצא למעשה במתחם חקיקתי שונה, ובמידת מה גם סותר, למתחם הנורמטיבי לעניין הצדדים לעבירה כפי שנקבעו הדברים בסעיף 29 לחוק (בתיקון 39). שכן, על פי פרשנות שכזו ניאלץ לקבוע מבחן חדש ונוסף להיותו של פלוני שותף לעבירת מין והוא מבחן הגרימה. מבחן שכזה מניח את דרישת התוצאתיות האפקטיבית הישירה שבין "תרומת המעשה" של השותף לעבירת המין לתוצאת מעשה העבירה.

על פני הדברים – מבחן שכזה איננו מתבקש לצורך הגדרת "מבצע" על פי סעיף 29 לחוק העונשין. במידה מסויימת ניתן אף לאמר כי אינו ממין העניין והסוגיה של הגדרת הצדדים לעבירה נוכח ההסדר החקיקתי המקיף שנקבע לעניין זה בתיקון 39 לחוק העונשין.

פרשנות מוצעת שכזו גם אינה עולה בקנה אחד עם נוסחו של סעיף 350 כמכלול

אחד וקוהרנטי. שכן, הציר המרכזי 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 נעשים

פיזית על ידי העבריין בגופו של הקורבן אלא בקורבן עצמו הנאלץ כתוצאה ממעשי

העבריין לבצע את המעשים בגופו של העבריין או בגופו של אדם אחר. למשל, פלוני

הגורם לקטין שיעשה בו מעשה מגונה בגופו שלו (של העבריין) או בגופו של אדם

שלישי נוסף (פרט לעבריין). המדובר הינו בעבריין הגורם לקורבן לעשות מעשה מגונה

בגופו של אחר. הוא הדין בעבירות מעשה סדום, 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 מטרת חקיקתו (ראו פרוטוקול 83 מ-3.11.03 ופרוטוקול 88 מ-11.11.03

לדיוני ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת). יתירה מזו, הוספת המילים "בו או באדם אחר"



בגידרו של תיקון 77 מהווה השלמה וביאור למטרות החקיקתית המקורית שעמדה ביסוד חקיקתו של סעיף 350 מלכתחילה (בתיקון 22) כמפורט לעיל.

14. למעלה מן הצורך, וגם אם היינו מוצאים מקום לפרשנות כפולה (ולטעמי – דחוקה) לסיפא של סעיף 350 כמתייחסת כאחד הן להרחבת הגדרת מעשה העבירה והן להרחבת מעגל הצדדים לעבירה – גם אז לא היה מקום למצוא באותה הסיפא משהו הרחבה או שינוי של הגדרת ה"צדדים לעבירה" כפי שעניין זה הוסדר קונבנטי 39 לחוק העונשין.

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. לא מור, קיומו של הלוך נפש זהה לזה הדרוש לביסוס הרשעתו של המבצע, ו'גרם הביצוע' מתוך כוונה שאותה עבירה תבוצע. להדגיש, אין המדובר כאן באחריות 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 'גרם (שהמעשה ייעשה)'  
בהקשר זה רחבה מזו של 'שידל'... 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 שהמעשה ייעשה באדם אחר" זהים למבחני קביעת  
ה"מבצע" או "המבצע בצוותא" שבסעיף 29 לחוק.

**ומן הכלל אל הפרט**

15. שופטי בית המשפט המחוזי נחלקו כאמור בדעותיהם בשאלת אחריותו של

המערער 1 למעשה האינוס (שנעשה על ידי המערער 2). דעת הרוב מצאה כי אחריותו של

המערער הוכחה, ואילו דעת המיעוט מצאה כי לא הוכחה כנדרש האחריות שיוחסה

למערער 1. כבוד השופטת ר' יפה-כץ (בדעת הרוב) מצאה בפסק דינה כי בעת שהלכו

המערער 1 והמתלוננת לדירה, המערער 1:

"ידע שהמתלוננת עדיין לא הסכימה לקיים יחסי מין עם

חברו (המערער 2 – י"א) והוא אף הבטיח לה שתוכל לשקול

זאת בדירה וכולם יפעלו בהתאם. די בכך לטעמי כדי

לחייב את הנאשם (המערער) 1 ב'זהירות מוגברת' בבדיקת

כוונותיה ורצונותיה של המתלוננת בכל הנוגע לקיום יחסי

מין עם הנאשם 2".

לאור זאת מוצאת השופטת קמא כי השאלה העומדת לבחינה הינה:

"האם עשה הנאשם 1 מעשה כדי לברר מהו רצונה של

המתלוננת. הנאשם מ'ס' 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) צורף 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".

16. בפרק הקודם ניתחתי את הפרשנות הראויה להוראת סעיף 350 לחוק העונשין,

ולפיה אין עניינו בהרחבת מעגל "הצדדים לעבירה" אלא בהרחבת היקף מעשי

עבירות המין. על פי פרשנות זו של הסעיף, אין הוא חל מלכתחילה על המערער 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"

שמעשה ייעשה (על ידי השותף לעבירה) באדם אחר (הקורבן), גם אז – כמפורט לעיל

– אין בהוראה זו משום הרחבת הגדרת "מבצע" או "מבצע בצוותא" מעבר לקבוע

בסעיף 29 לחוק העונשין.

הפרשנות המוצעת בדעת הרוב של בית המשפט קמא, ולפיה מכוח סעיף 350

בעבירות מין גם "מסייע" או "משדל" (כמובנם בסעיף 30 ו-31 לחלק הכללי של חוק

העונשין), דינו כדין מבצע עיקרי – הינה מרחיקת לכת. היא אינה עולה בקנה אחד עם

כללי היסוד של אחריות בפלילים והצדדים לעבירה הקבועים בפרק ב' לחוק העונשין

החלים על העבירות לכל סוגיהן. היא גם אינה עולה בקנה אחד עם הפרשנות המתבקשת

מתוך ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 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, תיבחן ותוכרע אך ורק על פי כללי השותפות לעבירה והצדדים לעבירה שבסעיף 29 לחוק העונשין. זאת, הן למרכיבי העובדה והן למרכיבי היסוד הנפשי שנקבעו לעניין זה בחוק ובפסיקה.

17. דעות הרוב והמיעוט בפסק הדין קמא לא נחלקו וביניה לעניין התקיימות תשתית העובדות דלהלן:

א. המתלוננת והמערער 1 הלכו יחדיו לדירה בה היה המערער 2 בעקבות הצעת המערער 1 למתלוננת לנסות את שיטת ההבל של "עירבוב הדמים" למטרות 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 ולא 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 שהמערער 1 כבר יצא מהדירה;

ה. אין בחומר הראיות ממצא המצביע על כוונתו של המערער 2 לבעול

המתלוננת שלא בהסכמתה קודם ליציאת המערער 1 את הדירה.

לעומת ממצאים אלה, הוכח כי בעת שיצא המערער 1 את הדירה הוא נעל הדלת

אחריו ולקח עמו המפתח. כמו כן, העידה המתלוננת כי שעה שהמערער יצא את הדירה

"בכיתי ואמרתי לולדיק (המערער 1) שלא ישאיר אותי איתו לבד כי אני לא יודעת מי זה

מתיה (המערער 2) הזה". אלה הם עיקרי הראיות והאינדיקציות למצב הדברים שעה

שהמערער 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 ראייה כי טרם שובו לדירה ידע

הנאשם 1 שהתכונן המקורי ה ש ת ב ש 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 מ ס פ ק ו ת – הינו מסקנה אפשרית

וסבירה המתבקשת מתוך מכלול הראיות. הוא מקים ספק סביר המובנה בתוך מכלול

הראיות בדבר עצם ההיתכנות להתקיימות היסוד הנפשי הנדרש לקביעת מעמדו של

המערער 1 כמבצע בצוותא של עבירת האינוס, שכן אין אינדיקציה בחומר הראיות ובודאי

שלא הוכחה מעבר לספק סביר לפיה ידע המערער 1 על כוונת או תוכנית אינוס שקיננה

במערער 2. אדרבא, סבירה יותר האפשרות 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 של ידיעה (אצל המסייע) או רצון בתוצאה (אצל המשדל)

לכוונת המעשה של המבצע העיקרי. כזאת לא הוכח ברמה הנדרשת בעניין המערער 1.

נעילת הדלת על ידי המערער 1, בעת שיצא מן הדירה, אינה מובילה, ובודאי שלא

מעבר לספק הסביר, למסקנה האחת והיחידה כי הדבר נעשה במטרה להקל על המערער 2



לאנוס את המתלוננת. זאת, הואיל ומסד העובדות אינו מניח את הבסיס הנדרש ראייתית להוכחת ידיעתו של המערער 1 בדבר היתכנותה של סיטואציה שכזו שבה יאנוס המערער 2 את המתלוננת. למותר לציין כי אין אינדיקציה כלשהי בראיות לפיה היה המערער 1 מעוניין באינוס המתלוננת על ידי המערער 2.

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

לאור זאת, מקובלת עלי מסקנתו של כבוד השופט א' ואגו, כי לא הוכחה עבירת האינוס שיוחסה למערער 1 בכתב האישום.

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

### **הערורים לעניין העונש**

18. תוצאת הדברים האמורה לעניין ערעורו של המערער 1 מחייבת כמובן התערבות במידת עונשו. נותרה בעינה הרשעתו של המערער בעבירת הפגיעה בפרטיות שיוחסה לו

באישום הראשון. כמו כן, מצאנו להרשיעו בעבירת כליאת שוא – כפי שנמצא לדעת המיעוט בפסק הדין קמא.

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

ומכאן למערער 2 – הוא הורשע כאמור באינוסה של המתלוננת תוך הפעלת כוח ואיומים, ודינו נגזר לשבע שנות מאסר. אכן, עונש זה אינו קל, אולם אינו מופרז בחומרתו מרף הענישה הראוי למבצעי עבירת האינוס תוך שימוש בכוח ובכפייה.

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

19. אציע איפוא לחברי למותב, כי נקבל את ערעור המערער 1 על הכרעת הדין, נזכה אותו מעבירת האינוס שהורשע 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 בעניינו ישארו בעינם.

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

הדין כאחד.

שופט

ה שופט א' א' לוי:

לא אוכל להצטרף לתוצאה אליה הגיעו חבריי. אילו דעתי היתה נשמעת, היינו

דוחים את שני הערעורים ומותירים על כנם את ההרשעות והעונשים שנגזרו.

אין חולק כי בעת שהמתלוננת ומערער 2 נשארו לבדם בדירה, בעל אותה האחרון

בניגוד להסכמתה. נקודה נוספת בה אין מחלוקת, היא כי מערער 1 נעל את דלת הדירה

ומנע מהמתלוננת להימלט. באשר למניעיו לעשות זאת, קבע שופט המיעוט (ראו עמ'

113) כי "טעמיו של המדויקים של נאשם 1 לנעילה אינם ברורים, אך ניתן לקבוע

שהדבר לא נעשה לבקשת המתלוננת ומשיקולי קירבת בעלה לדירה... הדעת נותנת – כפי

שאירע בפועל – שמטרת הנעילה היתה להבטיח שהמתלוננת לא תימלך בדעתה ותחליט לעזוב את

הדירה בלעדיו ובטרם ישוב. בראש מעייני הנאשם 1 לא היה למנוע חדירת בלתי מורשים

מבחוץ, אלא לסכל יציאת המתלוננת... אין ספק שהמתלוננת לא ביקשה זאת ממנו"

(ההדגשה הוספה). בנסיבות אלה, אחריותו של מערער 1 לעבירות שיוחסו לו נגזרת

מהשאלה האם ידע, 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, אולם היא סירבה לבצע את מבוקשו. לדבריה, מערער זה הוביל  
אותה למבנה שהיה בעיצומן של עבודות שיפוץ, ולאחר שקיימה עימו יחסי מין הגיע  
מערער 2 למקום. או אז, היא הוסיפה, אמר לה מערער 1 " שהוא צריך ללכת ואמר  
ל[מערער 2] יש לך 15 דקות תעשה מה שאתה רוצה, יצא וסגר את הדלת מבחוץ" (עמ' 4  
לנ/א). למשמע דברים אלה פרצה המתלוננת בבכי וביקשה ממנו שלא לשאיר לבדה  
במחיצת מערער 2 ("כשהוא יצא בכיתי ואמרתי שלא ישאיר אותי לבד כי אני לא יודעת  
מי זה [מערער 2] אז [מערער 1] אמר לי לשתוק 'אני חוזר עוד 15 דקות' והוא חזר אחרי חצי  
שעה" שם, בעמ' 7). המתלוננת ציינה בהודעתה, כי מערער 1 התנצל בפניה לאחר  
מעשה, באומרו "אני יודע שלא רצית את זה" (שם, בעמ' 8).

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

שלושת השופטים המלומדים בבית-המשפט קמא העריכו את גרסתה של

המתלוננת כמהימנה, מה שלא ניתן לומר – כך בלשון המעטה – לגבי גרסאותיהם של

המערערים. וכך מצא הדבר את ביטוי בחוות דעתו של השופט א' ואגו:

"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).

ובמקום 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).

הנה כי כן, מדבריה של המתלוננת עולה כי מערער 1 היה מודע היטב לסירובה לקיים יחסי מין עם חברו, והדברים מקבלים משנה חיזוק בדבריהם של המערערים עצמם והתנהלותם במשפטם. מערער 1 הודה כי רצה שהמתלוננת תקיים יחסי מין עם חברו (ת/א1). תחילה הכחיש כי נעל את הדירה כאשר יצא ממנה, אולם בהמשך חזר בו והודה בכך. הוא טען כי נהג כך על פי בקשתה, אולם כאמור גרסה זו לא זכתה לא מונו של בית משפט קמא. יתרה מכך, בחקירתו הודה מערער 1 בכך שהמתלוננת בכתה בטרם עזב את הדירה (ת/ב1). אולם, במהלך עדותו משהתברר לו כי פרט זה אינו מטיב עימו, הוא חזר בו מהדברים, וטען כי נאמרו עקב לחץ בו היה שרוי כאשר נחקר (עמ' 35 לפרוטוקול).

הגרסה המפלילה זוכה לחיזוק גם בעדותו של מערער 2, שמסר כי כאשר נכנס מערער 1 עם המתלוננת לחדר, הוא אמר "ש הוא שכב איתה ויוצא לקנות סיגריות ושאני אנסה לעשות את מה שהוא ביקש ממני" (עמ' 48 לפרוטוקול). ואם בכל אלה לא די, הנה מתברר כי במהלך החקירה הפגישו החוקרים את המערערים זה עם זה, והקליטו את שיחתם. הקלטה זו העלתה כי המערערים ניסו לתאם עדויות בכל הנוגע להסכמת המתלוננת:

" מערער 1: אני אגיד סגרת 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/5א).

לה שקפתי, 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 מתחינותיה של שלא להותיר אותה לבד.

יתר על כן, הוא טרח לנעול את הדלת מבחוץ כדי למנוע מהמתלוננת אפשרות להימלט,

ולאלצה בדרך זו לקיים יחסי מין עם חברו. סבורני, כי בנסיבות אלה יש להגדיר את מערער

1 כמבצע בצוותא של האונס, ואין לכך דבר וחצי דבר עם הוראת סעיף 350 לחוק

העונשין, שחברי עסק בה בהרחבה.

חבריי, השופטים ל' אלון וס' גובראן, הדגישו בחוות-דעתם כי אין מקום לשנות

ממצאי המהימנות שהתקבלו על-ידי בית-משפט קמא, ובמרכזן ההתרשמות ממהימנותה של

המתלוננת. והרי המתלוננת שבה והדגישה לכל אורך הדרך 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 לזכותו מעבירות האינוס. להשקפתי, לא ניתן לקבל את

העמדה כי מערער 1 נעל את המתלוננת במבנה בניגוד להסכמתה אך לא היה מודע לאי

הסכמתה לקיים יחסי מין עם מערער 2, שאם לא כן מה טעם היה בנעילת הדלת? התנהגותו זו של מערער 1 אינה יכולה להיות שבת עם מי שסבר כי המתלוננת מסכימה וחפצה לקיים יחסי מין עם מערער 2.

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

שופט

השופט ס' ג'ובראן:

חברי, השופט י' אלון, מציע לקבל את ערעור המערער 1 על הכרעת הדין ולזכותו מעבירת האינוס שהורשע בה, להרשיעו בעבירת כליאת שווא, להותיר על כנה את הרשעתו בעבירות הפגיעה בפרטיות ולהעמיד את עונשו על 30 חודשי מאסר בלבד. אשר למערער 2, מציע חברי השופט אלון לדחות את ערעורו הן על הכרעת הדין והן על גזר-הדין ולהותיר בעניין זה את פסק-הדין של בית המשפט המחוזי על כנו. לעומתו, מציע חברי, השופט א' א' לוי, לדחות את שני 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 הדין ולזכותו מעבירת האינוס שהורשע בה, להרשיעו בעבירת כליאת שווא, להותיר על כנה את הרשעתו בעבירות הפגיעה בפרטיות ולהעמיד את עונשו על 30 חודשי מאסר בלבד. שאר מרכיבי גזר-הדין של בית המשפט המחוזי יישארו בעינם.

בכל הנוגע להכרעת הדין של המערער 2 - מצטרף אני לדעתם של חבריי, לפיה יש לדחות את ערעורו של המערער 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. תחילה אתייחס לערעורו של המערער 2 ולשאלה האם היה מקום להרשיעו באינוס. משם אמשיך ואבחן את ערעורו של המערער 1 במחלוקת המתמקדת בשאלה האם ניתן להרשיע במעשה האינוס גם את המערער 1, בהיותו מי שגרם לכך.

## המערער 2

כפי שציין חברי, השופט א' א' לוי, בחוות-דעתו, אין חולק, כי בעת שהמתלוננת והמערער 2 נותרו לבדם בדירה, אנס אותה המערער 2 בניגוד לרצונה והסכמתה. בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער 2 באינוס המתלוננת בהסתמך על מהימנותה של

המתלוננת כפי שעלה הן באמרותיה בחקירה במשטרה והן בעדותה בבית המשפט. חיזוק לגרסתה של המתלוננת מצא בית המשפט המחוזי בעדותו של המערער 1, לפיה משחזר לדירה אישר לו המערער 2, כי אכן קיים יחסי מין עם המתלוננת, אולם לטענתו, אין הוא הגיע לסיפוקו. למעשה, גרסאותיו החלופיות של המערער 2 נסתרו הן על-ידי המתלוננת והן על-ידי המערער 1. אכן, כפי שציין חברי, השופט י' אלון, בית המשפט המחוזי הדגיש בפסק-דינו את העדות המתונה, המוקפדת והמאופקת של המתלוננת בתיאור מעשה הכפייה שכפה עליה עצמו המערער 2. 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 מתלונתה הראשונית, דרך הודעות נוספות

במשטרה, עימותים שנערכו ועדותה בבית המשפט".

כידוע, ממצאים שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית, ערכאת הערעור לא תתערב בהם בדרך-כלל. רק לעיתים רחוקות תערב ערכאת הערעורים בממצאים עובדתיים אשר נקבעו בבית המשפט קמא, אשר שמע את העדויות והתרשם התרשמות ישירה ובלתי אמצעית ממהימנותם של העדים (ע"א 5118/92 חברת אלטריפי נ' סלאימה, פ"ד נ(5) 407; ע"פ 9147/01 בשן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 27.12.01); מ' קרמיצר, "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למימנות של עדים" הפרקליט לה (תשמ"ג-תשמ"ד) 407).

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

אף באשר לעונש שהוטל על המערער 2 – גם בעניין זה, מצטרף אני, כאמור, לדעתם של חבריי, לפיה יש לדחות את הערעור. שכן, המערער 2 ביצע במתלוננת מעשה אינוס בניגוד לרצונה והסכמתה. המערער 2 כפה עצמו על המתלוננת, בידעו, כי אין היא מעוניינת בכך, והכל תוך שימוש בכוח ובאימים. בנסיבות אלה, לא מצאתי כל הצדקה

להקלה בעונשו של המערער 2 ויש, אף לטעמי, מקום להותיר את העונש שהוטל עליו על כנו.

## המערער 1

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

חברי השופט אלון פרס בהרחבה את פרשנותו לסעיף 350 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. מבלי להתייחס לניתוח הפרשני שנעשה וכפי שיובהר להלן, מצטרף אני לדעתו של חברי השופט י' אלון, לפיה יש לקבל את ערעור המערער 1 על הכרעת הדין ולזכותו מעבירת האינוס שהורשע בה. עם זאת, יש להרשיעו בעבירת כליאת שווא ולהותיר על 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, ולצורך הפסקת ההיריון הלא רצוי, מתוך תקווה, כי תיאורית "ערבוב הדם" יכולה להועיל להפסקת ההיריון שלה. אולם, כאשר עזב המערער 1 את הדירה ונעל את דלתה, היא סירבה לממש את הרעיון, הקשר המיני עם המערער 2 נכפה עליה והוא אנוס אותה.

המתלוננת מעלה טענות, לפיהן המערער 1 שיקר ורימה אותה בכל הנוגע לתיאורית "ערבוב הדם", כאשר הוא עצמו ידע, כי מדובר בסיפור בדים ותו לא. ברם, בית המשפט המחוזי קבע, כי לא הובאה כל ראיה, לפיה המערער 1, אשר הניע את המתלוננת להסכים ולהיבעל, התכוון לרמותה וכי הוא עצמו ידע שמדובר בבזותא או כי לא האמין, כשלעצמו, בנכונות תיאורית "ערבוב הדם". המערער 1 ציין בעדותו בבית המשפט המחוזי (בעמ' 23-45 לפרוטוקול), כי האמין בעצמו ביעילות השיטה ששמע עליה בעבר ולשאלה מדוע לא הציע למתלוננת "לערבב דם" עם בעלה ומדוע נחוץ הדם הזר לשם כך, הוא השיב, כי המתלוננת לא רצתה לשכב עם בעלה, אך לא התנגדה לעשות זאת עם חברו. וכך העיד:

"דיברנו אני והיא על מה שעושים ואני שמעתי מאישה מבוגרת כמה שנים קודם שאם אישה נכנסת להיריון ואם היא שוכבת עם עוד גבר זה ערבוב של הדם וזה יכול לגרום להפלה והצעתי לה את זה. היא אמרה שהיא מסכימה להכל, היא פשוט לא רוצה את 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 "ערבוב הדם" ושאי אפשר להביא להפסקת היריון על-ידי כך,

שהאישה ההרה מקיימת יחסי מין עם גבר אחר שאינו זה שעיבר אותה.

יתרה מכך, מכל העדויות עולה, כי הכל סברו, שהשיטה אולי מוזרה ומפוקפקת,

אך ראו מקום לנסותה והאמינו שאולי בכל זאת יש בה ממש.

זאת ועוד, אף מעדותה של המתלוננת בבית המשפט המחוזי (בעמ' 17

לפרוטוקול) עולה, כי היא הסכימה להצעתו של המערער 1 לקיים יחסי מין עם המערער 2

וזאת כדי להביא להפסקת ההיריון:

"כשחייכתי וחיכיתי וחיכיתי 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 תיאורית "ערבוב 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 הבינה, כי מאחורי תיאורית "ערבוב 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 ולאור הסברי המערער 1, כי עליה לשכב עם המערער 2 לשם

הפסקת ההיריון. עוד עולה מהעימות, כי היא לא האמינה שבסופו של דבר התכנית תתבצע

ורצתה להפיס את דעתו של המערער 1 לאור הפצרותיו. אין כל רמז שהמתלוננת הובאה

לדירה בניגוד לרצונה או תוך שימוש בכוח או באיום כלשהו. כמו-כן, המתלוננת אינה

טוענת, כי גילתה את דעתה 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 בהבהרות, אשר לא שינו מהותית את עדויותיה במשטרה. היא ציינה, כי

אומנם לא רצתה תחילה ללכת עם המערער 1 לאותה דירה, אך " הוא אמר לי שאם אני לא רוצה אז אני לא אשכב איתו, אבל אני חייבת ללכת איתו". אף בחקירתה הנגדית, הבהירה המתלוננת, כפי שעולה גם מהעיונות, כי הסכמתה לגשת לדירה ניתנה מתוך הנחה שאיש לא יכריחה לקיים יחסים בניגוד לרצונה, ומתוך רצון להפסיק את המערער 1 ולמלא את מבוקשו ורק לאחר שזה הבטיח לה שדבר לא יעשה 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 הפסקת 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 לא נחלקו ביניהן בנוגע לעובדה, כי בטרם יצא המערער מן הדירה, הוא

לא דרש, לא ביקש ולא הציע למערער 2 לקיים יחסי 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 מבית המשפט המחוזי ולפיה נראה, כי הציפייה המשותפת למתלוננת

ולמערער 2 הייתה, כי המתלוננת שהגיעה לדירה מרצונה 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 את המתלוננת לאחר צאתו מן הדירה, וזאת בניגוד לרצונה. בנסיבות

אלה שוכנעתי, כי ערעה מ 1 נעדר היסוד הנפשי הנדרש לקביעת מעמדו כמבצע בצוותא

של עבירת האינוס ולפיכך לא הוכחה עבירת האינוס שיוחסה לו בכתב האישום.

מכל האמור לעיל, מצטרף אני, כאמור, למס קנתו של חברי השופט אלון, לפיה יש לקבל את ערעורו של המערער 1 על הכרעת הדין ולזכותו מעבירת האינוס שיוחסה לו בכתב האישום. כמו-כן, אף לטעמי יש להרשיע את המערער 1 בעבירה של כליאת שווא, להותיר על כנה את הרשעתו בעבירות הפגיעה בפרטיות ולהעמיד את עונשו על 30 חודשי מאסר בלבד. שאר מרכיבי גזר-הדין של בית המשפט המחוזי יישארו בעינם.

שופט

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

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

שופט

שופט

שופט

---

06004120\_A07.doc קהעות כפוף לשינויי עריכה וניסוח. עכב

[www.court.gov.il](http://www.court.gov.il) מרכז מידע, טל' 02-6593666; אתר אינטרנט,