

בכית המשפט העליון בשכתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5341/94

כפני: כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט ג' בך
כבוד השופטת ד' דורנר

המערער: עמנואל בר ציון

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק-דין בית המשפט המחוזי
בחפיפה מיום 26.1.94 בתיק 215/91, שניתן
על ידי כבוד השופט לינדנשטראוס.

תאריך הישיבה: י"כ בתמוז תשנ"ה (10.7.95)

בשם המערער: עו"ד משה גלעד

בשם המשיבה: עו"ד יהושע למברגר

פ ס ק - ד י נ

השופט ג' בד:

1. המערער הורשע בבית המשפט המחוזי בחפיפה (כבוד השופט מ'
לינדנשטראוס) בתקיפות מיניות, עבירות לפי הסעיפים 348(א) ו-348(ב)
לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: החוק), בנוסחו לפני התיקון לחוק מס'
30, וכן בהתעללות בקטין, עבירה לפי סעיף 368ג' לחוק. הוא זוכה מאישום
נוסף, של נסיון למעשה סדום.

בגין העבירות בהן נמצא אשם, הוטל על המערער עונש מאסר של

ארבע שנים, מהן שנתיים מאסר בפועל ושנתיים מאסר-על-תנאי. כמו כן הופעל כנגדו מאסר-על-תנאי של 15 חודשים, שהיה תלוי ועומד נגדו מתיק קודם, ונקבע כי 6 חודשים מתקופת מאסר זו יצטברו לעונש שהוטל בתיק דנן. משמע, כי על פי גזר הדין על המערער לרצות מאסר בפועל של שנתיים וחצי.

הערעור מופנה הן כנגד הכרעת הדין והן, לחלופין, כנגד מידת העונש.

יצויין, כי ניתן צו בבית משפט זה לעיכוב ביצוע עונש המאסר בפועל עד למתן פסק-הדין בערעור זה.

2. קורבן העבירה (להלן: המתלונן) הינו יליד 5.10.73. ההיכרות בין המתלונן ובין המערער החלה בקיץ של שנת 1989, בעת החופש הגדול, כאשר המתלונן המתין בתחנה לאוטובוס והמערער ניגש אליו שם. מאז החלה בין השניים מערכת יחסים שבמהלכם ביצע המערער מעשים מגונים בגופו של הילד. המערער ביקר מספר פעמים בפנימיה בה למד המתלונן, הציג את עצמו בכזב כדודו של המתלונן, ולקח את הלה לטיול ברכבו. בעת אותם מפגשים היה נוהג להוריד את מכנסי המתלונן והיה מוצץ את אבר מינו עד שכא על סיפוקו.

המערער נהג לתת למתלונן מתנות שונות, לרבות סכומי כסף במזומן ודברי מתיקה.

המפגשים והמעשים האמורים החלו להתבצע, כאשר למתלונן טרם מלאו, כאמור, 16 שנים, ונמשכו גם לאחר שעבר המתלונן את גיל 16.

11

בית המשפט המחוזי קיבל את עמדת התביעה, אשר לפיה יש לראות במעשים שבוצעו על-ידי המערער משום תקיפה מינית של המתלונן, ומאחר שיש להניח, כי נגרם למתלונן נזק נפשי עקב המפגשים האלה עם המערער, הרי יש לראות במעשי המערער גם משום התעללות בקטין, כמובן סעיף 368 ג' לחוק.

3. כא-כוחה המלומד של המדינה הסכים בעת הדיון בפנינו, כי אינו קיים בחומר הראיות שהובא בפני בית המשפט משום בסיס איתן להרשעת המערער בעבירות לפי סעיף 348 לחוק, קרי בעבירות של תקיפה מינית. המעשים לא נעשו בכוח, לא נעשו ללא הסכמת המתלונן, ועל כן סבורה גם התביעה כי לא היו כאן מעשי תקיפה. ואכן נתגלתה בפני בית המשפט מערכת יחסים מיוחדת במינה. המערער חיבב כנראה מאד את המתלונן, והוכח כי גם המתלונן נהג לפעמים להתקשר מיוזמתו למקום עבודתו של המערער. המתלונן העיד, בין היתר, כי המערער אמר לו שאם הוא, המתלונן, איננו רוצה את מערכת היחסים עם המערער, כי אז הוא יפסיק לבוא אליו. על כך לא השיב המתלונן למערער. המתלונן גם אישר, שבעת שהמערער ניסה לנשקו הוא לא אמר לו שהוא איננו רוצה בכך, ולפעמים הוא עצמו נישק את המערער בלחיו.

כאמור שוכנעה גם התביעה, כי תוך התבוננות בתמונה הכוללת קשה לדבר על מעשי תקיפה.

אך לטענת התביעה היה מקום להרשיע את המערער בעבירה של "מעשה מגונה" על פי סעיף 349 לחוק, כפי שהיה בתוקף בעת ביצוע העבירות, היינו על פי תיקון מס' 22 לחוק, משנת 1988, וכן בהתעללות על פי סעיף 368 ג' לחוק.

כאשר מתבקשים אנו עתה בשלב הערעור להרשיע את המערער בעבירה, אשר לגביה גורם ההסכמה אינו רלבנטי כלל, הרי קשה להשתכנע שהיתה לנאשם הזדמנות סבירה ונאותה להתגונן בפני אישום זה. יש להניח כי הגנתו היתה מנוהלת אחרת לו הואשם מלכתחילה בעבירה לפי סעיף 349 הנ"ל.

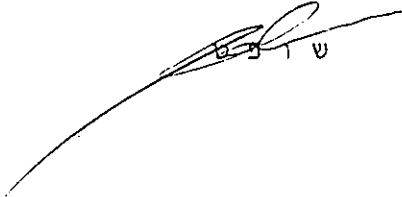
לזאת יש להוסיף, כי סעיף זה בחוק רחוק מלהיות ברור ביחס לנקודה בה עסקינן. נראה כי לעניין פירושו הנכון של הסעיף תיתכנה עמדות לכאן ולכאן.

אמנם לא היה בקושי פרשני זה כדי לשחרר את בית המשפט מהחובה לפסוק בעניין ולתת לסעיף האמור את הפירוש ההולם והסביר ביותר האפשרי, לו הואשם המערער מלכתחילה בעבירה על פי סעיף זה. אך אי-הוודאות לגבי השאלה אם הדיבור "מעשה מגונה... בפני אדם..." בהכרח כולל מעשים כמו אלה שיוחסו למערער, מהווה נימוק נוסף שיש בו כדי להניא אותנו מלהשתמש במקרה זה בסמכותנו על פי סעיף 216 הנ"ל לחוק סדר הדין, ולהרשיע את המערער בעבירה שלא הורשע בה ושאינו לא הואשם בה בערכאה הראשונה.

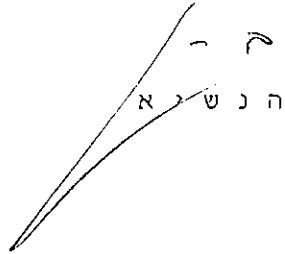
יש גם לזכור בהקשר זה, שהחוק תוקן בינתיים, וקושי פרשני דומה לזה שהתעורר בתיק דנן עקב טיעוני באי-כוח הצדדים, לא יתעורר בעתיד. היום נעשית הבחנה ברורה בחוק בין כל ההוראות הנוגעות למעשים מגונים בגופו של אדם, לרכות בגופו של קטין (ראה סעיף 348 לחוק העכשוי, על כל סעיפי המשנה שבו), ובין מעשים מגונים בפני אדם אחר בפומבי או בנסיבות מיוחדות (ראה סעיף 349 לחוק העכשוי).

משמע, כי אין גם עניין ציבורי כללי כהבהרת פירושו הנכון של סעיף חוק, אשר נמחק מספר החוקים, ועבר מהעולם.

את הערעור, מבטלים את פסק-הדין של בית המשפט המחוזי, ומזכים את המערער.

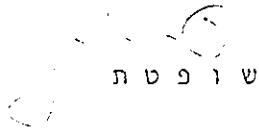

שופט

הנשיא א' ברק:


הנשיא

אני מסכים.

השופטת ד' דורנר:

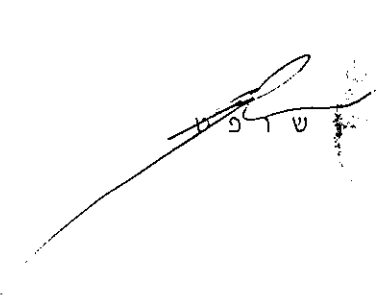

שופטת

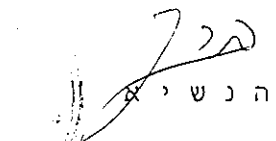
אני מסכימה.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט בך.

ניתן היום, טו' באלול תשנ"ה (10.9.95).


שופטת


שופט


הנשיא א'
העתק מתאים למקור
שמריהו כהן
מזכיר ראשי
אז/