



## ע"פ 460/16 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 460/16

לפני:

כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט צ' זילברטל  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערער:

פלוני

נ ג ד

המשיבה:

מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי באר שבע  
מיום 12.1.2016 בתפ"ח 46767-09-03 שניתן על ידי  
כבוד סגנית הנשיא ר' יפה-כ"ץ, והשופטים א' ואגו ו-י'  
צלוקובניק

תאריך הישיבה:

י"ג בניסן התשע"ו (21.4.2016)

בשם המערער:

עו"ד מיכאל כהן

בשם המשיב:

עו"ד ארז בן ארויה

### פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. קטינים ששהו במקווה לבדם התלוננו על כך שאדם זר ביצע בהם עבירות מין חמורות. האם בדין הורשע המערער בגין אותו אירוע? ואם כן – מה צריך להיות עונשו? אלה השאלות שהתעוררו במסגרת הערעור שבפנינו.

עמוד 1



2. ביום 30.9.2013 הוגש נגד המערער כתב אישום לבית המשפט המחוזי בבאר-שבע (תפ"ח 46767-09-13, סגנית הנשיא ר' יפה-כ"ץ, והשופטים א' ואגו ו-י' צלקובניק). על-פי האמור בכתב האישום, ביום 22.6.2013 שהו נ' ו-א', בני דודים קטינים כבני 11, במקווה. בכתב האישום נטען כי המערער הגיע למקום, הקיש בדלת המקווה, וכאשר הקטינים פתחו לו את הדלת נעל אותה אחריו. לאחר מכן פשט את בגדיו ונכנס לטבול במי המקווה כשהוא ערום, בעת שהקטינים, שהיו ערומים אף הם, כבר היו במים. המערער הציג עצמו, כך נטען, בפני הקטינים בשם "שלומי" ושאל אותם אם הם מעוניינים שיעזור להם לטבול. בהמשך לכך, התקרב המערער אל א' ואחז בגופו בחוזקה, דחפו כלפי מטה והכניס את גופו וראשו לתוך המים. א' התנגד למעשיו של המערער. בשלב זה נטען כי המערער הצמיד את איבר מינו לישבנו של א' וניסה להחדירו לפי הטבעת שלו. א' דחף את המערער וזה היכה בבתנו במכת אגרופ. עוד נטען כי מיד לאחר מכן פנה המערער אל נ', ששהה גם הוא בתוך המים, וניסה להחדיר את איבר מינו לפי הטבעת שלו, אך הדבר לא עלה בידו ו-נ' חמק ממנו. לאחר מכן יצאו הקטינים מן המים. המערער, כך נטען, יצא מן המים בעקבותיהם ושאל אותם אם הם מעוניינים שיעזור להם להתגב. בשלב זה המערער התקרב ל-א' והצמיד את איבר מינו לישבנו בניסיון להחדירו אל פי הטבעת שלו, אלא שהאחרון התנגד וזע ממקומו. בהמשך, נטען כי המערער נעמד מאחורי נ' וניסה להצמיד את איבר מינו לישבנו, אלא שבשל גובהו של נ' הדבר לא עלה בידו, ואיבר מינו פגע בגבו של נ'. בהמשך לדברים אלה, נטען כי המערער התקרב שוב אל א' וליטפו במקומות שונים בגופו, לרבות איבר מינו וישבנו. לאחר מכן התקרב אל נ', נגע בישבנו ובאיבר מינו וכן חיבקו ונישקו על פניו. בשלב זה, נשמעו דפיקות בדלת והמערער חדל ממעשיו ועזב את המקום. ביום 1.7.2014, בעקבות התלונות שהוגשו והחקירה שהתקיימה, הגיעו שוטרים לעצור את המערער. המערער הזדהה בפני השוטרים בשם הבדוי "אריה כהן", ולאחר שקיבל הודעה על כך שהוא עצור, סירב להילוות אליהם וניסה לשחרר עצמו מאחיזתו של אחד השוטרים.

3. בגין כל האמור יוחסו למערער בכתב האישום העבירות הבאות: מספר עבירות של ניסיון למעשה סדום לפי סעיף 347(ב) ובנסיבות סעיף 345(ב)(1) ובסעיף 345(א)(1) בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); מספר עבירות של מעשה מגונה לפי סעיף 348(ב) ובנסיבות סעיף 345(ב)(1) ובנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין; תקיפה סתם לפי סעיף 379 לחוק העונשין; והפרעה לשוטרי תפקידו לפי סעיף 275 לחוק העונשין.

4. להשלמת התמונה יצוין כי מעצרו של המערער התבצע לאחר שהוריהם של הקטינים דיווחו למשטרה כי במקווה קיימות מצלמות אבטחה. המערער הוא אחד האנשים שנראים בסרטוני האבטחה, ובהתאם לשאר ההתרששויות שתועדו בהם, הגיע החוקר לידי מסקנה כי החשד נופל עליו. עם מעצרו של המערער נערכו לקטינים מסדרי זיהוי תמונות ואלה זיהו אותו בהם.

5. בעיקרו של דבר, המערער כפר בעובדות כתב האישום, אם כי במהלך החקירה והמשפט חלו שינויים בגרסאות שמסר. תחילה, המערער טען שכלל לא נכח במקום באותו היום. באותה עת, הוא הודה רק בכך שהזדהה בשם לא נכון בעת שנעצר והפריע לשוטר. בהמשך, לאחר שעומת עם תיעודו בסרט האבטחה, הודה כי הגיע למקום באותה שבת כדי "לשתות מים", ובשלב מאוחר יותר אף הוסיף שהגיע למקום להתפלל, אך לא נכנס לטבול במקווה, ועל כן הוא הוסיף לכפור בכך שביצע את העבירות שיוחסו לו בכתב האישום. הוא לא כפר בכך ש"הילדים חוו כנראה אירוע מיני", אך טען כי אין מקום לייחס עבירות אלה לו.



6. העדויות המרכזיות במשפטו של המערער היו עדויות הקטינים כפי שנגבו על-ידי חוקרת ילדים.

7. א' תיאר בעדותו כיצד הוא ו-נ' פתחו את דלת המקווה לאדם שהזדהה בפניהם כ"שלומי", אשר התפשט לידם ונכנס למים, תוך שהוא שואל אותם אם הם רוצים שיעזור להם לטבול. בהמשך, תיאר א' כיצד אותו אדם הכניס את גופו למים עד שהרגיש שהוא טובע, וכיצד ניסה "לחבר את איבר מינו לישיבנו [...]" אך לא הצליח. א' הוסיף כי "שלומי" חיבק אותו ואז "דחף את החלק של המותניים ואיבר מינו קדימה, לכיוון הטוסיק". לאחר שאיבר מינו לא נכנס לפי הטבעת של א', האחרון דחף אותו, ו"שלומי" בתגובה נתן ל-א' אגרוף בבטן, מתחת למים. א' ציין כי בהמשך, כשיצאו מהמים, "שלומי" דחף את איבר המין שלו "בדיוק אותו דבר כמו שהיה במים". באשר למה שראה ביחס ל-נ', העיד א' כי כשיצאו מהמים ניסה "שלומי" לדחוף את איבר מינו לישיבנו של נ', אך נוכח קומתו הנמוכה של נ', לא הצליח בכך. בנוגע לשלב זה העיד א' כי "שלומי" שאל אותם אם הם רוצים שיעזרו להם להתנגב, ולאחר שלא השיבו, ליטף ונגע בהם באיבר המין ובישיבנם, ואת נ' אף חיבק ונישק בפנים, וכן עבר עם "האצבע השלישית" שלו על כל הישבן של נ', תוך שהוא שואל אותו "מה אתה מפחד", ומוסיף לנשק אותו בפנים. א' אף התייחס לזהותו של "שלומי", ותיאר את מראהו החיצוני.

8. נ' תיאר גם הוא את ההתרחשויות במקווה. הוא ציין כי ראה דרך המים את "שלומי" מנסה להכניס את איבר מינו לישיבנו של א', תוך שהוא תופס אותו בכוח, מחבק אותו, ואף אווז בבטנו. נ' אף הוסיף שראה את "שלומי" מנסה לשים את פיו באיבר מינו של א'. בהמשך תיאר כיצד הצליח להתחמק מ"שלומי" בתוך המים. באשר למגע ביניהם מחוץ למים ציין נ' כי "שלומי" ניסה להחדיר את איבר מינו לישיבנו, אך לא צלח בשל הבדלי הגובה ביניהם, כך שאיבר מינו של "שלומי" נגע בגבו.

9. כמו כן העידו במשפט אביו של נ' (להלן: האב) ואמו של א' (להלן: האם).

10. האב הגיע למקווה בסוף האירוע ועמו עזבו הקטינים את המקום. הוא תיאר בעדותו כיצד מצא את דלת המקווה נעולה, ועל כן התדפק עליה. את הדלת פתח לו "שלומי", אשר לדברי האב בדיוק סיים להתלבש ולנעול את נעליו ויצא מיד מהמקום. האב תיאר את "שלומי" כבחור בן עשרים לערך, אשר היה נראה ולבוש כאברך, וציין כי הוא לא עורר בו חשד. בהמשך, תיאר האב כיצד א' סיפר לו כי הבחור שהיה במקווה ליטף אותו בכל חלקי הגוף ונגע בו באיבר המין, וכיצד נ' סיפר לו כי הבחור חיבק אותו כשהוא מאחוריו. בהודעתו במשטרה מסר האב כי אינו יכול לזהות את החשוד בוודאות. בהמשך, בעת עדותו בבית המשפט, זיהה האב את המערער באופן חד משמעי כאדם שאותו ראה יוצא מן המקווה. האב הסביר כי חשש בתחילה לזהות את המערער על פי תמונתו בלבד, אולם הצהיר כי כעת, שהמערער עומד בפניו, אין לו ספק שמדובר באדם שראה. בית המשפט המחוזי מצא את עדותו של האב אמינה, לרבות בכל הנוגע לחששו לזהות בתחילה את החשוד במשטרה.

11. האם העידה כי כאשר פגשה את בנה, א', לאחר שיצא מהמקווה היא הבחינה כי הוא מתוח וכי הוא רוצה לספר לה דבר מה. היא הוסיפה והעידה כי א' אמר לה כי "היה שם מישהו והוא נגע לי באיבר מין והוא החזיק אותי מאחורה ושפשף אותי עליו ולא רציתי אז הוא נתן לי בוקס חזק באזור המותן בצד". אף נ' שיתף במה שהתרחש במקווה את האם, דודתו. היא תיארה כי נ' סיפר לה ש"שלומי" נישק אותו, וכן ניסה להחזיק אותו ו"להשתפשף" איתו.

12. המערער עצמו היה עד ההגנה היחיד, והוא כפר כאמור במעשים המיוחסים לו. תחילה, בעת שנחקר במשטרה,



טען המערער כי נכנס למתחם המקווה כדי לשתות מים, ולכן נקלט במצלמות האבטחה. בהמשך חקירתו במשטרה, כאמור, הוא הוסיף כי נותר שם כדי להתפלל, לאחר שעומת עם העובדה שתועד כמי ששהה במקום במשך 20 דקות. המערער אף הודה כי שינה גרסה באשר להימצאותו במקום בהתאם לראיות שאליו נחשף, ובפרט לסרט האבטחה. זאת ועוד, בשלב כלשהו בעדותו בבית המשפט טען המערער שהוא כלל לא בטוח מה עשה באותו יום והאם מסר אמת במשטרה. על רקע זה נבחנו בבית המשפט המחוזי הגרסאות השונות שמסר המערער, ונמצא כי עולות מהן, כמו גם מעדותו בבית המשפט, תמיהות וסתירות רבות. על כן, נקבע כי אין לתת אמון באף אחת מגרסאותיו.

13. ביום 28.6.2015 הרשיע בית המשפט המחוזי את המערער בעבירות שיוחסו לו. בית המשפט המחוזי ביסס את הרשעתו על הראיות האובייקטיביות לחובתו של המערער, ובכלל זה סרטוני האבטחה שבהם נקלט, חרף טענותיו בתחילה כי לא נכח במקום כלל; משך הזמן ששהה במקום, אשר לא תאם את גרסתו הראשונית; העובדה שכלל לא נצפה בסרטון האבטחה כשהוא עומד ליד הברזיה, ממנה שתה לטענתו; האופן שבו נצפה בסרט מחזיק את איבר מינו כשנכנס למתחם המקווה; וכן העובדה שנצפה בסרט כשהוא מסדר את חולצתו בעת יציאתו מהמתחם. כן התבסס בית המשפט המחוזי על עדויות הקטינים בפני חוקרת הילדים, אשר קבע כי הן אמינות, מדויקות וקוהרנטיות, ועל זיהויים את המערער במסדר הזיהוי. יצוין כי מעיון בהכרעת הדין עולה שבית המשפט המחוזי קבע שהמערער ביצע ניסיון למעשה סדום בכל אחד משני הקטינים הן בתוך המים והן מחוצה להם. עם זאת, בפסקת הסיום של הכרעת הדין לא צוין מספר העבירות מסוג זה שהורשע בהן המערער, ונאמר רק שהוא הורשע בביצוע ניסיון למעשי סדום "במספר הזדמנויות".

14. גם לאחר ההרשעה, בשלב הטיעונים לעונש, הוסיף המערער לטעון כי הוא חף מפשע. בית המשפט המחוזי שקל את מכלול הנסיבות, ובכלל זה גילם הצעיר של הקורבנות, הנזק שנגרם להם נוכח מעשיו והחזרה על המעשים פעם אחר פעם חרף סירובם של הקטינים, ובהתאם לכך קבע את מתחם הענישה בין שש לתשע שנות מאסר בפועל. בהמשך, הדגיש בית המשפט המחוזי את חומרתם של מעשי המערער ואת קביעתו כי המערער התכוון לבצע עבירות של מעשה סדום בקטינים. בית המשפט המחוזי קבע כי ביחס לשני הקטינים אמנם לא הייתה חדירה של ממש, אולם ניתן להניח שמהיבט תודעתו של הקטין, הניסיון חמור לא פחות מהעבירה המוגמרת. על כן, בסיכומו של דבר, הטיל בית המשפט המחוזי על המערער עונש כדלקמן: מאסר בפועל למשך 8 שנים בניכוי ימי המעצר; מאסר על תנאי למשך 12 חודשים כשהתנאי הוא שהמערער לא יעבור כל עבירת מין בניגוד לפרק י' סימן ה' לחוק העונשין תוך 3 שנים מיום שחרורו; ותשלום של פיצוי שהוגדר "סמלי" בסך של 30,000 שקל לכל אחד מן הקטינים.

הערעור

15. הערעור שבפנינו מכון הן כנגד הרשעתו של המערער והן כנגד העונש שהושת עליו.

16. במסגרת הערעור שהוגש באמצעות בא-כוח חדש טען המערער, זו הפעם, כי אינו כופר עוד בכך שביצע עבירות מין בקטינים. עם זאת, נטען מטעמו כי עדויות הקטינים מניחות בסיס לביצוע עבירות בדרגה של מעשים מגונים בלבד, להבדיל מניסיונות למעשי סדום. כך, המערער טוען כי כלפי נ' לא בוצעו כלל ניסיונות למעשי סדום, שכן אף לפי עדותו של הקטין בעת שהותם במים כלל לא היה מגע ביניהם, ואילו בעת שהיו מחוץ למים נגע המערער עם איבר מינו בגבו של נ' "לכמה שניות" וליטף אותו בגופו, ובכך אין די כדי להביא כאמור להרשעתו בניסיון למעשה סדום. בהקשר זה



מוסיף המערער וטוען כי על מנת להרשיע בעבירה של ניסיון למעשה סדום מוטל הנטל על התביעה להוכיח קרבה של ממש בין איבר המין לבין פי הטבעת של הקורבן, ואין די ב"כיוון" של איבר המין לעבר הישבן. באשר לתקיפתו את א', מעלה המערער טיעונים כנגד האפשרות ש-נ' ראה את תנועות ה"דחיפה" של איבר מינו של המערער לישבנו של א' דרך המים, ובכלל זה בדבר סתירות בעדויותיהם של הקטינים שמעוררות, לטענת המערער, את הספק בנוגע לניסיון לבצע אף במתלונן א' מעשה סדום.

17. המערער מוסיף וטוען כי לטענותיו אלו אמורה להיות משמעות הן מבחינת ההרשעה עצמה, היינו הרשעה בעבירות של מעשים מגונים חלף הרשעה בניסיונות למעשה סדום, והן מבחינת העונש שיושט עליו, שאמור להיות קל בהרבה, בנסיבות האמורות.

18. מנגד, המדינה סמכה את ידיה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי וטענה כי יש לדחות את הערעור על שני חלקיו. באשר להכרעת הדין, טענה המדינה כי המערער אינו יכול להציג גרסה חדשה שהתביעה לא יכולה לבררה ולהתמודד עמה במסגרת הערעור. המדינה הזכירה כי בבית המשפט המחוזי התמקדה ההגנה של המערער בשאלת הזיהוי שלו כמבצע עבירות המין בקטינים, והוא כלל לא חלק על עצם התרחשות המעשים המיניים באופן המפורט בעובדות כתב האישום. על כן, אין לאפשר לו "לשנות חזית" ולהעלות טענות אלו בפני ערכאת הערעור. בבחינת למעלה מן הצורך, המדינה מציינת כי ההרשעה בעבירות של ניסיון למעשה סדום בשני הקטינים מעוגנת היטב בחומר הראיות. כמו כן, המדינה טוענת כי העונש שהושת על המערער הולם את חומרת המעשים שביצע.

19. להשלמת התמונה, יוער כי לקראת הדיון בערעור הוגשה חוות דעת לעניין מסוכנותו של המערער מטעם המרכז להערכת מסוכנות. חוות הדעת הצביעה על כך שרמת המסוכנות המינית של המערער היא גבוהה, בשים לב לכך שהמערער השליך את האחריות למעשיו על הקטינים, קורבנות העבירה, ולכך שהוא נעדר כלים לצורך התמודדות עם מצבי סיכון. עוד צוין בחוות הדעת כי המערער מביע מוטיבציה להשתלב בטיפול ייעודי קבוצתי לעברייני מין, אשר עשוי לסייע בהפחתת רמת המסוכנות המינית.

## דיון והכרעה

20. לאחר ששקלתי את הדברים אני סבורה כי דין הערעור על הכרעת הדין להתקבל באופן חלקי ומסויג. בהתאם לכך, אני סבורה שיש מקום להפחתה – מוגבלת ומסוימת גם היא – בעונשו של המערער.

## הערעור על הכרעת הדין

21. צודקת המדינה בכך שזירת המחלוקת נקבעת בבית המשפט ששומע את הראיות, בהתאם לתשובתו של הנאשם לכתב האישום ולהגנה שהוא מציג (ראו: ע"פ 5502/12 גולן נ' מדינת ישראל, פסקה 45 לפסק דיני (29.9.2013)). על כן, ככלל אין מקום לטענות המערער הכופרות בממצאי עובדה שאינם נוגעים לשאלת הזיהוי, שהייתה השאלה היחידה השנויה במחלוקת (למשל, לעניין דבריו הברורים של נ' באשר לכך שיכול היה לראות את שהתרחש במים בין המערער ל-א'). בפנינו, המערער לא חלק עוד על זיהויו כמי שנכח במקום ומרבית הטענות שהעלה כנגד הכרעת הדין ביקשו לערער על פרטים בעדויות שלא נתקפו בבית המשפט המחוזי. זאת אין לאפשר.



22. יחד עם זאת, עדיין יש להוסיף ולבחון האם העדויות כלשונן – ובהנחה שהן מתקבלות באופן מלא – תומכות בהרשעתו של המערער בכל העבירות שיוחסו לו, וזאת בהתאם להגדרה המשפטית של יסודות העבירה של ניסיון למעשה סדום.

23. סעיף 25 לחוק העונשין קובע כי "ניסיון" לביצוע עבירה מתקיים כאשר אדם "עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה". עבירת הניסיון מתאפיינת אפוא בהיעדר השלמת המעשה הפיזי, תוך גילוי ברור של היסוד הנפשי (ראו: ע"פ 9511/01 קובקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 687, 694 (22.1.2002); ע"פ 8200/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (3.9.2012) (להלן: ע"פ 8200/11)). הפסיקה התוותה לאורך השנים את הדרך להבחנה בין מעשה שיש בו "הכנה" בלבד לבין מעשה המהווה "ניסיון". כך למשל, נקבע כי כאשר נעשה "מעשה גלוי" המקרב את תהליך ביצועה של העבירה המושלמת ויש בו כדי לגלות בצורה חד משמעית את כוונת העבריין – ניתן להרשיע בעבירת הניסיון (ראו: ע"פ 355/88 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 221, 264 (1989); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 555-556 (מהדורה שלישית, 2014) (להלן: רבין וואקי)). בהמשך, נקבע כי על פי מבחן זה ניתן להסתפק גם ב"תחילת ביצוע", ככל שאכן יש בה גילוי חד משמעי של הכוונה (ע"פ 8200/11, בפסקה 7). היינו, אין דרישה כי המעשה יהיה המעשה הסופי והאחרון ברצף הפעולות שמקימות את היסוד העובדתי של העבירה, אלא די שיהיה מצוי ב"מתחם הניסיון", שנע בין התנהגות מינימלית להתנהגות אשר משלימה את העבירה המוגמרת (ראו: ע"פ 2776/97 מדר נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 236, 240-239 (21.6.1999) (להלן: עניין מדר)). באשר ליסוד הנפשי, נקבע כי ניתן להסיק את קיומו ממכלול הנסיבות החיצוניות ומהגיגונם של הדברים (שם).

24. על בסיס דברים אלו, ולאחר שעיינתי בעדויות השונות, אני סבורה כי גדר הספקות בענייננו נוגע להרשעתו של המערער בעבירות של ניסיון למעשה סדום כלפי נ' בתוך המים בלבד. באשר ל-א', בית המשפט המחוזי קבע, בהתבסס על עדויות הקטינים, כי הן בתוך המים והן מחוץ למים הצמיד המערער את איבר מינו לישבנו של א' וניסה לחדור לתוכו. בהקשר זה, העיד כאמור א' כי המערער ביצע תנועות של "דחיפה", וציין כי המערער ניסה "לחבר" את איבר מינו לישבנו. אין מדובר במקרה "גבולי" שהוא בגדר הכנה בלבד, אלא במעשה גלוי שקירב את המערער במידה לא מבטלת אל עבר ביצוע העבירה המוגמרת (ראו: ע"פ 9012/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (23.1.2013) (להלן: ע"פ 9012/08)). זאת ועוד, יש במעשה זה כדי להעיד בצורה חד משמעית על כוונתו של המערער לבצע ב-א' מעשה סדום. על כן, אין כל ספק שהרשעתו של המערער בעבירות של ניסיון למעשה סדום באשר למעשים אלו בדיון היא.

25. נשוב אפוא אל מעשי המערער ביחס ל-נ'. כזכור, גם ביחס אליו הואשם המערער בגין שני ניסיונות לביצוע מעשי סדום: בתוך המים ומחוצה להם. באשר לאירוע שהתקיים בתוך המים, עולה מעדותו של נ' בפני חוקרת הילדים כי בשלב זה הוא הצליח לחמוק מהמערער, וניסיונו של האחרון לגעת בו לא צלח. יוער, כי בגזר הדין של בית המשפט המחוזי צוין כי אף בשלב זה נגע המערער עם איבר מינו בגבו של נ', אך דומה שקביעה זו לא עולה מהכרעת הדין וכאמור היא אף אינה עולה מעדותו של נ'. בנוגע לאירוע שהתקיים מחוץ למים, המערער לא נגע בישבנו של נ' בשל הפרשי הגובה ביניהם, אך אין מחלוקת כי איבר מינו כאמור נגע בגבו. האם מעשים אלו מהווים ניסיון למעשה סדום, או שמא מגבשים עבירה של ביצוע מעשה מגונה?

26. אכן, מכלול הנסיבות, ובפרט הוכחתן של עבירות הניסיון למעשה סדום ביחס ל-א', מניח בסיס סביר לשער כי כוונתו של המערער הייתה לבצע מעשה סדום גם ב-נ'. אולם, אני סבורה שהעובדות המתוארות ביחס למעשיו של המערער בתוך המים כלפי נ' אינן מגיעות כדי ניסיון למעשה סדום, על-פי הגדרתה של עבירה זו בפסיקה. כך, בהתאם למבחנים שעליהם עמדת לעיל, הורשעו בעבר נאשמים בעבירה זו כאשר נעשה מעשה גלוי המלמד על כוונה ברורה



יחד משמעות של העברין לבצע את מעשה הסדום, ומהווה "תחילת ביצוע" - היינו, חורג ממעשה הכנה בלבד (ראו למשל: ע"פ 8200/11, בפסקה 8 - שם "המעשה הגלוי" היה דחיפת ראשה של הקורבן על-ידי התוקף לכיוון איבר מינו, תוך שהוא מנסה לשכנע אותה בדיבורים לבצע בו מין אוראלי; ע"פ 9012/08, בפסקה 7 - שם "המעשה הגלוי" היה הכנסת איבר המין של התוקף בין פלחי ישבנו של הקורבן; ע"פ 5229/07 פלוני נ' מדינת ישראל (7.8.2008) - שם "המעשה הגלוי" היה אחיזה בשערות הקורבן תוך משיכת ראשה לכיוון איבר מינו של התוקף; עניין מדר - שם "המעשה הגלוי" היה השכבתה של הקורבן על הארץ תוך סתימת פיה ורכינה מעליה בניסיון לפתוח את מכנסיה, והוא הורשע על כן בניסיון אינוס. ראו גם: ע"פ 30/15 פלוני נ' מדינת ישראל (20.4.2016) (להלן: ע"פ 30/15)). בעניינו, המערער ניסה לגעת ב-נ' בתוך המים, אך האחרון הצליח לחמוק ממנו. אני סבורה כי בנסיבות אלו, משלא הצליח המערער לשים ידו על נ', קשה לומר שהתקיים "מעשה גלוי" אשר קירב את תחילת הביצוע של עבירת מעשה הסדום.

27. חלף זאת, אין ספק כי מעשיו של המערער ביחס ל-נ' בתוך המים מגבשים עבירות של מעשה מגונה. על כך אף לא חלק בא-כוחו של המערער בדיון שהתקיים בפנינו. למעלה מן הצורך, יוער כי אף אם לא ברור האם הצליח המערער לגעת ב-נ' בעת ששהו במים, אין בכך כדי לאיין את הרשעתו במעשה מגונה. כזכור, נקבע זה מכבר כי כאשר מתקיים אלמנט של מיניות גלויה די יהיה באלמנט זה, ללא צורך בקיומו של מגע פיזי - על מנת לגבש את היסוד העובדתי בעבירת המעשה המגונה (ראו: ע"פ 9603/09 פלוני נ' מדינת ישראל (27.9.2011); ע"פ 9012/08, בפסקה (8).

28. לעומת זאת, מחוץ למים המערער לא רק ניסה לגעת ב-נ' אלא אף נגע בגבו באמצעות איבר מינו, על-פי הנטען תוך ניסיון כושל להחדירו לישבנו. זוהי "חוליה" מתקדמת יותר על שרשרת המעשים, המקרבת את המערער לביצוע העבירה המושלמת (ראו: ע"פ 7725/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (24.1.2013); רבין וואקי, בעמ' 553). אני סבורה כי לא נמצא בסיס להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי כי המערער עבר בכך ניסיון לביצוע מעשה סדום. זאת, בשים לב לעדויות הקטינים שמהן עולה באופן חד משמעי כי המערער כיוון לישבנו של נ', באותו הדפוס שאפיין את מעשיו כלפי א', ו"פספס" אך ורק נוכח גובהו וחוסר האפשרות המעשי לבצע ב-נ' את זממו. כך תיאר זאת נ', כמה פעמים, בעדותו בפני חוקרת הילדים: "זזנו הצידה, ואני הלכתי לשים בגדים, אז הוא בא, אומר - בוא, בוא תתייבש [...] ואז הוא ניסה לשים לי את הזה שעושים קטנים שלו בישבן שלי... והוא לא הצליח" (פרוטוקול חקירה מס' 866/13-א מיום 7.7.2013, בעמ' 7-8); "הוא ניסה לשים את הזה שלו בישבן שלנו, אבל לי הוא לא הצליח כי אני נמוך... הוא ניסה לי ואז הוא לא הצליח וזה רק פגע לי בגב, הזה שלו... ידעתי את זה מההתחלה, שהוא כזה בא לעשות לנו דברים לא טובים" (פרוטוקול חקירה מס' 866/13-1 מיום 23.6.2013, בעמ' 6-7); "הוא ניסה לנגוע לי והוא פגע בגב, והזה שלו התקפל [...] זה שעושה קטנים התקפל [...] הוא ניסה לעשות לי כמו שהוא ניסה, שהוא עשה ל-א'" (שם, בעמ' 20). בשים לב לעדותו זו של נ', אשר כאמור נמצאה על-ידי בית המשפט המחוזי כמהימנה וקוהרנטית, ניתן לקבוע כי לולא הפרשי הגובה המערער היה נוגע בישבנו של נ', כפי שעולה גם משאר המעשים (ראו: רבין וואקי, בעמ' 553; ע"פ 5271/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 8 לפסק דינו של השופט א' א' לוי (17.5.2011)). ניתן אפוא לומר, כי הצמדו של איבר המין של המערער לגופו של הקטין, תוך שהוא מחבק אותו בגבו בכוח, מהווה "מעשה גלוי", שיש בו כדי לגלות - בצירוף מכלול הנסיבות - את כוונתו החד-משמעית של המערער לבצע ב-נ' מעשה סדום. מגע זה אף מהווה "תחילת ביצוע" של מעשה הסדום. בהקשר זה יצוין שבעבר נקבע, לעניין ניסיון אינוס, כי מגע באיבריו האינטימיים של הקורבן אינו תנאי הכרחי להשתכללות היסוד העובדתי של העבירה (ראו: ע"פ 5150/93 סריס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(2) 183, 188 (1994)). דברים אלו יפים גם לעניינו. אין בעובדה שלא עלה בידו של המערער, מסיבות שלא תלויות בו, להצמיד את איבר מינו לישבנו של נ', כדי לפטור אותו מאחריות בגין עבירת הניסיון, בנסיבות המתוארות. מרכז הכובד של עבירת הניסיון מצוי בהוכחת היסוד הנפשי, ה"מפצה" כאמור על החסר ביסוד העובדתי (ראו: גבריאלי הלוי "היסוד העובדתי בעבירות המין בישראל: ניתוח ביקורתי" משפט וצבא 16, 651, 665-666 (2003)). אני סבורה



אפוא, כמו בית המשפט המחוזי, כי בכל הקשור להתנהלותו של המערער עם נ' מחוץ למים יסוד זה הוכח מעבר לכל ספק סביר.

29. אשר על כן, לשיטתי, יש מקום להרשיע את המערער בשלושה ניסיונות למעשי סדום ולהמיר את הרשעתו בכל הנוגע לתקיפתו את נ' בתוך המים לעבירה מושלמת של מעשה מגונה. שאר חלקיה של הכרעת הדין יעמדו בעינם.

הערעור על גזר הדין

30. השאלה המתעוררת כעת היא מה צריכות להיות ההשלכות של השינוי בהרשעה על גזר דינו של המערער. נקודת המוצא אמורה להיות שהמרה של הרשעה בעבירות חמורות יותר בהרשעה בעבירות שחומרתן פחותה (גם אם הן חמורות כשלעצמן) אמורה לבוא לידי ביטוי בענישה. עם זאת, אני סבורה שבמקרה זה השינוי צריך להיות קל בלבד. הטעם לכך הוא שהמערער ביצע עבירות מין בנסיבות חמורות בשני קטינים, והמדיניות הראויה במקרים אלו מצדדת בנקיטת יד קשה ומרתיעה (ראו: ע"פ 4146/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (29.6.2015); ע"פ 2751/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (20.9.2015); ע"פ 4583/13 ס' נ' מדינת ישראל, פסקה 59 לפסק דינו של השופט א' שהם (21.9.2015) (להלן: עניין ס'); ע"פ 30/15, בפסקה 75 לפסק דינו של השופט שהם). אכן, הצעתי להמיר את הרשעתו של המערער ביחס לאחד מן המעשים המתוארים בכתב האישום. יחד עם זאת, נותרה על כנה הרשעתו בשלוש עבירות של ניסיון למעשה סדום. על כך נוספו מספר עבירות של מעשה מגונה, מלבד התקיפה הפיזית של א'. הנסיבות הן חמורות שבחמורות: המערער ניצל את העובדה כי הקטינים טבלו במקווה בעירום, מעשה אשר תכליתו טהרה – וביזה את גופם ואת כבודם במעשיו, תוך שהוא כופה עצמו עליהם חרף התנגדותיהם וניסיונותיהם החוזרים לחמוק ממנו, כשהוא עובר מן האחד לשני הלוך ושוב. כאמור, בנסיבות אלו, על מידת העונש לשקף את הסלידה החברתית מן המעשים החמורים שביצע המערער ואת הנזקים ארוכי הטווח שעלולים להיגרם לקטינים, אשר כל שביקשו היה לטבול במקווה טהרה בשלווה (ראו: עניין ס', בפסקה 59 לפסק דינו של השופט שהם).

31. אשר על כן, תוך איזון בין מדיניות הענישה לבין העובדה שחלק מסוים ומוגבל מן הערעור על הכרעת הדין התקבל, אני סבורה שיש להפחית את עונש המאסר בפועל של המערער בשנה אחת, כך שיעמוד בסך הכול על 7 שנות מאסר (בניכוי ימי המעצר שריצה), תוך ששאר מרכיבי הענישה נותרים בעינם.

לפני סיום

32. סיפור המעשה שנפרס בפנינו הוא טורד מנוחה. הוא מחדד את הצורך לגבש כללים ברורים יותר לגבי חובתם של מי שמפקדים על אתרים ומתקנים לספק השגחה במקומות שמועדים מבחינות מסוימות לפגיעה מינית בקטינים (כמו בענייננו, בחדר שבו שוהים אנשים בעירום וניתן לנעילה מבפנים). הסוגיה לא נדונה בפנינו, אך דומה שהדברים מדברים בעד עצמם ומחייבים חשיבה.

סוף דבר



33. אם תישמע דעתי, יתקבל הערעור על הכרעת הדין באופן חלקי, כמפורט בפסקה 29 לעיל, ובהתאם לכך יתקבל הערעור על גזר הדין, באופן חלקי כמפורט בפסקה 31 לעיל.

ש ו פ ט ת

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, כ"ז בניסן התשע"ו (5.5.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת