

ע"פ 460/16 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 460/16

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

לפני:

פלוני

המערער:

נ ג ד

מדינת ישראל

המשיבה:

ערעור על פסק דיןו של בית המשפט המוחזק באר שבע
מיום 12.1.2016 בתפ"ח 46767-09-03 שנינתן על ידי
כבוד סגנית הנשיאה ר' יפה-כ"ץ, והשופטים א' אגנו ו-
צלקובסקי

תאריך הישיבה: י"ג בניסן התשע"ו (21.4.2016)

תאריך ההחלטה:

עו"ד מיכאל כהן

בשם המערער:

עו"ד ארז בן אריה

בשם המשיב:

פסק דין

השופט ד' ברק-ארז:

1. קיטנים שהו במקווה לבדוק התלוננו על כך שהוא זר ביצוע בהם עבירות מין חמורות. האם בדיון הורשע המערער בגין אותו אירוע? ואם כן – מה צריך להיות עונשו? אלה השאלות שהתעוררנו במסגרת הערעור שבפניו.
עמוד 1

2. ביום 30.9.2013 הוגש נגד המערער כתב אישום לבית המשפט המחוזי בבאר-שבע (תפ"ח 46767-09-13, סגנית הנשא ר' יפה-כ"ז, והשופטים א' ואגו ו-י' צלקובnick). על-פי האמור בכתב האישום, ביום 22.6.2013 שהו נ' ו-א', בני דודים קטנים בני 11, במקווה. בכתב האישום נטען כי המערער הגיע למקום, הקיש לדלת המקווה, וכאשר הקטנים פתחו לו את הדלת נעל אותה אחורי. לאחר מכן פשט את בגדיו ונכנס לטבול במי המקווה כשהוא ערום, בעת שהקטנים, שהיו עירומים אף הם, כבר היו בהם. המערער הציג עצמו, כך נטען, בפני הקטנים בשם "שלוםי" ושאל אותם אם הם מעוניינים שיעזר להם לטבול. בהמשך לכך, התקרב המערער אל א' ואחז בגופו בחזקה, דחפו כלפי מטה והכניס את גופו וראותו לתוכו המים. א' התנגד למעשו של המערער. בשלב זה נטען כי המערער הצמיד את איבר מינו לשובנו של א' וניסה להחדירו לפיה הטבעת שלו. א' דחף את המערער וזה היכה בבטנו במכת אגרוף. עוד נטען כי מיד לאחר מכן פנה המערער אל נ', ששאה גם הוא בתוך המים, וניסה להחדיר את איבר מינו לפיה הטבעת שלו, אך הדבר לא עלה בידו ו-נ' חמק ממנו. לאחר מכן יצא הקטנים מן המים. המערער, כך נטען, יצא מן המים בעקבותיהם ושאל אותם אם הם מעוניינים שיעזר להם להתנקב. בשלב זה המערער התקרב לא' והצמיד את איבר מינו לשובנו בניסיון להחדירו אל פי הטבעת שלו, אלא שהאחרון התנגד וצע ממקומו. בהמשך, נטען כי המערער נעמד מאחור נ' וניסה להצמיד את איבר מינו לשובנו, 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 ושובנו. לאחר מכן התקרב אל נ', נגע בישובנו ובאיבר מינו וכן חיבקו ונשיקו על פניו. בשלב זה, נשמעו דפיקות לדלת והumarur חדל מעשיו ועצב את המקום. ביום 1.7.2014, בעקבות התלונות שהוגשו והחקירה שהתקיימה, הגיעו שוטרים לעצור את המערער. המערער הודה 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 יוכסו המערער בכתב האישום העבירות הבאות: מספר עבירות של ניסיון למשה סdom לפי סעיף 347(ב) בנסיבות סעיף 345(ב)(1) ובסעיף 345(א)(1) בצויף סעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); מספר עבירות של מעשה מגונה לפי סעיף 348(ב) בנסיבות סעיף 345(ב)(1) ובנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין; תקיפה סתם לפי סעיף 379 לחוק העונשין; והפרעה לשוטר בשעת מילוי תפקידו לפי סעיף 275 לחוק העונשין.

4. להשלמת התמונה יזכיר כי מעצרו של המערער ה证实 לאחר שהוריהם של הקטנים דווחו למשטרה כי במקווה קיימות מצולמות אבטחה. המערער הוא אחד האנשים שנראים בסרטוני האבטחה, ובהתאם לשאר התרחשויות שתועדו בהם, הגיע החוקר לידי מסקנה כי החשד נופל עליו. עם מעצרו של המערער נערךו לקטנים מסדרי זיהוי תמונות אלה זיהו אותו בהם.

5. בעיקרו של דבר, המערער כפר בעובדות כתב האישום, אם כי במהלך החקירה והמשפט חלו שינויים בנסיבות שmaser. תחילתה, המערער טען שככל לא נכח במקום באותו היום. באותו עת, הוא הודה רק בכך שהזדהה בשם לא נכון בעית שנעצר והפריע לשוטר. בהמשך, לאחר שעומת עם תיעודו הסרט האבטחה, הודה כי הגיע למקום באותו שבת כדי "לשחות מים", ובשלב מאוחר יותר אף הוסיף שהגיע למקום להתפלל, אך לא נכנס לטבול במקווה, ועל כן הוא הוסיף לכפר בכך שבייצא את העבירות שייחסו לו בכתב האישום. הוא לא כפר בכך שהילדים חוו כנראה אירוע מיני", אך טען כי אין מקום ליחס עבירות אלה לו.

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

7. א' תיאר בעדותו כיצד הוא -נ' פתחו את דלת המקווה לאדם שהזדהה בפניהם כ"שלומי", אשר התפשט לידם ונכנס למים, תוך שהוא שואל אותם אם הם רוצים לשיעור להם לטבול. בהמשך, תיאר א' כיצד אותו אדם הכנס את גופו למים עד שהרגיש שהוא טובע, וכייד ניסה "לחבר את איבר מינו לישבנו [...] אך לא הצליח". א' הוסיף כי "שלומי" חיבק אותו ואז "דחף את החלק של המותניים ואיבר מינו קדימה, לכיוון הטוסיק". לאחר מכן אמר מינו לא נכנס לפיקטיבת של א', האחרון דחף אותו, ו"שלומי" בתגובה נתן לא' 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 לא', העיד א' כי כשיצאו מהמים ניסה "שלומי" לדחוף את איבר מינו לישבנו של נ', אך נוכחות הנמוכה של נ', לא הצליח בכך. בונגע לשלב זה העיד א' כי "שלומי" שאל אותם אם הם רוצים שייערו להם להתנגב, ולאחר שלא השיבו, ליטף ונגע בהם באיבר המין ובישבנם, 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 לנשך אותו בפנים. א' אף התיחס לזהותו של "שלומי", ותיאר את מראהו החיצוני.

8. נ' תיאר גם הוא את ההתרחשויות במקווה. הוא ציין כי ראה דרך המים את "שלומי" מנסה להכנס את איבר מינו לישבנו של א', תוך שהוא טופס אותו בכוח, מחהק אותו, ואף אוחז 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 לישבנו, אך לא הצליח 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 האירע ועמו עזבו הקטינums את המקום. הוא תיאר בעדותו כיצד מצא את דלת המקווה נעולה, ועל כן התడפק עלייה. את הדלת פתח לו "שלומי", אשר לדבריו האב בדיק סימן להתלבש ולנעול את נعلיו ויצא מיד מהמקום. האב תיאר את "שלומי" כבחור בן עשרים לעיר, אשר היה נראה ולבוש כאברך, ציין כי הוא לא עורר בו חשד. בהמשך, תיאר האב כיצד א' סיפר לו כי הבחור שהיה במקווה ליטף אותו בכל חלקו הגוף ונגע בו באיבר המין, וכייד נ' סיפר לו כי הבחור חיבק אותו כשהוא מאחוריו. בהודעתו במשטרת מסר האב כי אין יכול להזיהות את החשוד בזודאות. בהמשך, בעת עדותו בבית המשפט, זיהה האב את המערער באופן חד משמעי כאדם שאותו ראה יוצא מן המקווה. האב הסביר כי חש בתחילת להזיהות את המערער על פי תമונתו בלבד, אולם הבהיר כי בעת, שהמערער עומד בפניו, אין לו ספק שהוא באדם שראה. בית המשפט המחויז מצא את עדותו של האב אמינה, לרבות בכל הנוגע לחששו להזיהות בתחילת החשוד במשטרת.

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 מישחו והוא נגע לי באיבר מין והוא החזיק אותו מאחורה ושפשף אותו עליו ולא רציתי אז הוא נתן לי בוקס חזק באזורי המותן בצד". אף נ' שיתף במאה שהתרחש במקווה את האם, דודתו. היא תיארה כי נ' סיפר לה ש"שלומי" נישק אותו, וכן ניסה להחזיק אותו ולהשתפץ" אליו.

12. המערער עצמו היה עד ההגנה היחיד, והוא כפר כאמור במעשים המיוחסים לו. תחילתה, בעת שנחקר במשטרת,
עמוד 3

טען המערער כי נכנס למתחם המקווה כדי לשות מים, ولكن נקלט במצולמות האבטחה. בהמשך חקירותו במשטרה, הוא הוסיף כי נותר שם כדי להתפלל, לאחר שעומת עם העובדה שתועד כמי שהה במקום במשך 20 דקות. המערער אף הזכיר כי שינה גרסה באשר להימצאותו במקום בהתאם לראיות שלילין נשף, ובפרט לסרט האבטחה. זאת ועוד, בשלב השלישי בעדותו בבית המשפטטען המערער שהוא כלל לא בטוח מה עשה באותו יום והאם מסר אמת במשטרה. על רקע זה נבחנו בבית המשפט המחויזי הגרסאות השונות שמסר המערער, ונמצא כי עלות מהן, כמו גם מעודתו בבית המשפט, תמיינות וסתירות רבות. על כן, נקבע כי אין לתת אמון באף אחת מגרסאותו.

13. ביום 28.6.2015 הרשיע בית המשפט המחויזי את המערער בעבירות שיווסתו לו. בית המשפט המחויזי ביסס את הרשעתו על הראיות האובייקטיביות לחובתו של המערער, ובכלל זה סרטוני האבטחה שביהם נקלט, חרף טענותיו בתחילת כל; משך הזמן שהה במקום, אשר לא תאמ את גרסתו הראשונית; העובדה שככל לא נصفה בסרטון האבטחה כשהוא עומד ליד הברזייה, ממנה שתה לטענתו; האופן שבו נصفה בסרט מחזק את איבר מינו שנכנס למתחם המקווה; וכן העובדה שנصفה בסרט כשהוא מסדר את חולצתו בעת יציאתו מהמתחם. כן התבפס בית המשפט המחויזי על עדויות הקטינums בפני חוקרת הילדים, אשר קבע כי הן אמינות, מדויקות וקורניטיות, ועל זהווים את המערער במסדר הדיזהו. יצוין כי מעיון בהכרעת הדיון עולה שבית המשפט המחויזי קבע שהמערער ביצע ניסיון ל谋שה סדום בכל אחד משני הקטינums הן בתוך המים והן מחוץ להם. עם זאת, בפסקת הסיום של הכרעת הדיון לא ציין מספר העבירות מסווג זה שהורשע בהן המערער, ונאמר רק שהוא הורשע בביצוע ניסיון למשה סדום "במספר הזדמנויות".

14. גם לאחר הרשעה, בשלב הטיעונים לעונש, הוסיף המערער לטעון כי הוא חף מפשע. בית המשפט המחויזי שכלל את מכלול הנسبות, ובכלל זה גלים הצער של הקורבנות, הנזק שנגרם להם נכון מעשי והחזרה על המעשים פעם אחר פעם חרף סירובם של הקטינums, ובהתקיים לכך קבע את מתחם הענישה בין שיש לחשע שונות מאסר בפועל. בהמשך, הדגיש בית המשפט המחויזי את חומרתם של מעשי המערער ואת קביעותו כי המערער התכוון לבצע עבירות של מעשה סדום בקטינums. בית המשפט המחויזי קבע כי ביחס לשני הקטינums אמן לא הייתה חדרה של ממש, אולם ניתן להניח שה邏輯 תודעתו של הקטין, הניסיון חמור לא פחות מהעבירה המוגמרת. על כן, בסיכוןו של דבר, הטיל בית המשפט המחויזי על המערער עונש כדלקמן: מאסר בפועל במשך 8 שנים בגין ימי המעצר; מאסר על תנאי במשך 12 חודשים כשהנתנאי הוא שהמערער לא יעבור כל עבירה מין בגין פרק י' סימן ה' לחוק העונשין תוך 3 שנים מיום שחרורו; ותשולם של פיצוי שהוגדר "סמלי" בסך של 30,000 שקל לכל אחד מן הקטינums.

הערעור

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

16. במסגרת הערעור שהוגש באמצעות בא-כחטען המערער, זו הפעם, כי אינו כופר עוד בכך שביצע עבירות מין בקטינums. עם זאת, טוען מטעמו כי עדויות הקטינums מניחות בסיס לbijoux עבירות בדרגה של מעשים מגוניים בלבד, להבדיל מניסיונות למשה סדום. כך, המערער טוען כי ככלוי י' לא בוצעו כלל ניסיונות למשה סדום, שכן אף לפי עדותו של הקטין בעת שהותם בהם כלל לא היה מגע ביניהם, ואילו בעת שבו מוחוץ למים נגע המערער עם איבר מינו בגבו של י' "לכמה שניות" וליטף אותו בגופו, ובכך אין די להביא כאמור להרשעתו בניסיון למשה סדום. בהקשר זה

מוסיף המערער וטוען כי על מנת להרשיע בעבירה של ניסיון למשה סדום מוטל הנTEL על התביעה להוכיח קרביה של ממש בין איבר המין לבן פי הטעבעת 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 סתיותם בעדויותיהם של הקטינים שמעוררות, לטענת המערער, את הספק בוגז לניסיון לבצע אף במתلون א' מעשה סדום.

17. המערער מוסיף וטוען כי לטענותיו אלו אמורה להיות מבחינת הרשעה עצמה, היינו הרשעה בעבירות של מעשים מגוונים חלף הרשעה בנסיבות למשה סדום, והן מבחינת העונש שIOSת עליו, שאמור להיות קל בהרבה, בנסיבות האמורות.

18. מנגד, המדינה סמכה את ידיה על פסק דין של בית המשפט המחויז וטענה כי יש לדוחות את הערעור על שני חלקיו. באשר להכרעת הדיון, טענה המדינה כי המערער אינו יכול להציג גרסה חדשה שהثبتה לא יכולה לברר ולהתמודד עמה במסגרת הערעור. המדינה הזכירה כי בבית המשפט המחויז התמקדה ההגנה של המערער בשאלתizia שלו מבצע עבירות המין בקטינים, והוא כלל לא חלק על עצם התרחשות המעשים המינויים באופן המפורט בעובדות כתוב האישום. על כן, אין לאפשר לו "לשנות חיית" ולהעלות טענות אלו בפני ערצת הערעור. בבחינת מעלה מן הוצרך, המדינה מצינית כי ההרשעה בעבירות של ניסיון למשה סדום בשני הקטינים מעוגנת היטב בחומר הראיות. כמו כן, המדינה טוענת כי העונש שהושת על המערער הולם את חומרת המעשים שביצע.

19. להשלמת התמונה, יעיר כי לקרהת 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, בשםין לב לכך שהמערער השליך את האחריות למשוי על הקטינים, קורבנות העבירה, וכך שהוא נעדר כלים לצורך התמודדות עם מצב סיון. עוד צוין בחוות הדעת כי המערער מביע מוטיבציה להשתלב בטיפול "עודן קבוצתי לעבריini מין, אשר עשוי לסיע בהפחחת רמת המסוכנות המינית.

דין והכרעה

20. לאחר ש שקלתי את הדברים אני סבורה כי דין הערעור על הכרעת הדיון להתקבל באופן חלקי ומסוג. בהתאם לכך, אני סבורה שיש מקום להפחטה - מוגבלת ומסויימת גם היא - בעונשו של המערער.

הערעור על הכרעת הדיון

21. צודקת המדינה בכך שזרת המחלוקת נקבעת בבית המשפט ששמע את הראיות, בהתאם לתשובתו של הנאשם לכטב האישום ולהגנה שהוא מציג (ראו: ע"פ 5502/12 גולן נ' מדינת ישראל, פסקה 45 לפסק דין (29.9.2013)). על כן, ככל אין מקום לטענות המערער הקופרות במצאי עובדה שאין נוגעים לשאלתizia, שהיתה השאלה היחידה השנייה במחלוקת (למשל, לעניין דבריו הבורים של נ' באשר לכך שיכל היה לראות את שהתרחש בימים בין המערער לביןנו, המערער לא חלק עוד על זיהויו כמי שנכח במקום ומרבית הטענות שהעלתה כנגד הכרעת הדיון ביקשו לערעור על פרטים בעדויות שלא נתקפו בבית המשפט המחויז. זאת אין לאפשר).

22. יחד עם זאת, עדין יש להוסיף ולבחון האם העדויות כלשונן – ובנהנча שהן מתקבלות באופן מלא – תומכות בהרשעתו של המערער בכל העבירות שייחסו לו, וזאת בהתאם להגדירה המשפטית של יסודות העבירה של ניסיון למשעה 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 בורר של היסוד הנפשי (ראו: ע"פ 9511/01 קובקבו נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 687, 694 (22.1.2002); ע"פ 8200/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (3.9.2012) (להלן: ע"פ 11/8200)). הפטישה התוותה לאורך השנים את הדרך להבנה בין מעשה שיש בו "הכנה" בלבד לבין מעשה המהווה "ניסיון". כך למשל, נקבע כי כאשר נעשה "מעשה גליי" המקרב את תלין ביצועה של העבירה המשולמת ויש בו כדי לגלוות בצורה חד משמעית את כוונת העבריין – ניתן להרשיע בעבירת הניסיון (ראו: ע"פ 355/88 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 1989; 221, 264 (1989)); יורם רבין יניב ואקי דיני עונשין כרך א' מהדורה שלישית, 2014) (להלן: רבין וואקי). בהמשך, נקבע כי על פי מבחן זה ניתן להסתפק גם ב"תחילה ביצוע", ככל שאכן יש בה גילוי חד משמעי של הכוונה (ע"פ 11/8200, בפסקה 7). הינו, אין דרישת כי המעשה יהיה המעשה הסופי והאחרון ברכף הפעולות שמקימות את היסוד העובדתי של העבירה, אלא די שהייתה מצויה ב"מתחם הניסיון", שנע בין התנהגות מינימלית להtanegot אשר משלימה את העבירה המוגמרת (ראו: ע"פ 2776/97 מדר נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 236, 240-239 (21.6.1999) (להלן: עניין מדר)). באשר ליסוד הנפשי, נקבע כי ניתן להסיק את קיומו ממכלול הנסיבות החיצונית ומהגינום של הדברים (שם).

24. על בסיס דברים אלו, ולאחר שעניינתי בעדויות השונות, אני סבורת כי גדר הספקות בענייננו נוגע להרשעתו של המערער בעבירות של ניסיון למשעה סדום כלפי נ' בთוך המים בלבד. באשר ל-א', בית המשפט המחויז קבע, בהתבסס על עדויות הקטינים, כי הן בთוך המים והן מחוץ למים הצמיד המערער את איבר מינו לשובנו של א' וניסה לחדור לתוכו. בהקשר זה, העיד אמרו א' כי המערער ביצע תנועות של "דחיפה", וציין כי המערער ניסה "לחבר" את איבר מינו לשובנו. אין מדובר במקרה "גבולי" שהוא בגדר הכהנה בלבד, אלא במשעה גליי שקריב את המערער במידה לא מבוטלת אל עבר ביצוע העבירה המוגמרת (ראו: ע"פ 08/08012 9012/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (23.1.2013) (להלן: ע"פ 08/08012)). זאת ועוד, יש במשעה 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 למשעה סדום באשר למשעים אלו בדיון היא.

25. נשוב אפוא אל מעשי המערער ביחס ל-נ'. כזכור, גם ביחס אליו הואשם המערער בגין שני ניסיונות לביצוע מעשי סדום: בותוק המים ומוחצה להם. באשר לאיrou שהתקיים בותוק המים, עולה מעדותו של נ' בפני חוקרת הילדים כי בשלב זה הוא הצליח לחמק מהמערער, וניסיונו של الآخرן הגיעו לא צלח. יותר, כי ברגע הדין של בית המשפט המחויז צוין כי אף בשלב זה נגע המערער עם איבר מינו בגבו של נ', אך דומה שקייטה זו לא עוללה מהכרעת הדין וכאמור היא אף אינה עולה מעדותו של נ'. בוגר לאיrou שהתקיים מחוץ למים, המערער לא נגע בישובנו של נ' בשל הפרשי הגובה ביניהם, אך אין מחלוקת כי איבר מינו כאמור נגע בגבו. האם מעשים אלו מהווים ניסיון למשעה סדום, או שמא מגבשים עבירה של ביצוע מעשה מגונה?

26. אכן, מכלול הנסיבות, ובפרט הוכחתן של עבירות הניסיון למשעה סדום ביחס ל-א', מניח בסיס סביר לשער כי כוונתו של המערער הייתה לבצע מעשה סדום גם ב-נ'. אולם, אני סבורת שהעובדות המתוארות ביחס למשעו של המערער בותוק המים כלפי נ' אין מגיעות כדי ניסיון למשעה סדום, על-פי הגדرتה של עבירה זו בפסקה. כך, בהתאם למבחןם עליהם עמדתי לעיל, הורשעו בעבר נאים בעבירה זו כאשר נעשה מעשה גליי המלמד על כוונה ברורה

וחד משמעית של העבריין לבצע את מעשה הסדום, ומהוות "תחילת ביצוע" – הינו, חורג ממעשה הכננה בלבד (ראו למשל: ע"פ 11/8200, בפסקה 8 – שם "המעשה הגלוי" היה דחיפת ראהה של הקורבן על-ידי התוקף לכיוון איבר מינו, תוך שהוא מנסה לשכנע אותה בדיורים לבצע בו מין אוראלי; ע"פ 08/9012, בפסקה 7 – שם "המעשה הגלוי" היה התוקף המין של התוקף בין פלח ושבנו של הקורבן; ע"פ 07/5229 פלוני נ' מדינת ישראל (7.8.2008) – שם "המעשה הגלוי" היה אחיזה בשערות הקורבן תוך משיכת ראהה לכיוון איבר מינו של התוקף; עניין מדר – שם "המעשה הגלוי" היה השכבתה של הקורבן על הארץ תוך סטימת פיה ורכינה מעלה בניסיון לפתח את מכנסיה, והוא הורשע על כן בניסיון אינוס. ראו גם: ע"פ 15/30 פלוני נ' מדינת ישראל (20.4.2016) (להלן: ע"פ 15/30)). בעניינו, המערער ניסה לגעת ב-נ' בתוך המים, אך לאחר מכן הצליח לחמוק ממנו. אני סבורה כי בנסיבות אלו, משלא הצליח המערער לשים ידו על נ', קשה לומר שהתקיים "מעשה גלי" אשר קירב את תחילת הביצוע של עבירות מעשה הסדום.

27.خلاف זאת, אין ספק כי מעשיו של המערער ביחס ל-נ' בתוך המים מגבשים עבירות של מעשה מגונה. על אף לא חלק בא-כוחו של המערער בדיון שהתקיים בפניו. למעשה מן הצורך, יוער כי אף אם לא ברור האם הצליח המערער לגעת ב-נ' בעת שהוא במים, אין בכך כדי לאין את הרשותו במעשה מגונה. כזכור, נקבע זה מכבר כי כאשר מתקיים אלמנט של מיניות גלויה די יהיה באלםנות זה, ללא צורך בקיומו של מגע פיזי – על מנת לגבות את היסוד העובדתי בעבירות המעשה המוגנה (ראו: ע"פ 09/9603 פלוני נ' מדינת ישראל (27.9.2011); ע"פ 08/9012, 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 כשל להחדירו לישבונו. זהוי "חוליה" מתקדמת יותר על שרשורת המעשיים, המקربת את המערער לביצוע העבירה המושלת (ראו: ע"פ 11/7725 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (24.1.2013); רבין וואקי, בעמ' 553). אני סבורה כי לא נמצא בסיס להתערב בקביעתו של בית המשפט המחויז כי המערער עבר בפרק ניסיון לביצוע מעשה סדום. זאת, בשים לב לעדויות הקטינים שמהן עולה באופן חד משמעי כי המערער כיוון לישבנו של נ', באותו הדפוס שאפין את מעשיו כלפי א', ו"פספס" אך ורק נוכח גובהו וחוסר האפשרות המעשי לבצע ב-נ' את זמנו. כך תיאר זאת נ': כמה פעמים, בעדותו בפני חוקרת הילדים: "זזנו הצידה, ואני הlected לשים בגדים, אז הוא בא, אומר – בוא תתייבש [...]" ואז הוא ניסה לשים לי את זהה שעושים קטנים שלו לישבן שלו... והוא לא הצליח" (פרוטוקול חקירה מס' 13-866-A מיום 7.7.2013, בעמ' 7-8); "הוא ניסה לשים את זהה שלו לישבן שלנו, אבל לי לא הצליח כי אני נמוך... הוא ניסה לי ואז הוא לא הצליח וזה רק פגע לי בגב, זהה שלו... ידעת את זה מההתחלה, שהוא זה בא לעשות לנו דברים לא טובים" (פרוטוקול חקירה מס' 1-866/13 מיום 23.6.2013, בעמ' 6-7); "הוא ניסה לנגן לי והוא פגע בגב, וזה שלו התקפל [...]" זה שעווה קטנים התקפל [...] הוא ניסה לעשות לי כמו שהוא ניסה, שהוא עשה לא" (שם, בעמ' 20). בשים לב לעדותו זו של נ', אשר כאמור נמצא על-ידי בית המשפט המחויז כמהימנה וקורנתית, ניתן לקבוע כי לולא הפרשי הגובה המערער היה נגע בישבנו של נ', כפי שעולה גם משאר המעשיים (ראו: רבין וואקי, בעמ' 553; ע"פ 09/5271 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 8 לפסק דין של השופט א' לוי (17.5.2011)). ניתן אף לומר, כי הczmadto של איבר המין של המערער לגוףו של הקטין, תוך שהוא מחבך אותו בגבו בכוח, מהוות "מעשה גלי", שיש בו כדי לגלות – בצירוף מכלול הנסיבות – את כוונתו החד-משמעות של המערער לבצע ב-נ' מעשה סדום. מגע זה אף מהוות "תחילת ביצוע" של מעשה הסדום. בהקשר זה ניתן שבעבר נקבע, לעניין ניסיון אינוס, כי מגע באיבריו האינטימיים של הקורבן אינו תנאי הכרחי להשתכלות היסוד העובדתי של העבירה (ראו: ע"פ 5150/93 סריס נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(2), 183, 188 (1994)). דברים אלו יפים גם לעניינו. אין בעודה שלא עליה בידו של המערער, מסיבות שלא תלויות בו, להצמיד את איבר מינו לישבונו של נ', כדי לפרט אותו אחריות בגין עבירת הניסיון, בנסיבות המתוירות. מרכז הcobד של עבירות הניסיון מצוי בהוכחת היסוד הנפשי, ה"מפה" כאמור על החסר ביסוד העובדתי (ראו: גבריאל הלוי "היסוד העובדתי בעבירות המין בישראל: ניתוח ביקורתית" משפט וצבא 16, 651, 666-665 (2003)). אני סבורה

אפוא, כמו בית המשפט המחויזי, כי בכל הקשור להתנהלותו של המערער עם נ' מחוץ למיסוד זה הכוח מעבר לכל ספק סביר.

29. אשר על כן, לשיטתתי, יש מקום להרשיע את המערער בשלושה ניסיונות למעשי סדום ולהמיר את הרשותו בכל הנוגע לתקיפתו את נ' בתר עבירה מושלמת של מעשה מגונה. שאר חלקיה של הכרעת הדין יעדמו בעינם.

הערעור על גזר הדין

30. השאלה המתעוררת CUTUT היא מה צרכות להיות ההשלכות של השינוי בהרשותה על גזר דיןו של המערער. נקודת המוצא אמורה להיות שהמרה של הרשות בעבירות חמורות יותר בהרשות בעבירות שחומרתן פחותה (גם אם הן חמורות כלעצמהן) אמורה לבוא לידי ביטוי בעונישה. עם זאת, אני סבורה שבמקרה זה השינוי צריך להיות קל בלבד. הטעם לכך הוא שהמעערער ביצע עבירות מין בנسبות חמורות בשני קטינים, והמדיניות הרואה במקרים אלו מצדדת בנקיטת יד קשה ומרתיעה (ראו: ע"פ 4146 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (29.6.2015); ע"פ 2751 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (20.9.2015); ע"פ 13/13 4583 סץ נ' מדינת ישראל, פסקה 59 לפסק דין של השופט א' שהם (להלן: עניין סץ); ע"פ 15/30, בפסקה 75 לפסק דין של השופט שהם). אכן, הצעתי להמיר את הרשותו של המערער ביחס לאחד מן המעשים המתוארים בכתב האישום. יחד עם זאת, נותרה על כנה הרשותו בשלוש עבירות של ניסיון למשה סדום. על אף נספרו מספר עבירות של מעשה מגונה, מלבד התקיפה הפיזית של א'. הנسبות בין חמורות שבחמורות: המערער ניצל את העובדה כי הקטינים טבלו במקומות, מעשה אשר תכליתו טהרה – ובזה את גופם ואת כבודם במעשי, תוך שהוא קופה עצמו עליהם חרף התנגדויותיהם וניסיונותיהם החזוקים לחמק ממנה, כשהוא עבר מן האחד לשני הלוך ושוב. כאמור, במקרים אלו, על מידת העונש לשקוף את הסלידה החברתית מן המעשים החמורים שביצע המערער ואת הנזקים ארוכי הטווח שעלו ליגרים לקטינים, אשר כל שביקשו היה לטבול במקומות טהרוה (ראו: עניין סץ, בפסקה 59 לפסק דין של השופט שהם).

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

לפני סיום

32. סיפור המעשה שנפרנס בפנינו הוא טורד מנוחה. הוא מחדד את הצורך לגבות כללים ברורים יותר לגבי חובתם של מי שמופקדים על אתרים ומתקנים לספק השגחה במקום שਮודדים מבחינות מסוימות לפגיעה מינית בקטינים (כמו בעניינו, בחדר שבו שוהים אנשים בעירום וניתן לנעליה מבפנים). הטעינה לא נדונה בפנינו, אך דומה שהדברים מדברים بعد עצמן ומהຍיבם חשובה.

סוף דבר

33. אם תישמע דעתו, יתקבל הערעור על הכרעת הדין באופן חלקו, כאמור בפסקה 29 לעיל, בהתאם לכך יתקבל הערעור על גזר הדין, באופן חלקו כאמור בפסקה 31 לעיל.

שופטת

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

שופטת

השופט צ' זילברטל:

אני מסכימם.

שופט

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

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

שופטת

שופט

שופטת