|  |  |
| --- | --- |
| **בית משפט השלום בירושלים** | |
|  |  |
| ת"פ 3696-09 מ.י. לשכת תביעות ירושלים (פלילי) נ' פלוני | |

|  |  |
| --- | --- |
|  | |
| **בפני** | **שופט שמעון שטיין** | |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בעניין:** | **מ.י. לשכת תביעות ירושלים (פלילי)** |  |
|  |  | **המאשימה** |
|  | **נגד** | |
|  | **פלוני** |  |
|  |  | **הנאשמים** |

נוכחים: ב"כ המאשימה – עו"ד נילי קהלני

ב"כ הנאשם – עו"ד אריאל עטרי

הנאש

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [348](http://www.nevo.co.il/law/70301/348), [349](http://www.nevo.co.il/law/70301/349), [349 (א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/349.a), [349(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/349.a.1), [34יז](http://www.nevo.co.il/law/70301/34jg), [34יח](http://www.nevo.co.il/law/70301/34jh), [34כד](http://www.nevo.co.il/law/70301/34kd)

ם

|  |
| --- |
| **הכרעת דין** |

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של מעשה מגונה בפומבי, עבירה לפי [סעיף 349(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/349.a.1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), תשל"ז- 1977 (להלן: **"חוק העונשין"**).

2. כפי המפורט בכתב האישום, ביום 26.3.09, בסמוך לשעה 20:20 ברחוב משה דיין בירושלים, ישב הנאשם ברכבו כאשר מכנסיו מופשלים, הביט בעוברת אורח שהייתה לטעמו לבושה בפריצות ואונן לשם סיפוקו המיני.

3. הנאשם כפר בעובדות כתב האישום.

4. בפתח הדברים, ועובר לקיום הדיון בטענת הצדדים יוטעם כי, כתב האישום אינו מפרט דברים כהווייתם, באשר אין מחלוקת בין הצדדים כי הנאשם לא ביצע את המיוחס לו בכתב האישום עת הביט בעוברת האורח אשר הייתה לבושה לטעמו בפריצות, כפי המשתמע מכתב האישום, כי אם הלה ביצע את המעשה המגונה לאחר שאותה עוברת אורח, אשר איננה המתלוננת, עוררה בו גירוי ובעת ביצוע המעשה עברה המתלוננת והבחינה בנאשם ובמעשיו.

### ראיות התביעה

מטעם התביעה העידו המתלוננת ואימה.

**עדות המתלוננת (ע"ת 1)**

5. כפי העולה מגרסת המתלוננת, במועד הרלוונטי לכתב האישום המתינה יחד עם חברתה לאימה, אשר התעתדה לבוא ולאסוף את המתלוננת לביתן לאחר שהאחרונה שבה מהבסיס בו שירתה דאז.

עת המתינו השתיים לאם המתלוננת, הגיח רכב מאחוריהן. המתלוננת סובבה את ראשה לעבר הרכב והבחינה בנאשם מאונן בתוכו. ברגע בו הבחין הנאשם במתלוננת, נמלט הנאשם מהמקום כשהוא נוסע ברוורס לאחור. המתלוננת רשמה את מספר הרכב בו נהג הנאשם.

המתלוננת הטעימה בעדותה כי המתלונן עצר את רכבו ברחוב ראשי, רחוב משה דיין בפסגת זאב, וכי אין מדובר בסמטה חשוכה.

בד בבד עם מנוסתו של הנאשם מהמקום, הגיעה אימה של המתלוננת, ולאחר שהמתלוננת סיפרה לה את שאירע החליטה האם לעקוב אחר רכב הנאשם עד אשר פגשו בו השתיים, או אז חסמה האם, באמצעות רכבה, את רכב הנאשם ובעקבות כך עלה הנאשם על אי תנועה. לא היו חילופי דברים בין הנאשם לבין אם המתלוננת.

המתלוננת ציינה במסגרת עדותה כי אין זה המקרה הראשון בו חווה חוויה כגון דא, וסיפרה כי בהיותה בכיתה ד', כאשר חזרה מבית הספר, נתקלה בבחור שעשה מעשה דומה למעשה אותו ביצע הנאשם וציינה כי במקרה דאז אותו בחור אף קרא לה.

6. במסגרת חקירתה הנגדית ציינה המתלוננת כי חברתה, אשר שהתה עימה בעת התרחשות האירוע ועמדה במרחק כמטר ממנה, לא הבחינה במעשי הנאשם, יחד עם זאת המתלוננת תיארה לה את אשר ראתה מיד לאחר שהבחינה במעשי הנאשם. בהמשך עדותה מציינת המתלוננת כי אין היא בטוחה כי סיפרה לחברתה את אשר ראתה וציינה כי אין היא זוכרת באופן מדויק את אשר אירע או כמה זמן נמשך מבטה אל תוך רכב הנאשם.

עוד ציינה המתלוננת כי בעת האירוע רכב הנאשם היה משמאלה, וכי הרכב הגיע מאחוריהן בתנועה איטית כאשר בשלב כלשהוא הרכב עצר. לשיטתה, הנאשם הבחין בה ובחברתה.

7. לשאלות בית המשפט השיבה המתלוננת כי היא הבחינה במעשי הנאשם בהיותה במרחק של כמטר עד מטר וחצי מרכב הנאשם, וכי הבחינה במעשיו דרך חלונו הצידי של הרכב. עוד טוענת כי ראתה את איבר מינו של הנאשם. כאשר נשאלה בחקירתה הנגדית מדוע לא ציינה עובדה זו בעת חקירתה במשטרה, השיבה כי אינה אוהבת להשתמש במילים אלה [ר' עמ' 10, ש' 5 לפרוטוקול].

### עדות אם המתלוננת (ע"ת 2)

8. במסגרת עדותה ציינה אם המתלוננת, כי עת הגיעה לאסוף את ביתה סיפרה לה האחרונה כי הנאשם הוציא את איבר מינו בפניה, ולפיכך החלה העדה רודפת אחריו. העדה מסרה כי ביתה אמרה לה כי רכב הנאשם נעמד מולה, המתלוננת התכופפה לכיוון הרכב או אז הראה לה הנאשם את איבר מינו. לאור דברי המתלוננת, נסעה העדה מייד בעקבות הנאשם עד אשר חסמה את רכבו בין שתי מכוניות או אז עלה הנאשם על אי תנועה וברח כל עוד נפשו בו.

העדה הטעימה כי אין היא זוכרת האם במסגרת מסירת הודעתה במשטרה ציינה כי המתלוננת אמרה לה כי הנאשם ניסה לדבר עימה.

### ראיות ההגנה

9. מטעם ההגנה העיד הנאשם.

אליבא דנאשם, במועד הרלוונטי לכתב האישום, שעה שנסע בשכונת פסגת זאב, כקילומטר לערך קודם לאזור בו ביצע את המיוחס לו בכתב האישום, ראה בצד הדרך אישה הלבושה בצורה חשופה, דבר אשר עורר בו גירוי והביאו לעצור בצד הדרך, לפתוח את רוכסן מכנסיו להכניס את ידו לתחתוניו ולאונן. הנאשם ציין כי עצר במפרץ בכביש ברחוב משה דיין, מקום בו תאורת הרכב לא פעלה אותה עת והטעים כי וידא, באמצעות המראות ברכבו, כי אין אף אחד בסביבתו. הנאשם צפה כי יעצור במקום לכל היותר למשך דקה וחצי. עוד הטעים הנאשם כי לא סבר כי מישהו עשוי לראותו והוסיף כי אם סבור היה כי מישהו עשוי לראותו בסיטואציה כזו היה מעדיף "להיבלע באדמה", כלשונו. עוד ציין הנאשם כי הרכב בתוכו ביצע את המעשה המיוחס לו הינו רכב מסחרי, גבוה יחסית, מסוג פיאט דובלו, אשר חלונותיו אטומים זולת החלונות הקדמיים והצדדיים.

הנאשם ציין כי המתלוננת הגיחה מאחורי הרכב בו שהה הנאשם וכאשר הייתה במקביל לרכב התכופפה ונטתה לכיוונו והבחינה במעשיו. מפאת הבושה אשר עטתה אותו, נמלט הנאשם מהמקום ברכבו.

10. במסגרת חקירתו הנגדית אישר הנאשם כי המקום בו עצר את רכבו הינו הרחוב הראשי בשכונה וציין כי היו, למצער, שני פנסי רחוב שלא פעלו אותה עת, כך שהמקום היה חשוך.

עוד ציין הנאשם כי לא ראה את המתלוננת הואיל ומבטו היה מופנה קדימה, ואולם המתלוננת הגיעה מאחורי הרכב, מצד ימין, והואיל והיה פרק זמן של חצי דקה לערך בו לא התבונן במראות, לא הבחין במתלוננת מגיעה.

הנאשם שב והטעים כי לא סבר כי מישהו עלול לראותו, והוסיף כי במקום בו עצר לא היו בניינים מתוכם יהא ניתן להשקיף לכיוונו וסבר כי לא ניתן להגיע למקום. לשיטתו, המתלוננת הבחינה במעשיו בתוך הרכב הואיל והתכופפה לכיוונו, בעוד שחברתה אשר לא התאמצה לראות את הנעשה ברכב, לא הבחינה בנאשם.

הנאשם ציין כי הבחין באם המתלוננת כאשר עצר בקיוסק על מנת לרכוש סיגריות. חרף העובדה כי לא ידע בוודאות כי הלה קשורה לאירוע, קינן בליבו החשש שמא כך הדבר, והלכך נמלט מהמקום.

**הודעת הנאשם**

הודעות הנאשם במשטרה הוגשו לתיק בית המשפט וסומנו ת/1 ו- ת/2.

11. במסגרת הודעתו במשטרה הודה הנאשם בביצוע המעשה המיוחס לו וציין כי ראה בחורה הלבושה בפריצות, כלשונו, דבר שהניעו לעצור בצד לעשות את שעשה. הנאשם ציין כי הסתכל במראה על מנת לוודא כי איש אינו מגיע למקום והטעים כי לא ראה אף אחד בסביבתו. כאשר הבחין במתלוננת חש בושה ונמלט מהמקום. כן, במסגרת הודעתו הביע הנאשם חרטה על מעשהו.

**סיכומי הצדדים**

12. במסגרת סיכומיה טענה המאשימה כי עלה בידה להוכיח את יסודות העבירה המיוחסת לנאשם. לדידה, ישנה מחלוקת לעניין השלב בו החל הנאשם במעשיו באשר המתלוננת גורסת כי הנאשם הגיח מאחוריה והלכך לא יכול היה שלא להבחין בה, בעוד שלגרסת הנאשם הלה בחן עובר לאירוע כי אין איש בסביבתו. כך או כך, טוענת המאשימה, הרי שביצע הנאשם עבירה של מעשה מגונה בפומבי בהתאם להגדרת המונח "פומבי" [בסעיף 34כד](http://www.nevo.co.il/law/70301/34kd) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301).

לשיטת המאשימה, הנאשם ידע כי עצר במקום ציבורי, הרחוב הראשי בשכונה, ובהתאם לתיאור המתלוננת היו כלי רכב נוספים שעברו באזור אותה עת ולא ייתכן כי לא הבחין בה. יתרה מכך, הרי שבמקום ציבורי תמיד קיים הסיכון שמא יגיע מאן דהוא ויבחין בנאשם.

המאשימה סומכת טיעוניה על החלטת בית המשפט העליון ב[ע"פ 383/80](http://www.nevo.co.il/case/17942767), אשר הרשיע אדם שביצע מעשה מגונה בעודו באוטובוס, וזאת חרף העובדה כי ניסה להסתיר את מעשיו באמצעות מעיל אשר פרש על ברכיו. במקרה זה, טוענת המאשימה כי הנאשם, אשר שהה במקום ציבורי, לא נקט אמצעי זהירות אשר תכליתם להבטיח כי לא ייקלע אדם אחר לסיטואציה כגון דא בעל כורחו.

13. ב"כ הנאשם אינו חולק על עצם עשיית המעשה, יחד עם זאת הטעים את הרקע לעשייתו, הקשור בסדרת הפלות שעברה אשתו, דבר שהרחיקה הימנו. כן, ציין עובדות אשר אינן שנויות במחלוקת, ובכלל זה כי המקום היה חשוך בעת האירוע וכי זולת המתלוננת לא היו אנשים נוספים במקום. עוד ציין כי לא היו במקום בניינים מתוכם ניתן היה לצפות בנאשם, והטעים שוב כי הנאשם ווידא עובר לעשיית המעשה כי איש אינו נמצא במקום.

14. ברמה העובדתית ציין ב"כ הנאשם אי דיוקים בעדות המתלוננת, ובכלל זה חוסר וודאותה האם סיפרה אודות האירוע לחברתה אשר שהתה עימה אותה עת, עדותה הכבושה באשר לראיית איבר מינו של הנאשם, אשר לא נמסרה לחוקרי המשטרה בעת גביית הודעתה, הגרסה שמסרה לאימה ולפיה הנאשם עשה את המיוחס לו כשהוא משוחח עימה, דבר אשר אינו נשנה בגרסת המתלוננת עצמה ואשר, לשיטתו, מהווה שחזור של אירוע אחר אותו חוותה המתלוננת בעבר. בנוסף, ציין ב"כ הנאשם כי העובדה כי חברתה של המתלוננת, אשר עמדה לידה בעת האירוע, לא הבחינה במעשי הנאשם, מעידה מיניה וביה כי מי שלא נמצא בצמוד לרכב לא יכול היה להבחין במעשי הנאשם.

באשר לגרסת המתלוננת, לפיה הנאשם ביצע את המעשה המיוחס לו תוך כדי שהוא נוהג את רכבו בנסיעה איטית, טוען ב"כ הנאשם כי באם תתקבל גרסה זו הרי שיש לזכות את הנאשם, שהרי יהא זה מרחיק לכת לטעון במקרה כזה כי בוצע מעשה מגונה בפומבי, שהרי רכב פרטי נוסע איננו פומבי, ודאי שלא במקום חשוך.

15. במישור המשפטי טוען ב"כ הנאשם את הטיעונים כדלקמן:

* 1. רכבו הפרטי של הנאשם מטבעו איננו פומבי ובהצטרף לכך כי מדובר היה במקום חשוך וברכב מסחרי, הרי שלא מתקיים רכיב זה ביסוד העובדתי של העבירה.
  2. הנאשם לא ביצע את המעשה המיוחס לו בפני המתלוננת, והלכך לא מתקיימת גם הנסיבה של "בפני אדם אחר" ביסוד העובדתי שבעבירה. "בפני אדם אחר" אין פירושו כי אדם אחר ראה את המעשה, כי אם הגדרת מצב בו המעשה נעשה בפני אדם אחר. הואיל והמתלוננת הגיחה מאחורי הנאשם ולמעשה הפתיעה אותו, הרי שלא ניתן לטעון כי המעשה בוצע בפני אדם אחר.
  3. העובדה כי חברתה של המתלוננת לא זומנה לחקירת משטרתית מחייבת מסקנות לחובת התביעה ומקימה את דוקטרינת הנזק הראייתי.
  4. במישור הנפשי- היעדר מודעות הנאשם לכך כי מעשיו היו בפומבי וכי נעשו בפני אחר, שומט את הקרקע תחת האפשרות לבסס את הרשעת הנאשם.
  5. בנסיבות העניין, טוען ב"כ הסנגור, אף אם יוכח כי נתקיימו כל יסודות העבירה, הרי שבענייננו עומדת לנאשם הגנה של זוטי דברים ו/ או טעות במצב הדברים באשר הנאשם טעה טעות כנה וסבירה משסבר כי לא רואים אותו ולא יכולים לראותו בשעת המעשה וכי המקום הוא מקום פומבי.

**דיון**

**הפן העובדתי**

16. הצדדים אינם חלוקים על עצם עשיית המעשה המגונה ברכב הנאשם. המחלוקת העובדתית סבה בעיקרה על הסוגיות לקמן:

א. האם הנאשם ביצע את המעשה המגונה כאשר עצר את רכבו בצד הדרך, כפי גרסתו, או שמא המעשה בוצע תוך כדי נסיעה איטית במהלכה הבחין הנאשם במתלוננת, וזאת כפי גרסת התביעה.

ב. האם המתלוננת, אכן ראתה את איבר מינו של הנאשם, כפי שמסרה לראשונה במסגרת חקירתה הנגדית ובתשובה לשאלת בית המשפט.

17. טענת המאשימה הינה, כי הנאשם הגיח עם רכבו בתנועה איטית מאחורי המתלוננת שעה שביצע את המעשה המגונה ברכבו, כך שלא יכול היה לפסוח על נוכחותה. מאידך, טוען הנאשם כי ביצע את המעשה המגונה לאחר שעצר את רכבו בצד הדרך וכי המתלוננת היא היא שהגיחה מאחוריו.

גרסת הנאשם מתיישבת יותר עם חומר הראיות המונח בפניי, שכן הן כפי גרסתו והן כפי גרסת המתלוננת, עת הבחין הנאשם במתלוננת נמלט מהמקום כשהוא נוסע ברוורס לאחור [ר' עמ' 6, ש' 2-3 לפרוטוקול, עמ' 7 ש' 23 לפרוטוקול, עמ' 8, ש' 2-3, 15 עמ' 14, ש' 21-22 לפרוטוקול]. הדעת נותנת כי לו אכן היה הנאשם בנסיעה בעת ביצוע המעשה או אז, כאשר הבחין במתלוננת, מבכר היה להמשיך בנסיעה מהירה לפנים, עם כיוון נסיעתו, שהרי כל מטרתו הייתה להימלט מהמקום בשל הבושה שעטתה אותו שעה שהבין כי הבחינה בו המתלוננת בשעת מעשה. דברים אלו מקבלים חיזוק אף מגרסת המתלוננת עצמה, אשר ציינה בעדותה כי אין היא זוכרת האם עצר הנאשם את רכבו או שמא היה בתנועה איטית, אם כי הטעימה כי הבחין בה ובחברתה [ר' עמ' 8, ש' 22-23 לפרוטוקול].

יצוין כי השאלה האם הנאשם היה בנסיעה בעת ביצוע המעשה אם לאו נעדרת נפקות בענייננו באשר אין בה כדי להשליך על התוצאה הסופית, כפי שיבואר להלן.

18. באשר לשאלה האם הנאשם חשף את איבר מינו כאשר ביצע את המעשה המגונה, אם לאו- הרי שמדובר בגרסה אותה מסרה המתלוננת לראשונה בבית המשפט שלא מיוזמתה כי אם בתשובה לשאלת בית המשפט בעניין. הגם שמגרסת אימה של המתלוננת ניתן ללמוד כי המתלוננת ראתה את איבר מינו של הנאשם, העובדה כי בגרסת אם המתלוננת במשטרה מסרה האם כי ביתה אמרה לה כי הנאשם ניסה לדבר איתה, פרט אותו הכחישה המתלוננת בעדותה שלה, בהצטרף לעובדה כי המתלוננת לא מסרה פרט זה בשום שלב של ההליך זולת בתשובה לשאלה ישירה מאת בית המשפט, מעיבות על האפשרות לקבוע מעל לכל ספק סביר כי אכן כך היה.

**הפן המשפטי**

19. סעיף [349 (א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/349.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) קובע כהאי לישנא: **"העושה מעשה מגונה בפומבי בפני אדם אחר, ללא הסכמתו, או העושה מעשה כאמור בכל מקום שהוא תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך, השגחה, עבודה או שירות, דינו- מאסר שנה."**

אין חולק כי המעשה אותו ביצע הנאשם מהווה מעשה מגונה כהגדרתו בחוק. סלע המחלוקת בענייננו נסב סביב שאלת התקיימות היסודות "בפומבי" ו"בפני אדם אחר" שבעבירה.

המונח "פומבי" הוגדר [בסעיף 34כד](http://www.nevo.co.il/law/70301/34kd) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), הוא סעיף ההגדרות, כהאי לישנא": **"פומבי", לעניין מעשה-**

1. **מקום ציבורי, כשאדם יכול לראות את המעשה מכל מקום שהוא;**
2. **מקום שאינו ציבורי, ובלבד שאדם המצוי במקום ציבורי יכול לראות את המעשה"**

המונח "מקום ציבורי" מוגדר אף הוא [בסעיף 34כד](http://www.nevo.co.il/law/70301/34kd) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) כדלקמן: **" "מקום ציבורי"- דרך, בניין, מקום או אמצעי תעבורה שיש אותה שעה לציבור זכות או רשות של גישה אליהם, בלא תנאי או בתנאי של תשלום, וכל בניין או מקום המשמש אותה שעה להתקהלות ציבורית או דתית או לבית המשפט היושב בפומבי"**

20. בעניין הנדון, הנאשם ביצע את המעשה המגונה המיוחס לו ברכבו הפרטי, וברי כי אין המדובר במקום ציבורי כהגדרתו בחוק. הלכך, יש לבחון שמא חלה בענייננו החלופה השנייה בהגדרת המונח "פומבי", לאמור האם מאן דהוא המצוי במקום ציבורי יכול היה לראות את המעשה אותו ביצע הנאשם ברכבו.

אין חולק כי הנאשם ביצע את המעשה המגונה בעודו ברכב ברחוב ראשי [ר' עמ' 15, ש' 15-16 לפרוטוקול] וברי כי אותו רחוב הינו מקום ציבורי כהגדרתו בחוק, באשר ניתן להניח כי נמצאים בו או עשויים להימצא בו פרטים אחרים להם זכות או רשות של גישה לרחוב זה ללא הגבלה. ולראיה, המתלוננת וחברתה עברו ברחוב בו שהה הנאשם וכן אם המתלוננת הגיעה למקום ברכבה. העובדה כי המתלוננת הבחינה במעשה הנאשם מעידה, מיניה וביה, כי עובר אורח באותו רחוב יכול היה לראות את המעשה. לפיכך, אף אם המקום היה חשוך הואיל ושני פנסי רחוב לא פעלו אותה עת, כפי גרסת הנאשם [ר' עמ' 16, ש' 19-20 לפרוטוקול], הרי שניתן לקבוע כי מתקיימת החלופה השנייה בהגדרת המונח "פומבי" כאמור לעיל.

לאור האמור, הרי שמתקיים הרכיב "בפומבי" של היסוד העובדתי של העבירה.

21. יסוד נוסף בעבירה, המצוי אף הוא בגדר המחלוקת, הינו היסוד "בפני אדם אחר". קדמי בספרו על הדין בפלילים, התייחס להגדרת יסוד זה וציין כדלקמן: **"אין נפקא מינה, אם ה"אחר" הינו זכר או נקבה; ונראה שאף לא אם "רואה" את המעשה אם לאו. די, לכאורה, בעשיית המעשה "בפניו", בין שהוא נותן לכך דעתו ובין אם לאו; כאשר "בפניו"- כך נראה- מדבר ב"נוכחות קרובה" המאפשרת ראייה בפועל (ודי בהימצאות ב"טווח ראיה")"** [ר' י. קדמי, **"על הדין בפלילים"**, מהדורה מעודכנת, תשס"ו 2006, בעמ' 1433].

לאמור, די בפוטנציאל כי האחר עלול להימצא בנוכחות קרובה המאפשרת ראייה בפועל, או למצער הימצאות בטווחה ראייה לצורך התקיימות יסוד זה בעבירה, וזאת אף אם בפועל לא ראה מאן דהוא את המעשה.

לאור האמור, הרי שדי בכך כי עשויים להיות אנשים ברחוב, בסביבת מיקומו של הנאשם אותה עת בה ביצע את המעשה המגונה, לצורך התקיימות היסוד של "בפני אדם אחר". קביעה זו עולה בקנה אחד עם פרשנותה התכליתית של החקיקה, אשר כוונתה למנוע מצב בו ייחשף אדם בעל כורחו וללא הסכמתו למעשה מגונה שמבצע אחר [ר' [ת"פ 6834/06](http://www.nevo.co.il/case/1698040) **מדינת ישראל נ' חיון אריה** (פורסם בנבו 5.7.2007)].

אינני מקבל את טענת ב"כ הנאשם, לפיה משמעות היסוד "בפני אדם אחר" הינה הגדרת מצב בו המעשה נעשה בפני אדם אחר ואין פירושו כי אדם אחר ראה את המעשה, כפי שאירע בעניינה של המתלוננת. הרישא [לסעיף 349(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/349.a) מתייחסת למקרה של מעשה מגונה הנעשה בפומבי, כאשר העושה אינו מכוון את מעשיו כלפי אדם מסוים דווקא, כי אם די בכך כי אחרים נוכחים במקום ויכולים לראותו, כפי המקרה נשוא כתב האישום. מקום בו המעשה המגונה אינו כולל מגע פיזי בגופו של אדם אחר ברם המעשה מכוון אליו, יבוא הוא בשעריו של [סעיף 348](http://www.nevo.co.il/law/70301/348) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) [ר' [ע"פ 30687/06](http://www.nevo.co.il/case/2243108) **אליקים בשן נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 1.5.2007) ור' גם [עפ"א 353/08](http://www.nevo.co.il/case/6245006) **עלי סלאח אלדין נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 3.3.2009)]. לאמור, באם מעשי הנאשם היו מכוונים אל המתלוננת, או אז היו חוסים מעשיו תחת [סעיף 348](http://www.nevo.co.il/law/70301/348) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) חלף [סעיף 349(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/349.a) לחוק.

לאור האמור, הרי שמתקיים גם הרכיב "בפני אדם אחר" של היסוד העובדתי של העבירה.

**היסוד הנפשי**

22. באין חולק כי הנאשם ביצע מעשה מגונה, כל שנותר הוא להוכיח מודעות לקיום הנסיבות השנויות במחלוקת, לאמור מודעות הנאשם לכך כי מעשיו היו בפומבי וכי נעשו בפני אחר.

הדעת נותנת כי אדם העושה דבר מה כזה או אחר כשהוא ברכבו, בעודו ברחוב ראשי והגם שמדובר במקום חשוך, כפי גרסת הנאשם, אם כי אינו לוטה באפלה מוחלטת, מודע לכך כי עשויים לעבור במקום עוברי אורח אשר עלולים להבחין במעשיו. כך, גם הנאשם מודע היה כי קיים סיכון שמא מאן דהוא יעבור ברחוב ויבחין במעשיו, שהרי הן במסגרת חקירתו המשטרתית והן במסגרת עדותו בבית המשפט הטעים הנאשם חזור והטעם כי בדק שאין איש בסביבתו, הן עובר לעשיית המעשה המגונה והן במהלך עשייתו [ר' ת/1, ש' 11-12, עמ' 14, ש' 16-17, 20 לפרוטוקול, עמ' 16, ש' 3-5, 11-13 לפרוטוקול]. ללמדך, כי הנאשם ידע אודות הימצאותו במקום בו עלולים לראותו ועל כן הקפיד לוודא כי איש אינו חולף באזור. ידיעה זו מלמדת על מודעות הנאשם לכך כי מעשיו היו בפומבי חרף העובדה כי ביצע את המעשה ברכבו הפרטי, שהרי מודע היה לאפשרות כי אנשים נוספים עשויים לעבור באותו הרחוב, ועל כן כי הרחוב הינו מקום ציבורי. כן, מודע היה כי אותם עוברי אורח עלולים להבחין בו, ועל כן כי אדם המצוי במקום ציבורי עלול לראות את המעשה. בנוסף, מהתנהלות הנאשם ניתן ללמוד גם על מודעותו לכך כי מעשיו נעשו "בפני אדם אחר" כפי הגדרת המונח כמפורט לעיל, שהרי הנאשם הבחין היטב בפוטנציאל כי מאן דהוא עלול להימצא בנוכחות קרובה לנאשם או בטווח ראייה שאם לא כן, פשיטא כי לא היה מקפיד לבחון ולבדוק כי איש אינו מצוי בסביבתו.

לאור האמור, אני קובע כי נתקיים אצל הנאשם היסוד הנפשי הדרוש בעבירה המיוחסת לו.

**הסייגים לאחריות הפלילית**

הגם שב"כ הנאשם העלה טענה בדבר הסייגים לאחריות הפלילית העומדים, לשיטתו, לימינו של הנאשם, וזאת מבלי לפרט טענותיו כדבעי ולהוכיחן כמתחייב, מצאתי לנכון לדון בשתי ההגנות להן טוען הסנגור.

זוטי דברים

23. סעף [34יז](http://www.nevo.co.il/law/70301/34jg) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) קובע כדלקמן: **"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה אם לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי המעשה הוא קל ערך".**

תכלית ההגנה הינה ליטול ממעשה את פליליותו בשל היותו חסר משמעות מן ההיבט של האינטרס הציבורי, וזאת חרף העובדה כי פורמאלית נתקיימו יסודות העבירה [ר' י. קדמי, **"על הדין בפלילים"**, מהדורה מעודכנת, תשס"ה 2004, בעמ' 555]. הגנה זו תתקבל רק באותם המקרים בהם אין במעשה עצמו מידה מינימאלית של סכנה לערך החברתי המוגן ואין הוא הולם מבחינה עניינית את המושג של עבירה פלילית [ר' [ע"פ(ת"א) 1720/95](http://www.nevo.co.il/case/20113398) **מדינת ישראל נ' מנשה יוסף** (פורסם בנבו 23.10.96)]. לאמור, יש לבחון את חומרת הפגיעה באינטרס הציבורי בעטייה של העבירה, והאם הפגיעה באינטרס הציבורי היא כה פעוטה עד כי פליליות המעשה נאלמת.

נהיר, כי העניין הנדון אינו המקרה אשר ראוי שיחסה תחת הגנת זוטי הדברים. טיב המעשה הינו בדיוק כזה אותו האיסור בחוק נתכוון למנוע, אותו מעשה הותיר חותמו בקרב המתלוננת וחרף נסיבותיו, המעידות על היעדר רצונו של הנאשם כי יבחינו בו בעת ביצוע מעשיו, הרי שבענייננו נפגע הערך החברתי המוגן. תכלית חקיקת [סעיף 349](http://www.nevo.co.il/law/70301/349) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) הינה למנוע בדיוק סיטואציה כגון דא, בה אדם נקלע, בעל כורחו, למעמד בו אין הוא חפץ והלכך הרי שהקביעה כי לא ניתן להחיל ההגנה במקרה הנדון עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי, המשקף אף הוא את תכלית דבר החקיקה.

לאור האמור, אני דוחה את טענת ב"כ הנאשם, לפיה עומדת לנאשם הגנת זוטי דברים בשל ביצוע העבירה.

טעות במצב הדברים

24. [סעיף 34יח](http://www.nevo.co.il/law/70301/34jh) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) דורש לשם התקיימותו עשיית מעשה בדמותו של מצב עובדתי שאינו קיים. על הטעות להיות כנה באופן בו העושה האמין בכנות ובתום לב כי מצב הדברים שדימה לעצמו הוא הוא מצב הדברים האמיתי [ר' [ע"פ 5938/00 ניסים אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה](http://www.nevo.co.il/case/6041035)(3), 873].

כאמור, טענת ב"כ הנאשם הינה כי טעה הנאשם טעות כנה וסבירה כאשר סבר כי לא רואים אותו וכי לא ניתן לראות אותו בשעת הנעשה וכי המדובר במקום פומבי. דא עקא וכפי שפורט לעיל, הנאשם מודע היה כי ניתן לראותו בשעת המעשה וכי הגם שביצע את המעשה ברכבו, שהינו מקום פרטי, הרי שהיה מודע כי המדובר במקום פומבי וכי מעשיו נעשו בפני אדם אחר. הלכך, ממילא נסתרת הטענה של טעות במצב דברים.

25. אינני רואה עין בעין עם ב"כ הנאשם את עמדתו באשר לנפקותה של ההימנעות מזימון חברתה של המתלוננת לחקירה במשטרה. אכן, מושכלות היסוד של דיני הראיות הינם כי הימנעות בעל דין מהצגת ראיה רלוונטית שהיא בהישג ידו פועלת לחובת אותו בעל דין [[ע"א 548/78 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה](http://www.nevo.co.il/case/17003547)(1), 736, 760]. אמת גם, כי מן הראוי היה כי חברתה של המתלוננת תמסור גרסתה במשטרה באשר עדותה עשויה הייתה לשפוך אור על המחלוקות העובדתיות אשר נתגלעו בין הצדדים. יחד עם זאת, די בראיות שהובאו בפני כדי ליצור תמונה אמינה ומהימנה באשר לנסיבות קרות האירוע.

5129371

5467831326. לאור האמור לעיל, נחה דעתי כי התביעה עמדה בנטל ההוכחה המוטל עליה במשפט הפלילי, ואשר על כן אני מרשיע את הנאשם בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום.

5129371

54678313

ניתנה היום, 10 בפברואר 2011, במעמד הצדדים

שמעון שטיין 54678313-3696/09

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה