

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 401/99

בפני: כבוד השופט י' קדמי
כבוד השופט י' זמיר
כבוד השופט מ' אילן

המערער: עאמר מצארוזה

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

בשם המערער: עו"ד אבו-פול ריאד

ערעור על פסק דין בית המשפט המחוזי
בחיפה מיום 21.12.98 בת.פ. 142/96
שניתן על ידי כבוד השופטים: ח' פיזם;
י' גריל; ש' וסרקרוג

תאריך הישיבה: ב' באייר תשנ"ט (18.4.99)

בשם המערער: עו"ד ריאד אבו-פול

בשם המשיבה: עו"ד תמר בורנשטיין

פסק-דין

השופט מ' אילן:

המערער נמצא אשם בבית המשפט המחוזי בחיפה, בעבירות של ניסיון לאינוס, לפי סעיף 345(א)(1) + 345(ב)(3) + סעיף 25 לחוק עונשין, תשל"ז1977-, וכן בעבירת מעשה מגונה בכוח לפי סעיף 348(ב), בנסיבות האמורות בסעיף 345(ב)(3) לחוק העונשין.

הוא מערער הן על ההרשעה, הן על עונש המאסר והן על הפיצוי שחויב לשלם למתלוננת. בכתב הערעור, חזר סנגורו על כל הטענות שהעלה לפני בית משפט קמא.

הערעור על ההרשעה מכון רק לגבי עבירת הניסיון לאינוס.

הערעור על ההרשעה:

עובדות שלא היו שנויות במחלוקת בבית משפט קמא הן: שהמערער הסיע את המתלוננת במכוניתו בכביש שלייד מחנה 80 בואך חדרה. סטה מן הדרך לדרך צדדית, ופנה אל המתלוננת והביע את רצונו לקיים עמה יחסי מין. היא התנגדה, והוא ניסה לחבק אותה ולגעת בה בחלקי גופה השונים. היא הצליחה לצאת מן המכונית, ותוך כדי פעולה זו נקרעו תחתוניה והוסרו ממנה. הייתה מחלוקת אם הנאשם הסיר אותם ותוך כדי כך גם קרע אותם, או שמא נקרעו תוך כדי יציאתה מהמכונית. אין מחלוקת שהמערער רדף אחרי המתלוננת, לאחר שיצאה מן המכונית והתפתח ביניהם מאבק. תוך כדי המאבק נקרעה שמלתה של המתלוננת, והמתלוננת, שהיא אתלטית במקצועה, הצליחה להכות את המערער.

כך תאר המערער את האירוע במשטרה, ביום 7.8.96, יום לאחר האירוע (מוצג ת/8 בבית משפט

קמא):

"ואמרתי לבחורה שאני רוצה לדיין אותה ושמתי את היד שלי על הרגליים שלה ורציתי להוריד תחתונים שלה, ואני הורדתי את התחתונים שלה והיא ברחו מהאוטו. אני קרעתי את התחתון וזרקתי אותו החוצה, יצאתי מהאוטו, רצתי אחריה, רציתי לתפוס אותה, קרעתי את (השמלה) חולצה מאחורה, אני דחפתי אותה מאחור עם היד שלי, היא נפלה וגם אני נפלתי בצד ממנה והאישה נתנה לי כ-6 אגרופים בפנים שלי וגם בבטן, וגם אני נתתי לה מכות פעמיים בפנים שלה, שתפסיק להרביץ לי..."

בסופו של דבר, המערער קם, נכנס למכוניתו ועזב את המקום. המתלוננת גם היא ברחו מהמקום, אך לא לפני שרשמה את מספר המכונית. עוד אין מחלוקת שהמערער התייצב מעצמו במשטרה, למחרת האירוע (7.8.96), אחרי שהמשטרה הייתה במקום האירוע, עם המתלוננת, שיחזרה את הארוע, וכבר חיפשה בסביבה את בעל המכונית עם המספר שנמסר לה על ידי המתלוננת.

גרסתו של המערער בבית המשפט המחוזי הייתה שמדובר בטעות במצב דברים. לדבריו, כאשר ראה את המתלוננת ממתינה (בתחנת אוטובוס) לצד הדרך חשבה לזונה, מפני שיש בסביבה זאת זונות. לכן, לדבריו, אסף אותה במכוניתו כדי ליהנות משירותיה כיצאנית. כשהתבררה לו הטעות הוא רצה רק לחבק ולגפף אותה. כוונתו הייתה להסתפק בזה.

בית המשפט המחוזי דחה את הגרסה הזאת, והעדיף את עדותה של המתלוננת. בית המשפט

המחוזי ציין כי:

"לא שוכנעתי כאילו היתה טעות כנה מצד הנאשם. כעולה מחקירתו הנגדית, הנאשם כלל לא בירר עם המתלוננת מה הסכום שהיא דורשת בגין קיום היחסים והרי הדבר התבקש, אם באמת סבר שעיסוקה בזנות, ואין לקבל טענתו כאילו: 'חשבתי שהיא תגיד לי בסוף כמה כסף' (עמ' 30). עוד טען הנאשם בעדותו שבכיסו היו 50 ש"ח, ולא היתה לנאשם תשובה לשאלה כיצד היה משלם לה, אילו היתה דורשת יותר (עמ' 30 שורות 15-18)".
(עמ' 7 להכרעת דין).

הסנגור המלומד מבקש להתערב בהכרעת הדין ולבטלה מפני שלדעתו לא היה מקום לדחות את גרסת המערער. לטענתו בית משפט קמא לא לקח בחשבון שהאמרות נגבו במשטרה באמצעות מתורגמן, וששליטתו של המערער בעברית דלה. טענה זאת אני מציע לחבריי לדחות. בית משפט קמא התייחס לנקודה זו, וציין כי, **"הנאשם אישר שהוא למד 12 שנים בבית הספר, ושולומדים בבית הספר גם עברית"** (עמ' 5 להכרעתה דין). הוא חוזר על דברים אלו גם בעמ' 10 להכרעת הדין ומוסיף כי במהלך חקירתו של הנאשם במשטרה **"נכח אדם נוסף שתרגם, ושמו חוסני"** ולכן הוא דוחה את ניסיונו של המערער להתנער מהודעותיו במשטרה.

לצד טענות אלה, טען הסנגור, בבית משפט קמא, וגם בכתב הערעור כי היה על בית המשפט לזכות את המערער מהעבירה של ניסיון לאונס משני טעמים: **הטעם הראשון** הוא, שלא הוכחה כוונה ממשית לביצוע אונס; **והטעם השני** הוא החזרה הרצונית שלו מהמשך מגע פיזי עם המתלוננת. אעיר מיד כי שתי טענות אלו אינן עולות בקנה אחד. הן סותרות זו את זו. אדם המבקש "פטור עקב חרטה" לפי סעיף 28 לחוק העונשין תשל"ז 1977 (להלן החוק) צריך להעלות בעדותו גרסה עובדתית ברורה בדבר כוונה שהיתה לו בשלב כלשהו ובדבר חרטתו וחזרתו בו מן הכוונה האמורה. הוא אינו יכול לטעון טענות חלופיות: "לא התכוונתי ואם התכוונתי התחרטתי".

אף על פי שיכולתי להסתפק באמירה ששתי הטענות אינן יכולות לדור בכפיפה אחת אדון בכל אחת מן הטענות כאילו חברתה לא נטענה.

אשר לטענה שלא התקיימה הכוונה הפלילית הדרושה לעבירת האינסוס:

עבירת האינוס היא עבירה שהמחשבה הפלילית הדרושה בה היא "כוונה ממשית". כמו בכל עבירות הכוונה, היסוד הזה מכיל שני רכיבים, הראשון הוא מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות של גרימת התוצאה האסורה. השני הוא, הרצון לגרום לאותה תוצאה. באשר לרכיב השני, הודה הנאשם בעצמו שהתכוון לקיים יחסי מין עם המתלוננת כך שטענתו מצטמצמת לרכיב הראשון, אשר לגביו הוא טוען שמחמת "טעות במצב דברים" (סעיף 34 יח. לחוק העונשין). לא ידע שהמתלוננת אינה מסכימה לבעילה כי הוא חשבה ליצאנית.

בענין הטעות דחה בית המשפט את גרסת הנאשם, וקבע שאין הוא מאמין לו שהיתה טעות כנה מצדו. למסקנתו זאת הגיע בית המשפט לא רק על יסוד התרשמותו מן העדים, דהיינו מהנאשם מחד והמתלוננת מאידך, אלא גם על יסוד נימוקים שבהגיון. דהיינו, שהנאשם לא בירר מהו סכום האתנן שיידרש לשלם כאשר בכיסו רק 50 ש"ח. כב' השופט גריל שכתב את חוות הדעת העיקרית בתיק נוקט (בע' 7 לפסק הדין) בלשון: "לא שוכנעתי כאילו היתה טעות כנה". לכאורה בזאת לא סגי כדי להרשיע את הנאשם. דיו לנאשם שמתעורר ספק סביר בקשר לקיום הסייג הזה לאחריותו הפלילית, אין הוא צריך לשכנע. כך היתה ההלכה הפסוקה בקשר להגנת טעות בעובדה עובר לחקיקת התקון מס' 39 לחוק העונשין (ראה קדמי על הדן בפלילים (חלק ראשון מהדורת תשנ"ד) 211 והאסמכתאות המובאות שם בהערת שוליים 84, וכן בכרך "עדכון והשלמה" של הספר הנ"ל משנת 1966 בעמ' 90). היום ההלכה הזאת מעוגנת בחוק החרות, בסעיף 34 כב(ב) הקובע לאמור:

"התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג".

אולם מקריאת פסק הדין כולו ברור שלא זו בלבד שבית המשפט לא שוכנע שלא היתה טעות, אלא הוא שוכנע שלא היתה טעות. לא זו בלבד, אלא שאפילו אליבא דנאשם כל הספק הזה בקיומו של הסייג לאחריות יכול להיות נוגע רק לשלב הראשון של האירוע. בעדותו בבית המשפט אמר הנאשם כי כאשר הניח את ידו על כתפה של המתלוננת והיא התנגדה, חזר בו מכוונתו לקיים עמה יחסי מין ורצה רק לחבק ולנשק אותה. לפחות החל מהשלב הזה של הארוע, הנאשם עצמו מודה שהוא ידע שאין הסכמה מצד המתלוננת. לאור קביעתו העובדתית של בית המשפט קמא בדבר המשך נסיונו של המערער לאנוס את המתלוננת גם אחרי שלב זה, ורדיפתו אחריה כאשר ברחו ממכוניתו והמאבק האלים שהיה ביניהם, הרי שהדין בשאלת ה"טעות במצב דברים" הופך לתיאורטי. ואמנם הסיגור המלומד לא התעכב על טענה זו בסכומיו לפנינו, אלא התרכז בטענה של "פטור עקב חרטה" (סעיף 28 לחוק העונשין).

פטור עקב חרטה

טענת הסניגור היא, כי בית המשפט צריך היה לזכות את המערער משום שהוא זכאי ל"פטור עקב חרטה" כאמור בסעיף 28 לחוק העונשין. עובדה שאינה שנויה במחלוקת היא שבשלב מסוים של הארועים חדל הנאשם מן הניסיון, חזר למכוניתו ונסע מן המקום. הסניגור לא מתעלם מכך שהיה מאבק אלים בין הנאשם לבין המתלוננת לפני שחדל מן הניסיון, אך המערער העיד שהוא חזק מן המתלוננת כי הוא עובד עבודה פיזית. לדבריו, אילו רצה יכול היה להמשיך ולרדוף אחריה ולבסוף היה גם מתגבר עליה. משלא עשה כן, אלא חזר למכוניתו ונסע, די בכך, לדעת הסניגור, כדי להעניק לו את הפטור שבסעיף 28 האמור, או לפחות די בכך כדי להעביר את הנטל לשכמה של התביעה להוכיח שלא מתקיימים התנאים שבסעיף 28 הנ"ל.

לדעתי טעות היא בידי הסניגור. אין אני חושב שבכל מקרה שהנאשם מעורר טענת "פטור עקב חרטה" עובר הנטל על שכם התביעה להוכיח העדר התנאים הקבועים בסעיף 28. יש פסיקה ברוח הטענה של הסניגור בקשר לטענת "טעות בעובדה" כנוסחה בסעיף 17 לחוק העונשין לפני התקון 39. (כפי שאראה להלן).

המצב השתנה עם חקיקת התיקון מס' 39 לחוק העונשין.

לדעתי בטענת "פטור עקב חרטה" נטל ההוכחה על הנאשם. נכון כי הנאשם אינו צריך להוכיח מעבר לספק סביר, כי גם במקום שנטל ההוכחה עליו די לו ברמת הוכחה כמו זו הנדרשת מתובע במשפט אזרחי. לדעתי נובע מלשונו של הסעיף שנטל ההוכחה על הנאשם, אך, לפני שאנתח את יסודותיו של הסעיף ראוי לסקור בקצרה את ההתפתחות שהביאה לחקיקתו ומה השוני לעומת המצב שהיה קיים עקב התיקון 39 בחוק העונשין.

הסעיף 33 לחוק העונשין לפני התקון מס' 39 לעומת סעיף 28

33. נסיון - מהו

(א) רואים אדם כמנסה לעבור עבירה, אם הוא מתחיל להוציא את כוונתו אל הפועל במעשה גלוי לעין ובאמצעים מתאימים להגשמתה, אולם אינו מגשים את כוונתו עד כדי עשיית העבירה.

(ב) אין נפקא מינה - זולת לענין העונש - אם עשה העבריין את כל הדרוש מצדו לגמר ביצוע העבירה, או אם גמר הביצוע נמנע על ידי נסיבות שאינן תלויות ברצונו, או שמרצונו חדל מן הביצוע.

(ג) חוסר אפשרות לבצע את העבירה למעשה, מחמת נסיבות שאינן ידועות לעבריו, אינו מעלה ואינו מוריד".

סעיף זה מבוסס על הגישה הנהוגה ב-Common Law, כפי שמוסבר תוך נימה של בקורת בספרם של קרד, קרוס וג'ונס על חוק העונשין:

"Abandonment of attempt

21.78 Although no argument of deterrence, reformation or prevention seems to require the punishment of one who abandons his attempt before he has done any harm, being truly repentant, it was the position at common law that once the accused had committed the actus reus of an attempt with the necessary mens rea he could not escape liability by abandoning the attempt, however genuine and voluntary his repentance. The Act does not change this. Of course, voluntary abandonment may mitigate the sentence imposed. Card, Cross & Jones, Criminal law, Twelfth Edition, p. 511.

ואצלנו פורש הסעיף 33 ללא כל זיקה לשאלת הפסקת בצוע הנסיון עקב חרטה:

הוראות הסעיפים 33(ב) ו- (ג) הנ"ל מלמדות, כי חוסר אפשרות אוביקטיבית לבצע את העבירה, מחמת נסיבות שאינן ידועות לעבריו, אינו מעלה ואינו מוריד; וכי לענין ההרשעה בעבירת הנסיון, די בכך שהמערער "מתחיל להוציא את כוונתו אל הפועל במעשה גלוי לעין ובאמצעים המתאימים להגשמתה".
(ע"פ 966/94 אלי אמזלג נ. מדינת ישראל, תקדין עליון, 95(4) תשנ"ה-תשנ"ו, 183.

אין חשיבות לשאלה מדוע הפסיק הנאשם את הנסיון (מלבד לענין העונש) לאחר שכבר החל לבצע את כוונתו במעשה גלוי ואין בשום מקום רמז לכך שלחרטה יש השלכה כלשהי על ההרשעה (להבדיל מענישה).

בתקון מס' 39 לחוק העונשין הוסף סעיף מיוחד הדין בפטור עקב חרטה וזו לשונו:

"28. פטור עקב חרטה

מי שניסה לעבור עבירה, לא יישא באחריות פלילית לניסיון, אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה".

הסעיף חל על מי שעבר את עבירת הנסיון, אלא שהוא מעניק פטור מאחריות פלילית בהתקיים התנאים האמורים בו.

החידוש הוא כפול: **מחד**, נקבע בסעיף 34 ד' לחוק העונשין עונש זהה לניסיון כמו לעבירה המושלמת "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת". בעוד שבעבר היה העונש מחצית מזה של העובר עבירה מושלמת, כיום עונשו של המנסה השווה לעונשו של מי שביצע את העבירה המושלמת (מלבד הסייג שבסיפא לסעיף). לעומת זאת קובע הסעיף 28 החדש פטור עקב חרטה. נראה כי הדבר נעשה משום שהמשקל הוסט מן התוצאה אל האשם המוסרי. מבחינה מוסרית אין הבדל בין מי שחפצו הפלילי עלה בידו לבין מי שכשל בבצוע המעשה האסור. כפועל יוצא מכך נובע גם **הפן השני** של התיקון, והוא שחרטה העונה על התנאים הקבועים בחוק - מכפרת על האשמה. הביטוי שהמחוקק השתמש בו הוא "**מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה**". מלמד שהחרטה צריכה לבוא מתוך שכנוע פנימי, ולא בגלל איזה קושי חיצוני.

הרציונל שעומד בבסיסו של הפטור מוסבר בדברי ההסבר להצעת החוק 2098 (תשנ"ב) (6.1.92) עמ' 115:

"...חזקה על אדם שלא ישוב עוד לסורו, ואין כל טעם לייסר אותו בייסורים נוספים. אבל כל זאת בשני תנאים: אם המדובר בעבירה של תוצאה והמנסה השלים את האלמנט ההתנהגותי מן הדין שיתרום תרומה של ממש למניעת התוצאה: ועל כל פנים, שבחלק מן העבירה שביצע לא יהיה משום עבירה מושלמת אחרת".
(ראה גם דברי חה"כ יצחק לוי דברי הכנסת, שם בע' 334, וראה גם דברי ההסבר להצעתה של ועדת אגרנט, משפטים ג' תש"מ 202 בעמ' 219).

הפטור למי שחדל מן הניסיון לפני שביצע העבירה הושלם אינו מיוחד למדינתנו, והוא מקובל היום במדינות שונות.

מהותו של הפטור והקפו, שונים ממדינה למדינה כפי שמוסבר יפה במאמרו של ד"ר ל' ארנסט בקטע המובא להלן:

"פטור מכל עונש לחוזר מרצונו מנסיון עבירה נפוץ בארצות רבות. עם זאת מופיע הפטור בואריאציות כה בולטות, שברור כי הוא לא התפשט ממקור אחד, אלא התפתח בארצות שונות לפי מקורות לאומיים.

...

משותף לכל החוקים המתחשבים במידה כלשהי בחזרה מניסיון פלילי הוא התנאי שהחוזר בו עשה כן מרצונו, ולא תחת לחץ של גורם אחר. לא נהנה מהטבות החוקים הנ"ל מי שחוזר בו מזממו משום שהוא או כוונותיו נתגלו, או מי שהוא שכוונתו אינה ניתנת להגשמה. ולא רק גילוי ממש או כשלון ממש של הנסיון שוללים את הזיקה להטבות אלו, אלא אפילו חששו המוטעה של העבריין, כי גם במקרה זה אין הוא חוזר בו מרצונו החופשי.

מאידך מסתפקים החוקים בכך שבעל המעשה חזר בו כתוצאה מהחלטתו הוא. אין חוקרים אותו לפשר המניע של הימנעותו גם אם נטש את נסיונו מנימוק שפל כגון סכסוך עם שותפו לפשע או פחד שמא יתגלה הדבר (להבדיל מפחד שאכן כבר התגלה!), גם אז עומדות לו הטבות החוק, שהרי חזרה מרצונו החופשי נדרשה, לא חזרה מרצונו הטוב". (ד"ר ל' ארנסט, חזרה מעבירה או מניסיון פלילי (תשובה פעילה", משפטים ד' (תשל"ב) 105, בעמ' 106-108).

יש המדגישים דוקא את הפן התועלתי בפטור מחמת חרטה. לדעה זו הפטור בא לעודד עבריינים לחדול מן המעשה לפני השלמתו. לדעה זו, היה צורך בעידוד מפורש זה, שכן על ידי השוואת העונש על ניסיון לעונש על עבירה מוגמרת, ניטל התמריץ שהיה במשפט המקובל לעבריין לא להשלים את העבירה. (ראה Robinson. Criminal Law עמ' 695).

המצב במדינתנו שונה. אצלנו שואלים לפשר המניע של הנאשם לנטישת הניסיון. כפי שמלמדת לשונו של הסעיף המאוזכר לעיל. והדגש על המילים "אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה חדל מהשלמת המעשה".

כדי לזכות בהגנה צריך הנאשם להוכיח שני תנאים מצטברים: שחדל מהניסיון מחפץ נפשו בלבד, ולא בגלל נסיבות חיצוניות. שהחדילה נובעת מחרטה (או במקרה שכבר השלים את כל הפעולות הדרושות לכך שהתוצאה האסורה תקרה, עשה מתוך חרטה מעשה שנועד לסכל את קרות התוצאה. אפשרות זו אינה רלוונטית למקרה דנן).

נטל ההוכחה

כאמור, הסנגור סבור שהתביעה היא זו שצריכה להוכיח העדר הפטור מחמת חרטה בכל מקום שהנאשם מעורר טענה זו. זאת מפני שבמשפט פלילי נטל ההוכחה תמיד על התביעה.

יתכן שהסנגור נתפס לכלל טעות זו בגלל פסיקת בית משפט זה בקשר לטענת "טעות בעובדה" כנוסחה בסעיף 17 לחוק העונשין לפני התקון מס' 39. גם זו טענת הגנה מובהקת התלויה בדרך כלל בעדותו של הנאשם ואף על פי כן נפסק כי:

"על אף שמדובר ב'טענת הגנה' - התביעה היא הנושאת בנטל השכנוע של 'העדר טעות' ומשמעותה של קביעה זו היא - שבמקרה של ספק הנאשם הוא הנהנה מקיומו".
(ראה ספרו הנ"ל של קדמי בעמוד 211 והאסמכתאות המובאות שם בהערות שוליים 84).

מצב זה השתנה עם חקיקת התקון מס' 39 לחוק העונשין.

בהגנה של "פטור מחמת חרטה" מגלה לשונו של הסעיף 28 כי נטל ההוכחה הוא על הנאשם. נאמר

במפורש כי:

"... לא ישא באחריות פלילית לניסיון אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל..."

כך גם הסביר חה"כ דן מרידור כאשר הביא את הצעת החוק בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט לפני הכנסת.

"לא יהיה קל להוכיח את הצטברות התנאים האלה, לא מספיק שאדם ניסה וחזר בו. צריך שהחזרה הזאת תהיה מלווה בחדילה מהשלמת המעשה. או אם הוא כבר השלים את שלו, והוא לא יכול לעשות יותר לצורך השלמת העבירה, הוא יעשה מאמץ כדי למנוע את תוצאותיה. יתרום תרומה של ממש למניעת תוצאות. הביטוי הוא 'תרומה של ממש'. וכל זה צריך להיות מחפץ נפשו - *sponte sua* - ומתוך חרטה.

כדי להדגים אומר, אם הוא ראה מכונת משטרה מתקרבת וחזר בו, זה לא מחפץ נפשו אלא מפני שהוא ראה את המשטרה. לכן הוא יצטרך להוכיח שזה מחפץ נפשו ולא מתוך פחד או חשש, גם חפץ הנפש בלבד וגם מתוך חרטה

כמובן, אם עד אותו מועד הוא כבר ביצע עבירה אחרת שהיא כבר מושלמת, לא רק ניסיון לבצע עבירה. הוא יכול להיות מורשע בה".
(דברי הכנסת חוברת מ' ישיבה רמ"ו מ' 25.7.94 - ע' 9827).

כך מציין גם השופט קדמי בספרו הנ"ל (בכרך עדכון והשלמה לחלק ראשון שהוצא לאחר חקיקת

התקונים 39, 43 ו-44 לחוק העונשין עמ' 65). ואלו דבריו:

"בהתאם ללשון המפורשת של ההוראה שבסעיף 28 לתיקון, הנאשם נושא בחובת ההוכחה של החרטה לאמור: הוא הנושא בנטל השכנוע".

על הנאשם להוכיח. ולא בכדי הוטל עול זה על הנאשם, שכן מדובר בדברים שבלב, ודברים שבלב קשה לזולת להוכיחם.

שאלה אחרת היא מהו סוג ההוכחה. בדרך כלל ההוכחה תהיה עדות הנאשם, כי רק הוא יכול להעיד על מה שבלבו. יתכנו מקרים שבתוספת לעדות הזאת תמצאנה גם ראיות חיצוניות לאשש אותה, אך בראש ובראשונה מדובר בעדות הנאשם.

יפים לכאן, בשינוי מתאים, דברי השופט קדמי בענין "טעות בעובדה" בע"פ 361/88 רמדאן מצרי נגד מדינת ישראל (תקדין עליון כרך 89(3) 5-1204:

"ומה גם שטענה זו על פי טיבעה צריכה היתה להישמע מפיו של המערער, שהרי הטעות היא טעותו והוא זה שצריך להעיד עליה".

גם כאן החרטה היא חרטתו והוא זה שצריך להעיד עליה.

שאלה אחרת היא מהי מידת ההוכחה. עניות דעתי היא כי מידת ההוכחה היא כמו בכל מקרה שנטל ההוכחה עובר לשכמו של נאשם במשפט פלילי. עליו להוכיח את המוטל עליו במדה הנוהגת במישור האזרחי. ספק כשלעצמו אינו מספיק.

יישום הסעיף למקרה שלפנינו

כאמור, כדי לזכות בפטור צריך להוכיח שני תנאים: הפסקת הניסיון "מחפץ נפשו" של המנסה, וכי המניע לכך הוא חרטה.

במקרה דנן לא זו בלבד שלא הוכח אף אחד משני התנאים הללו, אלא שהנסיבות מצביעות על היפוכו של דבר.

הסניגור מצביע על כך שלא היה ניסיון מצד הנאשם להמשיך ולרדוף אחרי המתלוננת לאחר שקמו שניהם מן המאבק שהיה על הקרקע. הוא נכנס למכוניתו והסתלק, אף על פי שלפי עדותו היה לאל ידו להתגבר על המתלוננת.

העובדות כפי שנקבעו על ידי בית משפט קמא שונות מהתיאור של הסניגור.

"אם ליישם את ניתוח היסודות, הנפשי והעובדתי, במקרה שבפנינו על פי האמור בע"פ 5150/93, נראה כי שני היסודות האלה התקיימו במקרה שבפנינו כשהנאשם הסיע את המתלוננת ברכבו בדרך העפר לפרדס, מתוך כוונה לקיים עימה יחסי מין, נגע במתלוננת בחלקי גופה השונים, וכאשר סירבה המתלוננת להיענות לו, וניסתה לצאת מן המכונית, הרים הנאשם את חצאיתה, משך בתחתוניה, וקרע אותם, המשיך בנסיונו למנוע ממנה לצאת מן המכונית, ונשך אותה בידו [צריך להיות בידה - מ.א.], ומשניסתה לברוח רדף אחריה הנאשם מחוץ לרכב, תוך כדי כך נפלה המתלוננת, והנאשם קרע את הסרפן מאחור וניסה להוריד ממנה את הבגד. המתלוננת מצידה ניסתה לקום והנאשם גם נתן לה מספר סטירות (עמ' 15-16 לפרוטוקול)". (עמ' 13 להכרעת הדין).

...מן הראיות שבפנינו עולה, כי הנאשם אכן ניסה לאנוס את המתלוננת תוך שימוש בכוח... בנסיבות כאלה לא ניתן בשום פנים ואופן להגיע למסקנה כאילו מחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, נמנע הנאשם מהשלמת המעשה או שתרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה, כנדרש בסעיף 28 לחוק עונשין.
ברי שהשלמת העבירה על ידי הנאשם נמנעה מן הטעם הפשוט שהמתלוננת הצליחה לברוח" (עמ' 13 להכרעת הדין).

העובדות שהוכחו הן שהמתלוננת, אתלטית במקצוע בארץ מוצאה, הפליאה את מכותיה בנאשם ורק אחרי שספג מנה הגונה של מכות הוא החליט שלא להמשיך במכות. לא למקרה כזה התכוון המחוקק. גם אם הפסיק מחפץ נפשו, הרי שלא מחפץ נפשו בלבד, אלא בגלל שנתקל בהתנגדות בלתי צפויה, ולא מחרטה על מעשהו, אלא בגלל המכות.

המערער עצמו לא העלה כלל על דעתו, באימרה שמסר סמוך למעשה (אימרה ת8/ המאזכרת לעיל), שמתוך חרטה חדל ממעשהו. הוא מסביר שהמתלוננת התנגדה והכתה אותו - אז ורק אז - חזר למכוניתו ועזב את המקום. אין אף מילה על חרטה.

אם היינו מקבלים את פרושו של הסניגור לסעיף 28 היינו צריכים לומר כי הפטור חל בכל מקרה שהניסיון הופסק מלבד מקרים של הפסקה על ידי גורם חיצוני. ולא היא. הסעיף דן "בבעל תשובה" ולא במי ששוקל שקולי כדאיות, כפי שנובע מדברי הכנסת ומדברי ההסבר להצעות החוק שאזכרו לעיל.

סיכומו של דבר אני מציע לחברי המכובדים לדחות את הטענה בדבר פטור מחמת חרטה וכתוצאה מכך אני מציע לדחות את הערעור על ההרשעה.

הערעור על העונש:

השופט י' גריל, שכתב את חוות הדעת העיקרית בהכרעת הדין ובגזר הדין שקל את כל נסיבותיו של המקרה, היה סבור שיש להטיל על המערער עונש של חמש שנות מאסר בפועל (בהפחתת הימים בהם היה הנאשם במעצר); שלוש שנות מאסר על תנאי, לתקופה של שלוש שנים, והתנאי שהוא לא יעבור כל עבירה לפי סימן ה', פרק י' של חוק העונשין, ו-בשים לב למצבה של המתלוננת חייב את המערער לשלם למתלוננת פיצוי בסכום של 25,000 ש"ח. השופט ח' פיזם, אב בית הדין סבר שהעונש הראוי הוא שש שנות מאסר בפועל בניכוי תקופת המעצר בפועל, והצטרף לשאר חלקי גזר הדין. השופטת ש' וסרקרוג סברה כי המסקנה המתבקשת מחומרת נסיבות האירוע היא, שהיה מקום להטיל על המערער לפחות עשר שנות מאסר בפועל. אולם, בהתחשב בנסיבותיו האישיות של המערער היא הצטרפה לדעתו של אב"ד ולפיכך נגזרו על המערער שש שנות מאסר בפועל, שלוש שנות מאסר על תנאי ופיצוי המתלוננת, כאמור לעיל.

בהודעת הערעור טען ב"כ המערער כי בית המשפט קמא לא התחשב במדה מספקת בנסיבותיו האישיות של המערער: גילו הצעיר עת עבר את העבירה (כבן עשרים ושתיים וחצי שנה), עברו הנקי. לדעת הסניגור מדובר בכישלון חד פעמי ברגע של חוסר שיקול דעת, המערער בא מעצמו למחרת היום לתחנת המשטרה והודה במעשה, הוא היה נתון במעצר בית במשך תקופה ממושכת ונגרם לו חסרון כיס כבד כתוצאה מכך שלא יכול היה לעבוד, הוא בא בברית הנישואין לפני כשנה והוא גרם עצב ובושה לבני משפחתו ולעצמו בעצם המעשה.

כל הנסיבות המתוארות על ידי סנגורו של המערער נזכרו בגזר הדין, כך שלא ניתן לאמר שהן לא היו לנגד עיני בית המשפט בעת שגזר את דינו. בית המשפט ציין במפורש כי "אין ספק שהטלת מאסר בפועל על הנאשם יש בה משום ענישה חמורה מנקודת מבטו של הנאשם..." (עמ' 6 לגזר הדין), בשים לב לנסיבותיו האישיות. אך לעומת נסיבות אלו עמדו לנגד עיניו של בית המשפט נסיבותיו המחמירות של המעשה:

"בפני קצין המבחן המשיך הנאשם ליטול אחריות חלקית בלבד, והודה רק בחלק מן הסעיפים בהם הורשע וחזר על טענתו כי סבר שהמתלוננת עוסקת בזנות וכן טען כי היתה זו התנסותו הראשונה

בתחום המיני ... להערכת קצין המבחן עושה הנאשם מינימליזציה לחלקו בעבירה, ובעיקר להתנהגותו האלימה..." (עמ' 2 לגזר הדין).

בית משפט קמא שקל גם את הנזק שנגרם למתלוננת (על כך אפרט בהמשך דבריי), ואיזן בין השניים. לא היתה תמימות דעים בין השופטים, כפי שציינתי בראשית דבריי, ואחד מהשופטים אף ביקש להחמיר בעונשו של הנאשם. ברם, לאחר שקילת כל הנסיבות, בכובד ראש, קצב בית המשפט קמא את עונשו של המערער כפי שקצב. השופטת ש' וסרקרוג סברה כי יש להטיל על הנאשם לפחות עשר שנות מאסר ובכל זאת, "בהתחשב בנסיבותיו של הנאשם ובמיוחד לאור סיכויי השיקום בשל דרכי המשפחה והחינוך ההולם העולה מהאווירה שבבית - על פי הראיות שהוצגו בפנינו, הרי שיש להטיל על הנאשם לפחות (6) שש שנות מאסר בפועל" (עמ' 8 לגזר הדין; ההדגשה במקור).

לאור כל זאת, לא ניתן לאמר שבית משפט קמא לא שת ליבו לנסיבותיו האישיות של המערער, כפי שטען סנגורו. לכן, אני מציע לחבריי המכובדים לדחות גם את הערעור על חומרת העונש.

פיצויה של המתלוננת:

את הפיצוי שנפסק למתלוננת, ביקש הסנגור לבטל, מכיוון, שלדעתו, תלונתה היו מוגזמות. סיבה נוספת שבגללה, לדעתו, עלינו לבטל את הפיצוי שנפסק במסגרת גזר הדין הוא, שמהערער צפוי גם לתביעה אזרחית, שבה הוא עשוי להיות מחוייב בתשלום. **לחלופין**, הוא מבקש לפרוס את הפיצוי לתשלומים נומינליים אשר יחולו אחרי שחרור המערער ממאסרו.

בית המשפט קמא חייב את המערער לשלם למתלוננת פיצוי בסך 25,000 ש"ח בצרוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום מתן גזר הדין (21.12.98) ועד התשלום המלא בפועל. הוא עשה כן, "בשים לב למצבה של המתלוננת כעולה מתסקיר שנערך לגביה" (עמ' 7 לגזר הדין). מן התסקיר הנ"ל עולה כי האירוע גרם לה לפגיעה קשה ביותר (עמ' 2 לגזר הדין). מדובר ב"פגיעה חמורה ביותר בתחום נפשי - רגשי, תחושת הבטחון שלה נתערערה ותחושות הרדיפה והחרדה שחשה כאשר נמלטה מן הנאשם מלוות אותה, ועליה להתמודד עם תחושות של חוסר שקט נפשי, קושי להתמודד עם לחצים וקשיים, וכן נפגעו יחסיה הזוגיים והאינטימיים עם בעלה. להערכת קצינת המבחן משליכה הפגיעה גם על קשריה של המתלוננת עם ביתה בת ה-8 - ... נגרם לה קושי בתהליכי הקליטה וההסתגלות החברתית והתרבותית..." (עמ' 3 לגזר הדין).

קצינת מבחן היא גורם בלתי תלוי ובית המשפט קיבל את הערכה במלואה. על בסיס הערכה זו הוא קבע את הפיצוי שפסק למתלוננת. אין מדובר בתלונותיה של הקורבן בלבד אלא במה שארע לנפשה כתוצאה מן המעשה של המערער לפי חוות דעת של מומחית לדבר. עם זאת, גם על גופה של המתלוננת ניכרו הסימנים המעידים על מה שארע לה. תעודת הרופא (מוצג ת9/ בבית משפט קמא) מיום האירוע מעידה על השריטות המרובות שנמצאו באזור הבושת, העכוז השמאלי, רגל שמאל ובאזור הצוואר של המתלוננת. כן נמצאו סימני נשיכה בידה הימנית, שריטה באותה יד, נפיחות בשוק רגלה השמאלית, והיא התלוננה על כאבים בכל גופה תוך שהיא בוכה ונתונה במצב של חרדה. גם השוטר שטיפל בתלונתה מתאר את מצבה הקשה עת הגיעה למשטרה כדי למסור את התלונה (מוצג ת4/ בבית משפט קמא) (עמ' 6-7 להכרעת הדין). גם אלו ראיות חיצוניות שלא באו מפי המתלוננת עצמה. לפיכך, את הטענה לפיה, "**למתלוננת אינטרס להעצים את תיאור הדברים, כל זאת ללא ראייה תומכת לטענותיה**" (עמ' 5 לגזר הדין), שנשמעה מפי הסנגור בפני בית משפט קמא, דחה בית המשפט המחוזי בדין.

אינני סבור שסכום של 25,000 ש"ח יכול לפצות על הנזק שנגרם למתלוננת. הסניגור מבקש לבטל את החיוב מפני שהנאשם צפוי להיתבע על סכום גדול בהרבה. אין ודאות שהמתלוננת תחליט לממש זכותה לתבוע את המערער בתביעה אזרחית, שבה יתבע סכום אשר יצליח לפצות אותה על הנזק שהסב לה. מכל מקום, אם המתלוננת תגיש תביעה כזאת יוכל הנאשם לטעון להגנתו שסכום של 25,000 ש"ח כבר נפסק לחובתו בגזר הדין הפלילי.

האפשרות שהמתלוננת אולי תגיש תביעה אינה סיבה לבטל את החיוב שבגזר הדין. הסכום של 25,000 ש"ח גם אינו סכום עתק שמצדיק פריסתו לתשלומים ודחיית תשלומו למשך שנים עד שהמערער ישתחרר ממאסרו.

לאור האמור לעיל, אני מציע לחבריי לדחות את הערעור גם לגבי גזר הדין על כל חלקיו, לרבות החיוב בפיצוי.

ש ו פ ט

השופט י' קדמי:

אני מסכים.

שופט

השופט י' זמיר:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט אילן.

ניתן היום, כ"ז בתמוז תשנ"ט (11.7.99).

שופט

שופט

שופט

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
T04.99004010