



ע"פ 7577/14 - פלוני נגד מדינת ישראל, דנ"ט, ק.נ, ח.ח, ש.א. א

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 7577/14

לפני:
כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופט א' שהם

המערער: פלוני

נ ג ד

המשיבים:
1. מדינת ישראל
2. דנ"ט
3. ק.נ
4. ח.ח
5. ח.ש
6. א.א

ערעור על הכרעת דין מיום 10.4.2014 ועל גזר דין
מיום 28.9.2014, שניתנו בבית המשפט המחוזי בבאר
שבע, הרכב השופטים: נ' זלוצובר; י' רז-לוי; א' חזק,
בתפ"ח 26711-06-11

תאריך הישיבה: כ"ה בכסלו התשע"ו (7.12.2015)

בשם המערער: עו"ד גיל פרידמן; עו"ד ליאת שילון הקש; עו"ד יפעת
שריד; עו"ד אורי ארביב

בשם המשיבים: עו"ד הילה גורני



פסק-דין

השופט א' שהם:

1. ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופטים: נ' זלוצובר; י' רז-לוי; ו-א' חזק), ולחילופין על גזר הדין, שניתנו בתפ"ח 26711-06-11.
2. המערער הורשע, לאחר ניהול משפט הוכחות, בעבירות אלה: מעשה סדום, לפי סעיף 347(ב), בנסיבות סעיף 345(ב)(1)+345(א)(1), ובנסיבות סעיף 350, לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); מעשה מגונה, לפי סעיף 348, בנסיבות סעיף 345(ב)(1)+345(א)(1) לחוק העונשין (ריבוי מקרים); ניסיון למעשה מגונה, לפי סעיף 348(ב), בנסיבות סעיף 345(ב)(1)+345(א)(1), ביחד עם סעיף 25 לחוק העונשין (שני מקרים); מעשה מגונה, לפי סעיף 348(ב), בנסיבות סעיף 345(ב)(1)+345(א)(1) לחוק העונשין; מעשה מגונה, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, וכן ניסיון לבצע עבירה זו.
3. בעקבות הרשעתו בדין, הושתו על המערער העונשים הבאים: 8 שנות מאסר לריצוי בפועל, בניכוי ימי מעצרו מיום 31.5.2011 ועד ליום 9.11.2011; 18 חודשי מאסר על תנאי לבל יעבור, בתוך 3 שנים ממועד שחרורו מהמאסר, אחת העבירות בהן הורשע או כל עבירת מין שהיא פשע; כמו כן, חויב המערער בתשלום פיצויים בסכום כולל של 80,000 ₪ לששה מתלוננים שכלפיהם בוצעו עבירות המין.
4. מלכתחילה עמד בפנינו ערעור על הכרעת הדין במלואה, אך לאחר שמיעת הערותינו חזר בו המערער מהערעור על הרשעתו, למעט בנקודה אחת שתפורט להלן, והתמקד בערעור על חומרת העונש. טענותיו של המערער בנוגע להרשעתו בעבירה של מעשה סדום
5. כתב האישום שהוגש נגד המערער מבוסס על תלונותיהם של ששה קטינים ששלושה מהם העידו בבית המשפט ושלושה אחרים נחקרו על ידי חוקר ילדים, כאשר דו"ח החקירה ותיעוד חזותי של החקירה (לרבות תמלולה) הוגשו לבית המשפט, לאחר שחוקר הילדים לא התיר את עדותם במשפט. לגבי חמישה מהקטינים מדובר בביצוע מעשים מגונים מסוגים שונים, כאשר רק לגבי קטין אחד, ד.ט. יליד שנת 2000 (להלן: המתלון) נטען כי המערער גרם לו להכניס את איבר מינו לתוך פיו של המערער. בית משפט קמא קבע כי, בהתאם לסעיף 350 לחוק העונשין, אין נפקא מינא לשאלה, האם המערער הוא שהחדיר את איבר מינו לפיו של המתלון או שמא המערער גרם למתלון להחדיר את איבר מינו לפיו שלו.
6. טענתו העיקרית של המערער היא, כי אין מתקיים בעניינו היסוד העובדתי הדרוש לשם הרשעה בעבירה של מעשה סדום. נטען, בהקשר זה, כי העובדה שהמערער גרם למתלון להחדיר את איבר מינו לפיו של המערער, אינה עונה על ההגדרה המופיעה בסעיף 347(ג) לחוק העונשין. זאת שכן, לשיטתו של המערער, המתלון הוא שביצע, במקרה דנא, את פעולת ההחדרה (בכך שהכניס את איבר מינו לפיו של המערער), בעוד שסעיף 347(ג) לחוק העונשין עוסק במצב בו הנאשם הוא שמבצע פעולה זו. המערער הוסיף וטען, כי לא ניתן לקיים את ההרשעה, גם בהסתמך על



סעיף 350 לחוק העונשין. לשונו של סעיף זה, כך נטען, מלמד כי הוא נועד להרשעת נאשם שגרם לקורבן העבירה לבצע מעשה מיני בעצמו (כלומר, בקורבן), להבדיל ממצב בו הנאשם גורם לקורבן לבצע מעשה מיני בנאשם, כדוגמת המקרה שלפנינו.

דיון והכרעה בטענתו המשפטית של המערער

7. טענותיו אלו של המערער נדונו, בהקשר אחר, בפני בית משפט זה (ע"פ 412/06 אליאגוייב נ' מדינת ישראל (20.2.2008) (להלן: עניין אליאגוייב), אך מצאתי להידרש אליהן, פעם נוספת, גם במסגרת זו. אקדים תוצאה להנמקה ואומר, כי אין בידי לקבל טענות אלו, באשר, לטעמי, פעולותיו של המערער מקיימות את היסודות הפיזיים של עבירת מעשה הסדום (יצוין, כי לא הועלו טענות בנוגע ליסוד המחשבה הפלילית הנדרשת בעבירה זו). זאת שכן, כפי שיפורט להלן, 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. כפי שיובהר להלן, המדובר בכל קשת האפשרויות של המעשים המיניים, דבר המעוגן בסעיף 350 לחוק העונשין.

8. הגדרת המעשים המיניים האסורים, הנכללים בסימן ה' לחוק העונשין, מופיעה בסעיפים 345(ג), 347(ג) ו-348(ו) לחוק העונשין.

אשר לעבירת האינוס, הדורשת בין יסודותיה רכיב עובדתי של "בעילה", קובע סעיף 345(ג) לחוק העונשין, כי:

"בועל" - המחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה."

הפעולה האסורה, אשר עומדת בבסיס העבירה של מעשה הסדום, מוגדרת בסעיף 347(ג), בהאי לישנא:

"לענין סימן זה, 'מעשה סדום' - החדרת איבר מאברי הגוף או חפץ לפי הטבעת של אדם, או החדרת איבר מין לפיו של אדם."

המעשה האסור שבבסיס עבירת המעשה המגונה, מוגדר בסעיף 348(ו) לחוק העונשין, באופן הבא:

"בסימן זה, 'מעשה מגונה' - מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים."

לסעיפים אלו מצטרף כלל הפרשנות המופיע בסעיף 350 לחוק העונשין, אשר קובע כי, לענין עבירות המין דלעיל, "אחת היא אם העושה עשה את המעשה או גרם שהמעשה יעשה בו או באדם אחר". מעיון ראשוני בסעיף 350, ברי כי הוא חל על מצבים בהם הנאשם גרם לקורבן לבצע מעשים מיניים, כאלה או אחרים. עוד אין חולק, כי הסעיף מדבר, בין היתר, על האפשרות כי הנאשם יגרום לקורבן לבצע מעשים מיניים באדם אחר. כך הוא הדבר, למשל, כאשר הנאשם גורם לקורבן לבעול אישה, שלא בהסכמתה. במצב דברים זה, ניתן, בנסיבות המתאימות, להרשיע את הנאשם



בעבירת האינוס, מכוחו של סעיף 350. המחלוקת הפרשנית העומדת בבסיס דיונו, נעוצה בשאלה האם, בנוסף לאלה, חל סעיף 350 על מצבים בהם הנאשם גורם לקורבן לבצע מעשים מיניים בעצמו, כלומר בקורבן, או שמא הוא חל גם במצבים בהם הנאשם גורם לקורבן לבצע מעשים מיניים בנאשם עצמו. בפרט, מתמקדת השאלה הפרשנית שלפנינו במילה "בו" המופיעה בסיפא של סעיף 350 - ונשאלת השאלה, האם מילה זו מתייחסת לקורבן, לנאשם, או שמא לשניהם.

9. על-פי לשונו של סעיף 350 לחוק העונשין, מתחייבת המסקנה כי המילה "בו" מתייחסת הן לנאשם והן לקורבן. סעיף 350 אינו עוסק בזוהות מושא המעשה המיני האסור. זאת ניתן ללמוד מעצם השימוש בביטוי "או באדם אחר". ביטוי זה מצביע, על כי המחוקק ביקש שלא לערוך הבחנה בין זהות מושאי המעשה המיני האסור. המחוקק ביקש לקבוע, כי דינו של נאשם שגרם לקורבן לבצע מעשה מיני באדם אחד, יהיה זהה לדינו של אותו נאשם, הגורם לקורבן לבצע מעשה מיני באדם אחר. משכך, נראה כי מושא המעשה המיני יהיה מבחינתו של המחוקק, כל אדם, לרבות הנאשם או הקורבן עצמו.

10. תמיכה נוספת במסקנה, לפיה המילה "בו" מתייחסת גם לנאשם, ניתן למצוא בעצם הוספת הביטוי "בו או באדם אחר" (להלן: הביטוי), לסעיף 350 לחוק העונשין. ביטוי זה התווסף לסעיף 350, במסגרת תיקון חוק העונשין (תיקון מס' 77), התשס"ד-2003. במהלך הדיונים בוועדת חוק חוקה ומשפט, בנוגע להצעה להוסיף את הביטוי הנ"ל, נאמר:

"סיגל קוגוט: [...] סעיף 350 לחוק העיקרי, כאן זה תיקון אחר. זה תיקון שמבהיר שיכול גם להיות שאישה תגרום לגבר לעשות בה מעשים. לא תמיד זה בעילה, כי בעילה מוגדרת בצורה שלא מתאימה אם גבר נשוא הדבר.

דיויד וינר: התיקון שלך הוא לא רק על הסוגיה שאנחנו עוסקים בה, אלא בכלל על מעשי האינוס. מעכשיו אישה יכולה לאנוס.

תמי סלע: זה היה גם קודם, זו רק הבהרה".

(פרוטוקול ישיבה מס' 82 של ועדת חוק חוקה ומשפט הכנסת ה-16, 30.11.2003).

הנה כי כן, המטרה שלשמה הוסף הביטוי הנ"ל לסעיף 350, היתה אך ורק בכדי להבהיר כי המעשים המיניים האסורים חולשים, בין היתר, גם על מצבים בהם הנאשם גורם לקורבנו לבצע מעשים מיניים בנאשם עצמו. יפים, בהקשר לכך, דברי השופט י' אלון, בעניין אליאגויב:

"המטרה החקיקתית המוצהרת של סעיף 350 [...] היתה להרחיב את היקפן של עבירות המין השונות (ולא רק המעשה המוגנה) גם לסיטואציה עובדתית אשר בה העברין אינו עושה פיזית את המעשה בקורבן העבירה אלא גורם לקורבן העבירה שיעשה את המעשה בו (בעברין).

[...]



הוספת צמד המילים 'אדם אחר' אינה משנה ממהותו המקורית של סעיף 350. לאמור, הרחבת היקף מעשה עבירה המין גם למצבים עובדתיים בהם המרכיב העובדתי של מעשה העבירה נעשה בגופו של אדם אחר שאינו קורבן העבירה" (שם, בפסקה 11, ההדגשות במקור - א.ש.).

לכך יש להוסיף את דברי המלומדים, שהתייחסו לסוגייה שלפנינו. כפי שציין המלומד יעקב קדמי:

"עניינה של ההוראה שבסעיף זה הוא באחריות לביצועה של כל אחת מן העבירות המנויות בסימן ה' לפרק י' [לחוק העונשין]. תכלית ההוראה היא, להסיר ספקות באשר לאחריותו של מי: שאינו מבצע אישית את העבירה, אלא 'אך' גורם לכך שהעבירה תבצע על-ידי אחר [...] וזאת - בין שהעבירה מבוצעת בגופו של אחר ובין שהיא מבוצעת בגופו של ה'גורם' עצמו.

לעניין אחריותו של ה'גורם' אין נפקא מינה, אפוא, אם 'קורבן העבירה' זה הוא עצמו (הגורם) או אדם 'אחר'. כך, למשל, מקום שאדם 'גורם' - קרי: בדרך או באופן כלשהו - לאדם אחר, לבצע מעשה מגונה 'בו' והמעשה מבוצע, יראו את ה'גורם' כנושא באחריות לביצועו, וזאת על אף שהמעשה המגונה בוצע בגופו שלו (של ה'גורם') (יעקב קדמי הדין בפלילים - חוק העונשין חלק שלישי 1437 (2006), ההדגשות במקור - א.ש.).

וראו גם דברי המלומד גבריאל הלוי:

"בעבירות האינוס אין נפקא מינה, אם פעולת ההחדרה שבמסגרת הבעילה נעשתה בידי מבצע העבירה, כי מבצע העבירה גרם לכך שהפעולה תתבצע בנבעלת (פקד עליה להניע את ההחדרה, לדוגמה), או כי הנבעלת עצמה היא מבצעת העבירה (אשה הגורמת לכך שקטין מתחת לגיל הרלוונטי יבעל אותה, לדוגמה)" (גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך ד 620 (2010); על הדין בנוגע לעבירות של מעשה סדום, ראו: שם, בעמ' 629; על הדין בנוגע לעבירות של מעשים מגונים, ראו: שם, בעמ' 638 ו-640).

עוד ראו, בהקשר זה:

"סעיף זה [סעיף 350] אפשר לבתי המשפט לדלג מעל המשוכה הפרשנית שניצבה בפניהם ולהחיל את עבירות האנוס, את מעשה הסדום ואת המעשה המגונה על נאשמים שגרמו מרחוק לקורבן לבצע את המעשים בעצמו או באחר" חיים ויסמונסקי "התמודדות עם עבירות מין באינטרנט" משפט מפתח 2 33 (2014).

11. סיכומי של דבר, סבורני כי הרשעתו של המערער בעבירה של מעשה סדום, לאחר שהוא גרם למתלונן להכניס את איבר מינו לפיו של המערער, בדין יסודה. נראה, אפוא, כי התקיימו במערער יסודות העבירה של מעשה סדום, לפי סעיף 347(ג) בצירוף סעיף 350 לחוק העונשין.



הערעור על חומרת העונש

12. מעשיו של המערער הינם חמורים על פי כל אמת מידה, ולא הייתי רואה מקום להתערב, במידת מה, במשכו של המאסר הממשי, אלמלא חזר בו המערער מהערעור על ההרשעה (למעט בנקודה המשפטית שפורטה לעיל), ובכך ניתן לראות משום הודאה במעשים וקבלת אחריות עליהם.

מסיבה זו בלבד ניתן, לטעמי, להפחית שנת מאסר אחת מעונשו של המערער כך שעונש המאסר בפועל יעמוד על 7 שנות מאסר בניכוי ימי מעצרו. אין שינוי ביתר רכיבי גזר הדין, ובכלל זה סבורני כי אין מקום להתערב בשיעור הפיצויים שנפסקו לנפגעי העבירה, שמן הסתם יזקקו לכספים אלה לצרכים שיקומיים.

סוף דבר

13. אשר על כן, לוי תישמע דעתי, היינו דוחים את ערעורו של המערער על הרשעתו, אך מקבלים חלקית את ערעורו על חומרת העונש, כאמור בפסקה 12 לעיל.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. חוות דעתו של חברי השופט שהם מקובלת עלי כנתינתה. אכן, מעיקרא היה בנותן עניין בטענה באשר לתחולת העבירה לפי סעיף 347 בנסיבות המקרה, שבו גרם המערער להכנסת אבר מינו של המתלונן לפי המערער; כך, שכן סעיף 347 לחוק העונשין תשל"ז-1977, כעבירות האינוס בכלל, עיקרו בהקשר דנא כהגדרה שבסיפת הסעיף (347(ג)) "לעניין סימן זה 'מעשה סדום' - החדרת איבר מאברי הגוף או חפץ לפי הטבעת של אדם, או החדרת איבר מין לפיו של אדם"; וניצבת השאלה האם "אדם" בהקשר זה גם הנאשם עצמו במשמע, במובן הגרימה לזולת לעשות בנאשם את המעשה. ואולם, כנראה חש המחוקק כי דבר זה טעון הבהרה, וכאן בא לעזרנו סעיף 350, כפי שתיאר חברי, וכפי שתוקן בתשס"ד-2003 שלפיו "אחת היא אם העושה עשה את המעשה או גרם שהמעשה יעשה בו או באדם אחר" (הדגשה הוספה - א"ר). לשונו של הסעיף מדברת בעדה; איני רואה כיצד ניתן לפרש, בהינתן הבהרה זו (אף כי אפשר היה - כאמור לפרש אל נכון גם בלעדיו, וראו דברי עו"ד סלע בועדת החוקה, חוק ומשפט מ-3.11.03 שהביא חברי) אלא במצב שבו גורם הנאשם לזולתו - הקרבן - לבצע בו מעשה מיני, וכך בכל עבירות האינוס (ראו גם דברי איש הסניגוריה ד"ר דיויד וינר המנוח שם). בהינתן מגוון האפשרויות העצוב בתחום זה, דומה כי פירוש זה שנתן חברי הוא ואין בלתו - והוא נחוץ לשם אכיפה ראויה. כפי שציין חברי, ההיסטוריה החקיקתית לשלביה בוארה בע"פ 412/06 אליאגוייב נ' מדינת ישראל (2008) בפסק דינו של השופט י' אלון (ראו פסקה 11), ושורתה התחתונה של הפרשנות שם היא כי מתיקוני סעיף 350 לאורך השנים עולה בבירור, שהעבירה חלה גם במקרה (כמו בנידון דידן) "בו העברין גורם לקרבן



העבירה לבצע את המעשה המגונה בגופו של העבריין", ותיקון 77 הוסיף גם עשיית מעשים בגופו של אדם שלישי; ראו גם י' רבין וי' ואקי, דיני עונשין (מה' 3) וכרך א' תשע"ד-2014, הע' 11 בעמ' 593 - 594.

פרשנות חברי מתישבת עם השכל הישר, שאילולא כן היינו מותירים מעשה מיני בדרגה גבוהה בדרגה נורמטיבית פחותה מערכו. כאמור, מצטרף אני לחוות דעת חברי בכל חלקיה.

המשנה לנשיאה

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים לפסק דינו של חברי השופט א' שהם, ולהערתו של חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שהם.

ניתן היום, ב' בטבת התשע"ו (14.12.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה