

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 6269/99

בפני: כבוד השופט י' זמיר
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

המערער: אברהם כהן

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק-דין בית המשפט המחוזי
בבאר שבע מיום 15.6.99 בת"פ 8004/98
שניתן על ידי כבוד השופטת ר' יפה-כץ

תאריך הישיבה: ג' באייר תש"ס (8.5.00)

בשם המערער: עו"ד ש' אלדר

בשם המשיבה: עו"ד א' אינפלד

בשם שירות המבחן: גב' זהבה מור

פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. המערער הורשע בבית המשפט המחוזי בבאר שבע בשורה של עבירות: שידול וסרסרות למעשה זנות, סחיטה בכח, נסיון שוד, תקיפה סתם ומעשה מגונה אשר בוצעו כולן במתלוננת. על פי המתואר בכתב האישום, שכנע המערער את המתלוננת להתגורר בבית משפחתו ולאחר מכן שידלה להגביר את עיסוקה בזנות מכפי שעסקה בכך עד אותה עת, תוך חיובה למסור לידיה את האתנן. בין יתר העבירות, יוחס למערער כי ביצע במתלוננת מעשי אלימות בכך שהיכה אותה בכל חלקי גופה, בעט בה ומשך בשערותיה וכל זאת כדי להניעה למסור לידיה את הכספים שקיבלה מעיסוקה בזנות. בשלב מסוים חשד המערער במתלוננת כי היא מסתירה מפניו חלק מהכנסותיה, ואז נהג בה בדרך המתוארת בכתב האישום כך:

"משחשד הנאשם במתלוננת שהיא מסתירה ממנו חלק מרווחיה באבר מינה, הנאשם הפשיט אותה והחדיר את ידו לאבר מינה על מנת לחפש כסף, וזאת עשה בניגוד לרצונה ועקב התנגדותה שלוש פעמים... במעשים המתוארים בסעיף 5 לעיל, ביצע הנאשם במתלוננת מעשה מגונה שלא בהסכמתה החופשית ועקב שימוש בכח וזאת עשה לשם ביזוי מיני של המתלוננת."

2. בית משפט קמא בחן את העדויות, ועל יסודן הגיע למסקנה כי פרטי העובדות שצויינו בכתב האישום הוכחו. הוא מצא כי המערער היה נוטל מהמתלוננת את הכספים שהרוויחה מעבודתה בזנות וכשחשד שהיא מחביאה ממנו חלק מן הכספים, ערך במספר הזדמנויות שונות חיפוש על גופה, ובכלל זה חיפש כסף באבר מינה. כן נקבע כממצא כי הוא אילץ אותה להגדיל את היקף עבודתה בזנות ומהכספים שהרוויחה היה רוכש סמים ומחזיר חובות. לכשאתנן העבודה של המתלוננת לא השביע את רצונו, היה מכה אותה, מושך בשערותיה, מקלל אותה ומאלצה לעשות כרצונו. (פסקה 11 לפסק הדין).

על בסיס ממצאים שנקבעו, הורשע המערער בעבירות שנמנו לעיל, ובין היתר הורשע בעבירה של מעשה מגונה בניגוד לסעיף 348(א) בנסיבות האמורות בסעיף 345(א)(1) לחוק העונשין התשל"ז-1977. ההרשעה בעבירה זו מתייחסת להפשטת המתלוננת ועריכת חיפושים בגופה, לרבות באיבר מינה בלא הסכמתה במטרה לחפש כסף שאולי הוטמן שם. בענין זה קובע בית משפט קמא (עמ' 137 לפסק הדין):

"בענייננו, עת הפשיט הנאשם את ס.ו. וערך "חיפוש" באיבר מינה, אין ספק כי הוא עשה מעשה שיש בו "ביזוי מיני" ואין גם ספק שהמעשה נעשה שלא בהסכמתה החופשית של ס.ו. תוך שימוש בכח ובאמצעות איומים ולפיכך אף עבירה זו הוכחה על ידי התביעה".

3. בגין העבירות בהן הורשע, גזר בית משפט קמא על המערער מאסר בפועל למשך 5 שנים וכן מאסר על תנאי.

4. המערער הגביל את ערעורו לשני אלה:

- (א) הרשעתו בעבירה של מעשה מגונה;
- (ב) חומרת העונש.

נבחן את פרטי הערעור אחד לאחד.

5. ערעור על הרשעה במעשה מגונה

טוען בא כוח המערער כי ההרשעה במעשה מגונה בטעות יסודה משלא הוכחו יסודות העבירה כנדרש. לדבריו, תנאי להרשעה בעבירה זו הוא כי יוכח יסוד נפשי של מטרה להשיג גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים. נסיבות מקרה זה אינן מצביעות על קיום יסוד נפשי זה להשיג את אחת משלוש התכליות החלופיות הנילוות להגדרת "מעשה מגונה", שכן המעשים בגינם הורשע המערער לא נעשו מתוך כוונה מינית כל עיקר, אלא כל עניינם היה כלכלי-רכושי אשר כוון לחיפוש כספים באבריה האינטימיים של המתלוננת שאולי החביאה שם. מוסיף בא כוח המערער וטוען כי עבירת מעשה מגונה הינה עבירת מטרה שבה ניתן דגש מיוחד ליסוד הנפשי ואין מקום להחיל לגביה את הילכת הצפיות השקולה אך אינה זהה לקיומה של כוונה מיוחדת הנדרשת כאן. מאחר שהעבירה על פי מרכיביה מרחיבה ביותר את היסוד העובדתי, מחייב הדבר קביעת גבולות ברורים ומוגדרים ליסוד הנפשי בעבירה, ויסוד זה מחייב הוכחת קיומה של מטרה ממש ואין די בקיומה של צפיות במובן של קיום מודעות בדרגה גבוהה של הסתברות כי המטרה הפסולה אכן תושג.

בא כוח המדינה חלק על טיעון זה ותוך סקירה מקפת של ההלכה הפסוקה גרס כי יש מקום להשאיר את הרשעת המערער בעבירת מעשה מגונה בעינה. טיעונו בתמצית הוא כי חלה בענייננו הלכת הצפיות המקובלת בדיני העונשין הישימה הן לגבי עבירות תוצאה והן לגבי עבירות מטרה. בהנחה כי עבירת המעשה המגונה הינה עבירה התנהגותית שנילווית לה מטרה מסוימת, ראוי להחיל לענין זה את העקרון לפיו גם אם לא חפץ אדם להשיג את המטרה האסורה הנכללת כרכיב בעבירה די שהיה מודע בהסתברות גבוהה לאפשרות מימושה של המטרה האסורה כדי לקיים את היסוד הנפשי הנדרש בעבירה. יישום הלכה זו מביא לתוצאה כי גם אם המערער ביקש להשיג מטרה "רכושית" בביצוע החיפושים בגופה של המתלוננת ובכלל זה באבריה האינטימיים, הרי במהלך מעשים אלה היתה לו מודעות כאפשרות קרובה לוודאי כי מעשיו יגרמו לה ביזוי מיני. מודעות זו שקולה בנסיבות הענין כשאיפה להשיג את היעד הזה, אפילו אם בפועל לא חפץ בכך המערער כמטרה העומדת לעצמה. מכאן שנתקיים בו היסוד הנפשי הנדרש.

נתתי דעתי לטיעוני הצדדים ובאתי לידי מסקנה כי יש לדחות את הערעור ככל שהוא נוגע להרשעת

המערער בעבירה של מעשה מגונה.

אלה הטעמים:

6. יסודות העבירה

סעיף 348 לחוק העונשין קובע:

"(א) העושה מעשה מגונה באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345(א)(1) עד (4) בשנויים המחוייבים דינו - מאסר שבע שנים.

....

(ו) בסימן זה, "מעשה מגונה" - מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים."

הנסיבות המנויות בסעיף 345(א)(1) לחוק הן:

"שלא בהסכמתה החופשית, עקב שימוש בכח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ אחרים או איום באחד מאלה, ואחת היא אם נעשו אלה כלפי האשה או כלפי זולתה."

ניתוח יסודות העבירה מביא למסקנות הבאות:

(א) עבירת המעשה המגונה הינה מסוג עבירות ההתנהגות ששולב בהן יסוד של מטרה מיוחדת אשר המעשה נועד להשיג. מעשה מגונה מוגדר כמעשה לשם גירוי,

סיפוק או ביזוי מיניים, והאמירה "לשם" משמעה יעד, מטרה, או תכלית שלשמה נעשה המעשה. כעבירה התנהגותית שנילווית לה מטרה מיוחדת, אין דרישה לקיומה של תוצאה כרכיב מרכיבי העבירה ודי לצורך הרשעה בהתקיים היסוד העובדתי בעבירה כשאליו מתלווה הוכחה בדבר קיום המטרה האמורה.

(ב) **היסוד העובדתי** בענייננו מורכב מהרכיב ההתנהגותי המשתקף במעשה או במחדל וברכיב הנסיבתי המשקף מקבץ נתונים עובדתיים שבהתקיימם מותנית העבירה (סעיף 18 לחוק העונשין). במקרה זה היסוד העובדתי בעבירת המעשה המגונה מחייב את הוכחת הפרטים הבאים:

(1) הרכיב ההתנהגותי - עשיית מעשה מגונה;

(2) הרכיב הנסיבתי -

(א) שלא בהסכמתה החפשית של האשה, עקב שימוש בכח, גרימת

סבל גופני, או הפעלת אמצעי לחץ אחרים או איום;

(ב) כלפי האשה או כלפי זולתה.

(ג) **היסוד הנפשי** בעבירה נקשר לדרישה הכלולה בהגדרת "המעשה המגונה" כי הוא יעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיני. הוא מבטא דרישה לקיומה של מטרה להשיג את אחת התכליות הנקובות בו. מכאן, שלצורך אחריות פלילית אין די בכך שהמעשה יהיה על פניו פגום מן הבחינה המוסרית אם לא נתלוותה לו מטרה להשיג את אחד היעדים כאמור. ככזו, עבירת המעשה המגונה מחייבת הוכחת קיומה של מטרה כיסוד נפשי בעבירה אולם אין בצידה דרישה להתממשות אותו יעד. די בכך שהמטרה המייחדת את היסוד הנפשי שבעבירה היתה לנגד עיני העושה בשעת עשיית המעשה. (פלר, יסודות בדיני עונשין, כרך א', עמ' 511).

נבחן את מידת התקיימותם של יסודות העבירה במערער.

7. **היסוד העובדתי:**

(א) באשר ליסוד העובדתי בעבירה, ברי כי מעשיו של המערער בהפשטת המתלוננת מבגדיה ועריכת חיפוש באבריה האינטימיים בעל כורחה עונה למושג "מעשה מגונה" בהקשרו העובדתי. מדובר במעשים הנגועים בפגם מוסרי בולט, הפוגעים בצנעת גופה של האשה ומביאים להשפלתה. מעשיו של המערער הסבו ביזוי מיני למתלוננת מעצם הפלישה הכפויה לגופה ומהפגיעה בכבודה כאדם וכאשה.

(ב) נתקיים כאן הפרט של העדר הסכמה חפשית מצד המתלוננת משהוכח כי המערער עשה את מעשיו תוך שימוש באמצעי כפייה, כח ואיומים.

(ג) נתקיים הפרט כי המעשה נעשה כלפי האשה המתלוננת, ובכך נתקיימו כל תנאי היסוד העובדתי בעבירה.

8. **היסוד הנפשי:**

הוכח - ואין הדבר שנוי במחלוקת - כי מעשיו של המערער בגופה של המתלוננת לא נועדו לסיפוק יצרי מין, ומבחינת המערער לא כוונו להשגת אחת התכליות של גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים. עניינם היה בעיקרו בצע-כסף. לכאורה, בנסיבות אלה לא נתקיים היסוד הנפשי משלא הוכחה מטרה בלב המערער להשיג את אחת התכליות הנקובות בהגדרת העבירה. חרף זאת, מכח הילכת הצפיות יש לייחס למערער מודעות בדרגת הסתברות הקרובה לודאי לכך כי מעשיו יביאו עמם לביזוייה המיני של המתלוננת. מודעות זו בנסיבות הענין

שקולה כקיום מטרה בלבד. להשיג את התכלית האסורה, ואפילו אם בפועל לא חפץ בכך. בכך נתקיים בו היסוד הנפשי הנדרש בעבירה.

הרי תשתית ההנמקה למסקנה האמורה:

מוכרת האבחנה בין "עבירות תוצאה" ל"עבירות התנהגות" שנכלל בהן יסוד המטרה. יסוד נפשי של כוונה - קרי: קיום יחס נפשי של רצון לגרום לתוצאה שבעבירה, נדרש בעבירות תוצאה בלבד. עבירת התנהגות אינה כוללת דרישה לקיום תוצאה וממילא לא נדרשת בה כוונה שעניינה מטרה לגרום לתוצאה הנמנית על פרטי העבירה. עם זאת, בעבירת התנהגות עשוי להידרש יסוד של קיום מטרה להשיג תכלית מסוימת, מבלי שיידרש להוכיח כי המטרה אכן הושגה.

משמעותה של "מחשבה פלילית" בעבירות תוצאה הינה מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה הנמנות עם פרטי העבירה, ו"כוונה" בעבירות אלה פירושה קיומה של מטרה לגרום לאותן תוצאות. "המשמעות הרגילה והטבעית של המונח "כוונה" לענין השגתה של תוצאה פלונית היא ראיית הנולד של התרחשות התוצאה ורצון להשיגה" (ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת פד"י (3) 205, 214). אולם קיימת גם כוונה במשמעות נוספת הכוללת מצב דברים שבו קיימת ראיית הנולד של התרחשות התוצאה תוך מודעות בהסתברות קרובה לודאי כי התוצאה תושג, והוא - גם אם לא קיים רצון להשיג תוצאה זו. אכן, "במישור הלשוני ניתן לפרש את הביטוי "כוונה" לענין התוצאה כחל לא רק על תוצאות שהעושה חפץ בהתרחשותן אלא גם על תוצאות שלא קיים רצון בהתרחשותן אך קיימת מודעות להסתברות הקרובה לודאי כי הן תתרחשנה" (בורוכוב נ' יפת, שם, עמ' 215). כוונה במשמעות זו מהווה הרחבה של מושג "הכוונה" המקורי, והיא קנתה לה שביתה בהלכה הפסוקה כ"הילכת הצפיות". משמעותה היא כי כאשר עושה המעשה צופה כי התנהגותו עשויה להצמיח בדרגת הסתברות הקרובה לודאי את התוצאה בה מותנית השלמת העבירה ואינו נמנע מאותה התנהגות, רואים את יחסו כלפי גרימת התוצאה כשקול לקיום רצון לגרום אותה וזאת אפילו לא רצה בה. "למעשה, מתוך ענין בהתנהגותו, הוא השלים עם אפשרות הגרימה הכמעט בטוחה של התוצאה, אם כי היה מעדיף שהיא לא תתרחש. מודעות האדם להסתברות קרובה לודאי של האפשרות שהתנהגותו תגרום לתוצאה בה תלויה השלמת העבירה, בליווי המודעות לשאר רכיבי היסוד העובדתי שבה, נותנת ביטוי לצורה של מחשבה פלילית שהיא תחליף לכוונה פלילית" (פלר, שם, עמ' 593). המדובר בקיום מודעות בדרגת הסתברות הקרובה לודאי שתיגרם התוצאה מהתנהגותו של עושה המעשה בשל יעד אחר שהינחה אותו ואשר לא היה מוכן לוותר עליו. וכך, תוך רצון להשיג את המטרה העיקרית, היה מוכן לגרום לתוצאה האמורה אף שהיה מעדיף שלא תיגרם. במערך הנורמטיבי של כללי האחריות הפלילית נחזית מודעות מסוג זה כשקולה לכוונה גם אם עושה המעשה לא חפץ בתוצאה.

9. סעיף 20(ב) לחוק העונשין נותן ביטוי סטטוטורי להילכת הצפיות בזו הלשון:

"לענין כוונה - ראייה מראש את התרחשות התוצאות כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגורמן".

ניסוח זה מעגן את הילכת הצפיות בדרך סטטוטורית בהקשר לעבירות תוצאה ושנויה מחלוקת בהלכה הפסוקה אם הוא מתפרש בלשונו רק על עבירות אלה או גם על עבירות התנהגות שכלול בהן יסוד מטרה כגון זו שלפנינו, אף שלא נדרש בהן יסוד הכוונה.

10. המקבילה להילכת הצפיות בעבירות תוצאה הוחלה לאורך שנים בהלכה הפסוקה גם על עבירות מטרה. בתחום זה נתגבשה ההשקפה כי גם בעבירות אלה בהן לא נדרש יסוד תוצאתי יש להחיל את הילכת הצפיות ואין הצדקה עניינית לאבחנה מהותית בין לבין עבירות תוצאה באשר למדיניות ההחלה של האחריות הפלילית. הכלל הנוהג לגביהן הוא כי:

"המודעות להתממשות היעד הטמון במטרה המייחדת את המחשבה הפלילית בה תלויה התהוות עבירה פלונית כאפשרות קרובה לוודאי שקולה כנגד השאיפה להגשמת היעד או להשגתו, ויש בה כדי לשמש תחליף למטרה בהעדרה של אותה מטרה." (פלו, שם, עמ' 607).

עם זאת, הקו שהסתמן בהלכה הפסוקה בעבר מצביע על כך שהחלת הילכת הצפיות בעבירות התנהגות הכוללות יסוד של מטרה נתון בכל מקרה לבחינת תכלית החקיקה העומדת ברקע העבירה הספציפית העומדת לדיון. וכך, הילכת הצפיות בהקשר זה לא הוחלה בעבר בהחלה כוללנית, אלא מידת התאמתה נבחנה מעבירה לעבירה. כבר בפרשת ע"פ 63/58 עג'מי נ' היועץ המשפטי, (פד"י י"ג 421, בעמ' 423) הותיר בית המשפט את החלת העקרון לבחינה ספציפית ממקרה למקרה. בצד הבנת ערכה הרב של הילכת הצפיות כנעוצה "בתקנת הרבים" כלשונו, הוא היה ער לכך שיתכנו מקרים בהם החלטה תהיה נוגדת למטרת המחוקק ותעשה אותה פלסטר. על יסוד גישה פרשנית זו, נבחנו מעת לעת העבירות הספציפיות שנדונו על ידי בתי המשפט לצורך הכרעה אם הילכת הצפיות הולמת אותן, אם לאו. וכך, בעבירה של כניסה לביתו של אדם מתוך כוונה להרגיזו הוחלה הילכת הצפיות על מעשה הנאשם גם מקום שהכניסה לא היתה מכוונת להשגת מטרה של הרגזה אלא כוונה להשגת מטרה אחרת: (פרשת עג'מי, שם; ע"פ 48/49 כהנביץ נ' מ.י., פד"י ב' 890, 895). בעבירות של מסירת ידיעה לאויב וריגול חמור הוחלה הילכת הצפיות על יסוד "הכוונה לפגוע בבטחון המדינה" באופן שנכללו בו גם מצבים בהם הנאשם ידע שידיעות הן מסוג כזה שיש לו סיכוי גדול להביא לתוצאה של פגיעה גם אם לא חפץ בהשגת תוצאה זו. (ע"פ 268/59 פלוני נ' היועץ המשפטי, פד"י י"ד 310; ע"פ 45/61

סיטה נ' מ.י., פד"י ט"ו 1373; ע"פ 122/61 פלוני נ' מ.י. פד"י ט"ז 2397); בעבירה שעניינה הפרת חובה למסור פרטים מסוימים על ניירות ערך כדי להטעות משקיע סביר קבע בית המשפט כי מדובר בעבירה התנהגותית שיש להחיל עליה את הילכת הצפיות; (ע"פ 5640/97 רייך נ' מדינת ישראל (פד"י נג(2) 433); רע"פ 4827/95 פולק נ' מדינת ישראל, (תקדין עליון, כרך 97(2) עמ' 969). לעומת זאת, בעבירת רצח נפסק כי יש להוכיח שהנאשם חפץ בפועל בתוצאה הקטלנית ואין די במודעות מצדו כי קיימת הסתברות גבוהה להתרחשות תוצאה זו. (ע"פ 552/68 אילוז נ' מדינת ישראל, פד"י כג(1) 377). בעבירה על איסור לשון הרע פורש הביטוי "המפרסם לשון הרע בכוונה לפגוע" ונפסק לגביו כי בהקשרו הפלילי הוא נועד להגשים אינטרס ציבורי העומד מעבר לאינטרס ההגנה על שמו הטוב של האדם, המוגן ממילא במישור האזרחי. אינטרס ציבורי זה האופייני לאיסור הפלילי מתחשב לא רק באיזון שבין חופש הביטוי לזכות לשם טוב אלא גם בזכות לחופש אישי מסנקציה פלילית ובשלום הציבור. לכן בהקשר זה נדרש קיומה של מטרה לפגוע על מנת לגבש אחריות פלילית ואין די בקיום צפיות לפגיעה כאשר הפגיעה אינה רצונית. (ראה ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, שם).

11. ההסדר הסטטוטורי של הילכת הצפיות בסעיף 20(ב) לחוק העונשין העלה שאלה שלה מספר פנים:

(א) האם העיגון הסטטוטורי של הילכת הצפיות חל על עבירות תוצאה בלבד או שמא גם על עבירות מטרה; אם חלות מתרחבת גם על פני עבירות מטרה, האם הילכת הצפיות חלה בצורה כוללת על כל סוגי העבירות בלא צורך בבחינה פרטנית של התאמתה לכל עבירה ועבירה. אם חלות ההסדר הסטטוטורי מוגבלת לעבירות תוצאה בלבד, כי אז עולות השאלות הבאות:

(ב) האם ההסדר הסטטוטורי משמעו "הסדר שלילי" לענין עבירות מטרה.

(ג) אם לא - מהן אמות המידה לתחולת הילכת הצפיות על עבירות מטרה לאחר חקיקת ההסדר הסטטוטורי האמור.

פרשת אלבה (ע"פ 2831/95 פד"י נ(5) 221) דנה בכך ונתעוררה בה מחלוקת פוסקים בשאלות אלה. בשאלה הראשונה נחלקו הדעות אם ההסדר בסעיף 20(ב) לחוק חובק אל תוכו גם עבירות מטרה. השופטים מצא ובך סברו כי יש ליתן להסדר הסטטוטורי פירוש רחב המתפרש גם על עבירות מטרה. לדעתם בסוגיה זו הצטרף מאוחר יותר השופט אנגלרד בענין ע"פ 4317/97 פוליאקוב נ' מדינת ישראל, (פד"י נג(1) 289). לגישת שאר שופטי הרכב (הנשיא ברק, והשופטים דורנר טירקל וגולדברג) סעיף 20(ב) מתייחס לעבירות תוצאה בלבד אולם הם מאוחדים בדעה כי לא היתה בכוונתו ליצור הסדר שלילי לגבי עבירות מטרה וכי

גם כיום חלה ופועלת הילכת הצפיות על עבירות אלה תוך שיש לשקול את מידת חלותה באורח ספציפי על כל עבירה ועבירה העומדת לדין. באשר לאמות המידה שיש להחיל על בחינה פרטנית זו, ניתן למצוא גוונים שונים בדעות השופטים השונים אולם נראה כי מכנה משותף אחד עשוי לאחד בין גישותיהם והוא: הילכת הצפיות תחול בעבירות מטרה לפחות באותם מקרים בהם העבירה הספציפית העומדת לדין מצדיקה מבחינת תכלית חקיקתה ומטרותיה את החלת העיקרון האמור. (השווה רע"פ 4827/95 פולק נ' מדינת ישראל, תק' על" 97(2), 1997 עמ' 969; ע"פ 3116/99 גיל נ' מ.י. דינים עליון נ"ח, 280; ע"פ 172/88 וענונו נ' מ.י., פד"י מד(3) 265, 288-9; קרמניצר, "פרשת אלבה: בירור הלכות הסתה לגזענות" (משפטים, כרך ל', תשנ"ט, 105); קוגלר, "כוונה והלכת הצפיות בדיני העונשין" (1997). בענייננו אין הכרח לנקוט עמדה פסקנית בשאלה איזו מן הגישות הפרשניות שהוצעו היא ההולמת, שכן גם על פי הגישה הפרשנית המצרה ביותר את תחולת הילכת הצפיות על עבירות מטרה היא חלה על עבירת המעשה המגונה בהתחשב בתכליות החקיקה ובאופי הערכים המוגנים עליהם ביקש המחוקק להגן במסגרת איסור זה.

12. תחולת הלכת הצפיות על עבירת מעשה מגונה

בחינת תכליתו של האיסור על ביצוע מעשה מגונה בגופו של אדם מעלה כי היא מתיישבת עם קיומה של "שקילות ערכית" בין מי שביקש להשיג יעד מסוים לבין מי שראה מראש את השגתו של יעד כזה כאפשרות קרובה לודאי (כהגדרת השופט גולדברג בפרשת אלבה, שם, עמ' 315).

מקור האיסור הפלילי לבצע מעשה מגונה בצורך להגן על שלמות גופו, צנעת פרטיותו וכבודו של האדם. זכותו של אדם באשר הוא להגנה מפני פגיעה בגופו ובכבודו כמו גם זכותו לפרטיות ולצנעת חייו הוכרו כזכויות יסוד בסעיפים 2 ו-7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. נגזרת מזכויות אלה זכותו של אדם להגנה מפני חיפוש על גופו, בגופו או בכליו והגנות אלה חשופות לגריעה ולפגיעה רק בכפוף לפיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק ובאופן המתיישב עם התנאים האמורים בו. זכותו של אדם להגנה על גופו ולמניעת פגיעה בצנעת פרטיותו מוכרת במארג היחסים בין אדם לאדם, ובין אדם לשלטון. היא חוצה את תחומי המירקם האנושי בהקשרים רבים ושונים. (השווה למשל זכותו של אדם למנוע חיפוש בגופו על ידי רשויות אכיפת החוק; בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פד"י לד(3) 294; בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פד"י מו(5) 720). ערך ההגנה על זכותו של אדם לצנעת גופו עומד גם ברקע האיסור הפלילי על ביצוע מעשה מגונה והוא נושא מימד רב - משקל נוכח הפגיעה הכרוכה בו בזכות-יסוד של הנפגע להגנה על גופו וכבודו.

השמירה על כבוד האדם וצנעת גופו היא ערך עליון המצדיק הגנה מפני פגיעה לא רק כאשר עושה המעשה התכוון להשיג את היעד האסור, אלא גם מקום שהוא צפה כאפשרות קרובה לודאי את התממשות המטרה האסורה, ואפילו לא רצה בה. החלה זו של הילכת הצפיות כתחליף לקיום מטרה להשיג את היעד האסור עולה

בקנה אחד עם הערך החברתי החשוב המבקש להרחיב את ההגנה על זכות הפרט לשלמות גופו, לצינעת גופו לשמירת כבודו כאדם, ואין ערך ציבורי העומד מנגד אשר עשוי להוות משקל שכנגד להרחבה זו. וכך, אם ביצע אדם מעשה מגונה בזולתו בלא הסכמתו באופן שנילווה לו ביזוי מיני הוא ישא באחריות פלילית לא רק אם עשה את מעשהו במטרה להביא ביזוי מיני על קרבנו אלא גם אם צפה כאפשרות קרובה לודאי את התממשותו של יעד זה.

13. ואמנם, ההלכה הפסוקה הכירה בעבר בקיום אחריות פלילית לביצוע מעשים מגונים גם מקום שאלה לא הונעו על ידי יצרי מין או מטרות של ביזוי מיני. בענין ע"פ 616/83 פליישמן נ' מדינת ישראל (פד"י לט(1) (449) הורשע אדם (ברוב דעות) בביצוע מעשים מגונים במטופלות כאשר טיפל בהן לצורך הגברת פוריותן תוך שנחזה כרופא גניקולוג אף שרשיונו נשלל. וכך אומר בית המשפט באותו ענין (עמ' 454):

"המערער במעשיו לא רק שתקף אותן נשים כשהשיג בתרמית את הסכמתן לטיפול, אלא שתרמית זו, אשר (כפי שגם ידע המערער) הביאה את המטופלות ליתן הסכמתן לכך כי המערער יפשפש באברי גופן המוצנעים היא אשר שוללת, מיניה וביה את "כשרות" התנהגותו של המערער. המעשים אשר עשה המערער (תוך מודעות להתנהגותו ולנסיבות העבירה) נותרו, על כן, בגדר מעשים מגונים בצורה בולטת חרף "הדחפים המקצועיים" שהניעוהו, כשאין באלה כדי לצקת במעשים משמעות שונה."

גישה דומה ננקטה על ידי בית המשפט בפרשת עג'מי, (שם), עוד בטרם תוקנה הגדרת "מעשה מגונה" בשנת 1988, בה נקבע כי די לגיבוש אחריות פלילית בעבירה של מעשה מגונה כי הנאשמים נגוע בחלקים שונים בגופה של המתלוננת בהיותה עירומה גם אם מטרותם היחידה בעשותם כן היתה למנוע את סיכול תכניתם לצלמה וגם כאשר לא נילוה למעשה רצון לסיפוק יצר מיני. בית המשפט קבע שם כי יש לראות את המעשה שנעשה במתלוננת כמעשה מגונה משעשייתו לא הונעה על ידי מניע הנחשב בעיני אדם ממוצע ככשר או המצדיק את מעשה התקיפה. (שם, עמ' 434).

עולה מפסיקה זו כי בית המשפט גם בעבר הרשיע נאשמים בעבירות של מעשים מגונים מקום שלא הוכח כי נילוותה מטרה מינית למעשיהם והוא - כאשר המעשים כפי שנעשו לוו מבחינתם במודעות בדרגת הסתברות הקרובה לודאי כי הם יולידו פגיעה בעלת אופי מיני בנפגעות. יוצא, איפוא, כי קיימת אחיזה בהלכה הפסוקה להחלתה של הילכת הצפיות בעבירת מעשה מגונה וראוי להמשיך ולהחילה מהטעמים שהובאו לעיל.

המערער הואשם במעשים מגונים במתלוננת בכך שבמספר מקרים בניגוד לרצונה הפשיטה מבגדיה וערך חיפושים בגופה ובאבריה האינטימיים כדי לבדוק אם החביאה בהם כספים. מטרת התנהגותו לא היתה לספק את יצרו המיני או לבזות את המתלוננת ביזוי מיני, אף שמעשיו הביאו עליה ביזוי כזה. הם לא רק היו מעשי תקיפה, אלא נילווח להם דופי מוסרי בולט. הם פגעו בזכותה של המתלוננת לצינעת גופה ולאוטונומיה שלה על גופה וביזו את זכויותיה האישיות המוכרות כזכויות יסוד בשיטתנו המשפטית. בנסיבות הענין, די לצורך גיבוש היסוד הנפשי הנדרש בעבירה כי היתה בלב המערער מודעות בדרגת הסתברות הקרובה לודאי כי מעשיו יסבו למתלוננת ביזוי מיני, גם אם לא חפץ בכך כמטרה העומדת לעצמה. מודעות כזו בודאי נתקיימה בו ובכך נתגבש לגביו היסוד הנפשי הנדרש. נתקיימו, איפוא, במערער כל יסודות העבירה - היסוד העובדתי והיסוד הנפשי - ולפיכך יש להותיר את הרשעתו במעשים מגונים על כנה.

15. חומרת העונש

המערער נדון 5- שנות מאסר בפועל ו18- חודשי מאסר על תנאי בגין שורת העבירות בהן הורשע בהליך זה. בגדר שיקוליו הדגיש בית משפט קמא את החומרה הרבה בה יש לראות את מעשיו בסרסרות לזנות תוך שאילץ את המתלוננת להגביר את עיסוקה בזנות ולקח את כספיה בכפייה אגב ביזוייה והשפלתה על ידי חיפושים בגופה. כן ייחס משקל להרשעותיו הקודמות הרבות של המערער כאשר מנגד שקל את נסיבותיו האישיות הקשות. המערער מבקש כיום להקל בעונשו, ומדגיש כי הונע לבצע את מעשהו עקב היותו מכור לסמים. הוא טוען כי כיום הוא מגלה רצון ונכונות לשיקום, עובד בצורה תקינה בכלא ונקי מסמים. אשר למתלוננת, הוא מצוין כי גם קודם לקשריה עמו עסקה בזנות ומכאן שלא הונעה לכך לראשונה על ידי מעשיו שלו. לדבריו, נתקיימו ביניהם יחסי ניצול הדדי מוסכם - זו התגוררה מרצונה בביתו והוא הסתמך על פרי עבודתה לצורך מימון רכישת סמים, ויש במערכת יחסים זו כדי ליטול משהו מחומרת מעשיו.

שירות המבחן מצדו נמנע מהמלצה טיפולית וציין כי המערער מתפקד בכלא באורח תקין ומשתתף בהצלחה בקבוצה טפולית לגמילה מסמים. הוא המליץ על השלמת המסגרת הטיפולית בכלא תוך נכונות לבחון תכנית טיפול עתידית בקהילה הפתוחה לאחר השחרור.

המדינה מתנגדת להקלה בעונש תוך הדגשת חומרת העבירות שהמערער הורשע בהן ועברו הפלילי.

דעתי היא כי אין מקום להתערב בעונש שנגזר אשר נקבע על ידי בית המשפט המחוזי לאחר שיקול זהיר, מאוזן ומורכב של מכלול השיקולים הצריכים לענין. העבירות שנעברו על ידי המערער הן קשות וחמורות.

הן כורכות עימן ניצול כוחני, אלים ובוטה של הזולת תוך פגיעה חמורה וביזוי כבודה של המתלוננת כאדם וכאשה. בעובדה כי המתלוננת עסקה בזנות קודם לפגישתה עם המערער אין כדי לרכך את חומרת מעשיו כלפיה. גם אשה כדוגמתה ראויה להגנה מלאה על כבודה וצנעת גופה, ועיסוקיה - יהיו אשר יהיו - אינם גורעים כהוא זה מזכותה לשמור על צלם האדם, והחברה מצווה להגן עליה לבל ייפכו גופה ונפשה הפקר. (השווה ע"פ 8523/99 דורוב ואח' נ' מדינת ישראל (טרם פורסם). נסיבותיו האישיים של המערער מהוות, אכן, שיקול חשוב לענין היקף הענישה אולם ניתן להן המשקל הראוי בבית משפט קמא ואין בהן כדי להצדיק הקלה נוספת בעונש נוכח חומרת מעשיו. תיפקודו התקין של המערער בכלא ומאמציו להשתקם ולהיגמל הנושאים פרי יוכלו לשמש נתונים חשובים בפני ועדת השחרורים בבואה להחליט בדבר קיצור תקופת ישיבתו בכלא.

אציע לדחות את הערעור על כל מרכיביו - הרשעה ועונש - ולהותיר את

פסק דינו של בית המשפט המחוזי על כנו.

ש ו פ ט ת

השופט י' זמיר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' טירקל:

אני מסכים לפסק דינה של חברתי הנכבדה השופטת א' פרוקצ'יה ולנימוקיה.

אעיר כאן כי דומני שגם המשפט העברי הכיר בעקרונות דומים לאלה שעליהם עמדה חברתי. נקבע כי במקרה שבו מנסה אשה להציל את אישה המוכה במהלך תגרה עם אחר, ואגב כך נוגעת בגופו בדרך שיש בה כדי לביישו, עלולה היא להתחייב בתשלום "ממון דמי בושתי", אף על פי שלא התכוונה לביישו (דברים, כה, יא-יב וכן פירושי רש"י ואבן עזרא על הפסוקים שם, אך השוו פירוש אור החיים).

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א. פרוקצ'יה.

הערעור הן לענין ההרשעה והן לענין העונש נדחה ופסק דינו של בית המשפט המחוזי עומד בעינו.

ניתן היום, כ"ב בטבת תשס"א (17.1.2001).

שופט

שופט

שופט

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
R01.99062690