



רע"פ 5117/14 - גיא בן דור נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

רע"פ 5117/14

לפני: כבוד השופט ח' מלצר

המבקש: גיא בן דור

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים (כב' השופטים: מ' דרורי (סג"נ), א' דראל, ע' שחם) מתאריך 23.06.2014 ב-ע"פ 42477-12-13

בשם המבקש: עו"ד אריאל עטרי

בשם המשיבה: עו"ד יעל שרף

החלטה

1. לפני בקשה למתן רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטים: מ' דרורי (סג"נ), א' דראל, ע' שחם) מתאריך 23.06.2014 ב-ע"פ 42477-12-13, בגדרו התקבל באופן חלקי ערעורו של המבקש על פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופטת ש' לארי-בבלי) ב-ת"פ 58950-11-10, כך שהוא זוכה חלקית ויתרת הרשעתו קויימה.

להלן אביא הנתונים הדרושים להכרעה.

תמצית הרקע העובדתי

2. נגד המבקש הוגש כתב אישום אשר כלל ארבעה אישומים, בהם יוחסו למבקש, בין היתר, עבירות של מעשים מגונים לפי סעיף 348(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) בנסיבות של סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין, כלפי ארבע מתלוננות שונות. לפי המתואר בכתב האישום, המבקש נקט בשיטה דומה כלפי כל אחת מארבע המתלוננות בארבעה מקרים שונים, כדלקמן: המבקש התקשר למתלוננת בעקבות פרסום שנעשה על ידה, באתר האינטרנט "יד 2", שבו הוצעה דירתה למכירה. בשיחת הטלפון, המבקש קבע להיפגש עם המתלוננת בדירתה, תוך שהוא מוודא כי בשעה היעודה היא תשהה בדירה בגפה. כשהגיע המבקש לדירה, הוא ביצע שם מעשים שונים (הנושאים אופי דומה) לצורך גירוי המיני, תוך שהוא מתרץ את מעשיו באמתלות שונות. לאחר המעשים נמלט המבקש מהדירה.

3. בית משפט השלום הנכבד הרשיע את המבקש בעבירות הנ"ל שיוחסו לו בכתב האישום, ביחס לכל ארבע המתלוננות (זיכה אותו מעבירות נוספות, של הסגת גבול, שאף הן יוחסו לו בקשר למעשים המתוארים לעיל). ההרשעה התבססה, בין השאר, על: עדויותיהן של ארבע המתלוננות (להלן: עדויות המתלוננות), וכן על פלטי שיחות המלמדים כי בוצעו שיחות טלפון ממשרדו של המבקש, למתלוננות 1-3 (בלבד - ולא למתלוננת מס' 4), במועדים התואמים את תלונותיהן של המתלוננות האמורות. פלטים אלו, של חברות: "בזק" ו-"הוט", שאליה נויד קו הטלפון במשרדו של המבקש, בשלב מסוים, הוגשו יחד עם תעודות בדבר היותם "רשומה מוסדית" (להלן: פלטי השיחות). מן הראיות הנ"ל למדה הערכאה הדינית הנכבדה, בין היתר, גם על קיומם של "מעשים דומים" ו"שיטת ביצוע" שבה נקט המבקש.

בנוסף, התבססה הרשעתו של המבקש על מסדרי זיהוי חי שנערכו למתלוננות 2 ו-3, בהם זיהו המתלוננות האמורות את המבקש כמי שביצע את המעשים הנ"ל בביתן, על זיהויו של המבקש על ידי המתלוננת 1 במסדר זיהוי תמונות (להלן: מסדרי הזיהוי); יוער כי במסדר זיהוי תמונות שנערך למתלוננת 4 היא הצביעה על תמונתו של אדם אחר, וכן על ראיות בדבר התאמת D.N.A שנדגם מכוס ממנה שתה מי שביצע את העבירה בביתה של המתלוננת 3, לבין המבקש (להלן: בדיקת ה-D.N.A). עוד יוער כי בפסק דינו של בית משפט השלום הנכבד נקבע, אמנם, כי במסדרי הזיהוי ובבדיקת ה-D.N.A נפלו פגמים - ואולם בית משפט השלום הנכבד מצא כי אין בפגמים אלה כדי להביא לפסילתן של הראיות הנ"ל, אלא רק כדי להפחית ב"משקלן".

כאן המקום לציין כי ערב הדיון שהיה קבוע לשמיעת עדויותיהן של המתלוננות, עתר ב"כ המבקש לבית משפט השלום הנכבד בבקשה לפטור את המבקש מהתייצבות לדיון, בתואנה כי עליו לסעוד את סבתו. בית משפט השלום הנכבד נעתר לבקשה. יחד עם זאת, במהלך הדיון, שהתקיים בדלתיים פתוחות, נכח באולם אדם, אשר ב"כ המבקש יצר (כלפי המתלוננות וכלפי בית-המשפט) מצג, כי הוא, כביכול, המבקש (להלן: המתחזה), וביקש מהמתלוננות להצביע על מי שלטענתן ביצע בביתן את העבירות, מושא כתב האישום. כל המתלוננות זיהו, במעמד זה, את המתחזה כמבצע העבירות. בעקבות כך טען סניגורו של המבקש כי קם, למצער, ספק סביר ביחס לזיהויו של המבקש כמי שביצע את העבירות שיוחסו לו בכתב האישום. בית משפט השלום הנכבד דחה את הטענה האמורה בקובעו, בין היתר, כי בנסיבות העניין, ובהתחשב בזמן הרב שחלף מאז ביצוע העבירות למשפט (כ-4 שנים), בדמיון שמצא בית המשפט בין המבקש לבין המתחזה, ובמצג שהוצג, על ידי הסניגור, כלפי המתלוננות - אין ב"זיהוי" שנעשה באולם בית המשפט כדי לעורר ספק בדבר אשמתו של המבקש.



4. בסופו של יום, בית משפט השלום הנכבד השית על המבקש: 16 חודשי מאסר בפועל, 10 חודשי מאסר על תנאי וקנס. כן חויב המבקש לפצות את המתלוננות.

5. ערעור שהגיש המבקש לבית המשפט המחוזי הנכבד התקבל, פה אחד, באופן חלקי, באופן שיתואר להלן.

בית המשפט המחוזי הנכבד זיכה את המבקש מהאישום הרביעי, בהיעדר ראיות מספיקות, שכן לא היו בנמצא פלטי שיחות המלמדים על שיחת טלפון שהתקיימה בין המתלוננת הרביעית לבין המבקש. בהיעדר ראיה כאמור (שנמצאה ביחס לאישומים האחרים), או ראיה אחרת בעלת משקל הקושרת את המבקש לאישום הרביעי - מצא בית המשפט המחוזי הנכבד כי ביחס לאישום זה נותר ספק סביר, הפועל לטובת המערער. בנוסף, קבע בית המשפט המחוזי הנכבד כי העובדות שהוכחו אינן מעידות על השלמתה של העבירה שיוחסה למבקש באישום השלישי, הגם שהמעשים יצגו מגדר "הכנה" גרידא, ובנסיבות אלה ניתן היה להרשיע את המבקש, באישום השלישי, רק בעבירה של ניסיון לביצוע מעשים מגונים, ולא בעבירה המוגמרת - וכך עשה.

הרשעתו של המבקש ביחס לשאר האישומים נותרה, איפוא, על כנה. עם זאת, בהתאם לזיכויו החלקי של המבקש, הפחית בית המשפט המחוזי הנכבד מהעונש שנגזר עליו. הקנס שהוטל על המבקש בוטל, ועונש המאסר בפועל שהושת עליו הועמד על 9 חודשי מאסר (יתר רכיבי גזר הדין, פרט לחיוב הפיצויים למתלוננת באישום הרביעי, שבוטל - נותרו בעינם).

6. בית המשפט המחוזי הנכבד ביסס את הרשעתו של המבקש בשלושת האישומים הראשונים על שלושה נדבכים מרכזיים: פלטי השיחות, עדויות המתלוננות, שנמצאו אמינות על ידי הערכאה הדיונית, ואופיים הייחודי והדומה של המעשים בשלושת האישומים. לפיכך, קבע בית המשפט המחוזי הנכבד כי אין בפגמים שנפלו ביחס למסדרי הזיהוי ולבדיקת ה-D.N.A כדי להביא להתערבותו בהכרעתו של בית משפט השלום הנכבד.

בית המשפט המחוזי הנכבד התייחס, אף הוא, לטענתו של המבקש באשר לזיהויו של המתחזה כמבצע העבירות, וקבע כי מאחר שהרשעתו של המבקש לא התבססה על ראיות הזיהוי - אין בזיהוי השגוי בבית המשפט כדי לעורר ספק סביר בדבר אשמתו של המבקש.

על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הוגשה הבקשה שבפני.

עיקר טענותיו של המבקש

7. המבקש מעלה בבקשתו טענות רבות, ופורס אותן על פני 230 סעיפים (היקף אשר על דרך הכלל, איננו מתאים לבקשות רשות ערעור פלילי). רובן המכריע של טענותיו של המבקש הינן טענות "ערעוריות", אשר נוגעות לעניינו הפרטני, ועל כן, למעט במקרים חריגים ביותר, אין להן מקום בבקשת רשות ערעור. משכך, אפרט, להלן, בתמציתיות, רק את עיקר טענותיו של המבקש, שלהן הוא מנסה לשוות נופך עקרוני, החורג מעניינו הפרטני, ואלו הן:

(1) פלטי התקשורת אינם קבילים - הן מאחר שלא הוצאו על פי צו כדין לפי סעיף 3 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה -



נתוני תקשורת), התשס"ח-2007 (להלן: חוק נתוני תקשורת), והן מאחר שהם אינם בגדר "רשומה מוסדית". בהקשר אחרון זה טוען המבקש, בין היתר, כי חייבת להיות זהות בין מי שהוציא בפועל את פלט התקשורת לבין העד שהעיד בבית המשפט ושבאמצעותו מבקשת המאשימה להגיש את הפלט כראיה.

(2) כאשר הרשעתו של נאשם מתבססת על "עדות שיטה", או "מעשים דומים", הרי שמשעה שקם ספק באשר לזהות המבצע של אחד המעשים, והנאשם מזוכה ביחס לאותו אישום - יש לזכותו גם מהאישומים האחרים. דהיינו: "עדות שיטה יכולה לשמש כראיה לזכות נאשם, באותה מידה שהיא יכולה לשמש ראיה לחובתו" (לשון המבקש).

(3) בית המשפט המחוזי הנכבד שגה כאשר המיר את הרשעתו של המבקש ביחס לאישום השלישי לניסיון לביצוע מעשים מגונים. בהקשר זה מעלה המבקש שתי טענות: האחת - נוגעת לשאלה היכן עובר הגבול בין מעשה הכנה, לבין ניסיון, בנסיבות המקרה. והשניה - עניינה בשאלה האם ערכאת הערעור רשאית להרשיע בעבירת ניסיון, כאשר עבירה זו לא נכללה בכתב האישום ולא ניתנה לנאשם הזדמנות להתגונן מפניה.

(4) בית המשפט המחוזי הנכבד קיבל חלק מהשגותיו של המבקש, ופסל ראיות שעליהן ביסס בית משפט השלום הנכבד את הרשעתו. בנסיבות אלה, ולנוכח ההלכה שנפסקה ב-דנ"פ 188/94 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פ"ד נא(2) 1 (1997) (להלן: הלכת אבוטבול)) - לא היתה לערכאת הערעור סמכות להרשיעו, אלא היה על בית המשפט המחוזי הנכבד לזכותו, או להחזיר את התיק לערכאה הדיונית, לצורך הכרעה מחודשת על בסיס התשתית העובדתית שהוכחה באמצעות הראיות "הכשורות".

דיון והכרעה

8. לאחר עיון בבקשה ובחומר שצורף אליה, ובתגובתה של המשיבה לבקשה, שהוגשה על פי החלטתי, הגעתי למסקנה כי דין הבקשה להידחות. אביא להלן, בקצרה, את הנימוקים להחלטתי זו.

9. על אף הניסיון לשוות לבקשה נופך עקרוני - לא מצאתי כי הבקשה מעוררת אל-נכון שאלה בעלת חשיבות משפטית, החורגת מעניינו הפרטי של המבקש, שיש בה כדי להצדיק דיון בעניינו "בגלגול שלישי", על פי אמות המידה שנקבעו בהלכה הפסוקה (ראו: ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982)). אפרט הדברים, בתמציתיות, מיד בסמוך.

10. באשר לטענות בדבר קבילותם של פלטי התקשורת - מדובר בטענות "ערעוריות" מובהקות, הקשורות בטבורן לנסיבות הקונקרטיות של המקרה הנדון. עניין הוא ביישום הדין (דהיינו: של התנאים הקבועים בסעיף 36 לפקודת הראיות [נוסח משולב], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), לצורך קבילותה של "רשומה מוסדית", והתנאים הקבועים בסעיף 3 לחוק נתוני תקשורת לעניין הוצאת צו לקבלת פלטי נתוני תקשורת) - על הנתונים שהובאו בפני שתי הערכאות הקודמות שדנו בעניינו של המבקש. מעבר לכך שטענות מהסוג האמור, ככלל, אינן מקימות עילה למתן רשות ערעור לדיון "בגלגול שלישי", גם לגופו של עניין לא מצאתי כי נפל פגם המצדיק התערבות בהחלטותיהן של הערכאות הקודמות, אשר התקבלו על יסוד עדויותיהם של העדים שהעידו לעניין התקיימות התנאים הנדרשים לפי סעיף 36 לפקודת הראיות, ולאחר בחינה (כפולה - הן על ידי הערכאה הדיונית והן על ידי ערכאת הערעור) של הבקשה למתן הצו לקבלת נתוני התקשורת, והיקף תחולתו של הצו שהוצא על יסודה (תוך קביעת ממצאים עובדתיים, אשר אין מקום להתערב בהם בערעור). לא מיותר להוסיף ולציין כאן כי השאלה הנוגעת להגשתם של מחקרי תקשורת כ"רשומה מוסדית" וקבילותם, נדונה בעבר (עוד טרם חקיקתו של חוק נתוני תקשורת) על ידי בית משפט זה - ראו: ע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מדינת ישראל (23.8.2012), שהוזכר גם על ידי הערכאות הקודמות, בו נפסק, בין היתר (בהקשר של הגשת פלטי איכון טלפון סלולארי), כי



לא חייבת להיות זהות בין מי שהוציא בפועל את פלט התקשורת לבין העד שהעיד בבית המשפט.

11. באשר לטענה בדבר נפקות זיכוי של המבקש מהאישום הרביעי, ביחס לשאר האישומים, שבהם הורשע – גם אם מדובר בטענה שעשויה, בנסיבות מסוימות, להעלות שאלה משפטית כללית – אלו אינן מתקיימות בענייננו, כך שאין הצדקה להידרש אליה דווקא בגדרי התיק הנוכחי. במה דברים אמורים? הטענה בדבר "כוחה המזכה" של "עדות שיטה", או עדות בדבר "מעשים דומים", עשויה להתעורר במלוא עוצמתה, למשל, כאשר הנאשם מציג ראיות בדבר "שיטת ביצוע" או "מעשים דומים" לאלו שמיוחסים לו – אשר נעשו על ידי אדם אחר. לא זה המקרה שבפנינו, וממילא אין בהחלטותיהן של הערכאות הקודמות כל קביעה פוזיטיבית בהקשר זה. משמעו של הזיכוי באישום הרביעי בענייננו, איננו כי אדם אחר ביצע את העבירות שיוחסו למבקש באישום האמור, אלא כי לא היה די בראיות שהוצגו בפני בית המשפט ביחס לאישום הרביעי (עדות המתלוננת ועדות השיטה) כדי לחצות את הרף הנדרש לצורך הרשעתו של המבקש בפלילים, מעבר לספק סביר (וזאת להבדיל משלושת האישומים האחרים שלגביהן נמצאו 3 ראיות: עדויותיהן של המתלוננות, שנמצאו אמינות; עדות השיטה; ו-פלט השיחות, שדי בהן כדי לבסס את הרשעתו של המבקש בעבירות שיוחסו לו, מעבר לספק סביר). ברי כי הקביעה שלפיה באישום הרביעי לא נמצאו די ראיות כדי להביא להרשעה, מעבר לספק סביר, לא יוצרת בהכרח ספק סביר ביחס לאשמתו של המבקש באישומים האחרים. מכל מקום, מדובר, בסופו של יום, בסוגיה של דיות ראיות במקרה קונקרטי, אשר ככלל, איננה מצדיקה מתן רשות ערעור לדין "בגלגול שלישי".

12. באשר לטענות בעניין המרת ההרשעה באישום השלישי, לעבירת ניסיון – מדובר בסוגיה של יישום הדין על נסיבותיו הפרטניות של המקרה, אשר נדונה בעבר על ידי בית משפט זה, בין היתר, ביחס לעבירה של מעשים מגונים (עיינו: ע"פ 7725/11 פלזנין נ' מדינת ישראל (24.1.2013)). משכך, אין מקום להידרש אליה, שוב, כאן. בנוסף, לנוכח הכחשתו הגורפת של המבקש את המעשים שיוחסו לו (גרסתו של המבקש היתה כי מעולם לא פגש במתלוננות ולא היה בביתן) – טענתו כי לא ניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן מפני האישום בעבירת הניסיון (שהיא עבירה ה"מוכלת" בעבירה המוגמרת) – היא, למצער, מוקשית. לא מיותר לציין בהקשר זה כי בית המשפט המחוזי הנכבד קבע בפסק דינו כי: "על מנת לעמוד על היסוד הנפשי המאפיין את המעשים [שבהם הורשע המבקש – ח"מ], יש להתבונן על רצף המעשים בכל אחד מן המקרים, ועל רצף המקרים, כתמונה שלמה". קביעה זו מקובלת עלי. בתוך-כך, מקובלת עלי גם קביעתו הנוספת של בית המשפט המחוזי הנכבד שלפיה אף אם "לא בוצעו מעשים, העולים כדי מעשה מגונה" – הרי ש"מעשיו של המערער [המבקש – ח"מ], אשר הגיע לביתה של המתלוננת, התערטל, וניסה באמצעי עורמה וכחש להביא לקרבה פיזית של המתלוננת אליו, עברו בבירור את שלב ההכנה, והם עולים כדי ניסיון לביצוע עבירה של מעשה מגונה" (בהקשר זה עיינו והשוו: פסק-דין ב-ע"פ 297/11 סעיד נ' מדינת ישראל, בפסקאות 38-47 (22.7.2013), העוסק אמנם בעבירות אחרות – אולם העקרונות שעליהם עמדתי שם, יפים גם לענייננו). מכאן, שגם בטענה הנ"ל לא די כדי להצדיק מתן רשות ערעור בעניינו של המבקש.

13. באשר לטענה שלפיה בית המשפט המחוזי הנכבד סטה בפסק דינו מההלכה שנפסקה בעניין אבוטבול – טענה זו, על פניה, איננה מקימה עילה למתן רשות ערעור, שכן עניינה הוא ביישום הדין גרידא. כבר נפסק כי טענה מהסוג האמור איננה מצדיקה, ככלל, דיון "בגלגול שלישי", וזאת גם אם נפלה טעות ביישום הדין (ובלבד שלא נגרם לנאשם עיוות דין) – לא כל שכן כאשר בית משפט זה מתרשם כי בית המשפט המחוזי יישם נכונה את הדין על הנסיבות שהובאו בפניו, כבענייננו. ודוק: בניגוד לנטען בבקשה – בפסק הדין בעניין אבוטבול לא נקבע כי בכל מצב של שינוי בתשתית הראייתית המהווה את היסוד להרשעה, בעקבות "פסילתן" של ראיות, עומדות בפני ערכאת הערעור שתי אפשרויות בלבד: להחזיר את הדיון לערכאה הדיונית, או לזכות את המורשע. באותו עניין נדונה שאלת פרשנותו של סעיף 56 לפקודת הראיות, העוסק במקרה שבו בית המשפט נחשף ל"ראיה שאינה קבילה במשפט פלילי ונתקבלה בטעות, או בהיסח דעת" (שם דובר בבדיקת פולגירף). על דעת כל שופטי הרוב שישבו בדיון שם הוסכם כי יש לערכאת



הערעור סמכות לדחות את הערעור, אפילו אם הערכאה הדיונית נחשפה לראיה פסולה, ובלבד שבית המשפט סבור – לאור יתר הראיות – כי לא נגרם לנאשם עיוות דין והרשעתו עומדת גם ללא הראיה הפסולה (עיינו: שם, בעמ' 16 לפסק דינו של כב' השופט י' זמיר, עמ' 29-31 לפסק דינו של כב' השופט מ' חשין, וכן: פסק דינו של כב' השופט א' מצא, בעמ' 50). מכאן שאין בהלכה שנפסקה בעניין אבוטבול כדי לסייע למבקש.

זאת ועוד – אחרת. בענייננו, טענתו של המבקש בהקשר זה מתייחסת לראיות (בדיקת ה-דנ"א ומסדרי הזיהוי), אשר אין חולק כי הן קבילות כשלעצמן, אלא שבשל פגמים שנפלו בעריכתן, בית המשפט המחוזי הנכבד קיבל את טענתו של המבקש וקבע כי אין לתת להן משקל לחובת המבקש. בנסיבות שכאלה אין תחולה להוראת סעיף 56 לפקודת הראיות, אלא חלה ההוראה הכללית שבסעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, הקובעת כי: "בית המשפט רשאי לדחות ערעור אף אם קיבל טענה שנטענה, אם היה סבור כי לא נגרם עיוות דין". הנה כי כן, פשיטא שבית המשפט המחוזי הנכבד לא חרג פה מסמכותו, כאשר חרף קבלת מקצת טענותיו של המבקש – דחה את ערעורו והותיר את הרשעתו במרבית האישומים על כנה, לנוכח יתר הראיות שעמדו לחובתו (ראיות אשר בהתקיימן – אין לומר כי בהרשעתו של המבקש על יסודן נגרם לו עיוות דין).

14. נוכח כל האמור לעיל – הבקשה נדחית.

ניתנה היום, כ"א באב התשע"ד (17.8.2014).

ש ו פ ט