



בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

בעניין: מדינת ישראל

מאשימה

ע"י ב"כ עו"ד יעל הראל

נגד

בן גיא אלדד

נאשם

ע"י ב"כ עו"ד גיא שמר

1

2

החלטה

3

השופט שאול שוחט:

4

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו ניסיון לאונס וניסיון להטרדה מינית, עבירות לפי סעיף 345(א)(3) + 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין") וסעיפים 3(א)(6)(א) + 5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 ביחד עם סעיף 25 לחוק העונשין, בהתאמה.

9

2. על פי הנטען בכתב האישום, במועדים שונים, בחודשים נובמבר ודצמבר 2007, פנה הנאשם, בצ'אט של אתר תפוז, אל תחקירן בערוץ 10, שהציג עצמו כילדה בת 13 בשם "מורנוש" והשניים עברו לשיחה פרטית במסגרת תוכנת המסרים המיידיים ICQ ומסנג'ר. במסגרת השיחות שאל הנאשם את "מורנוש" אם תרצה להתנסות בדברים חדשים כמו סקס ובשיחה מאוחרת הציע לה "ניסע לחוף הים שנינו, נשב נשוחח, נתחבק קצת ונתנשק קצת, אחמם אותך...בחום גופי ואולי גם שמיכה...נתנשק קצת...נתמזמז קצת...אם תרצי, נתקדם לסקס". כששאלה "מורנוש" אם זה לא יכאב, כתב לה הנאשם "אולי, אבל אח"כ זה הולך חלק, כך גם זה אחרי 10 פעמים סקס". בשיחה אחרת הציע הנאשם ל"מורנוש" ללמד אותה "איך להתנשק ולהתחבק, איך לעשות סקס אם תרצי, זה תהליך שלומדים במעשי...אחבק אותך, אנשק אותך בפה ובפנים, באוזן, אלטף שיערותיך, אלטף את גופך, אפשיט את בגדיך...אנשק

21



בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 את כל גופך, אגע בגופך ואלטף אותו ואת תפשיטי אותי...אלקק לך במקומות  
2 היפים...החזה, השפתיים, הכוס, הרגליים, אלקק לך את הכוס ואת הדגדגן  
3 שלך, את תאהבי את זה מאוד, את תגעני לי באיבר שלי, אם תרצי...אני אפנק  
4 אותך, אני אחדור אלייך לאחר שתהיי רטובה ואת תרגישי טוב."

5  
6 עוד נטען בכתב האישום, כי בתאריך 11.12.07, בשעות הערב, הגיע הנאשם  
7 לדירה בתל-אביב, שם קבע להיפגש עם "מורנוש" לאחר שזו הודיעה לו  
8 שהוריה בחו"ל והיא נמצאת לבדה בבית. בכתב האישום מיוחס לנאשם, כי עת  
9 הגיע לדירה, מצויד בחבילת קונדומים, עשה זאת בכוונה לבצע את שהביע  
10 במסגרת ההתכתבויות עם "מורנוש" אלא שבדירה המתינה לו שחקנית כבת  
11 18, הנראית צעירה מגילה, אשר קיבלה את פניו והציגה עצמה כ"מורנוש"  
12 ולאחר שנכנס יצאה באמתלה כלשהי והמפגש בין השניים הופסק.

13  
14 3. ביום 10.5.09 העלה ב"כ הנאשם, בכתב, שורה של טענות מקדמיות בהתאם  
15 לסעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב –1982. לטענת  
16 הסנגור **משני טעמים** שונים קמה בענייננו הטענה המקדמית הקבועה בסעיף  
17 149(4) לחסד"פ לפיה **העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה,**  
18 **ככל שהדברים מתייחסים לעבירת הנסיון לאונס.** לטענת הסנגור **משלושה**  
19 **טעמים** שונים קמה בענייננו הטענה המקדמית הקבועה בסעיף 149(10)  
20 לחסד"פ לפיה הגשת כתב האישום כנגד הנאשם עומדת **בסתירה מהותית**  
21 **לעקרונות של צדק והגינות משפטית** ("הגנה מן הצדק").

22  
23 ב"כ המאשימה נתן מענה בכתב לטענות המקדמיות ביום 27.5.09. בישיבת יום  
24 9.9.09 חזרו ב"כ הצדדים על טיעוניהם בכתב וב"כ הנאשם ביקש להשאיר  
25 לשלב מאוחר יותר את ההכרעה באחת (מבין השלוש) טענות שטען בהקשר  
26 לטענה המקדמית של "הגנה מן הצדק".



בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1

2

דיון

3

4

טענה 1: העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה בכל הנוגע

5

לעבירת הנסיון לאונס לאור היעדר רכיב סטטוטורי שאינו מאפשר את ביצוע

6

העבירה המוגמרת

7

8

4. עבירת האינוס בענייננו קבועה בסעיף 345 (א)(3) לחוק העונשין:

9

10

”(א) ה**בו**על אשה-

11

...

12

(3) כשהאשה היא קטינה שטרם מלאו לה ארבע עשרה שנים, אף

13

בהסכמתה;

14

הרי הוא אונס ודינו – מאסר שש עשרה שנים”.

15

16

בענייננו, אין חולק כי עבירה זו לא הגיעה לכלל ביצוע ועל כן מייחס כתב

17

האישום לנאשם עבירה של נסיון בלתי צליח לעשיית המעשה. עבירת הנסיון

18

מוגדרת ומבוארת בסעיפים 25-26 לחוק העונשין:

19

20

”25. אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו

21

הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה.

22

26. לענין נסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת

23

מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו”.

24

25

5. לגישת ב"כ הנאשם סעיף 26 לחוק מאבחן בין שני סוגי נסיון בלתי צליח:

26



בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 האחד – ניסיון בלתי צליח מחמת אי ידיעה של הנאשם או טעות מצידו באשר  
2 לנתון פיזי הנדרש לצורך ביצוע העבירה (כדוגמת נאשם שניסה לרצוח אחר  
3 באמצעות אקדח שהתברר שהיה לא תקין, או נאשם שניסה לפרוץ כספת  
4 באמצעות סט מפתחות לא מתאים וכו'). מדובר בנסיון בלתי צליח שנובע  
5 מחוסר אפשרות עובדתית (פיזית) הקשור במצב דברים – ועל כן מתקיימת עבירה  
6 פלילית והניסיון הינו **עניש**.

7

8 השני – ניסיון בלתי צליח מחמת חוסר אפשרות משפטית לעבור את העבירה.  
9 מדובר בסיטואציה בה הרכיב הסטטוטורי הוא שאינו מאפשר את ביצוע  
10 העבירה המוגמרת ולא טעותו של הנאשם (כדוגמת נאשם שמועמד לדין  
11 באשמת ניסיון לעבור את עבירת הביגמיה בשעה שאשתו הראשונה נפטרה לפני  
12 שנשא לאשה את אשתו השנייה – גם אם לא ידע עובדה זו; או כדוגמת נאשם  
13 שמועמד לדין באשמת ניסיון להחזקת סמים כשבדיעבד מסתבר כי החומר  
14 שסבר שהוא סם – אינו כזה). הרכיב המשפטי שלא מתקיים הוא הסיבה לכך  
15 שהעבירה המוגמרת לא יכולה להשתכלל – ומכאן שאין פליליות במעשה ונסיון  
16 זה **אינו עניש**.

17

18 (ר' הרחבה בסוגייה זו, בליווי דוגמאות נוספות מעבר לאלו שפורטו לעיל  
19 ואסמכתאות, בסעיפים 14-23 לטיעוניו).

20

21 6. לטענת ב"כ הנאשם, על-פי כתב האישום שוחח הנאשם לכאורה עם גבר  
22 באינטרנט ונפגש עם אשה בגירה, מבלי שבעל אותה. הנאשם טעה לחשוב, כי  
23 הוא משוחח ונפגש לכאורה עם קטינה בת 13. **בפועל ועל-פי כתב האישום,**  
24 **מעולם לא שוחח או נפגש עם קטינה בת 13.** לפיכך – לא מתקיים בענייננו  
25 הרכיב המשפטי, שהוא חלק מיסודות העבירה (לפיו הבעילה צריכה להיות של  
26 "קטינה שטרם מלאו לה ארבע עשרה שנים") ואי התקיימותו מביאה לכך



בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 שהעבירה המוגמרת מעולם לא יכלה להשתכלל. מאחר שהעבירה המוגמרת –  
2 אינוס – לא יכלה להשתכלל בענייננו (עקב היעדר הרכיב הסטטוטורי  
3 המתייחס לקטינה בת פחות מגיל 14), הרי שלא יכולה להשתכלל עבירה של  
4 ניסיון (ס' 24 לטיעוניו).  
5

6 7. ב"כ הנאשם מוצא תימוכין לגישתו זו בע"פ 41/67 סימן טוב נ' מדינת ישראל  
7 פ"ד כא (1) 340 (להלן: "פרשת סימן טוב"), בה זוכה נאשם מעבירה של ניסיון  
8 לקבלת מטבע זר לכשהתברר, כי החזיק ברשותו דולרים מזוייפים ורק טעה  
9 לחשוב, כי הוא מחזיק במטבע זר אמיתי וכן בדוגמאות מהפסיקה (כדוגמת  
10 ע"פ 966/94 אמזלג נ' מדינת ישראל, תקדין עליון 95(4) 176; ע"פ 149/86 רביב  
11 נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (2) 371) למצבים בהם הועמדו נאשמים לדין באשמת  
12 החזקת סמים וניסיון להחזקת סמים בהם החליפה המשטרה את חבילת  
13 הסמים בחבילת דמה והשאירה כמות קטנה של סם בחבילה (ב"כ הנאשם  
14 מדגיש, כי בכל המקרים הללו, הסם, שהוא רכיב סטטוטורי בעבירות, היה  
15 קיים בפועל ורק הוחלף ע"י המשטרה ועל כן חוסר האפשרות לבצע את  
16 העבירה אינו "משפטי" אלא עובדתי וטמון בכך כי הנאשם טעה לגבי העובדה  
17 כי המשטרה החליפה את הסם).  
18

19 8. א. הפרשנות אותה מציע ב"כ הנאשם לסעיף 26 לחוק, בצירוף הדוגמאות  
20 שפורטו בטיעוניו כמו גם הפסיקה שהובאה כתימוכין, שובה את הלב  
21 ומשכנעת. אולם, לאחר שבחנתי בצורה מדוקדקת את התזה שהציע ואת  
22 הפסיקה שהביא לתימוכין בה וכן עיינתי בפסיקה שהביאה ב"כ המאשימה  
23 לסתירתה – נחה דעתי כי שגויה היא וכי לא אוכל לקבל אותה.  
24

25 ב. הספרות המשפטית והפסיקה הקיימת תומכים בגרסת המאשימה  
26 לפרשנות סעיף 26 לחוק העונשין, פרשנות לפיה סעיף זה מרחיב את



## בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 הסיטואציות בהן ניתן להאשים אדם בעבירת ניסיון, גם למקרים בהם מדובר  
 2 בניסיון בלתי אפשרי כתוצאה מטעות בעובדה (וזאת להבדיל מאי אפשרות  
 3 חוקית שמקורה בטעות לגבי המצב החוקי, משמע העדר איסור חוקי), שכן  
 4 המטרה הינה לבחון את התנהגות העושה על פי מצב דברים עובדתי כפי שהוא  
 5 נתפס בעינו הסובייקטיבית שלו. תפיסה זו רואה ביסוד הנפשי מרכיב מרכזי  
 6 להערכת אופייה המסוכן של ההתנהגות. יפים לעניין זה הדברים שכתבה ד"ר  
 7 מרים גור אריה, תוך פירוש סעיף 26 להצעת חוק העונשין, שעמדה ביסוד  
 8 תיקון 39 לחוק העונשין, במאמרה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק  
 9 כללי) התשנ"ב – 1992:

10  
 11 "סעיף 26 להצעה מסדיר את השפעתה של אי האפשרות להשלים את  
 12 העבירה על ענישת הניסיון. השאלה מתעוררת במקרים שבהם המנסה לא  
 13 ידע על היעדר אפשרות זו; שאם לא כן, לא ניתן לייחס לו כוונה להשלים את  
 14 העבירה. הסעיף המוצע מבחין בין אי אפשרות עובדתית, הנובעת מטעות  
 15 בעובדה, לבין אי אפשרות חוקית שמקורה בטעות לגבי המצב החוקי, כשהוא  
 16 קובע כי לעניין ניסיון, אין נפקא מינא אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית  
 17 מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע או טעה לגביו. אולם, אין ניסיון  
 18 עניש אם מצב הדברים האמור מתבטא בהעדר איסור לפי חוק על מה שהאדם  
 19 ניסה לעשות או עשה.

20  
 21 במסגרת אי האפשרות העובדתית נכללים מקרים של שימוש באמצעים בלתי  
 22 מתאימים כדוגמת המקרה שבו מתוך כוונה להמית מזג העושה לכוס הקורבן,  
 23 בטעות, רעל בכמות שאינה מספקת או מים מבקבוק הנושא תווית רעל. אי  
 24 האפשרות העובדתית יכולה גם לנבוע מהנסיבות: הקורבן לא היה במקום  
 25 שאליו ירה העושה, או שעוד קודם שירה לעברו מת הקורבן מהתקף לב. בכל  
 26 המקרים האלה - כך מורה סעיף 29 המוצע - הניסיון יהיה עניש. כיום  
 27 מסקנה זו איננה עוד בגדר חידוש במשפטנו. בעבר בתי המשפט אצלנו, וכך



## בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 אף במשפט המקובל האנגלי, הבחינו בין סוגים שונים של אי אפשרות  
 2 עובדתית, כשרק לגבי חלק מהם נפסק כי הניסיון הוא עניש. הרתיעה  
 3 מלהעניש התייחסה בעיקר למקרים שבהם אובייקט העבירה לא התאים  
 4 לאף אחד ממאפייני האובייקט הנדרש בהגדרת העבירה: הקורבן שמת עוד  
 5 קודם שירו לעברו אינו עונה לאפיון של "אדם חי", כנדרש לצורך עבירת  
 6 הרצח; או שהרכוש שנלקח היה למעשה רכוש נטוש שאינו מתאים להגדרת  
 7 "דבר הניתן להיגנב", כנדרש לצורך עבירת הגניבה. אולם בע"פ 675/85  
 8 גרצאינו נ' מדינת ישראל הבהיר בית המשפט, כי אין מקום להבחין בין  
 9 סוגים שונים של אי אפשרות עובדתית, משום שהרציונל שבענישת ניסיון חל  
 10 כל אימת שאדם גיבש כוונה לבצע עבירה, הוציא כוונה זו אל הפועל בכך  
 11 שניגש לביצוע העבירה והיה אף משלים את העבירה אילו המסכת העובדתית  
 12 היתה כפי שהוא האמין שהיא. לפיכך, פסק שיש לאשר את הרשעת המערער  
 13 בעבירה של ניסיון להחזיק סם מסוכן, הגם שלפני הגעת הסם להחזקתו הוא  
 14 הוחלף בעמילן-תירס."

15 (פורסם במשפטים כרך כ"ד, בעמ' 9. הדגשות שלי ש.ש.).

16  
 17 ג. כאמור, הסנגור מצא תימוכין לגישתו באשר לפרשנות הראויה לסעיף  
 18 26 לחוק העונשין בפרשת **סימן-טוב** וכן בפסיקה נוספת (שצוינה לעיל) מתחום  
 19 עבירות הסמים. בדיקה מדוקדקת של הפסיקה שהביא הסנגור כמו גם פסיקה  
 20 מאוחרת יותר בסוגיה המדוברת מגלה, כי אין הצדק עמו.

21  
 22 בפרשת **סימן-טוב** עלתה בפני בית המשפט המחוזי השאלה, אם הנאשם עבר  
 23 עבירה של קבלת מטבע זר, בניגוד לתקנות ההגנה (כספים), 1941, כאשר  
 24 ה"מטבע" נושא העבירה היה מזויף. באותם ימים החוק אסר על קבלת מטבע  
 25 זר ממי שאינו מוסמך. הנאשם החזיק ברשותו דולרים מזוייפים וטעה לחשוב,  
 26 כי הוא מחזיק מטבע זר אמיתי. בית המשפט המחוזי זיכה את הנאשם בנימוק,  
 27 כי האמצעי שבו ניתן היה לבצע את העבירה - מטבע זר - לא היה מצוי בשום



בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 שלב משלבי מעשיו של הנאשם. בית המשפט סבר, כי עבירת הנסיון (הבלתי  
2 צליח) תתגבש רק במקרה שאי-אפשרות עובדתית גרמה לאי הצלחת הנסיון,  
3 ואילו במקרה שעמד לדיון שם נקבע כי דובר באי-אפשרות מבחינה משפטית  
4 (הנאשם לא החזיק מטבע זר אמיתי). המדינה הגישה ערעור על פסק-דין זה.

5  
6 להבדיל מטענת הסנגור (בעמ' 13 לטיעוניו) - בית המשפט העליון לא "אשרר"  
7 את פסק הדין כשהוא מוצא את הסיבה המשפטית לזיכוי בכך שברשות  
8 הנאשם היו דולרים מזויפים שאינם בגדר "מטבע זר". בית המשפט העליון  
9 אישר אמנם את הזיכוי אך ההחלטה נפלה על נקודה אחרת לחלוטין (התביעה  
10 לא הוכיחה את הרכיב מיסודות העבירה לפיו ממי שביקש המערער לרכוש  
11 דולרים לא היה "סוחר מוסמך" כמשמעותו בחוק הרלוונטי) ושאלת הנסיון  
12 הלא-צליח הושארה כ"צריכת עיון".

13  
14 סקירת הפסיקה בסוגייה מעניינת זו מגלה, כי מקרה זהה לזה בפרשת **סימן-**  
15 **טוב** התעורר לאחר מכן בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע, (בע"פ (ב"ש) 93/72  
16 **מדינת ישראל נ' ממון**, פ"מ תשל"ד (1)) ובית המשפט חזר, הפעם ברוב דעות,  
17 על ההלכה שנקבעה בפרשת **סימן-טוב** וזיכה אף הוא את הנאשם. בדעת  
18 המיעוט קבע השופט מ' וולינסקי, כי המוכר, שידע כי המטבע מזויף, לא יכול  
19 היה לעבור עבירה של ניסיון למכור מטבע זר, כי לא היו בידו "אמצעים  
20 מתאימים" לביצוע עבירה זו, אך הקונה שלא ידע על דבר הזיוף, אכן אשם  
21 בעבירת הנסיון.

22  
23 בע"פ 675/85 **גרצאינו נ' מדינת ישראל** פ"ד מ (3) 763 (להלן: **פרשת גרצאינו**)  
24 התייחס בית המשפט העליון באריכות לפרשת **סימן-טוב** וכן לע"פ 93/72 הנ"ל  
25 והחליט לאמץ דווקא את דעת המיעוט של השופט וולינסקי תוך שהוא מבהיר,  
26 כי אין מקום להבחין בין סוגים שונים של אי אפשרות עובדתית והרציונאל  
27 שבענישה בגין ניסיון חל כל אימת שאדם גיבש כוונה לבצע עבירה והוציא





## בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 כוונה זו אל הפועל בכך שניגש לביצוע העבירה, ואף היה משלים עבירה זו אילו  
 2 המסכת העובדתית הייתה כפי שהוא מאמין שהיא ( שם, עמ' 773). בית  
 3 המשפט אף הביא שם אסופת אסמכתאות ממקרים שהובאו בפני בתי המשפט  
 4 המחוזיים והעליון בהם הורשעו נאשמים בעבירה של נסיון להחזקת סמים  
 5 כשבפועל הסמים הוחלפו בחומרים אחרים מבעוד מועד:

6  
 7 "נוסף על כך ניתן פסק-דין על-ידי השופט א' שטרוזמן בת"פ (ת"א) 909/82  
 8 (ת"פ (ת"א) 909/82 מדינת ישראל נ' אדרי, פ"מ תשמ"ג (2) 177), והפעם  
 9 הזדהה בית המשפט במפורש, בעמ' 183, עם דעת המיעוט בע"פ (ב"ש)  
 10 93/72. עובדות המקרה ההוא היו דומות מאוד לאלה בערעור שלפנינו. פלוני  
 11 ביקש את הנאשמת להעביר חבילות הירואין מדירתו לאחר. הנאשמת נעתרה  
 12 לבקשה ואף ביצעה את המשימה, בלי לדעת, שהמשטרה הספיקה לשים ידה  
 13 על החבילה ולהחליף את תוכנה באבקת קקאו, בטרם תבוצע ההעברה.  
 14 בנסיבות אלה הגיע השופט אל המסקנה, כי הנאשמת עשתה את כל הדרוש  
 15 כדי לקבל הירואין לחזקתה, וחרף העובדה שהסם הוחלף בקקאו, שלא  
 16 בידיעתה, היא "ניסתה" לעבור עבירה על פקודת הסמים המסוכנים [נוסח  
 17 חדש].

18  
 19 לאחרונה הגיע מקרה דומה גם לבית-משפט זה. כוונתי לע"פ 149/86 (רביב נ'  
 20 מדינת ישראל, פ"ד מ (2) 371), בו נדונה גם כן עבירה של החזקת סמים  
 21 מסוכנים. העובדות היו כדלקמן: תצפית משטרתית בבאר-שבע גילתה  
 22 שקית המכילה חשיש בגן ציבורי, והחליפה את הסם באבנים. יותר מאוחר  
 23 נתפס המערער, כאשר בא, ביחד עם אחרים, לקחת את החבילה. בנסיבות  
 24 אלה הניח בית המשפט, כנראה כמובן מאליו, כי נעברה עבירת הניסיון,  
 25 בקבעו, מפי כבוד הנשיא, בעמ' 374 כי "עניין החלפת הסם המסוכן באבנים  
 26 אף הוא אינו משנה במשמעות המעשה, כי נושא זה מוצא את תשובתו על-פי  
 27 האמור בסעיף 33(ג) לחוק העונשין".



## בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1  
 2 הגם שבפרשת **גרציאנו** הורשע הנאשם בעבירת נסיון להחזקת סמים כשבפועל  
 3 היו סמים (אלא שהוחלפו בחבילת דמה ובקמצוץ מהחומר המקורי) עבירת  
 4 הנסיון יכולה להתגבש גם אם בפועל לא היה מגע בין הנאשם לבין הסם  
 5 האמיתי (כפי שעולה מן הפסיקה שפורטה לעיל מתוך פרשת **גרציאנו**) וגם אם  
 6 באותו מקרה כלל לא הוכח קיומו של סם. כך עולה אף מפסיקה עדכנית של  
 7 בית המשפט העליון ברע"פ 7560/01 **התובע הצבאי הראשי נ' סמן שובין**  
 8 **דמטרי** פ"ד נט (3) 931, שמביאה אף היא לתימוכין את פרשת **גרציאנו** ואת  
 9 מאמרה של ד"ר גור אריה ממנו צוטט לעיל. באותו המקרה, תוך הפנייה  
 10 לאותם המקורות שפורטו לעיל באשר לפרשנות הראויה לסעיף 26 לחוק, קבע  
 11 בית המשפט העליון (כב' הנשיא ברק) כי אין כל מניעה להרשיע אדם בעבירה  
 12 של ניסיון לשימוש בסם מסוכן גם אם לא הוכח כלל קיומו של חומר העונה על  
 13 הגדרה של סם מסוכן:

14  
 15 "הן עבירת ההחזקה והן עבירת השימוש, הקבועות בסעיף 7(א) לפקודת  
 16 הסמים, הן עבירות של מחשבה פלילית. משמעות הדבר היא כי אין אחריות  
 17 אם לא נתקיים במבצע מצב נפשי של מודעות כי החומר בו השתמש הוא סם  
 18 מסוכן. לכן, שעה שאדם מבקש לצרוך סם מסוכן, למשל קוקאין, וכך הוא  
 19 עושה, קמה חבותו בעבירת שימוש בסם מסוכן. נניח כי פלוני מבקש היה  
 20 לצרוך קוקאין. תחת זאת קיבל לידיו חול. הוא סבור כי מדובר בקוקאין ושואף  
 21 אותו. במצב דברים שכזה מתמלאים יסודותיה של עבירת הניסיון לעשות  
 22 שימוש בסם. אשר ליסוד הנפשי, הרי שהלך המחשבה של אותו פלוני היה  
 23 כזה שהוא היה מודע לכך כי מדובר בסם מסוכן, ושואף לבצע את העבירה  
 24 המוגמרת. אשר ליסוד העובדתי, העובדה כי מדובר בחומר שאינו סם אלא  
 25 חול הופכת את הניסיון לבלתי צליח. בכך אין כדי לשלול את פליליות המעשה  
 26 (סעיף 26 לחוק העונשין), ובלבד שאין הנאשם מודע, בשעת המעשה, למצב  
 27 הדברים המונע ממנו להשלים את העבירה (ע"פ 675/85 **גרציאנו נ' מדינת**



## בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 ישראל, פ"ד מ (3) 763, 769 (להלן - פרשת גרציאנו); י' קדמי על הדין  
 2 בפלילים, חלק ראשון - עדכון והשלמה 58-59, 62 (1996); מ' גור-אריה "אי-  
 3 האפשרות להשלים את העבירה והשפעתה על ענישת הניסיון" משפטים ח  
 4 310, 314 - 315 (1977-78); מ' גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי  
 5 וחלק כללי), התשנ"ב-1992 (הצעות חוק 2098, מיום 6.1.1992) משפטים כד  
 6 M. Kremnitzer "The Punishability of Impossible"; (תשנ"ד); 9, 39  
 7 (1984) 19 Isr. L. Rev. 340 ("Attempts"; פרשת גרציאנו, עמ' 773)" (שם,  
 8 בעמ' 937-938).

9  
 10 9. העולה מן המקובץ – אין מניעה עקרונית להרשעת הנאשם בעבירה של ניסיון  
 11 אינוס לפי סעיף 345(א)(3) + 25 לחוק העונשין הגם שהמעשים המיוחסים  
 12 לנאשם לפי כתב האישום לא נעשו בפועל עם קטינה שטרם מלאו לה ארבע  
 13 עשרה שנים. לפיכך, דין טענה מקדמית זו של הנאשם להידחות.

14  
 15 טענה 2: העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה בכל הנוגע  
 16 לעבירת הניסיון לאונס מאחר שלא יצאו מגדרי "הכנה" ואינם מהווים  
 17 "ניסיון".

18  
 19 10. לטענה זהה, במסגרת אותה פרשה ממש, כנגד נאשם אחר לו מיוחסים אותם  
 20 אישומים בדיוק, נדרשתי בהחלטה מיום 29.4.08 ודחיתי אותה ( ת.פ.ח  
 21 1136/07 מדינת ישראל נ' איתן רוזין (לא פורסם)). הניתוח שעשיתי באותה  
 22 החלטה נכון גם לענייננו, בשינויים המחויבים, אותם אפרט להלן.

23  
 24 11. עבירת הניסיון מורכבת מיסוד נפשי ומיסוד עובדתי. היסוד העובדתי של הניסיון  
 25 הוא אותה התנהגות אשר מגדר הכנה יצאה ולגדר השלמת העבירה המוגמרת  
 26 לא הגיעה. המאפיין התנהגות זו, שהיא ביטוי התנהגותי (מעשה גלוי לעין)



בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 המהווה חוליה (ולו ראשונה) בשרשרת חוליות התנהגותיות מתאימות שהיו  
 2 מוליכות להשלמת היסוד ההתנהגותי, אלמלא הופסקו (ע"פ 5150/93, 5447  
 3 פאיז סריס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (2) 182, 186). רוצה לומר – נדרשת  
 4 פעולה כלשהי המהווה את עצם תחילת הוצאתה של הכוונה מהכוח אל הפועל  
 5 ושעל פעולה זו לבוא לידי ביטוי במעשה גלוי לעין ובביצוע אמצעים כלשהם  
 6 שיקדמו את המבצע לעבר מטרתו. היטיב לבטא זאת פרופ' ש"ז פלר: "הנסיון  
 7 לדבר עבירה מתחיל בהתנהגות של העושה, הנמנית על שרשרת המעשים או  
 8 המחדלים הרצופים בהם הוא אמור היה להשלים את ביצוע העבירה  
 9 הטיפוסית, אילו הצליח או הספיק בכך; תחילת הביצוע מותנית בנסיבותיו  
 10 הקונקרטיות של כל אירוע עברייני בנפרד". (ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין,  
 11 המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי ע"ש סאקר (ב) תשמ"ז 104). היסוד  
 12 הנפשי הוא בעל שני יסודות משנה: היסוד הנפשי הנדרש לעבירה שהנאשם  
 13 מנסה לבצעה (העבירה המושלמת) וכן היסוד הנפשי הנדרש לעבירת הנסיון  
 14 עצמה, והוא "המטרה (הכוונה) להשלים את העבירה הטיפוסית או  
 15 המושלמת" (פרשת סריס שם, שם. לענין זה ראו גם ד' ביין, "הערות לעבירת  
 16 הניסיון לאור תיקון 39 לחוק העונשין", המשפט, כרך ג', תשנ"ו, עמ' 297,  
 17 בעמ' 300-301; מ' קרמניצר, "סוגיות בדין הניסיון הפלילי מנקודת ראות  
 18 השוואתית", עיוני משפט, כרך יב', תשמ"ז, 393, בעמ' 396-398). בענייננו,  
 19 היסוד הנפשי הוא המטרה (הכוונה) לבעול קטינה שטרם מלאו לה 14 שנים,  
 20 מתוך מודעות של העובדה לכך שהאמצעים שהוא נוקט יביאו לבעילתה.

21

22 12. בטענתו המקדמית מכון ב"כ הנאשם להעדר היסוד העובדתי, ההתנהגותי,  
 23 הנדרש להרשעה, בעובדות המפורטות בכתב האישום. לטענתו כל עוד לא נעשה  
 24 מעשה מיני אזי – אין המעשה יכול לעלות כדי נסיון לאינוס ומוסיף "ניסיון  
 25 אונס חייב לכלול למצער נגיעות מסוימות במקומות אינטימיים, ניסיון  
 26 להחדיר דבר לאיבר המין, או לכל הפחות הורדת בגדים" (ס' 39 לטיעונינו)



## בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 ונדרש "מעשה לכאורי שיש בו תחילתה של בעילה" ועל מנת להרשיע בעבירת  
 2 ניסיון לאונס יש לקבוע כי "אלמלא היו המעשים מופסקים היה המפגש  
 3 מסתיים בבעילה דווקא" (ס' 36 לטיעוניו).

4  
 5  
 6 13. לא אוכל להסכים עמו.

7  
 8 בהרשעה בעבירות הנסיון אין כל דרישה, כי החוליה ההתנהגותית שנעשתה  
 9 תהיה המעשה האחרון, הסופי או המכריע (ר' ע"פ 180/83 סרור נ' מדינת  
 10 ישראל, פ"ד לח (2) 444, בעמ' 447). די לה לאותה התנהגות כדי שתהווה ניסיון  
 11 לעבור עבירה, אם היא יצאה מגדר התנהגות מכינה בלבד, והיא מצויה באותו  
 12 אזור התנהגותי המותחם בגבולו האחד בהתנהגות מינימאלית שכבר אינה  
 13 הכנה, ובגבולו האחר בהתנהגות שכבר משלימה את העבירה המוגמרת (פרשת  
 14 סריס שם, שם).

15  
 16 לא פעם ולא פעמיים הורשעו נאשמים בעבירת ניסיון לאונס מבלי שעלה  
 17 בידיהם להוציא לפועל מעשה מיני של ממש. כך לדוגמא בפרשת סריס  
 18 שאוזכרה לעיל הורשע בנסיון אונס נאשם שהודה, כי תפס את המתלוננת  
 19 ומשכה אל עבר דרך עפר שוממה במטרה לקיים עמה יחסי מין, אולם נאלץ  
 20 לעזוב אותה ולברוח, משהתקרבה מכונית למקום, בטרם נגע באיבריה  
 21 האינטימיים או אף להפשיטה. ערעור הנאשם, כי היה מקום להרשיעו בתקיפה  
 22 או בנסיון למעשה מגונה אך לא בנסיון אינוס שכן התנהגותו אינה מגיעה לכדי  
 23 מעשה גלוי לעין למימוש אותה עבירה, נדחה על ידי בית המשפט העליון מן  
 24 הטעמים שפורטו לעיל ולמרות שלא היתה מחלוקת, כי הנאשם לא הספיק  
 25 לבצע כל מעשה מיני במתלוננת.



## בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 כך גם בפרשה שנדונה בע"פ 2776/97 מדר נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (2) 236 שם  
 2 היה מדובר בנאשם שהתנפל על המתלוננת שעה שעמדה להיכנס לביתה, כיסה  
 3 את פניה בכף ידו שלא תצחק, דחף אותה משביל הכניסה, השכיבה על הקרקע  
 4 בסמוך והחל לפתוח את מכנסיה. למשמע צעקות המתלוננת ברח הנאשם.  
 5 במצב זה מצא בית המשפט העליון כי היה מקום להרשיע את אותו הנאשם  
 6 בעבירה של ניסיון לאונס:

7

8 "בנסיבות הענין שלפנינו, היה בשורת מעשיו של המערער כדי ללמד על  
 9 כוונתו בעת המעשה. השכבתה של המתלוננת על הארץ תוך סתימת פיה  
 10 ורכינה מעליה בניסיון לפתוח את מכנסיה, מצביעים על תחילת ביצועו של  
 11 מעשה אונס" (שם, עמ' 240).

12

13 לא נעלמה מעיני העובדה, כי במקרים שפורטו לעיל חלק מה"חוליות  
 14 ההתנהגותיות" להרשעה בעבירת הניסיון לאונס היו הפעלת הכוח כנגד  
 15 הקורבנות שנעשתה לצורך בעילתן "שלא בהסכמתן החופשית", אלא  
 16 שבענייננו מאחר שלנאשם מיוחס ניסיון לאונס לפי סעיף 345(א)(3) לחוק  
 17 העונשין (של קטינה שטרם מלאו לה 14 שנים), הרי ששאלת ההסכמה כלל  
 18 אינה רלוונטית ומכאן אין חשיבות כלל להפעלת כוח כחלק מ"החוליות  
 19 ההתנהגותיות" של העבירה המושלמת. לפיכך גם הפנייה של ב"כ הנאשם  
 20 בטיעונו לע"פ 9511/01 קובקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (2) 687 ולאמרות בית  
 21 המשפט שם לפיהן ניסיון למעשה אינו יכול להתבטא במעשה תקיפה בעל  
 22 אופי מסוים (ר' עמ' 25 לטיעונו) – אינם ממין העניין.

23

24 פסק דין מקיף ביותר של בית המשפט העליון (כב' השופטים לוי, חיות וד.  
 25 חשין) בשאלה מהו קו הגבול בין מעשה ההכנה לניסיון ניתן בע"פ 9849/05  
 26 מדינת ישראל נ' ראובן ברויאר, תק-על 2006 (4) 1894. באותו מקרה מדובר  
 27 היה בנאשם שנכנס אל סניף בנק, כשהוא מצוייד בסכין, כובע, משקפי שמש



## בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 ופתק בו רשום שמדובר בשוד, אך בשל מספרם הרב של האנשים שהיו במקום  
 2 יצא מהבנק ולא ביצע את השוד. מאוחר יותר שב הנאשם לכיוון הבנק בכוונה  
 3 לבצע את השוד, אך נעצר בקרבת מקום והוגש נגדו כתב אישום בגין עבירה של  
 4 ניסיון לשוד. בית המשפט המחוזי ייחס משמעות רבה לכך שהנאשם נעצר  
 5 בקרבת סניף הבנק אך לא בתוכו, וזיכה את הנאשם מעבירת ניסיון השוד  
 6 בנימוק שלא היה מעבר משלב ההכנה לשלב הניסיון. בית המשפט העליון קיבל  
 7 את ערעור המדינה על זיכוי של הנאשם מעבירה של ניסיון השוד והרשיעו  
 8 בעבירה זו. במסגרת הערעור נדונה בהרחבה ההבחנה בין מעשה "הכנה"  
 9 למעשה "ניסיון" תוך פירוט שני מבחנים, חלופיים, אשר בהתקיים אחד מהם  
 10 ניתן לומר, כי עסקינן בעבירת "ניסיון". המבחן הראשון הוא **"מבחן הקרבה**  
 11 **להשלמת הביצוע"** במסגרתו נבחן עד כמה המבצע היה רחוק מהגשמת  
 12 תוכניתו, תוך שימוש במדדים של זמן ומקום. המבחן השני הוא מבחן של  
 13 **"ביצוע התחלתי המגלה בצורה חד-משמעית את כוונת העושה"** במסגרתו  
 14 ניתן להסתפק גם בתחילת הביצוע בלבד (ודי בכך שהעבריינין ניגש לביצוע  
 15 העבירה במובנו הרחב של מונח זה גם אם התנהגותו אינה מתייחסת בהכרח  
 16 לתחילת ביצועה של התנהגות האופיינית לעבירה) ובתנאי שבאותו שלב  
 17 התחלתי היה גם **"כדי לגלות בצורה חד משמעית את כוונת העבריינין"**.

18  
 19 בענייננו כתב האישום מייחס לנאשם פעולות שסבורני, כי אם יוכחו יש בהן  
 20 כדי לעלות כדי עבירה לניסיון לאונס הן ע"פ המבחן הראשון והן על פי המבחן  
 21 השני.

22  
 23 על פי המבחן הראשון, מיוחס לנאשם בכתב האישום, כי הגיע לדירה בה  
 24 שהתה "מורנוש", לאחר שביטא את רצונו הברור לבצע מעשה המוגדר כאונס  
 25 מבחינה משפטית – סעיף 345(ג) הגדרת "בועל" – בודעו שישנן נסיבות  
 26 המאפשרות זאת, ולאחר תיאום מראש עמה. בכך חדר הנאשם למקום ביצוע  
 27 העבירה או לתחומו של הקורבן המיועד ולענייננו לתוך מתחם "הנסיון".



## בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 בהיות הקורבן המיועד קטינה שטרם מלאו לה 14 שנים, בעצם הגעתו של  
 2 הנאשם לדירה כאמור, יש את אותה "תנועה" לעבר הביצוע היוצאת משלב  
 3 ההכנה וכלשון בית המשפט בפרשת **ברויאר** יש את אותה "קפיצה איכותית"  
 4 המבחינה בין מעשה הכנה (השיחות בתוכנות המסרים המיידיים) למעשים של  
 5 ביצוע.

6  
 7 ע"פ המבחן השני המעשים המיוחסים לנאשם עולים ללא צל של ספק כדי  
 8 "תחילת ביצוע" כך ע"פ סעיף 5 לכתב האישום עת הגיע הנאשם לדירה בכוונה  
 9 לבצע ב"מורנוש" את אשר הביע בפניה בכתובים, כמפורט בפתח ההחלטה,  
 10 ובהיותו מצוייד בהתאם (חבילת קונדומים).

11  
 12 14. בחינת היסוד הנפשי של הנאשם, הדרוש לביצוע עבירת הנסיון לאונס, תעשה  
 13 לאחר שמיעת הראיות והעמידה בנטלים המוטלים על כל צד. אם יתברר  
 14 במהלך הבאת הראיות ולאחר שמיעתן, כי נוכחות הנאשם עת הגיע לדירה  
 15 היתה תמימה ואין בינה לבין המעשים הפליליים המיוחסים לו, כל קשר, יסיק  
 16 בית המשפט את המסקנות המתבקשות. בחינת היסוד הנפשי הדרוש להרשעה  
 17 בעבירת הנסיון לאונס, המיוחסת לנאשם, ואם חטאו של זה האחרון אך בעצם  
 18 "**דברים שבלב**" (ר' עמ' 30 לטיעוני בא כוחו), דינה להתברר במסגרת הרגילה  
 19 ולאחר שמיעת הראיות ולא במסגרת של טענה מקדמית.

20  
 21 15. לאור האמור לעיל – גם טענה מקדמית זו של ב"כ הנאשם דינה להידחות.

22  
 23 טענה 3: הליך איסוף הראיות והתנהלות ערוץ 10 בהקשר זה היתה שערוריתית,  
 24 בלתי חוקית, נפסדת ומקוממת ויצרה יש מאין עבירה פלילית – ולכן דין כתב  
 25 האישום להתבטל לאור "הגנה מן הצדק"





## בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 16. ב-15 למאי 2007 התקבלה הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51)  
 2 התשס"ז-2007 והחוק החדש הוסיף טענה מקדמית לטענות שהנאשם רשאי  
 3 להעלותן לאחר תחילת המשפט. נקבע בו שבחוק סדר הדין הפלילי, בסעיף  
 4 149, אחרי פסקה (9), יבוא:

5  
 6 **"(10) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך עומדים בסתירה מהותית**  
 7 **לעקרונות של צדק והגינות משפטית".**

8  
 9 17. הגם שהמחוקק נמנע מלהגדיר "סתירה מהותית" מהי ומכאן שהיקפה של  
 10 ההגנה, כפי שמצאה את ביטוייה בחוק, נותר שנוי במחלוקת, מן הפסיקה  
 11 המועטה בסוגייה זו שלאחר התיקון לחוק עולה, כי לא נס ליחס של המבחנים  
 12 המנחים שנקבעו בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט (6) 776  
 13 (להלן: "פרשת בורוביץ") יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט מלצר בע"פ  
 14 371/06 פלוני נ' מדינת ישראל:

15  
 16 **"ההגנה מן הצדק, שעוגנה כיום בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי**  
 17 **[נוסח משולב], התשמ"ב – 1982 ראויה להתפרש על בסיס המבחנים**  
 18 **המנחים שנקבעו בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776**  
 19 **(2005) כנקודת מוצא. ואולם היא בהחלט צפויה להתפתחויות נוספות בעתיד.**  
 20 **אלו יביאו לכך שערכים של צדק והגינות משפטית ילוו – עתה במצוות**  
 21 **המחוקק – את ניהול ההליך הפלילי (לרבות באשר להחלטה בדבר הגשת כתב**  
 22 **אישום), כך שלא תיווצר "סתירה מהותית" (ולא רק כזו שהיא "חריפה"**  
 23 **"דוקרת את העין") בין העקרונות הנ"ל לבין הצורך בהעמדה לדין ובניהול**  
 24 **המשפט".**

25



בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

- 1 כך גם בע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור תק-על 07 (3) 4024 ציין בית  
 2 המשפט העליון, כי המבחנים שנקבעו בפרשת בורוביץ ימשיכו להנחות גם  
 3 לאחר קבלת החוק וגם בע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 07  
 4 (4) 395 קבע בית המשפט העליון (כב' השופטת ברלינר), למעלה מן הנדרש, כי  
 5 מבחן "הסתירה המהותית" שנקבע בחוק קרוב באופיו למבחן הפגיעה  
 6 הממשית, שנקבע בפסק דין בורוביץ.  
 7  
 8 משכך, הניתוח שעשה ב"כ הנאשם בטיעונו של יישום עובדות המקרה (לפי  
 9 גרסתו) על המבחנים שנקבעו בפרשת בורוביץ (אותם פירט בהרחבה) הינו נכון  
 10 מן הבחינה המשפטית.  
 11  
 12 18. מן הבחינה המשפטית מקובלת עליו גם טענת ב"כ הנאשם, כי דוקטרינת  
 13 ההגנה מן הצדק אינה בוחנת בהכרח את התנהגות הרשות אלא דווקא את  
 14 מצבו של הנאשם וכי ההגנה יכולה לקום גם בנסיבות שאינן תלויות ברשויות  
 15 אכיפת החוק וגם ללא התנהגות נפסדת מצידן. טענה זו מוצאת תימוכין  
 16 בדברים שנאמרו בפרשת בורוביץ (ר' ס' 44 לטיעונו), בספרות המשפטית  
 17 בסוגייה (ר' ב. אוקון וע. שחם, "הליך ראוי ועיכוב הליכים משפטי", המשפט  
 18 ג', תשנ"ו, 265, 276 ור' גם א. פורת "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי", קרית  
 19 המשפט א' 381) וכן בלשון החוק שאינה מציינת כי התנהגות הרשות היא היא  
 20 שיוצרת את אותה "סתירה מהותית". לפיכך לא מקובלת עליו עמדת  
 21 המאשימה בטיעוניה (עמ' 4-5) החותרת לכך שההגנה לא יכולה לעמוד מאחר  
 22 שערוץ 10 הינו גוף מסחרי, פרטי ואינו כפוף לפרקליטות או למשטרת ישראל.  
 23  
 24 19. דא עקא, ההכרעה בשאלה אם ההגנה קמה לנאשם אם לאו טעונה אף הכרעה  
 25 עובדתית. בין גרסת ב"כ הנאשם באשר להתנהלות ערוץ 10 והדרך בה נקט



## בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 לצורך השגת הראיות שהביאו לכתב האישום לבין גרסת המאשימה בסוגייה –  
2 קיים פער תהומי.

3

4 לגרסת ב"כ הנאשם תחקירני ערוץ 10 עודדו ושידלו אנשים נורמטיביים חפים  
5 מפשע לעבור עבירות פליליות וזאת על מנת "לבנות להם תיקים" (ס' 45-46  
6 לטיעוניו). התחקירנים שימשו כ"סוכנים מדיחים" לכל דבר ועניין והופעלו  
7 כנגד אנשים נורמטיביים לגביהם לא היתה כל אינדיקציה כי מבצעים עבירות,  
8 שגלשו לאתרים למבוגרים בלבד ושאינם מיועדים לקטינים (ס' 47-51  
9 לטיעוניו). עוד טוען הסנגור שהטענה כי ההנחייה שניתנה לתחקירנים שלא  
10 ליזום שיחות מיניות אינה נכונה ובפועל יוזמי הפרוייקט הנחו את התחקירנים  
11 להשתמש ב"טריקים", ליזום שיחות בעלוות גוון מיני ואף הרהיבו עוז ועודדו  
12 את התחקירנים לפעול במקביל כנגד אותם אנשים, מתוך הנחה כי תחקירן  
13 אחד יצליח היכן שהאחר נכשל (ס' 52-54 לטיעוניו) – וכך אכן נעשה. זאת ועוד,  
14 אף את הפגישה עצמה יזמו באופן פסול התחקירנים ולא כפי שנרשם בכתב  
15 האישום כאילו התחקירנים רק שיתפו פעולה עם הפונים בשיחות ו"הסכימו  
16 להיפגש עמם בביתה של הילדה" (ס' 55 לטיעוניו).

17

18 את תשובת המאשימה לטיעונים אלו של ב"כ הנאשם אנו מוצאים בקצרה  
19 בטיעונים מטעמה. לגרסת המאשימה מטרת התחקיר לא הייתה להדיח  
20 "אנשים תמימים", מחומר הראיות עולה כי ההנחיות שקיבלו התחקירנים היו  
21 ברורות והודגש שעליהם להמנע מכל פעולה שעלולה להתפרש כסוג של הדחה.  
22 לטענת המאשימה הנאשמים השונים בפרשה הם אלו שיצרו קשר עם  
23 התחקירנים, הם אלו שכתבו את התיאורים המיניים והעלו הצעות למפגש,  
24 והראיות שנאספו מבוססות על אמרות הנאשמים כפי שבאו לידי ביטוי  
25 בדברים שנכתבו על ידם באופן עצמאי וללא הדרכה (עמ' 4-5 לטיעוני  
26 המאשימה).

27



בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 בשלב זה של הדיון, טרם השיב הנאשם לכתב האישום וטרם נשמעו הראיות  
2 בתיק, נבצר ממני להכריע במחלוקות העובדתיות שנתגלעו בין הצדדים באשר  
3 להתנהלות ערוץ 10 בכל הנוגע לאופן השגת הראיות. כפועל יוצא מכך – לא  
4 אוכל, בשלב זה של הדיון, להכריע בטענה זו של ב"כ הנאשם כטענה מקדמית  
5 ברמה העובדתית וממילא בנפקותה המשפטית. עוד אציין כי הותרת ההכרעה  
6 בשאלה לשלב מאוחר יותר של ההליך, לאחר שיתבררו השאלות העובדתיות  
7 הטעונות ברור, בנסיבות ענייננו איננה רק כורח המציאות ולא תפגע בנאשם,  
8 אלא מרחיבה אף את קשת הסעדים אותם יהא ביהמ"ש רשאי להושיט לנאשם  
9 במידה ותתברר הטענה כנכונה (ר' ז. סגל וא. זמיר, הגנה מן הצדק באור סדר  
10 הדין הפלילי, ספר דיויד וינר, תשס"ט-2009, עמ' 259).

11

12 טענה 4: כתב האישום בענייננו מהווה אפליה ואכיפה בררנית אסורה של הדין  
13 – ולכן דין כתב האישום להתבטל לאור "הגנה מן הצדק".

14

15 20. בבג"צ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע ואח'; פ"ד נג (3) 289 הבהיר בית

16

המשפט העליון מתי אכיפה בררנית תיחשב להפליה פסולה, באומרו:

17

18 "אכיפה בררנית (באנגלית: selective enforcement) אינה היפוך של  
19 אכיפה מלאה. לעתים קרובות אין אכיפה מלאה, ומבחינה מעשית אף לא  
20 יכולה להיות אכיפה מלאה, של חוק או תקנות. אכיפה חלקית אינה בהכרח  
21 אכיפה פסולה. כך גם אכיפה מדגמית, שהרי המדינה אינה יכולה להקצות  
22 אלא משאבים מוגבלים לאכיפת החוק. כך גם רשויות מינהליות שונות, כמו  
23 רשויות מקומיות. לכן רק טבעי וראוי הדבר שהמדינה ורשויות אחרות יקבעו  
24 לעצמן מדיניות, ובמידת הצורך והאפשר גם הנחיות כתובות, שיקבעו סדר  
25 עדיפות לאכיפת החוק. אכן, מדיניות או הנחיות כאלה צריכות לעמוד  
26 במבחנים המקובלים לגבי כל החלטה מינהלית, כגון מבחנים של מטרה



## בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 כשרה, שיקולים עניינים, סבירות ועוד. אולם, אם הן עומדות במבחנים אלה,  
 2 אכיפת החוק על פי מדיניות או הנחיות כאלה אינה אכיפה פסולה. אכיפה  
 3 כזאת, אף שהיא אכיפה חלקית, אינה אכיפה בררנית.  
 4 אולם, אפשר שאכיפה חלקית תהיה גם אכיפה בררנית, ובשל כך גם תהיה  
 5 אכיפה פסולה. מהי אכיפה כזאת? אפשר להגדיר אכיפה בררנית בדרכים  
 6 שונות לצרכים שונים... ללא יומרה להציע הגדרה ממצה, אפשר לומר, לצורך  
 7 עתירה זאת, כי אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא  
 8 מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת  
 9 מטרה פסולה או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. דוגמה מובהקת  
 10 לאכיפה בררנית היא, בדרך כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני ולא לאכוף  
 11 את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס  
 12 של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני" (שם, סעיף 16 לפסק דינו  
 13 של השופט י' זמיר. הדגשות שלי ש.ש.).

14  
 15 וראו גם בהקשר זה: בע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור, שם, סעיפים 60 ו-  
 16 61 לפסק הדין.

17  
 18 21. לטענת ב"כ הנאשם הגשת כתב האישום בענייננו בבית המשפט המחוזי מהווה  
 19 אכיפה בררנית ופסולה, אשר נעשתה ע"י הפרקליטות מתוך שרירותיות, וללא  
 20 נימוק משפטי ראוי (ס' 60 לטיעוניו). לטענתו, הפרקליטות הגישה 17 כתבי  
 21 אישום כנגד נאשמים שונים באותה פרשה, ביניהם הנאשם. רק שני כתבי  
 22 אישום הוגשו לבית המשפט המחוזי בעבירה של ניסיון אינוס. 15 כתבי  
 23 האישום הנותרים הוגשו לבית המשפט השלום כשב-7 מקרים מתוכם, בהם  
 24 הגיעו נאשמים לפגישה עם ה"קטינה", יוחסו לאלו עבירה של "ניסיון למעשה  
 25 מגונה" וב-8 המקרים הנותרים, בהם לא הגיעו הנאשמים לפגישה, יוחסו להם  
 26 עבירה של "ניסיון להטרדה מינית".



## בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1  
 2 ב"כ הנאשם סוקר כתבי אישום וחומר ראיות שהגיע לידי (במסגרת בקשה  
 3 לפי סעיף 74 לחסד"פ) של נאשמים שכתב האישום בעניינם הוגש לבית המשפט  
 4 השלום בעבירה של "ניסיון למעשה מגונה" ומציין לדוגמא מקרים בהם אותם  
 5 נאשמים הביעו בפני "הקטינה" עמה דברו, קודם למפגש, את רצונם לבעול  
 6 אותה. מאחר שכתב האישום מייחס לכל הנאשמים הגעה למפגש עם הקטינה  
 7 "בכוונה לממש את התכנים המיניים" אותם הביעו בשיחות עם הקטינה –  
 8 בדיוק כמו הנאשם בענייננו – הרי שלטענת בא כוחו אין כל סיבה מדוע מעשיו  
 9 של הנאשם חמורים יותר ומצדיקים אישום של "ניסיון לאונס" ולא "ניסיון  
 10 למעשה מגונה". לגרסתו העובדה היחידה שמיוחסת לנאשם ושאינה מיוחסת  
 11 לאותם נאשמים היתה כי הוא הגיע למפגש עם "הקטינה" כשבכיסו קונדומים  
 12 אלא שבעובדה זו אין די לכשעצמה כדי להצדיק סיווג העבירה המיוחסת  
 13 לנאשם כ"ניסיון לאונס" ולא כ"ניסיון למעשה מגונה". כדוגמא בולטת לטיעון  
 14 זה מביא הוא מקרה אחר באותה פרשה, של מר יהושע פיטשון, שהואשם  
 15 ב"ניסיון למעשה מגונה" (כתב האישום צורף כנספח כ"ד לטיעוניו), חרף  
 16 העובדה כי מתוכן השיחות שקיים עם הקטינה עולה כי הביע את רצונו לבעול  
 17 אותה (אציין כי מעיון בקטעי השיחות שפורטו בכתב התביעה הדבר לא עולה  
 18 מפורשות ש.ש.) ומגזר הדין שניתן בענייני עולה כי המאשימה בטיעונה לעונש  
 19 ציינה, כי יש להחמיר עמו מאחר ש"הוא שוחח בטלפון והלך לפגוש במי  
 20 שמבחינתו היתה קטינה, בת 13, ועשה כן על מנת לקיים איתה יחסי מין  
 21 אסורים." (ר' ת"פ (ת"א) 8467/07 מדינת ישראל נ' פיטשון, תק-של 2009 (1)  
 22 (368). ר' ס' 64-60 לטיעוני הסנגור.

23

24 המאשימה בטיעונה לא התייחסה לדוגמאות שהביא הסנגור ולהשוואות  
 25 שערך בין הנאשמים השונים באותה פרשה. לטענת המאשימה במסגרת  
 26 הפרשה מתוך 17 כתבי אישום שהוגשו בסך-הכל, שלושה כתבי אישום הוגשו  
 27 לבית המשפט המחוזי בגין עבירות של ניסיון לאונס קטינה מתחת לגיל 14



## בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 (ולא שני כתבי אישום כטענת ב"כ הנאשם). ההחלטה על הגשת כתבי האישום  
 2 בעבירה של "ניסיון אונס" לא היתה שרירותית, נסמכה על חומר הראיות כולו  
 3 כשעצם ההגעה לדירה לא הכריעה את הכף. המאשימה מציינת את העובדה, כי  
 4 הנאשם הצטייד בקונדומים כמבססת את עבירת ניסיון לאונס שמיוחסת לו  
 5 (עמ' 5 לטיעוני המאשימה).  
 6  
 7 מאחר שהמאשימה לא אישרה את התזה שהציג ב"כ הנאשם לפיה רק קיומם  
 8 לכאורה של הקונדומים בכיס הנאשם הם ששינו את סיווג העבירה מעבירה של  
 9 ניסיון למעשה מגונה לעבירה של ניסיון אינוס (ר' ס' 62-63 לטיעוניו) ולגרסתה  
 10 כתבי האישום הוגשו בהתאם לחומר הראיות בכל מקרה ומקרה לגופו – נסתם  
 11 הגולל על האפשרות להכריע, בשלב זה, בשאלה אם הפעילה המאשימה את  
 12 שיקול דעתה בצורה שרירותית וללא נימוק משפטי ראוי. לאור תשובת  
 13 המאשימה, ברי כי לא ניתן בשלב זה להכריע אם הנאשם הופלה בצורה פסולה  
 14 ביחס לאחרים ואם המאשימה נהגה בו בחוסר שוויון ואכפה את החוק בצורה  
 15 בררנית – זאת כאשר חומר הראיות בעניינו של הנאשם לא הובא בפנינו (קל  
 16 וחומר שלא הובא חומר הראיות בעניינם של נאשמים אחרים – דבר שהיה  
 17 נדרש לצורך הכרעה בסוגייה) והמאשימה בתשובתה לא טרחה לפרט מה היה  
 18 אותו "מתווה משפטי אחיד" אותו ציינה בתשובתה, אשר על פיו ועל-פי חומר  
 19 הראיות שהיה קיים בכל מקרה ומקרה, נקבע בגין מה יוגש כל כתב אישום  
 20 בפרשה. בהקשר זה אציין כי אכן הצהרת המאשימה במקרה של פיטשון, כפי  
 21 שעולה מגזר הדין בעניינו, כי הלך לפגוש ב"קטינה" כדי לקיים עמה יחסי מין  
 22 אסורים, אכן מעלה תהייה מדוע בעניינו הוגש כתב האישום בעבירה של  
 23 "ניסיון למעשה מגונה" בלבד. ברם, בכך בוודאי אין די בכדי לקבוע, כי  
 24 המאשימה פעלה באופן שרירותי גרידא ואין די בכדי לבסס טענה של אכיפה  
 25 בררנית המקנה לנאשם "הגנה מן הצדק". אזכיר כי הנטל להוכיח את הטענה  
 26 מוטל על הנאשם והוא אינו פשוט כלל ועיקר ומנגד, המאשימה, ככל רשות  
 27 מינהלית, נהנית מהחזקה לפיה פעולותיה נעשות כדין (ע"פ 3215/07 פלוני נ'



בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1 מדינת ישראל, תק-על 2008 (3) 2008). בשולי הדברים אציין, כי כתב אישום  
 2 כנגד נאשם אחר באותה פרשה, שכבר אוזכר לעיל, הוגש בפני בית משפט זה  
 3 באותם אישומים המיוחסים לנאשם בענייננו, **חרף העובדה כי הנאשם שם לא**  
 4 **הגיע למפגש מצוייד בקונדומים** ( כך עולה מההחלטה שניתנה על-ידינו בת.פ.ח  
 5 1136/07 מדינת ישראל נ' איתן רוזין בה פורט המיוחס לאותו נאשם לפי כתב  
 6 האישום) ומכאן מתחייבת המסקנה, כי נימוק זה לא היה בו כדי להפלות בין  
 7 הנאשם בענייננו לאחרים, לפחות בכל הנוגע לאלו שכתב האישום בעניינם  
 8 הוגש בגין העבירה החמורה יותר של "ניסיון לאונס".  
 9

10 22. אשר על כן, ועל יסוד האמור לעיל אציע לחברותיי לדחות את הבקשה  
 11 תוך שזכותו של הנאשם להעלות בהמשך ההליך, ולאחר שיתבררו  
 12 הסוגיות הטעונות בירור, את טענותיו הנוגעות ל"הגנה מן הצדק".  
 13

---

שאול שוחט, שופט

14  
 15 כב' השופטת שרה דותן – אב"ד:

16 אני מסכימה.

---

שרה דותן, שופטת

אב"ד

18  
 19 כב' השופטת יהודית שיצר:

20 אני מסכימה.

---

יהודית שיצר, שופטת





## בתי המשפט

פח 001137/07

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

תאריך: 21/10/2009

בפני: כב' השופטת שרה דותן – אב"ד

כב' השופטת יהודית שיצר

כב' השופט שאול שוחט

1

2

3

4

5

סוף דבר

6

7

הבקשה נדחית תוך שמירת זכויותיו של הנאשם להעלות את טענותיו הנוגעות

8

ל"הגנה מן הצדק" במסגרת ההליך העיקרי.

9

ניתנה היום 21.10.09 במעמד

10

---

 שאול שוחט, שופט

---

 יהודית שיצר, שופטת

---

 שרה דותן, שופטת

אב"ד

11