|  |
| --- |
| בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים |
| ע"פ 6111/23 |
| ע"פ 6738/23 |

|  |  |
| --- | --- |
| לפני: | כבוד השופטת י' וילנר |
|  | כבוד השופט א' שטיין |
|  | כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ |

|  |  |
| --- | --- |
| המערער בע"פ 6111/23 והמשיב בע"פ 6738/23: | פלוני |

|  |  |
| --- | --- |
|  | נ ג ד |

|  |  |
| --- | --- |
| המשיבה בע"פ 6111/23 והמערערת בע"פ 6738/23: | מדינת ישראל |

|  |
| --- |
| ערעור על הכרעת הדין שניתנה ביום 23.3.2023 וגזר הדין שניתן ביום 19.7.2023 על ידי בית המשפט המחוזי באר שבע (השופטים נ' זלוצ'ובר, ס"נ, ד' בן טולילה וט' לחיאני) בתפ"ח 16259-07-21 |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| תאריך הישיבה: | ט"ו בטבת התשפ"ד | (27.12.2023) |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המערער בע"פ 6111/23 והמשיב בע"פ 6738/23: | עו"ד איתן כביראן; עו"ד אופיר מזאר |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המשיבה בע"פ 6111/23 והמערערת בע"פ 6738/23: | עו"ד ורד חלאווה |

כתבי עת[:](http://www.nevo.co.il/safrut/book/5184)

[ש"ז פלר, "אינוס מתוך רשלנות על סמך אימרת - אגב", משפטים, י (תש"ם) 373](http://www.nevo.co.il/safrut/book/5184)

[ש"ז פלר, "טעות במצב הדברים בעקבות פסק-דין בע״פ 5612/92' (פרשת האינוס ״שמרת״)", מחקרי משפט, יב (תשנ"ה) 5](http://www.nevo.co.il/safrut/book/3739)

[רות קנאי, "המחשבה הפלילית הנדרשת לנסיבות העבירה", מחקרי משפט, יא (תשנ"ד) 147](http://www.nevo.co.il/safrut/book/3732)

[רותי לבנשטיין לזר, "מבט חדש על הסכמה בעברת האינוס", עיוני משפט, מב (2019) 67](http://www.nevo.co.il/safrut/book/35249)

[רות קנאי, "האומנם תמיד דין אחד לחושד וליודע", מחקרי משפט, יב (תשנ"ו) 433](http://www.nevo.co.il/safrut/book/12063)

ספרות:

[ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/412)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [20](http://www.nevo.co.il/law/70301/20), [20](http://www.nevo.co.il/law/70301/20.a)(א), [20](http://www.nevo.co.il/law/70301/20.c.1)(ג)(1), [345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a)(א), [345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1)(א)(1), [34יח](http://www.nevo.co.il/law/70301/34jh.a)(א), [355](http://www.nevo.co.il/law/70301/355.a)(א)

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

מיני-רציו:

\* בית המשפט העליון קיבל פה אחד את ערעור המדינה כנגד גזר הדין והעמיד את עונשו של הנאשם, אשר הורשע בעבירות אינוס, על 7 שנות מאסר. מנגד, ערעורו של הנאשם נדחה.

\* עונשין – עבירות – אינוס

\* עונשין – מחשבה פלילית – אדישות

\* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: עבירות מין

.

המתלוננת ניהלה קשר רומנטי עם הנאשם. במסגרת קשר זה, קיימו השניים מגעים מיניים שאינם כוללים חדירה, וזאת מכיוון שהמתלוננת, אשר הגיעה מחברה מסורתית, ביקשה לשמור על קרום הבתולים שלה שלם עד לנישואיה. על פי העובדות בהן הורשע הנאשם, באחד ממפגשיו עם המתלוננת, קיימו השניים מגע מיני שהחל באופן רצוני, עד שבשלב מסוים הנאשם נשכב על המתלוננת, פסק את רגליה בכח והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה, בכח רב, חרף צעקותיה, וגרם לה לדימומים וקרע בדופן הנרתיק אשר הצריך ניתוח בהרדמה כללית בבית חולים. הנאשם כפר באשמה וטען כי מעשה החדירה נעשה בהסכמה ובלא התנגדות. אולם בית המשפט המחוזי דחה את גרסתו והעדיף את גרסת המתלוננת, אשר אף נתמכה בעדות אחותה, בממצאים הרפואיים הנוגעים לפציעתה ובמסרונים שהמתלוננת והנאשם החליפו לאחר האירוע, בהם הוא התנצל על מעשיו. בעקבות ההרשעה, בית המשפט המחוזי גזר לנאשם 5.5 שנות מאסר ופיצוי בסך 80,000 למתלוננת. הן המדינה והן הנאשם ערערו על פסק הדין. המדינה ביקשה להחמיר בעונשו של הנאשם; והנאשם ערער הן על הרשעתו והן על העונש שהושת עליו.

.

בית המשפט העליון קיבל את ערעור המדינה, דחה את ערעור הנאשם, וקבע כך:

ערעור הנאשם על הרשעתו: ברי כי אם המתלוננת הסכימה לחדירה – אחרי מחשבה או באופן ספונטני, על רקע הגירוי המיני, הרצון לרצות את המערער, או כל סיבה אחרת – אזי אין בפנינו מעשה אינוס אלא יחסי מין רצוניים בין שני בגירים. כמו כן, ברי כי אם המערער ביצע את החדירה מחמת טעות כנה, בהאמינו כי המתלוננת נותנת הסכמה למעשה זה – גם אז יש לקבוע כי הנאשם זכאי בשל העדר מחשבה פלילית או מפאת טעות בעובדה.

בהיבט המשפטי, היסוד הנפשי הדרוש להתהוותה של עבירת אינוס הוא מחשבה פלילית. יסוד נפשי זה כולל בתוכו מודעות הנאשם למעשה החדירה לאיבר מינה של המתלוננת, לצד מודעותו לאפשרות שהמתלוננת אינה מסכימה למעשה.

אדם אשם באינוס כאשר הוא מודע לכך שהמתלוננת אינה מסכימה לחדירה לאיבר מינה, ובכל זאת מבצע זאת. כמו כן, אדם אשם באינוס כאשר הוא בועל אישה, ללא הסכמתה, כאשר הוא חושד שהמתלוננת לא מסכימה לכך, ובוחר לעצום את עיניו. לצד המקרים הברורים הללו, קיים מקרה נוסף שאף הוא בגדר אינוס: מקרה בו הנאשם מבצע מעשה חדירה בלתי מוסכם בשוויון נפש, כאשר הוא לא נותן דעתו לשאלת ההסכמה, דהיינו: כאשר שאלת ההסכמה אינה מהווה חלק משיקוליו בבואו לבצע מעשה חדירה והוא פועל לסיפוק דחפיו בלי לחשוב על רצון המתלוננת ובלי לקחתו בחשבון.

נגד הגישה הרואה בהעדר מחשבה כמצב שווה-ערך לשוויון נפש באשר להסכמה נמתחה ביקורת אקדמית, על ידי פרופ' פלר. הביקורת עניינה בחשש שהקביעה לפיה העדר מחשבה = שוויון נפש עלולה להוריד את רף האשם הסובייקטיבי בעבירת אינוס ממודעות לרשלנות גרידא, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) ועם דרישת האשם הסובייקטיבי.

בית המשפט קבע כי ביקורת זו אינה מוצדקת: נאשם שמחשבותיו אינן נתונות לשאלה "האם המתלוננת מסכימה לבעילתה?" מגבש אשם סובייקטיבי. אשם זה הוא שוויון נפש ביחס לרצון המתלוננת. מדובר בעליית מדרגה בהשוואה לרשלנות: מצב בו הנאשם נותן דעתו לשאלת ההסכמה ומגיע למסקנה שגויה, מעוותת ובלתי סבירה – אך כנה מבחינתו – כי המתלוננת מסכימה לבעילה – לא מהווה אינוס. בהקשר זה, הפסיקה אימצה את אמת המידה של "סבירות" בהיבט הראייתי בלבד – שכן, כאשר הסכמתה של המתלוננת היא בגדר תרחיש סביר, הדבר מעלה ספק סביר באשר לאשמת הנאשם, שבעטיו יש לזכותו. רק כאשר אין זה סביר להניח שהמתלוננת הסכימה לבעילתה, ניתן להשוות העדר מחשבה אצל הנאשם בנוגע לקיום הסכמתה לשוויון נפש. במילים אחרות: אמת המידה של "סבירות" שנקבעה בפסיקתנו נועדה להגן על הנאשם מפני הרשעת שווא במישור הראייתי, ואין מדובר ברכיב של היסוד הנפשי הדרוש להתהוות מעשה האינוס.

בית המשפט דחה את טענת הנאשם כי לא ידע על אי הסכמת המתלוננת למעשה הבעילה. נקבע כי לגרסת המתלוננת נמצאה תמיכה – הן בממצאים הרפואיים כתוצאה מהפציעה שנגרמה לה; והן במסרונים שקיבלה מהנאשם, בהם התנצל בפניה. נקבע כי מסרונים אלה מהווים ראשית הודאה, העולה כדי סיוע. נקבע כי גרסת המשיב אף נמצאה שקרית, בכך שטען כי מעשה החדירה היה "חלק" וכלל "מריחת שמנים", דבר שהופרך לאור הממצאים הווגינליים הרפואיים.

הערעורים כנגד העונש: העונש המרבי בגין עבירת אינוס, ללא נסיבות מחמירות, הוא 16 שנות מאסר ([סעיף 345(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)). העונש המזערי שמוטל בגין עבירה זו הוא 4 שנות מאסר ([סעיף 355(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/355.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)). עונשים אלה מגדירים את מסגרת הענישה הכללית בעבירת אינוס.

התוצאה העונשית שכללים אלה מובילים אליה היא כי על המשיב יש להשית מאסר ממושך. כל תוצאה אחרת לא תקיים את דרישת ההלימה ולא תשקם את ערכה המוסרי של נפגעת העבירה כאדם וכאישה בת-חורין, אשר נפגעה קשות על ידי הנאשם. העונש שהוטל על ידי בית המשט המחוזי הוא עונש מקל הסוטה במידה ניכרת ממדיניות הענישה הראויה במקרה זה.

|  |
| --- |
| פסק-דין |

**השופט א' שטיין**:

**הערעור:**

**מהותו ועובדות רקע**

1. לפני כשנה, הדגשתי, בהקשרה של עבירת האינוס, כי "הסכמה של אישה להתלוות לביתו של גבר אינה, כשלעצמה, מהווה הסכמה לקיומם של יחסי מין עם אותו גבר". כמו כן, הבהרתי שאני מציין דברים אלה, המובנים מאליהם, כי "לדאבוננו, יש מי שאינו רואה [אותם] כמובנים מאליהם, ותפיסה מעוותת זו של המציאות טעונה תיקון" (ראו: [ע"פ 2092/21](http://www.nevo.co.il/case/27499271) **לוז'קין נ' מדינת ישראל**, פסקה 29 לפסק דיני [פורסם בנבו] (30.10.2022) (להלן: עניין **לוז'קין**)). במקרה הנוכחי, מוטל עלינו להוסיף הבהרה חשובה נוספת לעיקרון הבסיסי בדבר אוטונומיית הפרט – הערך המוגן שעומד מאחורי האיסורים הפליליים אשר חלים על מעשי אינוס ועבירות מין דומות: **כל אישה בגירה וכל איש בגיר, הם, ורק הם, מחליטים לגבי מה בדיוק ייעשה ומה לא ייעשה בגופם במסגרת פעילות מינית עם אדם אחר**.
2. במקרה שלפנינו עסקינן באישה צעירה כבת 30, שעקרה את עצמה מחברה מסורתית ועברה לגור בגפה ולחיות חיים עצמאיים באחת מערי הדרום (להלן: **המתלוננת** או **נפגעת העבירה**, לפי העניין). אחת הנורמות שהחברה, כור מחצבתה של המתלוננת, חיה על-פיה, מצווה על אישה רווקה לשמור על שלמותו של קרום בתוליה עד לנישואין. נורמה אחרת, כללית יותר, שאותה חברה מסורתית חיה על-פיה, אוסרת על קיומם של יחסי מין מכל סוג שלא במסגרת נישואין. המתלוננת בחרה לנהל את חייה האינטימיים בהתאם לנורמה הראשונה בלבד. היא נכנסה למערכת יחסים אינטימית עם המערער, אותו הכירה במקום עבודתה. מערכת זו התנהלה באופן הבא: השניים קיימו, בהסכמה מלאה, מגעים מיניים מסוגים שונים, אשר לא כללו חדירה של איבר המין של המערער לאיבר מינה של המתלוננת – זאת, כדי שהמתלוננת תשמור על שלמותו של קרום בתוליה עד לנישואין. מגעים מיניים אלה הביאו את המערער, במספר מקרים, לכדי פורקן מיני.
3. זאת היתה ההסכמה בין השניים – הסכמה שלדברי המתלוננת קוימה עד לאירוע מושא כתב-האישום, אשר הוגש נגד המערער, בגין מעשה אינוס, בבית המשפט המחוזי באר שבע (להלן: **בית משפט קמא**) ב[תפ"ח 16259-07-21](http://www.nevo.co.il/case/27768596) (להלן: **האירוע** או **אירוע החדירה**). אירוע זה אירע בשעות הבוקר המוקדמות של יום 25.6.2021. במועד זה, קיימה המתלוננת עם המערער מגעים מיניים רצוניים בגבולות ההסכמה, כאשר השניים שוכבים על מיטתה, עד אשר אחז המערער, בחוזקה, בידיה מעל ראשה, ריתק אותה למיטה, פסק את רגליה בעזרת ברכיו, החדיר את איבר מינו אל תוך איבר מינה בכוח רב, ובעל אותה תוך התעלמות מצעקותיה "מה אתה עושה?!" (להלן: **מעשה החדירה**). כתוצאה ממעשה החדירה, נגרמו למתלוננת, לצד קריעת קרום הבתולין ופגיעות נוספות, דימום משמעותי, קרישי דם בנרתיק, קרעים במזלג האחורי וכן קרע באורך של כ-7 ס"מ בדופן הנרתיק. במסגרת הטיפול הרפואי בפגיעות אלה, נזקקה המתלוננת לניתוח בהרדמה כללית אשר בוצע במחלקת נשים של בית חולים. המתלוננת הגיעה לבית החולים כיממה לאחר מעשה החדירה, אחרי שלא הפסיקה לדמם. המערער עזב את המתלוננת לאנחות מיד אחרי האירוע בעודה כאובה, בוכה ומדממת.

**יריעת המחלוקת**

1. בית משפט קמא נדרש להכריע במחלוקת עובדתית צרה ומוגדרת היטב, כמפורט להלן.
2. המערער כפר במיוחס לו בכתב האישום וטען כי מעשה החדירה נעשה בהסכמתה המלאה של המתלוננת. עדות המערער כללה, בין היתר, את תיאור המעשה, שלפי דבריו היה "חלק" ונעשה על ידו ללא התנגדות וללא מחאה מצד המתלוננת.
3. המתלוננת מסרה גרסה הפוכה. בעדותה תיארה המתלוננת את פעולותיו הכוחניות, עד-כדי-אלימות, של המערער, אשר קדמו למעשה החדירה שנכפה עליה, לפי דבריה; את צעקתה "מה אתה עושה?!"; וכן את מכאוביה הפיזיים והנפשיים.
4. עדותה זו של המתלוננת נתמכה, בין היתר, על ידי עדות אחותה – אשר תיארה את מצבה הנפשי הקשה של המתלוננת בסמוך לאחר האירוע. הממצאים הרפואיים אשר פורטו לעיל, ושלגביהם אין מחלוקת, אף הם תמכו בעדותה של המתלוננת.
5. לא זו אף זו: מסרונים שהחליפה המתלוננת עם המערער, באמצעות מכשירי טלפון חכמים, בסמוך לאחר מעשה החדירה – תמכו בגרסתה ופגמו בגרסת המערער (להלן: **המסרונים**). במסרונים אלה, שכאמור שוגרו בזמן-אמת, המערער הביע צער והתנצל בפני המתלוננת על אשר עשה, בזו הלשון:

"לא רציתי לעשות את הטעות הזאת; באמת אני מצטער; באמת סליחה; את לא מבינה כמה אני מצטער על זה; אוי איזה טעות; אני באמת מצטער על כל זה; לא רציתי שיקרה את זה."

(ראו: עמוד 20 להכרעת הדין).

בהקשר זה, חשוב לעמוד גם על פרטי הדו-שיח שנוהל בין המתלוננת למערער:

המערער: לא חשבתי שיקרה את זה בחיים.

המתלוננת: סליחה זה לא עוזר.

המערער: באמת אני מצטער. ... לא חשבתי שזה יקרה. ... זה היה בטעות גדולה.

המתלוננת: לא עוזר לי בכלל אני רוצה למות כבר. ... וכל הזמן אמרתי שאתה שומר עליי.

(ראו: עמוד 20 להכרעת הדין).

1. חילופי דברים אלה, של זמן-אמת, מעידים על כך שלמתלוננת היה חשוב עד-מאוד להימנע ממעשה החדירה על-מנת לשמור על שלמותו של קרום בתוליה. כמו כן, מעידים הדברים על כך, שהמערער עשה את אשר עשה מבלי להתחשב ברצונה של המתלוננת – זאת, כדי לספק את דחפיו המיניים, ויהי מה. זאת ועוד: דברי המערער במסרונים מהווים ראשית הודאה בביצוע בעילה שלא מרצונה של המתלוננת – ועל כך אעמוד בהמשך דבריי.

**פסק הדין קמא**

1. לאחר שמיעת ההוכחות, הרשיע בית משפט קמא את המערער במעשה האינוס שיוחס לו בכתב האישום, ודן אותו לחמש וחצי שנות מאסר לריצוי בפועל (בניכוי ימי מעצרו), לצד עונשים נלווים אשר כללו מאסר על-תנאי ופיצוי למתלוננת בסך של 80,000 ש"ח. הרשעת המערער התבססה על עדות המתלוננת, בה נתן בית המשפט אמון בלתי מסויג, ועל הראיות אשר תמכו בעדות זו, שכאמור כללו, בין היתר, את הממצאים הרפואיים, את עדות אחותה של המתלוננת ואת המסרונים שהוחלפו בין המתלוננת למערער בסמוך לאחר מעשה החדירה.
2. כמו כן, דחה בית המשפט את עדותו של המערער מכל וכל, אחרי שמצאהּ בלתי אמינה.

**טענות הצדדים**

1. המערער מלין בפנינו על הרשעתו, ולחלופין מבקש כי נקצר את תקופת מאסרו בכלא ככל שניתן. לטענתו, טעה בית משפט קמא בהאמינו לדברי המתלוננת לפיהם היא לא נתנה הסכמה למעשה החדירה. המערער טוען, כי לכל הפחות מן הדין היה לקבוע – ולו מחמת הספק – כי הוא ביצע את מעשה החדירה בהאמינו כי המתלוננת מסכימה לביצועו. המערער מבקש מאתנו כי נסיק את המסקנות כאמור – שכל אחת מהן מוליכה לזיכויו – על רקע המגעים המיניים הקודמים שהשניים, בלי ספק, קיימו בהסכמה מלאה, לרבות כל אותם מעשים מיניים אשר נעשו במהלך האירוע גופו עובר למעשה החדירה.
2. מנגד, המדינה טוענת כי הכרעת הדין קמא לא נפגמה בשום פגם הקורא להתערבותנו כערכאת הערעור. לטענת המדינה, הכרעת דין זו מבוססת על ממצאי מהימנות מובהקים, שעיקרם נקבע על סמך התרשמותו החיובית של בית משפט קמא מעדות המתלוננת ועל סמך דחיית גרסתו של המערער, לאחר שזו נמצאה בלתי אמינה לחלוטין. באשר לגזר הדין, המדינה סבורה כי הוא מקל עם המערער יתר על המידה וכי הוא אינו עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה הנוהגת ביחס לעבירת האינוס ועבירות מין חמורות אחרות. מטעמים אלה, המדינה מערערת לפנינו על קולת העונש ומבקשת כי נאריך את מאסרו של המערער מאחורי סורג ובריח באופן משמעותי.

**דיון והכרעה**

**הפן המשפטי:**

**היסוד הנפשי הדרוש להתהוותה של עבירת אינוס בכל הקשור להעדר הסכמה של נפגעת העבירה**

1. במוקד ההוכחות שנוהלו בפני בית משפט קמא עמדה שאלת ההסכמה על שני היבטיה – העובדתי והמשפטי. בהיבט העובדתי, בית משפט קמא נדרש להכריע בשאלות הבאות: האם המתלוננת הסכימה למעשה החדירה?; ואם לא, האם המערער בעל את המתלוננת בהאמינו שהיא מסכימה למעשה החדירה? ברי הוא, כי אם המתלוננת הסכימה למעשה החדירה – אחרי מחשבה או באופן ספונטני, על רקע הגירוי המיני, הרצון לרצות את המערער, בו ראתה בן זוג פוטנציאלי, או מכל סיבה אחרת – אזי אין בפנינו מעשה אינוס אלא יחסי מין רצוניים בין שני אנשים בגירים. כמו כן, ברי הוא, כי אם המערער ביצע את מעשה החדירה מחמת טעות כנה, בהאמינו, בניגוד למציאות, כי המתלוננת נותנת את הסכמתה למעשה זה – גם אז מן הדין יהיה לקבוע כי הלה זכאי בדינו בשל העדר מחשבה פלילית או מפאת טעות בעובדה (ראו: [סעיף 34יח(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34jh.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**); [ע"פ 4930/07](http://www.nevo.co.il/case/5984201) **טולדו נ' מדינת ישראל**, פסקה 19 לפסק דינו של השופט **ח' מלצר** [פורסם בנבו] (10.12.2009); ש"ז פלר [**יסודות בדיני עונשין**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/412) ב 513-512 (1987); וכן רות [קנאי "המחשבה הפלילית הנדרשת לנסיבות](http://www.nevo.co.il/safrut/book/3732)  העבירה" **מחקרי משפט** יא 147, 149 (1994) (להלן: **קנאי**)).
2. בהיבט המשפטי, היסוד הנפשי הדרוש להתהוותה של עבירת אינוס הוא מחשבה פלילית. יסוד נפשי זה כולל בתוכו מודעות הנאשם למעשה החדירה לאיבר מינה של המתלוננת, לצד מודעותו לאפשרות שהמתלוננת אינה מסכימה לביצוע המעשה (ראו: [סעיפים 20(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/20.a), [20(ג)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/20.c.1) ו-[345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301); [ע"פ 6295/05](http://www.nevo.co.il/case/6058753) **וקנין נ' מדינת ישראל**, פסקאות 33-31 ו-65 לפסק דינה של השופטת **א' פרוקצ'יה** (25.1.2007); [ע"פ 564/83](http://www.nevo.co.il/case/17927394) **מדינת ישראל נ' דהרי**, פ"ד מג(1) 617, פסקה 16 לפסק דינו של השופט **א' גולדברג** (9.2.1984); [בש"פ 3094/10](http://www.nevo.co.il/case/6244704) **מדינת ישראל נ' פלוני**, פסקה 12 להחלטתו של השופט **ע' פוגלמן** [פורסם בנבו] (26.4.2010); וכן רות [קנאי "האומנם תמיד דין אחד](http://www.nevo.co.il/safrut/book/12063)  לחושד וליודע?" **מחקרי משפט** יב 433, 443-441 (1995)).
3. במקרה שלפנינו, מודעות המערער למעשה החדירה אינה במחלוקת. המערער טוען כי המתלוננת הסכימה למעשה זה וכי לפחות כך חשב בשעת המעשה (להלן: **שאלת ההסכמה**).
4. תחילה אדון בהיבט המשפטי של הערעור, ולאחר מכן אדון בהיבט העובדתי שלו.
5. הַחְלָטָתִי לדון בהגדרת יחסו הנפשי של נאשם לשאלת ההסכמה, כבסיס להרשעתו במעשה אינוס, נובעת מהצורך להבהיר הבהרה משפטית בנושא. יסוד נפשי של מחשבה פלילית, שכאמור נדרש להתהוותה של עבירת האינוס, מוגדר [בסעיף 20](http://www.nevo.co.il/law/70301/20) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) אשר קובע לאמור:

(א) מחשבה פלילית – מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולעניין התוצאות גם אחת מאלה:

[...]

(ג) לעניין סעיף זה –

(1) רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם ..." (ההדגשה הוספה – א.ש.).

לאור האמור בסעיף זה, ברי הוא כי אדם אשם במעשה אינוס כאשר הוא מודע לכך שהמתלוננת אינה נותנת את הסכמתה למעשה החדירה לאיבר מינה, ובכל זאת מבצע מעשה זה. כמו כן, נעלה מכל ספק, כי אדם אשם במעשה אינוס כאשר הוא בועל את המתלוננת, ללא הסכמתה, בהיותו מודע לאפשרות שהמתלוננת אינה מסכימה למעשה הבעילה או כאשר הוא חושד שהמתלוננת לא נותנת את הסכמתה למעשה כאמור, ובוחר לעצום את עיניו. לצד המקרים הברורים הללו, קיים מקרה נוסף – אשר טעון הדגשה והבהרה – שאף הוא בגדר אינוס. כוונתי למקרה בו הנאשם מבצע מעשה חדירה בלתי מוסכם לאיבר מינה של המתלוננת בשוויון נפש, **כאשר הוא כלל לא נותן את דעתו לשאלת ההסכמה**, דהיינו: **כאשר שאלת ההסכמה אינה מהווה חלק משיקוליו בבואו לבצע את מעשה החדירה, והוא פועל לסיפוק דחפיו המיניים מבלי לחשוב על רצונותיה של המתלוננת ומבלי לקחתם בחשבון**. **ברי הוא, כי** **גם נאשם כזה הוא בגדר אנס, מאחר שהוא בועל את המתלוננת מבלי שמעשהו מלווה באמונה כנה בכך שהמתלוננת מסכימה למעשה**.

1. מסקנה משפטית זו מעוגנת בהגדרת המחשבה הפלילית ככוללת הימנעות הנאשם מלברר את שאלת ההסכמה. בית משפט זה הגיע למסקנה משפטית כאמור בשורה של פסקי דין שיצאו מלפניו. הדבר עולה בבירור מהאמור בפסק הדין העקרוני אשר ניתן בפרשת האונס בקיבוץ שומרת: [ע"פ 5612/92](http://www.nevo.co.il/case/6024185) **מדינת ישראל נ' בארי**, פ"ד מח(1) 302 (להלן: פרשת **שומרת**). הנשיא **מ' שמגר**, שכתב את פסק הדין העיקרי בפרשת **שומרת**, קבע, בין היתר, כי אדם אשם באינוס כאשר הוא נוהג בשוויון נפש ביחסו לאפשרות שהאישה שנבעלת על ידו אינה מסכימה למעשה הבעילה או **כאשר הוא אינו מקדיש שום מחשבה לשאלת ההסכמה**. לדעת הנשיא **שמגר**, אדם שכלל אינו מייחס חשיבות לשאלת ההסכמה לא נותן את דעתו לאפשרות שהאישה שנבעלת על ידו אינה מסכימה למעשה הבעילה, ועל כן יראו בו כמי שגיבש את המחשבה הפלילית הנדרשת להתהוותה של עבירת האינוס (ראו: שם, בעמודים 361-345). השופט **א' גולדברג** קבע אף הוא באותו מקרה, כי "שוויון נפש" המגבש את אדישותו של הנאשם לשאלת ההסכמה כולל בתוכו מקרים בהם "הייתה אדישות מצד הנאשם לשאלה אם ההסכמה קיימת אם לאו" (ראו: שם, בעמודים 385-382).
2. מסקנה זו עולה בבירור גם מהאמור ב[ע"פ 431/08](http://www.nevo.co.il/case/5691108) **גואברה נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (13.4.2010) (להלן: עניין **גואברה**) – ואצטט:

"כדי לקבוע כי בוצעה עבירת האינוס, יש להראות כי בעת המעשה היה המבצע מודע לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה. [...] עיקרו של היסוד הנפשי בעבירת האינוס [...] הוא מודעותו של הנאשם להעדר הסכמתה החופשית של האישה לקיום יחסי המין או המשכם. כבר נקבע לעניין זה שאין הכרח בקיומה של מודעות ממש אלא ניתן להסתפק ב"עצימת עיניים" אם הוכח כי מהנסיבות עולה שבליבו של המערער היה צריך להיווצר חשש ממשי להעדר הסכמה מצד נפגעת העבירה אך **הנאשם הפגין חוסר אכפתיות לשאלה האם נפגעת העבירה מסכימה לבעילה אם לאו** ובכך הפגין אדישות או נטילת סיכון (ראו: שם, פסקה 38 לפסק דינו של השופט **י' דנציגר**; ההדגשה הוספה והציטוטים הפנימיים הוסרו – א.ש.).

1. דברים זהים נקבעו על ידי בתי המשפט בגדרו של הדין האנגלי שעיקריו עומדים בבסיסם של דיני העונשין בישראל. בפסק הדין המנחה בעניינה של אדישות הנאשם לשאלת ההסכמה, R. v. Pigg (Stephen), (1982) 74 Cr. App. R. 352 (1982), קבע בית המשפט לערעורים פליליים כדלקמן:

“[S]o far as rape is concerned, a man is reckless if either he was indifferent and *gave no thought to the possibility that the woman might not be consenting* in circumstances where if any thought had been given to the matter it would have been obvious that there was a risk she was not, or, that he was aware of the possibility that she might not be consenting but nevertheless persisted regardless of whether she consented or not.”

ראו: שם, בעמוד 362 (ההדגשה הוספה – א.ש.).

1. העדר מחשבה ביחס לשאלת ההסכמה כמבסס את רכיב המחשבה הפלילית מן הסוג של "שוויון נפש" הוסבר היטב במאמרו של המלומד גלנוויל ויליאמס, אחד מגדולי ההגות האקדמית בתחום של דיני העונשין.

ואלה הם דבריו של פרופ' ויליאמס:

“A test case is that of a person charged with rape who says that *he never addressed his mind to the question whether the woman was consenting or not*. The defence would of course be outrageous, but it is not at first clear how it is to be met under the terms of the subjective definition (which it has been held still applies to rape). *The defendant asserts that he was not aware of any risk that the woman was not consenting, simply because he never considered the question of consent.* How can he be aware of a possibility that (if you believe him) he never considered? One way of dealing with this defence would be simple incredulity. No man engaged on sexual congress (unless perhaps he is intoxicated) has a blank mind on the subject of the woman’s consent. Either he believes that she is consenting, or believes that she is not, or is aware of his ignorance on the subject (and in the last case he is reckless as to consent). Still, since the possibility of this kind of defence evidently weighed upon the lords in Caldwell, it would be well for us subjectivists to deal with it expressly if we can, and I suggest the following for consideration. It could be enacted that a person acts ‘recklessly’ in respect of an element of an offence when (i) he is aware of a risk that it exists, or is almost certain that it exists or will exist or occur, *or does not believe that there is no such risk*, and (ii) it is, in the circumstances known to him, unreasonable to take the risk. Putting [that] in popular language, a person is unaware of the risk only if he believes that his act is safe. [...] *As applied to a charge of rape, the man is unaware of a risk that the woman is not consenting only if he believes that she consents*.”

Glanville Williams, *The Unresolved Problem of Recklessness*, 8 Legal Stud. 74, 83-84 (1988).

(ההדגשה הוספה – א.ש.).

1. למען שלמות התמונה, אוסיף ואציין כי השופטת **מ' בן-פורת** הגדירה בשעתו את "אדישות" הנאשם לשאלת ההסכמה כ**מודעות בפועל** לאפשרות שנפגעת העבירה לא נתנה את הסכמתה לבעילתה – דהיינו: כנטילה מודעת של סיכון להעדר הסכמה מצדה של נפגעת העבירה (ראו: [ע"פ 862/80](http://www.nevo.co.il/case/17946254) **מדינת ישראל נ' שבירו**, פ"ד לה(2) 775, 784-780 (1981)). ברם, אמירתה זו של השופטת **בן-פורת** נאמרה למעלה מן הנדרש וחבריה למותב, השופטים **מ' אלון** ו**א' ברק**, בחרו שלא להביע עמדה מחייבת בנושא (ראו: שם, בעמוד 784). לא זו אף זו: באמירה זו של השופטת **בן-פורת** אין כל התייחסות ל"העדר מחשבה" – מצב דברים שבו הנאשם כלל אינו נותן את דעתו לשאלת ההסכמה ולרצונותיה של המתלוננת כאשר הוא בועל אותה לשם סיפוק דחפיו המיניים. אמירות אלה של השופטת **בן-פורת** אינן סותרות אפוא את אשר נפסק בעניינו של מצב נפשי זה – שוויון נפש העולה כדי אדישות – בפרשת **שומרת** ובעניין **גואברה**.
2. נגד הגישה הרואה בהעדר מחשבה מצב נפשי שווה-ערך לשוויון נפש באשר לשאלת ההסכמה נמתחה ביקורת אקדמית (ראו: [ש"ז פלר "טעות במצב דברים, בעקבות פסק הדין בע"פ 5612/92 (פרשת האינוס "שמרת") ולנוכח תיקון מס' 39 לחוק העונשין"](http://www.nevo.co.il/safrut/book/3739) **מחקרי משפט** יב 5, 21-15 ו-34 (1995); וכן ש"ז [פלר "אינוס מתוך רשלנות על](http://www.nevo.co.il/safrut/book/5184)  סמך אימרת-אגב" **משפטים** י 373 (1980) (להלן: **פלר**)). עיקרה של ביקורת זו נובע מהטעם הבא: לצד הקביעה כי העדר מחשבה אצל הנאשם עולה כדי שוויון נפש באשר לשאלת ההסכמה, פסיקתנו קבעה כי המשוואה "העדר מחשבה = שוויון נפש" יפה למקרים בהם אין זה סביר לחשוב שהמתלוננת נתנה הסכמה לבעילתה, ואין זה סביר שהנאשם האמין בכנות בקיומה של הסכמה כאמור. מבקריה של פסיקה זו טענו כי משוואה זו מורידה, או עלולה להוריד, את רף האשם הסובייקטיבי בעבירת אינוס ממודעות הנאשם לאפשרות של העדר-הסכמה מצד המתלוננת לבעילתה לרשלנות גרידא, כאשר מעבר זה מאשם סובייקטיבי (מודעות) לאשם אובייקטיבי (רשלנות) אינו עולה בקנה אחד עם הוראות [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) ועם דרישת האשם הסובייקטיבי בעבירות בנות קלון (malum in se) (ראו: פלר, בעמודים 376-373 ו-379; וכן קנאי, בעמודים 163-159 ו-173-172).
3. הנני סבור כי ביקורת זו אינה מוצדקת – וזאת, מהטעם הבא. נאשם שמחשבותיו אינן נתונות לשאלה "**האם המתלוננת מסכימה לבעילתה?**"מגבש אשם סובייקטיבי. אשם זה הוא שוויון נפש ביחס לרצונותיה של המתלוננת. אשם כאמור מהווה עליית מדרגה מהותית בהשוואה לרשלנות גרידא: מצב דברים שלא עולה כדי אינוס, בו הנאשם נותן את דעתו לשאלת ההסכמה ומגיע למסקנה שגויה, מעוותת ובלתי סבירה בעליל – אך עם זאת, כנה מבחינתו – כי המתלוננת מסכימה למעשה הבעילה שהלה מבצע. בהקשר זה, הפסיקה אימצה את אמת המידה של "סבירות" בהיבט הראייתי בלבד – שכן, כאשר הסכמתה של המתלוננת לבעילתה היא בגדר תרחיש סביר, הדבר מעלה ספק סביר באשר לאשמת הנאשם, שבעטיו יש לזכותו. רק כאשר אין זה סביר להניח שהמתלוננת הסכימה לבעילתה, ניתן להשוות העדר מחשבה אצל הנאשם בנוגע לקיום הסכמתה לשוויון נפש. במילים אחרות: אמת המידה של "סבירות" שנקבעה בפסיקתנו נועדה להגן על הנאשם מפני הרשעת שווא במישור הראייתי, ואין מדובר ברכיב של היסוד הנפשי הדרוש להתהוותו של מעשה אינוס כהגדרתו בדין המהותי. במאמר מוסגר אוסיף, כי השימוש באמת המידה האמורה של "סבירות" אינו – כשלעצמו – מופרך ברמה הנורמטיבית כרעיון לחקיקה עתידית (ראו: רותי לבנשטיין [לזר, "מבט חדש על הסכמה](http://www.nevo.co.il/safrut/book/35249)  בעבירת האינוס" **עיוני משפט** מב 67, 96-91 (2019)).
4. סיכומם של דברים: כדי לא להימצא אשם בעבירת אינוס, גבר שבועל אישה צריך להיות **בטוח** בכך שהאישה מסכימה למעשה הבעילה. אם יש ספק – אין ספק ואין הסכמה. גבר שבועל אישה כאשר במוחו מקונן ספק ביחס להסכמתה מבצע מעשה אינוס במצב של שוויון נפש או עצימת עיניים; והוא הדין לגבי גבר שבועל אישה מבלי לתת את דעתו לשאלה האם האישה מסכימה, או שמא אינה מסכימה, לבעילתה. נאשם שאינו פותח את עיניו מלכתחילה כמוהו כנאשם אשר בוחר לעצום את עיניו או כנאשם אשר מתנהל בשוויון נפש או באדישות (ראו: פרשת **שומרת**, בעמודים 361-345 ו-385-382).

**הפן העובדתי: על מה חשב המערער, אם בכלל?**

1. מצאתי לנכון להרחיב בניתוח המשפטי לא רק לשם הבהרת היסוד הנפשי של עבירת האינוס, אלא גם כדי להראות, ביחס למערער אשר ניצב לפנינו, כי גם אם נבחן את הראיות הקיימות מבראשית, במקום לסמוך על ממצאי העובדה שנקבעו על ידי בית משפט קמא, נגיע למסקנה כי הערעור על הכרעת הדין תלוי על בלימה. מטעם זה, אציע לחברותיי לדחות את הערעור נגד הכרעת הדין.
2. הרשעת המערער התבססה, בראש ובראשונה, על אמינות עדותה של נפגעת העבירה, אשר תיארה כיצד נבעלה על ידי המערער בניגוד גמור לרצונה ואת הפגיעות הגופניות הקשות מהן היא סבלה, לצד הפגיעה הנפשית, כתוצאה ממעשה החדירה שנכפה עליה. בית משפט קמא השעין את ממצאיו, אשר מפלילים את המערער, גם על ראיות נסיבתיות ועל ממצאים רפואיים אובייקטיביים. ראיות וממצאים אלה כללו את מצבה הגופני של נפגעת העבירה, אשר תואר לעיל, את שקרי המערער בחקירתו במשטרה ואת התהיות (בלשון המעטה) אשר עלו בקשר לעדותו בבית המשפט.
3. זאת ועוד: האמור במסרונים אשר הוחלפו בין המערער לנפגעת העבירה בזמן-אמת, מספק תמיכה משמעותית עד-כדי-מכרעת לעדותה. כפי שכבר צוין על ידי, מסרונים אלה התמקדו במעשה החדירה ובתוצאותיו, והם כוללים את אמירת המערער שמביעה בפני נפגעת העבירה צער והתנצלות על מעשהו. אמירה זו נאמרה על רקע ההסכמה המוקדמת של השניים, אשר במסגרתה נקבע כי מגעיהם המיניים לא יגיעו לכדי בעילה ופגיעה בקרום הבתולין. אמירה זו של המערער כמוה כראשית הודאה בכך שפעל בניגוד לרצונה של נפגעת העבירה. ראשית הודאה זאת היא ראיה מפלילה, שעולה כדי סיוע. ראיה זו מספקת אפוא תמיכה משמעותית ביותר לעדותה של נפגעת העבירה, שממילא אינה טעונה סיוע. כפי שהובהר על ידי השופט **נ' הנדל**, "גם אמירה [...] של נאשם, המעידה על תחושת אשם, עשויה לעלות לכדי ראשית הודאה המהווה סיוע" (ראו: [ע"פ 6813/16](http://www.nevo.co.il/case/21479226) **נחמני נ' מדינת ישראל**, פסקה 37 [פורסם בנבו] (17.9.2018); וראו גם: [ע"פ 4988/08](http://www.nevo.co.il/case/5873308) **פרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 626, פסקה 23 (1.8.2011); [ע"פ 3124/91](http://www.nevo.co.il/case/17918597) **כהן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(3) 406, 416 (1993)).

1. המערער טוען כי בית משפט קמא שגה בקבעו ממצאים כאמור. לטענתו, בית משפט קמא מיהר להאמין לעדות המתלוננת למרות הקשיים שעלו ביחס אליה, ובכך טעה. טענה זו, על שלל נימוקיה, אינה עוברת את המחסום שהעמיד הכלל בדבר אי-התערבות בממצאי עובדה במסגרתו של ערעור פלילי (ראו: עניין **לוז'קין**, בפסקה 12 לפסק דיני והאסמכתאות המובאות שם). זאת, מאחר שהכרעת הדין לא נפגמה בשום פגם אשר משתייך לרשימת הפגמים היסודיים שקוראים להתערבותנו, כדוגמת התעלמות הערכאה הדיונית מראיה מהותית כלשהי או קבלת ראיה בלתי קבילה שקיומה ואמינותה חיוניים להרשעת הנאשם (ראו דברי השופט **י' עמית** ב[ע"פ 8642/19](http://www.nevo.co.il/case/26314372) **הייב נ' מדינת ישראל**, פסקה 36 [פורסם בנבו] (13.10.2021)). בנסיבות אלו, אין לנו אלא לאמץ את ממצאיו של בית משפט קמא בכל הקשור לאמינות עדותה של נפגעת העבירה, ממנה עולה, ללא צל של ספק, כי היא נאנסה על ידי המערער באופן ברוטלי למדי.
2. למסקנה זו נגיע גם במסגרת הבדיקה הקפדנית יותר של הראיות המפלילות, אשר נועדה להבטיח ביטחון מלא בהרשעה. כוונתי לבדיקת המסד הראייתי בכוּליותו – בדיקה אשר מתכתבת עם דרישת ההנמקה המיוחדת שהיתה מוטלת על ידי בית משפט קמא, וקוימה על ידו, בגדרו של [סעיף 54א(ב)](http://www.nevo.co.il/law/98569/54a.b) ל[פקודת הראיות](http://www.nevo.co.il/law/98569) [נוסח חדש], התשל"א-1971, בכל הקשור להרשעת המערער על סמך עדותה של נפגעת העבירה (ראו דבריי ב[ע"פ 8794/20](http://www.nevo.co.il/case/27245032) **פלוני נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (10.5.2022), שבחלקם לא היו מקובלים על שופטי הרוב, השופטת **ד' ברק-ארז** והמשנה לנשיאה **ע' פוגלמן**).
3. הבה נביט שוב על הראיות האובייקטיביות ונעמידן אל מול ההסכמה לפיה התנהלו המגעים המיניים בין המערער למתלוננת מראשיתם ועובר לאירוע שבו עסקינן. לפי הסכמה זו – שכאמור הבטיחה למתלוננת שמירה על בתוליה – המערער יכול היה לקיים מגעים מיניים עם המתלוננת כל אימת שמגעים אלו לא הגיעו לכדי חדירה לאיבר מינה. אין חולק כי המתלוננת הקפידה לשמור על הסכמה זו וכי המערער אף הוא פעל לפיה עובר לאירוע. לטענת המערער, הסכמה זו והמגבלה שהיא קבעה הוסרו אהדדי על ידי המתלוננת ועל ידו במהלך האירוע שבמהלכו הוא החדיר את איבר מינו אל תוך איבר מינה. הווה אומר: לטענת המערער, המתלוננת שינתה את דעתה שינוי יסודי והסירה את התנגדותה למעשה החדירה עובר לאירוע או במהלכו. האם תרחיש זה עולה בקנה אחד עם הראיות האובייקטיביות?
4. סבורני כי לשאלה זאת אין להשיב אלא בלאו מוחלט. הראיות האובייקטיביות שוללות מניה וביה את התזה לפיה המתלוננת נתנה את הסכמתה למעשה החדירה. אילו הסכמה כאמור היתה ניתנת, המתלוננת והמערער היו מן הסתם מוצאים – או לפחות מחפשים – דרך לממשה מבלי שהמתלוננת תחווה, בין היתר, טראומה בדמותו של קרע בדופן הנרתיק שאורכו 7 ס"מ. הראיות האובייקטיביות מראות שהמתלוננת לא חיפשה – וממילא לא מצאה – דרך זו. ראיות אלה מראות שהמתלוננת לא היתה שותפה למעשה החדירה אשר בוצע על ידי המערער, ושמעשה זה נעשה מבחינתה במפתיע, ללא הכנה זוגית מוקדמת וללא כל ניסיון לבצעו באופן בלתי טראומטי. האופן שבו מעשה זה נעשה מלמד על העדר הסכמה ועל העדר שיתוף פעולה מצד המתלוננת. כמו כן, מלמד הוא על כך שהמערער כפה את מעשה החדירה על המתלוננת על ידי סדרה של מעשים כוחניים. בהקשר זה נזכור, כי המערער מסר לחוקריו, ואחר-כך לבית המשפט, גרסה שקרית כדי למלט את עצמו ממסקנה זו. לפי דבריו, מעשה החדירה היה "חלק" ואף נעשה אחרי "מריחת שמנים" (ראו עמודים 23-22 להכרעת הדין), אולם דברים אלו נסתרו על ידי הנזקים הווגינליים הקשים אשר נמצאו אצל המתלוננת.
5. מכאן נלמד דבר חשוב נוסף: **השאלה האם המתלוננת החליטה להסיר את התנגדותה למעשה החדירה לא העסיקה את המערער כהוא זה**. במקרה הטוב מבחינתו, המערער כלל לא חשב על עניין ההסכמה עובר למעשה החדירה ובמהלכו, בהיותו מרוכז בסיפוק דחפיו המיניים. במקרה הפחות טוב מבחינת המערער, הוא ידע היטב שהמתלוננת אינה מסכימה לביצועו של מעשה החדירה כבעבר. כך או אחרת: מעשה החדירה נעשה על ידי המערער בכפייה, בהיותו מודע לאופייו הכפייתי של המעשה או כאשר הוא אינו מייחס לכפייתיות מעשהו כל חשיבות. לשאלה "על מה בדיוק חשב המערער כאשר הוא בעל את המתלוננת בניגוד לרצונה?" יש תשובה אחת בלבד: המערער התמקד בסיפוק מאווייו המיניים, ובזאת בלבד, מבלי לקחת בחשבון את רצון המתלוננת.
6. מכל זווית אפשרית אפוא, מעשה החדירה שבוצע על ידי המערער הוא בגדר אונס. מטעמים אלה, לא מצאתי ממש בערעור על הכרעת הדין ואציע לחברותיי לדחותו.

**עניין העונש**

1. העונש המרבי הקבוע בחוק בגין עבירת אינוס, ללא נסיבות מחמירות, עומד על שש עשרה שנות מאסר (ראו: [סעיף 345(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)). העונש המזערי שמוטל בגין עבירה כאמור עומד על ארבע שנות מאסר (ראו: [סעיף 355(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/355.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)). עונשים אלה מגדירים את מסגרת הענישה הכללית בעבירת אינוס.

כפי שהזדמן לי להבהיר:

"עונשי מאסר מרביים אינם באים לקבוע אך ורק את גבולה העליון של סמכות הענישה שבידי בתי המשפט. עונשים כאמור מבטאים את רמת הענישה הראויה במקרים החמורים ביותר של ביצוע העבירה שבה עסקינן, ומהם ניתן וראוי לגזור את מתחם העונשים עבור מקרים פחות חמורים [...]. מובן מאליו הוא, שגזירה כאמור אינה נעשית בדרך של התאמה מתמטית. מדובר אך ורק בזיקה עניינית לחומרת העבירה, כפי שנקבעה על ידי המחוקק שאת דברו אנו מקיימים. הקפדה על זיקה כאמור היא חלק מהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, אשר נעשתה בגדרו של תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) [...]" (ראו: [ע"פ 147/21](http://www.nevo.co.il/case/27309272) **מדינת ישראל נ' ביטון**, פסקה 8 [פורסם בנבו] (14.2.2021)).

1. כלל חשוב נוסף לפיו אנו מצווים לפסוק ממקד את זרקורנו במצבה של נפגעת העבירה. כלל זה נגזר מעיקרון ההלימה שנבחר על ידי המחוקק לעיצוב דרכי ענישתם של עבריינים:

"עיקרון ההלימה [...] מעמיד מחסום בפני הקלה בעונשו של [עבריין]. תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), שנתן לעיקרון זה מעמד על, איננו מדבר על הלימה במובן הצר של ה-lex talionis. מדובר בתפיסה רחבה יותר של הלימה אשר רואה בענישת העבריין אקט שלטוני המכונן מחדש את שיווי המשקל המוסרי שהופר על ידו. מדובר בתיקון כוללני אשר חייב לשקם את ערכה של הנפגעת מן העבירה כאדם, לאחר שהעבריין שלל ערך זה ממנה, או הפחיתו, על ידי מעשה כפייה פוגעני. תיקון זה לא ייעשה אם עונשו של העבריין לא יהיה שקול כנגד מה שעולל לקורבנו. ראוJean Hampton, *The Retributive Idea*, in Jeffrie G. Murphy & Jean Hampton, Forgiveness and Mercy 111, 131 (1988). [...] עלינו לזכור, כי המערער לא ניצב לפנינו לבדו. למרות שלא ראינו את פניה של המתלוננת, שסבלה מידיו פגיעות קשות בגוף ובנפש, פסק הדין שייצא מתחת לידינו צריך שידבר גם אליה. עלינו לומר למתלוננת, ללא כחל וסרק, כי זעקתה היא זעקתנו." (ראו: [ע"פ 3792/18](http://www.nevo.co.il/case/24263089) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקאות 20-19 [פורסם בנבו] (11.11.2018))‏.

1. התוצאה העונשית שכללים אלה מובילים אליה במקרה שלפנינו היא מאסר המערער מאחורי סורג ובריח לתקופה ממושכת. כל תוצאה אחרת לא תקיים את דרישת ההלימה ולא תשקם את ערכה המוסרי של נפגעת העבירה כאדם וכאישה בת-חורין, אשר נפגעה קשות על ידי מעשיו של המערער. בית משפט קמא לא פעל לפי הכללים האלה בבואו לגזור את דינו של המערער. חלף זאת, הוא השית על המערער עונש מקל אשר סוטה במידה ניכרת ממדיניות הענישה הנקוטה בידינו ביחס לעבירת אינוס (ראו והשוו: [ע"פ 6877/09](http://www.nevo.co.il/case/6247428) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 29 [פורסם בנבו] (25.6.2012); [ע"פ 2056/09](http://www.nevo.co.il/case/6244024) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 29 [פורסם בנבו] (27.5.2009); [ע"פ 9994/07](http://www.nevo.co.il/case/6241014) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 14 [פורסם בנבו] (11.8.2008); [ע"פ 5382/04](http://www.nevo.co.il/case/6226929) **מרגוליס נ' מדינת ישראל**, פסקה 8 [פורסם בנבו] (4.6.2006); [ע"פ 7657/00](http://www.nevo.co.il/case/6109540) **מחג'נה נ' מדינת ישראל**, פסקה 6 [פורסם בנבו] (28.1.2002)).
2. בבואנו לאמוד את חומרת מעשיו של המערער, שומה עלינו לתת משקל לפגיעה הגופנית הקשה שהלה הסב לנפגעת העבירה ולצלקות שהותיר בנפשה (ראו: [ע"פ 8233/05](http://www.nevo.co.il/case/6239118) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 17 [פורסם בנבו] (14.8.2008); [ע"פ 808/16](http://www.nevo.co.il/case/20937932) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 26 [פורסם בנבו] (23.5.2017); וכן [ע"פ 2684/16](http://www.nevo.co.il/case/22303085) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 14 [פורסם בנבו] (26.10.2017) (להלן: [**ע"פ 2684/16**](http://www.nevo.co.il/case/22303085))). כמו כן יש לזקוף לחובת המערער את העובדה שהלה לא לקח אחריות וממילא לא הביע שום חרטה על מעשיו – בעמדו בפני בית משפט קמא ובפנינו (ראו: [ע"פ 2032/19](http://www.nevo.co.il/case/25550792) **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 26 [פורסם בנבו] (14.6.2020); וכן [**ע"פ 2684/16**](http://www.nevo.co.il/case/22303085), פסקאות 10 ו-14).
3. בנסיבות אלה, ובהתחשב בכלל לפיו ערכאת ערעור אינה ממצה את הדין עם העבריין כאשר היא מקבלת את ערעור המדינה על עונשו (ראו: [ע"פ 1465/20](http://www.nevo.co.il/case/26489414) **מדינת ישראל נ' פלוני**, פסקה 9 [פורסם בנבו] (19.3.2020); [ע"פ 8381/17](http://www.nevo.co.il/case/23833066) **מדינת ישראל נ' איכילוב**, פסקה 20 [פורסם בנבו] (24.4.2018)); וכן [ע"פ 1213/21](http://www.nevo.co.il/case/27418439) **מסרשה משה וואסה נ' מדינת ישראל**, פסקה 24 [פורסם בנבו] (11.8.2022)), סבורני כי טוב נעשה אם נקבל את ערעור המדינה ונעמיד את תקופת מאסרו של המערער מאחורי סורג ובריח על 7 שנים. יתר רכיבי העונש שנקבעו על ידי בית משפט קמא ימשיכו לעמוד על כנם.

ש ו פ ט

**השופטת ג' כנפי-שטייניץ**:

אני מצטרפת למסקנתו של חברי השופט **א' שטיין** כי הוכחו בעניינו של המערער יסודות עבירת האינוס. בעת הדיון באישום לא היה חולק כי המערער בעל את המתלוננת, ויריעת המחלוקת התמקדה בשאלה, האם היה המערער מודע לכך כי בעילתה של המתלוננת נעשית שלא בהסכמתה. בעניין זה הובאו ראיות ברורות, כפי שפורטו בחוות דעתו של חברי, כי המערער היה מודע להעדר הסכמתה של המתלוננת, ולמצער, עצם את עיניו ונמנע מלברר קיומה של הסכמה. זאת בפרט, מקום בו הציבה המתלוננת מלכתחילה גבול ברור לסוג המגע המיני הרצוי לה לעומת זה האסור (איסור על בעילתה). כפי שנפסק לא אחת, עבירת האינוס נועדה להגן על ריבונות האישה על גופה, על רצונה החופשי ועל כבודה כאדם. ההגנה על רצונה החופשי של האישה היא **"זכות בלתי מתפשרת ובלתי מעורערת [ה]קנויה לה לאישה, והיא שתקבע לעצמה אם תבוא במגע-אישות ועם מי תבוא במגע-אישות. איש בעולם אינו זכאי להורות לה מה תעשה ומה תחדל. אדם, כל אדם, חירותו וחופשו עמו שהזולת לא יעשה בגופו ללא רשות"** (דברי השופט **מ' חשין** ב[ע"פ 115/00](http://www.nevo.co.il/case/5678391) **טייב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 289, 330 (27.7.2000)). ולכך יש להוסיף: זכות הבחירה החופשית הנתונה לה לאישה, היא גם הזכות להתיר מגע מיני הרצוי לה ולאסור על זה שאיננו רצוי לה. קו גבול שקבעה אין לעבור אלא בהסכמתה המפורשת (אם מילולית ואם אחרת). המערער בחר להתעלם מן הגבול שהציבה המתלוננת ללא נטילת הסכמתה, ונטל את שלא הותר לו בכוח וללא חמלה, ועל כן בדין הורשע. גם בכל הנוגע לגזר הדין, אני מצטרפת למסקנתו של חברי כי יש להחמיר בעונשו של המערער. זאת, בשים לב לחומרת העבירה, לפציעתה של המתלוננת, ולנטישתה לאחר מעשה כשהיא מדממת מבלי לשעות לתחנוניה לעזרה.

ש ו פ ט ת

**השופטת י' וילנר**:

אני מצטרפת למסקנת חבריי כי יש לדחות את ערעור המערער ולקבל את ערעור המדינה על קולת העונש.

כפי שציין חברי, השופט **א' שטיין**, הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי מבוססת כדבעי על ממצאי עובדה ומהימנות, שבהם ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב. זאת, בשים לב לעדותה של המתלוננת שנמצאה מהימנה על-ידי הערכאה הדיונית, ולקיומם של חיזוקים רבים לגרסתה (שעיקרם, מצבה הנפשי של המתלוננת לאחר האירוע; המסרונים בין המתלוננת למערער בסמוך לאחר האירוע; החבלות בגופה; והרושם השלילי שהותירה עדותו של המערער על בית המשפט המחוזי).

אשר לגזר הדין, אני מסכימה עם חברי, השופט **שטיין**, כי יש להחמיר בעונשו של המערער ולהעמיד את תקופת מאסרו על 7 שנים – זאת, **אך** מן הטעם שערכאת הערעור אינה ממצה את הדין עם העבריין. סבורני, כי אף עונש זה חורג לקולא ממדיניות הענישה הנוהגת בכגון דא, ורחוק, מרחק רב, מלהלום את חומרת מעשיו של המערער.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט **א' שטיין**.

5129371 ניתן היום, ‏י"ג באדר א התשפ"ד (‏22.2.2024).

54678313

ש ו פ ט ת ש ו פ ט ש ו פ ט ת

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

23061110\_F11.docx עב

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

י' וילנר 54678313-6111/23

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)