



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 10-03-28059 מדינת ישראל נ' (אסור בפרסום)

בפני: כב' הנשיאה דבורה ברלינר – אב"ד
כב' השופט ג'ורג' קרא
כב' השופטת תחיה שפירא

המעוררת: מדינת ישראל,
ע"י עו"ד אייל כהן ואריאלה בן אהרון מפרקליטות מחוז ת"א (פלילי)

נגד

המשיב: (אסור בפרסום),
ע"י ב"כ עו"ד זוהר ברזילי

פסק-דין

האישום

1. בחודשים נובמבר – דצמבר 2007 החליט ערוץ 10 להכין תכנית טלוויזיה, במהלכה יאותרו גברים מבוגרים – פדופילים, אשר מנצלים אתרי-אינטרנט ליצירת קשר מיני עם קטינים. אתרי האינטרנט שמדובר בהם מצויים באיזורים הקרויים "צ'אט". באתרים אלה יכולים גולשים להתכתב זה עם זה, להעביר מסרים או להתכתב בקבוצה. הצ'אט מחולק לחדרים, לפי נושאים כגון: לובי, מוזיקה, סקס וכיו"ב. הצ'אט מחולק גם לפי גיל הגולשים, מבוגרים +30, +40. כל גולש יכול לבחור להיכנס, בהתאם לתחומי התעניינותו ומטרותיו. גולשים יכולים גם לעבור, בשלב מסוים, לשיחה פרטית האחד עם האחר.

2. כדי לקדם את תכנית הטלוויזיה שהוזכרה לעיל, הונחו ארבעה תחקירנים להיכנס לחדרי הלובי בצ'אטים, להציג עצמם כילדה בת 13 ולנהל בשמה, כביכול, צ'אטים עם הפונים אליה. ההנחייה היתה, להיכנס לחדרי הלובי בלבד ולא לחדרים ספציפיים, כמוסבר לעיל.

3. בכתב-אישום שהוגש נגד המשיב שבפנינו (להלן: "י.ק." או "המשיב") נטען כי המשיב יצר קשר אינטרנטי בצ'אט עם אחת התחקירניות, שהציגה עצמה כ"סיונוש 13" (להלן: "סיוון", "הקטינה" או "התחקירנית"). המשיב הציג עצמו בשם בדוי כזה או אחר, אם כי מסר פרטים ביוגרפיים אמיתיים. סיוון הבהירה לו כבר בתחילת הקשר, כך על-פי הנטען, כי היא בת 13 ושלחה לו תמונה שבה היא נראית כילדה. אין צורך לומר, כי בפועל מדובר בתחקירנית שאיננה ילדה.

במהלך הקשר ניהל המשיב, כך על-פי הנטען, שיחות בעלות תכנים מיניים בוטים עם סיוון. כתב האישום מצטט דוגמא לשיחה כזו, שאכן כוללת התבטאויות ותכנים מיניים. המשיב גם שלח לסיוון תמונות של גבר עירום, כאשר אשה בועטת לכיוון איבר המין שלו ואמר לה כי זה מגרה אותו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 10-03-28059 מדינת ישראל נ' (אסור בפרסום)

4. בתאריך 12.12.07 הגיע המשיב לפגוש את סיוון, לאחר שנדברו מבעוד מועד להיפגש בביתה בתל-אביב. הוריה, כך על-פי המצג שהציגה לו, נמצאים בחו"ל והבית עומד לרשותה. בפועל המתינה למשיב בבית אליו הגיע, שחקנית כבת 18, אשר נראתה כילדה צעירה והציגה עצמה כסיוון. השניים החלו לדבר. השחקנית יצאה מהחדר והמפגש הופסק.

המדינה טענה, כי בהתנהלותו של המשיב, החל מהציאטים שניהל, הדברים שאמר ולרבות המפגש המתואר לעיל בתאריך 12.12.07, עבר המשיב עבירה של ניסיון לביצוע מעשה מגונה, עבירה על סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(3) ביחד עם סעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין") וכן ניסיון להטרדה מינית, עבירה על סעיפים 3(א)(6) ביחד עם סעיף 5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1988 ביחד עם סעיף 25 לחוק העונשין.

ההליך בבית-משפט קמא

5. בבית-משפט קמא הגיעו הצדדים לכלל הסדר דיוני, מכוחו הוגש לבית המשפט כל חומר הראיות בהסכמה, ללא שמיעתם של העדים שצויינו בכתב האישום. המשיב עצמו העיד ונחקר, והוא למעשה היה העד היחיד שנשמע.

בפסק-דין מנומק וארוך, המשתרע על עמודים רבים, זיכה בית-משפט קמא (כב' השופט ד' מור) את המשיב מכל העבירות שיוחסו לו.

הזיכוי נשען על שלושה נדבכים, שסוכמו על-ידי בית המשפט בתמציתיות בפיסקה האחרונה של פסק הדין (פיסקה 20). ואין טוב מציטוט דברים מפי אומרם. ואלה הנדבכים:

א. למשיב עומדת הגנה מן הצדק. אליבא דבית-משפט קמא, הוא הודח לביצוע העבירה של הטרדה מינית. התחקירנית היתה מעין סוכן מדיח והיה בהתנהגותה "ניצול ציני של חולשות אנוש". התנהגותה של התחקירנית כסוכן מדיח חורגת מפיסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: "חוק היסוד"), ומשום כך היא מקימה, כאמור, למשיב הגנה מן הצדק.

ב. מעשיו של המשיב נעשו בתחום הווירטואלי והאנונימי, ומשום כך אינם עולים כדי עבירה. המשיב לא יכול היה לדעת אם הוא מדבר עם קטינה, ובפועל, כקביעה עובדתית, קבע בית המשפט כי המשיב סבר שהוא מדבר עם נערה בוגרת: "המשיב שיחק את משחק המסכות ברשת". מי שפועל כך, אינו הופך לעבריין בהיעדר הוראה חוקית הקובעת מעשים אלה כעבירות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 28059-03-10 מדינת ישראל נ' (אסור בפרסום)

ג. באשר לעבירת הנסיון לעשות מעשה מגונה, קבע בית-משפט קמא כי מעשיו של המשיב לא יצאו מגדר הכנה וממילא לא הגיעו לכלל ניסיון.
6. על הכרעת הדין המזכה מערערת המדינה בפנינו.

לטענת המדינה, טעה בית המשפט לאורך כל הדרך והגיע למסקנות שגויות באשר לכל אחד מהנדבכים שהוזכרו לעיל. בפן הכללי טענה המדינה, כי בית-משפט קמא גיבש עמדה כבר בשלב מוקדם מאד של הדיון ולפיה, מעשי המשיב, גם אם יוכחו, אינם מהווים עבירת הטרדה, באשר לא תיתכן הטרדה מינית באינטרנט. הדעה המוקדמת שגיבש לעצמו בית המשפט השליכה גם על התנהלותו לאורך הדיון, שהביאה לכך שלא איפשר למדינה לשאול שאלות רלבנטיות. עוד טוענת המדינה, כי אין מניעה להתערבותה של ערכאת הערעור בממצאי עובדה, המתבססים על קביעת מהימנות שקבע בית המשפט קמא, שעה שהעד היחיד שעדותו נשמעה בבית המשפט קמא היה המשיב, שחקירתו הנגדית הופסקה, כאמור. בהתייחס לפסק הדין תוך אימוץ מבנה פסק הדין, מרכזת גם המדינה את טיעוניה תחת שלושה ראשים כדלקמן:

א. לענין ההדחה – מכלול הראיות שהיה בפני בית-משפט קמא, מצביע על-כך שהמשיב הוא שיזם את ביצוע העבירות ואין מדובר בהדחה של אנשי ערוץ 10 או של התחקירנית, שהתחזתה לסיוון.

לחלופין טוענת המדינה, כי גם אם יקבע בית המשפט שאכן בפן העובדתי פעלה התחקירנית כסוכן מדיח, לא ניתן לזכות את המשיב מטעם זה בלבד. ההלכה שיצאה מעם בית המשפט העליון הינה, כי יש בקביעה עובדתית זו כדי להשליך על הענישה אולם לא על עצם ביצוע העבירה. גם פסיקה מאוחרת לחוק היסוד, מאמצת את ההלכה בנושא זה, שנקבעה מימים ימימה בע"פ 15/78 **ביבס נ' מדינת ישראל**, פ"ד לב(3) 64 (להלן: "**הלכת ביבס**").

ב. באשר לסוגיית נסיון ההטרדה המינית - הטענה היא, כי שגה בית-משפט קמא בקביעתו הקטיגורית, ולפיה לא ניתן לדבר על הטרדה מינית בנסיבות של שיחה אנונימית באינטרנט. קביעה קטיגורית שאינה עולה מהוראות הדין, לא מתכלית החקיקה ואף לא מפסיקת בתי המשפט.

המדינה מדגישה לענין זה, כי תוך יציאה מנקודת מבט שהמתלוננת היא קטינה, כפי שהוצג למשיב, הסכמתה או חוסר הסכמתה לשתף פעולה עימו איננה מעלה ואיננה מורידה, ויש לכך כמובן השלכה לקביעות העובדתיות. המדינה טוענת, כי הראיות שהיו בפני בית המשפט הצביעו חד-משמעית על-כך שהמשיב היה מודע כל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 10-03-28059 מדינת ישראל נ' (אסור בפרסום)

העת לכך שהוא מדבר עם קטינה בת 13 ונתן לכך ביטוי מוחשי ביותר בכל מגעיו
עימה.

ג. לענין הנסיון למעשה מגונה – מעשיו של המשיב, כך לטענת המדינה, יצאו מכלל
הכנה והגיעו לכלל מעשה של תחילת ביצוע. המשיב הגיע למפגש, לדירה שהוצגה לו
כדירת הוריה של הקטינה, לאחר שוודא כי ההורים אינם בבית. המשיב הודה
בזמן אמת כי בא לאותה דירה במטרה לאונן בפני הקטינה, ובאופן כללי, להמחיש
וליישם דברים שדובר עליהם במהלך השיחות בינו לבין סיוון.

7. כפי שניתן להבין, הסניגור מבקש לאמץ את כל קביעותיו של פסק הדין. לטענת הסניגור,
מדובר בקביעות מהימנות שבהן אין להתערב. מעבר לכך טוען הסניגור, כי צדק בית המשפט כאשר
מצא בדברי התחקירנית משום הדחה. הסניגור מפנה בהקשר זה להתבטאויות שונות שבהן יש
משום הדחה.

לענין הנסיון לעשיית מעשה מגונה הטענה היא, כי המערער לא עשה כל פעולה ממשית
העולה כדי תחילת ביצוע העבירה המוגמרת. הסניגור מפנה אותנו לענין זה לפסיקת בית המשפט
העליון בע"פ 9511/01 **קונסט קובקוב נ' מדינת ישראל** (להלן: "**פרשת קובקוב**"), שהוזכרה גם על-
ידי בית-משפט קמא, שממנה הוא מבקש ללמוד גזירה שווה.

עוד טוען הסניגור, כי צדק בית-משפט קמא ומנימוקיו, באשר לחוסר ההיתכנות של עבירת
ההטרדה המינית באינטרנט.

דיון

8. "... כידוע, אין ערכאת הערעור נוטה להתערב בקביעת הממצאים
העובדתיים וממצאי מהימנות שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית, אלא
במקרים חריגים ויוצאי-דופן, בהם מוצאת ערכאת הערעור כי המסכת
העובדתית אשר נקבעה על-ידי הערכאה הדיונית, אינה מתקבלת על
הדעת ואינה מתיישבת עם חומר הראיות (ע"פ 6020/07 **גואטה נ' מדינת**
ישראל, פסקה 25 לפסק-דין של השופטת ארבל ...; ע"פ 3914/05
אלחור נ' מדינת ישראל, פסקה 13 לפסק הדין ...; ע"פ 2485/00 **פלוגי**
נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 918, 924 (2001) ...) "(ציטוט מתוך ע"פ
2694/09 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (מיום 23.6.2010)).

נראה לנו, כי פסק-דינו של בית המשפט קמא נופל לגידרם של אותם מקרים חריגים,
במיוחד לנוכח העובדה שהעד היחיד שנשמע הוא המשיב. בהתייחסו למשיב אמר בית המשפט מה
שאמר, גם לאור התרשמותו, ולכך נתייחס בהמשך. באשר לשאר העדויות, מסקנותיו של בית-משפט



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 10-03-28059 מדינת ישראל נ' (אסור בפרסום)

קמא התבססו אך ורק על חומר הראיות הכתוב או המוקלט שהונח בפניו, ועל-פני הדברים אין מדובר בממצאי-מהימנות.

9. דעתנו היא, שיש ממש בערעור זה וכי שגה בית-משפט קמא בקביעותיו בכל אחד מהנדבכים שצויינו לעיל. נקדים עוד ונאמר, כי מדובר, לשיטתנו, בתיק שהוא עובדתי במידה רבה, וחלק מקביעותיו הכלליות של בית-משפט קמא לא נדרשו לצורך הקביעה הקונקרטית, האם עבר המשיב את העבירות המיוחסות לו. נלך אף אנו בדרכם של הצדדים ונתייחס לנדבכי פסק הדין, בהתאם לסדר שהיתווה בית-משפט קמא.

הילכת "הפח היקוש" (סוכן מדיח)

10. אליבא דבית-משפט קמא, "השאלה שיש לדון בה עתה, האם הגיע סוף סוף המועד לאמץ את קביעת בתי המשפט הפדראליים בארה"ב, שראו בהפעלת סוכן מדיח, בנסיבות המפורטות שם, כפגיעה בזכות להליך הוגן, אף לדין בארצנו...".

בית-משפט קמא היה ער לכך, כי ההלכה המחייבת היא הילכת ביבס, שבה נקבע כי "בית-משפט זה (הכוונה לבית המשפט העליון) לא סבר עד כה כי יש לפטור עברייני מהאחריות הפלילית הרובצת עליו בשל מעשה עבירה שביצע, אם הוכח כי הונה או הודח במעשהו על-ידי שליח מוסווה של הרשות...". עדיין סבר בית-משפט קמא, כי כאמור הגיעה העת לסטות מהלכה זו ולאמץ את השקפת המשפט הפדראלי, כאשר "צינור האימוץ" יהיה חוק היסוד בשילוב עם סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, דהיינו – הגנה מן הצדק.

דעתנו היא, כי שגה בית-משפט קמא בפרשנות המשפטית שנקט בה, ובכך שנטל חירות לעצמו לסטות מן ההלכה המחייבת. הרלבנטיות של הילכת ביבס ונפקותה נבחנו גם לאחר חקיקתו של חוק היסוד, וראה לענין זה ע"פ 6097/98 דין נ' מדינת ישראל. משזוהי ההלכה שיצאה מבית המשפט העליון, לא רשאי היה בית-משפט קמא לראות עצמו פטור ממנה. אין לנו אלא להפנות לענין זה לסעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה. גם אם יש מקום לשינוי, הדעת נותנת כי שינוי זה ייעשה על-ידי הערכאה הרשאית לעשותו.

מעבר לכך ולגופו של ענין, נראה לנו כי הנסיבות והעובדות שהוכחו בתיק זה, מצביעות על-כך שהמשיב לא הודח, לא פותה ולא שודל.

עיון בתמלילי-שיחות הטלפון, בשיחות הצ'אט שהתנהלו בין המשיב לקטינה, מצביעות על-כך שהמשיב הוא שהכניס את ההיבט המיני לשיחות, מבלי שקדמה לכך הדחה מצד התחקירנית. כפי שצויין לעיל, התחקירניות כולן, לרבות סיוון, נכנסו רק ל"לובי" ואת הכיוון בהמשך היתווה המשיב. אנו מדגישים, כי את הממצאים בשאלה, האם המשיב הודח אם לאו, ניתן וצריך ללמוד



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 28059-03-10 מדינת ישראל נ' (אסור בפרסום)

מתוכן השיחות שהתנהלו בינו לבין סיוון. להנחיות שקיבלה התחקירנית, אין כל קשר לענין זה, כמו גם לחילופי הדברים בין הגורמים השונים בערוץ 10 וכיו"ב. ההדחה צריכה להיבחן, כאמור, רק בפריזמה של השיחות שנוהלו בפועל בין הקטינה למשיב. אין גם כל חשיבות לשאלה, אם המשיב הוא פדופיל או לא. כתב האישום מתייחס לעובדות קונקרטיות, למעשים קונקרטיים ולא לתיוג כללי של המשיב כפדופיל או אדם נורמטיבי. כל הדיון סביב נטייתו המינית של המשיב, לשיטתנו, איננו רלבנטי ולא אמור היה להיות נושא להכרעתו של בית המשפט. גם מטרתו הכללית של ערוץ 10 ותכליתו של התחקיר (לאחר פדופילים ברשת) אינם מעניינינו. על הפרק עומדת רק שאלת התנהגותו של המשיב והאם היא מקיימת את רכיבי העבירות שיוחסו לו.

לפיכך, לא ברור לנו מה ראה בית-משפט קמא לקבוע כי "לא אנשי ערוץ 10 ולא אנשי המשטרה בחרו את ההגדרה והתאמת החשוד כמי שמתאים לעמוד בגידרה" (הכוונה להגדרתו כפדופיל).

11. לצורך בחינת השאלה האם המשיב יזם או הודח, יש לבחון את מכלול הראיות שהיו בפני בית-משפט קמא. עיון בפסק הדין מצביע על-כך שבית-משפט התייחס למספר מצומצם ונבחר של התבטאויות מפי המשיב בהבדל מהתמונה הכוללת, ובכך, לדעתנו, שגה.

אנו רואים להדגיש, כי איננו חולקים על קביעתו של בית-משפט קמא, הנשענת על התרשמותו ולפיה המשיב מהימן, אלא שאת המסקנות המתבקשות מדבריו יש לבחון על-פי מכלול התבטאויותיו ולא על חלקן.

12. מעיון בחומר הראיות מצטיירת התמונה כדלקמן:

א. המשיב הוא שפנה לסיוון בראשית ההתקשרות, תוך ידיעה ברורה כי מדובר בילדה בת 13. כך אישר המשיב. וראה לענין זה עמ' 21, 27 לפרוטוקול.

ב. המשיב היה היוזם, גם בהמשך הדרך. כך, למשל, הוא שיזם את השיחות הטלפוניות (וראה לענין זה עמ' 40 לפרוטוקול).

ג. המשיב גם הכתיב את תוכן השיחות. למשיב, לשיטתו, יש "פטיש" שעניינו "העצמה נשית" שביטוייו הקונקרטיים הוא נשים המכות גברים באיזור החלציים. מ"פטיש" זה מפיק המשיב הנאה מינית (וזאת גם לדבריו).

ד. המשיב ניתב את השיחות לאורך כל הדרך, לעיסוק באותו "פטיש", תוך פירוט גרפי כמעט באשר לאברי המין הגבריים. אנו מפנים לענין זה לתמלילי שיחות הצ'אט 15/ת, 16/ת.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 10-03-28059 מדינת ישראל נ' (אסור בפרסום)

המשיב אף שלח לסיוון תמונות של איבר המין הגברי והסביר לה בפירוט רב את האנטומיה שלו.

ה. גם כאשר עוסק המשיב בשיחות עם סיוון, לכאורה, בהגנה עצמית, ההגנה העצמית מתמקדת באותו נושא, קרי - ה"העצמה הנשית" כפי שהמשיב מגדיר אותה, ובמילים פשוטות יותר, מכות באיבר המין הגברי שניתנו על-ידי אשה.

נעצור כאן כדי להעיר, בית-משפט קמא סבר, כי שיחות אלה אינן בעלות אופי מיני, והמעט שנוכל לומר הוא, כי המסקנה אינה מקובלת עלינו והיא תלושה מן המציאות. השיחות הן שיחות מיניות מובהקות, על גבול הפורנוגרפיה. גם אם הן מוגדרות כ"הדרכה", "עצות להגנה עצמית", "העצמה נשית" או כל ביטוי דומה, הסמנטיקה איננה יכולה לשלול מן השיחות את משמעותן האמיתית, דהיינו – שיחות מיניות שמנהל המשיב עם ילדה בת 13, לרבות שליחת תמונות. די לנו להפנות לתוכן הבוטה של השיחה, המצוטטת בסעיף 3 לכתב האישום.

13. שיחות הטלפון מסלימות והתכנים המיניים הופכים להיות בוטים וברורים יותר ככל שחולף הזמן. כך למשל, בשיחות מיום 3.12.07 מדבר המשיב עם הקטינה על פנטזיות מיניות, מסביר לה הסברים שונים על איבר המין הנשי, מלמד אותה על גירוי בין גבר לאשה, מבקש ממנה כי תלבש חצאית ונעלי בובה, מסביר לה מהי אורגזמה. וגם את ה"היסטוריה" הפרטית שלו, ולפיה אחותו בעטה בו בהיותו קטן באיבר המין, וכך גילה את התענוג שבענין.

בשלב הנוסף כבר מדבר המשיב במפורש על קיום יחסי-מין וחדירות, ומתכן כי במפגש ביניהם הם ישפשו את איבר מינם זה בזה.

איננו רואים להמשיך בפירוט. המסקנה, כפי שאמרנו לעיל, מדובר בשיחות מיניות מובהקות, אותם יוזם המשיב.

14. בניגוד לקביעתו של בית-משפט קמא, התמונה הכוללת המצטיירת מעיון בשפע תמלילי השיחות ודינמיקת התפתחות השיח בין המשיב לסיוון, מובילה בהכרח למסקנה אחת ויחידה, כי מי שיזם והוביל לכיוון השיחות בעלות הגוון המיני הוא המשיב ולא אף אחד אחר. מרבית תגובותיה של התחקירנית הן תגובות סתמיות, שאין בהן משום אמירה כלשהי. וגם כאשר היא אומרת מילים כאלה ואחרות, אין במילים אלה משום עידוד, בוודאי אינן יכולות להיחשב כשידול או הדחה.

לפיכך, גם בפן העובדתי, ואפילו היינו יוצאים מנקודת הנחה ולפיה ניתן לזכות על בסיס הילכת הפח היקוש, מסקנתו המשפטית של בית-משפט קמא איננה נשענת על העובדות שהוכחו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 10-03-28059 מדינת ישראל נ' (אסור בפרסום)

ידיעת המשיב על גילה של סיוון

15. נושא זה זכה לדיון ארוך ופרטני בפסק הדין של בית-משפט קמא. מסקנתו של בית-משפט קמא היא כפולה: בפן הפרטני, המשיב לא ידע את גילה של סיוון. המשיב, לאורך כל הדרך, כך על-פי קביעתו של בית המשפט, אמר כי הוא חשב שסיוון גדולה יותר, כיוון שהיא מדברת כבוגרת, וגילה "המנטאלי" לא מתיישב עם היותה בת 13. על רכיב עובדתי זה "הרכיב" בית-משפט קמא את הצד העיוני. להשקפתו של בית-משפט קמא, האנונימיות שברשת איננה מאפשרת כל דרך אובייקטיבית לברר בירור ממשי את גילו של הדובר מן הצד השני. ולפיכך, לעולם לא תתאפשר ידיעה של ממש באשר לגילה של הקטינה, "גם אם יתבטא הנאשם ויאמר כי הוא חשב שסיוון היא 13 וקטינה והיא אינה כזאת, הרי מעצם טיבה וטבעה של רשת הצ'אטים וההתקשרות האנונימית ברשת, יש להבין מדבריו שהוא משחק את משחק הדמויות, ותו לא ... אין כל דרך אובייקטיבית לברר את החשד. הרי גם אם תנסה לברר ותשאל את המשווח עמך ותיענה, החשד בדבר טיב הנסיבות נותר ללא שינוי ... אם הצד שכנגד משחק את המשחק מטעמיו הוא, להנאתו, אין לדעת אם ירצה לחשוף את פרטיו האמיתיים, ולמעשה יש להניח כי לא יעשה כן ... בעולם הווירטואלי הנאשם יודע למעשה כי כולם משחקים משחק והוא משתתף בו, לכאורה, עם קטינה, אך הוא אינו יכול לברר את הנסיבות אף אם רצה בכך".

על דרך סיכום הנושא אומר בית המשפט: "... יש להיזהר מהכנסת אלמנט אובייקטיבי. קיום היסוד הנסיבתי של קשר דווקא עם קטינה – ליסוד הנפשי הסובייקטיבי של המחשבה הפלילית. הנאשם יודע שאינו יודע, ואין כל דרך לברר את חשדותיו, גם אם אלה יתעוררו. כל עמדה אחרת מהווה פגיעה בעקרון החוקיות". בית-משפט המשיך ואמר, כי חזקה על המחוקק שאיננו מתכוון להטיל איסור פלילי בלשון שאיננה ברורה, והרי סעיף 34(כא) לחוק קובע, כי "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו גיל".

16. מסקנותיו של בית-משפט קמא בהקשר זה, על כל רכיביהן, אינן מקובלות עלינו. בפן העובדתי, המשיב אישר פעמים רבות כי הוא ידע את גילה של הקטינה. די לנו אם נפנה לענין זה לאמירותיו, כי הוא ידע שהכינוי "סיונוש 13" מעיד על גילה. לאישורו כי התמונה שנשלחה לו על-ידי התחקירנית משקפת גוף של ילדה בת 12 – 13. לעצה שנתן לסיוון לא להיכנס להריון לפני גיל 14, לכך שהוא דאג שהשיחות תתקיימנה בלא נוכחות הוריה והתבטאויות רבות נוספות. כל ההתבטאויות משקפות ידיעה קונקרטית חד-משמעית, שאין כל סיבה לפקפק בה. התבטאויותיו המאוחרות יותר של המשיב על ההבדל בין גילה המנטאלי לגילה הפיזי, הם התפלפלות שאין בה ממש.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 28059-03-10 מדינת ישראל נ' (אסור בפרסום)

משאמרנו כך, למעשה מתייתר הדיון בהיבט העקרוני, אותו העלה בית-משפט קמא, על יכולת הידיעה של הדובר באינטרנט אנונימי ואמירתו, כי לעולם לא ניתן לדעת, שהרי יתכן כי גם הדובר בצד השני "משחק את משחק המסכות".

עדיין, וכדי לא להותיר נושא זה ללא כל אמירה, נאמר כי גם בפן העקרוני, השקפתו של בית-משפט קמא עומדת בניגוד לתכלית החקיקה ובניגוד לכל הגיון. כפי שטענה התביעה, לא יתכן כי רשת האינטרנט תהפוך ל"עיר מקלט" לביצוע כל עבירה, רק בשל הווירטואליות והאנונימיות של הדוברים.

ההשוואה בין שיחת טלפון רגילה לצ'אט באינטרנט מתבקשת מאליה. הטרדה מינית יכולה להתבצע בשיחת טלפון, ולא ברור לנו מדוע המרחב הווירטואלי שונה בענין זה משיחת טלפון. גם בשיחת טלפון ניתן להתחזות, למסור פרטים לא נכונים וכיו"ב, ועדיין לא ניתן להעלות על הדעת כי הטרדה מינית לא תוכל להתבצע באמצעות שיחה שכזאת.

17. המדינה הפנתה אותנו בהקשר זה לדברי ההסבר לתיקון בחוק למניעת הטרדה מינית, תיקון אשר הרחיב את הגדרת העבירה, כך שקטין לא יידרש להראות כי אינו מעונין בהצעות או התייחסויות מטרידות כתנאי להתגבשותה של העבירה (סעיף 3(א)(6)(א) לחוק הנ"ל). בהצעת החוק נאמר במפורש, כי היא "נועדה להרחיב את ההגנה הקבועה היום בחוק על קטינים שטרם מלאו להם 14 שנים בפני הטרדות מיניות, שאליהן הם עלולים להיות חשופים במצבים שונים, ובהם תקשורת באמצעות האינטרנט".

הדברים ברורים ואינם טעונים הבהרה. לא ברור לנו, על מה מתבססת ההבחנה שערך בית-משפט קמא בין תקשורת אינטרנטית אנונימית לתקשורת אינטרנטית אחרת. חזקה על המחוקק, כי כאשר הזכיר את האינטרנט, התכוון לכלל התקשורת המתבצעת באמצעות האינטרנט. לו רצה לסייג את דבריו, הדעת נותנת כי היה אומר זאת במפורש.

עבירת הנסיון למעשה מגונה

18. כעולה מתוך קביעות בית-משפט קמא, אין מחלוקת על הרכיבים העובדתיים. קרי – שבתאריך 12.12.07 בשעה 15.20 הגיע המשיב לפגוש את סיוון, לאחר שנדברו להיפגש מבעוד מועד, כשהיא לבדה, "בביתה" בתל-אביב, והוריה בחו"ל.

"מבחינת הלך רוחו של הנאשם, הוא עומד להיפגש עם מי שעימה שוחח ברשת על "העצמה נשית", כולל בעיטות לאיברי המין הגבריים, ואפשר שהוא והיא יעשו, ברמה כזו או אחרת, את אשר "תורגל" ביניהם וירטואלית בחדרי הצ'אט ... בית המשפט אף מוכן להניח לצורך דיונו, וירטואלית בחדרי הצ'אט ... בית המשפט אף מוכן להניח לצורך דיונו,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 10-03-28059 מדינת ישראל נ' (אסור בפרסום)

1 כי תרגילי התגוננות עצמית הכוללים בעיטות לאברי המין הגבריים ...
2 הינם מעשה מגונה כהגדרת המונח בסעיף 348(1) לחוק כמעשה שנועד
3 לשם גירוי מיני. הנאשם הודה, כי בעיטות שכאלה ... מעוררות אותו
4 מינית... (עמ' 37 לפסק-דינו של בית-משפט קמא).

5
6 אך גם בהתקיים האמור, סבר בית-משפט קמא כי אין כל אפשרות להרשיע את המשיב
7 במיוחס לו, שכן אין "כל ראיה ממנה ניתן ללמוד את אשר טוענת התביעה, כי הנאשם היה
8 ממשך במעשיו להשגת המטרה של גירוי מיני...", שכן המשיב לא הספיק לברר עד תום את
9 הנסיבה ההופכת את מעשיו לאסורים, קרי – כי אותה שחקנית שהתחזתה לסיוון אינה נערה בת 14
10 וכי הוא מאמין למשיב שממבט ראשון התרשם, כי אין מדובר בילדה בת 13, כשהמבחן הינו
11 סובייקטיבי. מאחר והמפגש בינו לבין התחקירנית הופסק, בעקבות יציאת התחקירנית מהחדר
12 וכניסתם של אנשי ערוץ 10, כך שלא היה סיפק בידו לברר האמת לגבי גילה, מניח בית המשפט
13 לזכותו של המשיב, כי יתכן והיה קם ועוזב את החדר ולא היה מבצע את אשר התכוון לבצע. במילים
14 אחרות, הדגש ששם בית-משפט קמא הוא על-כך שלא הוכחה הכוונה הפלילית ברמה הנדרשת
15 לביצוע עבירת הניסיון.

16
17 כיוון שכך, ראה בית-משפט קמא במעשה המשיב מעשה הכנה בלבד, ולא כל מעשה ניסיון
18 לעבור את העבירה. את מסקנתו האחרונה מבסס בית המשפט על שנאמר בפרשת קובקוב הני"ל.

19 19. קביעותיו של בית-משפט קמא אינן מקובלות עלינו, ונפרט:

20
21 א. משקבענו כי עובר למפגש האמור המשיב ידע, בידיעה של ממש, כי הוא משוחח
22 בצ'אט עם קטינה כבת 13, הרי שעם ידיעה זו הגיע המשיב על-מנת לקיים את
23 המפגש עם סיוון. הטענה כי הוא לא ידע מי יפתח לו את הדלת ברגע שינקוש עליה,
24 אין לה אחיזה ועוגן בחומר הראיות שהיה בפני בית-משפט קמא, שכן, על-פי
25 השיחה שהתקיימה בינו לבין סיוון, בה נקבעו להיפגש ב"דירת הוריה" של סיוון,
26 היא היתה אמורה להיות בגפה, שהרי הוריה "נסעו לחו"ל". אמרנו ונחזור ונזכיר,
27 כי המשיב הקפיד לאורך כל הדרך לשוחח עם סיוון בין בצ'אט ובין בטלפון, כאשר
28 הוא יודע, על-פי המיצג שהוצג לו על-ידי התחקירנית, כי הוריה אינם בבית. הגיון
29 הדברים, שמידת ההסתרה והזהירות שבהם נקט המשיב בכלל שיחותיו עם סיוון,
30 המשיכו להדריך את מעשיו גם בנסיבותיו של המפגש אליו הגיע. ומכאן, שהמשיב
31 ידע כי הוא מגיע לדירה בה מצוייה אך ורק ילדה בת 13, אותה סיוון שעימה שוחח
32 בצ'אט, ושעימה התכוון למצער לבצע תרגילי-בעיטות לכיוון איבר מינו (בדיעבד
33 הודה המשיב, כי התכוון לבצע גם מעשים מיניים נוספים, כפי שיובהר בהמשך); על
34 מיניותו של המעשה והכוונה שעומדת מאחוריו לשם גירוי וסיפוקו המיני של
35 המשיב עמדנו זה מכבר.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 28059-03-10 מדינת ישראל נ' (אסור בפרסום)

ב. טעמנו, טעה בית-משפט קמא ונתן פרשנות מרחיבה ומוטעית למה שנאמר בפרשת קובקוב, תוך החלתה למקרה שבפנינו. וכך נאמר בפרשת קובקוב הנ"ל:

"במקרים רבים ניתן ללמוד על היעד הסופי של המבצע, ועל קיומו של היסוד הנפשי הנדרש, מתוך ההתנהגות כשהיא לעצמה. כך, למשל, הנפת סכין, או כיוון כלי-נשק לעברו של אדם, יכולה ללמד על כוונה לבצע עבירת-רצח או חבלה חמורה. כך גם תקיפה בעלת אופי מסויים מלמדת על כוונה לבצע אינוס. אולם, גם שלב פחות ברור וחד-משמעי בהתנהגות החיצונית, יכול לעלות כדי עבירת הניסיון, אם הכוונה הנלווית למעשה היא ברורה וחד-משמעית. הכוונה יכולה להילמד מהמעשה עצמו או מנסיבות חיצוניות, ואף מהתבטאותו של המבצע בעת ההתנהגות המהווה תחילת ביצוע. הנה-כי-כן, בעבירת הניסיון בולט הקשר המתחייב בין ההתנהגות הגלויה לבין היסוד הנפשי. לשון אחר, ככל ששלב הביצוע הוא ראשוני יותר, במיוחד כאשר הוא מוביל למספר התנהגויות אפשריות, כך נדרשת הוכחה ברורה יותר המלמדת על התקיימותו של היסוד הנפשי. לשון אחר, ככל ששלב הביצוע הוא ראשוני יותר, במיוחד כאשר הוא מוביל למספר התנהגויות אפשריות, כך נדרשת הוכחה ברורה יותר המלמדת על התקיימותו של היסוד הנפשי המייחד את ההתנהגות לקראת מטרה עבריינית קונקרטית" (ההדגשה לא במקור).

על הכוונה שנלוותה להגעתו של המשיב לדירת המפגש עם סיוון, ניתן ללמוד מתוך דברים שהמשיב עצמו אמר במהלך השיחה שקדמה למפגש וכן מתוך דברים שאמר ב-ת/35, בסמוך לאחר חשיפתו, ובהם אישר כי התכוון לאונן בפניה. המשיב נשאל בנושא זה במפורש על-ידי דב גילהר, לאחר שנכנס לדירה והשיב לו חד-משמעית, כי זו היתה כוונתו.

20. סיכום הדברים לענין הניסיון הינו, איפוא, כדלקמן:

המשיב עשה את הדרך לביתה של הקטינה בידעה כי בדירה נמצאת אך ורק הקטינה. בניגוד לקביעתו של בית-משפט קמא, המשיב ידע כי מדובר בילדה בת 13, היה לו גם תכנון מפורט ומדויק מה בדעתו לעשות עם הקטינה, ומדובר במעשים מיניים מובהקים וחד-משמעיים. כל שנותר לעשות הוא, להוציא את המעשה מן הכוח אל הפועל, והדעת נותנת כי אלמלא יציאתה של התחקירנית מן החדר, המעשה היה מושלם. אם לזאת לא יקרא ניסיון, שוב איננו יודעים ניסיון מהו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 10-03-28059 מדינת ישראל נ' (אסור בפרסום)

סוף דבר

21. נסיים כפי שפתחנו (ראה פסקה 5 לעיל), תוך התייחסות לסיכום הדברים כפי שהוצג על-ידי בית-משפט קמא בסיפא של הכרעת הדין.

א. למשיב לא עומדת הגנה מן הצדק, הוא לא הודח לביצוע עבירה של הטרדה מינית. כיוון שקביעתנו העובדתית היא שהוא כלל לא הודח, אין מקום לדיון בפסקת ההגבלה שבחוק היסוד. כל העובדות מצביעות על-כך שלא היה מדובר **"בניצול ציני של חולשות אנוש"**, כפי שקבע בית-משפט קמא (סעיף 20א) להכרעת הדין, אלא במהלך יזום ומתוכנן של המשיב, שהתקדם בקשר עם הקטינה שלב אחרי שלב, בדרך למעשה מיני של ממש.

אנו רואים להזכיר שוב, כי הקשר התחיל ב"לובי" של איזור הציאטים, ומכאן ואילך המשיב היה המוביל, המוליך והדומיננטי באופי הקשר ובתכנים שלו.

ב. המשיב ידע ידיעה פוזיטיבית, כי מדובר בקטינה בת 13. לא היו לו כל סימני שאלה בנושא זה, והדבר עולה בבירור מחומר הראיות שהיה בפני בית-משפט קמא. לצד הקביעה העובדתית הנ"ל וכאמירה נורמטיבית, איננו מקבלים את הטענה כי לעולם לא תיתכן וודאות במישור "הווירטואלי והאנונימי". לא יתכן כי האינטרנט ישמש, כאמור, "עיר מקלט" לביצוע מעשים שבכל אופן אחר היו מוגדרים כעבירה, במיוחד כך, לענייננו, לנוכח תכלית התיקון לחוק למניעת הטרדה מינית, כפי שצויין לעיל.

ג. עבירת הניסיון למעשה מגונה הוכחה אף היא. המשיב מבחינתו השלים כל מה שניתן להשלים. בניגוד לענין קובקוב, שבו ניתלה בית-משפט קמא, פעולתו של המשיב לא נקטעה **"בטרם היתה לו מחשבה מגובשת ביחס לדרך הפעולה ולאופן ביצוע המעשה"**. השלמת המעשה נמנעה מהמשיב שלא ביוזמתו ובעל כורחו, כפועל יוצא ממכלול הנסיבות, דהיינו – כי מדובר היה בפעולה יזומה של ערוץ 10, שהביאה לכך שהתחקירנית יצאה מהחדר. לענין זה אנו מפנים להוראות סעיף 26 לחוק העונשין:

"לענין ניסיון אין נפקא מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים, שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו".

התוצאה היא, כי אנו מקבלים את הערעור ומרשיעים את המשיב בעבירות שיוחסו לו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 10-03-28059 מדינת ישראל נ' (אסור בפרסום)

22. קבלת הערעור והרשעתו של המשיב מחייבים, מטבע הדברים, החזרת הדיון לבית-משפט קמא, לצורך שמיעת טיעונים לעונש ומתן גזר-דין.

עיון בפרוטוקול הביא אותנו לכלל מסקנה, כי לא יהיה מן הראוי במקרה זה להחזיר את הדיון למותב אשר דן בתיק בשלב הראשון. הרושם העולה, הן מהפרוטוקול והן מהכרעת הדיון, הוא כי דעתו של בית המשפט ננעלה. במצב זה, מן הראוי הוא כי הדיון בשאלת העונש ייעשה בפני מותב אחר. בית המשפט העליון הכיר באפשרות לעשות זאת. אנו מפנים לענין זה לע"פ 6462/02 מדינת ישראל נ' מנדורי מוחמד (לא פורסם, ניתן ביום 8.8.02).

כיוון שכך, אנו מורים כי הדיון בשאלת הענישה יועבר למותב אחר, על-פי החלטתה של נשיאת בית-משפט השלום בתל-אביב.

ניתן היום, י"ח תמוז תש"ע, 30 יוני 2010, בנוכחות עו"ד אייל כהן מפרקליטות מחוז ת"א (פלילי), המשיב וב"כ עו"ד זוהר ברזילי.

תחיה שפירא, שופטת

ג'ורג קרא, שופט

דבורה ברלינר, נשיאה
אב"ד