



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 4537/20

לפני : כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה נ' הנדל
כבוד השופטת י' וילנר

המערער : אלירן הללי

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט המחוזי
בבאר שבע מיום 25.5.2020 בתפ"ח 67716-10-18 אשר
ניתן על ידי כבוד השופטים : י' רז לוי אב"ד, ג' שלו וא'
משניות

תאריך הישיבה : ג' באדר התשפ"א (15.2.2021)

בשם המערער : עו"ד שרון נהרי ; עו"ד זאב לקט

בשם המשיבה : עו"ד נגה בן סידי

בשם שירות מבחן למבוגרים : גב' ברכה וייס

פסק-דין

המשנה לנשיאה נ' הנדל:

תיק זה מצוי בצומת משולש: א. הגדרה משפטית – האם חוק העונשין מכיר בעבירות מין כשנאשם גורם לנפגעת לבצע את המעשים בגופה שלה. ב. חקירה – פעילות סמויה של המשטרה, בדמות שוטרת שמתחזה להיות קטינה בת 13. ג. טכנולוגיה – רשת האינטרנט היא הגורם שבאמצעותו פעל מבצע העבירה.

המערער הורשע בנסיון לבצע עבירות של מעשה מגונה ואינוס בקטינה שטרם מלאו לה 14 שנים (בית המשפט המחוזי בבאר שבע, תפ"ח 18-10-67716, כב' השופטים י' רז-לוי, ג' שלו וא' משניות). ברקע – שיחות טלפון ווידאו שערך המערער עם סוכנת משטרתית שהתחזתה לילדה בת 13 שנים, שבמהלכן ניסה המערער לגרום לסוכנת לבצע בגופה מעשים מיניים שונים, ואף סבר כי הצליח בכך. ערעור זה מופנה כלפי הרשעת המערער בנסיון אינוס והעונש שנגזר עליו – 30 חודשי מאסר בפועל לצד עונש מאסר מותנה וקנס.

המערער הודה בעובדות כתב אישום מתוקן, אך חלק על כך שהן מהוות עבירה של נסיון אינוס. נוכח המחלוקת בין הצדדים, נכון יהיה להרחיב בתיאור העובדות. לפי כתב האישום, המערער יצר קשר באמצעות רשת האינטרנט עם סוכנת משטרתית שציינה בפניו כי היא בת 13 שנים, במסגרת מבצע משטרתית נגד עבירות מין בקטינים תוך שימוש ברשת. השניים התכתבו ושוחחו מספר פעמים במהלך תקופה של למעלה מחודש, לרבות שיחות וידאו. בשיחה אחת אמר המערער לסוכנת כי "בא לי להזיז לך את התחתון וללקק לך את הדגדגן הזה שלא היה שם אף אחד לפני". לאחר מכן אמר לה לשכב על המיטה, להסיט את התחתונים שלבשה ולשפשף באמצעות אצבעותיה את איבר מינה. בנוסף לכך ביקש המערער מהסוכנת להחדיר לאיבר מינה שתי אצבעות. הסוכנת שאלה האם כתוצאה מכך יכאב לה וירד לה דם, והמערער ענה על כך בשלילה. בהמשך צעקה הסוכנת כי הדבר כאב לה, והמערער סבר כי היא החדירה את האצבעות לאיבר מינה כפי שביקש. לאחר מכן הוא אמר לסוכנת שהוא רוצה לקיים עמה יחסי מין, וביקש ממנה להשמיע קולות בזמן שהיא נוגעת בעצמה. לאורך השיחה שפשף המערער את איבר מינו.

בשיחה אחרת הציע המערער לסוכנת הצעות חוזרות ונשנות בעלות אופי מיני: היא ביקש ממנה להרים את החולצה שלבשה ולהראות לו את הבטן שלה, לפתוח הכפתור ואת הרוכסן של מכנסיה, אמר לה שהוא רוצה לנשק לה את כל הגוף ואמירות מיניות

נוספות, אמר לה שהוא רוצה לבצע בה מין אוראלי וללקק את איבר מינה, וביקש ממנה שתעלה על מיטתה ותעמוד על ארבע תוך סיבוב ישבנה לעברו. בנוסף לכך כיוון את המצלמה לעבר איבר מינו, אמר לסוכנת שאיבר מינו "מתנפח" בגללה וליטף את איבר מינו מעל למכנסיו.

במהלך שיחת וידאו נוספת אמר המערער לסוכנת להכניס את ידה מתחת לתחתוניה ולגעת באיבר מינה. היא ענתה שהיא מפחדת, אך הניחה את ידה על רגלה באופן שהמערער סבר כי היא נוגעת באיבר מינה. בהמשך השיחה הוציא המערער את איבר מינו ממכנסיו, שפשף אותו, ביקש מהסוכנת להשמיע קולות בזמן שהיא נוגעת בעצמה, ואמר לה כי ברצונו להחדיר את איבר מינו לתוך פיה.

בשתי שיחות נוספות אמר המערער לסוכנת להראות לו את הבטן שלה, לשים את ידה בתוך תחתוניה ולגעת באיבר מינה, ללטף את החזה שלה, וכי הוא רוצה להחדיר את איבר מינו לתוך פיה. הוא הוסיף כי הוא היה רוצה שהיא תהיה לידו ותשפשף בידיה את איבר מינו, שפשף את איבר מינו תוך כדי השיחה, אמר לה כי יש לסוכנת קול סקסי וכי היא "הילדה הכי מחרמנת בארץ". עוד ביקש ממנה להרטיב את אצבעותיה ברוק ולשפשף באמצעותן את איבר מינה, והרגיע את חששה באמרו כי הדבר לא יכאב.

לבסוף, בשתי שיחות טלפון נוספות אמר המערער לסוכנת כי הוא מעוניין להיפגש איתה ולראות אותה, אך היא סירבה.

בכתב האישום שהוגש נגד המערער בבית משפט השלום יוחסו לו, על בסיס העובדות המתוארות, עבירות של ניסיון הטרדה מינית של קטינה וניסיון למעשה מגונה בקטינה. בהמשך תוקן כתב האישום, כך שעל יסוד אותן עובדות (למעט שינוי מסוים שאינו רלוונטי לענייננו, ביחס לאחת העבירות שאינה שנויה במחלוקת) יוחס למערער גם ניסיון אינוס קטינה מתחת לגיל 14, לפי סעיף 345(א)(3) בצירוף סעיפים 350 ו-25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. בהתאם, התיק עבר מבית משפט השלום לבית המשפט המחוזי.

נבהיר כבר עתה כי סעיף 350 לחוק העונשין קובע, ביחס לעבירות מין שונות, כי "אחת היא אם העושה עשה את המעשה או גרם שהמעשה ייעשה בו או באדם אחר". הוספת האישום בנסיון לאינוס קטינה מתייחס אפוא לכך שהמערער ניסה לגרום לסוכנת לבצע את מעשה האינוס בגופה שלה. בהמשך, ובעקבות הסדר טיעון בין הצדדים, תוקן כתב האישום פעם נוספת, והמערער הודה בעובדות המתוארות בו ואף בכך שניתן

להרשיעו על בסיסן במספר מקרים של נסיון למעשה מגונה בקטינה. ברם, המערער כפר בכך שעובדות אלה מבססות נסיון אינוס. הוא טען כי סעיף 350 לחוק העונשין אינו מתייחס למקרים שבהם הנפגע או הנפגעת מבצעים את המעשים בגופם, ולפיכך אין בסיס חוקי להרשיעו בנסיון אינוס (נעיר כי האישומים ביחס לנסיון מעשה מגונה לא התבססו על סעיף 350 לחוק העונשין, אלא על סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(3) ובצירוף סעיף 25 לחוק העונשין, ולפיכך לא העלה המערער טענה דומה גם ביחס לעבירה של מעשה מגונה). טענה קשורה של המערער הייתה כי הרשעה כזו היא בעלת פן חדשני, ובכך פוגעת בעקרון החוקיות. לצד טענות אלה, הוסיף המערער וטען כי נפגעה זכותו להליך הוגן נוכח תיקון כתב האישום באופן שאף הוביל להעברת התיק מבית משפט השלום לבית המשפט המחוזי. במסגרת זו טען כי לתיקון נודעה השפעה גם על חקירתו באזהרה, שנערכה אך ביחס לניסיון מעשה מגונה ולא ביחס לנסיון אינוס.

בית המשפט המחוזי דחה את טענות המערער והרשיע אותו גם בניסיון אינוס. נקבע כי סעיף 350 לחוק העונשין כולל גם מצבים שבהם הנאשם גורם לנפגעת העבירה לבצע את המעשים בגופה, וגם אם הנאשם לא היה נוכח פיזית במקום אלא גרם לנפגעת לבצע את המעשים באמצעות שיחה מרחוק. אשר ליתר הטענות, בית המשפט קבע כי לא הייתה נפקות ממשית לכך שהמערער לא הוזהר, במסגרת החקירה, ביחס לנסיון אינוס, שכן התשתית העובדתית שיוחסה לו לא השתנתה. בנוסף לכך, תיקון כתב האישום בוצע לפני שהתקיים כל הליך מהותי בעניינו של המערער, ובכלל זאת דיון מעצר מהותי או הקראת כתב האישום. מלבד זאת, כך נקבע, יש די ראיות להרשעה בכתב האישום המתוקן גם ללא ההודאה. בית המשפט המחוזי דחה גם את הטענות בדבר פגיעה בעיקרון החוקיות, מן הטעם שגם במקרים אחרים הורשעו נאשמים בעבירות מין – לרבות אינוס – בנסיבות דומות. כאמור, על המערער נגזרו 30 חודשי מאסר בפועל, מאסר מותנה וקנס.

הערעור מופנה נגד ההרשעה בניסיון אינוס ונגד העונש שנגזר על המערער. אשר להכרעת הדין, המערער שב על טענתו כי סעיף 350 לחוק העונשין אינו כולל מצב שבו נפגעת העבירה מבצעת את המעשים בגופה. הדגש הושם בהקשר זה בהליכי החקיקה של הסעיף, שלטענת המערער לא התייחסו למצבים מעין אלה, וכן בפסיקת בית המשפט העליון במקרים שונים בעבר. כמו כן חזר המערער על הטענות שהועלו בבית המשפט המחוזי, לפיהן תיקון כתב האישום מקים לו הגנה מן הצדק. אשר לגזר הדין, נטען כי היה על בית המשפט המחוזי לקבל את עמדת שירות המבחן, שהמליץ לדחות את מועד ריצוי העונש במספר חודשים על מנת לאפשר למערער להשלים הליך טיפולי. המערער סבור כי דחייה נוספת הייתה מאפשרת קבלת תסקיר חיובי והקלה בעונש. עוד נטען כי התנהלות

המאשימה ותיקון כתב האישום צריכים, לכל הפחות, להביא להקלה בעונשו, וכך גם נסיבות ביצוע המעשים – בשיחה מרחוק וללא נפגעת עבירה ממשית.

המדינה, מנגד, סומכת את ידיה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. היא טוענת כי לפי החוק והפסיקה, המעשים שניסה המערער לבצע בסוכנת מקיימים את יסודות עבירת האינזוס מושא ההליך, וכי לא נפל כל פגם בהוגנות ההליך – לרבות תיקון כתב האישום. זאת, שכן הגנתו של המערער לא נפגעה כלל, בראי הותרת העובדות שנטענו מלכתחילה והראיות שהוצגו בפניו בשלב החקירה.

אלה, בתמצית, העובדות, הרקע הדיוני והטענות. ומכאן למלאכת ההכרעה.

המערער הורשע בנסיון לעבור עבירת אינזוס לפי סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין: "הבועל אשה... כשהאשה היא קטינה שטרם מלאו לה ארבע עשרה שנים, אף בהסכמתה". הדין מכיר בכך ש"הסכמתה" של קטינה בת פחות מ-14 שנים לקיום יחסי מין לאו הסכמה היא, וקובע כי היא אינה יכולה לגבש הסכמה למעשה כזה. "בעילה" מוגדרת בסעיף 345(ג) לחוק העונשין: "'בועל' – המחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה". וכאן – נסיון לגרום למי שנחזתה להיות בת 13 להחדיר אצבעות לאיבר מינה. סעיפים 25 ו-26 לחוק, שעוסקים בנסיון לעבור עבירה ורלוונטיים לענייננו, חלים על כל עבירה, לרבות עבירות מין: "אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה; לענין נסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו". סעיף 350 לחוק, שמצוי במרכזו של תיק זה, מוסיף:

"לענין עבירה לפי סימן זה, אחת היא אם העושה עשה את המעשה או גרם שהמעשה ייעשה בו או באדם אחר".

השאלה הפרשנית שמתעוררת היא האם הסעיף מתייחס גם למצבים שבהם הנפגעת מבצעת את המעשים בגופה שלה, דהיינו האם גרימה לקטינה בת 13 להכניס אצבעות לאיבר מינה היא בגדר גרימה "שהמעשה ייעשה... באדם אחר". ודוק, סעיף 350 לחוק העונשין הוא סעיף כללי, שחל על כל סימן ה' לפרק י' בחוק העונשין, שכותרתו "עבירות מין". הסימן כולל, בין היתר, עבירות אינזוס, בעילה אסורה בהסכמה, מעשה סדום, ומעשה מגונה. לפיכך אם הסעיף אינו כולל מעשים שמבצעת הנפגעת בגופה שלה, נשללת ההכרה גם בעבירות מין אחרות שמבוצעות באופן זה, או במעשים אחרים שבהם נאשם גורם לנפגעת לעשות את המעשה בגוף שלה. לאמור, לשם הניתוח המשפטי של

הסעיף ניתן להיעזר בהתייחסות למקרים שונים מהמקרה שלפנינו, שבהם הנאשם אינו פועל, למשל, דרך האינטרנט, וישנה נפגעת עבירה קונקרטית ולא שוטרת שמתחזה לקטינה. טול לדוגמא אדם שמאיים באקדח על אישה כי יפגע בה אם לא תחדיר חפץ לאיבר מינה. ההכרעה אם המונח "אדם אחר" כולל גם מעשה של הנפגעת בגופה משליכה, כמובן, על הניתוח בנסיבות תיק זה.

כאמור, המערער טוען שסעיף 350 לחוק העונשין אינו חל בנסיבות האמורות. טענותיו המרכזיות מתייחסות להיסטוריה החקיקתית של הסעיף, ממנה עולה, לשיטתו, כי הסעיף נועד להביא להרשעת נאשם שגרם לנפגעת לבצע את המעשים בגופו של הנאשם או בגופו של אדם שלישי – הא ותו לא. הסנגור מנסה להסתמך גם על פסיקת בית משפט זה בעבר, ברם – וכפי שיובהר מיד – פסיקתו של בית משפט זה קובעת בפירוש כי סעיף 350 לחוק העונשין כולל גם מקרים שבהם הנאשם גרם לנפגעת העבירה לבצע את המעשים בגופה, ולא הוצגה בהליך זה כל הצדקה להתערב בהלכה הפסוקה.

בע"פ 7577/14 פלוני נ' מדינת ישראל (14.12.2015) נדונה, בין השאר, הרשעה של המערער בעבירת מעשה סדום, בכך שגרם למתלונן קטין להכניס לפיו את איבר מינו של המערער. קו ההגנה של המערער שם היה כי סעיף 350 מתייחס דווקא למקרים מהסוג שלפנינו, וכי הוא "נועד להרשעת נאשם שגרם לקורבן העבירה לבצע מעשה מיני בעצמו (כלומר, בקורבן), להבדיל ממצב בו הנאשם גורם לקורבן לבצע מעשה מיני בנאשם" (שם, פסקה 6). בית המשפט דחה את הטענה, וקבע כי סעיף 350 מתייחס לשני המצבים, כמו גם למצבים שבהם הנפגעת מבצעת את המעשה באדם שלישי:

"סעיף 350 לחוק העונשין מאפשר הרשעה של הנאשם בקשת רחבה של מעשים מיניים, ובכללם: מעשים מיניים אותם ביצע הנאשם, במישרין, בקורבנו; מעשים מיניים שהנאשם גרם לקורבן לבצע בגופו (של הקורבן); מעשים מיניים אותם גרם הנאשם לקורבן לבצע בנאשם עצמו; ומעשים מיניים אותם גרם הנאשם לקורבן לבצע באדם אחר" (שם, פסקה 7).

בית המשפט עמד על כך שפרשנות זו עולה מלשון הסעיף, מן ההיסטוריה החקיקתית שלו, וכי היא נחוצה לשם הגשמת תכליות הדין (שם, פסקאות 8-10 לפסק דינו של השופט א' שהם, והערתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין). אמנם באותו עניין, נוכח טענות הצדדים, התמקד הניתוח של ההיסטוריה החקיקתית בשאלה האם הסעיף חל על מקרה שבו הנפגע ביצע את המעשים בגופו של הנאשם, אך כאמור – נקבע במפורש כי יש לפרש את הסעיף ככזה שחל גם על מצבים שבהם הנאשם גורם לנפגע לבצע מעשים

בגופו של הנפגע. קביעה זו אומצה בתיקים נוספים גם מבחינה אופרטיבית, בנסיבות שבהן ביצעה נפגעת העבירה את המעשים בגופה. כך, למשל, בע"פ 1195/19 פלוני נ' מדינת ישראל (3.3.2020) ביצע המערער מעשים דומים מאוד למעשים שניסה לבצע המערער דנן בקטינות בנות 9-12, דהיינו הורה להן לבצע בעצמן מעשים מיניים שונים באמצעות שיחות טלפון ווידאו, אלא שבאותם מקרים לא גרם המערער לקטינות להחזיר אצבעות או חפץ אחר לאיבר מינן. הוא הורשע, בין היתר, ב"גרם מעשה מגונה בקטינות" על יסוד סעיף 350 לחוק העונשין. ערעורו על הכרעת הדין נדחה, תוך קביעה כי "סעיף 350 לחוק מאפשר הרשעה גם במצבים שבהם הנאשם גרם לקורבן לבצע מעשה אסור בגופו-שלו" (שם, פסקה 20). בפסיקה ניתן למצוא גם הכרה בכך שבנסיבות שבהן המעשים כוללים "בעילה" כהגדרתה לעיל, מדובר בגרימת אינוס (ראו, לדוגמא, ע"פ 3792/18 פלוני נ' מדינת ישראל (11.11.2018); ע"פ 1288/17 מדינת ישראל נ' שנהר (3.10.2017); ע"פ 8720/15 מדינת ישראל נ' פינטו (11.9.2016)).

הפסיקה דחתה אפוא את הפרשנות שהציע המערער, לפיה סעיף 350 אינו כולל מקרים שבהם גרם הנאשם לנפגעת לבצע בעצמה עבירות מין. הפסיקה התייחסה למקרים דומים מאוד לזה שנדון כאן – ביצוע המעשים באמצעות שיחות טלפון ווידאו. ניתן היה לסיים אפוא את הדיון בחלק זה של הטענות בנקודה זו, אולם למען שלמות התמונה, וכדי לשקף את עמדתי כי מדובר לא רק בדין המצוי אלא גם בדין הרצוי, אוסיף את ההתייחסות הבאה.

הפרשנות שניתנה לסעיף 350 לחוק העונשין בפסיקה עולה מלשונו. הסעיף מתייחס גם למקרים שבהם הנאשם גרם לנפגע לבצע את המעשה "בו [בנאשם] או באדם אחר". מבחינה לשונית, הנפגע הוא "אדם אחר": הוא אדם, והוא "אחר", כלומר איננו הנאשם.

אשר לניתוח התכליתי: ככלל, הגדרת עבירת האינוס עברה שינויים משמעותיים מאז שנות ה-80 של המאה הקודמת. די לומר כי בתחילה אותו עשור הוגדרה עבירת האינוס כך: "הבועל אשה... נגד רצונה תוך שימוש בכוח או באיימו עליה במוות, או בחבלת גוף קשה...", ואילו כיום חלופה זו מוגדרת כ"הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית" או במצב שבו היא אינה יכולה להסכים באופן חופשי (ראו ע"פ 6662/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לחוות דעתי (2.3.2015)). התפתחות נוספת היא ההכרה במעמדם של נפגעי עבירה, לרבות הנפגעת מעבירות מין. הדבר בא לידי ביטוי בחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ש"מטרתו לקבוע את זכויותיו של נפגע עבירה ולהגן על כבודו כאדם" (סעיף 1 לחוק, שכותרתו "מטרה"). הכרה זו מתבטאת גם

בשימוש בכלי הפיצויים לנפגע העבירה, שגם הוא התפתח בעשרות השנים האחרונות במישורים של סכום הפיצויים, סוג התיקים שבהם נפסק פיצוי וסוג נפגעי העבירה שזכאים לפיצוי – והכל מתוך מודעות לסבלם ומעמדם של נפגעי העבירה (ראו דנ"פ 5625/16 אסרף נ' טווק בוקובזה, פסקאות 11-14 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה א' חיות, ופסקה 2 לחוות דעתי (13.9.2017)). המשותף לעבירות האינוס לסוגיהן הוא ההכרה בעוצמת הפגיעה בנפגעת העבירה – בגופה, בנפשה ובאוטונומיה שלה. יש לתת ביטוי מלא לזכות הנפגעת שלא יכפו עליה דבר בניגוד לרצונה החופשי. כך בוודאי ביחס לאינוס קטינה מתחת לגיל 14, שלגביה קובע המחוקק חזקה חלוטה כי אין ביכולתה להסכים למעשים. באופן דומה, בדברי ההסבר לתיקון בחוק העונשין, שהרחיב את הגדרת המונח "בעילה" גם ביחס למצבים שלא הוגדרו כך קודם לכן, כגון שימוש בחפץ ולא רק באיבר המין, צוין:

"על הרחבת היסודות של עבירת האינוס המליצה הועדה המשותפת לאור העובדה שבתי המשפט התייחסו למעשי אלימות חמורים, שבהם נגרם לנפגעת נזק שאינו שונה במהותו או בחומרתו מזה הנגרם בבעילה רגילה, כאל מעשה מגונה בלבד, וזאת משום שעבירת האינוס מתמצית בבעילה במשמעות המצומצמת המקובלת לענין מונח זה" (ה"ח 1797 חוק העונשין (תיקון מס' 26), התשמ"ו-1986, 303).

משמעות המונחים בעבירות המין נגזרת אפוא גם מחומרת המעשים וממידת הפגיעה בנפגעת העבירה. זאת, כמובן, במסגרת כללי הפרשנות המושרשים בשיטתנו המשפטית. כיצד משתלבת אפוא נקודת המבט של נפגעות העבירה בכל אותם מקרים מעוררי חלחלה שנדונו בפסקי הדין שהוזכרו, שבהם ביצע נאשם עבירות מין "מרחוק" בקטינות? נאשמים הורו לקטינות, שגיל חלקן היה נמוך מ-10 שנים, לבצע בעצמן מעשים מיניים מובהקים: לגעת באיברי מינן, להחדיר לתוכם חפצים, ללקק את עצמן, להצטלם בתנוחות שונות תוך השמעת קולות או ביטויים שונים, ועוד ועוד כיד הדמיון הרעה וההרסנית. כך, לעיתים, תוך איומים שונים ומשונים, כגון תלונות למשטרה, מעשי אלימות או פרסום תמונות עירום של הקטינות. האם העובדה שנאשם הכריח את הנפגעת לבצע את הפעולות המיניות בגופה פירושה שלא בוצעו בה עבירות מין? האם יש להבחין בין מצב שבו נאשם מורה לקטינה להכניס חפץ לאיבר מינה בעודו מצוי במרחק של חצי מטר ממנה, למצב שבו הוא מאיים עליה באמצעות שיחה ממחשב מרוחק כי יפרסם תמונות עירום שלה אם לא תעשה כן? והאם אין לתייג את העבירה על פי המעשה שהנאשם גרם לנפגעת לבצע?

לדידי, ההתמקדות בנקודת המבט של נפגעת העבירה נותנת את המענה המהותי לטענות המערער. ישנה הכרה בכך שגרימה לנפגעת לבצע פעולות מיניות בגופה ללא הסכמתה החופשית (למשל באיומים, או שמדובר בקטינה בת פחות מ-14 שאינה יכולה להסכים) – היא עבירת מין. אם הנאשם מכריח את הנפגעת לגעת בעצמה במקומות אינטימיים, הוא מבצע בה מעשה מגונה; ואם הוא גורם לה, בניגוד לרצונה ולהסכמתה החופשית, להחדיר לעצמה חפצים או איברים לאיבר מינה – מדובר באינוס. אין הבדל, בהיבט זה של פליליות המעשה, בין מי שמחדיר לנפגעת בכוח חפצים לאיבר מינה, למי שכופה עליה לעשות פעולה זו לעצמה. כך גם אם האיומים נעשו מרחוק, ואינם כרוכים באלימות פיזית אלא, לדוגמא, בהפצת תמונות אינטימיות. אף יודגש כי עבירת התקיפה מוגדרת לפי סעיף 378 לחוק העונשין גם כ"נגיעה" באדם בלא הסכמתו, ולכן כל עבירת מין היא עבירת תקיפה ויש בה ממד של אלימות.

אוסף כי הניתוח הלשוני והתכליתי שהוצגו מתיישבים היטב גם עם תכליתו ה"סובייקטיבית" של החוק, דהיינו כוונת המחוקק כפי שהיא באה לידי ביטוי בהליכי החקיקה. זו באה להרחיב את הגדרות עבירות המין, כך שיכללו גם מעשים שביצעה נפגעת העבירה. גם אם, כטענת המערער, בהליכי החקיקה לא צוין במפורש דווקא המקרה שבו נפגע העבירה מבצע מעשים בגופו שלו, הפירוש שניתן לסעיף בפסיקה עולה בקנה אחד עם הכוונה להרחיב את קשת המעשים שנחשבים לעבירת מין, כך שתכלול גם מצבים שבהם הגורם הפועל הוא הנפגע. כמובן, עסקינן במשפט פלילי, ועל כן ההרחבה חייבת להישען על מילות החוק. ברם, דווקא כאן קושי זה אינו מתעורר נוכח התיבה "אדם אחר", כפי שהוסבר. אף פסקי הדין שהציג המערער לתמיכה בעמדתו, למשל ע"פ 412/06 אליאגוייב נ' מדינת ישראל (20.2.2008), אינם מסייעים לו. פסיקה זו עסקה בשאלות משפטיות אחרות מזו שנדונה כאן – כגון הקשר בין סעיף 350 לחוק העונשין וצדדים נוספים לעבירה, למשל מסייע, משדל ומבצע בצוותא. ממילא התמקדה הפסיקה בשאלות אלה ולא התייחסה במישרין או בעקיפין לשאלה שלפנינו, ואין בה כל סתירה או אפילו מתח עם האמור עד כה.

אכן, יש בספרות קולות שטוענים, ביחס לתיקים של "אינוס מרחוק", כי התיוג כ"אינוס" חמור מדי, עלול לגרום ל"זילות" של עבירת האנוס, ולהביא בעקיפין להקלה בעונשם של נאשמים במעשי אונס חמורים יותר (ראו אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצירתית ועל דיני האנוס, מטרתם וגבולותיהם" עלי משפט יג 65 (התשע"ז)). עוד הובעה דעה כי ראוי לקבוע עבירה נפרדת למעשים מעין אלה, כפי שאכן נעשה בחלק משיטות המשפט בעולם. כשלעצמי, אינני משוכנע כי קיימת הצדקה מיוחדת להתייחס ל"אינוס מרחוק" באופן ייחודי ונפרד משאר מעשי

האינוס – חמורים וחמורים יותר. כך, למשל, ניתן לחשוב על נסיבות שבהן "אינוס מרחוק" יהיה חמור מאוד מנקודת מבטה של הנפגעת. לשם כך אין צורך להרחיק. דוגמאות ניתן למצוא בפסיקה, לצערנו, למכביר (ראו, למשל, המעשים שבוצעו בע"פ 3792/18 ובע"פ 1288/17 שהוזכרו לעיל). יש לזכור כי גם כשמדובר באינוס "מרחוק" הפגיעה אינה וירטואלית, ועלולה להימשך גם שנים רבות. אין זה מקרה שבו הנזק תחום בזמן ובמקום. לא שוכנעתי אפוא כי מדובר ב"זילות" של עבירת האינוס, או כי קיים חשש מבוסס להקלה בענישתם של מעשי אינוס אחרים. העונש חייב להתאים לנסיבות העבירה. כך או אחרת, הצעות שונות ליצירת עבירות חדשות מוטלות לפתחו של המחוקק. לענייננו העיקר הוא שהמערער קיים במעשיו את כל יסודות נסיון העבירה שבו הורשע, ודי בכך כדי להוביל לדחיית הערעור בנקודה זו.

להשקפתי, יש לשים את הדגש לא במניעת זילות ההגדרה של עבירת האינוס, אלא במניעת זילות הפגיעה בנפגעת העבירה. עבירות המין זכו לסימן נפרד ועצמאי בחוק העונשין והובדלו מעבירות אלימות אחרות. הדבר מבטא גם את הגישה שעבירות המין פוגעות בנפגע העבירה בממדים שאין בעבירות אחרות נגד הגוף. למשל, הבושה וההשפלה של אדם שעושה מעשה בעצמו בניגוד לרצונו טומנות בחובן מאפיינים ייחודיים. לא בכדי קבע המחוקק עונשים חמורים מאוד לעבירות מין כגון עבירת האינוס על נסיבותיה השונות.

וכאן נחזור לצומת המשולש בו פתחנו. מדובר בחקירה סמויה, שבוצעה תוך שימוש באמצעים טכנולוגיים חדשים יחסית – רשת האינטרנט – ובחינת הגדרות משפטיות לאורם. יצוין המובן מאליו: ראוי להכיר בחשיבות פעילויות משטריות מעין אלה. אכן, בפועל לא בוצעו מעשים מיניים בנפגעת עבירה ולא נגרם נזק, אך המטרה המרכזית היא למנוע מראש ביצוע עבירות מעין אלה, ובמיוחד נכונים הדברים ביחס לעבירות שקשה לגלותן בעת ביצוען. למשל, כשקטינה מתביישת וחוששת לספר לגורם סמכות, כגון הורה או מורה, על הפגיעה הנמשכת בה. בד בבד, היא עלולה שלא להיות מודעת לכך שבוצעה בה עבירה.

המעשה הפלילי נגזר מהנסיון ומהחווייה האנושית. עבירות מין אינן בגדר עבריינות חדשה, אך הטכנולוגיה שינתה את פניהן. הסיכון שטמון בפעילותו של עבריין "מרחוק" נראה קטן יותר בעיניו. הוא לא צריך לצאת מביתו ולחפש קרבן בחשיכה ובין הצללים. יש לתת מענה לעבריינות זו ולעקור אותה מהשורש ככל שניתן. סעיף 350 לחוק העונשין, שנחקק בשנת 1988 ותוקן בשנת 2003, נותן מענה ומסגרת פלילית ראויה לכך.

הכלים הפליליים נותנים מענה לצרכי השעה, והולמים את הכלל במשפט העברי "וביערת הרע מקרבך" (דברים יז, ז).

מלבד הטענה המרכזית בדבר פרשנותו של סעיף 350 לחוק העונשין, היו למערער טענות נוספות נגד הכרעת הדין וגזר הדין. טענה אחת מבוססת על תיקון כתב האישום, כך שיכלול גם נסיון לעבור עבירת אינוס – תיקון שהיה כרוך גם בהעברת התיק מבית משפט השלום לבית המשפט המחוזי. המערער סבור כי הדבר פגע בהגנתו בדרכים שונות, אולם בית המשפט המחוזי התייחס לטענות בפירוט, והסביר מדוע הגנתו של המערער לא נפגעה כלל. ניתנה הדעת על העדר מחלוקת ביחס לעובדות, על השלב הדיוני המוקדם של התיקון, ועל קו ההגנה של המערער בפועל. נימוקים אלה מקובלים עלי, והמערער לא הסביר גם במסגרת הערעור באופן קונקרטי כיצד ובאיזה אופן נפגעה הגנתו. אין אפוא עילה להתערב בהכרעת הדין גם במישור זה.

אף לא מצאתי כי יש מקום להתערב בעונש שנגזר על המערער. האחרון היה סבור כי גרם לקטינה בת 13 לבצע בעצמה מעשים מיניים בוטים וחמורים, הגם שהסוכנת ששוחחה עמו הביעה התנגדות לדרישותיו. הוא לא חדל גם כשהסוכנת צעקה מכאב. נזכיר כי קביעת המחוקק היא כי בגיל כזה הקטינה אינה יכולה "להסכים", ויש לראות את המעשים שלהם גרם המערער כנסיון להחדיר אצבעות לאיבר מינה של קטינה ללא הסכמה. יתר על כן, מדובר לא רק בנסיון האינוס אלא במספר מקרים נוספים שבהם ניסה המערער לבצע מעשים מגונים – שכוללים גם הוראות לסוכנת לגעת ולשפשף את איבר מינה – בתקופה שנפרשה על פני למעלה מחודש. על החברה להגן על בנותיה הקטינות מפני המעשים שניסה המערער לבצע. על בית המשפט לצאת במסר מרתיע, שמדגיש את החומרה הרבה של המעשים חרף עשייתם "מרחוק", ואולי דווקא בשל כך. לצערנו, הנסיון – כפי שעולה מהפסיקה שהוצגה למעלה – מלמד שלא פעם עבירות מין בקטינים "מרחוק", כגון אלה שבוצעו כאן, הן רק בגדר שלב ראשון בדרך למעשים חמורים נוספים. יכולתו של הנאשם לבצע את המעשים מביתו וממרחב "בטוח" יוצרת קרקע פורייה למעשים חמורים נוספים ולפגיעה בנפגעי עבירה נוספים. נזכיר כי המערער הודה כי ביקש, במסגרת שתי שיחות טלפון נפרדות, להיפגש עם ה"קטינה" – על רקע רצונו לקיים איתה יחסי מין – אך היא סירבה לכך. על בית המשפט לתרום את חלקו במלחמה באלה. בכל מקרה, די במעשים שניסה המערער לבצע כדי להצדיק עונש כפי שנגזר עליו, ואין לומר כי יש סטייה מעקרון ההלימה.

אכן, מדובר בנסיון, ואין נפגעת עבירה בפועל. נתונים אלה, כמו גם נתונים נוספים לקולא כגון הודאת המערער, קיבלו משקל בגזר הדין. אף נתתי דעתי לבקשה

שהגיש הסנגור לאחר הדיון, תוך הפניה לפסיקה במקרה אחר, ולתגובת המדינה בדבר השוני בין נסיבות אותו עניין לנסיבות מקרנו. בסופו של חשבון, העונש הכולל שהוטל על המערער מצוי ברף הנמוך של ענישה ביחס לניסיון אינוס קטינה בנסיבות מעין אלה שלפנינו, ולכל הפחות אין לומר כי הוא אינו הולם את חומרת המעשים, גם בראי בחינת גזרי דין שניתנו במקרים אחרים בנסיבות דומות של מעשים. תסקירי שירות המבחן שהוגשו אינם מכילים נתונים שמשנים את התמונה ומצדיקים להתחשב במערער בשלב זה חרף חומרת מעשיו. מכל אלה עולה כי אין הצדקה להתערבות ערעורית בעונש שנגזר על המערער.

סוף דבר, אציע לחברותיי לדחות את הערעור על כל חלקיו.

המשנה לנשיאה

הנשיאה א' חיות:

אני מצטרפת בהסכמה לחוות-דעתו של חברי המשנה לנשיאה השופט נ' הנדל.

הקידמה הטכנולוגית הטיבה את חיינו בתחומים רבים ומגוונים אך לצד זאת היא אף מאפשרת, למרבה הצער, "פיתוח" של ענפי עבריינות בתחומים רבים ומגוונים שלא הכרנום בעבר. לגבי חלק מאותן התפתחויות נדרש מהלך חקיקתי מתאים, אך ישנן התנהגויות עברייניות, כבענייננו, שלהן ניתן למצוא מענה בחקיקה הקיימת על דרך של פרשנות הולמת.

תמימת דעים אני עם חברי כי ניתן (בהיבט הלשוני) וראוי (בהיבט התכליתי) לפרש את התיבה "אדם אחר" שבסעיף 350 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, כמתייחסת גם אל הנפגע או הנפגעת ולא רק לאדם שלישי, וכפי שפירט חברי פרשנות זו כבר קנתה לה אחיזה בפסיקתו של בית-משפט זה.

כמו כן תמימת דעים אני עם חברי כי העובדה שמדובר בנסיון ל"אינוס מרחוק" באמצעות רשת האינטרנט, אין בה בהכרח כדי להמעיט מחומרת המעשה. אכן, נסיון אינוס או אינוס המתבצעים באופן פיזי ובמגע ישיר עם נפגע העבירה חומרתם ברורה ידועה ומובהקת. אך אל לנו להסב את פנינו מן החומרה שנושאים עמם מעשי אינוס או

נסיון אינוס המתבצעים "מרחוק", כבענייננו, הגם שמאפייניה שונים. חומרה זו נעוצה בקלות היחסית שבה ניתן מבחינת העושה לבצע מעשים כאלה בחסות רשת האינטרנט; בסכנה להיחשפות של קטינות וקטינים רכים בשנים ולפגיעה בהם בהיקפים ניכרים, בשל נגישותם לרשת האינטרנט; וכן בתדירות הביצוע המתאפשרת אף היא בשל מאפייניו הייחודיים של אמצעי טכנולוגי זה.

מן הטעמים המפורטים לעיל וכן מיתר הנימוקים שהטיב חברי לפרט בחוות-דעתו, אני מצטרפת למסקנה שאליה הגיע ולפיה דין הערעור להידחות.

ה נ ש י א ה

השופטת י' וילנר:

1. אני מסכימה לחוות דעתו של חברי, השופט נ' הנדל, ולהערותיה של חברתי, הנשיאה א' חיות.

2. אכן, ההתפתחות הטכנולוגית המואצת של תקופתנו, ובייחוד התפתחותן של אפשרויות שונות לתקשורת ברשת האינטרנט, משיאות תרומה חשובה לאנושות בתחומים רבים מספור. ברם, לצד זאת, רשת האינטרנט טומנת בחובה פוטנציאל נזק וסכנה שאין להקל בו ראש כלל וכלל. בתוך כך, ונסיבות המקרה דנן יעידו, הביאה הרשת ליצירת "זנים חדשים" של עבירות מין, המבוצעות בדרכים ובאופנים אשר לא שיערום מחוקקי הדורות הקודמים. רשת האינטרנט מאפשרת לעברייני מין מרחב נגיש, אנונימי ונוח יחסית למימוש מאווייהם הנלוזים, אשר מקנה להם בכל עת ומכל מקום גישה לקורבנות רבים – ביניהם קטינים החשופים לרשת בהיקפים הולכים וגדלים. זאת, בעוד שקורבנות אלה מצויים במרחק פיזי ניכר מן הפוגעים, שלעתים עשוי ליצור ריחוק נפשי המקל במידת מה על ביצוע העבירות.

3. ואמנם, על אף מאפייניהן השונים של עבירות מין ברשת ביחס לעבירות המבוצעות במרחב הפיזי, שבהן הפוגע והקורבן נמצאים בדרך כלל במרחב פיזי אחד, אין מקום להקל ראש בחומרתן של עבירות מין המבוצעות במרחב המקוון. עבירות מין ברשת עלולות להביא לפגיעה נפשית ופיזית בנפגעי העבירה, בעוצמה ובהיקף שאינם פחותים מן הפגיעה בקורבנותיהן של עבירות מין המבוצעות במרחב הפיזי. כך למשל,

בנסיבות כדוגמת המקרה שלפנינו, הנפגעים חווים את המעשים אשר נכפה עליהם לבצע בעצמם באופן מוחשי וממשי. יתר על כן, וזאת בשונה מעבירות מין המבוצעות במרחב שאינו וירטואלי, עבירות מקוונות מבוצעות לרוב בביתם של הנפגעים, ופעמים אף בחדרם – היינו, במרחב שבו הם אמורים להיות מוגנים מכול (ראו: ע"פ 538/13 סבב נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (26.12.2013); ע"פ 6703/13 כהן נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (16.1.2014); וכן ראו בהרחבה דבריו הנכוחים של כב' השופט א' שטיין בע"פ 3792/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 15-17 (11.11.2018)).

4. על רקע המקובץ, אני מצטרפת, כאמור, לעמדת חברי, השופט נ' הנדל, שלפיה פרשנות ראויה של הוראת סעיף 350 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 מביאה אף להכללתם של מעשים כדוגמת אלה שביצע המערער בענייניו, בהגדרת ניסיון אינוס לכל דבר ועניין. עוד יצוין כי מטבע הדברים, עבירות מין ברשת, ולמצער חלק הארי שבהן, מבוצעות דווקא בדרך שבה ביצע המערער את מעשיו הנלווים בנפגעת, היינו, באמצעות כפייה על נפגע העבירה לבצע מעשים מיניים שונים בעצמו. כל זאת, בעוד שכאמור לעיל, פגיעתם של מעשים מעין אלה בנפגעי העבירה אינה בהכרח פחותה, ואף נושאת מאפיינים ייחודיים אשר אינם מתקיימים בעבירות המבוצעות במרחב הפיזי. אשר על כן, אני סבורה כי בוודאי שאין לאפשר למערער להיבנות מכך שתקף את הנפגעת במרחב הווירטואלי. אדרבה, לאור כל האמור לעיל, עלינו לפעול ביתר שאת לשם מיגור הפגיעה המקוונת מקרבנו, וזאת במיטב הכלים המשפטיים אשר מקנה החוק בנדון.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה נ' הנדל.

על המערער להתייצב לתחילת ריצוי עונשו בבימ"ר דקל ביום 12.10.2021 לא יאוחר מהשעה 10:00, או על פי החלטת שב"ס, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על המערער לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שב"ס בטלפונים: 08-9787377, 08-9787336.

ניתן היום, ח' בתשרי התשפ"ב (14.9.2021).

ש ו פ ט

משנה לנשיאה

נ ש י א ה

ת

