



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייט

ע"פ 4125/20

ע"פ 4914/20

לפני :
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט א' שטיין

המערער בע"פ 4125/20
והמשיב בע"פ 4914/20 : פלוני

נ ג ד

המשיבה בע"פ 4125/20
והמערער בע"פ 4914/20 : מדינת ישראל

ערעורים על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים
(השופט א' רון) אשר ניתנה ביום 1.6.2020 בת"פ 23302-
06-18

תאריך הישיבה : כ"א בתמוז התשפ"א (1.7.2021)

בשם המערער בע"פ 4125/20
והמשיב בע"פ 4914/20 : עו"ד אריאל עטרי

בשם המשיבה בע"פ 4125/20
והמערער בע"פ 4914/20 : עו"ד שרית משגב

פסק-דין

השופט א' שטיין:

הערעורים

1. לפנינו ערעור וערעור שכנגד על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים
(השופט א' רון) אשר ניתנה ביום 18.5.2020 בת"פ 23302-06-18, ואשר בגדרה זוכה

המערער בע"פ 4125/20 והמשיב בע"פ 4914/20 (להלן: המערער) מהאשמה במעשה מגונה בקטינה שטרם מלאו לה 16 שנים שלא בהסכמתה החופשית – עבירה לפי סעיף 348(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), בנסיבות המנויות בסעיף 345(ב)(1) ובסעיף 345(א)(1) לחוק העונשין. חלף זאת, הורשע המערער בביצוע הטרדה מינית בגדרי סעיף 3(א)(2) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק הטרדה מינית או החוק). ביום 1.6.2020, בעקבות ההרשעה והזיכוי כאמור, השית בית משפט קמא על המערער ארבעה חודשי מאסר על-תנאי למשך שנתיים לכל יעבור עבירה לפי חוק הטרדה מינית, לצד תשלום פיצוי בסך של 4,000 ₪ לנפגעת העבירה.

כתב האישום

2. על פי עובדות כתב האישום, המתלוננת, ילידת שנת 2003 (להלן: המתלוננת), התגוררה בדירה בבניין שבו מצויה הדירה בה שהה באותה העת המערער, קשיש כבן 80, במעצר בית. בבוקר יום 7.6.2018, משהבחין המערער במתלוננת, אשר יצאה מדירתה אל בית ספרה, קרא לה המערער ושאל אותה לשלומה, לשמה ולגילה. לאחר שהמתלוננת השיבה לו כי היא בת 15 וכי היא לומדת בכיתה ט', החל המערער לספר לה על ילדיו ועל אשתו, שהלכה לעולמה, לשאול אותה שאלות על חייה, והזמינה להיכנס לדירתו. לאחר שנכנסה המתלוננת לדירתו של המערער, נעל הלה את דלת הדירה, ביקש מהמתלוננת להתיישב בזמן שיביא תמונה של אשתו המנוחה והציע להכין לה כוס תה. המתלוננת הסכימה מתוך נימוס והשניים המשיכו לשוחח. לפי המתואר בכתב האישום, במהלך השיחה, התיישב המערער לצד המתלוננת בסלון והחל לשתפה בתחושות בדידותו וכן ביחסי המין שקיים עם אשתו שנפטרה. כמו כן סיפר המערער למתלוננת כי הוגש נגדו כתב אישום בגין אונס של בחורה – וזאת, אף על פי שקיים עמה, לדבריו, יחסי מין בהסכמה – וחלק עמה את הקושי שלו לעמוד בפיתויים. לפי האמור בכתב האישום, בשלב זה חשה המתלוננת אי נוחות וניסתה לסיים את השיחה ולצאת מדירתו של המערער. בתוך כך, החל המערער לאחוז וללטף את ידה של המתלוננת ולנשק את גב ידה תוך שהוא אומר לה שהוא "חייב אישה" ושהיא "אישה צעירה", וכי הוא "אוהב וחייב סקס". המתלוננת ניסתה למשוך את ידה, אך המערער המשיך לאחוז בה ולא הרפה, תוך שהוא אומר לה שהיא "מתוקנת וחמודות" ומלטף אותה בראשה, בסנטרה, בפיה ובידיה. משאמרה המתלוננת למערער כי עליה ללכת לבית הספר, הפציר בה הלה להישאר. בחלוף מספר דקות, ניגשה המתלוננת לדלת הדירה ופתחה את המנעול. בשלב זה אמר לה המערער כי אסור לו לדבר עם "נקבות" וכי זה יהיה "הסוד הקטן שלהם" וביקש ממנה שלא תספר על כך לבתו אשר בדירתה שהה באותה העת במעצר בית. בבואה לצאת מהדירה, אחז המערער בשתי ידיה של המתלוננת, נישק אותה על לחיה, והמשיך

לעשות כן גם לאחר שהמתלוננת אמרה לו כי אינה מעוניינת בכך. לבסוף, הצליחה המתלוננת להשתחרר מאחזתו של המערער ונסעה לבית הספר.

פסק הדין קמא

3. במענה לכתב האישום, הודה המערער ברוב העובדות שנטענו נגדו, אולם הכחיש כי מעשיו נעשו בהקשר מיני או נבעו מכוונה מינית, כאשר הוא מתרץ את התנהלותו בבדידותו ובהיזקקותו לחברה ולאוזן קשבת. גרסת המערער היתה כדלקמן: הוא סובל מבעיה מנטלית הפוגעת בכושר השיפוט שלו; ביום האירוע, הוא עמד בפתח הדירה בה שהה במעצר בית; ומשהבחין במתלוננת בחדר המדרגות, פנה אליה והחל לשוחח עמה. המערער סיפר למתלוננת על פטירת אשתו והציע לה לראות את תמונתה ולהיכנס לדירתו על מנת להפיג את שממונו. לאחר שנכנסה המתלוננת לדירה, הכין המערער שני ספלי תה והשניים פצחו בשיחה בסלון, אשר במהלכה סיפר המערער למתלוננת על געגועיו לאשתו המנוחה וליחסי המין שקיים עמה. בהמשך, סיפר המערער למתלוננת כי הוא נאשם באונס של בחורה, וזאת על אף שקיים עמה יחסי מין בהסכמה, וכן כי הוא חש שהוא פוגע בתחושת הפרטיות של בתו, אשר בדירתה הוא שוהה. בתום השיחה ביקש המערער מהמתלוננת לשמור את פגישתם בסוד, וכשביקשה המתלוננת ללכת לבית הספר, ליווה אותה המערער לדלת הכניסה ושאל אם הוא יכול לנשק את ידיה. המערער טען כי משהשיבה המתלוננת בחיוב, הוא נישק את גב ידה וליטף את ראשה (עמ' 9-10 לפרוטוקול).

4. בעקבות כפירת המערער במניעים המיניים שיוחסו למעשיו, נתקיימה פרשת הוכחות ואחריה ניתנה הכרעת הדין. בהכרעת דין זו, סקר בית משפט קמא את עדותה של המתלוננת, אשר נמצאה מהימנה, ואת העדויות הנוספות אשר חיזקוה, ובכללן: עדותה של בעלת תפקיד טיפולי בבית הספר בו לומדת המתלוננת; עדות אמה של המתלוננת; עדויות חברותיה של המתלוננת; עדות מורתה של המתלוננת; עדותו של תלמיד תיכון אשר היה הראשון שפגש במתלוננת לאחר האירוע; וכן עדותה של יועצת בית הספר. המערער עצמו בחר שלא להעיד.

5. בסופו של יום, קבע בית משפט קמא את המסכת העובדתית כדלקמן:

"הנאשם [המערער דכאן – א.ש.] קרא למתלוננת שנכנסה לביתו; נעל את הדלת; הראה לה תמונות וסיפר על אשתו המנוחה וזיכרונותיו מהמישור המיני; התיישב או נשכב במעט (כנראה משהו בין שכיבה לישיבה) בסמוך למתלוננת על הספה. שלב המגע כלל את אחיזת המתלוננת בידה וליטוף היד... לרבות ליטופים באזור

הסנטר... נשיקה על ידה... ועל הלחי." (עמ' 9 להכרעת הדין).

6. קביעות אלה הוליקו את בית משפט קמא אל המסקנה כי ב"מישור הפורמלי והדווקני" (עמ' 11 להכרעת הדין), מעשיו של המערער – ליטוף המתלוננת הקטינה, נשיקה בכף ידה ובלחיה, כשברקע דיבורים בהקשר מיני – מגבשים עבירה של מעשה מגונה ברף חומרה תחתון. לצד זאת, בית משפט קמא מצא טעם בטענות ההגנה והתרשם כי מעשי המערער נבעו מגילו המופלג, מנוסטלגיה לימים טובים יותר ומבדידותו הרבה. בית משפט קמא הביע תחושת אי-נוחות מהרשעת המערער בביצוע מעשה מגונה לפי סעיף 348(ב) בנסיבות סעיפים 345(ב)(1) ו-345(א)(1) לחוק העונשין, בצינו כי: "קשה לראות כיצד אקבע שנבעו מעשי הנאשם מרצון לבזות את המתלוננת ובשים לב לגילו של הנאשם אף קביעה לפיה חתר הוא בנגיעותיו הקלות להגיע לסיפוק מיני, אינה נקייה מספקות" (עמ' 12 להכרעת הדין). בית המשפט המחוזי הוסיף וציין כי "ייתכן שפורמלית בוצעה אכן עבירה של מעשה מגונה, אך יש מקום לספק עד כמה באמת על הפרק פרשה שניתן לומר לגביה, שנועדה כוונת המחוקק, שעה שניסח את סעיף 348 לחוק העונשין, לעבירות שבוצעו בנסיבות שכאלה" (שם). נוכח הקשיים כאמור, פנה בית משפט קמא לדון בשאלת היחס בין העבירה של מעשה מגונה הקבועה בסעיפים 348-349 לחוק העונשין לבין העבירה של הטרדה מינית הקבועה בסעיפים 3 ו-5 לחוק הטרדה מינית. בתום דיון פרשני זה, ולאחר שציין כי המחוקק אינו משחית את מילותיו לריק, הגיע בית המשפט למסקנה הבאה:

"... בנסחו [המחוקק – א.ש.] את סעיף 3 שנועד להגדיר הטרדה מינית, התכוון להקנות את האפשרות שגם מעשים מגונים, ייחשבו הטרדה מינית, שאם לא כן, לשם מה נכללו סעיפים אלה במסגרת סעיף 3 שכל עניינו הגדרה מהי הטרדה מינית?! ויתר על זאת, אף מהותית, ברור לחלוטין, שהיה במעשי הנאשם כדי להטריד את המתלוננת הקטינה, עד מאד. ובדיוק לצורך מניעת מקרים שאינם ברף החומרה של מעשים מגונים, חתר המחוקק, ובצדק רב, לחקיקה מתאימה. מכאן בא לעולם החוק למניעת הטרדה מינית." (עמ' 14 להכרעת הדין).

7. בית המשפט קבע כי לאור רף החומרה הנמוך של מעשיו המגונים של המערער, ונוכח העובדה כי מעשיו ללא ספק הטרידו את המתלוננת, הרי שיש להרשיעו בעבירה של הטרדה מינית לפי סעיף 3(א)(2) לחוק הטרדה מינית, ולא בעבירה בה הואשם: מעשה מגונה לפי סעיף 348(ב) לחוק העונשין בנסיבות סעיפים 345(ב)(1) ו-345(א)(1) לאותו חוק.

8. בעקבות הרשעה זו, גזר בית משפט קמא את עונשו של המערער כמצויין לעיל; ומכאן הערעורים שלפנינו.

טענות הצדדים

9. הצדדים מסכימים ביניהם כי במקרה של קבלת ערעור המדינה ודחיית ערעור המערער, העונש יוותר על כנו; ועל כן שני הערעורים נסובו בעיקרם על מחלוקת משפטית-עקרונית: המדינה טוענת כי בית משפט קמא שגה בהרשיעו את המערער לפי סעיף חוק אשר כלל אינו מהווה עבירה פלילית, ואילו המערער טוען, מנגד, כי לא היה מקום להרשיעו כלל – לא בביצוע מעשה מגונה ולא בביצוע הטרדה מינית – זאת, משום שלמעשיו לא היה אופי מיני והם לא נבעו מבחינתו-שלו מתוך כוונה מינית כלל ועיקר, ומכאן שלא הוכח כי התקיימו במעשיו היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של "מעשים מגונים כמשמעותם בסעיפים 348 ו-349 לחוק העונשין" אליהם מפנה סעיף 3(א)(2) לחוק הטרדה מינית.

10. המערער טוען כי הרשעתו בעבירה בה הוא נמצא אשם לא הוכחה כדבעי וכי מן הדין לזכותו. נטען כי בית משפט קמא שגה בהסתמכו רק על עדותה הראשית של המתלוננת ולא על הדברים שאמרה בחקירתה הנגדית, כאשר לשיטת המערער, בחינת המסכת העובדתית אשר עולה ממכלול הדברים עליהם העידה המתלוננת מלמדת על כך שלא נעברה כל עבירה על ידו וכי יש לזכותו.

11. המערער מוסיף וטוען כי המסכת העובדתית שנקבעה על ידי בית משפט קמא, אף היא אינה יכולה לשמש בסיס להרשעתו, שכן מעשיו אינם עולים כדי "מעשה מגונה" במישור העובדתי – זאת, מאחר שאין בהם אלמנט של מיניות גלויה או רכיב בלתי מוסרי, בלתי הגון או בלתי צנוע. כמו כן טוען המערער כי היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה של "מעשה מגונה" לא הוכח אף הוא, שכן המדינה לא הוכיחה כי מעשיו נועדו לשם "גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים" במובנו של סעיף 348(ו) לחוק העונשין.

12. עוד טוען המערער כי בית משפט קמא עצמו הטיל ספק באשר לקיומו של היסוד הנפשי הדרוש, בקבעו כי מעשי המערער נבעו מגילו המופלג, מנוסטלגיה לימים טובים יותר ומבדידות רבה, וכי המערער לא ביקש "לבזות את המתלוננת ואף לא ביקש להגיע לסיפוק מיני... כאמור לעיל, אף לא נגע באיברים מוצנעים, בין של עצמו ובין שלה" (עמ' 14 להכרעת הדין). המערער מוסיף וטוען כי משהטיל בית המשפט ספק בקיומו של היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה של "מעשה מגונה", הרי שהיה עליו לזכותו כליל ולא להרשיעו בהטרדה מינית לפי החלופה שבסעיף 3(א)(2) לחוק הטרדה מינית, אשר

מגדירה הטרדה מינית כ"מעשים מגונים כמשמעותם בסעיפים 348 ו-349 לחוק העונשין". המערער מסכם וטוען כי הרשעתו בהטרדה מינית, מבלי שהוכחו יסודות העבירה של "מעשה מגונה", היא בגדר יצור כלאיים שאין לו מקום בדין הפלילי.

13. מנגד, המדינה טוענת כי משנקבע שמעשיו של המערער מגבשים עבירה של "מעשה מגונה", היה על בית משפט קמא להרשיעו במעשה מגונה ולא לפי סעיף חוק אשר אינו מקים עבירה פלילית. בהקשר זה, המדינה טוענת כי פרשנותו של בית משפט קמא לפיה "סחיטה באיומים" ו"מעשים מגונים" מהווים עבירה פלילית לפי חוק הטרדה מינית, ולא רק לפי חוק העונשין, הינה שגויה מיסודה.

14. בפרט, נטען כי בית המשפט המחוזי שגה בסברו כי אין צורך בהגדרת "מעשים מוגנים" כהטרדה מינית על-מנת שתקום בגינם עוולה אזרחית – זאת, מאחר שממילא עומדת לנפגע עבירה הזכות להגיש תובענת נזיקין בעקבות הרשעת הנאשם בפלילים. בהקשר זה, מבהירה המדינה וטוענת כי קיימת חשיבות רבה בהגדרת כל דפוסיה וצורותיה של הטרדה מינית כעוולה אזרחית – זאת, משום שחוק הטרדה מינית העמיד לנפגעות ולנפגעי הטרדה מינית הסדרים וסעדים חדשים, אשר לא היו קיימים בדין הקודם, ואף הטיל על מעסיקים רשימה של חובות הקשורות לכלל החלופות המנויות בחוק.

15. כמו כן נטען, כי בית משפט קמא שגה בקבעו כי בחקיקת חוק הטרדה מינית ביקש המחוקק לאפשר הרשעה בעבירה קלה יותר כאשר מעשה מגונה המיוחס לנאשם מצוי ברף חומרה נמוך. המדינה מדגישה כי תכלית זו אינה נזכרת, ולו במשתמע, בדברי ההסבר להצעת חוק הטרדה מינית; ולשיטתה, תכלית כאמור אף מנוגדת ללשון החוק. עוד מדגישה המדינה כי חוק הטרדה מינית לא שינה במאומה את האיסור הפלילי של "מעשה מגונה" הקבוע בחוק העונשין. נטען כי בעוד שסעיף 3 לחוק הטרדה מינית מגדיר "הטרדה מינית" ככוללת גם "מעשים מגונים" כמשמעותם בחוק העונשין, הרי שסעיף 5 לחוק הטרדה מינית – סעיף אשר קובע עונשים פליליים בגין המעשים המוגדרים כ"הטרדה מינית" – מחריג מקרבו מעשים של "סחיטה באיומים" ו"מעשים מגונים". נטען כי סעיף 5 לחוק הטרדה מינית קובע כי רק הטרדות מיניות אשר מוגדרות ככאלה בסעיפים 3(א) – 3(א)(6) מהוות עבירה בת-עונשין; ומכאן שהחלופות של "סחיטה באיומים" ו"מעשים מגונים" – שמקומן באכסניה אחרת: סעיפים 3(א)(1) ו-3(א)(2) לחוק – היו ונשארו עבירות לפי חוק העונשין בלבד.

16. לבסוף טוענת המדינה, כי אמנם אין חולק שהמעשים בגינם הורשע המערער מצויים ברף חומרה נמוך, אולם הדבר אמור לבוא לידי ביטוי בגזר הדין בלבד. באשר

להכרעת הדין, לא היה מקום להרשיע את המערער ב"עבירה" שאינה מוגדרת ככזאת בספר החוקים. כמו כן, מבקשת המדינה לעמוד על הכלל לפיו הפררוגטיבה לבחירת סעיפי האישום היא של התביעה; ומשעלה בידי התביעה להוכיח את התקיימותם של כל יסודות העבירה המיוחסת לנאשם בכתב האישום, חובה על בית המשפט להרשיע את הנאשם בעבירה זו בלבד.

דיון והכרעה

17. סבורני כי עלינו לקבל את ערעור המדינה ולדחות את ערעורו של המערער – כל זה מהנימוקים שאפרט להלן.

העובדות

18. הלכה היא עמנו כי בית משפט זה, ביושבו על מדין כבית משפט לערעורים פליליים, אינו מתערב, ככלל, בממצאי עובדה ומהימנות אשר נקבעו על ידי הערכאה הדיונית על בסיס התרשמותה הישירה מהעדים שמסרו את עדותם לפניה (ראו למשל: ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632, 643-645 (2000); ע"פ 2485/00 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד נה(2) 918, 924 (2001); וכן ע"פ 4655/12 אדרי נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (29.9.2014)). כלל זה מסוייג במספר חריגים (ראו: ע"פ 7401/07 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 5 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (31.7.2008); ע"פ 5633/12 ניימן נ' מדינת ישראל, פסקה 28 לפסק דינו של השופט א' שהם (10.7.2013); וכן ע"פ 433/13 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 32 (2.6.2014)), אך אלו אינם נוגעים לענייננו-שלנו. טעמו של הכלל נעוץ בכך שהערכאה הדיונית מתרשמת באופן ישיר ובלתי אמצעי מן העדים וממהימנות גרסאותיהם, ומכאן עדיפותה על פני ערכאת הערעור. במקרים בהם בליבת הראיות ניצבת עדותו של קרבן עבירת מין, כלל זה חל ביתר שאת – שכן, במקרים כאלה "...מעצם טיבו, עוסקת העדות בנושא שהוא טראומטי ואינטימי כאחד, ולפיכך מתעורר, לעיתים, קושי במתן עדות ברורה ורהוטה. בנסיבות כאלה, הטון, אופן הדיבור, שפת הגוף, וכל אותם גורמים שאינם שייכים ישירות לעולם התוכן, מקבלים משקל חשוב עוד יותר" (ראו: ע"פ 6375/02 בבקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 419, 425-426 (2004) (ההדגשה הוספה – א.ש.); וכן ע"פ 4046/97 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (22.4.2004) ע"פ 3273/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה יז (30.12.2010); וכן ע"פ 4054/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 31 (30.4.2012)).

19. כפי שכבר צויין על ידי, המקרה דנן אינו נמנה עם אותם מקרים חריגים בהם ערכאת הערעור תתערב בממצאיה של הערכאה הדיונית. בית המשפט המחוזי ביסס את ממצאיו על עדותה של המתלוננת, אשר נמצאה מהימנה, ועל עדויות נוספות אשר

חיזוקה. המערער כלל לא מסר את עדותו, וגם בכך ניתן לראות משום חיזוק לעדות המתלוננת, כאמור בסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. למעלה מן הנדרש, אציין כי מקריאה של פרוטוקול הדיון, ובו עדותה של המתלוננת, ניתן להתרשם כי גרסתה אכן מהימנה, ורושם זה אינו משתנה גם למקרא ה"תמיהות" שעליהן ניסה המערער להצביע בערעורו, ואשר ממילא לא היה בכוחן לסייע לו מפאת שוליותן. בחינת עדותה של המתלוננת כמכלול מלמדת באופן ברור על כך שלא נפל שום פגם באופן שבו קבע בית משפט קמא את עובדות המקרה.

20. לא נותר לי אפוא אלא לדון בשאלה האם מעשיו של המערער מהווים "מעשה מגונה" כמשמעו בסעיפים 348 ו-349 לחוק העונשין.

21. בשאלה זו אדון כעת בהתבסס על המסכת העובדתית כפי שנקבעה על ידי בית משפט קמא, כדלהלן: המערער קרא למתלוננת (בת 15 במועד האירוע) והזמינה להיכנס לדירתו. לאחר שהמתלוננת נכנסה לדירה, נעל המערער את הדלת, הראה לה תמונות והחל לספר לה על אשתו המנוחה ועל זיכרונותיו המיניים עמה. בשלב מסוים, המערער התיישב או נשכב בסמיכות למתלוננת על ספת הסלון והחל במגע עם עמה. מגעים אלה כללו את אחיזת ידה של המתלוננת, את ליטוף ידה וסנטרה ואת נישוק ידה ולחיה. אין חולק על כך שהמתלוננת היתה נסערת בצאתה מדירת המערער; וכן על כך שהמערער ניהל שיחה עם קטינה בת 15 שנים – אשר עמה לא היתה לו שום היכרות קודמת – על חיי המין שהיו לו עם אשתו, תוך אזכור העובדה שהוא נמצא במעצר בית בהיותו חשוד בביצוע עבירת מין חמורה.

22. האם ביצע המערער עבירה של "מעשים מגונים", ואם כן – מהם סעיפי האשמה הנכונים? בשאלה מעורבת זו של דין ושל עובדה אדון כעת.

הדין

23. המערער הורשע, כאמור, בביצוע הטרדה מינית לפי סעיף 3(א)(2) לחוק הטרדה מינית, אשר קובע כדלקמן:

3" (א) הטרדה מינית היא כל אחד ממעשים אלה:

[...]

(2) מעשים מגונים כמשמעותם בסעיפים 348 ו-

349 לחוק העונשין;

[...]"

24. סעיף 348(ו) לחוק העונשין, אליו (בין היתר) מפנה סעיף 3(א)(2) לחוק הטרדה מינית, מגדיר "מעשה מגונה" כהאי לישנא:

"(ו) [...] "מעשה מגונה" – מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים."

25. ודוק: סעיף 348(ו) לחוק העונשין מגדיר "מעשה מגונה" כמכוון מבחינת עושהו להשגת "גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים", אולם אין הוא דורש את השגת המטרה בפועל. מעשה אשר נעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים אינו חדל להיות "מגונה" כאשר עושהו אינו מצליח לבזות את האחר או להביא את עצמו למצב של גירוי או סיפוק מיני. במילים אחרות: עסקינן בעבירת התנהגות, ולא בעבירת תוצאה. עבירת התנהגות זו מורכבת מהיסוד העובדתי של מעשה בעל אופי מיני ומהיסוד הנפשי של רצון העושה לגרום לגירוי, סיפוק או ביזוי מיניים – זאת, בין אם מדובר ברצון אפקטיבי ובר-מימוש, ובין אם מדובר ברצון עקר שאינו ניתן למימוש (ראו: ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 511 (1984) (להלן: פלר); ע"פ 6269/99 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 496, 502-501 (2001) (להלן: עניין כהן); ע"פ 6255/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 168, 175-176 (2004) (להלן: פרשת פלוני); ע"פ 1694/08 זוהר נ' מדינת ישראל (14.1.2009); וכן בועז סנג'רו ביקורת דיני העונשין הישראליים 141 (2020)).

בשני יסודות אלו – העובדתי והנפשי – אתמקד כעת.

היסוד העובדתי

26. במסגרת טיעוניו בכתב ובעל-פה, טען בא-כוחו של המערער כי אין במעשי שולחו אלמנט של מיניות גלויה, ואף לא מתקיים בהם יסוד לא מוסרי, לא הגון או בלתי צנוע. עוד נטען כי מתן נשיקה על כף היד ועל לחיו של אדם אחר, אינו אלא דרך מקובלת של היפרדות בתרבות אליה המערער משתייך.

טענות אלה תלויות על בלימה, ואסביר.

27. חוק העונשין אינו מכיל בתוכו פירוט של כלל ההתנהגויות אשר נופלות בגדרו של "מעשה מגונה", והרכיב ההתנהגותי של העבירה קא עסקינן הוא רחב למדי (ראו: עש"מ 6737/02 מדינת ישראל נ' זקן, פ"ד נז(2) 312, 326-327 (2003) (להלן: עניין זקן); ע"פ 7004/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (17.7.2012); וכן ע"פ 5169/16 שרייבר נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (4.9.2016)).

לפני למעלה מ-60 שנה נקבע כי:

"המונח "מעשה מגונה" אינו נתון להגדרה ממצה ומדויקת. דבר זה אין לך בו אלא מקומו ושעתו, והשקפות החברה בה מבוצע המעשה. ברוב המקרים – אך לא תמיד ממש – מצוי במעשה זה יסוד של יצרי מין... " (דברי השופט מ' זילברג (כתוארו אז) בע"פ 315/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' ג'בארה, פ"ד יג(1) 566, 565 (1959)).

28. כמו כן ידענו זה מכבר כי מעשה מגונה "... הוא מעשה שבנסיבות העניין הוא בעיני האדם הסביר מעשה מגונה, ובלבד שנעשה הוא למטרה של גירוי, סיפוק או ביזוי מיני" (ראו: פרשת פלוני, בעמ' 177; וכן ע"פ 9603/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (כתוארו אז) (27.9.2011) (להלן: ע"פ 9603/09)). היחס שבין היסוד העובדתי ליסוד הנפשי בעבירת מעשה מגונה הוסבר על ידי השופט מ' חשין (כתוארו אז) בזו הלשון:

"בעבירה של עשיית מעשה מגונה קשה להתעלם מכך שיש זרימה בין היסוד הנפשי לבין היסוד העובדתי. היסוד הנפשי והיסוד העובדתי שבעבירה אינם הרמטיים זה לזה. היסוד הנפשי חודר על דרך האוסמוזה אל היסוד העובדתי, והיסוד העובדתי עשוי לשנות צבעו על-פי היסוד הנפשי." (ראו: פרשת פלוני, בעמ' 177).

29. השאלה האם התנהגות מסוימת מהווה "מעשה מגונה" חייבת, על כן, להיבחן בראי "האדם הסביר" – דהיינו: לפי המוסכמות החברתיות שלפיהן אנו חיים. כלשונו של השופט חשין בפרשת פלוני:

"התשובה לשאלה היא שאמורים אנו לגזור את הגנות שבמעשה פלוני מאותו מקום שמושג המעשה המגונה בא אלינו, דהיינו מתוך השקפות החברה באשר להיותו של מעשה פלוני מעשה מגונה. המבחן הוא "מבחן אובייקטיבי, מעשה שעל פניו קיים בו אלמנט מגונה על-פי השקפות החברה בה מתבצע המעשה", או "מעשה, אשר יש בו על פניו אלמנט של מיניות גלויה, ואשר לפי אמות מידה אובייקטיביות של מתבונן מן הצד, של האדם הממוצע, ייחשב לא הגון, לא מוסרי, לא צנוע" [...]. "מבחן אובייקטיבי", "השקפות החברה", "האדם הממוצע" – כל אלה, ידענו, הם האדם הסביר של ימינו, קרא בית-המשפט כגוף הנותן ביטוי למצוי הראוי." (ראו: שם, בעמ' 176-177 (ההדגשות הוספו – א.ש.) (ראו גם: ע"פ 616/83 פליישמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 449, 458-457 (1985) (להלן: עניין פליישמן); וכן ע"פ 9603/09 בפסקה 12)).

30. לא כאן המקום לפרוש יריעה רחבה בעניינו של "האדם הסביר" והזיקה שבינו לבין תפיסות עולם ותרבות שונות בחברה חופשית, הטרוגנית ופלורליסטית. אכן, אדם אחד יכול להבין מעשה מסוים כמעשה טבעי ורגיל, שאינו נגוע בשום פגם מוסרי, בעוד שאדם אחר יכול לתפסו כמגונה ופסול מניה וביה (ראו: אורית קמיר "משפט, חברה ותרבות בפרשת חיים רמון: ניתוח עבירת 'מעשה מגונה', מוסכמות חברתיות רלוונטיות והצעת 'החוק למניעת כפייה מינית'" המשפט יג 289, 316-328 (2008) (להלן: קמיר, משפט, חברה ותרבות); פרשת פלוני, בעמ' 177-179; עניין זקן, בעמ' 326-327; וכן חילוקי הדעות שנתגלעו בעניין פליישימן). ברם, תובנה חשובה זו, אין בה כדי ליצוק פלורליזם תרבותי אל תוך האיסור הפלילי על "מעשה מגונה" באופן שיאפשר למי שכופה את עצמו על הזולת ומבצע בו מעשה המוגדר כמגונה בדיני העונשין למלט את עצמו מן האחריות ומן העונש. פטור מעין זה יסכל מניה וביה את מטרותיהם של דיני העונשין, יפגע בערכים החברתיים עליהם דינים אלו מגנים, ויחשוף חלקים מהאוכלוסייה – אנשים שאין בכוחם להגן על עצמם – לפגיעות מיניות (ראו והשוו: פלד, בעמ' 43-39, 57; עש"מ 6713/96 מדינת ישראל נ' בן אשר, פ"ד נב(1) 650, 681 (1998) (להלן: עניין בן אשר); וכן אורית קמיר "החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית – איפה אנחנו במלאת לו עשור?" משפט ועסקים ט 9, 31 (2008) (להלן: קמיר, החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית)). תרחיש עגום זה מסביר את היותו של האיסור הפלילי "הגבול העליון של הסובלנות אשר מעבר לו התחשבות וסובלנות כלפי תרבויות לא-ליברליות ולא-סובלניות אינן בגדר הרצוי" (ראו: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך ב 938 (מהדורה שניה, 2010); וראו גם: ע"פ 10358/08 אזבדגה נ' מדינת ישראל, פסקה 8 והאסמכתאות שם (16.3.2010); ע"פ 6313/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (1.12.2013)).

31. בהקשר זה, נזכור כי –

"מקור האיסור הפלילי לבצע מעשה מגונה בצורך להגן על שלמות גופו, צנעת פרטיותו וכבודו של האדם. זכותו של אדם באשר הוא להגנה מפני פגיעה בגופו ובכבודו כמו גם זכותו לפרטיות ולצנעת חייו הוכרו כזכויות יסוד בסעיפים 2 ו-7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] זכותו של אדם להגנה על גופו ולמניעת פגיעה בצנעת פרטיותו מוכרת במארג היחסים בין אדם לאדם ובין אדם לשלטון. היא חוצה את תחומי המרקם האנושי בהקשרים רבים ושונים [...] ערך ההגנה על זכותו של אדם לצנעת גופו עומד גם ברקע האיסור הפלילי על ביצוע מעשה מגונה והוא נושא ממד רב-משקל נוכח הפגיעה הכרוכה בו בזכות יסוד של הנפגע להגנה על גופו ועל כבודו." (ראו: דברי השופטת א' פרקצ'יה בעניין כהן, בעמ' 507).

32. בגדרי דיני העונשין אשר חלים במקומותינו, מתן פטור תרבותי מאחריות פלילית למי שחודר למרחב החירות של הזולת ופוגע בו מינית איננו אפשרי וממילא איננו רצוי (ראו והשוו: פרשת פלוני, בעמ' 181; ע"פ 2411/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(1) 170, 214 (2008); ע"פ 9603/09, פסקאות 13-14; וכן עניין כהן, בעמ' 507). אין בידינו לשרש דפוס תרבות שמתיימרים לתת לגיטימציה למעשים בעלי אופי מיני אשר פוגעים באדם אחר מבלי שהוא מסכים – או מבלי שיש לו יכולת להסכים – לעשייתם. לצד מגבלה זו, סמכויות השפיטה אשר מופקדות בידינו מאפשרות לנו – ולדידי, מחייבות אותנו – לחסום את זליגתם של דפוס תרבות אלה אל תוך יסודותיהן של עבירות מין; וכך נעשה. "מעשה מגונה" לא יפסיק אפוא להיות מגונה ובר-עונשין מפאת קיומו של דפוס תרבותי כזה או אחר שמתיימר להלבינו ולתת לו לגיטימציה. כמו כן, מי שעושה מעשה כאמור לא יוכל לפטור את עצמו מההרשעה ומהעונש בטענה כי דפוס תרבות הטבוע באמונתו גרם לו להאמין שמדובר במעשה מותר, ולא בעבירה בת קלון (ראו: סעיף 34 לזכרון חוק העונשין; וכן פלר, בעמ' 545-550).

33. לצד הבהרות אלה, יש להודות בפה-מלא כי היותו של מעשה "מעשה מגונה" בעל משמעות מינית תלוי לעתים בנסיבות המקרה. בהחלט ייתכנו מצבים שבהם מעשה מסוים ייתפס – אובייקטיבית – כ"מעשה מגונה" בעל משמעות מינית, בעוד שבנסיבות אחרות, מעשה אשר נראה על פניו זהה לחלוטין יכול להתגלות כמעשה שלא דבק בו כל רבב (ראו: עניין פליימן, בעמ' 460-461). וגם ההפך הוא הנכון: בנסיבות מסוימות, מעשה אשר על פניו נראה תמים יכול שיהא בגדר "מעשה מגונה" – זאת, כאשר מכלול נסיבותיו שוללות את אופיו התמים של המעשה ומזהים בו, על-פי התפיסה החברתית הנוהגת, פגיעה בגוף, בנפש, בכבוד ובחופש הרצון של נפגעת העבירה (ראו: ע"פ 63/58 עג'מי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 421, 433-434 (1959) (להלן: עניין עג'מי); ע"פ 9603/09, בפסקה 13; עניין זקן, בעמ' 326-327; וכן ע"פ 7792/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 77-78 (28.9.2016)).

יפים לעניין זה דבריו של השופט י' זמיר:

"מחמאה, שיחה על נושא מיני, מגע גופני, ואפילו חיבוק או נשיקה, לא בהכרח יש להם אופי מיני. הכול תלוי בטיב היחסים שבין שני הצדדים ובנסיבות. בדרך-כלל ברור מן הנסיבות אם יש, או אין, להתנהגות אופי מיני. לעתים אין זה ברור. עם זאת, כפי שנאמר לגבי פיל, אף שקשה להגדיר אותו, כשרואים אותו, אין קושי לזהות אותו" (ראו: עניין בן אשר, בעמ' 682 (ההדגשה הוספה – א.ש.)).

34. דברים אלה יפים גם למקרה שלפנינו. ברי הוא כי מעשיו של המערער, גבר כבן 80, אשר כללו שיחה בעלת תוכן מיני מובהק עם המתלוננת, קטינה בת 15, ליטופה על ידה ובאזור סנטרה ונישוקה על ידה ועל לחיה שלא בהסכמתה החופשית – הם בגדר "מעשים מגונים". במסגרת המוסכמות החברתיות לפיהן אנו חיים, מעשים כאמור נחשבים בלתי הוגנים, בלתי צנועים ובלתי מוסריים. אשר על כן, היסוד העובדתי הדרוש להתהוות העבירה של "מעשה מגונה" נתקיים.

היסוד הנפשי

35. בקביעתי בדבר התקיימות היסוד העובדתי לא סגי, שכן, גם מעשה אשר לתפיסת האדם הסביר ייראה, על פניו, כ"מעשה מגונה", לא ייחשב לכזה בסופו של יום, אלא אם יוכח מעבר לספק סביר כי התלווה אליו יסוד נפשי של רצון להגשים את אחת משלוש המטרות המגוונות אשר מנויות בחוק: (א) השגת גירוי המיני של העושה; (ב) השגת סיפוקו המיני של העושה; (ג) ביזויה המיני של נפגעת העבירה (ראו: פרשת פלוני, בעמ' 179-180; עניין כהן, בעמ' 500-502; וכן ע"פ 465/06 אביבי נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (6.2.2008)).

36. המערער טען כי למעשיו אלו לא נלוותה שום מטרה מינית, וכי מעשיו – כל כולם – נועדו להפיג את בדידותו ונבעו מגילו המופלג ומגעגועים לימים טובים יותר. בית משפט קמא מצא טעם בטענות אלו, תוך שהוא מציין כי "קשה לראות כיצד אקבע שנבעו מעשי הנאשם מרצון לבזות את המתלוננת [...] אף קביעה לפיה חתר הוא בנגיעותיו הקלות להגיע לסיפוק מיני, אינה נקייה מספקות [...] מקובל, שלרוב, קשור מעשה מגונה במגע באיברים מוצנעים, בין של הקורבן ובין של הנאשם, ואין כל מגע מסוג זה בפרשתנו." (עמ' 12 להכרעת הדין).

37. סבורני כי בקביעתו של בית משפט קמא כי המערער כפי הנראה לא פעל לשם סיפוקו או גירוי המיני נפלה טעות משפטית. ראשית, התהוות העבירה של מעשה מגונה איננה תלויה בקיומו של מגע פיזי כלשהו – קל וחומר, מגע באיברים מוצנעים – בין מבצע העבירה לבין קורבנו (ראו: עניין זקן, בעמ' 326; ע"פ 9603/09, בפסקה 20; ע"פ 2281/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 41 (16.4.2012); ע"פ 7725/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 31-34 לפסק דינו של השופט ס' גובראן (כתוארו אז) (24.1.2013) (להלן: ע"פ 7725/11); וכן קמיר, משפט, חברה ותרבות, בעמ' 313-314)). מחוקקנו לא ראה במגע פיזי בין מבצע העבירה לקורבנו תנאי אשר בלעדיו העבירה של מעשה מגונה אינה מתגבשת; וניתן בהחלט להרשיע אדם בעבירה של מעשה מגונה גם בהיעדר מגע כאמור (ראו: ע"פ 9012/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (23.1.2012); ע"פ 4802/18

פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 לחוות דעתי (29.1.2019) (להלן: ע"פ 4802/18)). כלשונה של השופטת ד' ברק-אדל: "... מעשה מגונה באדם הוא מעשה שנעשה בו עצמו – אך לאו דווקא בגופו" (ראו: ע"פ 7725/11, בפסקה 8 לפסק דינה של השופטת ברק-אדל). כאמור, גם מעשה אשר נראה, לכאורה, תמים עשוי להיות מעשה אשר מבוצע "לשם גירוי, סיפוק, או ביזוי מיניים" כאשר נסיבות ביצועו משוות לו אופי מיני ומגונה (ראו: עניין עג'מי, בעמ' 433; עניין פלייטמן, בעמ' 453; רע"פ 5603/15 אמיר נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (17.9.2015); וכן ע"פ 8271/14 רצון נ' מדינת ישראל, פסקאות סה-סו (31.7.2016)).

38. שנית, מניעיו ומטרותיו של עושה המעשה לעולם נלמדות מהנסיבות האופפות את האירוע הקונקרטי (ראו: פרשת פלוני, בעמ' 180; עניין פלייטמן, בעמ' 455; ע"פ 10222/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (5.12.2007); ע"פ 2353/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (7.12.2009); וכן ע"פ 5808/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (7.10.2015)).

כפי שהובהר בע"פ 5757/00 פלוני נ' מדינת ישראל (2.10.2000):

"מחשבותיו וכוונותיו של נאשם נלמדות בדרך של הסקת מסקנות מן העובדות שהוכחו, תוך בחינתן במאזני סבירות והגיון" (שם, פסקה 2).

39. במקרה דנן, המעשים שהמערער ביצע במתלוננת בוצעו, על כורחה, על רקע השיחה בעלת תוכן מיני מובהק שהלה יזם וניהל עמה. בשיחה זאת, כאמור, הליך המערער באוזני המתלוננת על החסכים המיניים שהוא חווה מאז פטירתה של אשתו. ברי הוא, כי הלך רוחו ומחשבותיו של המערער בשיחה זו התמקדו בעיקר, אם לא באופן בלעדי, בצרכיו המיניים. מכאן עולה מסקנה ברורה כי המעשים שהמערער ביצע במתלוננת כהמשך ישיר לאותה שיחה נעשו על ידו כדי לספק את הצרכים המיניים עליהם דיבר.

40. זאת ועוד: בית משפט קמא קבע כי "במישור הפורמלי והדוקני [...] מעשי הנאשם מגבשים עבירה של מעשה מגונה, גם אם ברף התחתון. ליטוף המתלוננת, נשיקה בכף ידה ובלחי, כשברקע, דיבורים בהקשר מיני, מהווים מעשה מגונה. ומה גם, שהמדובר בקטינה" (עמ' 11-12 להכרעת הדין). קביעה זו התבססה בעיקרה על עדותה של המתלוננת, אשר נמצאה מהימנה, ועל תחושותיה בזמן האירוע ואחריו. נוכח קביעה זו, והעובדה שהמתלוננת יצאה מדירת המערער בסערת רגשות – קביעתו של בית המשפט לפיה "קשה

לראות כיצד... נבעו מעשי הנאשם מרצון לבזות את המתלוננת ... [או] להגיע לסיפוק מיני" (שם, עמ' 12) נראית בעיני מוקשית.

41. הנני קובע אפוא כי היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה של מעשה מגונה התקיים אף הוא במקרה דנן. מכאן עולה מסקנה חד משמעית כי המערער ביצע במתלוננת מעשה מגונה בנסיבות אינוס, כהגדרתו בסעיפים 348(ב), 345(ב)(1) ו-345(א)(1) לחוק העונשין.

ערעור המדינה: מעשה מגונה או הטרדה מינית?

42. לאחר שידענו כי מעשיו של המערער מהווים "מעשה מגונה" כמשמעו בחוק העונשין, כיצד ניתן להרשיעו – חלף עבירה זו – בעבירה של הטרדה מינית לפי חוק הטרדה מינית?

43. בית משפט קמא נתן הסבר לקושיה זו באומרו כך:

"חזקה על המחוקק שהוא לא משחית את מילותיו לריק. מכאן, שבנסחו את סעיף 3 שנועד להגדיר הטרדה מינית, התכוון להקנות את האפשרות שגם מעשים מגונים, ייחשבו הטרדה מינית, שאם לא כן, לשם מה נכללו סעיפים אלה במסגרת סעיף 3 שכל עניינו הגדרה מהי הטרדה מינית?! ויתר על זאת, אף מהותית, ברור לחלוטין, שהיה במעשי הנאשם כדי להטריד את המתלוננת הקטינה, עד מאד. ובדיוק לצורך מניעת מקרים שאינם ברף החומרה של מעשים מגונים, חתר המחוקק, ובצדק רב, לחקיקה מתאימה. מכאן בא לעולם החוק למניעת הטרדה מינית." (עמ' 14 להכרעת הדין).

44. סבורני כי בית משפט קמא נקלע לכלל טעות; ואסביר.

לשון החוק

45. סעיף 3 לחוק הטרדה מינית, שכותרתו "הטרדה מינית והתנכלות", מגדיר מהם סוגי ההתנהגות אשר ייחשבו ל"הטרדה מינית":

3. (א) הטרדה מינית היא כל אחד ממעשים אלה:
(1) סחיטה באיומים, כמשמעותה בסעיף 428 לחוק העונשין, כאשר המעשה שהאדם נדרש לעשותו הוא בעל אופי מיני;
(2) מעשים מגונים כמשמעותם בסעיפים 348 ו-349 לחוק העונשין;

(3) הצעות חוזרות בעלות אופי מיני, המופנות לאדם אשר הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעות האמורות;
 (4) התייחסויות חוזרות המופנות לאדם, המתמקדות במיניותו, כאשר אותו אדם הראה למטריד כי אינו מעוניין בהתייחסויות האמורות;
 (5) התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית...
 (א5) פרסום תצלום, סרט או הקלטה של אדם, המתמקד במיניותו, בנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפיל את האדם או לבזותו, ולא ניתנה הסכמתו לפרסום..."

46. סעיף 4 לחוק הטרדה מינית קובע כי אסור לו, לאדם, להטריד מינית אדם אחר או להתנכל לו כאמור בסעיף 3 לחוק; אך אין הוא מעמיד שום סנקציה – פלילית, אזרחית או משמעטית – בגין התנהגות אסורה כאמור. סעיף 6 לחוק הטרדה מינית קובע כי "הטרדה מינית והתנכלות הן עוולות אזרחיות, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש], יחולו עליהן בכפוף להוראות חוק זה". בגדרו של סעיף זה, נקבע גם כי "בית המשפט רשאי לפסוק בשל הטרדה מינית או בשל התנכלות פיצוי שלא יעלה על סך 120,000 שקלים חדשים, ללא הוכחת נזק" (ראו: סעיף 6(ב) לחוק הטרדה מינית). קיומו של פיצוי סטטוטורי קצוב שהנפגעת מהטרדה מינית זכאית לקבל ללא הוכחת נזקה הוא כלי אכיפתי חשוב אשר מייחד את העוולה המיוחדת של הטרדה מינית מכלל העוולות המוכרות בדיני הנזיקין. בכך גם נמצא מענה לתהייתו של בית משפט קמא, שכאמור סבר כי הגדרתם של "סחיטה באיומים" ו"מעשים מגונים" כעוולות נזיקין בחוק הטרדה מינית אינה מוסיפה דבר.

47. סעיף 5 לחוק הטרדה מינית, אשר כותרתו "הטרדה מינית והתנכלות – עבירות", מגדיר הטרדות מיניות שמהוות עבירה פלילית. בעניינן של הטרדות אלה, קובע סעיף 5(א) לחוק כדלקמן:

"המטריד מינית אדם כאמור בסעיף 3(א)(3), (4), (5) ו-6(6), דינו – מאסר שנתיים; המטריד מינית אדם כאמור בסעיף 3(א)(5), דינו כדין הפוגע במזיד בפרטיות זולתו כאמור בסעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 [...] " (ההדגשות הוספו – א.ש.).

48. עינינו הרואות: סעיף 5 לחוק – אשר מגדיר את העבירות והעונשים – נמנע מלסווג מעשים של "סחיטה באיומים" ו"מעשים מגונים" כעבירות לפי חוק הטרדה מינית. זאת, מאחר שמעשים כאמור כבר מסווגים כעבירות פליליות בחוק העונשין, אשר גם קובע את העונשים שראוי להטיל בגינם. מסקנה ברורה זו נתמכת בדברי ההסבר להצעת החוק למניעת הטרדה מינית (ה"ח תשנ"ז 2641, 484). שם נכתב, בין היתר, כי:

"הצעת החוק אוסרת על ההטרדה המינית לפי דיני הנזיקין, דיני העונשין ודיני העבודה. בהצעת החוק כלולה הגדרה רחבה ומפורטת של ההתנהגויות האסורות. החוק המוצע קבוע כי כל אחת מהתנהגויות אלה מהווה עוולה נזיקית. תיקון עקיף של חוק העונשין, התשל"ז-1977, קובע שאותן התנהגויות, שאינן מהוות היום עבירה, ייקבעו כעבירה פלילית." (ראו: שם (ההדגשה הוספה – א.ש.)).

49. הווה אומר: המחוקק ביקש לקבוע כי "סחיטה באיומים" ו"מעשים מגונים" יישארו – כפי שהיו מימים ימימה – עבירות לפי חוק העונשין בלבד (ראו: קמיר, משפט, חברה ותרבות, בעמ' 303-315), בעוד שהעבירות החדשות של "הטרדה מינית" נזקקו להסדר סטטוטורי מיוחד שלא היה קיים לפני כן (ראו: קמיר, החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית, בעמ' 43; קמיר, משפט, חברה ותרבות, בעמ' 315; וכן הנחיית פרקליט המדינה מעשים מגונים, מעשים של הטרדה מינית והתנכלות, או מעשי עבירה מתאימים אחרים – קווי התייחסות שבין אכיפה פלילית לאכיפה משמעית הנחייה מספר 2.39 (2.7.2020)). השופט א' רובינשטיין (כתוארו אז) הטיב לסכם מצב משפטי זה ברע"פ 5538/12 פלוני נ' מדינת ישראל (19.7.2012), במילים אלו:

"נזכיר, כי בחוק למניעת הטרדה מינית נמנו המעשים המגונים כהטרדה לצורך החבות האזרחית לפי סעיף 6 לחוק, כמותם כסחיטה באיומים; ואילו החבות הפלילית על פי סעיף 5 באה רק על האמור בסעיף 3(ד) ואילך, בעוד הסחיטה באיומים והמעשים המגונים נותרים במגרש הפלילי ה"רגיל" שלהם [...]" (שם, פסקה ו) (ההדגשות הוספו – א.ש.).

50. סעיף 1 לחוק העונשין קובע עיקרון יסודי לפיו "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו". בעניינו של עיקרון זה, הזדמן לי להעיר כדלקמן:

"כך הוא לגבי ההבחנה בין מעשים שמהווים עבירה פלילית לבין אלו שאינם מגיעים כדי עבירה; וכך הוא הדין באשר להבחנה בין עבירה חמורה יותר לעבירה חמורה פחות [...]. בכל מקרה ומקרה שומה עלינו – ועל כל רשויות האכיפה, ללא יוצא מן הכלל – להיצמד אל מילותיו של החוק, שכן הן, ורק הן, מכוננות, מגדירות ומגבילות את הסמכות השלטונית להרשיע ולהעניש." (ראו: ע"פ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 35 (09.11.2020)).

פסק דינו של בית משפט קמא יצר עבירה פלילית ללא אסמכתא בחוק, בשל כך חובה עלינו לבטלו. בית משפט קמא צדק בקבעו כי מעשיו של המערער מצויים ברף החומרה התחתון של מעשים מגונים, אולם נתון זה אינו יכול להפוך "מעשה מגונה", כמשמעו בחוק העונשין, לעבירה שאינה מצויה בספר החוקים. נתון זה משליך אך ורק על עונשו של המערער, שמפאת גילו ושאר הנסיבות זכה לעונש קל (אם לא קל כנוצה, בהתחשב בחומרת העבירה שהלה ביצע).

סוף דבר

51. מהטעמים שלעיל אציע לחבריי כי נדחה את הערעור שהניח לפתחנו המערער ונקבל את ערעור המדינה – כך שנבטל את הרשעת המערער בעבירה של הטרדה מינית ונרשיעו – חלף זאת – בעבירה של מעשה מגונה בקטינה שטרם מלאו לה 16 שנים ושלא בהסכמתה החופשית, כהגדרתה בסעיפים 348(ב), 345(ב)(1) ו-345(א)(1) לחוק העונשין. באין ערעור על העונש אשר הושת על המערער על ידי בית משפט קמא – עונש זה יוסיף לעמוד בעינו.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שטיין.

ניתן היום, ח' בתשרי התשפ"ב (14.9.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט