

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 7951/05

ע"פ 8281/05

בפני: כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן

המערערת בע"פ 7951/05 : מדינת ישראל
והמשיבה בע"פ 8281/05

נ ג ד

המשיב בע"פ 7951/05 : פלוני
והמערער בע"פ 8281/05

ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בנצרת בפ"ח 1032/03 מיום 25.5.2005 וגזר דין מיום 13.7.2005, שניתן על-ידי כבוד הנשיא מ' בן-דוד, סגן-הנשיא נ' ממן והשופט א' אברהם

תאריך הישיבה: י"ב בניסן התשס"ו (10.4.2006)

בשם המערערת בע"פ 7951/05 עו"ד נעמי גרנות
והמשיבה בע"פ 8281/05

בשם המשיב בע"פ 7951/05 עו"ד כרמית פאר
והמערער בע"פ 8281/05

פסק-דין

השופט ס' גובראן:

1. ראובן ולאה קיימו ביניהם יחסי אישות בהסכמה. בשלב מסוים תוך כדי קיום היחסים, חזרה בה לאה מהסכמתה מסיבה כלשהי ויידעה את ראובן על כך. ראובן לא שעה לדרישתה והמשיך בקיום היחסים, חרף התנגדותה של לאה. האם יורשע ראובן באינוס, על אף תחילתם המוסכמת של היחסים? זוהי השאלה המרכזית העולה בפרשה שבפנינו.

2. בפנינו ערעור המדינה (להלן: המערערת) וערעור שכנגד על פסק דינו של בית- המשפט המחוזי בנצרת בתפ"ח 1032/03, אשר זיכה את המשיב בע"פ 7951/05 והמערער שכנגד בע"פ 8281/05 (להלן: המשיב) מעבירה של אינוס לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) והרשיעו פה אחד בעבירה של מעשה מגונה לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין וכן בעבירה של שימוש בסם מסוכן לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים, תשל"ג-1973 (להלן: פקודת הסמים).

3. כנגד המשיב הוגש לבית-המשפט המחוזי בנצרת כתב אישום, המייחס לו כאמור עבירה של אינוס וכן עבירה של שימוש בסם מסוכן. כתב האישום מתאר את העובדות הבאות: ח.מ. (להלן: המתלוננת) היתה ידידתו של המשיב מזה מספר שנים וגרה בקרבת מקום לביתו. בעבר אף קיימו המתלוננת והמשיב יחסי מין בהסכמה. ביום 17.12.2003 בסמוך לחצות, שהתה המתלוננת בבית חברתה, כאשר התקשר אליה המשיב וביקש להיפגש עמה. בשעה 1:34 לערך הגיע המשיב ברכבו ואסף את המתלוננת, כאשר בזמן הנסיעה שוחחו השניים, תוך שהמשיב אומר למתלוננת, כי הוא מעוניין לחזק את הקשר ביניהם לטווח ארוך. המשיב ביקש מהמתלוננת לסור עמו לביתו וזו הסכימה, אך לזמן קצר בלבד. בדירת המשיב, השתמש הלה בסם מסוכן מסוג חשיש בנוכחות המתלוננת, שלא הצטרפה אליו. לאחר זמן-מה, החלו המשיב והמתלוננת להתנשק ולהתעלס בסלון הדירה, כשהם אף עוברים לחדר השינה, תוך שהמשיב נוגע בחזה של המתלוננת ומפשיט אותה ממכנסיה. בשלב זה, כך נטען על-פי כתב האישום, ביקשה המתלוננת מהמשיב, כי יניח לה ויפסיק לגעת בה, אולם המשיב התעלם מדבריה וקרע את תחתוניה. המשיב לא נעתר לבכייה ולתחינותיה של המתלוננת ועל-פי הנטען, החדיר את איבר מינו לאיבר מינה בכוח ובניגוד לרצונה, כאשר כל אותה העת המתלוננת זזה ומתנגדת. המשיב המשיך בשלו, תוך שהוא אוזן בידה הימנית של המתלוננת ושם את ידו על פיה, עד אשר הגיע לסיפוקו המיני, מחוץ לגוף המתלוננת. כבר כעת ראוי לציין, כי העובדות המתוארות בכתב האישום התבססו על גרסת המתלוננת, אשר נדחתה בסופו של דבר על-ידי בית-המשפט המחוזי. באישום נוסף נטען, כי במהלך חיפוש שנערך בדירתו של המשיב נמצא סם מסוג חשיש בכמות של 0.49 גרם, אשר הוחזק לצריכתו העצמית.

4. בית-המשפט המחוזי בנצרת (כבוד הנשיא מ' בן-דוד, סגן-הנשיא נ' ממון והשופט א' אברהם) זיכה, כאמור את המשיב מעבירת האינוס, אך הרשיעו בעבירה של מעשה מגונה וכן, על-פי הודאתו, בעבירה של שימוש בסם מסוכן.

5. כאמור, הודה המשיב בביצוע עבירת השימוש בסם מסוכן ועל-כן נסב הדיון בבית-המשפט המחוזי על האישום בעבירת האינוס. גרסתו של המשיב שונה היתה מזו של המתלוננת ולפיה, אכן התקיים מפגש בינו לבינה, אלא שלשיטתו המתלוננת קיימה עמו יחסי מין מלאים בהסכמה וזאת למעט בחלקו האחרון של מעשה הבעילה, אז עשתה המתלוננת תנועות גוף אשר יכולות להתפרש כהתנגדות. בעדותו בבית-המשפט טען המשיב, כי זו היתה דרכה של המתלוננת גם בפעמים קודמות בהן קיימו יחסי מין.

בהשוואת גרסותיהם של המשיב ושל המתלוננת, בחר בית-המשפט להאמין לגרסת המשיב, אך לא לזו אשר נאמרה בעדות בבית-המשפט, אלא לגרסתו בהודעה אשר מסר במשטרה עובר למעצרו, כפי שיתואר להלן.

בית-המשפט המחוזי הצביע על מספר תמיהות וסתירות אשר עלו מעדות המתלוננת ומדרך התנהלותה, אשר בעטיין לא האמין לגרסתה. המתלוננת לא גילתה מראש את האופי המיני של יחסיה הקודמים עם המשיב ונימקה זאת מטעמי בושה; בנוסף, שינתה המתלוננת את גרסתה מהגשת התלונה עד להודעתה במשטרה שינוי ניכר. ההודעה במשטרה לא הוגשה על-ידי המערערת כראייה בבית-המשפט המחוזי, אולם בחקירה הנגדית של המתלוננת התגלה, כי בעוד שעל-פי תלונתה ועל-פי כתב האישום כפה המשיב את עצמו עליה מיידית חרף רצונה תוך מאבק אלים, הרי שבהודעתה במשטרה מאשרת המתלוננת, כי היא העלתה את חולצתה והורידה מכנסיה בעצמה וכי היא שקלה לשכב עם המשיב עוד בטרם הגעתה לדירה. לטענת המתלוננת, שיקרה היא במודע בהודעתה במשטרה, זאת בשל לחץ מתמשך של משפחת המשיב עם היוודע המקרה וכן בשל פחדה לאבד את הקשר עם אחיו של המשיב, שהיה ידיד קרוב שלה. הסבר זה לא התקבל על-ידי בית-המשפט; כמו-כן קבע בית-המשפט, כי גרסתה של המתלוננת איננה מתיישבת גם עם לוח הזמנים אשר התברר לפי הראיות, על-פיו שהתה המתלוננת בדירת המשיב מעל לשעתיים - עובדה המורידה את סבירות גרסתה, לפיה משך שהותה בדירה היה קצר למדי; בנוסף, הסתירה המתלוננת את העובדה, כי המשיב אסף אותה מביתו של חבר שלה לשעבר ולא של חברתה כפי שטענה (וכפי שנכתב גם בכתב האישום); המתלוננת ואימה אשר העידה גם היא, לא גילו את העובדה, כי מיד עם יציאתה של המתלוננת מדירת המשיב, פגשה היא את ש' א' (להלן):

א'), חברה לחיים של אימה של המתלוננת, והוא אשר יעץ למתלוננת להגיש תלונה כנגד המשיב. פרט זה התגלה רק בחקירה הנגדית ולטענת המתלוננת, לא ראתה בו חשיבות ועל-כן לא העלתו. המערערת אף היא בחרה שלא להביא לעדות את אותו א', כפי שהיה ניתן לצפות. המשיב מצידו, הביא עדת הגנה מטעמו, חברה ותיקה של המתלוננת, אשר לדבריה היו למתלוננת ולא' קשרים מיניים ומהתנהגותה של המתלוננת השתמע, כאילו בדתה את סיפור האונס של המשיב בשל פחדה מא'. דבריה של עדה זו לא נסתרו על-ידי המערערת.

על יסוד כל התמיהות לעיל הגיע בית-המשפט המחוזי למסקנה, כי לא יוכל לאמץ את גרסת המתלוננת, לפיה יחסי המין אשר התקיימו בינה לבין המשיב היו מתחילתם יחסים שלא בהסכמה וחרף רצונה, בוודאי שלא ברמה הנדרשת של אמינות מעל ספק סביר, הנדרשת לשם הרשעת המשיב באינוס. בית-המשפט המחוזי הציע הסבר להתנהגותה וסערת נפשה של המתלוננת, באכזבתה מכך שלא הצליחה לכוון את השיחה בינה לבין המשיב לכיוונים הרצויים לה, קרי "מיסודו" של הקשר ביניהם וכן בשל מפגשה הטעון עם א'.

6. בית-המשפט המחוזי בחר לקבל את גרסת המשיב, לפיה עד שלב מסוים לפני סיום האקט המיני הכול נעשה לרצון המתלוננת, מתוך הסכמתה ושיתוף פעולה מצידה. יחד עם זאת, סבר בית-המשפט, כי יש להעדיף את גרסת המשיב כפי שנמסרה במשטרה על-פני עדותו בבית-המשפט, אז ניסה לנקות עצמו לחלוטין מכל פסול וטען, כי התנהגותה של המתלוננת הינה טיפוסית גם למפגשים קודמים וכי מעשיו באותה עת, כגון הנחת ידו על פיה, הינם חלק ממעשה האהבה. בחקירתו במשטרה לעומת זאת, אשר נערכה כאמור בסמוך לאירוע, מוצאים אנו הודאה מלאה מאת המשיב, כי הבין שהמתלוננת מבקשת ממנו להפסיק במהלך המשגל, אך הוא לא מילא את בקשתה והמשיך עד אשר הגיע לכדי סיפוקו. בתשובה לשאלת החוקר, מדוע דווקא הפעם ראתה המתלוננת צורך להתלונן בעקבות האירוע אומר המשיב:

"רק כביכול שאמרה לי להפסיק ולא הפסקתי".

את מעשיו הסביר המשיב בדברים הבאים:

"תשמע הייתי מגורה אחרי שעה שהיינו בסלון מחורמנים עברנו למיטה המשכנו להתמזמז איך אני לא יהיה (כך במקור) מגורה ואז לא יכולתי להפסיק המשכתי".

בית-המשפט המחוזי קבע, כי גרסת המשיב בחקירתו במשטרה הינה כנה, הגיונית ואותנטית יותר וכי אין חשש אמיתי שמא המשיב העמיס על שכמו לשווא תיאור עובדתי שלא היה והודה במעשים שלא עשה.

7. בניתוח המשפטי שערך בית-המשפט המחוזי נוכח הנסיבות העובדתיות שאותן קבע, מצא הוא, כי אין מקום להרשיע את המשיב באינוס וזאת מאחר שהמתלוננת ביקשה ממנו לחדול ממעשיו רק לאחר החדירה. יחד עם זאת, הרשיע בית-המשפט המחוזי את המשיב, מתוקף סמכותו לפי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי), בעבירה של מעשה מגונה בכוח, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין וזאת משום שלשיטתו ביצע המשיב בגופה של המתלוננת מעשה לשם סיפוקו המיני. ראוי לציין, כי בסיומה של הכרעת הדין נכתב, בניגוד לגוף ההכרעה, כי המשיב מורשע בעבירה לפי סעיף 348(ג) בלבד, כלומר מעשה מגונה ללא שימוש בכוח, עבירה לצידה נקבע עונש פחות בהרבה מהחלופה בסעיף 348(ג).

8. בגזר-דינו של המשיב ציין בית-המשפט, כי לזכותו עמדו עברו הפלילי הנקי, שהותו במשך שנה בתנאי מעצר בית וכן נישואיו הטריים ואורח חייו הנורמטיבי. בנסיבות אלו, נוכח הרשעתו בעבירות סמים, ונוכח העובדה, כי המעשה המגונה נעשה בשל התגברות יצרו בעיצומו של מעשה אהבים אשר התחיל מרצון, שוכנע בית-המשפט המחוזי, כי יש להסתפק בעונש אשר לא יכלול ריצוי בפועל מאחורי סורג ובריה. בסופו של יום, גזר בית-המשפט המחוזי על המשיב 12 חודשי מאסר, כאשר שישה מהם בפועל ושישה מהם על תנאי לתקופה של שנתיים, שלא יעבור כל עבירה לפי פקודת הסמים או עבירות לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין. כן קבע בית-המשפט המחוזי, כי המאסר בפועל ירוצה בדרך של עבודות שירות. בנוסף, חייב בית-המשפט המחוזי את המשיב לפצות את המתלוננת בסך 2,500 ש"ח. בהחלטה מיום 23.8.2005, עוכב ביצוע גזר-הדין על-ידי בית-משפט זה עד למתן פסק-דין בערעור.

מכאן הערעור והערעור שכנגד אשר בפנינו, המופנים שניהם כנגד הכרעת הדין ולחלופין כנגד גזר-הדין. לשם הנוחות, נפרט את טיעוניהם של באי-כוח הצדדים לפי סדר הדיון בהם להלן.

9. טוענת בפנינו באת-כוח המשיב, כי הוא העמיד שתי גרסאות הגיוניות, מתקבלות על הדעת ונתמכות בראיות חיצוניות – הן בבית-המשפט והן בחקירתו במשטרה. לטענתה, לפי כל אחת מהגרסאות יש לזכותו מעבירת האינוס ועל-כן במקרה שכזה, היה על בית-המשפט המחוזי להעדיף את הגרסה המזכה את המשיב באופן מוחלט, מכוח קיומו של ספק סביר בהרשעתו. ביחס לנימוקי בית-המשפט המחוזי לעניין העדפת הודעתו במשטרה, טוענת באת-כוח המשיב, כי גרסתו בבית-המשפט איננה גרסה כבושה, שהרי עלתה לפני כן, בשיחתו עם אימה של המתלוננת, מספר שעות לאחר האירוע, כפי שמתקף בעדותה באומרה: "א' אמר לי ש[המתלוננת] אמרה לו לא, ואמר לה כי תמיד אומרת לא זה בסדר". בנוסף, לטענתה, הפער בין הגרסאות שהציג המשיב בבית-המשפט ובמשטרה איננו פער כה גדול, כפי שמנסה לצייר המערערת וכאמור, סביר לבחור להאמין לכל אחת מהן. בהקשר זה, מוצאת היא חיזוקים בהתבטאויותיו של בית-המשפט, כי לא התרשם כי המשיב שיקר בבית-המשפט, וכי נטה לקבל את גרסתו באופן כללי.

10. מנגד, טוענת באת-כוח המערערת, היא המשיבה שכנגד, כי העדפת גרסת המשיב במשטרה נומקה כדבעי על-ידי בית-המשפט ואין מקום לתקפה. לטענתה, בית-המשפט אף עשה חסד עם המשיב, כאשר לא קבע בפשטות כי הוא שיקר בעדותו בבית-המשפט, זאת בשל הפערים, המגמתיים לטענתה, בינה לבין הודעתו במשטרה – כגון תיאור מפגש נוסף בינו לבין המתלוננת בצהרי היום עובר לאירוע; הזזת תיאור התנגדות המתלוננת מתחילת יחסי המין שביניהם אל אמצעם וכן תיאור השימוש בכוח שעשה, כחלק מהאקט המיני.

טענות הצדדים בערעור המערערת בע"פ 7951/05

11. את ערעורה שלה מחלקת המערערת לשלושה ראשים: המישור העובדתי, המישור המשפטי וכן בעניין ניסוח בית-המשפט בנוגע למהימנותה של המתלוננת.

במישור העובדתי, טוענת באת-כוח המערערת, כי מתוך גרסתו של המשיב עצמו במשטרה, משתמע כי התנגדותה של המתלוננת התרחשה עם תחילת מעשה הבעילה. המשך דבריו בחקירה, מהם משתמע כי התנגדות המתלוננת התגבשה בעצם הבעילה, מטרתם להרחיק את המשיב מדבריו הקודמים ולחמוק ממשמעותם, קרי חוסר הסכמה עוד לפני החדירה. יחד עם זאת, גם כך לא ברור כלל, כי המשיב מתכוון לכך שחוסר ההסכמה נוצר בשיאו של אקט המיני עצמו ולמעשה, בדבריו קודם לכן יש

משום הודאה, כי התנגדותה של המתלוננת נוצרה בתחילת מעשה החדירה – התנגדות שבעקבותיה הפעיל המשיב במודע כוח על המתלוננת.

במישור המשפטי טוענת באת-כוח המערערת, כי גם אם נקבל את הגרסה העובדתית אליבא דבית-המשפט המחוזי, לפיה בוצעה החדירה הראשונה בהסכמתה המלאה של המתלוננת וחוסר ההסכמה נתגלה למשיב רק מאוחר יותר, הרי שבכל זאת יש להרשיעו באונס.

לטענתה, גם מצב שתחילתו ברצון וסופו באונס ראוי לו להיכנס בגדר אינוס. על-פי גישת בית-המשפט המחוזי, מהרגע שהחדירה הראשונה הושלמה בהסכמה, כל החדירות שלאחריה אינן מהוות עוד בעילה וממילא לא ייכנסו לגדר העבירה. המערערת טוענת כי פרשנות זו אינה סבירה: אין לה אחיזה בלשון הסעיף, אשר אינו מבחין בין בעילה לבעילה. פרשנות זו אף אינה מתיישבת, אליבא דהמערערת, עם השימוש הרגיל בשפה, לפיה חדירה הינה מעשה מתמשך על-פני זמן ולא אירוע יחיד. עבירת האינוס יכולה להתרחש בכל עת בה מתמשך מעשה החדירה. לבסוף טוענת באת-כוח המערערת, כי גם לפי האינטרס המוגן, אין מקום להרשעה במעשה מגונה, שכן המחוקק הבחין בפירוש בין מעשה מיני הכולל חדירה לגוף האישה לבין מעשה שאינו כולל חדירה, ובמסכת העובדתית שבפנינו, ברור שהעבירה נכנסת לגדר המקרה הראשון.

מבחינת שיקולי המדיניות, מזכירה באת-כוח המערערת, כי הגישה אשר היתה מקובלת בעבר, אשר על-פיה יש לתפוס אישה הנשואה לבעלה כאילו נתנה מראש הסכמה מכללא לכל בעילותיו, איננה מקובלת עוד היום. באופן דומה, לא ניתן ולא ראוי לתפוס את האישה בהסכמתה הראשונה, כאשר למשיב ברורה נסיגתה מהסכמה זו בהמשך מעשה הבעילה. לטענתה, הקביעה כי בעילה כנגד הסכמת האישה הינה אונס, גם אם החדירה הראשונה בוצעה בהסכמה, מתיישבת עם המגמה המשפטית והערכית במשפט המקובל: במספר מדינות בארה"ב, באנגליה ובניו-זילנד. עמדה ערכית זו באה לאשש את הטיעון המשפטי, אולם לשיטת המערערת, לשון החוק אינה מותירה כל מקום לפרשנות, ואכן בענייננו מדובר באינוס.

באשר לניסוחו של בית-המשפט המחוזי בעניין מהימנות המתלוננת, מבקשת באת-כוח המערערת להסתייג מניסוח זה - ניסוח אשר החמיר בשיפוטו הרבה מעבר לנדרש לצורך הכרעת הדין. לטענתה, דבריו הקשים של בית-המשפט עלולים להרתיע מתלוננות אחרות מלהתלונן בשל ניסוחים דומים ומחזקים את הרגשת "אשמת" הקרבן,

וזאת למרות שבסופו של יום הורשע המשיב בדין. לדעת המערערת ניתן היה לעשות זאת ללא קביעות מהימנות כה שליליות והעלאת השערות קשות ביחס להתנהגות המינית של המתלוננת.

12. ביחס לטענותיה של המערערת במישור העובדתי, טוענת באת-כוח המשיב, כי בית-המשפט התרשם מהמשיב באופן בלתי אמצעי, ובחר לאמץ את גרסתו במשטרה באופן כללי ולא גורף. במסגרת זו, רשאי הוא לעשות אבחנה בין חלקים שונים בעדותו לעניין המהימנות. משכך, טוענת באת-כוח המשיב, אין להתערב בפרשנותה של הגרסה, אותה קבע בית-המשפט בסופו של דבר כמהימנה, באשר אין זה מתפקידה של ערכאת הערעור. בנוסף, לטענתה, גם מדבריו של המשיב במשטרה משתמע, כי אכן אי-ההסכמה התרחשה לקראת סיום האקט המיני, ולא עם תחילתו כפי שטוענת המערערת.

באשר למישור המשפטי, טוענת באת-כוח המשיב, כי בפרשה זו מדובר באירוע מיני אשר עד שלב מתקדם ביותר נעשה בהסכמה מלאה. לטענתה, בשלב כה מתקדם של אקט מיני, לאחר משחק מקדים ארוך, לא היה באפשרותו של המשיב לגבש מחשבה פלילית לעניין עבירת האינוס, שכן במשך הזמן מרגע הבעת אי-ההסכמה על-ידי המתלוננת ועד לרגע בו המשיב הגיע לסיפוקו, חצי דקה להערכתו הסובייקטיבית של המשיב, לא היה יכול אדם סביר במצבו לגבש כל מחשבה פלילית, שהרי לא היה צלול בדעתו, אלא מרוכז ביצרו. במקרה שבפנינו, לטענת באת-כוח המשיב, לא התרשם בית-המשפט כי היה שימוש בכוח מצידו, וכן הזמן שעבר בין התנגדות המתלוננת לסיום האקט היה קצר ביותר. לעניין הגדרת יסוד הבעילה בעבירת האינוס, סומכת באת-כוח המשיב את ידיה על החלטת בית-המשפט המחוזי בקובעו, כי מעשה אינוס כולל אלמנט של חדירה ובעניין זה יש לפרש את העבירה בפרשנות המקלה עם הנאשם, קרי הכניסה הראשונה לגוף המתלוננת בלבד, ולא המשך כניסה ויציאה ממנו. משהושלמה הכניסה הראשונה בהסכמה, אין להרשיעו באינוס. לטענתה, גם אם ייקבע, כי יש לפרש את החדירה כמונח מתמשך, הרי שדבר זה יפעל לטובת המשיב דווקא, שהרי התחלת ביצוע המעשה המתמשך היתה בהסכמה, עד פרק זמן קצר לפני סיומו, ומשכך פני הדברים, אין להרשיעו באונס. בנוסף טוענת היא, כי עבירת האינוס הינה עבירה אקטיבית, ולא ניתן לבצעה במחדל, קרי באי-יציאה מגוף המתלוננת. לבסוף, לשיטת באת-כוח המשיב גם אם יקבע בית-המשפט כי מדובר באונס, אין להחיל סטנדרטים אלו באופן רטרואקטיבי על המשיב, ככל עבירה פלילית חדשה, שכן לא ניתן לקיים מודעות פלילית לקיום עבירת אינוס.

לעניין ניסוח בית-המשפט, מדגישה באת-כוח המשיב, כי בית-המשפט דחה את גרסת המתלוננת ומצא אותה בלתי מהימנה, תוך ביסוס מסקנה זו במספר תמיהות, אי-דיוקים וסתירות העולות מגרסתה. המתלוננת ניסתה לתרץ את אלו בלחץ המתמשך של משפחת המשיב, אולם לא תמכה זאת בראיות ואף לא הגישה כל תלונה בעניין זה. המתלוננת אף לא חששה מתגובת משפחת המשיב בעדותה בבית-המשפט, בה סתרה את הודעתה במשטרה. לטענתה, מתלוננת אשר מודה כי שיקרה בשל לחץ שהופעל עליה במשטרה, יכולה באותה מידה לשקר בבית-המשפט בשל לחצים אחרים. בעניין זה טוענת היא, כי מול כל מתלוננת בעבירת מין ניצב נאשם, אשר גורלו ושמו הטוב תלויים בהכרעת וניסוח בית-המשפט. על כן ישנה חשיבות רבה ליכולתו של בית-המשפט לקבוע ולנסח את רשמיו ממהימנות הצדדים כרצונו, ולהוקיע עדויות שקריות ובלתי מהימנות של מתלוננות בעבירות מין.

ד"ו

13. בבחינת המקרה שבפנינו, אדרש לטענותיהם השונות של הצדדים כפי שפורטו לעיל. אחל בבחינת ערעורו שכנגד של המשיב.

ערעור המשיב בע"פ 8281/05

כאמור, טענה באת-כוח המשיב בפנינו, כי עיקרון זיכוי של נאשם מחמת ספק סביר, מחייבת אותנו לבחור בגרסה העובדתית המקלה ביותר עם הנאשם, כל עוד לא נשללה על-ידי בית-המשפט.

אין מקום לקבל טענה זו. כלל ידוע הוא, כי בית-משפט זה, בשבתו כבית-משפט לערעורים, אינו מתערב בדרך-כלל בממצאים עובדתיים שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרה בו מסקנות אלו חורגות מן הסביר. בעניין שבפנינו לא חרג בית-המשפט המחוזי במסקנותיו. בית-המשפט נימק בצורה ברורה, מדוע איננו רואה את גרסתו של המשיב כגרסה סבירה. המשיב עצמו הודה בחקירתו מספר פעמים, בהבנתו המלאה כי זו הפעם, בניגוד לפעמים קודמות, לא רצתה המתלוננת, בשלב כלשהו, בקיום יחסי המין ביניהם. הוא אף תלה את אי-הפסקת מעשהו בכך שהיה מגורה ביותר, ובמשתמע מובן, כי ידע כי היה עליו להפסיק. גם את השימוש של המשיב בכוח, קישר המשיב לכך שעמד לגמור, מחד, ולכך שהמתלוננת אמרה לו להפסיק (ת/9, עמ' 3-4), מאידך. בנסיבות אלו, מקובלת עלי לחלוטין קביעתו של בית-המשפט המחוזי, כי הודאתו של המשיב במשטרה נראית בעינינו כנה, הגיונית

ואותנטית. בקביעה זו קבע בית-המשפט למעשה, כי גרסתו האחרת של המשיב בבית- המשפט, הינה גרסה משוכללת אשר נועדה להרחיק עצמו מביצוע כל עבירה, והיא גרסה אשר איננה סבירה בנסיבות המקרה. אשר-על-כן, אינני רואה מנוס מדחיית ערעורו שכנגד של המשיב.

ערעור המדינה בע"פ 7951/05

14. אפנה כעת לדון בערעורה של המערערת, על שלושת ראשיו: העובדתי, המשפטי ובעניין ניסוחיו של בית-המשפט.

המישור העובדתי

המערערת טענה מספר טענות במישור העובדתי, אשר אין אני יכול לקבלן. טענות אלו מבוססות, בעיקרן, על פרשנותה לדבריו של המשיב בחקירתו במשטרה, מהם משתמע, לטענתה, כי התנגדותה של המתלוננת לקיום יחסי המין נוצרה עוד טרם תחילת הבעילה. מעבר לאי-ההתערבות של ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים, הרי שגם לגופו של עניין, על-אף שהפרשנות שהציעה המערערת איננה פרשנות רחוקה, נדמה לי, כי פרשנותו של בית-המשפט המחוזי מתקבלת יותר על הדעת. המשיב מציין, כי המתלוננת ביקשה ממנו להפסיק באמצע האקט, כלשונו. כך גם מציין כי הפעיל כוח בחדירה כי עמד לגמור (ת/9, עמ' 3). נראה, כי כוונת המשיב בדבריו הינה, כי התנגדות המתלוננת לא נוצרה טרם תחילת יחסי המין ביניהם, אלא בשלב כלשהו במהלכם. מעבר לכך: למעשה, מהווה קבלת פרשנותה של המערערת לדברי המשיב אימוץ באופן כללי דווקא של גרסת המתלוננת, גרסה אשר נשללה על-ידי בית-המשפט המחוזי בשל לא מעט תמיהות שהתגלו במהלכה. אשר-על-כן, נראה בעיני, כי אין לקבל את עמדתה של המערערת במישור העובדתי.

המישור המשפטי

15. במישור המשפטי, טענה באת-כוח המערערת בפנינו, כי גם בנסיבות העובדתיות כפי שקבען בית-המשפט המחוזי, יש להרשיע את המשיב בעבירת האינוס. בעניין זה, יש מקום לבחון את יסודותיה של עבירת האינוס, והאם מתקיימים הם במסכת העובדתית שבפנינו. לשם כך, אבדוק את סיווגה האנליטי של עבירת האינוס. לאחר מכן אבחן את הערך המוגן בעבירת האינוס ואת יישומו הראוי במקרים כגון אלו,

תוך בחינת מקרים דומים בפסיקת בית-משפט זה ובתי-משפט במדינות שונות. לבסוף, ארון במקומו של היסוד הנפשי ובהתקיימותו במקרה שבפנינו. מכל מקום, יש לבחון בראשית הדברים את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, אשר בחר להרשיע את המשיב בעבירה של מעשים מגונים.

ההרשעה במעשה מגונה

16. בית-המשפט נימק הרשעה זו כך:

"נראה שהתנהגותו (של המשיב), במהלך המשגל, מאותו שלב שהמתלוננת ביקשה ממנו כי יחדל, לאחר החדירה, מבססת כנגדו אשמה לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, דהיינו מעשה מגונה. "מעשה מגונה" מוגדר בס"ק (ו) לסעיף 348 לחוק האמור וזאת כדלהלן: "מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים". ברי שמעשהו של הנאשם בו אנו עוסקים עתה נעשה לשם סיפוקו המיני" (עמ' 11 להכרעת הדין).

הכרעה זו אינה מקובלת עליי. בית-המשפט המחוזי ביסס את ההרשעה על התנהגותו של המשיב במהלך המשגל. דא עקא, אותה התנהגות שנהג המשיב כנגד רצונה של המתלוננת ומתוך מודעות מלאה אכן כללה, כך לדידי בית-המשפט, יסוד מעשי של בעילה כהגדרתו בחוק ("במהלך המשגל"). אם כן, במידה ואכן התחשב בית-המשפט המחוזי במעשה החדירה שהתבצע, לא היה מקום להרשעה במעשה מגונה, כי אם באינוס ממש. ומנגד, אם קבע בית-המשפט, כי מעשה החדירה הושלם זה מכבר ואין להתחשב בו, מהי אותה התנהגות, ואיך המעשה האקטיבי (Actus Reus), אשר שימש כבסיס להרשעתו של המשיב בעבירת מעשה מגונה?

ברי, אם כן, כי לשם בחינת הרשעתו של המשיב, יש צורך בחריצת משפט באשר ליסוד הבעילה בעבירת האינוס, משמעותו ומקומו. זהו יסוד המחלוקת בין הצדדים שבפנינו בחלק המשפטי של הערעור. במידה ונכריע, כי יש מקום להרשיע את המשיב בעבירה של אינוס, יהיה זה תחת הרשעתו בעבירה של מעשה מגונה.

סיווג של עבירת האינוס

17. הרובד הראשון בו ראוי לנתח את העניין שבפנינו הינו הרובד המשפטי האנליטי, ובפרט, סיווגו של יסוד הבעילה בעבירת האינוס.

עבירת האינוס מעוגנת בסעיף 345(א)(1) לחוק:

"345. אינוס

(א). הבוועל אישה -

(1) שלא בהסכמתה החופשית.

...

הרי הוא אונס ודינו - מאסר שש-עשרה שנים".

עבירת האינוס הינה עבירה התנהגותית. יסודותיה העובדתיים הם התנהגות של "בעילה" (כהגדרתה בסעיף 345(ג) לחוק) ושני רכיבים נסיבתיים: הבעילה צריכה שתהא "של אישה" ושתעשה "שלא בהסכמתה החופשית". סעיף 345 לחוק העונשין מגדיר את "הבוועל" כזה "המחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה".

בהתייחס להגדרה זו, טענה בפנינו באת-כוח המערערת, כי הבעילה, או החדירה, הינה יסוד ההופך את עבירת האינוס לעבירה נמשכת, בנמקה את טענתה בטענות המבוססות על השימוש הרגיל בלשון ועל הערך המוגן. מנגד, טענה באת-כוח המשיב, כי יש לפרש את יסוד הבעילה בצורה מצמצמת, לפיה במידה והושלם מעשה החדירה לגופה של המתלוננת בהסכמה, שוב לא קוים יסוד הבעילה הנדרש להרשעה באינוס. טענה זו משמעותה המעשית היא, כי יש להתייחס לעבירת האינוס כאל עבירה רגעית. בניתוחם האנליטי של הצדדים אדון כעת.

18. אין בידי להסכים עם ניתוחה של באת-כוח המערערת. לא ניתן לנתח מונח משפטי על-פי שימוש רגיל בשפה. השימוש הלשוני במונח מסוים איננו מצביע, בהכרח, על משמעותו המשפטית, בוודאי בהקשר הפלילי, אשר בשל ההיבט החברתי החמור של הרשעה, מבוסס על נורמות קוגנטיות ומוגדרות היטב, ולא על כוונת צדדים לחוזה או בדומה לכך. על-מנת להגדיר עבירה מסוימת כעבירה נמשכת, הרי שיסוד הזמן נדרש בה באופן מהותי וחיוני לשם גיבושה של העבירה.

"העבירה היא נמשכת, כאשר תהליך ההתגבשות של רכיבה ההתנהגותי מותנה בהתמדה בו של העושה במשך זמן מסוים, כשכל התמדה נוספת בהתנהגותו מתמזגת עם הקטע הקודם במסגרת עבירה אחת, בעלת מומנט השלמה אחד, עם הפסקתה של אותה התנהגות... כל התמדה כאמור בהתנהגות העבריינית אינה אלא

דוחה את השלמת האירוע, כעבירה אחת ויחידה. העבירה משנה רק את היקפה בהתאם למומנט השלמתה הסופית" (שניאור זלמן פלר, יסודות בדיני עונשין, כרך ג' (ירושלים, 1992) להלן: פלר, 171-170).

"הדוקטרינה של העבירה ה'נמשכת' מתייחסת לעבירה, המחייבת קיום משך זמן כלשהו עד להשלמתה התחילית, ועם זאת היא הולכת ונמשכת עד להשלמתה הסופית, מבלי שהיא חדלה להיות עבירה אינטגרלית אחת... לאחר שבסיסה ה'איכותי' הושלם, היא הולכת ותופחת מבחינה 'כמותית', ככל שחולף הזמן, והעברייך לא מילא את החובה המוטלת עליו, והיא 'מבשילה', כאשר אירע מאורע, המנתק את רציפותה, או כאשר מוגש כתב אישום" (ר"ע 122/82 עלפי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 326, 330; ראו גם ע"פ 519/82 גרינברג נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 187; ע"פ 4745/97 בוני הבירה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 766; ע"פ 4391/03 יוסף אבו ריא נ' מדינת ישראל (טרם פורסם); מ' קרמניצר "עוד על עיתוי ההשלמה של עבירת הגניבה" משפטים יח 487, 499 (תשמ"ט)) (ההדגשות אינן במקור - ס.ג.).

עבירת האיננס איננה מסוג העבירות, בהן יסוד הזמן הינו חלק מהבסיס להיווצרותה של העבירה. העבירה מושלמת, בהיבט היסוד העובדתי, ברגע בו הושלמה החדירה כמתואר בחוק. מבחינה זו, עבירת האיננס הינה עבירה המכונה "רגעית", שבה ובשכמותה "אין לשיעור הזמן שבו מתממש הרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבה משמעות קונסטיטטיביית להתהוותה" (פלר, 172). סיווג זה של עבירת האונס אף הוזכר בעבר בבית-משפט זה:

"המייחד את העבירה הרגעית- כגון רצח, הריגה, אונס, שוד או גניבה- הוא שלמשך הזמן אין משמעות קונסטיטטיביית להתגבשותה" (דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, להלן: פרשת משולם, 184) (ההדגשות אינן במקור - ס.ג.).

19. הנה כי-כן, אין מקום לקבל את סיווגה של עבירת האונס כעבירה נמשכת. מנגד, אינני מסכים אף לטענתה של באת-כוח המשיב, הטוענת, כי עם השלמתה של החדירה הראשונה בהסכמה, הרי שאין כל מקום להרשיע את המשיב באיננס. טבעו של המעשה המיני הוא, כי איננו עשוי מחדירה אחת, כי אם מסדרה חוזרת ונשנית. יש לזכור, כי כל פריט מסדרה זו, כלומר כל מעשה חדירה, עלול הוא להקים עבירה של איננס בפני עצמה, בהתקיים כל יסודות העבירה, העובדתי והנפשי. למעשה, מהווה לטעמי עבירת האיננס, בפני עצמה, עבירה המכונה "עבירת רבת-פריטים", בגדרה

נחשב רצף מעשים שכל אחד מהם עשוי לענות בנפרד על יסודות העבירה הפלילית, כמקשה אחת של עבירות אשר אינן ניתנות להפרדה מושגית, והן מאוחדות על-ידי הנסיבות, משך הזמן, והיסוד הנפשי של המבצע אותן. סוגיה זו של סיווג עבירה כעבירה רבת פריטים, נדונה בהרחבה בהרכב מורחב של שופטי בית-משפט זה בפרשת משולם. בפרשה זו נסקרו התנאים להתגבשותה של עבירה רבת-פריטים.

”המאפיין את העבירה רבת הפריטים הוא במחשבה פלילית אחת ובתכנון פלילי אחד, המקיף את הרצף כולו, וסוגר עליו. כן מתאפיינת עבירה זו בסדרת מעשים המהווים ביטוי לדחף עברייני אחד...העבירה רבת הפריטים תחול בכל אותם מצבים בהם הסתכלות על האירוע העברייני מובילה את המסתכל לכלל מסקנה כי תהא זו גישה מלאכותית להשקיף על האירוע כעל מספר עבירות כמספר הפריטים וכי ההסתכלות הנכונה, המשקפת באופן אמיתי את התופעה העבריינית, היא זו הרואה באירוע מכלול אחד המבוסס על פריטים מספר “ (שם, 186).

עבירת האינוס מתאימה היא, בדרך כלל להגדרה זו. זאת משום שהיא בנויה מסדרת מעשים המתרחשת ברצף, ללא הפרש זמן רב ביניהם, אשר כל אחד מהם בנפרד מסוגל להקים את העבירה, אולם הם מאוחדים על-ידי דחף עברייני ופרץ יצרי אחד ומיוחד. במקרה שכזה, השכל הישר מורה כי בפנינו ניצבת עבירה אחת, ולא מספר עבירות. הסתכלות אחרת תנביע תוצאה מלאכותית.

”טול לדוגמה אדם החובט ומכה בזולתו חזור וחבוט חזור והכה: בראשו, בידיו, ברגליו, בחזהו ובגבו. כל חבטה וכל מכה מאלו החבטות והמכות – כל אחת מהן – הינה עבירה לעצמה. ניתן – באורח תיאורטי – להגיש בגין כל אחת ואחת מאלו המכות והחבטות כתב-אישום לעצמו, או לחלופין, כתב-אישום אחד בן אישומים אחדים, כמספר החבטות והמכות. ואולם, תובע שכך יעשה יישלח לביתו אחר-כבוד, תוך שיתבקש לחזור ולשנות שיעור בדין העונשין ובניסוחם של כתבי-אישום. כל החבטות והמכות אשר הונחתו על הקורבן – ללא הרף, בזו-אחר-זו – יראו אותן כעבירה אחת של פגיעה בגוף הקורבן (סוג העבירה אינו לענייננו עתה), ועל דרך זה אף ינוסח כתב-האישום. הנה היא עבירה רבת-פריטים, ואיש לא יאמר – אף לא יעלה בדעתו לומר – כי נוגדת היא את עקרון החוקיות” (פרשת משולם, 235).

הנה מסתבר, כי אף במעשה אינוס אחד ורציף של אישה אחת, היינו עלולים לראות כל חדירה וחדירה כעבירה בפני עצמה, אלא שבמקרה זה כוונת המחוקק, הדוקטרינה המשפטית ואף השכל הישר מחייבים אותנו להסתכל על המעשה כולו כמקשה אחת, כעבירה אחת של אינוס.

20. ודוק: אין כוונתי להגדיר מספר מעשי אונוס שונים שנעשו על-ידי אותו עבריין בהזדמנויות שונות או כנגד נשים שונות, כעבירה אחת רבת-פריטים. מעבר למבחן השכל הישר שהוזכר, מבחן חשוב נוסף לצירוף מספר מעשים עברייניים לעבירה אחת, הינו מבחן של מדיניות שיפוטית וחשיבותו של הערך המוגן (ראו פרשת משולם, 185; ע"פ 1742/91 פופר נ' מדינת ישראל, פד"י נא(5) 289, 306; ע"פ 10996/03 פנחס נרקיס נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)). במקרים של עבירות חמורות כגון רצח או חבלות חמורות, נהיה מוכרחים להתייחס אל כל נפגע מהעבירה ולהאשים בגינו בעבירה נפרדת. כך גם במקרים אחרים, בו הסבו העבירות נזק כבד וקשה לאנשים רבים, ובכלל זה אף נזק כלכלי (ראו ע"פ 7075/03 אסתר אלון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)). כך גם כאשר עסקינן בעבירת האנוס. עיקרון כבוד האדם מחייבנו להתייחס לכל הזדמנות שונה בה בוצע מעשה האינוס, בין אם כנגד אותה אישה ובין אם כנגד נשים שונות, כאל עבירה נפרדת, בה נפגעו כבודה וקדושת גופה של אישה, עולם שלם אשר נחרב עקב מעשה הנבלה של העבריין.

21. היוצא מניתוח זה למעשה הוא, כי בנסיבות העובדתיות כפי שקבע בית-המשפט המחוזי, ובקביעותיו כאמור איננו מתערבים, ניתן לומר, כי כל עוד נעשו המעשים בהסכמה, הרי שלא התגבשה כלל כל עבירה. יחד עם זאת, ברגע בו מולאו כל יסודותיה של העבירה, העובדתיים והנפשיים, הרי שגובש ועמד על רגליו הפריט הראשון בעבירת האינוס רבת-הפריטים, אשר כל בעילה נוספת, שלא בהסכמה של האישה ובידיעתו של הבוועל, מהווה פריט נוסף בה, המגדיל את היקפה וחומרתה, עד לעצירת המעשה והפסקת אותו דחף עברייני. לו צויר, כי מעשה נוסף שכזה התרחש זמן מה לאחר מכן, הרי שהשכל הישר מחייב לראותו כעבירת אינוס נפרדת ומנותקת מעבירת האינוס הקודמת.

כאן המקום לציין, כי בארצות המשפט המקובל היסוד העובדתי בעבירת האינוס מוגדר כ- Intercourse (פיתוח של המונח הקדום "Carnal Knowledge"), כאשר בחלק מהמקומות מוגדר, בדומה לחוק אצלנו, כ- "Intercourse is complete by penetration". בחלק ניכר מהפסיקות בהן אדון בהמשך, קבעו בתי-המשפט השונים, כי משמעות הגדרה זו הינה, כי למעשה המונח "Intercourse" הינו מונח מתמשך ולא

רגעי, וכי יסוד החדירה המוזכר הינו הרף המינימאלי לשם קביעת נקודת התחלת ה-intercourse, אך אינו מורה על סופו, עם סיום החדירה הראשונה. לעומת דרך פרשנית זו, בחרתי אני לפסוע בדרך פרשנות העבירה כעבירה רבת-פריטים, שכן לדעתי דרך זו משקפת נאמנה יותר את המציאות, ומגינה טוב יותר על הערך החברתי שבשורש הנורמה הפלילית.

22. למעלה מן הצורך אוסיף, כי גם אם יבוא מאן דהו ויטען, כי יש לסווג את עבירת האינוס, ובפרט את יסוד הבעילה שבה, כעבירה נמשכת, הרי שלטעמי לא תשתנה התוצאה בערעור זה. גם בעבירה נמשכת אין חובה לומר, כי יש חפיפה מתמדת בין תחילת המעשה המתמשך לבין תחילת העבירה המתמשכת. ניתן לומר, כי גם במעשה אשר החל באופן חוקי לחלוטין, הרי שעם שינוי הנסיבות האופפות את המקרה ועם קיומן של כל הנסיבות המקימות את העבירה (בענייננו, השינוי בהסכמתה החופשית של האישה לקיומה של הבעילה), הרי שזהו הרגע שבו החלה העבירה, הנמשכת והולכת כאירוע יחיד עד להפסקתה (ראו והשוו פלר, 216-215). ניתן לדמות זאת באופן פשוט לנהג החונה עם רכבו במקום חניה בתשלום. אותו נהג שילם עבור חניה לשעה תמימה. מטבע הדברים, החניה הינה פעולה מתמשכת. עם חלוף אותה השעה, ממשיך רכב זה לחנות, כאשר עם שינוי הנסיבות הופכת החניה למעשה לעבירת תנועה. האם יהיה מי שיאמר, כי מאחר שחנייתו הראשונית של הנהג נעשתה באופן מותר, לא ניתן יהיה להרשיעו ולקנסו לאחר תום השעה המותרת? מעבר לכך, גם שיקולי המדיניות והערך המוגן, כפי שאפרט לקמן, זהים הם בענייננו, בין אם המדובר בעבירה מתמשכת ובין אם בעבירה רבת פריטים. מכל מקום, כפי שהסברתי לעיל, סבור אני, כי הניתוח המדויק יותר של עבירת האינוס מורה כי בפנינו עבירה רבת-פריטים ולא נמשכת.

הערך המוגן וסוגיית שינוי הלבבות

23. על-כל-פנים, בניתוח דוקטרינאלי-אנאליטי של המעשה לא סגי. ניתוח זה הינו הרובד התחתון, המסד עליו יבנה הרובד הנוסף, הוא הרובד המוסרי-חברתי, הרובד בו ייבחן הערך אשר עליו רוצה החברה להגן באמצעות הנורמה הפלילית. בפריזמה זו תיבחן הדוקטרינה המיושמת במקרה זה, האם ראוי הוא יישום זה בנסיבות העניין. הדוקטרינה המשפטית בכלל, וזו הפלילית בפרט, פרגמטית היא בעיקרה, ומחפשת היא את ההתאמה למציאות. עוצמתה ונכונותה נבחנות הן על-פי היעילות והעקביות בהן מנותחים האירועים העבריינים, ועל-פי הדיוק שהיא מאפשרת בהגנה על הערכים החברתיים המוגנים. כפי שאמר חברי המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין, על הדוקטרינה

להצדיק את קיומה בשיטת המשפט, ולא להיות אך יפה לשיעורים של דיני עונשין באוניברסיטה (ראו פרשת משולם, 225). נעבור כעת, אם-כן, לבחינת הערך המוגן בעבירת האינוס ובפרט, ליסוד הסכמתה של האישה ויכולת חזרתה ממנה.

24. רבות נאמר על הפגיעה האנושה הנגרמת לאדם, בהיותו נכפה בכוח וכנגד רצונו לקיים מעשה, אשר במקורו הינו מעשה אהבה וביטוי לאחדותם של שני אנשים, בגוף ובנפש. זהו מעשה המחלל את גופו של הקרבן, את האוטונומיה שלו, את כבודו, את נשמתו.

“..עבירת האינוס נועדה ובאה להגן על ריבונות האישה על גופה, על כבודה של האישה כאדם, על האוטונומיה של רצונה, על הַאָנִי. בריח-התיכון בעבירת האינוס הוא הגנה בלתי מתפשרת על זכותה של האישה – כמוה כגבר – לבחירה חופשית; הרשות נתונה לה לאישה, וזכותה עומדת לה לבחירה חופשית מה תעשה ומה לא תעשה (והוא, כמובן, כל עוד לא תפלוש לשדה הזולת). פלישה שלא-בהיתר לגופה של אישה, לגופו של אדם, משפילה היא – משפילה ומדכאת; כואבת היא, כואבת-במאוד; פוגעת היא – פגיעה חדה וכואבת; מעליבה היא – והעלבון עמוק וצורב. נרמס הַאָנִי, הנפש נחתכת, נפגע החופש, נגרעת האוטונומיה של הרצון, נדרס הכבוד...” (ע”פ 115/00 טייב נ’ מדינת ישראל, פ”ד נד(3) 289, 330; ראו גם ע”פ 5612/92 אופיר באר’י נ’ מדינת ישראל, פ”ד מח(1) 302 (להלן: פרשת באר’י); ע”פ 4187/04 יורי גנטשקה נ’ מדינת ישראל (טרם פורסם)).

חומרה יתרה נודעה לה, לעבירת האינוס, בשל החדירה הפולשנית אל גוף האדם ועוד יותר, בשל הסכנה הטמונה של גרימת הריון בלתי רצוי.

25. בשל חומרת עבירה זו והרצון להגן על נשים מפני מבצעה, וכן בשל המורכבות והעדינות של המצבים בהם עלולה היא לזקוף את ראשה המכוער, נצרך בית-משפט זה, פעמים לא מעטות, להיזקק למצבים שונים, העלולים הם להיחשב כמצבי קצה, או כמצבים גבוליים, ביחס להיכללותם בתחומה של עבירת האינוס.

במסגרת זו, נקט בית-משפט זה בפרשנות מרחיבה באשר ליסוד החדירה. בעניין זה נקבע למשל, כי די במגע או בחדירה חלקית לאיבר המין של האישה, או כי אין צורך בזקפה על מנת לקיים את יסוד החדירה (ע”פ 5165/98 ברוך דסה נ’ מדינת ישראל (לא פורסם)); ע”פ 5296/00 פלוני נ’ מדינת ישראל, פ”ד נד(5) 385; לקביעות דומות במשפט האנגלי, ראו Archbold, Criminal Pleading, Evidence and Practice

1852, (London 2005)). נמצאנו למדים, כי יסוד החדירה בפרט, על אף ואולי בשל הביקורת שנמתחה עליו, ובכלל על עבירת האינוס, כביטוי לתפיסה פטריארכאלית ולא-שוויון בין המינים (ראו איילת שחר, מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האונס, עיוני משפט יח (תשנ"ד) 159), זכה לפרשנות המאפשרת להכיל בתוכו מקרים נוספים. יש במגמה מרחיבה זו בכדי לפגום בטענת באת-כוח המשיב, בדבר צמצום יסוד החדירה לכדי החדירה הראשונה בלבד. פרשנות שכזו מנוגדת למגמת הפסיקה.

26. מדיניות מרחיבה דומה נקט בית-המשפט גם ביחס ליסוד אי-ההסכמה, או שמא נאמר: מדיניות מדייקת וקולעת יותר לנסיבות החיים המורכבות. כברת דרך עשתה עבירת האינוס בעניין זה, בחקיקה ובפסיקה, החל מהמעבר מהדרישה ההיסטורית להתנגדות פיזית, דרך זניחת הדרישה לשימוש בכוח וכלה בדרישה להבעת אי-הסכמה (ראו פירוט נרחב בע"פ 5938/00 ניסים אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 873 (להלן: פרשת אזולאי) והמובאות שם; ע"פ 2606/04 יגאל בנבידה נ' מדינת ישראל (לא פורסם); ע"פ 111/99 ארנולד שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 769 (להלן: פרשת שוורץ); ע"פ 862/80 מדינת ישראל נ' שבירו, פ"ד לה (2) 775). כיום, הוצב גבול ברור, לפיו קיום יחסי מין מותנה ברצונה החופשי של האישה ביחסים אלו. אי-ההסכמה יכולה אמנם ללוש צורות התנהגות שונות ומגוונות, אך המשותף לכולן הינו המסר הברור, כי היא איננה מעוניינת בכך. עם העברת מסר זה, יהיה בהמשך קיום יחסי המין משום עבירה פלילית חמורה (ראו פרשת אזולאי, 889).

27. יסוד ההסכמה זכה להתייחסות ולהרחבה לא רק באשר לדרכי ביטוי, אלא לשאלת מיקומו במישור הזמן. כלומר, עד איזה שלב בהתקדמות היחסים האישיים והאינטימיים בין בני זוג מותר לה לאישה להביע אי-הסכמה לקיום יחסי מין, והאם ובאיזה שלב "נתפסת" היא האישה בהסכמתה הראשונית ולא ניתן עוד לומר, כי בקיומם של היחסים יש משום מעשה אינוס.

כברת דרך עשה המשפט המקובל בעניין זה. עוד בשנת 1949, נקבע באנגליה, כי אישה נחשבת כמסכימה מכללא לקיום יחסי מין עם בעלה, וכי באופן הגדרתי לא יוכל זה לבצע בה מעשה אונס, כל עוד חיים הם ביחד. בעניין זה, נחשבו יחסי המין כחלק ממחויבותה של האישה במסגרת הסכמתה לנישואין, ועל-כן מהווים הם חריג לאיסור הפלילי של אינוס (Marital Rape Exemption).

"As a general proposition it can be stated that a husband cannot be guilty of a rape on his wife. No doubt, the reason for that is that on marriage

the wife consents to the husband's exercising the marital right of intercourse during such time as the ordinary relations created by the marriage contract subsist between them. The marital right of the husband in such circumstances exists by virtue of the consent given by the wife at the time of the marriage and not by virtue of a consent given at the time of each act of intercourse as in the case of unmarried persons. Thus, the intercourse is not by virtue of any special consent, but is based on an obligation imposed on the wife by reason of the marriage" (R. v. Clarke, [1949] 2 All ER 448, 33 Cr App Re 216).

עמדה זו של המשפט האנגלי שונתה רק בשנת 1991, בעניין R. v. R, שם

נקבע, כי:

"one of the most important changes is that marriage is in modern times regarded as a partnership of equals, and no longer one in which the wife must be the subservient chattel of the husband. Hale's proposition involves that by marriage a wife gives her irrevocable consent to sexual intercourse with her husband under all circumstances and irrespective of the state of her health or how she happens to be feeling at the time. In modern times any reasonable person must regard that conception as quite unacceptable" (R. v. R. [1991] 4 All ER 481; ראו גם R. v. C. [2004] 3 All ER 1).

גם במשפט האמריקאי התרחש תהליך דומה, כאשר חריג זה בוטל, בתהליך איטי, ברוב המדינות (ראו State v. Robinson, 496 A.2d 1067, 1070 (Me.1985) וכן Amanda O. Davis, 'Comment: Clarifying the Issues of Consent: The Evolution of Post-Penetration Rape Law, 34 Stetson Law Review, 729 (להלן: Davis). במשפט הישראלי, לעומת זאת, נקבעה הלכה זו כבר בשנת 1980, בהתבסס על המשפט העברי (ע"פ 91/80 משה כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 281; ראו גם יורם שחר, אנוסה על-פי דין?, עיוני משפט ח' (תשמ"א-תשמ"ב) 494-649 (להלן: יורם שחר)).

בעניין זה ראוי לציין, כי בניגוד למשפט המקובל, מקדמת דנא ראה המשפט העברי בקיום יחסי המין כקיום מצווה וכחובה של האיש לאשתו ולא כאל אמצעי לסיפוק יצריו בלבד. כן קבע המשפט העברי עמדה הלכתית נחרצת כנגד קיום יחסי מין

בכפייה, אף כאשר המדובר בכני זוג נשואים ולא הניח קיומה של הסכמה כלשהי "מכללא". כך למשל הוגדרו "בני אנוסה" אשר הוזכרו בתלמוד (תלמוד בבלי, נדרים כ', ב'):

"בני אנוסה- אין צריך לומר שאם אנס אשה והוליד ממנה בן, אלא אפילו אנס אשתו לתשמיש. וכן שנינו במסכת כלה מפני מה הויין לאדם בנים בעלי מומין מפני שתובעה ואינה נתבעת לו, פירוש אינה מתרצת לו... וכן איתא בעירובין (תלמוד בבלי, עירובין ק', ב') כל הכופה אשתו לדבר מצוה נקרא רע שנאמר (משלי יט) גם בלא דעת נפש לא טוב נמצא כי האונס אסור אף באשתו אלא אם הוא צריך לאותו מעשה יפייס ואח"כ יבעול" (ארבעה טורים, אורה חיים, ר"מ (ההדגשות אינן במקור- ס.ג.); ראו גם ר' משה בן מיימון, היד החזקה, הלכות אישות, יד' ח'; להרחבה בעניין זה ראה עוד בנחום רקובר, יחסי אישות בכפייה בין איש לאשתו, שנתון המשפט העברי ו-ז (תשל"ט-תש"ם) 317-295).

28. גם כאשר נקבע, כי לא תיתפס עוד אישה בהסכמות "מכללא" כגון אלו, עדיין נותרה השאלה, האם ומתי מותר לה לחזור בה מהסכמה מוקדמת. הפסיקה הישראלית התייחסה לנושא זה, בכנותה אותו "שינוי לבבות". ההלכה אותה הציב בית-משפט זה פעם אחר פעם, היא, כי לאישה נתונה הזכות בכל שלב לפני קיום יחסי המין לסגת מהסכמתה ולסרב להם, כל עוד חזרה זו מהסכמה מובאת לידיעתו של בן-הזוג באופן ברור. בעניין זה, אין כל משמעות להתנהגותה הקודמת של האישה, בין אם היתה זו משתפת פעולה או אפילו יוזמת המפגש באופן פעיל.

"יכול בהחלט שיקרה, כי התנהגותה של מתלוננת כלשהי במקרה של עבירת מין פלונית, תיראה כבלתי נבונה, בלתי סבירה ואפילו אוילית וכי תעלה המסקנה שניתן היה למנוע מראש את התפתחותן של הנסיבות שנוצרו עובר לביצועו של המעשה. כבר היו דברים מעולם, ולא על פי אמת מידה זו נבחן אם נתקיימו יסודותיה של העבירה. השאלה הניצבת לפני בית המשפט היא לעולם, אם הוכח כי הנאשם בעל אישה שלא כדין ונגד רצונה.." (ע"פ 316/85 פול גרינוולד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 564, 577).

"אין צורך להסביר ששאלת ההסכמה עשויה להיות קשה ועדינה ביותר, בעיקר באותם מקרים שבהם קדמו לבעילה קשרי ידידות ואהבה והמתלוננת מודה בכך שהסכימה ליחסים אינטימיים, ובלבד שלא יגיעו למגע מיני מושלם. ברור שהאישה רשאית להציב גבול להסכמתה ושמכאן ואילך התנגדותה עשויה להיות

התנגדות ממשית ורצינית. דובר כאן על התנהגותה "המתירנית" של בחורה, אך שוב אין צורך להדגיש שהחוק שומר על כל אישה ושאפילו אישה מופקרת רשאית שלא להיבעל על כורחה. אלא מה? מבחינה עובדתית עלולה האישה עקב התנהגותה להימצא במצב שבו יש "צורך בראיות חזקות ביותר, כדי להוכיח 'שינוי לבבות' מטעם האישה והתנגדות אמיתית וראויה לשמה", כדברי מ"מ הנשיא ד"ר חשין ב-ע"פ 65/55 רבצ'יק נגד היועץ המשפטי, פ"ד ט 1373, בע' 1378 ה-ו. השינוי מהסכמה להתנגדות צריך להיות ברור מחומר הראיות" (ע"פ 277/76 מרדכי בוגנים נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 561, (להלן: פרשת בוגנים), 565).

"אף אם חולקים אנו על אופן התנהגותה של המתלוננת בשלב המוקדם או המאוחר לא די היה בכך לזיכוי המערער האחד או האחר, אם יוכח כי חרף ההתנהגות החופש, ואולי אף הפרובוקטיבית, בנקודת זמן כלשהי, עובר לבעילה, סירבה המתלוננת להיבעל ונבעלה בניגוד לרצונה" (ע"פ 235/90, 523/90 מרדכי חדד נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 209, 214) (ההדגשות אינן במקור- ס.ג.).

29. עינינו הרואות, כי ההלכה הפסוקה העלתה על נס את רצונה החופשי ואת האוטונומיה של האישה על גופה שלה ובהתאם לכך, את זכותה לסגת בכל שלב מהסכמתה, וזאת דווקא עובר לבעילה. בפנינו ניצב מקרה, לפיו התרחשה הנסיגה מההסכמה לאחר תחילת הבעילה. האם בשלב זה, כאשר בן-הזוג מודע לשינוי הלבבות שנוצר אצל זוגתו ובכל-זאת ממשיך במעשהו, ראוי להרשיעו בעבירת האינוס? מקרה שכזה זכה בארצות המשפט המקובל לכינוי "Post-penetration rape" ולחלופין "Initial Consent Rape" (ראו Amy McClellan, Comment, Post-Penetration Rape, 31 Santa Clara L.Rev. 779, 780 (1991) -, להלן: Increasing the Penalty, (McClellan), והוא זכה להתייחסויות שונות במקומות שונים. בלשונונו ניתן לכנותו "אונס שתחילתו ברצון", וכן נעשה מכאן ואילך.

30. מהם השיקולים אשר לאורם נלך בבחינת סוגיה זו? ניתן לטעון, כי אל מול הרצון לשמור מכל משמר על כבודה ורצונה של האישה, עולה החשש, כי הרחבת הקריטריונים להרשעה בעבירה כה חמורה, לא תקלע כיאות למשמעותם של יחסים אינטימיים בין בני זוג ולא תנתח באופן הנכון את אופיים הרוגש והדינאמי. נזכור נא, כי:

"הכלל כי 'לא' פירושו 'לא' ו'כן' פירושו 'כן' יפה לדיני חוזים, בהם הוודאות המשפטית מחייבת כי בהצעה ובקיבול 'ישלטו' שני צבעים בלבד, שחור ולבן. לא כן

ביחסי אישות ובהקדמות להם, בהם תופס מקום גם אזור דמדומים בין הסכמה לאי הסכמה, שגווניו כצבעי הקשת, כששפת הפה ושפת הגוף משמשים בו בערבוביה, עם כל הדקויות שביניהם. ובל נשכח כי ענייננו לא באנס אשר כופה בכירור את רצונו על אישה. שם הבעיה אינה מתעוררת כלל, והנסיבות מדברות בעד עצמן, גם אם תאמר האישה 'כן' שהוא כפוי מעיקרו" (פרשת בארי, 385).

האם ניתן לומר, כי לבן-הזוג, הנמצא עם זוגתו ביחסים אינטימיים בהסכמה נוצר בשלב כלשהו, ולו המאוחר ביותר, מעין "אינטרס הסתמכות"? האם לא ראוי, כי ייקבע כלל ברור, קו גבול אשר בחצייתו יידע בן-הזוג, כי הגיע אל "חוף מבטחים" וכי לא נדרש הוא לעמוד על המשמר? האם בכל שלב שהוא של המעשים האינטימיים ביותר צריך בן-הזוג לבדוק, ולשוב ולבדוק את הסכמתה של בת-זוגו?

31. לשאלות אלו ניתנו תשובות שונות בשנים האחרונות במדינות שונות בארצות-הברית. כך למשל, התייחס בית-המשפט לערעורים במדינת מרילנד לשאלה זו בפרשת Battle v. State. באותה פרשה קבע בית-המשפט, כי הרגע הקובע, הרגע הקריטי לבחינת הסכמתה של האישה, הינו רגע החדירה.

"Given the fact that consent must precede penetration, it follows in our view that although a woman may have consented to a sexual encounter, even to intercourse, if that consent is withdrawn prior to the act of penetration, then it cannot be said that she has consented to sexual intercourse. On the other hand, ordinarily if she consents prior to penetration and withdraws the consent following penetration, there is no rape" (Battle v. State, 287 Md. 675).

כך גם נפסק בפרשה דומה, State v. Way, בפסק-דין בבית-המשפט העליון במדינת צפון קרוליינה, בקובעו, כי:

"If the actual penetration is accomplished with the woman's consent, the accused is not guilty of rape, although he may be guilty of another crime because of his subsequent actions" (State v. Way, 254 S.E2d 760 (N.C. 1979)).

בית-המשפט לערעורים בקליפורניה (People v. Vela, (218 Cal. Rptr. 161 (Cal. Ct. App. 1985)), להלן: Vela) קבע גם הוא, כי אין להרשיע באונס במקרה

מעין זה, בטוענו, כי הפגיעה באישה באונס שתחילתו ברצון, מבחינה פיזית ונפשית כאחד, מועטת היא מהפגיעה הנגרמת באונס "רגיל" (Vela, 162).

32. מנגד, במספר לא מועט של מדינות בארצות הברית נקבע, כי אונס שתחילתו ברצון עשוי לגרור אחריו הרשעה באונס. כך נקבע בשנת 2003 בפסק-דין תקדימי בבית-המשפט העליון בקליפורניה, פרשת John Z. (John Z., 29 Cal. 4th 756,) 60 P.3d 186, להלן: John Z.). בפרשה זו הואשם קטין באינוס קטינה. מחומר הראיות התברר, כי יחסי המין ביניהם התחילו בהסכמה וכי בשלב מסוים, ביקשה הקטינה מהקטין להפסיק, אך הוא השתמש בכוח על-מנת להמשיך בפועלו במשך דקות ספורות. בית-המשפט סקר את ההכרעות בתקדימים השונים בנושא זה, בין היתר בפרשות Vela ו-Way, Battle (אשר ניתן בערכאה שמתחתיו) ואת הנימוקים שניתנו שם והתעמת עימם בקובעו, כי:

"With due respect to *Vela* and the two sister state cases on which it relied, we find their reasoning unsound. First, contrary to *Vela's* assumption, we have no way of accurately measuring the level of outrage the victim suffers from being subjected to continued forcible intercourse following withdrawal of her consent. We must assume the sense of outrage is substantial...

.. *Vela* appears to assume that, to constitute rape, the victim's objections must be raised, or a defendant's use of force must be applied, *before* intercourse commences, but that argument is clearly flawed. One can readily imagine situations in which the defendant is able to obtain penetration before the victim can express an objection or attempt to resist (John Z., 189)."

באותה פרשה, ביקש הנאשם להתגונן בטענה, כי במצבים של אונס שתחילתו ברצון, יש להעניק לגבר זמן סביר להפסקת הפעולה, מהרגע בו מתנגדת האישה להמשך קיום היחסים, זאת בשל העובדה, כי במעשה המיני מתעורר דחף זכרי ראשוני (Primal Urge) להתרבות ועל-כן אין זה סביר מהחוק לצפות, כי מעשהו יופסק באופן מיידי. טענה זו נפסלה על-ידי בית-המשפט, בקובעו, כי מלבד העובדה שלא נמצאו כל ראיות לתיאורית "הדחף הראשוני", אין בחוק כל הכרה בכך כהגנה מפני הרשעה באינוס. מלבד זאת, קבע בית-המשפט, לנאשם היה די והותר זמן להפסיק את מעשהו.

ברוח החלטתו של בית-המשפט העליון בקליפורניה קבע גם בית-המשפט לערעורים בטקסס בפרשת *Bunyard* (31 Kan. App. 2d 853; 75) *Bunyard* (P.3d 750). גם בפסק-דין זה נדחו נימוקי ההכרעה בפרשת *Vela*. כן נקבע, כי לסדר התרחשותם של יסודות עבירת האינוס אין משמעות לעניין ההרשעה:

"Quite simply, sexual intercourse performed when one participant is under force or fear is rape. It does not matter if the force or fear exists at the initiation of the act or whether it comes after consent is withdrawn. The act is rape under either circumstance" (*Bunyard*, 756).

החלטות דומות ניתנו במספר מדינות נוספות בארצות-הברית: במדינת מיין *McGill v. State*, 18P.3d) ; במדינת אלסקה (*State v. Robinson*, 496 a.2d 1067) ; במדינת מינסוטה (*State v. Crims*, 540 N.W. 2d 860) ; קונטיקט (*State v. Siering*, 644 A.2d 958) ועוד. בעקבות פסיקות אלו, תיקנה מדינת אילינוי את הדין הפלילי בחקיקה וקבעה, כי אונס שתחילתו ברצון דינו אונס (*State v. Siering*, 644 A.2d 958) (5/12-17 (2002), amended by Act of July 25, 2003, P.A., 93-389 §5).

גם בניו-זילנד נקבע, כי אדם הממשיך בקיום יחסי מין לאחר שנודע לו, כי בת-זוגו איננה מסכימה להם, יורשע באינוס (*R. v. Kaitamaki* [1980] 1 NZLR 59). פסק-דין זה אושר ב-Privy Council בשנת 1984 (*Kaitamaki v. R.* [1984] 2 All E.R 435) (P.C). ברוח זו תוקנה החקיקה באנגליה בשנת 2003, בסעיף 79 ל-Sexual Offences Act, שם נקבע, כי "Penetration is a continuing act from act from entry to withdrawal" (ראו Archbold, Criminal Pleading, Evidence and Practice (London 2005), 1851).

33. בעקבות הפסיקות שהוזכרו ושינויי החקיקה שבעקבותיהן, נפתח דיון נוקב בשאלה זו בקרב המלומדים. הבעיה המרכזית שהועלתה בהקשר זה, הינה הבעיה הראייתית. במקרים כגון אלו, בהם ליחסי המין קדמה הסכמה, בדרך כלל אין, מטבע הדברים, ראיות חיצוניות, בדמותן של עדים חיצוניים או פגיעות פיזיות ועל-כן פעמים רבות מדובר במקרים של "מילה כנגד מילה" (*Tiffany Bohn*, 'Yes, Then No, Means No: Current Issues, Trends and Problems in Post-Penetration Rape', 25 N.III.U L.R (2004-2005) 151, 173). במצב שכזה, כך נטען, לאישה ישנו יתרון מובנה, על רקע זניחת הדרישה להתנגדות פעילה של האישה ובעיקר בשל החוקים המכונים "Rape Shield Laws", לפיהם לא ניתן להביא במשפט אונס ראיות לגבי עברה המיני של קרבן העבירה (ראו והשוו, סעיף 2א לחוק לתיקון סדרי הדין

(חקירת עדים), תשי"ח-1957 (להלן: חוק חקירת עדים) וכן סעיף 13 לחוק נפגעי עבירה, תשס"א-2000 (להלן: חוק נפגעי עבירה)). היו שטענו, כי הכללת מקרים כגון אלו בעבירת האינוס, והורדת רף ההוכחה הנדרשת בעקבותיה, תגרום להרשעות יתר ולמספר רב של תלונות שקריות של נשים כנגד בני זוגן (ראו: Brett M. Kyker, Note: 'Initial Consent' Rape: Inherent and Statutory Problems, 53 Clev. St. L.R 161 (2005-2006)). בעניין זה נדונו מספר הצעות, כגון ענישה מוחמרת בגין תלונות שווא, או אי-החלת חוקי ה"Rape Shield" במקרים כאלו (ראו Bohn, Kyker). מבלי לקבוע עמדה בעניינים אלו, נראה לי, כי אין זו הפעם הראשונה בה נדרש בית-המשפט להכריע במקרי אונס על יסוד שאלות של אמינות גרסה מול גרסה. אמנם, מצבים אלו הינם עדינים ביותר ועל בית-המשפט לנקוט משנה זהירות בשאלות אלו, תוך הקפדה, כי יישמר נטל ההוכחה הראוי בפלילים של הוכחה מעבר לספק סביר. במידה וימצא זאת לנכון, יוכל בית-המשפט להתיר חקירת המתלוננת בדבר עברה המיני, בייחוד כשהדבר נוגע לתלונות קודמות לגבי אונס שתחילתו ברצון וזאת על-פי החריג בסיפא לסעיף 2 לחוק חקירת עדים. על-כל-פנים, אין הקושי הראייתי יכול להוות נימוק כשלעצמו למניעת הכרה במקרים כגון אלו כנכללים בעבירת האינוס.

34. טענה נוספת שנשמעה בעניין זה, היא כי למעשה מהווה הכללת אונס שתחילתו ברצון בעבירת האינוס מעין הפחתה בחומרת עבירת האינוס, שכן יש בה כריכה לא מוצדקת של שתי עבירות בדרגות חומרה שונות. כריכה זו פוגעת מחד, לשיטת הטוענים כך, בקרבנות מקרי אונס "אמיתיים", ומאידך מעניקה סטיגמה חברתית מחמירה מדי עם עוברי העבירה של אונס שתחילתו ברצון (Matthew Lyon, 'Comment: No Means No?: Withdrawal of Consent During Intercourse and the Continuing Evolution of the Definition of Rape', 95 J. Crim. L. & Criminology (Fall, 2004) 277 (להלן: Lyon)). לשיטה זו, נשים אשר נפלו קורבן לאונס שתחילתו ברצון, יסבלו פחות מההשלכות הפיזיות והנפשיות שבעקבות מעשה זה. על-כן, גם ענישתו של מעשה אינוס שכזה אינו יכול להיות שווה לאונס אשר תחילתו בחוסר הסכמה, הן בהיבט הגמולי והן בהיבט התועלתני של הענישה (Kyker, 177-180, 185).

גם לטענה זו אין בידי להסכים: בשורשה של טענה זו נמצאת ההנחה, כי נשים אשר מסכימות לקיום יחסי מין "ויתרו" על זכותן לסרב להמשכם או לחילופין, כי יש להטיל בהם אשמה מסוימת על הסכמתן הראשונית. על-פי קו מחשבה זה, בשל אותה השתתפות רצונית מוקדמת, נשים אלו סובלות פחות מהמשך כפוי ולעיתים כוחני של היחסים. מלבד העובדה, כי טרם הובאו ממצאים מדעיים שיתמכו בטענה זו, נראה לי

כי מדובר בשרידים של תפיסה חברתית מוטה, אשר נטתה לראות בנאנסת כאחראית למצבה ולא כקרבן. הצורך בעקירת תפיסה זו הביא, בין היתר, גם לחקיקתם של חוקים כדוגמת סעיף 2 לחוק חקירת עדים וסעיף 13 לחוק נפגעי עבירה (ראו גם Davis, 749). אין בסיס להנחה, כי הפגיעה הנפשית שתיגרם לאישה שסבלה מאונס שכזה תהא פחותה לעומת קרבן של אונס אלים. ניתן אף אולי לצייר, כי תחושת הבגידה שתחושו הקרבן מצד האוהב אשר נהפך לאויב, תהא חזקה יותר. מכל מקום, הסכמתה הראשונית של האישה לא תוכל לבוא לה לרועץ, ולהיחשב כמעין הסכמה מכללא, שכן אין מדובר כאן ביחסים חוזיים של החלפת ממון, אלא ביצירת היחסים האינטימיים ביותר ובהענקת מתנת הקרבה המשמעותית והקרובה ביותר שיכול אדם לתת לרעהו. לא נוכל לקבל גישה, הכובלת אדם זה או אחר להעניק דבר זה כנגד רצונו, וזאת גם אם הסכים קודם וכעת חזר בו, מכל טעם שהוא.

35. לבסוף, היו שטענו, כי בנסיבות אלו של אונס שתחילתו ברצון לא הוגדרו בצורה מספקת הגבולות הנדרשים לשם קביעת נורמה פלילית בת-ענישה. כך למשל, לא הוגדר זמן סביר במסגרתו על האיש לחדול מקיום יחסי המין מרגע היוודע לו, כי בת-זוגו חזרה בה מהסכמתה (ראו 'Note: Acquaintance Rape and Degrees of Consent: "No" Means "No," But What Does "Yes" Mean?', 117 Harv. L. Rev. 2341, 2363 (2004)). בהקשר זה נשאלה השאלה, האם ניתן להציב נורמה של "סבירות" בעבירת האינוס. למעשה נטען, כי עבירה שכזו מציבה סטנדרטים בלתי מעשיים ובלתי אפשריים לעמידה ויוצרת חוסר וודאות משפטית בעייתית ביותר בהקשר הפלילי, בכך שגברים לא ידעו מהו המצופה מהם בהתנהגותם המינית עם נשים ויהפכו ל"עבריינים בעל כורחם" – האם מצופה מגברים, נשאל בציניות, להחזיק בשעון עצר בכדי לדעת מתי להפסיק? (Lyon, 307). מצב כזה של חוסר בהירות עלול, לדעת אנשים מסוימים, להוביל למצבים אבסורדיים, כגון חתימה על הסכם חוזי טרם קיום יחסי המין, במסגרתו תינתן הסכמה "בלתי חוזרת" לקיום היחסים (Bohn, 180).

לטעמי, מהווה טענת הזמן הסביר זו טענה מסוכנת, בשל היותה קרובה לטענת "הדחף הראשוני" הבלתי ניתן לריסון. על אף הפיתוי שבדבר, גברים כמו גם נשים מסוגלים, בכל שלב, להתנהג באופן רציונאלי ולרסן את מעשיהם. יכולת זו הינה מותר האדם מן הבהמה, אשר איננו עבד ליצריו אלא מושל בהם. זאת ועוד: חוק העונשין הישראלי איננו מכיר בהגנה של "דחף ראשוני" ואינו כולל דרישה לזמן מסוים לביצוע עבירת האינוס. לא ניתן לומר, כי מרגע שנודע לאדם באופן ברור על חזרה מהסכמה מצד זוגתו, ניתן לו זמן כזה או אחר לסגת. באופן פשוט וברור, מרגע שהתגבשה מודעותו לנסיבות החדשות, עליו להפסיק את מעשהו באופן מיידי.

בהקשר זה מעניין לראות, כי הטיעונים הנזכרים כנגד הכללתו של אונס שתחילתו ברצון בעבירת האינוס, דומים הם לטיעונים שנטענו בזמנו כנגד ההכרעה, כי אדם מסוגל לאנוס את רעייתו (ראו והשוו יורם שחר, 658-673). משמע, כי טיעונים אלו הינם במידה לא מבוטלת תוצר של תפיסות חברתיות מוטות, הנכונות לשעתן, אך לא בהכרח לאחר מכן. על בית-משפט זה להיות ער לכך בהביאו בחשבון טיעונים אלו, זאת כמובן בשים לב ותוך יצירת מנגנונים אשר ימנעו את הסכנות האפשריות.

36. היכולת לקיום יחסי אהבה אמיתיים, ויחסי אישות בכללם, הינה יכולת אנושית ייחודית, יכולת האוצרת בתוכה את תמציתו הנפשית והרצונית של כל אדם. יכולת זו מושתתת היא על האמון בין בני הזוג ועל הבחירה החופשית של כל אחד מהם. ללא בחירה זו, אין ליחסים אלו כל ערך. האמון בין בני הזוג כולל הוא, מיניה וביה, גם את מתן האפשרות לסגת מהיחסים, כאשר איבדו אלו את ערכם בעיני אחד מבני הזוג, ואת השמירה על בחירתו החופשית של כל אחד מהם. בעניין זה, נבדלים הם יחסי האהבה והאישות מכל משאב אחר, בו יכול בן אנוש לסחור ולקיים יחסים חוזיים. לא ניתן בעניינים שבלב, להעניק התחייבות בלתי חוזרת.

על בית-משפט זה, לנושא הדגל של זכויות האדם וחופש הפרט במדינת ישראל, לעמוד ולהכריז בקול, כי בכל עת ובכל שעה מותר לו לאדם להחליט מה ייעשה בנפשו ובגופו. תהא אשר תהא הסיבה אשר בגללה תחפוץ האישה בהפסקת היחסים – כאב פיזי, חששות ועכבות נפשיות, מוסריות או אחרות – אין כל זכות, לאף אחד, לפגוע בחירות זו ולהתעלם ממנה. העושה זאת ראוי לגינוי חברתי ולענישה הולמת.

אשר-על-כן, רואה אני מקום לקבוע, כי אונס שתחילתו ברצון דינו כאונס. לאור זאת, ועל יסוד קביעותיו העובדתיות של בית-המשפט המחוזי ניתן לקבוע, כי הגם שהמתלוננת הסכימה לקיום יחסי המין בתחילה, העובדה, כי חזרה בה מהסכמתה וכי המשיב המשיך בבעילה אף לאחר חזרה זו, מקיימת את היסודות העובדתיים הנדרשים להרשעה בעבירת האינוס.

היסוד הנפשי

37. עם התפתחות הפסיקה והרחבת המקרים אשר עשויים בנסיבות מסוימות להיחשב כאונס, הובהר בד בבד, כי חיוני להקפיד על כך, כי יוכח שמבצע העבירה יהיה מודע לכך שיחסי המין הינם נגד רצונה של האישה (השוו למשל ע"פ 252/99

בנימין ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 88; פרשת אזולאי, 898; פרשת בנבידה, פסקאות 33-35). נטל זה משתנה הוא על-פי נסיבות העניין.

"יתכנו מקרים בהם אי ההסכמה נותרת בליבה של האישה פנימה ואינה נראית כלל כלפי חוץ. במצבים כאלו יתכן ולא יכול גבר לדעת שהאישה שעמו אינה מעוניינת ביחסי המין ויתכן ואף לא ראוי לדרוש ממנו, מבחינה נורמטיבית, שסברה כזו תעלה על ליבו. כך, במצבים בהם האישה היא זו היוזמת את היחסים מרצונה החופשי וכך גם במצבים בהם הגבר הוא היוזם, אולם האישה מביעה את הסכמתה באופן מפורש שאינו משתמע לשני פנים. יחד עם זאת, במקרים בהם הגבר הוא היוזם - פסיביות מוחלטת של אישה המוטלת חסרת תנועה ונותנת לאחר לעשות בה כרצונו, שכמוה כ"בובת חוטים" כפי שהעידה על עצמה המתלוננת בפרשת בארי, אישה המפגינה קיפאון ושיתוק ועל אחת כמה וכמה אישה המביעה כאב או בכי - כל אלו, ואין מדובר ברשימה סגורה, מהווים ואף ראוי שיהוו, אינדיקציה לאי ההסכמה לקיום יחסי המין ועל התנהגויות אלו להוות תמרוך אדום וסימן אזהרה" (פרשת בנבידה, פסקה 35).

כאמור, הדרישה לבירור ההסכמה מצד היסוד הנפשי של מבצע העבירה, משתנה היא על-פי נסיבות העניין והיחסים הקודמים בין בני-הזוג. מכאן יוצא, כי ככל ששלב החזרה מההסכמה מאוחר ומתקדם הוא יותר, נדרשת היא אף החרטה להיות ברורה ובהירה יותר, וזאת על-מנת לוודא, כי מבצע העבירה אכן היה מודע ללא כל ספק לשינוי הלבבות שהתרחש.

"שוב אין צורך להדגיש שהחוק שומר על כל אישה ושאפילו אישה מופקרת רשאית שלא להיבעל על כורחה. אלא מה? מבחינה עובדתית עלולה האישה עקב התנהגותה להימצא במצב שבו יש "צורך בראיות חזקות ביותר, כדי להוכיח 'שינוי לבבות' מטעם האישה והתנגדות אמיתית וראויה לשמה", כדברי מ"מ הנשיא ד"ר חשין ב-ע"פ 65/55 רבצ'יק נגד היועץ המשפטי, פ"ד ט 1373, בע' 1378 ה-ו. השינוי מהסכמה להתנגדות צריך להיות ברור מחומר הראיות" (פרשת בוגנים, 565).

כך גם במקרה שבפנינו. משקבענו, כי יש מקום להכליל בעבירת האינוס גם מקרה של אונס שתחילתו ברצון, הרי שיש לעמוד על המשמר ולוודא בכל מקרה לגופו, כי מבצע העבירה אכן מודע, מעבר לספק סביר, להתרחשותו של 'שינוי לבבות'. זהו ה'בלם' אשר יבטיח, במידת האפשר, כי לא תואשמה האשמות שווא בנסיבות העניין, נטל זה להוכחה נטל לא קל הוא, והוא מוטל על כתפי התביעה. כאמור, במקרה של אונס שתחילתו ברצון, בדרך כלל לא תימצאנה ראיות חיצוניות רבות לקיומה של חזרה

מהסכמה. מטבעו של עניין, בדרך כלל יימצאו בני הזוג לבדם, ללא עדים למעשה. בדרך כלל, לא יתבצעו מעשי אלימות קשים, אשר יעידו על מאבק והתנגדות. במקרים כגון אלו, ניתן למצוא בפסיקה משווה דרישות כגון הפעלת כוח ברורה מצד העברייין, או התקיימותו של משך זמן סביר מעת דרישתה של האישה להפסקת היחסים ובין הפסקתם בפועל על-ידי העברייין - כל זאת על-מנת לוודא, כי אכן קיים היסוד הנפשי בביצוע העבירה.

38. במשפט הישראלי אין הפעלת כוח פיזי, כמו גם הימשכות זמן מסוים, יסודות הכרחיים להרשעה באינוס. על-כן, אין אני רואה מקום לקבוע, כי יש הכרח בהפעלת כוח לשם הרשעה באונס שתחילתו ברצון. חשיבות הפעלת הכוח היא כסימן ברור, כי העברייין הבין את הדרישה להפסקת היחסים ועל-אף כן החליט באופן ברור להמשיכם, חרף ההתנגדות. נצייר מקרה, בו החלו יחסי מין בהסכמה, ובשלב מסוים דורשת האישה להפסיק את היחסים, ואילו הגבר סוטר לה בכל כוחו וממשיך את מעשהו. במקרה זה ברור לכל מי שעניו בראשו, כי התנגדותה של האישה הובנה וכי היחסים נמשכו על אף רצונה. מקרה זה אף מבהיר, לטעמי, גם את הצורך הברור בהכרה באפשרות של אונס שתחילתו ברצון (ראו Davis, 758). יחד עם זאת, ייתכנו מקרים, בהם תתבצע עבירת אינוס שתחילתה ברצון, גם ללא הפעלת כוח ברור ובוטה. המבחן בעניין זה הוא בכך, האם הופעל כוח במידה מספקת להמשכם של היחסים, למרות התנגדות האישה לכך.

באשר לדרישת הזמן הסביר, הריני סבור, כי אין מקום לקבוע מסמרות בעניין זה. כבר ציינתי שלטעמי, על הגבר להפסיק מעשהו באופן מיידי עם היוודע לו, כי היחסים אינם עוד בהסכמה. עם זאת, ברור הדבר, כי ככל שעובר זמן רב יותר, בו מודיעה האישה על התנגדותה, יגברו הראיות למודעותו של בן-זוגה להתנגדות זו. בשלב מסוים יוכל לקבוע בית-המשפט, לדעתי, כי אין כל יסוד לטענת הנאשם, כי לא הבין את 'שינוי הלבבות' מצד בת-זוגו.

משאמרנו כל זאת, ראוי לחזור ולומר, כי על בית-המשפט להזהיר עצמו בגישתו לעניין ולוודא, דווקא בשל רגישות הדברים, כי אכן הוכחו יסודות העבירה, העובדתי והנפשי, מעל לכל ספק סביר, בטרם יחליט להרשיע.

10 הכלל אל הפרט

39. בענייננו טענה באת-כוח המשיב, כי לא עבר זמן סביר מדרישת המתלוננת להפסיק ועד הגעת המשיב לסיפוקו והפסקתו את היחסים. בזמן כה קצר, לטענתה כחצי

דקה, לא היה יכול המשיב לגבש מחשבה פלילית לשם ביצוע עבירת האינוס. בנסיבות העניין, אין דרך לבדוק, מהו משך הזמן שעבר לאמיתו של דבר. דא עקא, מקביעתו העובדתית של בית-המשפט המחוזי, בה אין אנו מתערבים, ומאמרתיו של המשיב בהודעתו במשטרה מתברר, כי אכן היה מודע להתנגדותה של המתלוננת. כך ניתן ללמוד ממילותיו שלו: "רק כביכול שאמרה לי להפסיק ולא הפסקתי". כך גם ניתן ללמוד מהעובדה, כי המשיב נזקק להפעלת כוח לשם השלמת מעשהו, בדמותה של חסימת פיה של המתלוננת וריתוק ידה למיטה. בנסיבות אלו אני קובע, כי המשיב אכן היה מודע להתנגדותה של המתלוננת ובבחירתו להמשיך את מעשהו תוך הפעלת כוח, ברי כי גיבש מחשבה פלילית לביצוע עבירת האינוס. באשר לדרישת "הזמן הסביר" הבהרתי, כי לגישתי מקומה של דרישה זו הינו ככלי עזר ראייתי להוכחת היסוד הנפשי, ולא דרישה בפני עצמה לשם הרשעה, באשר אין לה כל אזכור בחוק ובפסיקה. משלמדנו, כי המשיב גיבש את מודעותו באופן ברור בעת המעשה, אין מקום עוד להתייחסות לשאלה, האם משך הזמן שלקח לו להגיע לסיפוקו הינו בגדר הסבירות אם לאו.

בשולי הדברים אציין, כי במקרה שבפנינו לא ראיתי צורך להכריע בשאלה, האם יש מקום לקבוע, כי כל עוד טעה הנאשם טעות כנה ולא הבין את התנגדותה של בת-זוגו לקיום היחסים יזוכה הוא מעבירת האינוס, או שמא יש מקום לקבוע רמת סבירות כלשהי של טעות (ראו פרשת בארי, פסקאות 94-98; שניאור זלמן פלר, אינוס מתוך רשלנות על סמך אמרת אגב, משפטים י (תש"ם) 373; שמעון אגרנט, התפתחויות במשפט הפלילי, עיוני משפט י"א (תשמ"ו) 33; Davis, 758). הסיבה לכך הינה, כאמור, כי בנסיבות העניין שבפנינו לא טעה המשיב כלל, אלא היה מודע בבירור לקיומה של חרטה וחזרה מההסכמה לקיום היחסים. לפיכך אשאיר את השאלה האמורה בצריך עיון.

אשר-על-כן, רואה אני מקום לקבוע, כי תחת עבירת המעשה המגונה בה הורשע המשיב, יש להרשיעו בעבירת האינוס, לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין.

ניסוח בית-המשפט בעניין גרסת המתלוננת

40. כזכור, טענה באת-כוח המערערת את טענותיה אף כנגד ניסוחיו של בית-המשפט כנגד המתלוננת בבוחרו שלא להאמין לגרסתה. מנגד, עמדה באת-כוח המשיב על זכותו של המשיב לשם טוב ולקביעה ברורה, כי דובר אמת הוא. מעיון מעמיק בפסק-הדין של בית-המשפט המחוזי עלי לומר, כי מצאתי טעם בטענותיה של באת-

כוח המערערת. בעבירות כגון אלו בהן עסקינן, על בית-המשפט להיזהר בדבריו. כך פסק לא מזמן בית-משפט זה בפרשה אחרת:

"נדמה כי כאשר מדובר בעבירות מין, על בית המשפט להיזהר בטרם יעלה השערות וסברות מסוג זה. עליו "לשוות לנגד עיניו את ייחודן של עבירות אלה, את הטראומה והנזק הנפשי המוסבים לקורבן ואת הקושי הכרוך בחשיפתן; עליו להימנע מתהיות עקרות בדבר "סבירות" התנהגותה של הקורבן, להביא בחשבון תגובות כאלם, שיתוק וקיפאון כתגובות אפשריות לסיטואציה קשה ומאימת וליתן דעתו על הקושי שבמתן עדות בהירה, קולחת ומפורטת. בסוגיה זו ובאחרות התברכנו בספרות משפטית ענפה ומעוררת מחשבה (ראו למשל ' לבנת "אונס, שתיקה, גבר, אישה (על יסוד אי ההסכמה בעבירת האונס)" פלילים ו (תשנ"ח) 187, עמ' 210 ואילך; ד' ברק-ארז "האשה הסבירה" פלילים ו (תשנ"ח) 115, 126)" (ע"פ 5205/06 מדינת ישראל נ' פלוני (טרם פורסם), פסקה 4).

על בית-המשפט מוטלת המשימה הקשה להכריע בשאלות עובדתיות מורכבות ועדינות המבוססות, בין היתר, גם על מתן אמון בעדות מסוימת והעדפתה על-פני עדות אחרת. קושי זה מתחזק כאשר עסקינן בעדותן של קרבנות עבירות המין.

"חשיבות יתירה לכלל זה נודעת בקביעות מהימנות לגבי קורבן עבירת מין שכן "במקרה כזה, מעצם טיבו, עוסקת העדות בנושא שהוא טראומטי ואינטימי כאחד, ולפיכך מתעורר לעיתים, קושי במתן עדות ברורה ורהוטה. בנסיבות כאלה, הטון, אופן הדיבור, שפת הגוף וכל אותם גורמים שאינם שייכים ישירות לעולם התוכן – כל אלה מקבלים משקל חשוב עוד יותר" (ע"פ 6375/02 בבקוב נ' מ"י, פ"ד נח (2) 419, 426-425; ראו גם: ע"פ 4046/97 פלוני נ' מ"י (לא פורסם))" (פרשת בנבידה, פסקה 16).

גם אם בחר בית-המשפט לא להאמין לעדות מסוימת של מתלוננת, עליו לנסות ולהימנע ממתן פרשנויות אשר יבואו חשבון עמה, מעבר לעצם השמטת גרסתה. אמנם, שמו הטוב של הנאשם גם הוא חשוב ומשמעותי, ויש לשמור עליו מכל משמר בעת הצורך. יחד עם זאת, נוכח מורכבותן של עבירות המין והקושי לתת פרשנות מדויקת, על בתי-המשפט להמעיט בניסיונות לכך. בנוסף, נוכח הקשיים בהם נתקלת כל מתלוננת בעבירת מין, לפני מתן עדות, במהלכה ולאחריה, על בית-המשפט לבוא

לקראתן ולמנוע הערמת מכשולים נוספים, אשר יביאו בסופו של דבר להימנעות מתלונה והמשך קיום העבירה, כפי שקורה לדאבוננו במקרים לא מועטים.

בענייננו, קבע בית-המשפט המחוזי, ובצדק, כי יש להעדיף את גרסת המשיב (במשטרה) על-פני גרסת המתלוננת. הוא אף נימק קביעה זו כדבעי. לשם קביעה זו, לא היה צורך במתן הסבר כזה או אחר למניעיה של המתלוננת במתן גרסתה, וודאי כאשר בסופו של יום הורשע המשיב, על-פי הודאתו, בביצוע עבירת מין במתלוננת כנגד רצונה.

גזר הדין

41. לאחר שנקבע, כי יש מקום להרשיע את המשיב בעבירת האינוס, חלה עלינו מצוות סעיף 355 לחוק העונשין, הקובע כי "הורשע אדם בעבירה לפי סעיפים 345, 348(א), (ב) או (ג), או 351(א), (ב) או (ג) או (1) או (2), לא יפחת עונשו מרבע העונש המרבי שנקבע לאותה עבירה, אלא אם כן החליט בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, להקל בעונשו". הגם שכוונת המחוקק הינה לקבוע רף מינימאלי של ארבע שנות מאסר בעבירת האינוס באופן כללי, נראה בעיניי, כי המקרה שבפנינו נופל בגדר אותם המקרים, אשר יש בהם טעמים מיוחדים לחריגה מרף זה.

42. כלל ידוע הוא במשפט הישראלי, כי מלאכת הענישה הינה מלאכה אינדיבידואלית, וזאת אף בעבירות הקשות ביותר.

"ענישתנו היא ענישה אינדיבידואלית של כל עבריין 'באשר הוא שם' (ע"פ 291/81, פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 438, בעמ' 442). זאת תורת הגישה האינדיבידואלית בתורת הענישה המקובלת עלינו כקו מנחה בסוגיה קשה וסבוכה זו של הענישה ומטרותיה, ואין אנו רשאים ל"הקל" על עצמנו ולהחמיר עם הנאשם, מתוך הסתמכות על הנימוק והחשש שמא הקלה במקרה מסוים הראוי לכך ישמש תקדים למקרים אחרים שאינם ראויים לכך. חזקה על בית המשפט שידע להבחין בין מקרה למקרה לגופן של נסיבות ולעיצומם של דברים. ואכן כך נהגנו ונוהגים אנו במקרים מסוימים, הראויים לכך, גם בתחום סוג העבירות הקשור לנשוא דיוננו, ואף בעבירה שחמורה היתה, במהותה ובנסיבותיה, מהעבירה שבפנינו (ראה, דרך משל, ע"פ 204/83, דוד ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(4) 589, שם מדובר בעבירת אינוס, שבוצע תוך שימוש באלמות נגד המתלוננת, שהוסעה על ידי האנס ברכב ציבורי, של המשמר האזרחי. במקרה זה בוטל לחלוטין עונש מאסר בפועל של שנתיים). ואין אנו רשאים לפטור עצמנו

מלנהוג כך בכל מקרה, שנסיבותיו מצדיקות ומחייבות ענישה אינדיבידואלית" (ע"פ 433/89 אטיאס ג'ורג נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 170, 174-175; ראו גם ע"פ 212/79 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 421; ע"פ 5106/99 אבו-ניג'מה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 350 ועוד).

43. נוסף על הקושי והמורכבות הקיימת ממילא במלאכת גזירת העונש בכל עבירה ולגבי כל נאשם, עבירת האינוס הינה מן העבירות אשר בהן יש לתת משנה תוקף לבחינת נסיבות ביצוע העבירה. עבירה זו כוללת היא בתוכה מספר רב של אפשרויות, השונות זו מזו באופן משמעותי בדרגת האנטי-חברתיות ובפגיעה בקרבן העבירה.

"עבירת האינוס היא מן החמורות שבעבירות הקבועות בחוק הפלילי וכמידת חומרתה כך גם העונש המרבי שבצדה. אלא שהנסיבות שבהן מתבצע אינוס עשויות להיות שונות מן הקצה אל הקצה במהות ובחומרה. מצד אחד של קשת המקרים הבאים בגדר עבירה זו, מצוי האונס הברוטלי, האכזרי, שבו פוגע העבריין בקורבן תמים, זר לו לחלוטין, שלו הוא אורב, מבצע בו את זממו באלימות, בכוח, באכזריות או תוך הפחדה ואיומים, ואילו מן הצד האחר, מצוי האינוס בין שניים הקרובים זה לזה, המקיימים יחסי-מין ביניהם בהסכמה עד לאותו רגע שבו מביעה האישה את התנגדותה בשלב כלשהו והגבר אינו נשמע לה. אכן, גם זה הוא אינוס, באשר לכל אישה, בכל מצב, בכל מערכת יחסים ובכל שלב של יחסים, האדנות המלאה על גופה והזכות המלאה לסרב לקיים יחסי-מין, גם אם בהזדמנויות אחרות קיימה יחסים כאלה עם אותו בן-זוג, בהסכמה. אולם, דומה שבשיקולים לעניין הענישה, יש שוני מהותי בין המקרים ויש לתת לכך ביטוי בעונש המושת על האונס" (ע"פ 2346/98 משה ימיני נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 617, 620).

44. במקרה שבפנינו, על אף שגם בו נעבר הגבול הנורמטיבי אותו הציב המחוקק, לא מצאתי מקום להחמיר יתר על המידה בדינו של המשיב. אין בכוונתי לומר, כי בכל מקרה של אונס שתחילתו ברצון יש מקום לחרוג מרף המינימום שהציב המחוקק. יחד עם זאת, במקרה שבפנינו חלף זמן קצר בלבד עד שהפסיק המשיב את מעשיו, וכן לא הופעלה אלימות חמורה כנגד המתלוננת. כאמור, טעמים אלו אינם מספיקים על מנת להימנע מהרשעתו של המשיב, אשר היה מודע באופן ברור לחוסר הסכמתה של המתלוננת, אולם יש לקחתם בחשבון בעת גזירת עונשו. בעניין זה התחשבתי במערכת היחסים המורכבת ששררה ביניהם ובעובדה, כי הם קיימו יחסי מין בהסכמה בעבר. לזכות המשיב אף עומדות נסיבותיו האישיות והעובדה, כי מאז המעשה לא עבר כל

עבירה דומה, והוא אף התחתן והיננו אב לילדה.

בהתחשב בנסיבות אלו, נראה בעיני, כי מקרה זה הינו חריג לכלל שטבע המחוקק בסעיף 355 לחוק העונשין, וכי אין מקום להתערב בגזר-הדין של בית-המשפט המחוזי, אשר גזר על המשיב ששה חודשי מאסר, אשר ירוצו בעבודות שירות.

טו פ דבר

אשר-על-כן, ולאור כל האמור לעיל, אני מציע לחברי לדחות ערעור המשיב, ע"פ 8281/05. כן אני מציע, לקבל באופן חלקי את ערעור המשיבה, ע"פ 7951/05, לעניין ההרשעה, במובן זה שהמשיב יורשע בעבירת האינוס, לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין תחת הרשעתו במעשים מגונים, אך לדחות ערעורה לעניין העונש.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. לאחר העיון מצטרף אני לחוות דעתו המקיפה ומאירת העיניים של חברי השופט ג'ובראן. עסקינן בסוגיה העלולה להתעורר במערכת יחסי אנוש אף אם אינה מעשה שבכל יום. הסוגיה דנא, פרשה של יחסי מין שראשיתה ברצון, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, וסופה – על פי הודאתו של המשיב – באונס, מכפילה את הקושי שבפני בית המשפט בעבירות מין של עדות כנגד עדות, כשדברים נעשו "חדר בחדר" (מלכים ב' ט', 2). בעבירות כאלה – כך מן המפורסמות – נודע יתרון ראשון במעלה לבית המשפט הדן, באשר לקביעת העובדות; כשהמדובר בעבירה שראשיתה ברצון וסופה באונס, בנוסף לקביעת העובדות, עלולה לעלות שאלת מועדו של המעבר בין הרצון לאונס, וכיצד עבר מסר "שינוי הלבבות", והאם נקלט. במקרה דנא היה הדבר שונה במידה מסוימת, שכן המשיב הודה ב"שינוי הלבבות"; אך לא תמיד זהו המצב.

ב. במישור הנורמטיבי, ניתוחו של חברי מקובל עלי. הגישה של כיבוד בלתי מותנה, בלא "אולי" ו"אבל", לאוטונומיה של האשה בכל הנוגע לגופה, ולא כל שכן לקיום יחסי מין, האינטימיים שביחסי אנוש, היא צורך הזמן והמקום. "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו); "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" (סעיף 4 לחוק היסוד) – הם הצו החוקתי, החופה על עבירת האינוס שבסעיף 345(א)(1) לחוק העונשין; ובעבירה זו הלשון וכוונת המחוקק ברורה, "שלא בהסכמתה החופשית". קרי, בכל שלב

ובכל עת; והשלכותיה וביטויה של דוקטרינה זו בנידון דידן הם שאי הסכמה, גם בשלב מאוחר, גם לאחר רצון בראשונה, משמעה צו להפסקת המגע המיני. אמנם, עסקינן בסוגיה שאינה פשוטה, שכן כפי שהצביע חברי השופט ג'ובראן, מתלבטים בה במדינות שונות בשל קשיי הסיווג וההוכחה, בשל החשש ממניפולציה וכיוצא באלה; אולם זו "השורה התחתונה" הנכונה.

ג. חברי סקר את הפסיקה במדינות שונות שעניינה אונס אשר ראשיתו ברצון, ואת הקשיים הראייתיים והאנושיים בהקשר דנא. בסופו של יום תורף דבריו הוא הקביעה, הנורמטיבית והערכית, כי אשה שהסכימה לקיום יחסי מין אינה מוותרת על זכותה לסרב להמשכם; מאידך גיסא, חובת בית המשפט לחקור ולדרוש היטב בטרם יקבע כי הרצון הפך לאונס. הגבול העיוני אינו קשה לקביעה, אך התרגום המעשי הוא תלוי מקרה ונסיבות.

ד. נזדמן לי בשכבר הימים, בעת כהונתי בבית המשפט המחוזי, להידרש לתיק שתחילתו בהסכמה ולגבי סופו נחלקו הדעות ונוצר ספק (ת"פ (ירושלים) 147/95 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם)). באותו מקרה, בהיפך מנידון דידן, לא היתה מחלוקת כי תחילת האקט המיני היתה בהסכמה וברצון; הדעות נחלקו, כאמור, באשר להמשך – לשיטת המתלוננת היתה התנהגות הנאשם אלימה ועל כן ביקשה שיפסיק והוא לא עשה כן וההמשך עד תום היה באונס, ולשיטת הנאשם היה המדובר ב"מין סוער", אך לא יכול היה לטענתו להבין שהמתלוננת מבקשת להפסיק. היו גם תמיהות בגירסות הנאשם והמתלוננת. כתבתי שם :

"אני מאמין כי המתלוננת אכן חשה מושפלת וכעוסה בנסיבות האקט המיני כפי שהתפתח, והאמינה סובייקטיבית בגירסתה בשעה שהתלוננה ובשעה שהעידה... כעובדה ניתן לקבוע, כי לדעת המתלוננת נשתנה משהו יסודי במהלך המגע בינה לנאשם, ובכך אני מאמין לה. ואולם, אינני יכול לקבוע, ומכל מקום ללא ספק סביר, כי מסר זה 'שודר' בבירור לנאשם בשעת האקט המיני, בצורה שצריכה היתה להדליק בעיניו 'אור צהוב' של אזהרה ו'אור אדום' של אי הסכמה – תחת ה'אור הירוק' של הסכמה שבה החל האקט המיני, דבר שאין עליו מחלוקת. המתלוננת לא עשתה ככל הנראה פעולות שהבהירו לנאשם הבהר היטב כשהסכמה ניטלה ואיננה עוד... אכן באשר להעברת מסר 'ביטול ההסכמה' אל הנאשם, אינני מתעלם גם מהאפשרות של 'שיתוק תגובתי' שאחז במתלוננת, אך כמדומני שיש ספק באשר לאותות אי ההסכמה שקלט או שיכול היה הנאשם לקלוט מן המתלוננת גם לשיטתה שלה...".

באותו עניין איפוא, זוכה הנאשם מחמת הספק שנוצר באשר למעבר המסר של 'ביטול ההסכמה'. לכן עלו שאלות של "כשל תפיסתי" או "כשל קומוניקטיבי" מסוג אלה שאליהן נדרש בית המשפט בע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302 (הנשיא שמגר בעמ' 359-360), וכן עלו שאלות של "טעות במצב הדברים" (סעיף 34"ח לחוק העונשין, תשל"ז-1977).

לא כן בענייננו שלנו, שבו הכרת פיו של המערער ענתה בו באשר ל"הצהרת אי ההסכמה" מצד המתלוננת. משום כך תקפה מסקנתו של חברי, כי משעבר המסר, היה על המערער להפסיק – ומשלא עשה כן נשתכללה העבירה.

ה. אוסיף, מעבר לאשר כתב חברי, כי המשפט העברי נדרש לשאלות השלכיות במעשה מיני; ראו נ' רקובר "התגברות היצר, כטענת אונס", תחומין י"ח (תשנ"ח), 197, המתמודד עם המצב ההפוך, זה של "תחילתו באונס וסופו ברצון"; "התגברות היצר" אצל הבועל אינה גורמת לכך שהוא יחשב אנוס. ראו רמב"ם הלכות איסורי ביאה, א' ט': "הבועל אין לו אונס שאין קישוי אלא לדעת" כלומר, אין לראות את הבועל כאנוס. כן ראו אנציקלופדיה תלמודית, ערך אונס (הכרח), כרך א', שמ"ו, ואין זה המקום להאריך.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

אני מסכים לפסק-דינו של חברי השופט ג'ובראן ולהערותיו של חברי השופט רובינשטיין.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט ס' ג'ובראן.

ניתן היום, י"ט בשבט התשס"ז (7.2.2007).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט