



רע"פ 5603/15 - שי איתי אמיר נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

רע"פ 5603/15

לפני:

כבוד השופט א' שהם

המבקש:

שי איתי אמיר

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, מיום 3.6.2015, בעפ"ג 2082-11-14, שניתן על ידי כב' השופטים: ד' ברלינר - נשיאה; ר' בן יוסף; א' נחליאלי-חיאט

בשם המבקש:

עו"ד בני נהרי

בשם המשיבה:

עו"ד הילה גורני

החלטה

- לפניי בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטים ד' ברלינר - נשיאה; ר' בן יוסף; א' נחליאלי-חיאט), בעפ"ג 2082-11-14, מיום 3.6.2015, בגדרו התקבל, חלקית, ערעורו של המבקש על פסק דינו של בית משפט השלום בתל אביב-יפו (כב' השופט ש' בקר), בת"פ 29152-06-10, מיום 3.4.2014.

רקע והליכים קודמים



2. המבקש הינו מנכ"ל חברה, העוסקת במתן שירות וסיוע לחולים אונקולוגיים. עד אמצע שנת 2010 שימש המבקש חובש ומדריך במגן דוד אדום, שם עבד במשך כעשרים שנה. לפי עובדות כתב האישום, ביום 3.6.2010, סמוך לשעה 18:30, נסע המבקש ברכבו בהרצליה. כאשר הבחין המבקש בקטין (יליד שנת 2000) (להלן: הקטין או המתלונן), עצר המבקש את רכבו בסמוך אליו, הציג את עצמו בפניו כסוקר מטעם משרד החינוך, והזמין אותו להיכנס לרכבו. המתלונן נכנס לרכבו של המבקש, והמבקש נהג את הרכב לכיוון חורשה מבודדת סמוך לאזור מפגשם. עוד נטען בכתב האישום, כי המבקש אמר למתלונן לכבות את הטלפון הסלולרי שברשותו ולשמור את דבר פגישתם בסוד. או אז, החל המבקש להציג למתלונן שאלות בנוגע לאיברי גוף שונים, תוך שהוא רושם חלק מן השאלות והתשובות במחברת שהייתה ברשותו. במהלך עניינים זה, כך טוענת המשיבה, ליטף המבקש את ראשו של המתלונן וכן נגע בחזהו ובשכמו. עובר אורח, שהבחין במתלונן כשהוא נכנס לרכב, הזעיק את המשטרה, וזו הגיעה למקום ועצרה את המבקש בעת היותו ברכב עם הקטין. על יסוד עובדות אלו, הואשם המבקש בעבירה של מעשה מגונה בקטין מתחת לגיל 14, לפי סעיף 348(א) בנסיבות 345(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977.

3. בתאריך 15.1.2013, כפר המבקש בעובדות כתב האישום המתואר לעיל. המבקש טען, כי הוא אכן היה בזמן ובמקום המפורטים בכתב האישום ואולם, כך הסביר המבקש, חשש הוא שמא פגע ברכבו בקטין, אשר שיחק בכדור בסמוך למעבר החציה, ועל כן עצר לידו ודרש בשלומו. המבקש הודה כי הקטין נכנס לרכבו, ברם הוא דחה את טענות המשיבה על כך שהסיע את הקטין אל חורשה מבודדת, ואף הוסיף וטען, כי אין בקרבת המקום חורשה כאמור. עוד שלל המבקש את האמור בכתב האישום, באשר לכך שאמר לקטין לכבות את הטלפון הסלולרי שברשותו; בכך שאמר לו לשמור את דבר המפגש בסוד; וכן בכך ששאל את הקטין שאלות בנוגע לאברי גוף שונים. המבקש הסביר, כי שאלותיו אל המתלונן נגעו למצב בריאותו, שכן הוא חשש שמא פגע בו. המבקש כפר - מכל וכל - בטענה כי הוא ליטף את הקטין בראשו, או כי נגע בחזהו או בשכמו. באשר לעובר האורח, הודה המבקש כי זה עבר בסביבה והזעיק את המשטרה וזו הגיעה למקום ועצרה אותו ברכב, בהיותו יחד עם הקטין.

4. בתאריך 3.4.2014, הורשע המבקש בעבירה שיוחסה לו, בבית משפט השלום בתל אביב-יפו, לאחר ניהול משפט הוכחות. בית משפט השלום קבע כי עדות הקטין, אשר נחקר על ידי חוקרת ילדים, היא עדות מהימנה, וכי הוא מסר גרסת אמת - מראשיתה ועד סופה. עוד נקבע, כי עדויותיהם של השוטר שעצר את המבקש ושל עובר האורח הינן מהימנות. מנגד, קבע בית המשפט כי לא ניתן לתת אמון בגרסתו של המבקש, שכן: "מלכתחילה הציג הנאשם [המבקש] תמונה שהיא כל כך מופרכת, סותרת את השכל הישר, אם לא מתנגשת בו ממש, כך שלא ניתן לקבלה, זאת עוד אפילו בטרם נדרשתי לשקרים האופפים אותה". סיפורו של המבקש, כך לפי בית משפט השלום, אינו מתקבל על הדעת, וזאת, בפרט נוכח הנסיבות והדרך בה פעל המבקש. לעדותו של הקטין בפני חוקרת הילדים מצא בית משפט השלום סיוע בעדותו של עובר האורח ובשקרו של המבקש עצמו.

5. לבסוף, קבע בית משפט השלום, כי על אף שהמגע לא נעשה באבריו המוצנעים של הקטין, יש בהתנהגותו של המבקש ובמכלול הנסיבות כדי להעיד על כך שאין מדובר במגע תמים. בין השאר, מדובר בנסיבות אלה: היעדר היכרות מוקדמת עם הקטין; ה"התחזות" מול הקטין כסוקר מטעם משרד החינוך; העלאת הקטין לרכבו של המבקש ללא סיבה נראית לעין; הוראתו של המבקש לקטין לכבות את המכשיר הסלולרי שלו ולשמור את דבר פגישתם בסוד; נהיגתו של המבקש עם הקטין לחורשה מבודדת וחניית הרכב מאחורי מכולה; הצגת שאלות לקטין בנוגע לאיברי גוף דווקא; ונגיעות בראשו, שכמו וחזהו של הקטין. נסיבות אלו, לדידו של בית משפט השלום, מקיימות את היסוד ההתנהגותי בהגדרת עבירת המעשה המגונה, באופן השולל את אופיים התמים של מעשי המבקש. נסיבות אלה מובילות למסקנה חד משמעית, כי המבקש "ביצע מעשה מגונה בילד, תוך שאיפה לבצע הדבר למטרת גירו או סיפוק מיני".



לאור האמור, הורשע המבקש בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

6. בתאריך 28.9.2014, גזר בית משפט השלום את עונשו של המבקש ל- 9 חודשי מאסר בפועל; מאסר על תנאי למשך 12 חודשים לבל יעבור עבירת מין, בתוך 36 חודשים מיום שחרורו; כמו כן, חויב המבקש בקנס בסך 1000 ₪; ובפיצוי למתלון בסך 10,000 ₪.

7. על פסק דינו של בית משפט השלום בתל אביב-יפו הגיש המבקש ערעור לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו. בתאריך 3.6.2015, ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי, במסגרתו נדחה הערעור באשר להכרעת הדין והתקבל הערעור בנוגע לגזר הדין. דעת הרוב (מפי כב' השופטות ד' ברלינר - נשיאה-א' נחליאל-חיאט) דחתה את הערעור בנוגע להכרעת הדין. בית המשפט המחוזי התרשם, בדעת הרוב, בדומה לבית משפט השלום, כי דבריו של הקטין, בפניו חוקרת הילדים, ברורים, הגיוניים, ומשקפים במדויק את האירוע. כמו כן, אישר בית המשפט המחוזי את קביעתו של בית משפט השלום באשר לדחיית גרסתו של המבקש, וזאת, בין השאר, עקב השקרים שבעדותו; גרסתו המתפתחת; ומכלול הנסיבות המעוגנות בחומר הראיות. על יסוד האמור, סבר בית המשפט המחוזי כי לא נפל פגם בקביעתו של בית משפט השלום כי הקשרו של המעשה ונסיבותיו הברורות, מעידים כי מדובר במעשה מגונה. הנגיעות שתוארו, בנסיבות בהן התרחש האירוע, גם אם עסקין בנגיעות באברי גוף ניטריים, הן נגיעות שאינן תמימות ואשר נועדו לצורך גירוי או סיפוק מיני, ועל כן מדובר ב"מעשה מגונה". באשר לגזר הדין, הוסכם על דעת רוב השופטים, כי יש להחמיר עם נאשמים הפוגעים בקטינים, ואולם, כך נקבע, על מגמת ההחמרה להיעשות באופן הדרגתי. על כן, ובהתאם למדיניות הענישה במקרים דומים, ובשים לב לעובדה שמדובר בעבירה המצויה ברף נמוך של חומרה, הוחלט להפחית את עונשו של המבקש ולהעמיד את רכיב המאסר על 6 חודשי מאסר, שירוצו על דרך של עבודות שירות. יתר רכיבי הענישה נותרו על כנם.

8. שופט המיעוט בבית המשפט המחוזי, כב' השופט ר' בן יוסף, סבר כי לא הוכח מעבר לכל ספק סביר, כי המבקש ביצע במתלון "מעשה מגונה", ועל כן יש לזכותו מעבירה זו מחמת הספק. השופט בן יוסף היה שותף לדעתו של בית משפט השלום באשר להיותה של התנהגותו של המבקש מוזרה, מחשידה, ונטולת הסבר ממשי ואמין. כמו כן, הסכים השופט בן יוסף עם קביעותיו של בית משפט השלום באשר למהימנות עדותו של הילד, ולפיכך קיים חשד לביצוע מעשים מיניים על ידי המבקש, חשד הנעוץ בהתנהגותו המוזרה של המבקש. למרות כל הדברים הללו, סבר השופט בן יוסף כי החשדות הכבדים לא הבשילו לכדי ראיות של ממש, להוכחת העבירה המיוחסת למבקש. לדידו של השופט בן יוסף, ניתן למצוא בפסיקתו של בית משפט זה, באשר ליסוד העובדתי של "מעשה מגונה", התבטאויות שאינן מתיישבות תמיד, האחת עם רעותה. כך למשל, נאמר בע"פ 6255/03 פלוני נ' מדינת ישראל (16.2.2004) כי נדרש "מעשה שיש בו אלמנט של מיניות גלויה", ומנגד נקבע בע"פ 9603/09 פלוני נ' מדינת ישראל (27.9.2011) כי "אפשר שהמעשים הנראים על פניהם 'תמימים', וסיווג כ'מגונים' בשל המטרה אשר הניעה את מבצעם ואת מכלול נסיבות העניין". השופט בן יוסף, ציין עוד, כי באף אחת מהנגיעות שנגע המבקש בקטין, אין מדובר במעשה שעל פניו קיים בו אלמנט של מיניות גלויה. לפיכך, לא באה, לדידו של השופט בן יוסף, ראיה ממשית על כך שבלבו של המבקש נתגבשה מטרה מינית כלשהי, ובלשונו: "התנהגות מוזרה, תמוהה, אולי אף סוטה מן השורה, אך לא דווקא מהיבטה המיני".

הבקשה לרשות ערעור ועיכוב ביצוע



9. הבקשה לרשות ערעור המונחת לפניי, הוגשה בתאריך 17.8.2015, ואיתה בקשה לעיכוב ביצוע העונש, אשר נפסק בבית המשפט המחוזי. בתאריך 19.8.2015, עוכב ביצוע העונש עד להחלטה בבקשה לרשות הערעור.

10. בבקשתו זו, טוען המבקש כי במקרה דנן מתעוררת שאלה משפטית עקרונית, והיא: "אופי הפרשנות ל'מעשה מיני' אשר יכנס בגדר 'מעשה מגונה' על פי הגדרתו בסעיף 348(ו) לחוק העונשין". לדידו של המבקש, על בית המשפט "ליצוק תוכן ברור יותר למבחן שיצר כדי לענות על שאלת התקיימותה של עבירת המעשה המגונה ולבאר את ההלכה". לטענת המבקש, המבחנים שנקבעו ל'מעשה מגונה' בפסיקה אינם מספקים את המענה הדרוש, במקרה שלפנינו. זאת, בעיקר נוכח העובדה שהמחלוקת העיקרית שהתגלעה בבית המשפט המחוזי נגעה במישרין לשאלה, האם מדובר ב'מעשה מגונה', אם לאו.

11. עוד טוען המבקש כי במידה שתתקבל בקשתו לרשות ערעור, יש לקבל את הערעור ולזכותו מכל אשמה. נטען בהקשר זה, כי יש לקבל את ערעורו לנוכח קיומן של ראיות התומכות בגרסת ההגנה; הערכת המהימנות שנעשתה על ידי חוקרת הילדים, אשר סברה כי מתיאוריו של הקטין לא עלו מאפיינים של פגיעה מינית; תיאור המעשים על ידי הקטין אשר אינם עולים, לשיטתו של המבקש, לכדי עבירה של מעשה מגונה; והיעדר התייחסות בבית המשפט המחוזי ליסוד הנפשי שבעבירה. על בסיס כל אלו, סבור המבקש כי יש ליתן לו רשות ערעור ולקבל את הערעור לגופו של עניין.

12. בתגובתה לבקשה, טוענת המשיבה כי השאלה, מהו "מעשה מגונה"? ובאילו נסיבות מעשה "תמים" לכאורה, יכול לעלות כדי מעשה מגונה נדונה והוכרעה בפסיקתו של בית משפט זה. זאת ועוד, סבורה המשיבה כי הבקשה עוסקת בשאלת יישום העקרונות והמבחנים שנקבעו בפסיקתו של בית משפט זה, על עניינו הפרטי של המבקש ואין מדובר כלל בשאלה עקרונית. לגופו של עניין, טענה המשיבה, כי לא נפלה טעות בדעת הרוב בבית המשפט המחוזי, שכן הנסיבות במקרה דנן מקימות חזקה, על בסיס ניסיון החיים והשכל הישר, שהמעשים שבוצעו על ידי המבקש נעשו לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים. המבקש לא סתר חזקה זו ועל כן המסקנה בדבר אופיים של המעשים נותרה על כנה. לפיכך, כך נטען, יש לדחות את הבקשה גם לגופו של עניין.

דיון והכרעה

13. לאחר שעיינתי בבקשה שלפניי ובתגובת המשיבה, הגעתי למסקנה כי אין מקום ליתן רשות ערעור במקרה דנן.

14. כידוע, רשות ערעור ב"גלגול שלישי" תינתן במקרים חריגים, בהם עולה שאלה משפטית עקרונית רחבת היקף אשר חורגת מעניינו הקונקרטי של המבקש; או כאשר מתעורר חשש לעיוות דין או אי צדק חמור, אשר נגרם למבקש בהליך המשפטי (ראו, בהקשר זה, רע"פ 6039/15 בילויים אילת 2012 בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה אילת (8.9.2015); רע"פ 5933/15 מיראי נ' מדינת ישראל (8.9.2015); רע"פ 5860/15 פלזניק נ' מדינת ישראל (7.9.2015)).

15. אני שותף לעמדתה של המשיבה, כי המקרה דנן איננו מעלה כל שאלה עקרונית בדבר תיחום יסודות העבירה של "מעשה מגונה", אלא שמדובר ביישום ההלכה הקיימת על נסיבות המקרה דנן. על כן, הבקשה אינה עונה על אמות



המידה הנדרשות לקבלת רשות ערעור, ומטעם זה בלבד יש לדחות את הבקשה.

16. למעלה מן הצורך אציין, כי אין לקבל את הבקשה גם לגופו של עניין. כפי שנפסק, לא אחת, באשר לעבירה שעניינה "מעשה מגונה", יש לבחון את המעשה אותו ביצע הנאשם, על רקע כלל נסיבות האירוע. יפים, בעניין זה, הדברים שנקבעו בעש"מ 6737/02 מדינת ישראל נ' זקן, פ"ד נז(2) 312 (2003):

"שאלה לעצמה היא אם ה'מעשה', שהוא היסוד ההתנהגותי הנדרש בהגדרה הקבועה בסעיף 348(ו) לחוק העונשין, יכול שיהא מעשה כלשהו, אף אם הוא כשלעצמו נראה לכאורה תמים, ובלבד שמתלוות לביצועו מטרה של 'גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים' [...] דעתי היא כי בנסיבות מסוימות גם מעשה הנראה לכאורה תמים כשהוא לעצמו יקיים את היסוד ההתנהגותי בהגדרה, אם ההקשר שהוא בוצע בו ומכלול נסיבות העניין שוללים את אופיו התמים ופוגעים בערך המוגן באיסור"

17. לפיכך, גם מעשה הנראה, לכאורה, כמעשה תמים (כדוגמת נגיעות באיברים שאינם נתפסים כאיברים מוצנעים בגוף), עשוי להתפרש כמעשה שבוצע "לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים", והכל על רקע ההקשר שבו בוצע המעשה ומכלול נסיבות העניין. עוד יש להוסיף, כי אין בפסיקתו של בית משפט זה קביעה, לפיה נדרשת התנהגות בעלת אופי מיני בולט, או מעשה בעל מיניות גלויה, לצורך הרשעה בעבירה זו, וכאמור – הכל תלוי בנסיבותיו המיוחדות ובהקשרו של המקרה הקונקרטי.

18. לאור האמור, הנני דוחה את הבקשה לרשות ערעור.

19. לפיכך, מתבטלת החלטתי מיום 19.8.2015, בנוגע לעיכוב ביצוע עונש המאסר לריצוי בפועל, על דרך של עבודות שירות. המבקש יתייצב לביצוע עבודות השירות, בתאריך 11.10.2015, עד לשעה 10:00 בפני הממונה, במקום בו נערך הראיון עמו, ומשם יילקח למקום ביצוע עבודות השירות במשטרת ראש העין.

ניתנה היום, ד' בתשרי התשע"ו (17.9.2015).

ש ו פ ט