|  |  |
| --- | --- |
| בבית המשפט העליון | |
| ע"פ 3677/21    ע"פ 4151/21 | |
| לפני: | כבוד המשנה לנשיאה נ' הנדל |
|  | כבוד השופטת ע' ברון |
|  | כבוד השופט י' אלרון |

|  |  |
| --- | --- |
| המערערת בע"פ 3677/21 והמשיבה בע"פ 4151/21: | מדינת ישראל |

|  |  |
| --- | --- |
|  | נ ג ד |

|  |  |
| --- | --- |
| המשיב בע"פ 3677/21 והמערער בע"פ 4151/21: | אבישי שללאשוילי |

|  |
| --- |
| ערעורים על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו ב[תפ"ח 2772-09-18](http://www.nevo.co.il/case/24961752) מיום 4.8.2020 ומיום 11.4.2021 שניתנו על ידי השופטים ר' בן-יוסף, א' קלמן-ברום וא' הימן |

תאריך הישיבה: ט"ז בשבט תשפ"ב (18.1.2022)

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המערערת בע"פ 3677/21 והמשיבה בע"פ 4151/21: | עו"ד עידית פרג'ון |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המשיב בע"פ 3677/21 והמערער בע"פ 4151/21: | עו"ד מורן סעדון; עו"ד רענן עמוסי |

ספרות:

[יעקב קדמי **על הדין בפלילים - חוק העונשין - חלק שני**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/4004)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982](http://www.nevo.co.il/law/74903): סע' [184](http://www.nevo.co.il/law/74903/184)

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1), [345(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.2), [347(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.b), [348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a), [348(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f), [355(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/355.a), [ב ה'](http://www.nevo.co.il/law/70301/jCeS)

[פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971](http://www.nevo.co.il/law/98569): סע' [54א(ב)](http://www.nevo.co.il/law/98569/54a.b)

מיני-רציו:

\* ביהמ"ש החמיר בעונש של אדם שביצע עבירות מין במתלוננת שפנתה לעזרתו לשם טיפול במצוקותיה הרגשיות והעמיד את עונש המאסר פועל על 36 חודשים חלף 20 שקבע ביהמ"ש המחוזי. בראשית הדיון נדחה ערעורו של אותו אדם על הכרעת הדין. נקבע כי בדין הורשע בעבירה של מעשה סדום בשל החדרת אצבעו לפי הטבעת של המתלוננת וכן כי מעשיו – נגיעה באזור פי הטבעת והחדרת אצבע לפיה של המתלוננת – מהווים מעשה מגונה תוך שהסכמת המתלוננת הושגה במרמה.

\* עונשין – עבירות – מעשה סדום

\* עונשין – עבירות – מעשה מגונה במירמה

\* ראיות – עדות – קורבן עבירת מין

\* דיון פלילי – הרשעה – בעבירה על-פי עובדות שלא נטענו

\* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: עבירות מין

\* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: התערבות ערכאת ערעור

.

ערעורים על הכרעת דין וגז"ד של בימ"ש מחוזי בגדרם הורשע המערער ב-[ע"פ 4151/21](http://www.nevo.co.il/case/27700902) והמשיב ב-[ע"פ 3677/21](http://www.nevo.co.il/case/27652842) (להלן: המערער) בעבירות מין (מעשה מגונה בנסיבות אינוס (ריבוי עבירות); ומעשה סדום בנסיבות אינוס (ריבוי עבירות)) שביצע במתלוננת אשר פנתה לעזרתו לשם טיפול במצוקותיה הרגשיות (החדיר את אצבעו, טבולה בדבש, לפי הטבעת ולפה של המתלוננת וכן נגע באזור פי הטבעת) והושת עליו עונש של 20 חודשי מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו; עונשי מאסר על תנאי ופיצוי למתלוננת בסך 10,000 ש"ח. המערער מערער על הכרעת הדין והמדינה מערערת על קולת העונש.

.

ביהמ"ש העליון (מפי השופט י' אלרון, בהסכמת המשנה לנשיאה נ' הנדל והשופטת ע' ברון) דחה את ערעור המערער וקיבל את ערעור המדינה מהטעמים הבאים:

לא נמצא ממש בטענת המערער כי נפל פגם בקביעת ביהמ"ש המחוזי באמצו את גרסת המתלוננת ובדחיית גרסת המערער, הן לעניין הקביעה כי מעשיו מהווים מעשה מגונה תוך שהסכמת המתלוננת הושגה במרמה, והן ביחס לקביעת ביהמ"ש כי המערער החדיר את אצבעו לפי הטבעת שלה ובכך בדין הורשע בעבירה של מעשה סדום.

טענת המערער כי לא החדיר את אצבעו לפי הטבעת של המתלוננת מופנית כלפי ממצאי עובדה ומהימנות מובהקים שקבע ביהמ"ש המחוזי אשר אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בהן נוכח התרשמותה הישירה של הערכאה הדיונית, מהעדויות שהובאו בפניה ומהשתלבותן במארג הראייתי. טעמיו של כלל זה יפים ביתר שאת בהתייחס להתרשמות הערכאה הדיונית מעדותה של קורבן עבירת מין. לפיכך לא נמצאה כל עילה להתערבות בהעדפתו הברורה והמנומקת של ביהמ"ש המחוזי את גרסת המתלוננת, שהייתה עקבית וסדורה על פני הגרסה הבלתי עקבית של המערער. עוד צוין בין היתר, כי המערער אישר כי אכן נגע באזור פי הטבעת של המתלוננת, ואולם לדבריו אינו יודע בוודאות היכן אצבעו נגעה. "חוסר ידיעתו" היכן נגעה אצבעו אינו עולה בקנה אחד עם הכחשתו הגורפת והמוחלטת לכך שאצבעו חדרה לפי הטבעת של המתלוננת ויש גם בכך לתמוך במהימנות המתלוננת בעדותה.

בכל הנוגע להרשעת המערער במעשה מגונה – אכן, כתב האישום לא ייחס למערער עבירה של מעשה מגונה בגין המגע באזור פי הטבעת אלא החדרת אצבע לפי הטבעת בלבד. אולם, כידוע על פי [סעיף 184](http://www.nevo.co.il/law/74903/184) לחסד"פ, ביהמ"ש רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן. במקרה דנן, המערער הודה, כאמור, במעשה הנגיעה באזור פי הטבעת הן בחקירתו במשטרה והן בעדותו בביהמ"ש המחוזי. בהתאם, המדינה בסיכומיה ייחסה למערער מגע באזור פי הטבעת בנפרד ממעשה החדרת האצבע. משכך, למערער אכן ניתנה הזדמנות סבירה להתגונן מפני עבירה זו.

די במעשה הנגיעה באזור פי הטבעת כדי לבסס את הרשעת המערער ב"מעשה מגונה". יחד עם זאת, בהינתן שהכרעת הדין שהרשיעה את המערער בעבירה זו מבוססת גם על מעשה החדרת אצבעו לפיה של המתלוננת, ביהמ"ש נדרש גם לטענתו כי מעשה זה אינו מהווה מעשה מגונה היות והדבר נעשה בהסכמת המתלוננת.

בפסיקה נקבע כי "מעשה מגונה" מהווה "מעשה שבנסיבות העניין הוא בעיני האדם הסביר מעשה מגונה". עוד נפסק, כי בנסיבות מסוימות, מעשה אשר נראה לכאורה תמים יכול שיהא בגדר "מעשה מגונה", וזאת כאשר ההקשר בו בוצע ומכלול נסיבות העניין שוללים את אופיו התמים של המעשה ומזהים בו, על-פי התפיסה החברתית הנוהגת, פגיעה בגוף, בנפש, בכבוד ובחופש הרצון של נפגעת העבירה. בענייננו, כעולה מעדות המתלוננת, מיד לאחר החדרת האצבע לפיה היא החלה לבכות "...בכי של לא השאירו לי ברירה, ואני עושה משהו שהוא כנגד רצוני המוחלט". בנסיבות אלה, אף במעשה זה גלומה פגיעה בצנעת גופה של המתלוננת, בפרטיותה, בכבודה ובחופש רצונה.

בהתייחס ליסוד הנפשי, נקבע כי "מעשה מגונה" לא ייחשב ככזה אלא אם התלווה אליו יסוד נפשי של רצון להגשים את אחת משלוש המטרות המנויות בחוק: לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים. יסוד הביזוי התקיים בענייננו מכוח הילכת הצפיות המייחסת למערער מודעות שמעשיו יביאו לביזויה המיני של המתלוננת מעצם הפלישה לגופה ולאבריה המוצנעים, גם אם לא חפץ בכך כמטרה העומדת בפני עצמה. במקרה דנן התקיים אף יסוד הגירוי, כטענת המדינה. בימ"ש זה עמד לא אחת על כך שמעשה אשר נראה, לכאורה, תמים עלול להיות מעשה אשר מבוצע "לשם גירוי, סיפוק, או ביזוי מיניים" כאשר נסיבות ביצועו משוות לו אופי מיני ומגונה. בהינתן עדות המערער כי אין בסיס לטענה לפיה המעשים שביצע במתלוננת הם בעלי אופי טיפולי, ונוכח עדותו כי הוא בדה אותם מליבו, כל פירוש אחר למעשיו של המערער, בשים לב לנסיבות האירוע, יהא מעושה ומלאכותי; לפיכך, אין להלום את טענתו, כי המעשים התבצעו שלא לצורך גירויו המיני.

בכל הנוגע לטענת המערער כי המעשים המיוחסים לו בוצעו בהסכמת המתלוננת ומכל מקום לא הוכח שהם בוצעו במרמה. בפסיקה נקבע כי לצורך הרשעתו של אדם בביצוע עבירה במרמה, יש להוכיח את התקיימותם של שלושה תנאים מצטברים: ראשית, כי טענת מבצע המעשים, שבגינה הושגה הסכמה למעשים, היא טענה כוזבת במישור העובדתי; שנית, כי הטוען מודע לכזב אשר בטענה; ושלישית, כי הרמייה היא אשר הובילה להסכמה למעשים. כעולה מקביעות ביהמ"ש המחוזי, אמות מידה אלו מתקיימות במקרה דנן: הסכמת המתלוננת למעשים הושגה בשל טענתו הכוזבת של המערער לפיה הטיפול ימנע התדרדרות במצבה; המערער היה מודע לכך שאין אסמכתא רפואית-טיפולית למעשיו וכפועל יוצא מכך בכזב שבטענתו; והרמייה היא אשר הובילה את המתלוננת להסכמה למעשים. המסקנה העולה מכל האמור היא – הסכמת המתלוננת שהושגה עקב מרמה איננה הסכמה כלל.

כן לא נמצא ממש ביתר טענות המערער והערעור על הכרעת הדין – נדחה.

הערעור על גזר הדין – המקרה דנא נופל לגדרי אותם מקרים חריגים אשר בהם נדרשת התערבותו של בימ"ש זה לנוכח קולת העונש שהושת על המערער, אשר אינו עולה בקנה אחד עם חומרת מעשיו ונסיבות ביצועם.

בימ"ש זה הדגיש לא אחת את הפגיעה החמורה הגלומה בביצוע עבירות מין על ידי מטפלים או אלו המציגים עצמם כ"מטפלים". המערער ניצל את חולשתה ומצוקתה של המתלוננת שפנתה אליו לקבלת עזרה ותמיכה, וגרם לה לתחושת בושה והשפלה על שהלכה שולל אחר המצג שהציג לה. במעשיו אלה פגע בערכי הליבה העומדים בבסיס האיסור על ביצוע עבירות מין, ובכללם הגנה על ביטחונו האישי של אדם, צנעתו, פרטיותו ועל אוטונומיית הרצון החופשי שלו. פגיעה זו מתעצמת לנוכח העובדה שמדובר בעבירה שבוצעה במרמה, שכן בהיוודע האמת חשה המרומה מושפלת מכך שניצלו לרעה את חולשתה, את היעדר הידיעה שלה או את תמימותה.

בשים לב לכך שערכאת הערעור אינה נוהגת למצות את הדין, נקבע כי עונש המאסר בפועל שנגזר על המערער יעמוד על 36 חודשים, בניכוי ימי מעצרו, חלף 20 חודשי המאסר שנגזרו עליו בביהמ"ש המחוזי. יתר רכיבי הענישה יוותרו על כנם.

|  |
| --- |
| פסק דין |

**השופט י' אלרון:**

1. לפנינו ערעורים על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופטים **ר' בן יוסף**, **א' קלמן ברום** ו-**א' היימן**) ב-[תפ"ח 2772-09-18](http://www.nevo.co.il/case/24961752), מיום 4.8.2020, ומיום 11.4.2021 בהתאמה, בגדרם הורשע המערער ב-[ע"פ 4151/21](http://www.nevo.co.il/case/27700902) [פורסם בנבו] והמשיב ב-ע"פ 3677/21 (להלן: **המערער**) בעבירות מין שביצע במתלוננת אשר פנתה לעזרתו לשם טיפול במצוקותיה הרגשיות.

המערער משיג בערעורו על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בלבד; ומנגד ערעור המדינה (המערערת בע"פ 3677/21 והמשיבה בע"פ 4151/21; להלן: **המדינה**) על קולת העונש שנגזר על המערער.

**עובדות כתב האישום**

1. כמתואר בכתב האישום, המערער, יליד שנת 1957, הציג עצמו במרמה כבעל יכולות רוחניות לטיפול על פי תורת הנומרולוגיה, וטיפל בפונים אליו בחנות ביגוד בתל אביב בה הועסק כגזרן (להלן: **החנות**). במסגרת זאת, פנתה אליו המתלוננת – ילידת שנת 1995, לקבלת טיפול במצוקותיה הרגשיות ושוחחה עמו מעת לעת על מצבה. באחת משיחותיהם, המערער הזהיר אותה כי אם לא יטפל בה באופן מיידי ייוולד לה ילד חולה והיא עלולה למות ממחלה סופנית.

בעקבות אזהרת המערער, המתלוננת הגיעה לחנות ביום 23.8.2018 בשעת ערב לקבלת טיפול. בתחילת הטיפול, אמר לה המערער כי על מנת למנוע התדרדרות במצבה הרפואי, עליו להכניס לפיה את אצבעו כשהיא טבולה בדבש. המתלוננת הסכימה והמערער החדיר את אצבעו הטבולה בדבש לפיה וסובב אותה שבע פעמים.

לאחר מכן, המערער הסביר למתלוננת כי עליו להחדיר את אצבעו הטבולה בדבש גם לפי הטבעת שלה כדי לטהר אותה ולרפאה, אך המתלוננת סירבה ושאלה אם אמה תוכל לעשות זאת. המערער השיב לכך בחיוב, אך הוסיף כי עדיף שהוא יבצע זאת מפני שעליו לומר בשעת המעשה את הפסוק: "אָנָא ה' הוֹשִׁיעָה נָא אָנָא ה' הַצְלִיחָה נָא" (תהילים קי"ח, כ"ה(. מנימוק זה, המתלוננת הסכימה כי המערער יסובב את אצבעו מסביב לפי הטבעת שלה מבלי להחדירה.

בהמשך לכך, וכמתואר בכתב האישום, המערער הוביל את המתלוננת למטבחון בו כיבה את האור לבקשתה, ועטה כיסוי בד לעיניו. שם, המערער החדיר את אצבעו כשהיא טבולה בדבש לפי הטבעת של המתלוננת, סובב אותה בתוך פי הטבעת שלה כשבע פעמים, ושב והחדיר את אצבעו לפי הטבעת שלה כשבע פעמים. מיד לאחר מכן "הטיחה" המתלוננת במערער שלא הסכימה כי יחדיר אצבע לפי הטבעת שלה והוא טען בתגובה כי היה "חייב" לעשות זאת.

בגין מעשיו, יוחסה למערער עבירה של מעשה מגונה בנסיבות אינוס לפי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) יחד עם [סעיף 345(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.2) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז-1977 (להלן: **החוק**) (ריבוי עבירות); וכן עבירה של מעשה סדום בנסיבות אינוס, לפי [סעיף 347(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/347.b) יחד עם [סעיף345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) לחוק (ריבוי עבירות).

**תמצית הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי**

1. בית המשפט המחוזי כאמור הרשיע את המערער, לאחר שמיעת ראיות, בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

בעוד המערער חלק על הטענה כי מעשיו במתלוננת מהווים מעשה מגונה וכפר במיוחס לו כי החדיר את אצבעו לפי הטבעת של המתלוננת ובכך ביצע בה מעשה סדום – בית המשפט קבע כי מעשיו של המערער במתלוננת מהווים מעשים מגונים המגלמים אלמנטים בלתי מוסריים ומיניים תוך פגיעה בצנעת גופה של המתלוננת, בפרטיותה ובכבודה. הודגש כי כך בהחדרת אצבע טבולה בדבש לפיה של המתלוננת, וכך גם בנגיעות באזור פי הטבעת, וזאת נוכח נסיבות ביצועם, צירופם, סמיכותם, וההקשר הכולל שלהם. עוד נקבע, כי הסכמת המתלוננת לביצוע ה"טיפול" הושגה במרמה תוך ניצול מצבה הנפשי ובהשפעת טענתו הכוזבת של המערער כי אם לא תבצע את הטיפול מצבה יתדרדר. כל זאת משהיה ידוע למערער כי הטיפול בו נקט אינו מוכר בתורת הנומרולוגיה.

באשר למעשה הסדום שיוחס למערער – בית המשפט סמך ידיו על גרסת המתלוננת, אותה מצא מהימנה – אל מול עדות המערער, אשר התאפיינה בשינוי גרסאות ו"התפתלויות". הודגש, כי גרסת המתלוננת משתלבת במערך העדויות והראיות, ונתמכת גם בעדויות נוספות. בכלל זאת צוין כי כבר **בהודעתה הראשונה** (ת/7) במשטרה – כעבור 3 ימים ממועד האירועים – המתלוננת סיפרה בפירוט כי המערער סובב את אצבעו בהיותה טבולה בדבש על פי הטבעת שלה ולאחר מכן דחף אותה לתוך פי הטבעת ללא הסכמתה מספר פעמים. דברים דומים סיפרה **בעדותה** לפני בית המשפט המחוזי. בית המשפט מצא תימוכין לגרסת המתלוננת גם בעדות המערער – וזאת מאחר שעל אף הכחשתו בדבר החדרת אצבעו לפי הטבעת של המתלוננת, אישר כי אכן נגע ב"אזור" פי הטבעת, אולם כלשונו "לא יודע איפה בדיוק". נמצא כי גרסה זו מחזקת את "היתכנות" ביצועו של מעשה סדום, ותומכת בגרסת המתלוננת.

בית המשפט הוסיף וציין שבפסיקה נקבע כי יש לראות בנגיעה בפתח איבר המין "חדירה" ולכל הפחות "ראשית חדירה" (פסקה 42 להכרעת הדין). משכך, אף במעשים המתוארים על ידי המערער ניתן לראות כ"חדירה"; וממילא עדות המתלוננת אשר השתמשה במילים "החדיר", "דחף", "הכניס" מדברת בעד עצמה.

1. בית המשפט המחוזי בבואו לקבוע מתחם ענישה הולם, שקל את הפגיעה בערכים המוגנים; הנסיבות הקשורות בביצוע העבירות; ומדיניות הענישה הנהוגה. כמו גם ציין את הערכים המוגנים שנפגעו כתוצאה ממעשי המערער – ובכלל זה פגיעה בגופה ובכבודה של המתלוננת, בזכותה "לצנעת גופה ולהגנה עליו", וכן מעילתו של המערער באמון המתלוננת בו, תוך ניצול חולשתה ומצוקתה – וקבע כי מתחם העונש ההולם עומד על 18 עד 50 חודשי מאסר בפועל, אליו יתווסף עונש מאסר מותנה. בנסיבות העניין, היות והמערער נעדר עבר פלילי, נוכח גילו, והפגיעה הצפויה במשפחתו מחד גיסא, והצורך בהרתעתו ובהעברת מסר הרתעתי לעברייני מין פוטנציאליים מאידך גיסא, נקבע כי אין לחרוג ממתחם העונש ההולם לקולא או לחומרה, ויש למקם את עונשו של המערער בשליש התחתון של מתחם הענישה.

על המערער הושת עונש של 20 חודשי מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו; עונש מאסר על תנאי למשך 28 חודשים, לבל יעבור במשך שלוש שנים מיום שחרורו עבירת פשע המנויה [בסימן ה'](http://www.nevo.co.il/law/70301/jCeS) לפרק י' לחוק; עונש מאסר על תנאי למשך 9 חודשים, לבל יעבור במשך שלוש שנים מיום שחרורו עבירת עוון המנויה [בסימן ה'](http://www.nevo.co.il/law/70301/jCeS) לפרק י' לחוק; וכן פיצוי למתלוננת בסך 10,000 ש"ח.

הערעורים שלפנינו מופנים כאמור על הכרעת הדין מחד גיסא ועל קולת העונש מאידך גיסא, אליהם אפנה כעת.

**טענות הצדדים בערעור על הכרעת הדין**

1. המערער משיג על נימוקי וקביעות בית המשפט המחוזי להרשעתו.

אשר לעבירת **מעשה סדום** בה הורשע – המערער עומד על גרסתו כי לא החדיר את אצבעו לפי הטבעת של המתלוננת, ומדגיש כי בית המשפט המחוזי אמנם ציין שמדובר ב"גרסה מול גרסה", אך התעלם מראיות מהותיות המחזקות את גרסתו. בכלל זה, הפנה לעדות בן זוגה של המתלוננת לפיה סיפרה לו כי **נגע** לה בפי הטבעת. המערער הוסיף, כי גם במסגרת שיחת הטלפון שנערכה בינו לבין המתלוננת למחרת האירוע ותועדה בהקלטה, לא ציינה זו האחרונה כי החדיר לה אצבע לפי הטבעת. לשיטתו, שיחה זו ועדות בן זוגה של המתלוננת מלמדים כי מעשיו הסתכמו במגע כנטען על ידו.

המערער הוסיף והפנה לשימוש בית המשפט המחוזי במילה "היתכנות" לביצועו של מעשה סדום, וטען כי השימוש במילה זו מלמד על קיומו של ספק בביצוע מעשה סדום. זאת ועוד, קביעת "היתכנות" לביצוע העבירה מנוגדת לנטל ההוכחה בהליך הפלילי על פיו יש להוכיח את מעשי נאשם מעבר לכל ספק סביר.

ביחס לעבירת **מעשה מגונה** – המערער טוען כי המדינה לא ייחסה לו בכתב האישום מגע בפי הטבעת וכי הכנסת אצבעו לפיה של המתלוננת, בהסכמתה, אינה מעשה מגונה. כן הוסיף כי מעשיו לא עולים כדי גירוי, סיפוק, או ביזוי מיניים, וכי בית המשפט המחוזי שגה בהסתמכו על דברי המתלוננת בלבד לצורך הקביעה כי ביצע במתלוננת מעשה מגונה, וכי מעשים אלה בוצעו במרמה.

לטענת המערער, בן זוגה של המתלוננת "הגה" את הרעיון להגיש תלונה במשטרה בשל מעשי המערער, וזאת על רקע מערכת יחסים פוגענית בין בני הזוג. לשיטתו קיימים בנוסף מחדלי חקירה בתיק אשר פגעו ביכולתו להגן על עצמו מפני העבירות שיוחסו לו. בהקשר זה המערער טען כי הקלטתו לאחר האירוע על ידי המתלוננת ובן זוגה "לא מוצתה בהיבט החקירתי", וכי מכשירו הנייד "לא נבדק בהתאם לנהלי המשטרה", מאחר שמכשיר זה לא "נפרק" בהתאם להנחיות המתאימות.

1. מנגד, המדינה מפנה לקביעותיו של בית המשפט המחוזי בציינה כי טענות המערער מופנות בעיקרן כלפי קביעות עובדתיות וממצאי מהימנות אשר אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בהן. כן הודגש, יתרונה המובהק של הערכאה הדיונית בענייני קביעות עובדה ומהימנות בעבירות מין, אשר מטבען נעשות בצנעה, ולרוב בנוכחות התוקף והקרבן בלבד.

עוד נטען כי כלל טענות המערער נדונו ונדחו על ידי בית המשפט המחוזי – תוך שנקבע כי המתלוננת סיפקה בעדותה הסבר להשמטת דבר החדרת האצבע בשיחת הטלפון בינה לבין המערער; כי אין בסיס לטענה שבן זוגה של המתלוננת כפה עליה את הגשת התלונה; ואף אין ממש בטענות המערער בדבר קיומם של מחדלי חקירה שפגעו בהגנתו.

הודגש, כי בית המשפט המחוזי נתן אמון מלא בעדות המתלוננת, שזכתה כאמור לחיזוק גם מן האמור בעדות המערער. הודגש, כי המערער חזר בו מהכחשתו הראשונית לפיה לא ביצע את המעשים המיוחסים לו, ורק לאחר שעומת עם ממצאי החקירה הודה כי הכניס את אצבעו לפי המתלוננת ולדבריו הניחה **על** פי הטבעת שלה. לשיטת המדינה, שינוי גרסה זה, מהווה אף הוא נימוק לאי מתן אמון בגרסת המערער.

נוסף לכך נטען, כי הסכמת המתלוננת לחלק ממעשי המערער, ניתנה על בסיס מצגי השווא שהציג לה, תוך מרמה ברורה ביחס למהות המעשים, והודגש כי יש לראות את מעשה החדרת האצבע לפי המתלוננת בהקשר המלא של הפעולות שביצע, המקנה גם לפעולה זו אופי מיני מבזה.

**טענות הצדדים בערעור המדינה על קולת העונש**

1. על פי הנטען העונש אשר הושת על המערער אינו משקף כיאות את החומרה היתרה בפגיעה המינית שביצע, תוך ניצול מצוקתה וחולשתה של המתלוננת, ואף אינו מתיישב עם שיקול ההגנה על שלום הציבור והצורך בהרתעת המערער. באשר למתחם העונש ההולם אשר נקבע על ידי בית המשפט המחוזי נטען כי הוא חוטא לעיקרון ההלימה ואינו מבטא את החומרה שבביצוע מעשים מיניים על ידי מטפל, תוך מרמה לגבי אופי הטיפול.

כמו כן, לשיטת המדינה, על פי [סעיף 355(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/355.a) לחוק, בכל אחת מהעבירות בהן הורשע המערער קיים עונש מזערי ולפיו העונש לא יפחת מרבע העונש המרבי. בהקשר זה המדינה מדגישה, כי העונש המרבי בעבירה של מעשה סדום עומד על שש-עשרה שנות מאסר, ובעבירה של מעשה מגונה על שבע שנות מאסר. על כן, לא היה מקום לקבוע מתחם ענישה שתחילתו ב-18 חודשי מאסר, ויש להציב את הרף התחתון של המתחם, לכל הפחות, על 48 חודשי מאסר. עוד טוענת המדינה, כי בית המשפט המחוזי שגה משהשית על המערער עונש ברף התחתון של מתחם העונש שנקבע. לגישתה, מדובר במי שקיים חשש שישוב ויבצע עבירות דומות ומשכך יש להורות על הרחקתו מהציבור.

1. מנגד, המערער טוען, כי דין הערעור על גזר הדין להידחות. לצורך כך הפנה לפסקי הדין שהוזכרו בגזר דינו של בית המשפט המחוזי בטרם קביעתו את מתחם העונש ההולם. עוד הוסיף, כי המדינה לא הציגה בערעורה, כלשונו – "פסיקה במקרים דומים אשר חמורים מהמתחם שקבע בית משפט קמא". בנוסף, לטענתו יש לדחות את הטענה לפיה העונש שהוטל עליו אינו תואם את העונש המזערי שנקבע בעבירות בהן הורשע, שכן בית המשפט המחוזי הטיל עליו עונש של 20 חודשי מאסר בפועל בצירוף 37 חודשי מאסר על תנאי, ובמצטבר עונש של 57 חודשי מאסר. לעמדתו, בהתאם לפסיקת בית משפט זה, ענישה בדמות מאסר על תנאי מהווה אף היא חלק מהעונש המזערי.

**דיון והכרעה**

1. דין הערעור על הכרעת הדין **להידחות**, ומנגד יש **לקבל** את ערעורה של המדינה על קולת העונש, וכך אציע לחבריי לעשות.

תחילה, כפי שיורחב להלן, לא מצאתי ממש בטענת המערער כי נפל פגם בקביעת בית המשפט המחוזי באמצו את גרסת המתלוננת ובדחיית גרסת המערער, הן לעניין הקביעה כי מעשיו מהווים מעשה מגונה תוך שהסכמת המתלוננת הושגה במרמה, והן ביחס לקביעת בית המשפט כי המערער החדיר את אצבעו לפי הטבעת שלה ובכך בדין הורשע בעבירה של מעשה סדום.

1. **מעשה סדום**
2. טענת המערער כי לא החדיר את אצבעו לפי הטבעת של המתלוננת מופנית כלפי ממצאי עובדה ומהימנות מובהקים שקבע בית המשפט המחוזי, ואולם כלל מושרש וידוע הוא שערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית, אשר התרשמה באורח ישיר מהעדויות שהובאו בפניה ומהשתלבותן במארג הראייתי (ראו מני רבים: [ע"פ 1781/19](http://www.nevo.co.il/case/25524768) **קדיוליץ נ' מדינת ישראל**, פסקה 11 [פורסם בנבו] (1.10.2020); [ע"פ 6080/20](http://www.nevo.co.il/case/26964729) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 20 [פורסם בנבו] (21.7.2021)).

טעמיו של כלל זה יפים ביתר שאת בהתייחס להתרשמות הערכאה הדיונית מעדותה של קורבן עבירת מין ([ע"פ 8358/14](http://www.nevo.co.il/case/20842375) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 17 [פורסם בנבו] (5.3.2017); [ע"פ 2013/19](http://www.nevo.co.il/case/25550812) **מנחם נ' מדינת ישראל**, פסקה 37 [פורסם בנבו] (13.8.2020)). בהינתן זאת, לא מצאתי כל עילה להתערבות בהעדפתו הברורה והמנומקת של בית המשפט המחוזי את גרסת המתלוננת, על פני הגרסה הבלתי עקבית של המערער.

1. כמו כן, המערער אישר כי אכן נגע באזור פי הטבעת של המתלוננת, ואולם לדבריו אינו יודע בוודאות היכן אצבעו נגעה – כך בחקירתו במשטרה (ת/2א', עמ' 4, שורות 68-65), ובעדותו בבית המשפט המחוזי (עמ' 219 לפרוטוקול הדיון מיום 15.9.2019). "חוסר ידיעתו" של המערער היכן נגעה אצבעו אינו עולה בקנה אחד עם הכחשתו הגורפת והמוחלטת לכך שאצבעו חדרה לפי הטבעת של המתלוננת. אני סבור אפוא, כי בדין נקבע שחוסר ידיעה נטען זה משתלב עם עדותה של המתלוננת ויש בו כדי לתמוך במהימנות עדותה.
2. אל מול גרסת המערער, גרסת המתלוננת הייתה עקבית וסדורה. גרסתה הייתה ונותרה, כי המערער נגע באזור פי הטבעת שלה וסובב את אצבעו באזור זה שבע פעמים ולאחר מכן גם דחף את אצבעו לתוך פי הטבעת שבע פעמים. כך טענה בהודעתה הראשונה בתחנת המשטרה, אשר נמסרה כאמור כעבור 3 ימים ממועד האירוע (ת/7, שורות 17-12); כך הוסיפה לטעון בעימות שנערך בינה לבין המערער: "בזמן אמת הוא גם סובב וגם דחף. סובב ואחר כך דחף..." (ת/3, עמ' 6, שורות 40-39); וכך גם תיארה בחקירתה הראשית לפני בית המשפט המחוזי:

"הוא שם את האצבע שלו על פי הטבעת שלי וסובב אותה מסביב שבע פעמים. אחרי זה הוא החדיר אותה שבע פעמים. אחרי שהוא סיים אני הסתובבתי אליו ושאלתי אותו – למה עשית את זה? אנחנו לא סיכמנו על זה. אז הוא אמר – לא, הייתי חייב, זה בשביל הטיפול, זה הטיפול. אמרתי לו אבל לא סיכמנו את זה. הוא אמר – אל תדאגי, הכל בסדר, העיקר שתרגישי טוב. יצאתי מהמתפרה" (עמ' 11 לפרוטוקול הדיון מיום 15.1.2019).

מכאן שמקובלת עליי קביעת בית המשפט המחוזי ביחס למהימנותה של המתלוננת, וכי יש להעדיף את גרסתה על פני גרסת המערער.

1. עוד אציין, כי איני מקבל את טענת המערער כי העובדה שבשיחת הטלפון בה הוקלט ובעדות בן זוגה של המתלוננת לא עלה נושא החדרת האצבע לפי הטבעת מלמדת שהדבר לא התרחש. בית המשפט המחוזי בחן את עדות בן זוגה של המתלוננת ואת הקלטת השיחה האמורה, והסיק כי אין בהן כדי לעורר ספק באשר למהימנות גרסתה (ראו פסקה 58 להכרעת הדין) – לא מצאתי טעם לסטות מקביעה זו.

אוסיף, כי המתלוננת הסבירה במהלך עדותה לפני בית המשפט המחוזי כי היא לא העלתה את דבר החדרת האצבע בשיחת הטלפון מאחר שמדובר בפרט אינטימי והיא התביישה מבן זוגה, לו סיפרה את פרטי האירוע בהדרגה (ראו: עמ' 16 ו-35 לפרוטוקול הדיון מיום 15.1.2019). כמו כן, בן זוגה של המתלוננת אמר במסגרת עדותו בבית המשפט המחוזי כי המתלוננת סיפרה לו מיד לאחר האירוע על: "נגיעה בפי הטבעת. זה מה שאני ידעתי באותו רגע" (ראו: עמ' 79 לפרוטוקול הדיון מיום 29.1.2019).

איני רואה ממש בניסיון המערער להיבנות מדברים אלו, שעה שבן הזוג מתייחס בעדותו רק לפרטים שידע **באותה עת**, ובפרט לנוכח העובדה שהמתלוננת ציינה בעדותה כי סיפרה לו את פרטי האירוע בהדרגה, כאמור. ראויים לענייננו דברים שנאמרו במקום אחר:

"אין לצפות כי נפגעת עבירת מין המצויה במצב נפשי קשה והבוחרת לשתף מי מחבריה בחוויה הטראומטית שעברה, תוכל או תרצה בהכרח לפרוש בפניהם סיפור מלא ומפורט לפרטי פרטים של אותו האירוע. [...] בית המשפט מצא כי העובדה שהמתלוננת לא הזכירה בפני חבריה את הפרט הנוגע להחדרת האצבעות וכן העובדה כי עלו סתירות מסוימות בעדותה בכל הנוגע למהלך האירוע (האם מהלך דו-שלבי או תלת שלבי), אינן פוגמות ב"גרעין הקשה" של עדותה בהקשר זה ומסקנה זו מקובלת עליי" ([ע"פ 8444/15](http://www.nevo.co.il/case/20787915) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 14 [פורסם בנבו] (27.10.2016)).

1. לא מצאתי ממש אף בטענת המערער כי הכרעת בית המשפט המחוזי התבססה על "היתכנות" בלבד לביצועו של מעשה סדום, ואינה עומדת בנטל ההוכחה הנדרש בהליך הפלילי. כידוע, בהתאם [לסעיף 54א(ב)](http://www.nevo.co.il/law/98569/54a.b) ל[פקודת הראיות](http://www.nevo.co.il/law/98569) [נוסח חדש], תשל"א-1971, ניתן לבסס הרשעה בעבירה שיוחסה למערער על סמך **עדות יחידה של המתלוננת**, ובלבד שבית המשפט "יפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות זו". בהקשר זה נקבע בפסיקה, כי די לו לבית המשפט ליתן אמון מלא בגרסת המתלוננת על מנת שימלא את חובת ההנמקה הנדרשת ([ע"פ 5949/13](http://www.nevo.co.il/case/7980154) **שרחה נ' מדינת ישראל**, פסקה 31 [פורסם בנבו] (17.3.2014)).

בענייננו, בית המשפט המחוזי קבע כי ניתן להשתית את הרשעת המערער על גרסת המתלוננת אותה ראה כמהימנה, תוך שהבהיר, באופן מפורט ומשכנע, מדוע מצא לנכון ליתן אמון מלא בגרסתה (ראו פסקאות 46-44 להכרעת הדין). לפיכך, איני מקבל את טענת המערער כי הרשעתו התבססה על "היתכנות" בלבד לביצוע העבירה, כמשמעות מילה זו המטילה ספק בעמידה בנטל ההוכחה המוטל על כתפי התביעה במשפט הפלילי, זאת אף אם בית המשפט המחוזי השתמש במילה זו.

1. סיכומו של דבר – איני סבור כי יש לסטות מקביעות בית המשפט המחוזי שלפיהן עדות המתלוננת מהימנה ויש בה כדי לבסס את הרשעת המערער, ומשאר קביעות בית המשפט אשר בבסיס הרשעת המערער בעבירת מעשה סדום.
2. **מעשה מגונה**
3. **היסוד העובדתי** – לטענת המערער הרשעתו בגין עבירה זו שגויה, מאחר שהמדינה לא ייחסה לו בכתב האישום מגע בפי הטבעת עובר להחדרת אצבעו לצורך הרשעה בעבירת מעשה מגונה, והיות שהכנסת אצבעו לפיה של המתלוננת, בהסכמתה, איננה מהווה "מעשה מגונה".

אכן, כתב האישום לא ייחס למערער עבירה של מעשה מגונה בגין המגע באזור פי הטבעת אלא החדרת אצבע לפי הטבעת בלבד. אולם, כידוע על פי [סעיף 184](http://www.nevo.co.il/law/74903/184) ל[חוק סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law/74903) [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן.

במקרה דנן, המערער הודה, כאמור, במעשה הנגיעה באזור פי הטבעת הן בחקירתו במשטרה והן בעדותו בבית המשפט המחוזי. בהתאם, וכפי שצוין בהכרעת הדין, המדינה בסיכומיה ייחסה למערער מגע באזור פי הטבעת בנפרד ממעשה החדרת האצבע. משכך, למערער אכן ניתנה הזדמנות סבירה להתגונן מפני עבירה זו על אף שכתב האישום לא ייחס לו במפורש מגע באזור האמור.

לנוכח מסקנה זו, די במעשה הנגיעה באזור פי הטבעת כדי לבסס את הרשעת המערער ב"מעשה מגונה". יחד עם זאת, בהינתן שהכרעת הדין שהרשיעה את המערער בעבירה זו מבוססת גם על מעשה החדרת אצבעו לפיה של המתלוננת, אדרש גם לטענתו כי מעשה זה אינו מהווה מעשה מגונה.

בפסיקה נקבע כי "מעשה מגונה" מהווה "מעשה שבנסיבות העניין הוא בעיני האדם הסביר מעשה מגונה" ([ע"פ 6255/03](http://www.nevo.co.il/case/6232497) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(3) 168, 177(2004)). עוד נפסק, כי בנסיבות מסוימות, מעשה אשר נראה לכאורה תמים יכול שיהא בגדר "מעשה מגונה", וזאת כאשר ההקשר בו בוצע ומכלול נסיבות העניין שוללים את אופיו התמים של המעשה ומזהים בו, על-פי התפיסה החברתית הנוהגת, פגיעה בגוף, בנפש, בכבוד ובחופש הרצון של נפגעת העבירה (ראו: [ע"פ 7792/13](http://www.nevo.co.il/case/20329366) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקאות 78-77 [פורסם בנבו] (‏28.9.2016); [ע"פ 4125/20](http://www.nevo.co.il/case/26781929) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 33 [פורסם בנבו] (14.9.2021) (להלן: עניין **פלוני**)).

הנה כי כן, גם קביעת בית המשפט המחוזי לפיה בנסיבות ענייננו אף מעשה החדרת האצבע לפה המתלוננת מהווה "מעשה מגונה" – בדין יסודה. כעולה מעדות המתלוננת, מיד לאחר החדרת האצבע לפיה היא החלה לבכות "...בכי של לא השאירו לי ברירה, ואני עושה משהו שהוא כנגד רצוני המוחלט" (ראו עמ' 13 לפרוטוקול הדיון מיום 15.1.2019). בנסיבות אלה, אף במעשה זה גלומה פגיעה בצנעת גופה של המתלוננת, בפרטיותה, בכבודה ובחופש רצונה.

1. בהתייחס **ליסוד הנפשי**, נקבע כי "מעשה מגונה" לא ייחשב ככזה אלא אם התלווה אליו יסוד נפשי של רצון להגשים את אחת משלוש המטרות המנויות בחוק: לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים ([סעיף 348(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f) לחוק). אין בידי לקבל את טענת המערער כי מעשיו לא עולים כדי גירוי, סיפוק, או ביזוי מיניים – מקובלת עליי קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה יסוד הביזוי התקיים בענייננו מכוח הילכת הצפיות המייחסת למערער מודעות שמעשיו יביאו לביזויה המיני של המתלוננת מעצם הפלישה לגופה ולאבריה המוצנעים, גם אם לא חפץ בכך כמטרה העומדת בפני עצמה (פסקה 32 להכרעת הדין; ראו גם: [ע"פ 6269/99](http://www.nevo.co.il/case/5676920)‏ **כהן נ' מדינת ישראל**‏, פ''ד נה(2) 496, 508 (2001)).

זאת ועוד, אני סבור כי במקרה דנן התקיים אף יסוד הגירוי, כטענת המדינה. בית משפט זה עמד לא אחת על כך שמעשה אשר נראה, לכאורה, תמים עלול להיות מעשה אשר מבוצע "לשם גירוי, סיפוק, או ביזוי מיניים" כאשר נסיבות ביצועו משוות לו אופי מיני ומגונה ([רע"פ 5603/15](http://www.nevo.co.il/case/20528874) **אמיר נ' מדינת ישראל**, פסקה 17 [פורסם בנבו] (17.9.2015); עניין **פלוני**, פסקה 37).

בהינתן עדות המערער כי אין בסיס לטענה לפיה המעשים שביצע במתלוננת הם בעלי אופי טיפולי, ונוכח עדותו כי הוא בדה אותם מליבו (עמ' 169 לפרוטוקול הדיון מיום 15.9.2019), דומה כי כל פירוש אחר למעשיו של המערער, בשים לב לנסיבות האירוע, יהא מעושה ומלאכותי; לפיכך, אין להלום את טענתו, כי המעשים התבצעו שלא לצורך גירויו המיני (ראו: [ע"פ 8271/14](http://www.nevo.co.il/case/20000871) **רצון נ' מדינת ישראל**, פסקאות סה-סו [פורסם בנבו] (31.7.2016)).

1. **מרמה** – המערער טוען כי המעשים המיוחסים לו בוצעו בהסכמת המתלוננת ומכל מקום לא הוכח שהם בוצעו במרמה. גם בהקשר זה, לא מצאתי בטענותיו כדי לסטות מקביעת בית המשפט המחוזי כי מתקיים בענייננו יסוד המרמה ביחס למהות המעשה. כידוע, יסוד המרמה בעבירות מין הוגדר [בסעיף 345(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.2) לחוק כהסכמה ש"הושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה".

בפסיקה נקבע כי לצורך הרשעתו של אדם בביצוע עבירה במרמה, יש להוכיח את התקיימותם של שלושה תנאים מצטברים: **ראשית**, כי טענת מבצע המעשים, שבגינה הושגה הסכמה למעשים, היא טענה כוזבת במישור העובדתי; **שנית**, כי הטוען מודע לכזב אשר בטענה; **ושלישית**, כי הרמייה היא אשר הובילה להסכמה למעשים ([רע"פ 239/20](http://www.nevo.co.il/case/26349164) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 10 [פורסם בנבו] (20.1.2020); וראו גם: **יעקב** [**קדמי על הדין בפלילים**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/4004) חלק שלישי 1377-1376 (מהדורה מעודכנת, 2006)).

כעולה מקביעות בית המשפט המחוזי, אמות מידה אלו מתקיימות במקרה דנן: הסכמת המתלוננת למעשים הושגה בשל טענתו הכוזבת של המערער לפיה הטיפול ימנע התדרדרות במצבה; המערער היה מודע לכך שאין אסמכתא רפואית-טיפולית למעשיו וכפועל יוצא מכך בכזב שבטענתו; והרמייה היא אשר הובילה את המתלוננת להסכמה למעשים. המסקנה העולה מכל האמור היא – הסכמת המתלוננת שהושגה עקב מרמה איננה הסכמה כלל (ראו: [ע"פ 2487/18](http://www.nevo.co.il/case/23826493) **ריזקאן נ' מדינת ישראל**, פסקה 12 [פורסם בנבו] (16.9.2020)). מתאימים בהקשר זה הדברים שנקבעו בעניין אחר:

"ניתן לסכם ולקבוע כי בענייננו אף שהמתלוננת הייתה מודעת לכך שמדובר במעשה מיני, היא הוטעתה לחשוב שמדובר במעשה חיוני, השזור במסגרת הטיפולית הרחבה שהוצגה לה על ידי המערער. ביסוד הסכמתה למעשה המיני לא עמדה ההבנה כי המערער מבצע בה מעשה מיני שנועד לספק את צרכיו המיניים, אלא אמונתה המלאה של המתלוננת כי המערער, הודות לסגולות ששטח בפניה, מבצע בה טיפול מיסטי שנועד להסיר את העין הרע ויתר קללות שדבקו בה, וכי האקט המיני הוא חלק חיוני מ"טיפול" זה. אשר על כן, יש לקבוע כי בנסיבות המקרה שלפנינו הוכח יסוד הקשר הסיבתי בין המרמה מצד המערער לבין הסכמת המתלוננת למעשה המיני" ([ע"פ 9619/08](http://www.nevo.co.il/case/6249244) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 38 [פורסם בנבו] (18.1.2010)).

1. לבסוף אציין, כי אין נפקות במחדלי החקירה להם טען המערער. טענות אלו נדחו על ידי בית המשפט המחוזי, וממילא מחדלים נטענים אלו אינם מעלים חשש כי הגנתו קופחה (ראו: [ע"פ 1985/20](http://www.nevo.co.il/case/26541521) **קוגן נ' מדינת ישראל**, פסקה 28 [פורסם בנבו] (22.4.2021)). כמו כן, גם טענות המערער ביחס לבן זוגה של המתלוננת נותרו ללא בסיס ראייתי.

לנוכח כל האמור, אני סבור כי יש לדחות את הערעור על הכרעת הדין, וכך אציע לחבריי לעשות.

**הערעור על גזר הדין**

1. נקודת המוצא בדיון שלפנינו היא כי אין זה מדרכה של ערכאת הערעור למצות את הדין; וכי בית המשפט ייטה שלא להתערב בעונש שהושת על ידי הערכאה הדיונית אלא במקרים שבהם ניכרת חריגה קיצונית ממדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים, או כאשר נפלה על פני הדברים טעות מהותית ובולטת בגזר הדין ([ע"פ 105/17](http://www.nevo.co.il/case/22006497) **זיתוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 2 לחוות דעתי [פורסם בנבו] (26.12.2017)).

עם זאת, המקרה שלפנינו נופל לגדרי אותם מקרים חריגים אשר בהם נדרשת התערבותו של בית משפט זה לנוכח קולת העונש שהושת על המערער, אשר אינו עולה בקנה אחד עם חומרת מעשיו ונסיבות ביצועם.

1. בית משפט זה הדגיש לא אחת את הפגיעה החמורה הגלומה בביצוע עבירות מין על ידי מטפלים או אלו המציגים עצמם כ"מטפלים" (ראו למשל: [ע"פ 2039/20](http://www.nevo.co.il/case/26544685) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 10 [פורסם בנבו] (21.4.2021)). וכדבריי ב[ע"פ 2454/18](http://www.nevo.co.il/case/23825973) **שיינברג נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (2.12.2018) (להלן: עניין **שיינברג**):

"המערער ביצע את העבירות במסווה של "טיפול" שביכולתו להועיל להן, ומתוך ההערכה והאמון המוחלט שלהן בו, בתמימות כוונותיו וביכולותיו הרוחניות. בכך ניצל המערער את מצוקותיהן הרגשיות והפיזיות של קרבנותיו, ואת התלות הנפשית שלהן בו. [...] מעבר לפגיעה הקשה באוטונומיה שלהן על גופן, יצרו מעשיו של המערער אצל הנפגעות תחושת בגידה חריפה מצד מי שהיה עבורן מקור סמכות עליונה, כמו גם תחושות ייסורים, אשמה והשפלה על שהלכו שולל אחרי המצג שהציג להן. כל אלו יצרו צלקות עמוקות בנפשותיהן..." (**שם**, בחוות דעתי).

בענייננו, אין צורך להכביר במילים אודות הכיעור במעשים שהמערער ביצע והחומרה הנלווית אליהם. המערער ניצל את חולשתה ומצוקתה של המתלוננת שפנתה אליו לקבלת עזרה ותמיכה, וגרם לה לתחושת בושה והשפלה על שהלכה שולל אחר המצג שהציג לה. במעשיו אלה פגע בערכי הליבה העומדים בבסיס האיסור על ביצוע עבירות מין, ובכללם הגנה על ביטחונו האישי של אדם, צנעתו, פרטיותו ועל אוטונומיית הרצון החופשי שלו (ראו: [ע"פ 6255/03](http://www.nevo.co.il/case/6232497) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(3) 168, 181 (2004)).

פגיעה זו מתעצמת לנוכח העובדה שמדובר בעבירה שבוצעה במרמה, שכן בהיוודע האמת חשה המרומה מושפלת מכך שניצלו לרעה את חולשתה, את היעדר הידיעה שלה או את תמימותה (עניין **שיינברג**, פסקה 22 לחוות דעתו של השופט **ע' פוגלמן**). בהתאם לכך, השתכנעתי כי העונש שנגזר על המערער אינו מבטא את הפגיעה הגלומה במעשיו ואת חומרת העבירות בהן הורשע, וכי יש **להחמיר** באופן משמעותי בעונשו.

בשים לב לכך שערכאת הערעור אינה נוהגת למצות את הדין, אציע לחבריי לקבל את ערעור המדינה ולהחמיר בעונשו של המערער, כך שעונש המאסר בפועל שנגזר עליו יעמוד על 36 חודשי מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח, בניכוי ימי מעצרו, חלף 20 חודשי המאסר שנגזרו עליו בבית המשפט המחוזי. יתר רכיבי הענישה יוותרו על כנם.

ש ו פ ט

**המשנה לנשיאה נ' הנדל:**

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

**השופטת ע' ברון:**

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט **י' אלרון**.

ניתן היום, ‏י"ב באדר א התשפ"ב (‏13.2.2022).

5129371

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 54678313המשנה לנשיאה | ש ו פ ט ת | ש ו פ ט |

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

21036770\_J02.docx

מרכז מידע, טל' 077-2703333, 3852\* ; אתר אינטרנט, https://supreme.court.gov.il

ע' ברון 54678313-3677/21

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](http://www.nevo.co.il/advertisements/nevo-100.doc)