



ת"פ 23054/08/21 - מדינת ישראל נגד וליד חטיב

בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 23054-08-21 מדינת ישראל נ' חטיב(עציר)

תיק חיצוני: 492176/2021

10.4.2022

לפני כבוד השופטת תמר בר-אשר

מדינת ישראל

המאשימה

נגד

וליד חטיב (עציר)

הנאשם

באת-כוח המאשימה: עו"ד אריאלה נבון (פרקליטות מחוז ירושלים (פלילי))

עו"ד עלא תלאווי

בא-כוח הנאשם:

החלטה

הנאשם מואשם בעבירת מעשה מגונה בקטינה שטרם מלאו לה ארבע-עשרה, לפי סעיף 348(ב) בחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - **החוק**) (אך לא נאמר באלו נסיבות על-פי סעיף 345(ב)(1) עד (5) בחוק מדובר). מחלוקת הצדדים היא בשאלה אם נבחר סעיף עבירה מתאים ואם הסמכות העניינית נתונה לבית המשפט המחוזי, שאליו הוגש כתב האישום, או לבית משפט השלום. מחלוקת זו עלתה על רקע טענת ההגנה כי לנוכח עובדות כתב האישום, סעיף העבירה המתאים הוא 348(א) בחוק ובהתאם לכך יש להעביר את ההליך הנדון אל בית משפט השלום.

רקע

2. על-פי כתב האישום הנאשם מואשם כאמור, בעבירת מעשה מגונה על-פי סעיף 348(ב) בחוק, שהעונש הקבוע לצדה הוא עשר שנות מאסר. המעשה המגונה הנטען, כלל את עמידת הנאשם מאחורי קטינה שטרם מלאו לה ארבע-עשרה, מישוש כתפיה, חיבוק סביב צווארה, העברת ידיו על גבה עד לקו תחתונה, היצמדות אליה והנחת יד על חזה של הקטינה ומישושו. המעשים, אשר בכל פעם כללו חלק מהמעשים האמורים, נעשו כחמש פעמים בזה אחר זה ומעל בגדיה של הקטינה. עוד נטען, כי הנאשם המשיך במעשיו למרות בקשת הקטינה, לאחר הפעם השנייה, להפסיק זאת וכן כי לאחר הפעם הרביעית היא אף דחפה פעמיים את ידיו.

3. בא-כוח הנאשם טען כי היה על המאשימה להגיש את כתב האישום אל בית משפט השלום, מאחר שהעבירה התואמת את המעשים המתוארים בו היא לפי סעיף 348(א) בחוק. טענתו זו עלתה בתשובתו לכתב האישום שהוגשה בכתב ביום 30.12.2021. תגובת המאשימה לטענה זו הוגשה בכתב, ביום 4.1.2022. בדיון מיום 5.4.2022 הצעתי למאשימה להסכים להעברת ההליך הנדון אל בית משפט השלום, אך לנוכח סירובה הנחרץ, בא-כוח הנאשם השיב בקצרה.



טענתו המקדמית של בא-כוח הנאשם היא אפוא, כי העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מתאימות לעבירה שלפיה מואשם הנאשם, כי הסמכות העניינית לדון בעבירה המתאימה נתונה לבית משפט השלום וכי לנוכח האמור, יש לתקן את כתב האישום ולהעבירו אל בית משפט השלום. אף שהדבר לא הוגדר במפורש, נראה כי מדובר בשילוב של מספר טענות מקדמיות הקבועות בסעיף 149 בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן - **חוק סדר הדין הפלילי**): ס"ק (2) שעניינו חוסר סמכות עניינית; ס"ק (3), שעניינו פגם בכתב האישום; וס"ק (4), שעניינו נסיבות שבהן עובדות כתב האישום אינן מבססות עבירה (או את העבירה שבה הואשם הנאשם).

עיקרי טענותיה של המאשימה

4. תמצית טענותיה של המאשימה היא כי בכל מקרה של מעשה מגונה בקטינה שטרם מלאו לה ארבע-עשרה, אשר הביעה סירוב או התנגדות למעשה, הנאשם יואשם בבית המשפט המחוזי בעבירה המחמירה לפי סעיף 348(ב) בחוק, שעונשה עד עשר שנות מאסר, ולא בבית משפט השלום בעבירה לפי סעיף 348(א), שעונשה עד שבע שנות מאסר. כך תמיד, בכל מקרה, בכל מצב ובכל נסיבות, יהיו נסיבות המעשה המגונה אשר יהיו ותהיה דרגת חומרתן אשר תהיה. לשיטתה וכאמור, די בכך שהמעשה המגונה הנטען נעשה בקטינה שטרם מלאו לה ארבע-עשרה אשר הביעה סירוב למעשה, כדי שהנאשם יואשם בעבירה המחמירה (לפי סעיף 348(ב) בחוק). על-פי עמדתה הנחרצת, בהתקיים שני התנאים האמורים, אין כל חשיבות לנסיבות העבירה או לדרגת חומרתה. זו אם כן, תמצית עמדת המאשימה.

5. ביתר הרחבה טענה באת-כוח המאשימה כי כאמור, הנפגעת היא קטינה שטרם מלאו לה ארבע-עשרה, אשר התנגדה למעשים. בנסיבות אלו טענה, כי מדובר בעבירה לפי סעיף 348(ב) בחוק, בנסיבות סעיף 345(ב)(1) (סעיף אשר כאמור, לא צוין בכתב האישום), וכי אין מדובר בעבירה לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(3). לפי הסברה, סעיף 345(א)(3) קובע את העבירה שעניינה מעשה מגונה במי שטרם מלאו לה ארבע-עשרה, אפילו הדבר נעשה בהסכמתה, ואילו סעיף 345(ב)(1) קובע את העבירה שעניינה מעשה מגונה במי שטרם מלאו לה שש-עשרה, באחת הנסיבות הקבועות בסעיף 345(א)(1), (2), (4) או (5). עניינה של החלופה בסעיף 345(א)(1) הוא היעדר הסכמה חופשית. כך בעוד שעל-פי סעיף 345(א)(3), אין רלוונטיות להסכמתה של קטינה שטרם מלאו לה ארבע-עשרה. המאשימה טוענת, כי למרות קביעת החוק כי אין רלוונטיות להסכמתה של קטינה שטרם מלאו לה ארבע-עשרה, ישנה משמעות למצב של היעדר הסכמה מפורשת. במצב זה, אם לנפגעת טרם מלאו שש-עשרה, כי אז, כך טוענת המאשימה, תמיד, בכל מקרה ובכל מצב, יהיה המעשה המגונה אשר יהיה, העבירה תהפוך לעבירה שנסיבותיה מחמירות על-פי סעיף 348(ב) בנסיבות סעיף 345(ב)(1), שעונשה עשר שנות מאסר ואשר תידון אך ורק בבית המשפט המחוזי (וכי אין זו עבירה לפי סעיף 348(א)). על-פי טענת המאשימה, אלו הן הנסיבות במקרה הנדון.

6. תמצית תשובתו של בא-כוח הנאשם היא, כי בנסיבות שבהן מדובר במעשה מגונה בקטין שטרם מלאו לו ארבע-עשרה, שאלת הסכמתו למעשה המגונה חסרת משקל ונעדרת משמעות לצורך בחירת העבירה המתאימה. לטענתו, הנחת המוצא היא כי קטין שזה גילו, לא הסכים למעשה ולפיכך הסכמתו או סירובו אינם יכולים להשליך על בחירת העבירה המתאימה וממילא גם לא על הערכאה שאליה יוגש כתב האישום.

דין והכרעה



שאלת העבירה המתאימה (לפי סעיף 348(א) או בנסיבות חמורות לפי סעיף 348(ב))

7. תחילה נבקש להדגיש כי אין מחלוקת על כך שמעשים מגונים בכלל ועל אחת כמה וכמה אם נעשו כלפי קטינים, הם מעשים חמורים ולפיכך בצדק קבע המחוקק עונש חמור לצדן של שתי העבירות הנדונות. כך בין אם מדובר בעבירה לפי סעיף 348(א), שהעונש הקבוע לצדה הוא שבע שנות מאסר ובין אם העבירה היא לפי סעיף 348(ב), שעונשה המרבי עשר שנות מאסר. עם זאת, לא ניתן להתעלם ממדרג החומרה בעבירות מין בכלל ובעבירת מעשה מגונה בפרט ואף לא ניתן להתעלם מכך שבהתאם למדרג חומרה זה, אף נקבעה ענישה שונה לעבירות מין שדרגת חומרתן שונה וכי אף נקבעו ערכאות ומותבים שונים לדון בכל אחת מאותן עבירות. כך כידוע, ישנן עבירות מין שיידונו בבית משפט השלום, יש מהן שיידונו לפני דן יחיד בבית המשפט המחוזי וישנן עבירות הנדונות בערכאה זו לפני הרכב של שלושה שופטים. קביעה כי עבירה מסוימת תידון לפני דן יחיד או כי תידון בבית משפט השלום ולא בבית המשפט המחוזי, אינה ממעיטה מחומרתה.

8. עוד נבקש להבהיר, כי ככלל, איננו חולקים על הפרשנות שהציגה המאשימה להוראות סעיפים 348(א) ו-348(ב) בחוק, בכל הנוגע ליישומן בנסיבות של מעשה מגונה בקטין שטרם מלאו לו ארבע-עשרה וביחוד בנסיבות שבהן המעשה נעשה למרות סירובו המפורש. עם זאת, בלי למעט מחומרת המעשים הנטענים שלפיהם מואשם הנאשם הנדון, גם לא ניתן לחלוק על כך שמדובר במעשים ובנסיבות שאינם ברף חומרה גבוה, שלא לומר ברף חומרה נמוך באופן יחסי למעשים העולים כדי עבירת מעשה מגונה. לפיכך, בנסיבות מעין אלו ובייחוד מאחר שאין מדובר במעשים שלגביהם התקיימו הנסיבות הקבועות בסעיף 345(א)(2), (4) או (5) (השגת הסכמה במרמה; ניצול חוסר הכרה או מצב דומה; ניצול מחלת נפש או לקות שכלית), ומאחר שבכל מקרה וכטענת ההגנה, החוק קובע במפורש כי יש לראות בקטין כמי שהסכמתו אינה מעלה או מורידה (סעיף 345(א)(3)), אין מקום לבחירת העבירה החמורה יותר, על-פי סעיף 348(ב) בחוק.

9. אף עיון בפסיקה מעלה כי בדרך כלל, המקרים שבהם נאשמים מואשמים בעבירת מעשה מגונה בקטין או בקטינה שטרם מלאו להם ארבע-עשרה, לפי סעיף העבירה החמורה (סעיף 348(ב)), הם בנסיבות שבהן מדובר במעשים חמורים ממש ובנסיבות המנויות בסעיף 345(ב) בחוק (ס"ק (1) - אם לקטינה טרם מלאו שש-עשרה ובנסיבות ס"ק (א)(1)(2)(4) או (5) (היעדר הסכמה, הסכמה שהושגה במרמה, ניצול חוסר הכרה או ניצול מחלת נפש או לקות שכלית); ס"ק (2) - תוך איום בנשק; ס"ק (3) - תוך גרימת חבלה גופנית או נפשית; ס"ק (4) - תוך התעללות לפני המעשה, במהלכו או אחריו; ס"ק (5) - בנוכחות אחרים שחברו למעשה).

במקרים אחרים, לעתים אף בנסיבות שבהן המעשה המגונה קשה וחמור לאין שיעור ממעשיו הנטענים של הנאשם הנדון, העבירה שבה הואשמו הנאשמים היא הפחות חמורה, לפי סעיף 348(א). אכן, לא ערכנו מחקר אמפירי ובדיקתנו הסתכמה בניסיונו ובבדיקה אקראית במאגרי מידע משפטיים. עם זאת, המאשימה לא הראתה אחרת, לא סתרה הנחה זו ואף לא הציגה אף לא מקרה אחד שבו בנסיבות דומות לענייננו, נאשמים הועמדו לדין בבית המשפט המחוזי והואשמו בעבירה החמורה יותר, לפי סעיף 348(ב) (כדוגמאות בודדות בלבד מתוך רבות מאד, ראו את פסקי הדין הבאים אשר בכולם דובר בנסיבות קשות וחמורות באופן משמעותי מאלו הנדונות: ע"פ 1538/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 590 (2003) - ביטול ההרשעה בעבירת מעשה מגונה בקטין שטרם מלאו לו ארבע-עשרה לפי סעיף 348(ב)).



בנסיבות סעיף 345(ב)(3) וחלף זאת, הרשעה בעבירה לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(3); ע"פ 1163/94 **בן יצחק נ' מדינת ישראל** (12.7.1994) - דובר בקטינה שטרם מלאו לה ארבע-עשרה ולנוכח נסיבות המעשה, נקבעה הרשעה בעבירה לפי סעיף 348(א); ע"פ 7474/19 **בן דוד נ' מדינת ישראל** (12.7.2020) - הרשעה לפי סעיף 348(א) בעניין האישום הראשון והאישום השני; ע"פ 2751/14 **פלוני נ' מדינת ישראל** (20.9.2015) - הרשעה בשישה פרטי אישום שעניינם מעשים מגונים בקטינים, חלקם בני פחות מארבע-עשרה, שמאחד מהם זוכה המערער בערעור. השוואת המקרים שבעטים הורשע בעבירה לפי סעיף 348(א) לאלו שבעטים הורשע לפי סעיף 348(ב), מעלה בבירור כי בנסיבות הפחות חמורות, נבחרה העבירה לפי סעיף 348(א)).

10. אכן, פרשנות **טכנית** של הוראות הסעיפים הנדונים עשויה להוביל למסקנתה של המאשימה, שעל-פיה אפשר היה להאשים גם את הנאשם הנדון בעבירה החמורה יותר, לפי סעיף 348(ב) (גם אם המאשימה לא ציינה באלו נסיבות סעיף 345(ב)(1) עד (5) מדובר). למרות זאת, דומה כי לא ניתן לחלוק על כך שהיה על המאשימה לשקול גם את נסיבות **מעשה העבירה**, אשר בלי להמעיט מחומרתן, אינן ברף חומרה גבוהה. נסיבות אלו, כך נראה, לחלוטין אינן מצדיקות להגדיל את העומס העצום המוטל על בית המשפט המחוזי ובעקיפין להגדיל אף את העומס המוטל על בית המשפט העליון, בהיותו ערכאת הערעור.

בנסיבות כמו אלו הנדונות, דומה כי מן הראוי שיינתן משקל גם לשכל הישר ולהיגיון ואף לכך שבכל מקרה, אפילו יורשע הנאשם, עונשו לא יהיה העונש המרבי הקבוע בחוק ואף לא יתקרב לכך. בהקשר זה טוב להזכיר את דברי כבוד מ"מ הנשיא, השופט מ' זילברג, עת נדרש לבחון עבירת בניה קלה. כאמור באותו עניין, אכן, **"גם מי שתוקע לו מסמר קטן לתוך הקיר"**, ללא היתר בניה מתאים, עובר עבירת בניה ללא היתר כדן. למרות זאת, ישנן נסיבות שבהן כדי להחליט אם נעברה עבירה, **"יש לסמוך על מבחן השכל הישר, או ההיגיון הבריא והפשט של חיי המציאות"** (ע"פ 600/68 **מדינת ישראל נ' רונן**, פ"ד כג(1) 195 (1969)). ראו גם דברים דומים שאמר בהקשר דומה, כעשרים שנה קודם לכן, בע"פ 31/50 **מלצקי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ד 555 (1950) בעמ' 557). ספק בעיני אם הגשת כתב אישום אל בית המשפט המחוזי בעבירה לפי סעיף 348(ב), שנסיבותיה הן אלו המתוארות בכתב האישום הנדון וזאת כנטען, רק לנוכח סירוב הקטינה למעשה, אמנם עומדת במבחן שבו דיבר כבוד מ"מ הנשיא מ' זילברג.

אילו זמני היה בידי, לא מן הנמנע כי בקלות היה עולה בידי להראות כי בדרך כלל כתבי אישום בנסיבות דומות מוגשים אל בית משפט השלום ולא אל בית המשפט המחוזי. מכל מקום, כך ראוי שיהיה. אף יש לזכור כי המאשימה לא הראתה אחרת ולא הציגה מקרים שבהם בנסיבות דומות נאשמים הועמדו לדין בבית המשפט המחוזי ואף **הורשעו** בעבירה החמורה, לפי סעיף 348(ב). אף במקרה אחר שיידון עתה, שבו בנסיבות דומות טענה ההגנה טענת אכיפה בדרגית, לא הציגה המאשימה דוגמאות לתמיכה בעמדתה, שעל-פיה בנסיבות דומות נאשמים הועמדו לדין בבית המשפט המחוזי ואף **הורשעו** בעבירה החמורה יותר.

סמכות בית המשפט לתיקון סעיף העבירה ולהעברת ההליך אל בית משפט השלום

11. שאלה נוספת שבה נידרש להכריע, שאלה לא נדרשו הצדדים, שאף לא תמכו את טענותיהם בפסיקה כלשהי, נוגעת לאפשרות העברת ההליך הנדון מבית המשפט המחוזי אל בית משפט השלום לאחר שינוי סעיף העבירה. נושא זה



נדון בע"פ 3996/15 **מדינת ישראל נ' פלוני** (10.11.2015) (להלן - **עניין פלוני**), בעקבות קבלת טענת הגנה מן הצדק בשל טענת אכיפה בררנית, אשר התבטאה בבחירת סעיף העבירה המחמיר והגשת כתב האישום אל בית המשפט המחוזי. משהתקבלה טענה זו, הומרה עבירת מעשה מגונה בקטין לפי סעיף 348(ב) בעבירה לפי סעיף 348(א) ונקבע כי ההליך יועבר אל בית משפט השלום. באותו עניין כתב האישום החזיק שלושה פרטי אישום שלפיהם הואשם הנאשם בעבירת מעשה מגונה בקטין כבן 13 (נסיבות המעשים לא פורטו בפסק הדין), ובעבירת תקיפה כדי לבצע פשע (סעיף 381(א)(1) בחוק). בית המשפט המחוזי, אשר קיבל את טענת ההגנה בדבר אכיפה בררנית, קבע בין השאר, כי המאשימה לא הציגה מקרים של נאשמים אשר בנסיבות דומות הועמדו לדין בבית המשפט המחוזי, לפי העבירה המחמירה הקבועה בסעיף 348(ב) בחוק (שם, כבוד השופט ד' ברק-ארז, פסקאות 8 ו-16; כבוד השופט א' רובינשטיין, פסקה ה).

באותו עניין ערעור המדינה הוגש על החלטת בית המשפט המחוזי אשר הורה על תיקון כתב האישום ועל העברתו אל בית משפט השלום. בעניין זה נקבע כי, כידוע, ככלל, אין זכות ערעור על החלטת ביניים בהליך פלילי ולפיכך גם באותו מקרה וחרף קשיים שונים שעליהם הצביעה המאשימה, לא היה מקום לאפשר הגשת ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי (שם, כבוד השופט ד' ברק-ארז, פסקאות 17-22; כבוד השופט א' רובינשטיין, פסקה ב). בית המשפט אף העיר, כי בכל מקרה, לנוכח הפער הקטן בענישה בין שתי העבירות, **"לא ניתן לומר שיש חשש ממשי לפגיעה באינטרס הציבורי... ההבדל בין עונש המאסר המקסימלי הצפוי במסגרת כל אחת מן החלופות הוא קטן יחסית"** (שם, כבוד השופט ד' ברק-ארז, פסקה 23. ראו גם את דברי כבוד השופט א' רובינשטיין, פסקה ד).

עם זאת, טענה נוספת של המדינה אשר נדונה באותו עניין הייתה, כי אם היא תוכל לערער רק בתום ההליך, עלול להיווצר מצב שבו אם ערעורה בתום ההליך יתקבל וייקבע כי הסמכות לדון בעבירה נתונה רק לבית המשפט המחוזי, כי אז עלול להיווצר מצב שיהיה צורך בשמיעת המשפט מראשיתו. בעניין זה נקבע, כי המענה לכך אינו במתן אפשרות למדינה לערער על החלטת ביניים. עם זאת, תוך הדגשה כי **"הדברים נאמרים במבט צופה עתיד"**, הוסיף בית המשפט כי, **"בית המשפט המחוזי אשר ראה לנכון לתקן את כתב האישום לעבירה שבסמכותו של בית משפט השלום ימשיך לדון בתיק ולא יעבירו, גם אם הוא סבור שמלכתחילה נכון היה להגיש את כתב האישום במתכונתו המתוקנת לבית משפט השלום"** (כבוד השופט ד' ברק-ארז, פסקה 21. ראו גם את דברי כבוד השופט א' רובינשטיין, פסקאות ב-ג).

בהנמקתו את הדברים הוסיף בית המשפט העליון, כי **"מסקנה זו מתיישבת עם האמור בסעיף 92(ב) לחוק סדר הדין הפלילי... אשר קובע כי בית המשפט רשאי לתקן את כתב האישום כך שיכלול עבירה שבסמכותה של ערכאה נמוכה יותר, וכי רשאי הוא במקרה כזה להמשיך ולדון בתיק. למעשה, זוהי אף פרקטיקה רווחת במקרים שבהם מגיעה המדינה להסכמה עם נאשם לגבי שינוי של סעיף האישום במסגרת הסדר טיעון (מבלי להעביר את התיק לבית משפט השלום לצורך כך בלבד). מסקנה זו אף מתיישבת עם הקבוע בסעיף 86 לחוק סדר הדין הפלילי, לפיו מוסמך בית המשפט המחוזי לדון גם בעבירה שאינה פשע כאשר צורפו מספר אישומים בכתב אישום אחד"** (ההדגשה אינה במקור) (כבוד השופט ד' ברק-ארז, שם).

12. בענייננו לא נטענה טענת אכיפה בררנית, אלא טענת ההגנה היא כי העבירה שנבחרה אינה תואמת את



העובדות המתוארות בכתב האישום, ולפיכך יש לשנות את סעיף העבירה ולהעביר את ההליך הנדון אל בית משפט השלום המוסמך לדון בעבירה המתקנת. בנסיבות אלו יש לבחון כיצד יש לנהוג לנוכח קביעת בית המשפט העליון בעניין **פלוני**, שלפיה, אף אם יתוקן כתב האישום תוך המרת העבירה לעבירה הנתונה לסמכות בית משפט השלום, לכאורה לא ניתן יהיה להיעתר לבקשתה העיקרית של ההגנה, להעברת ההליך הנדון אל בית משפט השלום, אלא יהיה צורך להמשיך בשמיעתו בערכאה זו. בכך, כפי שנקבע, אף ימנע הקושי שעליו הצביעה המדינה באותו עניין, שלפיו אם בדיעבד ימצא כי בית המשפט שגה בשינוי סעיף העבירה, עלול להיווצר מצב שיצריך לנהל את המשפט מחדש (שם, פסקה 22).

חזקה עלינו מצוות פסק דינו המחייב של בית המשפט העליון בעניין **פלוני**. עם זאת, נראה כי מאחר שבאותו עניין נדונו נסיבותיו של אותו עניין לנוכח הטענות אשר נטענו במסגרתו, לא ניתן בו מענה לקשיים העומדים לפנינו, בנסיבותיו של המקרה הנדון.

הקושי העיקרי, אשר לא נדון בעניין **פלוני**, נובע מהוראתו המלאה של סעיף 92 בחוק סדר הדין הפלילי. סעיף 92(א) קובע כי תיקון כתב אישום לאחר תחילת המשפט יכול להיות "**לבקשת בעל דין**". לאמור, גם לבקשת המדינה וגם לבקשת הנאשם (בשונה מהוראת סעיף 91, שעניינה תיקון עד תחילת המשפט, אשר כאמור בה ומטבע הדברים, נעשית רק לבקשת תובע). על כך מוסיפה הוראת סעיף 92(ב) לאמור: "**בית המשפט רשאי לתקן כתב אישום אף אם העבירה שלפי התיקון היא בגדר הסמכות של בית משפט אחר או של הרכב אחר, ואם עשה כן יעביר את העניין לאותו בית משפט או הרכב, אולם אם העבירה היא בסמכותו של בית משפט בעל סמכות שיפוט מצומצמת יותר, רשאי בית המשפט גם להמשיך לדון בה**".

אכן, אם העבירה על-פי התיקון נתונה לסמכותו של בית משפט שסמכותו מצומצמת יותר, רשאי בית המשפט שתיקן את כתב האישום להמשיך לדון בה. אולם מלשון הסעיף ומפסיקה נוספת עולה כי ככלל, על בית המשפט להעביר את העניין אל ערכאה המוסמכת. כפי שאמנם נאמר בעניין **פלוני**, האפשרות שלפיה לאחר התיקון ימשיך בית המשפט לדון באותו עניין, חרף העובדה שלאחר תיקונו הסמכות לדון בו נתונה לערכאה שסמכותה מצומצמת יותר, שמורה לאותה "**פרקטיקה רווחת במקרים שבהם מגיעה המדינה להסכמה עם נאשם לגבי שינוי של סעיף האישום במסגרת הסדר טיעון**" (שם, פסקה 21). דומה אפוא, כי אפשרות זו לא נועדה לאותם מקרים שבהם סעיף האישום מתוקן בפתח המשפט, הנאשם אינו מודה ונדרשת שמיעת ראיות.

13. לא זו בלבד, אלא שבמקרה אחר, שאף הוא נדרש לעבירות הנדונות, נקבע כי עצם האפשרות שבית המשפט המחוזי ידון מלכתחילה בעבירה לפי סעיף 348(א), הנתונה לסמכותו של בית משפט השלום, מעוררת קושי רב. עניין זה נדון בע"פ 5937/12 **טובול נ' מדינת ישראל** (21.10.2013) (להלן - **עניין טובול**), שעסק בנסיבות שבהן הנאשם הואשם בעבירת מעשה מגונה בקטין שטרם מלאו לו ארבע-עשרה, לפי סעיף 348(א) בחוק (בנסיבות סעיף 345(א)(3) בחוק), בעבירת מעשה מגונה בפני מי שטרם מלאו לו שש-עשרה, לפי סעיף 349(ב) ובעבירת שיבוש מהלכי משפט, לפי סעיף 244, שכולן נתונות לסמכותו של בית משפט השלום. על תקלה זו הועמדו הצדדים רק בשלב הערעור, לאחר שבית המשפט העליון הפנה את תשומת לבם לכך. לאחר דיון נרחב בתקלה זו ובשלכותיה, קבע בית המשפט, כי לנוכח עיקרון הבטלות היחסית, אשר בנסיבות מסוימות ובתנאים מסוימים חל גם בהליך פלילי, אין מקום לבטל בדיעבד את



פסק דינו של בית המשפט המחוזי (שם, כבוד השופטת ע' ארבל, פסקאות 13-23. ראו גם את הערותיו של כבוד השופט נ' הנדל, שהגיע לתוצאה זהה תוך הסתמכות על סעיף 215 בחוק סדר הדין הפלילי, המאפשר קבלת ערעור גם בהסתמך על טענה שלא נטענה, וכן את פסק-דינו של כבוד השופט צ' זילברטל).

הנמקה זו סוכמה בכך ש"אין ספק כי במקרה דנא נפגע עיקרון החוקיות, פגיעה הנובעת מכך שבית המשפט המחוזי דן בעבירות שאינן בסמכותו העניינית", אלא בסמכותו של בית משפט השלום (שם, כבוד השופטת ע' ארבל, פסקה 23). עם זאת נקבע, כי בהיעדר "פגיעה של ממש במערער" ומאחר שיכולתו להתגונן לא קופחה, "לא נגרם למערער כל עיוות דין כתוצאה משאירע" ולפיכך "מערכת הנסיבות הכוללת אינה מצדיקה את ביטולו של פסק הדין, בוודאי כך בהציבה מול האינטרס הציבורי במיצוי הדין עם הנאשם. משאלה הם פני הדברים, אין מנוס מהחלת דוקטרינת הבטלות היחסית באמצעות הוראת סעיף 215 לחסד"פ" (שם).

14. נראה אם כן, כי אם בדיעבד התברר כי בית המשפט המחוזי דן בעבירות שאינן נתונות לסמכותו העניינית, אלא לסמכותו של בית משפט השלום, לא יהיה בכך כדי להביא לבטלות פסק דינו. אולם ספק אם כך הם פני הדברים אם לנוכח תיקון כתב האישום, נדרש בית המשפט המחוזי לדון מלכתחילה בעבירה שאינה בסמכותו, אלא בסמכותו של בית משפט השלום.

סעיף 92(ב) בחוק סדר הדין הפלילי אמנם קובע כי אם כתב האישום תוקן בדרך של שינוי סעיף העבירה, לעבירה הנתונה לסמכותו של בית משפט בעל סמכות שיפוט מצומצמת יותר, רשאי בית המשפט להמשיך לדון בה. אך דומה כי הסדר זה מכון למצב שבו שמיעת ההליך מצויה בעיצומה או בעיקר וכאמור לעיל, לאותן נסיבות נפוצות מאד שבהן כתב האישום מתוקן במסגרת הסדר טיעון, תוך שינוי העבירות לעבירות קלות יותר, הנאשם מודה בעובדותיו ומורשע על-פי הודאתו. בנסיבות אלו ועל-פי סעיף 92(ב) האמור, אכן אין מקום להעברת ההליך לערכאה בעלת הסמכות העניינית (ראו לעניין זה ע"פ 5446/13 סאבר נ' מדינת ישראל (09.2.2014), כבוד השופטת ע' ארבל, פסקה 6. כן ראו את ההחלטה הדוחה את הבקשה לדיון נוסף בעניין יישום הוראת סעיף 92(ב) בנסיבותיו של הסדר טיעון כאמור, מהנימוק שלפיו "מה שנעשה בעניינו של המבקש נעשה יום יום במערכת בתי המשפט" (דנ"פ 1337/14 סאבר נ' מדינת ישראל (20.2.2014), כבוד המשנה לנשיא מ' נאור, פסקה 6 (להלן - דנ"פ סאבר)).

אך אלו אינן הנסיבות במקרה הנדון. המקרה הנדון הוא מצב שבו תיקון כתב האישום מבוקש מלכתחילה ולא בדיעבד, ומחמת טענה בדבר טעות מצד המאשימה בבחירת סעיף העבירה. אין מדובר בהסדר טיעון, אשר במסגרתו הומרה העבירה החמורה לעבירה קלה יותר. מדובר בנסיבות שבהן מתקבלת טענת ההגנה ומתקבלת בקשתה לתקן את סעיף העבירה לעבירה הנתונה לסמכות בית משפט השלום. אחרי ככלות הכול, זו מטרת בקשתה של ההגנה בעניינו. אף יש לזכור כי נושא חלוקת הסמכויות הוא עניין מהותי וכי בדרך כלל לא יהיה זה נכון שערכאה אחת תשיג את גבולה של ערכאה אחרת (השוו: בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא (1) 259 (2006), כבוד השופטת א' פרוקצ'יה, פסקה 12).

עוד יש להוסיף, כי במניין השיקולים יש לשקול אף את הצורך בהפחתת העומס העצום המוטל על בית המשפט המחוזי בירושלים בין השאר, מחמת כך שלא אחת נדרשים שופטיו לדון בכתבי אישום שמקומם המובהק הוא בבית משפט



השלום. ואמנם, לא אחת הליכים מסתיימים בהסדרי טיעון אשר לפיהם נאשמים מורשעים בעבירות אשר מלכתחילה נתונות לסמכות בית משפט השלום (כאמור בדנ"פ סאבר). בנסיבות אלו, אם נמצא כי מדובר בהליך שמלכתחילה אמור להתברר בבית משפט השלום, אך למרות זאת יישאר בבית המשפט המחוזי, אזי מה הועילו חכמים בתקנתם?

סיכום והחלטה

15. סיכום הדברים הוא אם כן, כי עובדותיו של כתב האישום הנדון מתארות נסיבות שהן דוגמה מובהקת לנסיבות שבהן ראוי ונכון כי העבירה שבה יואשם הנאשם תהיה לפי סעיף 348(א) בחוק (ולא לפי סעיף 348(ב)). בהתאם לכך ומהטעמים שהובאו לעיל, על הליך זה לעבור אל בית משפט השלום בירושלים.

לנוכח טענותיה של המאשימה במסגרת עניין פלוני ומאחר שכידוע, לא ניתן לערער על החלטת ביניים בהליך פלילי, יישומה של החלטה זו יושהה עד יום 26.4.2026 (מועד שנקבע בהתחשב במועדי פגרת פסח).

עד מועד זה תודיע המאשימה אם היא מבקשת שתניתן החלטה על מחיקת הליך זה, כך שיתאפשר לה לערער על החלטה זו, או שהיא משלימה עמה ובהתאם לכך הליך זה יועבר אל בית משפט השלום בירושלים.

לעיוני ביום 27.4.2022.

משלא צוין כל פרט בעניין הנפגעת, אין מניעה לפרסם את ההחלטה במאגרים המשפטיים.

ניתנה היום, ט' בניסן התשפ"ב, 10 באפריל 2022, בהיעדר הצדדים.

**תמר בר-אשר,
שופטת**