

בבית המשפט העליון

דנ"פ 8539/02

בפני: כבוד הנשיא א' ברק

העותר: יצחק מרדכי

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

עתירה לדיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט
העליון ברע"פ 332/02 מיום 17.9.2002 שניתן
על ידי כבוד השופטים: מ' חשין, י' אנגלרד, א' לוי

בשם העותר: עו"ד יאיר גולן; עו"ד משה שחל;
עו"ד רם כספי; עו"ד נבות תל-צור

בשם המשיבה: עו"ד נאוה בן-אור

החלטה

לפני עתירה לקיום דיון נוסף בהחלטתו של בית משפט זה ברע"פ 332/02
(השופטים מ' חשין, י' אנגלרד, א' לוי), מיום 17.9.02, לפיה נדחתה בקשת העותר
לרשות ערעור.

1. נגד העותר הוגש כתב אישום בבית המשפט השלום בירושלים בו יוחסו לו
שלושה אישומים של מעשים מגונים. העתירה שלפני נוגעת אך ורק לאישום הראשון
(להלן – האישום הראשון) ובו אעסוק. עניינו של האישום הראשון במתלוננת א',
ששרתה בשנים 1992-1994 בלשכתו של העותר, עת היה אלוף פיקוד צפון בצה"ל.
במסגרת אישום זה, יוחסו לעותר שלוש פרשות של מעשים מגונים בנסיבות מחמירות
(עבירה לפי סעיף 348(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן – החוק)) במתלוננת
א'. שלוש הפרשות אירעו במהלך שנת 1992. סעיף 348(א) לחוק (כנוסחו עת אירעו
הפרשות) קבע כי:

”348. מעשה מגונה

(א) העושה מעשה מגונה באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345(א)(1) עד (4), כשינויים המחוייבים, דינו – מאסר שבע שנים.”

הנסיבות בהן נעשו המעשים המגונים העומדים במוקד האישום הראשון הן הנסיבות המפורטות בסעיף 345(א)(1) לחוק, אשר קבע (כנוסחו עת אירעו הפרשות) כי:

”345. אינוס

(א) הבועל אשה –

(1) שלא בהסכמתה החופשית עקב שימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ אחרים או איום באחד מאלה, ואחת היא אם נעשו אלה כלפי האשה או כלפי זולתה;

”...”

העותר הורשע על ידי בית משפט השלום בירושלים (השופטים י' צבן, ר' פרידמן-פלדמן, ר' כרמל) בשתיים מתוך שלוש הפרשות של האישום הראשון. העותר ערער בפני בית המשפט המחוזי על הרשעתו, בין היתר, באישום הראשון. בית המשפט המחוזי (הנשיא ו' זילר, השופטת י' צור והשופט ד' חשין) בפסק דינו מיום 28.11.01, קבל ברב-דעות את ערעורו של העותר ביחס לפרשה הראשונה (להלן – ”פרשת בת-יער”) של האישום הראשון וזיכה את העותר לגביה. בית המשפט המחוזי דחה ברב-דעות את ערעורו ביחס לפרשה השנייה (להלן – ”פרשת נתניה”) והותיר את הרשעתו בה על כנה.

2. בין שופטי בית המשפט המחוזי נתגלעה מחלוקת בשאלה איזה מבחן משפטי יש להחיל בשאלת גיבושו של יסוד ה”עקב שימוש בכוח”, כאשר בוחנים – במסגרת סעיף 348(א) לחוק – האם נוצרו הנסיבות המתוארות בסעיף 345(א)(1) לחוק. הנשיא זילר פסק כי יש להחיל מבחן המורכב מדרישה כפולה לפיה הכוח המופעל יהיה נלווה או חיצוני למעשה המגונה עצמו וכי כוח זה, שנלווה למעשה המגונה אך אינו חלק ממנו, הקל, אפשר או תרם לביצוע המעשה המגונה. לדבריו, ”במקרים בהם מדובר בכוח הטבוע בעצם ביצוע המעשה המגונה, ואין בו יסוד (ולו קל) של כפיה המסייעת לביצוע המעשה המגונה, אין המדינה מאשימה את מבצעי העבירה בביצוע מעשה מגונה בנסיבות מחמירות. גישה זו של המדינה תואמת את האמור בחוק...” (עמ' 7 לפסק הדין). לצד האמור, קבע הנשיא זילר כי יתכנו מקרים בהם יהיה הכוח הכופה

שלוך במעשה המגונה עצמו, אולם סבר שמקרהו של העותר אינו נופל לגדרם ועל כן זיכה את העותר מהעבירה בה הורשע בגין "פרשת נתניה". השופט צור, לעומתו, פסקה כי תנאי לגיבושו של היסוד האמור הינו קיומו של קשר ישיר בין הכוח לבין המעשה המגונה, בין שהכוח מהווה חלק מהמעשה המגונה ובין שהוא מתלווה למעשה המגונה. השופט חשין פסק שאינו רואה צורך להכריע במחלוקת שנתגלעה בין חבריו למותב, שכן לדידו בנסיבות המקרה שוכלל יסוד הכפייה כגורם נוסף וחיצוני למעשה המגונה עצמו. לצד האמור הוסיף כי "לשם קיום הדרישה של 'עקב שימוש בכוח', אין צורך בהתנגדות פיסית של הקורבן למעשה, ודי בהעמדתו של הקורבן – על רקע התנגדותו המילולית החיצונית והמפורשת – במצב בו הוא חייב להפעיל כוח פיסית כנגד העושה כדי להשתחרר מן המעשה... לשון אחר, מרכז ה'כובד' הוא בעצם העמדת הקורבן במצב של צורך להפעיל כוח כנגד העושה כדי למנוע את ביצוע המעשה המיני בו... ולא בשאלה האם אכן הביע הקורבן התנגדות פיסית" (עמ' 154 לפסק הדין). על כן, באשר ל"פרשת נתניה" קבעו השופט צור והשופט חשין, כנגד דעתו החולקת של הנשיא זילר, כי בנסיבותיה התגבש היסוד של "עקב שימוש בכוח" הנדרש לשם הרשעת העותר בעבירה לפי סעיף 348(א) לחוק, בנסיבות המפורטות בסעיף 345(א)(1) לחוק.

3. העותר פנה אל בית משפט זה (רע"פ 332/02) בבקשה כי תינתן לו רשות ערעור. בית משפט זה (השופטים מ' חשין, י' אנגלרד, א' א' לוי) דחה, בהחלטתו מיום 17.9.02 (להלן – ההחלטה), את בקשתו, תוך שהוא קובע:

"קראנו את טיעוניהם המפורטים של באי-כוח בעלי-הדין והוספנו ושמענו השלמות על-פה מפיהם. אחרי כל אלה הגענו לכלל מסקנה כי אין מקום להענקתה של רשות ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי. וזה טעמנו העיקרי להחלטתנו: גם אם נקבל את השקפתו של המיעוט באשר לפירושו של החוק, גם כך נחה דעתנו כי עוצמתו של הכוח-הכופה שהופעל על-ידי המבקש על גופה של המתלוננת - על-פי מימצאי העובדה שנקבעו בערכאת הדיון (בית-משפט השלום) - די בו כדי להוות "כוח כופה ממשי" (כלשונו של הנשיא ו' זילר) המקיים עבירה של מעשה מגונה בנסיבות האמורות בסעיף 348(א) לחוק העונשין. לשון אחר: גם בקבלנו את המבחן המשפטי של דעת המיעוט - ואיננו קובעים כך - יישומו של אותו מבחן על המקרה הנדון היה מביא להרשעתו של המבקש, וזאת בניגוד למסקנתו של כב' הנשיא ו' זילר. בתיתנו דעתנו לכל אלה, ממילא אין נדרשת הכרעה בחילוקי הדעות שנתגלעו בבית-המשפט המחוזי בנושא היסוד של 'עקב שימוש בכוח'."

מכאן עתירה זו לקיום דיון נוסף בפסק הדין.

4. העותר טוען כי קודם לדיון בעניינו במחוזי, לא היתה קיימת כל הלכה מנחה בסוגיה הנדונה של שימוש בכוח, שכן הסוגיה המשפטית של שאלת השימוש בכוח נדונה תמיד בקשר לעבירת האינוס ולא בקשר לעבירת המעשה המגונה. לטענתו, דעת הרב בבית המשפט המחוזי קבעה למעשה הלכה חדשה וקשה בכל הקשור לפירוש יסוד השימוש בכוח כנסיבה מחמירה בעבירה של מעשה מגונה. הלכה זו אומצה, לטענת העותר, על ידי בית משפט זה, והפכה עקב כך להלכה מחייבת, כפועל יוצא מכך שבית המשפט נמנע מדיון משפטי של ממש בקביעותו המשפטיות של בית המשפט המחוזי וכן נמנע מלהכריע במחלוקת המשפטית שהתגלתה בין דעת הרב לדעת המיעוט בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. לאור האמור, טוען העותר כי החלטתו של בית משפט זה מהווה למעשה קביעת הלכה חדשה ולנוכח קשיותה של הלכה זו וחדשנותה קמה לו עילה לדיון נוסף. לחילופין, טוען העותר כי אף אם פסק דינו של בית המשפט המחוזי משקף את "ההלכה", עדיין קשיותה של הלכה זו מקימה לו עילה לדיון נוסף. קשיות זו נובעת, לטענת העותר, מכך שיש בהלכה שנקבעה משום העדפה, המרעה עמו, של עמדה פרשנית אחת על פני עמדה פרשנית אחרת ומכך שהיא עתידה להשליך על מדיניות ההעמדה לדיון של המשיבה. העותר מוסיף ומעלה טענות רבות שעניינן הטעות המשפטית שנפלה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי וההשלכות הקשות הנובעות מהפיכת פסק דינו להלכה המחייבת. המשיבה טוענת בתגובתה (מיום 27.10.02) כי אין בעתירתו של העותר כדי לבסס עילה כלשהי לקיומו של דיון נוסף ולפיכך יש לדחותה. לדבריה, אין בהחלטתו של בית משפט זה כל חידוש משפטי וכן אין בה כל קושי. לא זו אף זו – המשיבה טוענת כי אין מתעוררת בעניין שלפנינו כל שאלה של תחימת גבולות או של מדיניות ראויה ביחס לעבירה שבה הורשע העותר וגם בכך, לטענתה, יש כדי להביא לדחיית עתירתו.

5. לאחר שעיינתי בחומר שבפני ובטענות הצדדים, נחה דעתי כי דין העתירה להדחות. העילות הקבועות בדיון לקיום דיון נוסף בפסק דינו של בית משפט זה הן אלו האמורות בסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן – חוק בתי המשפט). על פיו, רשאי נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר שנקבע לשם כך להורות על קיום דיון נוסף,

"...אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף."

בית משפט זה, בדחותו את בקשת העותר למתן רשות ערעור, קבע מפורשות כי אין הוא מכריע בין דעת הרב לדעת המיעוט בפסק דינו של בית המשפט המחוזי ואין הוא מאמץ מי מהן. זאת משום שמצא שהן יישומה של דעת הרב והן יישומה הנכון של דעת המיעוט על התשתית העובדתית של המקרה הנדון, יובילו לאותה התוצאה של הרשעת העותר. משכך, אין בסיס לטענת העותר לפיה יצאה מבית משפט זה הלכה חדשה העומדת בסתירה להלכה קודמת של בית משפט זה, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה יש מקום לערוך בה דיון נוסף. כל שיצא מלפני בית משפט זה הינה קביעה המוגבלת לנסיבותיו המיוחדות של המקרה שלפנינו, בו שתי (ואולי אף שלוש) הגישות המשפטיות העולות מדעת הרב ומדעת המיעוט בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, הגם שיתכן כי הן נבדלות במישור המשפטי-תיאורטי, מוליכות לתוצאה זהה במישור העובדתי-יישומי. לאורה של קביעה זו, נמנע בית המשפט מלנקוט עמדה לגבי המחלוקת שנתגלעה בבית המשפט המחוזי לגופה. העולה מהאמור הוא כי לא נקבעה בעניינו של העותר הלכה כלשהי, קל וחומר הלכה חדשה או הלכה המעוררת קושי מיוחד. משכך, לא התמלא התנאי המוקדם לעריכת דיון נוסף והוא כי בבית המשפט העליון נפסקה הלכה (ראו ד"נ 29/84 קוטווי נ' פויכטונגר, פ"ד לח(4) 505, 512; דנ"פ 6738/99 גוטליב נ' מדינת ישראל (לא פורסם), פסקה 5 לפסק הדין; דנ"א 6839/98 ה.ג.א. שירותים וניקיון נ' עיריית בת-ים (לא פורסם), פסקה 4 לפסק הדין; דנ"פ 5567/00 דרעי נ' מדינת ישראל (להלן – פרשת דרעי), פ"ד נד(3) 601, 612). על רקע זה נופלות ממילא שאר טענותיו של העותר שעניינן קשיותה של הלכה זו או חדשנותה.

6. אין לומר כי בהימנעו מלהכריע במחלוקת המשפטית שנתגלעה בין דעת הרב לדעת המיעוט בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, קבע בית משפט זה הלכה "במשתמע", תוך שהוא מאמץ את פסק דינו של בית המשפט המחוזי. זאת משום שעניינו של העותר הובא בפני בית משפט זה במסגרת בקשת רשות ערעור, במסגרתה בית המשפט אינו נדרש לגופן של ההלכות שיתכן ונקבעו בעניינו של המבקש בערכאות קודמות ואינו מכריע בהן, בין במפורש ובין במשתמע. דיון שכזה בהלכות גופן צפוי היה להעשות במסגרת הערעור עצמו, באם היתה ניתנת הרשות להגישו. לא זו אף זו – אפילו הייתי נכון להכיר בטענת העותר לפיה בהימנעות בית משפט זה מלהכריע במחלוקת שנתגלתה בבית המשפט המחוזי יש משום קביעת הלכה במשתמע, לא היה בכך כדי לסייע לו. זאת לאור הכלל לפיו בית משפט זה יורה על עריכת דיון נוסף רק מקום בו ההלכה שבגינה מבוקש דיון נוסף נקבעה בפסק-דינו של בית המשפט זה באופן ברור ומפורש (ראו דנ"א 3047/01 איליה נ' קיטטלינגר (לא פורסם), פסקה 6

לפסק דינו של השופט מצא; דנ"פ 10082/01 זאדה נ' מדינת ישראל (לא פורסם), פסקה 4 לפסק דינו של השופט חשין). יתרת טענות העותר, שעניינן הפגמים שנפלו בערכאות דלמטה, הן ערעוריות במהותן ואינן מהוות בסיס למתן דיון נוסף, שהלא, כפי שמציין העותר עצמו בעתירתו, דיון נוסף אינו ערעור נוסף (ראו דנ"פ 3489/93 אור נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(2) 661, 663; דנג"ץ 8479/99 התאחדות ענף הקולנוע בישראל ואח' נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו ואח' (לא פורסם), פסקה 7 לפסק הדין; פרשת דרעי, בעמ' 613). לפיכך דין העתירה להידחות.

ניתנה היום, כ"ז בטבת התשס"ג (1.1.2003).

ה נ ש י א