

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 11699/05

בפני: כבוד השופט א' א' לוי  
כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופט ח' מלצר

המערער: כריס סרפו

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב, מיום 8.11.05, בת.פ.ח. 1137/03, שניתן על ידי כבוד השופטים ש' טימן, ת' שפירא ו-ש' ברוש

תאריך הישיבה: כ"ז באדר ב התשס"ח (03.04.08)

בשם המערער: עו"ד לרנאו חגית; עו"ד קרן מכלוף-טליס

בשם המשיבה: עו"ד בת-עמי ברוט

בשם הועד למלחמה באיידס: עו"ד דורי ספיבק

מתורגמן: מר יהודה ברומברג

### פסק-דין

השופט א' א' לוי:

1. בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער בעבירות אינוס, מעשה העלול להפיץ מחלה, איומים ותקיפה בנסיבות מחמירות, עבירות לפי סעיפים 345(א)(1), 218 סיפא, 192 ו-382(ב)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. בעקבות כך נדון המערער לתקופות מאסר שונות המצטברות לכדי 25 שנים. להלן תמציתן של העובדות אשר נטענו נגדו בכתב האישום שהוגש לבית המשפט המחוזי בתל-אביב:

(א) המערער הנו אזרח גאנה שנכנס לישראל בחודש דצמבר 1992. הוא חולה במחלת האיידס, המוגדרת כמחלה מדבקת המועברת תוך קיום יחסי-מין לא מוגנים. בשנת 1997 הכיר המערער את ל.ע. שהיתה אותה עת קטינה (ילידת 1979) (להלן: ל.ע.). הקשר בין השניים נמשך מספר חודשים, ובמהלכו קיימו יחסי מין בלתי מוגנים. באחד הימים של חודש אוגוסט 1997, כאשר ביקש המערער לקיים עמה יחסי מין, הודיעה לו ל.ע. שאינה מעוניינת בכך מחמת מחושים שחשה בבטנה. חרף זאת, כפה עליה המערער את עצמו, ותוך שהוא אוחז בה בחוזקה וסוטר לה בפניה, בעל אותה.

בתאריך 24.10.97 אובחנה ל.ע. כנשאית של נגיף האיידס. את הממצא הזה היא הביאה לידיעת המערער באותו יום, הואיל וסברה כי נדבקה ממנו, והציעה שגם הוא ייבדק (האישום הראשון).

(ב) בתחילת שנת 1998 הכיר המערער את מ.ז. ילידת שנת 1978, והיא עברה לגור עמו. בחודש יוני 1999 נסעו השניים לגאנה שם נישאו. על פי הנטען בכתב האישום, קיימו המערער ומ.ז. בין השנים 1999 עד 2001 יחסי מין לא-מוגנים, על אף אזהרתה של ל.ע., ומבלי שהמערער הביא לידיעתה של מ.ז. את החשש כי הוא נושא את נגיף האיידס. בחודש אפריל 2001 אובחנה מ.ז. כנשאית של הנגיף (אישום שלישי).

(ג) בחודש אפריל 2001, לאחר שחלה בשחפת, אובחן המערער כחולה באיידס. בחודש דצמבר 2001 הוא הכיר את מ.ק., ילידת שנת 1981, ובמהלך היכרותם שנמשכה כארבעה חודשים, קיים עמה המערער יחסי מין בלתי מוגנים, מבלי שהביא לידיעתה את עובדת מחלתו. במהלך שנת 2002 אובחנה גם מ.ק. כנשאית של הנגיף (אישום רביעי).

(ד) בחודש אוקטובר 2002 הכיר המערער את ג.י., ילידת שנת 1983. גם עם ג.י. קיים המערער יחסי מין לא מוגנים, מבלי שהביא לידיעתה את דבר מחלתו (אישום חמישי).

(ה) בחודש אפריל 2002, ולאחר שלמ.ק. (בה עוסק האישום הרביעי) נודע על הדבקתה במחלה, היא התקשרה למכרה נוספת של המערער כדי להזהיר אותה מפני האפשרות כי תידבק אף היא באיידס. משנודע הדבר למערער, הוא איים על מ.ק. כי אם תוסיף ותספר לאנשים על דבר מחלתו, הוא ירצח אותה (אישום ששי).

(1) בשנים בהן חי המערער עם מ.ז. (בה עוסק האישום השלישי), הוא נהג לתקוף אותה, ובין היתר, עיקם את זרועה, חבט בכטנה וסטר על פניה (אישום שביעי).

להשלמת התמונה נוסף, כי למערער יוחס אישום נוסף (האישום השני), אולם המשיבה חזרה בה מאישום זה.

2. במהלך משפטו בפני בית המשפט המחוזי, כפר המערער באישום כי אנס את ל.ע. מנגד, הוא אישר כי ל.ע. הודיעה לו על כך שנדבקה במחלה, אולם לטענתו היה זה רק בחודש מאי 1998 (לאחר שהכיר את מ.ז. והחל לקיים עמה יחסי מין). המערער הוסיף וטען, כי לאחר של.ע. הודיעה לו על מחלתה, הוא סיפר על כך למ.ז., ואף טרח להיבדק. המערער כפר בטענה כי נהג לתקוף את מ.ז., ובאשר למ.ק. וג.י. אישר כי הכיר אותן, אולם טען כי לא קיים עמן יחסי מין.

בתום שמיעתן של ראיות הצדדים, הביא בית המשפט בהרחבה את השיקולים שהביאוהו להרשעת המערער, תוך שהוא נותן אמון בלתי מסויג במתלוננות ("שוכנעתי כי יש לקבל כאמינות ומהימנות את גרסאותיהם של ארבע המתלוננות בשלמותן, ולתת להן את מלוא המשקל הראיתי, כאשר כל אחת מדברת בעד עצמה ומשתלבת בתמונה הכללית שהצטיירה ועלתה ממכלול הראיות"). מנגד, דחה בית המשפט את הגנת המערער כבלתי אמינה, ובלשונו (עמ' 8 להכרעת-הדין), הגנה זו "אינה מעוררת אמון כלל ועיקר, וזאת בלשון המעטה. לא רק שאין בה כדי להטיל ספק או לפגום כהוא זה במערך ראיות התביעה, אלא שבעניינים לא מעטים מהווה היא חיזוק לו".

3. בהליך שבפנינו אין המערער משיג על הרשעתו בעבירת האינוס שיוחסה לו באישום הראשון, והוא השלים גם עם הרשעתו באישומים הרביעי, השישי והשביעי. הוא גם אינו חולק על כך שהיסוד הפיסי בעבירה לפי סעיף 218 לחוק העונשין התקיים באישום השלישי. עם זאת, הוא סבור כי לא הוכח שהתקיים בו היסוד הנפשי. להשקפת באת-כוחו, מששמע המערער מפיה של ל.ע. על הדבקה במחלה, ואותה עת כבר היה בן זוגה של מ.ז., הוא הגיב על דבריה בחוסר אמון הואיל וכמו רבים אחרים הוא פעל מתוך הכחשה והדחקה של האפשרות כי חלה באידס, וזו היתה גם הסיבה לכך שלא פנה להיבדק. לעניין זה נטען עוד, כי המערער נהג באותה דרך הואיל והכחשה והדחקה היתה מדיניות נוהגת בארץ מוצאו, וגם בישראל לא חל שינוי מהותי במצבו, עקב היותו במעמד של עובד זר בלתי חוקי, שאינו מעורה בחברה הישראלית ונעדר נגישות לטיפול רפואי. המערער הוסיף וטען, כי אותו אי אמון בדבריה של ל.ע. אפיין את יחסיהם של בני הזוג גם בתחומים אחרים במהלך חייהם המשותפים. על אותה הדחקה-הכחשה

ביקשה ההגנה ללמוד גם מהתנהגותה של מ.ז., שחרף ההרעה הניכרת במצב בריאותה, נמנעה עד לחודש אפריל 2001 מלהתאשפז, וכאשר הגיעה לשם כבר היתה במצב קריטי. מנגד, וכדי להפריך את הטענה בדבר "עצימת עיניים" שיוחסה לו, מחד, ולהדגיש את הזהירות בה נקט לאחר שנודע לו על מחלתו, מאידך, הפנה המערער לדבריה של מ.ק. (בה עוסק האישום הרביעי), לפיהם הוא נהג להגיע לפורקן מחוץ לגופה.

נוכח כל אלה סבורה באת-כוח המערער, כי לא היה מקום להסיק את קיומו של היסוד הנפשי של שולחה בהתבסס על הדוקטרינה של "עצימת עיניים", ומכאן העתירה לזכות את המערער מעבירה לפי סעיף 218 לחוק העונשין שיוחסה לו באישום השלישי, ולחלופין, להסתפק בהרשעתו בחלופה המקלה שברישא של הסעיף. כאשר לאישום החמישי נטען, כי נסיבות האירוע אינן מקימות עבירה מוגמרת לפי סעיף 218 לחוק העונשין, אלא "ניסיון" לעבור עבירה בלבד.

המערער הוסיף וביקש כי נקל בעונשו. להשקפתו, אין להפריז בחומרתה של עבירת האינוס בה הורשע באישום הראשון, מן הטעם של.ע. היתה בת זוגו אותה עת, והם קיימו מערכת יחסים אינטימית במשך תקופה לא מבוטלת. כאשר לענישה בעבירות לפי סעיף 218 לחוק העונשין, הוא סבור כי היא לוקה בחומרה יתרה נוכח המשמעות השגויה שייחס בית המשפט המחוזי למחלת האיידס. נטען, כי בבסיס גזר הדין עומדת תפיסה סטריאוטיפית מיושנת של המחלה לפיה מדובר במחלה סופנית, בעוד שכיום נחשבת מחלת האיידס כמחלה כרונית אותה ניתן לרפא באמצעות טיפול תרופתי המדכא את השפעת הנגיף, ומאפשר למערכת החיסונית לשקם את עצמה.

לעניין העונש נטען עוד, כי החלטת בית המשפט המחוזי לגזור למערער עונש בגין כל אישום בנפרד, ולרוב במצטבר, גלומה חומרה יתרה שאף היא נובעת מתפיסתו השגויה של בית המשפט את מחלת האיידס. לבסוף, נטען כי בגזירת העונש לא נתן בית המשפט משקל ראוי לנסיבותיו האישיות של המערער.

4. בטרם אפנה להכריע בערעור גופו, אקדיש מספר מלים להלך הנפשי הידוע כ"עצימת עיניים", ולצורך כך אפנה ללשונו של סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין התשל"ז-1977, אשר עוגן בחוק עם קבלתו של תיקון 39:

"רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם".

למקרא הוראה זו אתה למד, כי מקום בו מפעם בלבו של מבצע העבירה חשד בדבר טיב התנהגותו, או בדבר קיומה של נסיבה הנמנית עם פרטי העבירה – הוא לא יוכל להתגונן בטענה לפיה פעל בהעדרה של מודעות. במצב דברים מעין זה – כך ממשיכה הוראתו של סעיף 20(ג)(1) וקובעת – מוטלת על מבצעה של עבירה החובה לפעול כדי להפריך את החשד ולברר את מצב הדברים לאשורו, וכל עוד לא עשה כן, או שעשה אולם חשדו לא הופרך, רואים אותו כמי שהיה מודע בפועל בעת ביצועה של העבירה לאותו פרט. לשון אחר: התעורר בלבו של אדם חשד, והוא אינו טורח להזימו, יש לראותו כמי שעוצם את עיניו והתעלם במודע מאפשרות קיומה של נסיבה. עמד על כך פרופ' פלר:

”מודעות לאפשרות קיום הנסיבה, בה תלויה העבירה, מחייבת את האדם לבדוק, עובר לביצוע מעשהו, את המצב בכל הנוגע לאותה נסיבה, כדי להימנע ממנו, במקרה שקיום הנסיבה מתאושש. אם, חרף החשד, לא עשה האדם כן, בין משום שבכל תנאי היה מנוי וגמור עמו לעשות את המעשה, ובין משום שהיה לו נח יותר שלא לדעת או משל שיקול אחר, פירוש הדבר שהשלים גם עם דבר קיומה של הנסיבה” (ש”ז פלר, יסודות בדיני עונשין (כרך א), 519 וראו גם דבריו של כב' השופט מ' חשין בע”פ 3417/99 מרגלית הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ”ד נה(2), 735, 757; ע”פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ”ד מח(3), 302, 360; ע”פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ”ד נד(3), 289, 304).

באשר לטיבו של החשד בו עוסק סעיף 20(ג)(1), ראוי להוסיף את שני אלה. ראשית, הפסיקה קבעה כי “עצימת עיניים” מתקיימת מקום בו החשד המפעם בליבו של המבצע הוא חשד ממשי, מעשי, רציונאלי, ואין להסתפק בחשד מופרך, שאין לו אחיזה במציאות. שנית, וכאן העיקר, בבסיסו של הרעיון בדבר עצימת-העיניים ניצב חשד אישי, סובייקטיבי, המתעורר בליבו של העושה פנימה, ועל אף הקושי המעשי שהדבר עשוי לעורר אין די בחשד אובייקטיבי שהיה צריך להתעורר בלבו באותן נסיבות, או בחשד כזה שהיה מתעורר בליבו של ה”אדם הסביר” (ראו ע”פ 5938/00 ניסים אזולאי נ' מדינת ישראל, פ”ד נה(3), 873, 899; ע”פ 7580/02 אחמד ג'אבר נ' מדינת ישראל, לא פורסם; ע”פ 11328/03 מדינת ישראל נ' עותמאן כיאניה, לא פורסם; וכן מאמרו של מ' קרמניצר, “תיקון 39 לחוק העונשין – חמש שנים לחקיקתו”, מגמות בפלילים - עיונים בתורת האחריות הפלילית (תשס”א-2001), 55, בעמ' 71). הרעיון הניצב בבסיסה של הלכה זו הוא כי אין זה ראוי לרתום את הכלל בדבר עצימת-עיניים, כלל שנועד לסייע בדרכי הוכחתה של 'מחשבה פלילית', כהגדרתה בסעיף 20(א) לחוק העונשין, כדי להרחיב יסוד-נפשי זה על-ידי החדרתם של אלמנטים אובייקטיביים לתוכו.

באשר למערכת ה"נסיבות העובדתיות האובייקטיביות" (כלשונו של הנשיא (בדימוס) שמגר, בע"פ 5612/92 הנ"ל), הרי שהשימוש בה יכול להיעשות ככלי עזר ראייתי בלבד, ולא כתחליף מהותי להוכחתה של מודעות כפי שהוצע שם. אבהיר, כאשר ממערכת הנסיבות האובייקטיביות עולה כי בלבו של כל אדם בר-דעת היה מתעורר חשד, עשוי הדבר להקים חזקה עובדתית הפועלת לחובת הנאשם. כך, ניתן להניח כי מערכת נסיבות שהייתה מעוררת חשדו של כל אחד אחר, וודאי עוררה, בפועל, גם את חשדו של העושה. אולם חזקה זו (כדרכן של חזקות מסוגה) ניתנת לסתירה, וגם מעל משוכה זו יצליח הנאשם לדלג אם יעלה בידו להוכיח, כי מה שנכון לגבי אחרים – לא נכון לגביו, ועל-אף חשדם של אחרים, בליבו-שלו לא התעורר חשד כזה, בשל נתוניו האישיים או נסיבותיו המיוחדות של האירוע.

האם חטא המערער ב"עצימת עיניים"

5. אותה טענה בדבר "הדחקה והכחשה" העומדת במרכזם של נימוקי הערעור כנגד ההרשעה, היא טענה שבעובדה, והמעט שצריך להתקיים בה היה שהיא תישמע מפיו של המערער עצמו במהלך חקירתו או במשפטו. ברם, לטענה זו אין זכר בגרסת המערער, וכנגד האישום השלישי התגונן בטענה כי רוב הזמן קיים עם מ.ז. יחסי מין מוגנים. באשר לשיחתו עם ל.ע., במהלכה סיפרה לו כי נדבקה במחלה והציעה לו להיבדק, טען המערער כי הוא סיפר על כך למ.ז. ומיד לאחר מכן הלך להיבדק במעבדה פרטית (גרסה שלא נמצא לה תיעוד כלשהו). גרסה זו לא זכתה לאמונו של בית המשפט המחוזי (ראו עמ' 38 להכרעת הדין), הואיל ונמצא כי ל.ע. הודיעה למערער על הידבקותה באידס סמוך למועד שבו נתגלתה מחלתה (בסוף חודש אוקטובר 1997), בעוד שאת מ.ז. הוא הכיר בתחילת שנת 1998. מכאן שגרסתו לפיה שוחח עם מ.ז. על מחלתו לאחר שיחתו עם ל.ע., אינה עולה בקנה אחד עם לוח הזמנים האמור. יתרה מכך, מ.ז. הכחישה מכל וכל כי שמעה את שמה של ל.ע. מפיו של המערער, והוסיפה והכחישה את טענתו לפיה הוא הודיע לה על הידבקותה של ל.ע. במחלה. בית המשפט המחוזי האמין לעדותה של מ.ז. ("המסקנה היחידה אשר לטעמי יש להסיק היא, כי דבריה של מ.ז. דברי אמת הם" – עמ' 40 להכרעת הדין), ועל כן נקבע כי המערער מעולם לא שוחח עם מ.ז. על מחלתה של ל.ע. ועל החשש שאף הוא חולה במחלה, ולמעשה נמנע מכך לאורך כל חייהם המשותפים עד שאובחנה מ.ז. כנשאית איידס, בחודש אפריל 2001 (עמ' 48). גם טענתו של המערער לפיה הלך להיבדק במעבדה פרטית לא זכתה לאמון. נקבע, כי "סיפור הבדיקה במעבדת רוזנבלט הינו עוד אחד

מניסיונותיו המאוחרים והמאולצים של הנאשם לחלק עצמו מן הסיטואציה הסבוכה שיצר, ולהטיל את האשמה על גורם אחר" (עמ' 53).

סיכום ממצאיו של בית המשפט המחוזי הוא אפוא זה: ל.ע. הודיעה למערער על הידבקותה באיידס, והיא אף הציעה לו ללכת להיבדק בעצמו. אולם הוא לא טרח לעשות זאת, ולא מחמת "הכחשה והדחקה", אדרבא, הוא העיד כי סיפר על כך למ.ז. גרסה שנדחתה על ידי בית המשפט המחוזי. בהעדר הסבר אחר למחדלו, שוב אין מנוס מלקבוע כי הוא התעלם מדעת מן הסכנה עליה נודע לו מפיה של ל.ע., ועל כורחך אתה תוהה, מהי התנהגות זו אם לא עצימת עיניים מפני הסכנה שבהדבקתן של נשים נוספות על ידי קיומם של יחסי מין לא מוגנים עמן?

לאותה מסקנה מובילה גם התנהגות המערער בהמשך הדרך. וכך לדוגמה למדנו, כי לאחר שנודע לו מפיה של ל.ע. כי נדבקה במחלה, הוא שב וקיים עמה יחסי מין לא מוגנים, ובאותו יום ממש הוא קיים יחסי מין עם ע', לה היה נשוי בעבר. ואם בכך לא די, נוסף ונציין כי בחודש אפריל 2001 חלה המערער בשחפת, ואף שאובחן כחולה איידס, הוא הוסיף לקיים יחסי מין לא מוגנים עם נשים נוספות – מ.ק. ו-ג.י., ומבלי שהביא את דבר מחלתו לידיעתן.

הנה כי כן, עניין לנו עם מי שהיה מודע היטב לסכנה הכרוכה במעשיו – סכנה שבשלב ראשון היתה בגדר חשד ואחר כך הפכה לעובדה מוגמרת – אולם הוסיף לפעול כדי לספק את יצרו תוך התעלמות מאותה סכנה והעלמתה מידיעתן של בנות זוגו. המתבקש מכך הוא כי דין השגותיו של המערער כנגד הרשעתו באישום השלישי להדחות. גם בטענותיו האחרות של המערער כנגד ההרשעה לא מצאתי ממש, ועל כן כל שנותר הוא לבחון אם יש ממש בהשגותיו כנגד העונש.

6. באת-כוח המערער וכן הוועד למלחמה באיידס, אשר ביקש להצטרף לערעור ובקשתו נדחתה, סבורים כי הגדרתה של אותה מחלה על ידי בית המשפט המחוזי ככזו שגלום בה גזר דין מוות המלווה בסבל וייסורים, הנה תפיסה שגויה. אותה השקפה אפשר שהיתה נכונה לימים עברו, אולם נוכח התפתחות בהבנת המחלה ודרכי הטיפול בה, נכון להגדירה כיום כמחלה כרונית, לפחות בארצות בהן יש נגישות לשירותים רפואיים ולטיפול תרופתי משולב. הודגש בפנינו, כי טיפול ומעקב נכונים ומתאימים מאפשרים לנשא המחלה לחיות עם הנגיף שנים רבות, ותוחלת חייו צפויה להיות דומה לזו של רוב האוכלוסייה. כן נטען, כי תפיסת מחלת האיידס כסופנית וחשוכת מרפא, יוצרת חשש בקרב הציבור, המלווה בהדחקה ופחד מפני התמודדות עם המחלה. כל

אלה גורמים לגילוי מאוחר של המחלה, כאשר היא נמצאת בשלב מתקדם, וכתוצאה מכך פוחתים הסיכויים להצלחת הטיפול וסיכוייו של החולה להחלים.

7. לצורך ההכרעה בערעור כנגד העונש, אהיה מוכן להניח כי מחלת האיידס שוב אינה נחשבת על ידי המומחים לדבר כמחלה סופנית, אלא מחלה שעל אף הסיכונים הכרוכים בה, ניתנת היא לריפוי ככל מחלה כרונית אחרת. דברים אלה נאמרים בעיקר כדי לעודד את הצבור להיבדק, הואיל ולאבחון מוקדם של המחלה משמעות רבה על סיכוייו של החולה להירפא ממנה.

באשר לעונש גופו – בסוף חודש אוקטובר 1997 נודע למערער מפיה של ל.ע. על הידבקותה במחלה, ולפיכך, מאותו מועד פיעם בלבו החשד כי הוא נושא בגופו את נגיף המחלה. חרף זאת, נמנע המערער מלהיבדק באותם ימים, וגם אם אניח לטובתו כי חשש שאותו חשד יתאמת, ההיגיון מחייב כי מכאן ואילך ינהג זהירות רבה במגעיו עם נשים, ולפחות יביא את דבר החשש להידבקותו במחלה לידיעתן, כדי להותיר בידיהן את הבחירה אם לקיים עמו יחסי מין, בכלל, ולא מוגנים, בפרט. המערער לא נהג כך. עם מ.ז., אותה נשא כאמור לאישה, הוא קיים יחסים בין השנים 1999 עד 2001, ולא גילה לה דבר על שיחתו עם ל.ע. ועל החשש כי הוא נושא של המחלה. אולם, חמורה במיוחד היא התנהגותו בהמשך הדרך. תוך שהוא מודע למחלתו (לפחות, מאז חודש אפריל 2001), הוא קיים יחסי מין במשך כארבעה חודשים עם מ.ק., עד שבחודש אפריל 2002 היא אובחנה כנשאית של המחלה. ואם בכך לא די, הוא נהג באותה דרך גם בג.י.; הנה כי כן, המערער נטל לעצמו חרות להדביק נשים תמימות אשר נתנו בו אמון, וגם אם אין מדובר במחלה סופנית, נדמה כי הכל מסכימים כי ההחלמה מאיידס כרוכה בייסורים ממושכים, פיזיים ונפשיים, המלווים בשינוי חייו של החולה מן הקצה אל הקצה.

מעשיו של המערער אינם מהווים "מסכת עובדתית אחת", בגינה נכון היה לגזור עונש משותף. אדרבא, מדובר בשורה של עבירות עצמאיות אשר בוצעו במשך מספר שנים, וכתוצאה מכל אחת מהן חרב עולמה של אישה נוספת. זו התנהגות מופלגת בחומרתה אשר היתה מלווה במעילה באמונן של אותן נשים, שככל הנראה אהבו את המערער. במעשיו פגע המערער בנשים פגיעה קשה, והסיט את חייהן ממסלולם, תוך שהוא גוזר עליהן מחלה המחייבת טיפול רפואי ממושך. כאן המקום להוסיף ולהדגיש, כי המערער הורשע לא רק בעבירות לפי סעיף 218 לחוק העונשין, אלא גם בעבירת אינוס של ל.ע., שעל חומרתה נדמה כי אין צורך להרבות מלים. בנסיבות אלו נכון היה לבכר שיקולי גמול והרתעה על פני שיקולי ענישה אחרים (ע"פ



6535/01 קוזירוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 569, 562 (5.5.03); ע"פ 11125/04 פלוגי נ' מדינת ישראל, לא פורסם (10.5.07); ע"פ 9059/03 יוסבשווילי נ' מדינת ישראל, לא פורסם (21.3.07); ע"פ 1899/04 לייבוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 934, 939 (3.2.05); ע"פ 3503/01 וופא תפאל נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 865, 872 (26.10.03), ועל כן לא סברתי כי בית המשפט המחוזי שגה בתוצאה אליה הגיע. אדרבא, נכון וראוי היה לחייב את המערער לשאת בעונשי מאסר נפרדים בגין כל אישה בה פגע.

לפיכך, ואם דעתי תישמע, הייתי דוחה את הערעור על שני חלקיו.

ש פ ו ט

#### השופטת ע' ארבל:

כחברי, השופט לוי, סבורה גם אני כי הרשעתו של המערער בעבירות השונות שבהן הורשע עומדת על יסודות מוצקים, הן לעניין היסוד הפיזי לביצוען של העבירות והן לעניין היסוד הנפשי הנדרש לשם התגבשותן, ועל כן, כי אין להיעתר לערעור ככל שהוא נוגע לעצם ההרשעה. יחד עם זאת, בשונה מחברי, והגם שאין חולק כי נסיבותיו החמורות ויוצאות הדופן של המקרה הצדיקו ענישה מחמירה ביותר, לדעתי יש להיעתר במידת-מה לערעור בעניין העונש. להלן אביא את טעמי.

1. מלאכת גזירת הדין קשה ומורכבת היא. היא מצריכה עריכת איזון עדין ורגיש בין שיקולי הענישה השונים, ובין נתוניו של הנאשם הקונקרטי והנסיבות שבהן נעברה העבירה, לבין שיקולי מדיניות מגוונים והצורך בהתוויית מדיניות עונשית ברורה שיש בה כדי לקדם ערכים חברתיים. מטבע הדברים, זהו אינו מדע מדויק, שהרי אין מקרה אחד זהה למשנהו, אין נאשם דומה לחברו וגם אם ניתן לעיתים להצביע על דמיון או קרבת-מה בין נסיבותיו של מקרה פלוני למקרה אלמוני, הרי שתמיד יימצא ייחוד ושוני בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה ובאופן שבו ראוי ליישם את השיקולים השונים על עניינו של אותו נאשם העומד בפני בית המשפט. בסופו של יום, וזאת אין לשכוח, גזירת העונש נעשית למידותיו של הנאשם הספציפי. עמד על הדברים בבהירות רבה, כדרכו, השופט (כתוארו אז) א' ברק בפרשה קודמת:

"ביסוד הענישה אינו עומד שיקול אחד ויחיד, אלא מכלול של שיקולים. במלאכת הענישה בכל מקרה ומקרה חייב השופט למצוא את המשקל הראוי שיש להעניק לכל אחד מהשיקולים הנזכרים, תוך שהוא מודע

לכך כי לעיתים קרובות שיקול אחד בא על חשבוננו של שיקול אחר. מכאן, שהעונש אשר מוטל בסופו של דבר על הנאשם, אינו אלא תוצאה "משוקללת" – אם תרצה פשרה – של השיקולים השונים שיש להביאם בחשבון. מלאכת "שקלול" זו אינה מלאכה מדעית, אך היא אף אינה מלאכה שרירותית. היא ענין שבשיקול דעת, הנעשה על הרקע הכללי והאינדיבידואלי, במסגרת המדיניות העונשית הכללית כפי שהיא מתבצעת על-ידי בתי-המשפט" (ע"פ 212/79 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 434, 421 (1979)).

2. ככלל, כחברי, השופט לוי, סבורה אף אני כי לאור נסיבותיו החמורות של המקרה היה מקום לנקוט כלפי המערער ענישה מחמירה ביותר, ויפים לעניין זה דברי בית המשפט המחוזי אשר ציין כי: "נסיבות המקרים שנחשפו בפנינו וחומרת תוצאות מעשיו של הנאשם (המערער כאן - א.א.) בהפצת המחלה – מזעזעים הם ולא נותנים מנוח" (עמ' 11 לגזר הדין). יחד עם זאת, לאחר התלבטות ארוכה, ולא בלי היסוס, בסיכומי של דבר מצאתי כי יש בכל זאת מקום להתערב במידת-מה בגזר דינו של בית המשפט המחוזי, וזאת נוכח הצטברותם של שלושה טעמים אשר יחד מביאים לטעמי למסקנה כי בנסיבות העניין העונש שהושת על המערער החמיר עימו יתר על המידה. ואלו הם שלושה: ראשית, העובדה כי בגזירת הדין הונחה בית המשפט המחוזי על-ידי תפיסה חמורה מזו המקובלת כיום של מחלת האיידס – על חומרתה והשלכותיה; שנית, העובדה כי העונשים שהוטלו על המערער בגין האישומים שעניינם מעשיו להפצת המחלה נוטים באופן משמעותי לחומרה בהשוואה לעונשים שהוטלו בגין מקרים קודמים ודומים בפסיקה. ושלישית, הצורך ליתן משקל מסוים, גם אם קל בלבד, לנסיבותיו האישיות של המערער. במה דברים אמורים.

מחלת האיידס (Acquired Immunodeficiency Syndrome) – סופנית או כרונית?

3. כמו בעבר כך גם כיום, המידע הרפואי הקיים בנוגע למחלת האיידס מצביע על כך שמדובר במחלה קשה ביותר, ודומה כי על כך לא יכול להיות חולק. מדובר במחלה הגוזרת על קורבנותיה סבל, יסורים וקשיים רבים, אשר בכללם טיפולים קשים וממושכים, צורך להתמודד עם תופעות לוואי פיזיות ונפשיות ופגיעה באיכות החיים ובמהלך החיים התקין והטבעי. בכל אלו, אין כמובן להקל ראש. לצד זאת, מהמידע כפי שהובא בפנינו על-ידי המערער ועל-ידי הוועד למלחמה באיידס, אשר ביקש להצטרף לערעור, עולה כי במהלך השנים ובפרט בעשור האחרון חל שינוי בהתייחסות העולמית למחלה ובהתמודדות עמה, עד שכיום אין מקובל עוד לראותה כמחלה סופנית וחשוכת-מרפא, כפי שהיה מקובל בעבר, אלא כמחלה כרונית. לטענתם, על אף

הסיכונים הכרוכים במחלה זו, על אף הקשיים שהיא מסבה לסובלים ממנה ועל אף הפגיעה באיכות החיים הנובעת מן ההידבקות בנגיף, באמצעות טיפול ומעקב נכונים ומתאימים – ולמצער במדינות שבהן יש נגישות לשירותים רפואיים ולטיפול התרופתי המשולב ("הקוקטייל") הקיים כיום – ניתן כיום להגיע לתוחלת חיים דומה לזו של רוב האוכלוסייה ואף לאיכות חיים תקינה. בהקשר זה ולצורך ההכרעה בערעור נגד העונש, בדומה לשופט לוי מוכנה אף אני להניח כי אלו הם אכן פני הדברים. ואולם, בשונה מחברי, סבורה אני כי אם אכן כך הוא, ראוי שתהיה לכך השפעה כלשהי, ולו קלה, על גזירת הדין. זאת, היות ומעיון בגזר דינו של בית המשפט המחוזי קשה שלא להתרשם כי אחת הסיבות שהביאו אותו להשית על המערער עונש כה חמור בגין העבירות הנוגעות להפצת המחלה, הינה תפיסתו את מחלת האיידס כמחלה סופנית וחשוכת-מרפא, ומכל מקום, כי תפיסה זו עמדה ביסוד בחינתו את הדברים. כך, ציין בית המשפט כי המערער הפך את משובת-נעוריהן של המתלוננות לגזר דין מוות (עמ' 11 לגזר הדין) וכי "המדובר בגרימת הנזק האולטימטיבי – גזר-דין מוות. מוות איטי, מושהה, תוך סבל וייסורים" (עמ' 13 לגזר הדין). מסר באותה רוח עולה גם מהמלצת בית המשפט למחוקק במסגרת גזר הדין לשנות את המצב המשפטי בנושא ולקבוע עבירות מיוחדות להדבקה באיידס, תוך שציין כי "טוב היה עושה המחוקק אם היה נותן דעתו על תיקון החוק - בין אם ברוח המגמה הקיימת בארה"ב, המגדירה עבירה זו כניסיון רצח, או אפילו כמעשה רצח אם הקורבן נפטר מן המחלה; ובין אם בקביעתה כפשע חמור שלצידו שנות מאסר ממושכות" (עמ' 14 לגזר הדין).

כאמור, מבלי להקל ראש בחומרת מחלת האיידס, בהשלכותיה הקשות על הסובלים ממנה ובאנטי-חברתיות הברורה והמובהקת הנובעת ממעשיו של אדם הגורם במזיד להדבקתם של אחרים בה, אני סבורה כי משנמצא כי התפיסה עליה נסמך בית המשפט לעניין חומרת המחלה אינה מדויקת עוד בימינו אנו – וזאת לכל הפחות בהקשרנו אנו – יש קושי בהותרת העונש שהושת על המערער כפי שהוא.

היחס בין עונשו של המערער לרף הענישה המקובל בפסיקה

4. שיקול נוסף להקלה מסוימת בעונשו של המערער, כפי שנטען בהרחבה על-ידי באות-כוחו, עניינו ביחס בין העונש שהושת עליו בגין האישומים השונים לפי סעיף 218 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק) (אישומים מספר שלוש, ארבע וחמש) לרף הענישה שנקבע בהתייחס לעבירה זו בפסיקה עד כה. בהיבט זה יש לומר כי הגם שלשמחתנו לא רבים הם המקרים שהובאו להכרעת בתי המשפט

בגין ביצועה של עבירה זו בנסיבות דומות, נראה כי הפסיקה הקיימת משקפת ענישה מקלה בהרבה מזו שהושתה על המערער, ובכך יש לטעמי קושי.

המקרה הדומה ביותר בנסיבותיו למקרה שלפנינו נדון בעניין פלנטיה. באותו עניין, הורשע אדם בעבירה לפי סעיף 218 לחוק העונשין לאחר שנקבע כי הדביק באידס קטינה (בת מעט פחות מגיל 16) שעמה קיים יחסי מין, וזאת על אף שידע כי הוא חולה במחלה ותוך שבמזיד לא יידע על כך את הקטינה ולא נקט באמצעי זהירות בעת קיום יחסי המין עמה. ואולם, הדמיון הרב בין מקרה זה לענייננו לא משתקף כלל בעונשים שהוטלו בכל אחד מן המקרים. כך, בעוד שעל המערער בענייננו הוטל עונש של 7 שנות מאסר בפועל בגין כל אחד מן המקרים שבהם גרם להדבקה במחלה, וביחד-עונש של 14 שנות מאסר בפועל, בעניין פלנטיה הושת על הנאשם עונש מאסר בפועל של 30 חודשים בלבד (וראו: ע"פ (באר-שבע) 560/96 פלנטיה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 26.11.1997)). הגם שבשונה מבענייננו, בעניין פלנטיה דובר במקרה בודד ויחיד של הדבקה במחלה, נסיבותיו של אותו מקרה היו גם הן חמורות ביותר, בפרט לאור העובדה כי כמו המערער, כך גם הנאשם שם לא יידע את הקטינה על דבר מחלתו במזיד ולא נקט כל אמצעי הגנה בעת קיום יחסי המין עימה. בנסיבות אלו, דומני כי קשה למצוא טעם ענייני מניח את הדעת להבדל הניכר בענישה שהושתה בכל אחד משני המקרים.

התייחסות מקלה לעבירה עולה באופן עקיף גם מפסק הדין שניתן בעניין פלוני, הגם שנסיבותיו של מקרה זה היו שונות ביותר מאלו שבענייננו. באותו מקרה, הורשע בעבירה לפי סעיף 218 רישא לחוק, היינו- בחלופה המסתפקת ביסוד נפשי של רשלנות, אדם שהיה חולה במחלת הזיבה ואשר כתוצאה ממעשה מגונה שביצע במתלוננת, גרם להידבקותה במחלה. בית המשפט המחוזי הטיל עליו עונש של 7 שנות מאסר, מתוכן 5 לריצוי בפועל והיתרה לריצוי על-תנאי. בשלב הערעור, נקבע כי נותר ספק באשר להתקיימותו של היסוד הנפשי הנדרש בסעיף 218 לחוק והנאשם זוכה מהרשעתו בעבירה זו וכן הורשע בחלופה חמורה פחות של מעשה מגונה מזו שבה הורשע לכתחילה. חרף זאת, ההקלה בעונש באותו מקרה היתה קלה ביותר: כך, במקום עונש של 5 שנות מאסר בפועל, המהווים 60 חודשי מאסר, נקבע כי הוא ירצה עונש של 56 חודשי מאסר בפועל בלבד (ע"פ 1538/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 590, 605-606 (2003)). מכאן, נראה כי ניתן להסיק כי לכתחילה לא היתה העבירה שבענייננו בעלת משקל נכבד לעניין העונש.

במקרה נוסף, נדון עניינו של אדם נשא איידס וחולה בצהבת זיהומית אשר ניסה לשדוד מעוברת אורח את תיקה ותוך כדי כך נשך ופצע אותה אך לא גרם להדבקה בפועל. הנאשם באותו מקרה הורשע בעבירות של ניסיון שוד, תקיפה הגורמת חבלה של ממש, עשיית מעשה העלול להפיץ מחלה, הפרת הוראה חוקית ואיומים, והוטל עליו עונש כולל של 30 חודשי מאסר בפועל (ת"פ (באר-שבע) 8271/05 מדינת ישראל נ' זלינצ'וק (לא פורסם, 19.2.2006)). מקרה זה הוא כמובן שונה ביותר מענייננו, ואולם ראוי בכל זאת להזכיר כי בגין הרשעתו של המערער דנן באישום שעסק במתלוננת ג.י. – אשר לא נדבקה בפועל באיידס – הושת עליו כאמור עונש של 5 שנות מאסר בפועל.

לבסוף, בפרשה נוספת נדון לאחרונה עניינו של רופא מתמחה הנושא נגיף של צהבת זיהומית מסוג Hepatitis C, אשר נהג להזריק לעצמו מנות סם במהלך משמרותיו בבית החולים וגרם להדבקתם של 25 אנשים בצהבת זיהומית לאחר שדמו הנגוע במחלה בא במגע עם דמם. הנאשם באותו מקרה הורשע ב-25 עבירות של חבלה חמורה, בעבירה של עשיית מעשה העלול להפיץ מחלה, וכן בעבירות של גניבה בידי עובד, מרמה והפרת אמונים בתאגיד, מעשה פזיזות ורשלנות, הדחה בחקירה, הפרת הוראה חוקית וכן החזקה ושימוש בסם לצריכה עצמית. במסגרת גזר הדין התייחס בית המשפט באותו מקרה לנסיבות השונות לחומרה המאפיינות את הפרשה, ובהן חומרת המעשים כשלעצמם, המספר הגדול של נפגעים, הפגיעה שנגרמה כתוצאה מן המעשים לאמון הציבור ברופאים ובממסד הרפואי וכן העובדה כי הנאשם הפר את חובותיו כרופא. בסיכומו של דבר, הטיל עליו בית המשפט המחוזי, בגין מכלול העבירות בהן הורשע, עונש מאסר בפועל למשך 12 שנים (ת"פ (באר-שבע) 8225/03 מדינת ישראל נ' פונטוט (טרם פורסם, 28.2.2008); יצוין, כי ערעור שהגיש הנאשם על הכרעת הדין ועל גזר הדין תלוי ועומד בפני בית משפט זה וטרם נדון). חרף השוני הברור בין מקרה זה לעניינו של המערער דנן, דומני כי גם כאן הפער המשמעותי בענישה הינו לכל הפחות מעורר קושי.

5. כאמור, המקרים בהם נדונה העבירה האמורה בפסיקתנו בנסיבות דומות אינם רבים, כל אחד ואחד מהם שונה ומובחן מן המקרה שלפנינו, וממילא לא ניתן גם להצביע על מדיניות ענישה ברורה שהתגבשה בפסיקה בהתייחס לעבירה זו. יחד עם זאת, אין לשכוח כי גם בהעדר מדיניות ברורה כאמור, ישנה חשיבות רבה לשמירה על רף ענישה אחיד ושיוויוני וככלל, בהעדר שיקולים כבדי משקל המצדיקים סטייה מעיקרון אחדות הענישה מטעמים של צדק ואינטרס ציבורי, אין הצדקה לקיומם של פערים ניכרים בין מקרים דומים: "עיקרון אחדות הענישה הוא כלל חשוב הבא למנוע

קיום הפלייה בין שווים או דומים, למען עשיית צדק עם נאשמים, ולצורך שמירת אימון הציבור בהליך הפלילי" (ע"פ 9792/06 חמוד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 1.4.2007)).

בסיכומו של דבר, לא ניתן להתעלם מן העובדה כי בכל אחד מן המקרים שהובאו, ולכולם היבטים שונים לחומרה, העונשים שהוטלו היו קלים בהרבה, פי כמה וכמה, מן העונש שנגזר על המערער בענייננו. גם בהתחשב בחומרתו הברורה של המקרה דנן ובהבדלים בינו לבין יתר המקרים, פערים אלו מעוררים לטעמי קושי. אף בהיבט זה סבורה אני אפוא כי גזר הדין החמיר עם המערער יתר על המידה.

נסיבותיו האישיות של המערער

6. לבסוף, אני סבורה כי ראוי היה ליתן משקל-מה אף לנסיבותיו האישיות של המערער. כידוע, נסיבותיו האישיות של נאשם הינן רק גורם אחד מתוך מכלול הגורמים הצריכים לעניין לעת גזירת העונש. המשקל היחסי שיוענק לגורם זה משתנה ממקרה למקרה ומושפע בין היתר מחומרת העבירה, מאופייה ומתוצאותיה. יחד עם זאת, ככלל מקובל לומר כי כל עוד אין מדובר באישום הקובע עונש חובה, הרי ש"הנסיבות האישיות של נאשם – לרבות אופיו והתנהגותו הכללית והסיכון שיעבור עבירות נוספות – הן לעולם שיקול רלוואנטי בקביעת מידת העונש" (ע"פ 344/81 מדינת ישראל נ' סגל, פ"ד לה(4) 313, 318 (1981), להלן: עניין סגל). אני סבורה כי המקרה שלפנינו מצדיק סטייה מכלל זה.

7. מגזר דינו של בית המשפט המחוזי עולה אמנם כי הוא נכון היה ליתן משקל לעניין זה, ואולם בסיכומו של דבר ציין בית המשפט בהקשר זה כי: "יגענו וניסינו למצוא, ולו קרן אור אחת באפלת חייו של הנאשם (המערער כאן - ע.א.). יגענו - ולא מצאנו" (עמ' 14 לגזר הדין). עמדתי בעניין זה שונה ואני סבורה כי חרף החומרה הבוטה העולה ממעשי המערער, היה מקום להתחשב במידת-מה לקולה בנסיבות חייו.

כזכור, המערער נולד, גדל והתחנך בגאנה, בה – בדומה למדינות אחרות באפריקה – לא התקיימה במשך שנים הסברה ממוסדת על מחלת האיידס, על דרכי ההימנעות ממנה ועל חשיבות השימוש באמצעי מניעה (וראו בהקשר זה: נתוני משרד הבריאות של גאנה משנת 2001, בדו"ח: "HIV/AIDS in Ghana: Background, Projections, Impacts, Interventions and Policy" ([http://hivaidsclearinghouse.unesco.org/ev\\_en.php?ID=1967\\_201&ID2=DO\\_TOPIC](http://hivaidsclearinghouse.unesco.org/ev_en.php?ID=1967_201&ID2=DO_TOPIC))). אף במבט רחב יותר ראוי לציין כי כידוע, אחוז התחלואה במחלת האיידס במדינות

אפריקה, ובכלל זאת בגאנה, הינו גבוה באופן משמעותי מזה הקיים בעולם המערבי (וראו בנושא זה את הנתונים העדכניים המפורסמים על-ידי ארגון הבריאות העולמי (WHO) בשיתוף תוכנית האיידס של ארגון האו"מ (UNAIDS) : <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2007/pr61/en/index.html> , וכן : [http://data.unaids.org/pub/Report/2008/jc1526\\_epibriefs\\_ssafrica\\_en.pdf](http://data.unaids.org/pub/Report/2008/jc1526_epibriefs_ssafrica_en.pdf)), ונראה כי אין זה שנוי במחלוקת כי ביסוד הדבר עומדים, בין היתר, הבדלים בתפיסות חברתיות, תרבותיות ורפואיות, המשליכות גם על ההתייחסות למחלה ועל אופן ההתמודדות עמה. עוד יש להזכיר כי בהגיעו לארץ היה המערער, כשהוא עודנו בחור צעיר וחסר השכלה, במעמד של עובר זר ובלתי-חוקי – על הקשיים הכרוכים בכך (והשוו: עע"מ 1347/07 גורונג נ' משרד הפנים (טרם פורסם, 21.6.2007)) – ונראה כי יש בסיס להנחה כי גם כאן, נגישותו להסברה ומידע בנושאים האמורים היתה פחותה ומצומצמת מזו של האוכלוסייה הכללית. הדעת נותנת כי כל אלו יחד היו בעלי השפעה על תפיסתו, תודעתו והתנהגותו של המערער, והגם שמקובלת עלי עמדתו של השופט לוי כי לא היה בכוחם להשפיע על עצם הרשעתו בעבירות שבהן הורשע, ראוי היה לטעמי ליתן להם משקל-מה בגזירת הדין, גם אם משקל מוגבל.

8. לבסוף, לא שוכנעתי גם כי היה מקום לשלול באופן מוחלט וגורף כל התחשבות במצבו הבריאותי של המערער ובעובדת היותו חולה איידס, אך בשל הקביעה כי פעל במזיד להדבקתם של אחרים במחלה. כמו במקרים אחרים בהם מובא בחשבון מצבו הבריאותי של נאשם, סבורני כי גם בענייננו, מצבו הבריאותי של המערער והקשיים הרבים הנגזרים מכך, בפרט במסגרת הכלא, צריך היה לקבל משקל מסוים, גם אם מצומצם, כנתון לקולה בעת גזירת הדין.

סוף דבר

9. בהתאם לקביעותיו של בית המשפט המחוזי – אשר כחברי, השופט לוי, גם אני לא ראיתי להתערב בהן – לאורך תקופה ארוכה התעלם המערער מחשש ממשי שהתקיים בקרבו לפיו הוא נושא את נגיף מחלת האיידס, וכך, במשך קרוב לארבע שנים, לא פנה לבדוק האם נדבק במחלה ובה בעת המשיך לקיים יחסי מין עם נשים ללא שימוש באמצעי הגנה ומבלי שהביא לידיעתן את האפשרות כי הוא נושא את הנגיף. ואם בכך לא די, הרי שאף לאחר שהמערער אובחן באופן רשמי כחולה איידס, הוא המשיך בקיום יחסי מין לא מוגנים ולא טרח להביא לידיעת בנות זוגו את עובדת מחלתו. כתוצאה מהתנהגות זו ומהחלטתו של המערער להמשיך ולפעול לסיפוק יצריו תוך התעלמות מהסכנה הכרוכה בכך, גרם המערער להידבקותן של שתי נשים לפחות

במחלת האיידס, ואך במזל לא הודבקה על-ידו אישה נוספת. נופך נוסף לחומרת הפרשה עניינו בכך שלצד התנהגות זו בוצעה על-ידי המערער עבירה של אינוס וכן עבירות נוספות של תקיפה ואיומים, אשר הופנו כולן כלפי נשים עימן קיים קשר מיני.

10. כפי שציינתי בראשית דבריי, יישומם הלכה למעשה של הכללים והשיקולים הרלוונטיים לגזירת הדין, הגם שהם כולם ידועים ומוכרים, לעולם אינו פשוט. על הקושי והמורכבות הטבועים במלאכת הענישה עמד השופט (כתוארו אז) מ' אלון בפרשה קודמת:

”מדידת מידת העונש קשה היא לשופט כקריעת ים סוף. משבא הוא לשקול, אם להרשיע או לזכות, מצויים בידו עקרונות וכללים, פרטי דינים ודקדוקי דקדוקים של תלי תלים של הלכות, שאותם הוא מיישם לעניין המסוים שלפניו. לא כן משסיים מלאכה זו, ועלה בידו, שיש להרשיע את הנאשם. המחוקק מסר בידו מידת עונש – במיוחד כשמדובר בעונש מאסר – שיש לה שיעור למעלה ואין לה שיעור כל שהוא למטה (פרט למקרים יוצאים מן הכלל); ובמסורת הפסיקה נקבעו כללים כלליים בדבר אופיה של העבירה, טיבו של העבריין ושלומו של הציבור. כל אלה יפים הם לעיון ולדיון, אך קשים הם ביותר ליישםם להלכה ולמעשה, שהרי מעצם טיבם ומהותם אין בהם כדי לכוון את דעתו והכרעתו של השופט אלא בצורה כללית ביותר. ואם אמנם מציאות זו של הכוונה כללית וסתמית לשופט בהטלת העונש קשה היא לו, הרי חיונית והכרחית היא לעצם מלאכת הענישה: באה היא ללמדך, שכל מקרה ומקרה צריך להיות נדון לגופה של העבירה ולגופו של העבריין, והכללים שבדרכי ענישה אינם אלא בבחינת נקודות מוצא בלבד” (עניין סגל, בעמ' 321-322).

מעשיו של המערער חמורים הם ביותר והפגיעה שהסבו למתלוננות קשה וכואבת – קשה וכואבת עד מאוד. המעשים ראויים לגינוי ברור וחד-משמעי ובהתאם לכך מחייבים ענישה מחמירה, שיהיה בה כדי לגמול למערער על מעשיו ועל הנזק שהסבו, למנוע ממנו לבצע מעשים דומים בעתיד, להרתיע אחרים מללכת בדרכו, ואף מעבר לכך, להעביר לציבור מסר המדגיש את החשיבות הטמונה בהתנהלות מינית אחראית ומתחשבת בזולת, ואת ההשלכות הקשות שעשויות להיות לחריגה מנורמת ההתנהגות הראויה בהקשר זה. בהיבטים אלו כולם, ברי כי אין בכל האמור לעיל כדי להצדיק את המערער או את התנהגותו הנלווה, ואין בו אף כדי להוות נקודות כלשהן “לזכותו” של המערער. יחד עם זאת, בנסיבות העניין אני סבורה כאמור כי באיזון בין מכלול השיקולים הצריכים לעניין ראוי היה ליתן את הדעת אף לשלושת השיקולים שתוארו, ובפרט לרף הענישה שננקט בפסיקה במקרים קודמים, ומכאן שגם היה מקום



ליתן להם ביטוי בקביעת העונש הראוי למערער על מעשיו. משהדבר לא נעשה, מצאתי כי יש להיעתר במידת-מה לערעורו על חומרת העונש שהושט עליו.

אשר על כן, אם דעתי תישמע, לצד דחיית ערעורו של המערער על הרשעתו, ניעתר במידת-מה לערעורו לעניין העונש ונעמיד את עונשו על 22 שנות מאסר בפועל בלבד, במקום עונש המאסר שהשית עליו בית המשפט המחוזי.

## שׁוֹפֵט ת

השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף לדעתו ולהנמקתו של חברי, אב בית הדין, השופט א' א' לוי בדחיית הערעור על ההרשעה.

ב"כ המערער מהסנגוריה הציבורית, עו"ד ד"ר חגית לרנאו ועו"ד קרן מכלוף, עשו המירב האפשרי על מנת לנסות ולקעקע חלק מההרשעות. לצורך זה הן ביקשו להציג, בין השאר, גישות חדשניות לגבי המצב הנפשי הידוע כ"עצימת עיניים", בהתבסס על מאמרה של ד"ר שפירא-אטינגר: "עצימת עיניים – סיפור על שועלים ועל יענים" 1997 שאוה 652 (עורכים: אהרון ברק ודניאל פרידמן, תשס"ו). דא עקא שהתשתית העובדתית במקרה שלפנינו, כפי שהובאה בפסק דינו של חברי השופט א' א' לוי – איננה מאפשרת, וממילא איננה מצדיקה כאן, בחינה של התיאוריה המעניינת של ד"ר שפירא-אטינגר, הראויה אולי לשקילה ולתשומת לב בסיטואציה (מוכחת) אחרת.

2. פה המקום לציין כי גם סקירה של משפט משווה העלתה שהפסיקה והספרות הזרה נקטו, בסיטואציות קרובות, דרך ניתוח דומה. ראו: *R v Dica* [2004] EWCA Crim 1103; [2004] 3 ALL E.R. 593 CA (בית המשפט לערעורים באנגליה) ולסיוג שלה: *R v B* [2006] EWCA Crim 2945 (בית המשפט לערעורים באנגליה); *R v Mwai* [1995] 3 NZLR 149 (בית המשפט לערעורים בניו זילנד); *R v Cuerrier* [1998] 27 NZLR 149 (בית המשפט העליון בקנדה); עיינו גם: PROF. JOHN SPENCER, LIABILITY FOR RECKLESS INFECTION, *New Law Journal* (12 March 2004, 26 March 2004), שם הוא מסכם עמדתו כך:

"To infect an unsuspecting person with a grave disease you know you have, or may have, by behaviour that you know involves a risk of transmission, and that you

know you could easily modify to reduce or eliminate the risk, is to harm another in way that is both needless and callous. For that reason, criminal liability is justified unless there are strong countervailing reasons. In my view there are not".

3. כאשר לערעור על העונש מצרף אני את קולי לחוות דעתה של חברתי השופטת ע' ארבל, מטעמיה – ומשיקולים נוספים, אשר בשל חשיבותם אפרטם בקצרה להלן.

(א) בית המשפט הנכבד קמא דימה את מחלתו של המערער (HIV/איידס), בה הדביק את בנות זוגו – כסופנית; אגב כך הוא קבע כי הנאשם זרע מוות, שכן "במקרה שלפנינו המדובר בגרימת הנזק האולטימטיבי – גזר דין מוות. מוות איטי, מושהה, תוך סבל ויסורים" (סעיף 15 לגזר הדין).

בתיאור זה של משמעות החיים לגבי החולים ב-HIV / איידס – נגרמה בפועל פגיעה לא מוצדקת באוכלוסיית הנדבקים (לרבות המתלוננות), הסובלים ממילא די והותר ממחלתם ובית המשפט הנכבד קמא הביע דעה בנושא זה, בניגוד, להערכות המומחים העוסקים בתחום. אלה סבורים כי מי שנוטלים עתה את תרופות ה"קוקטייל" (HAART) יכולים לחיות עם הנגיף שנים רבות ולהגיע לתוחלת חיים דומה לזו של רוב האוכלוסייה. אין כל ספק שבית המשפט הנכבד קמא התכוון לטוב בדבריו וביקש – באמצעות אמירה קשה וחד-משמעית – לשים חוצץ בין נשאי האיידס לבין קורבנות עתידיים של הדבקה. אולם, הרטוריקה היתה, בכל הכבוד, שגויה, שהרי בדברי ההנמקה שהציג – פעל בית המשפט בסתירה לגישות המקצועיות העדכניות הנ"ל, הרואות גם בשינוי היחס החברתי כלפי האיידס וב"ריכוך" הפחדים מפני המחלה, שלב הכרחי למודעות בצורך להיבדק ובצורך להימנע מיחסי מין בלתי מוגנים במקרים המתאימים. לעניין זה יש להפנות לדבריו של עד התביעה, ד"ר זוהר מור, מ"מ מנהל המחלקה לשחפת ואיידס במשרד הבריאות בעת המשפט (ראו, למשל, שם בעמוד 213 לפרוטוקול הדיון מתאריך 9/6/04).

נוכח הערות אלו נדמה כי בית המשפט הנכבד קמא, אשר בא לברך (ברצונו להצטרף למאמץ למנוע הדבקה עתידית) נמצא מחזק, שלא בטובתו, מגמה של סטיגמטיזציה ודה-הומניזציה של מחלת האיידס. לפיכך השיקול של העמדת דברים על מכונם והמסר הציבורי הנדרש, מצדיקים הפחתה מסוימת בעונש המצטבר שהושת על המערער.

(ב) אף האמירה בגזר הדין (שם בפסקה 17) הקוראת כך: "יגענו וניסינו למצוא, ולו קרן אור אחת באפלת חייו של הנאשם. יגענו – ולא מצאנו" – קשה היא.

על התנסחויות מעין אלה כתב כבר ההוגה וולאן בארת בספרו הידוע מיתולוגיות (הוצאת כבל, 1998) את ביקורתו החריפה במאמרו – דומיניסי או ניצחונה של הספרות (שם, בעמ' 64-68). ממסה זו נביא רק שני קטעים קצרים:

"כל משפטו של דומיניסי התחיל סביב תפיסה מסוימת של הפסיכולוגיה, שמתגלה, כאילו במקרה, גם בזו של הספרות שחושבת נכון...  
האם זוהי אכן הפסיכולוגיה שלו (של דומיניסי הזקן – תוספת שלי – ח"מ)? אין יודעים על כך דבר. אך יכולים אנו להיות בטוחים שזוהי הפסיכולוגיה של אב-בית-הדין, או של התובע הכללי. שתי דרכי החשיבה הללו, זו של הזקן הכפרי מהאלפים (של דומיניסי הזקן – ח"מ) וזו של צוות המשפטנים – האם הן פועלות לפי אותה המכניקה? אין זה בטוח כלל..."

ואמנם, בכל הכבוד - אין בנמצא אדם, באשר הוא אדם, שאין למצוא בו ולו נקודת זכות כלשהי.

(ג) עמדתה של המתלוננת ל.ע, אשר התובע במשפט הגדירה כ"אצילת נפש" בהפגינה סלחנות כלפי הנאשם, על אף כל מה שעולל לה – מוכיחה כי ניתן לעיתים לגלות מידת-מה של הבנה ומתינות אף ביחס לעבריין הפוגע. להתחשבות בתפיסותיה של ל.ע בהקשר זה יש אף ביסוס משפטי נוכח המעמד שהוקנה לנפגע-עבירה בחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001. ואכן ל.ע מגלמת, כאמור בגזר-הדין, "מקרה נדיר של גיבורה של סיפור חסידי ממש... בהרגשתה ככלואה יחד עם (הנאשם – ח"מ) במעגל המנודים" (שם בעמוד 9 לגזר הדין). יעמדו נא איפוא זכותה של ל.ע והחסד והרחמים שהיא היתה מוכנה להשפיע על המערער – כשיקולים המאפשרים הקלה נוספת מסוימת בעונשו.

4. לסיכום, על אף שבצדק מתבקש כאן עונש מצטבר, שכן כל מתלוננת כשלעצמה היא בבחינת עולם ומלואו – מצטרף אני, כאמור, לתוצאה בדבר קבלה חלקית של הערעור ביחס לחומרת העונש, כמפורט בפסק דינה של חברתי, השופטת ע' ארבל. מטעמיה ונוכח דברי בפסקה 3 שלעיל יש מקום, לדעתי, להפחית שלוש שנים מהעונש המצטבר של 25 שנה לריצוי בפועל שהושת על המערער (שנה אחת בגין עבירת האינוס

שהורשע בה ושנה אחת בגין כל אחת משתי העבירות בהן הורשע מכוח סעיף 218 סיפא לחוק העונשין, התשל"ז – 1977, בגדרן הוטל עליו העונש המירבי).

ש ו פ ט

הוחלט אפוא לדחות את הערעור כנגד הרשעת המערער. מאידך, מתקבל הערעור כנגד העונש ברוב דעות, ותקופת המאסר בה ישא המערער בפועל תהיה של 22 שנות מאסר.

ניתן היום, כ' בסיוון התשס"ח (23.6.08).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט