

ת"פ 47457/01/12 - מדינת ישראל נגד יהודה גיאט, שלמה נוימן

בית משפט השלום באשקלון

13 מרץ 2014

ת"פ 47457-01-12 מדינת ישראל נ' גיאט ואח'

בפני **כב' השופט חיים נחמיאס, שופט בכיר**
המאשימה
נגד
הנאשמים

מדינת ישראל ב"כ המאשימה - עו"ד אדווה ויצגן

1. יהודה גיאט
ב"כ הנאשם - עו"ד ניק קאופמן
2. שלמה נוימן ב"כ הנאשם - עו"ד יעקב אמסטר

הכרעת דין

"וביום השמיני ימול בשר עורלתו" (ויקרא יב, ג)

אחרית דבר - בראשיתו

כמצוות הוראת סעיף 182 סיפא לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), מודיע אני כבר בתחילה, דבר זיכויים של שני הנאשמים מהעבירה שיוחסה להם בכתב האישום.

בגמר פרשת התביעה, טענו הסניגורים, שאין על הנאשמים להשיב לאשמה.

לצורך הנמקת תוצאת הזיכוי, נסקור במה דברים אמורים.

בראשית בראה המאשימה את כתב האישום בתאריך 3/1/2012, אשר הוגש לבימ"ש השלום באשדוד.

למען הסדר הטוב ומפאת חשיבות ניסוחו, אביאו וכלשונו (כדי לשמור על פרטיותו של הרך הנולד, לא נציין כל פרט העלול לזהותו):

כתב האישום

א. ואלה הן העובדות:

1. הועדה לפיקוח על מוהלים (**"הועדה"**) עובדת מטעם הרבנות הראשית לישראל ובפיקוח משרד הבריאות ומשרד הדתות.

עמוד 1

2. במסגרת אחריות הועדה היא מנפקת רישיונות למוהלים מוסמכים, שהם בעלי רישיון מטעם הרבנות הראשית ומשרד הבריאות, לעסוק כמוהלים ולערוך ברית מילה **(להלן: "מוהל מוסמך")**. תעודות ההסמכה ניתנת לתקופה מוגבלת ויש לחדשה בפיקוח הועדה.
3. בתאריך 1/7/2010 נולד בן ... **(להלן: "המתלוננים")**. ובתאריך 8/7/2010 בשעה 15.00 לערך נקבע המועד לברית המילה לבן התינוק במסעדת "...". באשדוד **(להלן: "ברית המילה")**.
4. המתלוננים קבעו עם עובדיה כהן, מוהל מוסמך, שיערוך את הברית המילה, אך הנ"ל לא הגיע. במקומו שלח מוהל אחר, את נאשם 1. יחד עם נאשם 1 הגיע נאשם 2, מתלמד צעיר מאוסטריה, שהיה תלמידו של נאשם 1.
5. הנאשם 2 ביצע את הליך ברית המילה לתינוק בפיקוחו ובעזרתו של נאשם 1. אולם החיתוך ארך זמן רב ואיבר מינו של התינוק דימם מאוד. כיוון שהנאשם 2 לא הצליח לסיים את ההליך, נדרש הנאשם 1 להתערב ולסיים את הליך ברית המילה.
6. הדימום מאיבר מינו של התינוק נמשך גם לאחר מספר דקות.
7. לאחר חבישת האזור ולאחר שעברו מספר שעות הבחינו המתלוננים כי הדימום נמשך, וכי מראה איבר המין של התינוק חריג. כמו כן, התינוק התקשה להטיל את מימיו.
8. ביום למחרת הגיע עובדיה כהן לביתם של המתלוננים באשדוד לבדוק את החיתוך של ברית המילה, וכאשר הוריד את התחבושת מאיבר מינו של התינוק, שוב החל דימום ומראה איבר המין היה חריג. התינוק הובהל לקבלת טיפול רפואי.
9. הנאשם 1 היה בעבר מוהל מוסמך, אולם תוקפה של תעודת ההסמכה של הנאשם 1 פקע במאי 2009 ומאז לא חודשה.
10. הנאשם 2 כלל לא הוסמך לביצוע ברית מילה עפ"י רישיון כלשהו, ולא היה לו ניסיון מעשי בהליך ברית מילה.
11. הנאשמים נטלו על עצמם לבצע, שלא בשעת כורח, הליך ברית מילה, שהוא טיפול כירורגי שיש בו, או שעלול להיות בו סכנה לחיי אדם או בריאותם, ועל כן חובה עליהם שתהיה להם מיומנות סבירה ושיטפלו בזירות סבירה.
12. הנאשם 1, שלא היתה לו הסמכה בתוקף, איפשר לנאשם 2 שלא היתה לו מיומנות סבירה לבצע את הליך ברית מילה בתינוק.
13. במעשיהם אלו נתנו הנאשמים טיפול רפואי וכירורגי לתינוק לאחר שהתחייבו בצוותא לטפל בו ולערוך לו ברית מילה בדרך נמהרת ורשלנית שיש בה לסכן חיי אדם או לגרום לו חבלה.

ב. הוראות החיקוק לפיהן מואשמים הנאשמים:

מעשי פזיזות ורשלנות - עבירה לפי סעיף 338 (א) (7) לחוק העונשין, התשל"ז 1977.

ג. עדי התביעה:

1. האב.
2. האם.
3. עובדיה כהן.
4. רס"ר ולדיסלב פבזנר, מ.א. 1021989, משטרת ישראל, תחנת אשדוד.
5. תיעוד רפואי, מרכז רפואי קפלן - רופאים יוזמנו עפ"י דרישה.
6. הרב משה מורסיאנו, מנהל מחלקת בריתות, הרבנות הראשית לישראל.

עד כאן כתב האישום שיוחס לנאשמים, שמפניו היה עליהם להתגונן.

ואלו תולדותיו של התיק

לראשונה, נקבע לדיון בפני חברתי השופטת גילת שלו להקראה ליום 20/2/2012. נכחו בו אך באת כח המאשימה, נאשם 2 ובא כוחו. נאשם 1 נעדר ממנו.

סניגורו של הנאשם 2 פתח בטענות סף. האחת, שכתב האישום לא מגלה עבירה. השניה, שכתב האישום אינו מגלה את העובדות שמגלה איזו עבירה. השלישית, טענת הגנה מן הצדק. לשיטתו, ביצוע ברית מילה איננו טיפול רפואי, גם לא טיפול כירורגי, שסעיף 338 (7) מדבר בהם. טען כי עיסוק המוהלים אינו מוסדר בחוק, הגם שישנה הצעת חוק שבאה להסדיר עניין זה וישנה אף וועדה שאמנם קיימת, אך היא אינה סטטוטורית. טען כי לפי המצווה הבסיסית, אב מצווה למול את בנו ולא נדרשת שום הכשרה לכך.

הוסיף, שקיימות תביעות אזרחיות כנגד מוהלים וגם הוגשו כתבי אישום כנגד מוהלים, אך אלו עסקו במקרים חמורים שבהם נגרמו נזקים קשים לתינוק במהלך הברית ובמקרים הללו אף נעברו עבירות נלוות. הדגיש שבמקרה דנן לא ארעה פגיעה או חבלה.

ב"כ המאשימה ביקשה להשיב על הטענות אחת לאחת, בכתב באופן מסודר.

לשאלת ביהמ"ש ציינה שלא הוגש כתב אישום כנגד המוהל עובדיה כהן, שסוכם מלכתחילה עמו שיבצע את הברית, אך בסופו של יום שלח את הנאשם 1 תחתיו.

ביום 3/6/2012 הגיב בכתב ב"כ המאשימה לטענות המקדמיות שהועלו מטעמו של נאשם 2.

בין היתר, נטען, כי המאשימה סבורה כי ברית מילה מהווה הליך כירורגי רפואי לכל דבר ועניין, ושנאשם 2, ביצע הברית ללא שהיה לו הכישורים המתאימים וללא הניסיון המהותי הנדרש.

לדידו, אין חובה על המאשימה לפרט בכתב האישום במה התרשל נאשם 2, שכן זו שאלה נורמטיבית. לא חלק על כך כי אין כיום חוק המסדיר את פעולת המוהלים, אך המאשימה, כך נאמר, תביא בפני ביהמ"ש את המסגרת הנורמטיבית, נוהלים, הנחיות אודות פיקוח על מוהלים ותעמוד על סטנדרט הכישורים וההכשרות שנדרשים ממוהל.

באשר לטענת ההגנה מן הצדק, סבר שאין המדובר באכיפה סלקטיבית. הפנה לשלושה תיקים בהם הוגש כתב אישום פלילי כנגד מי שביצע ברית מילה [תיק פלילי (ת"א) 6337/06 (שהערעור עליו נדון בתיק ע"פ (ת"א) 70218/08), תיק פלילי (ראשל"צ) 1251/08 ותיק פלילי (ת"א) 4463/96].

ציין כי המוהל המוסמך, עובדיה כהן התעכב, לכן ביקש ממורו ורבו בתחום המילה, הוא הנאשם 1, שיחליפו במצוות המילה. מר עובדיה כהן לא נחקר תחת אזהרה, אלא אך כעד ומופיע ברשימת עדי התביעה בכתב האישום. נטען כי מר כהן לא ידע שהברית תבוצע על ידי נאשם 2, ולא ידע כי לנאשם 1 אין תעודת הסמכה של מוהל.

סיכומם של דברים ביקש לדחות את הטענות המקדמיות.

ב"כ הנאשם 2 לא נח ולא שקט עד שהגיש תגובתו ביום 11/3/2012.

השופטת שלו, בהחלטתה מיום 13/6/2012, דחתה הטענות המקדמיות. יחד עם זאת ציינה מפורשות באחת הפסקאות:

"...על המאשימה להבהיר האם טענת הרשלנות מתבססת אך ורק על העובדה שהנאשם 2 היה מתלמד ללא ניסיון מעשי בעריכת ברית מילה, ועל העובדות המפורטות בסעיף 5 לעובדות כתב האישום, או על טענות נוספות הקשורות באופן ביצוע ברית המילה, שאז יהיה עליה לפרט בכתב האישום".

לדיון ביום 9/7/2012 התייצב נאשם 1. הודיע כי בכוונתו לשכור שרותיו של עו"ד, שייצגו באופן פרטי. גם מטעם הנאשם 2 ביקשו זמן נוסף על מנת להשיב מענה לכתב האישום.

הדיון נדחה ליום 10/9/2012.

ביום 5/8/2012 שלחה ב"כ המאשימה הודעה לתיק ביהמ"ש, אודות החלטת פרקליט המחוז להורות על השלמת החקירה בתיק, לנוכח החלטת ביהמ"ש שהורתה כאמור לפרקליטות להבהיר את טענת הרשלנות המיוחסת כנגד הנאשמים.

ביום 12/8/2012 הודיע נאשם 1 כי לא הצליח לשכור שרותיו של סניגור פרטי וביקש מינוי סניגור ציבורי. השופטת שלו בהחלטה מיום 2/9/2012 נעתרה לבקשת נאשם 1.

לימים, בחודש ספטמבר 2012 נשלחה הודעה לביהמ"ש שעו"ד קאופמן קיבל על עצמו לייצג את הנאשם באופן פרטי בתיק זה, לפיכך שוחררה הסניגוריה הציבורית מייצוגו.

בישיבה מיום 21/1/2013 ביקש ב"כ נאשם 1 שביהמ"ש יפסול עצמו מלדון בתיק זה וטעמו עימו. ששגה ביהמ"ש הנכבד, בעת ששמע את טענותיו המקדמיות של נאשם 2 ואף הכריע בהן, לפני שבירר את סיבת אי התייצבותו של נאשם 1 וקודם שזה טען את טענותיו.

ב"כ המאשימה התנגדה נחרצות לבקשה ואף חזרה על התנגדותה בתגובתה בכתב, מיום 17/2/2013.

השופטת שלו בהחלטתה מיום 21/2/2013 דחתה את טענת הפסלות שהועלה כנגדה על ידי ב"כ הנאשם 1.

ב"כ הנאשם 1 החליט להעמיד החלטה זו במבחן נשיא ביהמ"ש העליון.

הנשיא א' גרוניס בפסק דינו (בתיק ע"פ 1511/13, מיום 3/3/2013) דחה את הערעור, אף מבלי שהמשיבה נדרשה להשיב עליו.

הדיון נמשך בבימ"ש השלום באשדוד ביום 22/4/2013.

ב"כ נאשם 1 בטרם מענה לאישום, העלה טענה מקדמית שלא הועלתה על ידי סניגורו של הנאשם 2. טען לפגם ולפסול בכתב האישום הנוגע לסעיפים 1 ו-2 הכלולים בו. לשיטתו, על המאשימה היה להבהיר בנוגע לרשלנות, על מה מתבססת היא, זאת גם על פי החלטת ביהמ"ש מיום 13/6/2012. בנוסף, העלה טענה של "זוטי דברים", על שבמקרה דן לא נגרמה כל מידה מינימלית של סכנה לציבור. הדגיש שהדימום הינו חלק מהליך ברית המילה.

ב"כ המאשימה השיבה, בין היתר: "בשלב זה, אין לי כוונה וככל הנראה גם לא תהיה לי, כוונה לשנות את כתב האישום ולהוסיף לו פרוט והטענות הנטענות בכתב האישום נטענות אכן על סמך מה שבימ"ש המשפט כתב בהחלטתו בעמ' 6, על המפורט בכתב האישום" (עמ' 9, שורה 23).

אישרה כי אמנם פנו מספר פעמים לעורך הדין שמייצג את משפחת הילד ו"אין ראייה לגבי נזק נמשך כלשהוא" (עמ' 9, שורה 36). בהמשך אמרה במפורש, שלפי הנתונים שיש בידה "לא היה גם נזק מיוחד לילד כתוצאה מהברית, על כן גם לא יוחסה פה עבירה של חבלה ברשלנות" (עמ' 9, שורות 37-38).

השופטת שלו בהחלטתה מיום 2/9/2013 דחתה אף את טענותיו המקדמיות שהעלה ב"כ הנאשם 1.

בשולי החלטתה ולאור השינויים שחלו בנייתוב התיקים הפליליים במרחב לכיש, הורתה להעביר התיק להמשך טיפולו של הח"מ.

משקיבלתי התיק החלטתי לקובעו למענה ענייני ומפורט בפני לתאריך 21/1/2014.

אמנם בפתח הדיון טען ב"כ הנאשם 1 שיש קושי מסוים שהתיק הועבר לטיפולו וחששו היה כי המותב הנוכחי יהיה כבול להחלטות הקודמות שניתנו בתיק. לא ראיתי בכך כל קושי.

הסברתי לבאי כוח הצדדים, שהתיק לא הועבר אלי לבקשתי, אלא על פי החלטת נשיא בתי משפט השלום במחוז הדרום, לרגל חלוקה מחודשת של שמיעת התיקים במרחב לכיש. הוספתי, כי אינני כבול, אלא לחוש צדקי ולצו מצפוני. אל לו לסניגור המלומד לחשוש שלא יתאפשר לו לטעון כל טענה וביהמ"ש יכריע דין בסופו של יום, על פי חוש צדקו וצו מצפוני.

בפתח הדיון שאלתי את ב"כ המאשימה האם ברצונם להבהיר מהם ראשי הרשלנות שמייחסים לגבי כל נאשם ונאשם, גם לאור ההחלטה הנזכרת מיום 13/6/2012 של השופטת שלו.

השיבה שכתב האישום לא נערך על ידי שלוחתם באשקלון, שמספר פעמים היה צריך לשוב ולתקנו טרם הגשתו לבית המשפט, על מנת לעמוד נכון ומדויק על מרכיבי עבירת הרשלנות (עמ' 12, שורה 14). ראתה חשיבות לציין בפני ביהמ"ש כי המדינה אמנם ביקשה הבהרות באשר לראשי הנזק שנגרמו לפעוט בהליך המילה, אך לא נתקבל כל מידע חדש בהקשר זה, לא קיבלו פרטים חדשים שיכולים לשפוך אור על הפרשה, אין חדש בעניין החקירה.

לא מצאתי מקום לדחייה נוספת בדיון ועברנו לקבל מענה ענייני ומפורט מכל אחד מבאי כח הנאשמים.

המענה לכתב האישום מאת נאשם 1

סניגורו של נאשם 1 לאחר שהקריא לשולחו את כתב האישום ואישר כי הבינו הודיע תשובתו.

באשר לסעיפים 1 ו-2 לכתב האישום, טען, שאיננו מתייחס לפי שאין להם לשיטתו מקום בכתב האישום.

טען כי אין מחלוקת לגבי סעיפים 3 ו-4.

בנוגע לסעיף 5, ציין ששני הנאשמים ביצעו את ברית המילה יחדיו. החיתוך לא ארך (מורה על תיקון טעות סופר בעמ' 14, שורה 26 צריך להיות "ארך") זמן רב ואיבר מינו של התינוק לא דימם מאוד. דימום הינו חלק בלתי נפרד מברית המילה. אמר שאין ניגוד אינטרסים בין שני הנאשמים. הטעים כי שני הנאשמים ביצעו את ברית המילה יחדיו, ומכאן שלא היה צורך לנאשם 1 להתערב כדי לסייע לנאשם 2.

באשר לסעיף 6 יכול להיות שהדימום נמשך לאחר מכן, אין ידיעה בעניין זה וגם אם כך היה, אין בכך פסול.

בנוגע לסעיף 7 נטען כי הנאשם לא יכל לדעת מה ראו המתלוננים. הוכחש כי איבר מינו של התינוק היה חריג והוכחש גם סייפא של הסעיף.

סעיף 8 הוכחש מחוסר ידיעה.

באשר לסעיף 9, אישר שבתקופה הרלוונטית לכתב האישום תעודת ההסמכה של נאשם 1 כמוהל מוסמך, לא היתה בתוקף, יחד עם זאת אין לכך רלוונטיות, שכן אין חובה על פי החוק שיחזיק בתעודה.

סעיף 10 מתייחס לנאשם האחר.

בנוגע לסעיף 11, הוכחש שטקס ברית המילה הוא טיפול כירורגי או טיפול רפואי.

בנוגע לסעיף 12, נטען כי אמנם הנאשם 1 אפשר לנאשם 2 לבצע יחד עימו את ברית המילה.

לשאלת ביהמ"ש נאמר בפה מלה כי אין לנאשם 1 טענת "אליבי", או טענה "למשפט זוטא". ביקש שיזומונו כל עדי התביעה לעדות ולחקירה נגדית.

המענה לכתב האישום מאת נאשם 2

מפי ב"כ נאשם 2 שמענו תשובתו של נאשם זה לכתב האישום.

ביחס לסעיפים 1 ו-2 טענו לחוסר רלוונטיות.

סעיף 3 לא הוכחש.

סעיף 4 הוכחש מחוסר ידיעה. נטען כי הנאשם 2 הוזמן על ידי הנאשם 1.

בנוגע לסעיף 5 נטען, כי הברית בוצעה בצוותא חדא על ידי שני הנאשמים.

אישר את סעיף 6 וציין שהוא אכן מקווה שהיה דימום, שאלמלא כן הטקס לא היה תקין.

סעיף 7 הוכחש כולו.

סעיף 8 הוכחש חלקו הראשון מחוסר ידיעה וחלקו השני הוכחש לחלוטין. לטענתם התינוק הובהל לא לצורך קבלת טיפול רפואי, אלא לצרכים אחרים.

סעיף 9 לא מתייחס לנאשם 2.

סעיף 10 הוכחש מחוסר רלוונטיות. נטען כי מצוות המילה על פי ההלכה לא מחייבת שום ניסיון. באשר לסעיף 11, הכחיש את כל הסעיף, למעט העובדה שהנאשמים נטלו על עצמם לבצע מצוות מילה.

ציין, שבכל הנוגע לסעיף 12, היא איננה רלוונטית מבחינתו.

סעיף 13 הוכחש.

גם לנאשם 2 לא היתה טענת "אליבי", אף לא טענה "למשפט זוטא".

בנסיבות העניין ולאור הוראת החוק שמן הראוי לשמוע הראיות בתיקים פליליים ברצף זמנים ובהתאם לנוהל שקבע לאחרונה נשיא ביהמ"ש העליון בעניין זה, החלטתי לקבוע שני מועדים קרובים לתיק. האחד ליום 30/1/2014 והשני לתאריך 6/2/2014.

ואלה שמות העדים שהעידו בפרשת התביעה

עד התביעה 1, ד"ר יונברג דן, רופא בכיר מומחה בתחום האורולוגיה אשר עמד מאחורי שתי התעודות הרפואיות שערך ועליהן הוא חתום, שהסניגורים לא התנגדו להגשתן והן מדברות בעד עצמן (ת/1-2).

ת/1 הינו סיכום ביקור מיום 25/7/2010, כאשר הרך הנילוד היה בן 24 ימים לאחר שעבר ברית מסורתית בגיל 8 ימים והגיע לביקורת הברית. על פי הממצאים "יש חסך עור בין גדם העורלה לעטרת הפין אך מכוסה כבר בפיברין. יש רושם של ציסטה תת עורית קטנה בחלק הדורסלי של הפין". ההמלצה לביקורת בעוד 6 שבועות.

ת/2 הינו סיכום ביקור מתאריך 12/9/2010 אותה ביקורת שהומלץ עליהם והפעם על פי הממצאים שנכתבו "העור בין העורלה לעטרת הפין הבריא יפה, יש צלקת מעט גדולה מהרגיל בין גדם העורלה לעטרת הפין. יש עדיין ציסטה תת עורית קטנה בחלק הדורסלי של הפין". על פי ההמלצות "**בדיקת הברית תקינה. המשך מעקב אורולוגי בקהילה**".

לשאלת ביהמ"ש הבהיר העד כי פרט למה שכתב במסמכים ת/1-2, "**לא היה דבר, ולא עשיתי דבר נוסף ולא נתתי לו טיפול**" (עמ' 18, שורה 3).

עד התביעה מס' 2, ד"ר אלכסי קובלונוק עבד בזמנו בבי"ח "קפלן" כחלק מהמסלול שלו כמתמחה (מורה על תיקון טעות סופר, בעמ' 18, שורה 21 צריך להיות "כמתמחה"). הוא שערך במסמך ת/3 (א-ג) את מחציתו העליונה בעמוד השני, ואת העמוד השלישי.

אין עוד חולק כי על פי מסמך זה, הגיע הרך הנולד לבדיקה אצל העד ביום 11/7/2010, בשעה 12.20. הקריא העד לבקשת הסניגורים את כתב ידו "בן 10 ימים נתקבל לחדר מיון בעקבות שינויים במבנה של פינס. מדברים של ההורים ניתוח ברית ביום חמישי, ביום שישי שעבר ארוע דימום. **תחבושת עם משחה ויטה מרפן ללא שינוי בהפרעות במתן שתן. בדיקה גופנית במצב כללי טוב, ללא סימנים של דימום, חיתוך אסימטרי יותר עמוק בצד ימין. ללא סימנים של פגיעה בגלאן ספינס. בוצעה החלופה תחבושת עם משחה סופרטול**" (עמ' 19, שורות 23-26).

כשביקשה ב"כ המאשימה להציג לעד תמונות שלדברי אביו של הילוד צילם סמוך לאחר הברית, טען כי לבדיקה בפניו לא הביאו צילומים. הסניגורים התנגדו להצגת התמונות והעד בצדק אמר כי איננו יכול להתייחס לצילום שלא הוצג בפניו בזמנו. החלטתי לקבל את התנגדות הסניגורים, שלפי שאין זה ראוי לבקש מעד, מקץ שנים מאז שערך את המסמך ת/3,

להתייחס לצילומים שמעולם לא הוצגו לו, שלא צולמו בעת הבדיקה שבפניו. חזקה עליו שמה שמצא בבדיקתו רשם במסמך ת/3, שלהגשתן לא התנגדו הסניגורים.

העד חזר והדגיש כל שכתב במסמך ת/3 ראה ואין לו להוסיף עליו דבר (עמ' 21, שורה 23).

בתשובה לשאלת סניגורו של נאשם 1, אישר כי את הדברים שכתב בת/3 (ב) במקום הכותרת "תלונה עיקרית" רשם הכל מפי הורי התינוק.

לסניגורו של נאשם 2 לא היתה שאלה כלשהיא לעד זה.

עד תביעה מס' 3, הינו אביו של התינוק, בן זקוניו. לטענתו הגיש תלונה במשטרה כשלושה ימים או ארבעה ימים לאחר הברית "תלונה נגד המתחזים למוהלים" (עמ' 23, שורה 17).

הסביר את השתלשלות הדברים שבעיקרם בעת שאישתו היתה עדיין מאושפזת בבי"ח לאחר לידה, הגיע למחלקת היולדות אדם, שהציג עצמו מוהל ומסר לה כרטיס ביקור. הכוונה למר עובדיה כהן, אשר הוזמן לביתם, בדק את התינוק וסוכם על עריכת הברית במועדה, אלא שחיכו לו וזה לא הגיע. הגיעו במקומו שניים, מבוגר וצעיר (אלו הנאשמים) והמבוגר (נאשם 1) הציג עצמו כאביו של עובדיה והניח העד כי הצעיר (נאשם 2) מלווה שלו, מתלמד.

תאר את עריכת הברית שנמשכה לדבריו 7 דקות. האורחים היו המומים מהתמשכותה מעל ומעבר. הוגש דיסק סרט הצילום של הברית בהסכמת הסניגורים, לפי שטענתם שהברית היתה מצוינת. הדיסק כלל גם תמונות שצילם האב את הרך היילוד לאחר הברית אותם מסר למשטרה. הדיסק התקבל וסומן ת/4 וביהמ"ש צפה בסרט ובתמונות בנוכחות באי כח הצדדים והנאשמים.

העד תאר שהברית נמשכה פרק זמן כה רב עד כדי כך "שאנשים התעלפו" (עמ' 26, שורה 11). לשאלתו מדוע ארכה הברית זמן כה רב, השיב נאשם 1 כי לתינוק היה עור עבה. שילם לנאשם 1 את שכרו, לחצו את היד לשלום. הדגיש כי התינוק בכה במשך כל הברית וירד לו הרבה דם.

מששבו לביתם התקשר המוהל עובדיה כהן ושאל מה נשמע? השיב לו העד כי "אביו עשה את הברית". ענה לו עובדיה כי אין זה אביו, אלא מי שלימדו את המקצוע ולכן הוא כביכול אביו. כל הלילה הילד לא ישן, צרח מבכי גם לא עשה צרכים.

בבוקר היום שלמחרת התקשר העד לעובדיה ותאר בפניו את מצב הדברים. עובדיה הודיע שהוא מיד מגיע וביקש שיכין אמבטיה עם סבון לילד וכך עשו. כשהוריד את הטיטול של הילד ופתח את התחבושת המים הפכו לאדומים. כשחבש עובדיה את התחבושת עמד העד על כך שהוא רוצה את הנאשמים אצלו בבית, ואם לא - ילך למשטרה. לדבריו עובדיה נכנס למחסן בדירה, דיבר עם נאשם 1, אמר לו "שזה לא סימטרי" ודרש מהנאשמים להגיע מיד. אלו האחרונים, הגיעו תוך 40 דקות. בינתיים אשת העד וחברו לקחו את התינוק למוהל בשם אייזנקוט. העד הביע את תחושתו שעשו עליו "קומבינה", משנודע כי אם התינוק אינה יהודיה הביאו מתלמד לערוך את הברית (עמ' 29, שורה 6 ואילך).

לדבריו, בשלב מסוים אמר כי הוא מזמין משטרה ואז נאשם 1 נלחץ. נאשם 1 ועובדיה הותירו ברשות העד את תעודת

הזהות שלהם ונאשם 2 הותיר את דרכו, אמרו שאין לו מה לדאוג, שהם לא בורחים לשום מקום. לאחר שהזכירו תעודות זהות, תאר העד כי חשב שמוהל צריך תעודה של מוהל ואז ביקש מהנאשם 1 תעודה כזו, וזה השיב לו שהיא לא פה ואין לו (עמ' 29, שורה 21 ואילך). לגבי נאשם 2 הבין שהוא מתלמד וממילא אין לו תעודת מוהל.

לאחר שהילד צרח גם ביום השבת, התקשר העד במוצאי השבת לעובדיה ואמר לו שהוא הולך לבית חולים. והאחרון אמר לו שלא לעשות כן. השיב לו העד, שיאמר לנאשמים שהוא הולך לבי"ח ולמטרה. התקשר העד לנאשם 1 ודיבר עימו במישרין והאחרון אמר שהם מיד יגיעו. ואמנם השניים הגיעו שוב לביתו.

לדבריו, נאשם 1 עשה לו סצינה שיש לו שבעה ילדים, התחיל להשתולל ואף אמר שיקפוץ מהחלון. העד תפס אותו ואמר לו שיירגע. לדבריו אמר נאשם 1 שיקח אותו לגמ"ח בירושלים ויתן לו 10,000 ₪ על עוגמת הנפש ושנאשם 2 ידבר עם הוריו ויתן לו 50,000 ₪. העד אמר שאיננו חפץ בכך ואחרי שילך לרופא בביה"ח יסור למטרה. עזבו את ביתו.

למחרת היום נסע לבי"ח "קפלן" לבדיקה רפואית של הילד ואמרו להם לשוב בעוד שבועיים. בביקורת האורולוג הגיע פלסטיקאי שאמר שאין מה לעשות באותו שלב ויש להמתין עד שהפצע יחלים.

הסניגורים חקרו האב חקירה נגדית ארוכה וממושכת.

בחקירתו הנגדית טען העד, שלא הוא דרש תעודות הזהות והדרכון כפקדון לסחוט מהם כספים, אלא הם שהציעו את המסמכים הללו. כשנשאל האם נאשם 2 נידב את שעונו, טען בתחילה כי אינו יודע על מה מדובר על איזה שעון (עמ' 35, שורה 13), אך בהמשך מסר גרסה שנאשם 2 הוריד שעונו מרצונו והניחו על השולחן.

כאשר נשאל מדוע לא הזכיר שעון זה בעדותו מלכתחילה השיב "אולי זה ברח מראשי" (עמ' 35, שורה 22).

בהמשך חקירתו הנגדית השיב, בין היתר, תשובות שקשה לקבלן כפשוטן. כך למשל, כשנשאל מדוע במוצאי שבת לא הלך למטרה כפי שהתכוון לעשות השיב כי לא היה לו רישיון נהיגה.

לשאלה מדוע לא הלך עם הילד לבי"ח ביום השבת נוכח מצב פיקוח הנפש שתיאר, השיב, "**אני לא יודע למה, הייתי צמוד לילד**" (עמ' 40, שורה 25).

בשלב מסוים החל להרים את קולו והדבר מצא את ביטויו בפרוטוקול הדיון (בעמ' 41, שורה 9 ואילך) עד כדי כך שאיבד העד את עשתונותו, החל לצעוק ממש ולצרוח בפנים אדומות ואף התקרב בצורה מאיימת לעבר הסניגור (עמ' 42, שורה 3).

בהמשך הודה בפה מלא כי בשלב מסוים נתן סטירה לנאשם 1, אך לטענתו עשה זאת כדי שיירגע ולא יקפוץ מהחלון כפי שאיים לעשות (עמ' 42, שורה 18).

במהלך החקירה הנגדית גם הסתבר כי למעשה העד נחקר לאחר אזהרה בחשד לעבירה של תקיפה עליה הגיש נאשם 1 תלונה נגדו, בתחנת מרחב ירושלים, קודם להגשת תלונת העד כנגד הנאשמים.

לשאלה מדוע הגיש תלונה במשטרה רק ביום שני בשבוע, השיב במילים "כי ככה אני מחליט. כי הם צריכים לבוא על העונש שלהם על מה שעשו, גם על ההתחזות שהתחזו" (עמ' 44, שורות 24-25).

עד התביעה מס' 4, רס"מ ולדיסלב פבזנר, שוטר המשמש כחוקר מתחנת אשדוד אשר גבה את אמרות הנאשמים (ת/7-8) וכן מזכרים ותעודה (ת/9-12) שנתקבלו ללא התנגדות ההגנה.

בחקירתו הנגדית אישר העד כי הוא היה החוקר בשני התיקים הפליליים שנפתחו כאן, בתלונתו של האב כנגד הנאשמים ובתלונתו של נאשם 1 כנגד האב בגין עבירת תקיפה (כעולה מהמסמך נ/2).

אין עוד חולק כי העד קיבל למכתב ששלח למנהל מחלקת הבריאות ברבנות הראשית לישראל, מענה במכתב ת/15. אין גם חולק, שעל פי המזכר ת/13, שוחח העד עם הרב מיכאל אייזנקוט שזכר את המקרה של התינוק, אך זה לא הסכים למסור עדות במשטרה.

בשלב מסוים, ביקשה ב"כ המאשימה לתקן את כתב האישום על דרך הוספת עד התביעה מיכאל אייזנקוט שבהשלמת חקירה נגבתה ממנו עדות אך יום קודם מועד הדין בו נמצאנו.

סניגורו של הנאשם 1 התנגד לכך בחריפות.

סניגורו של נאשם 2 היה אדיש לזו הבקשה (עמ' 54, שורות 14-20).

החלטתי, שכשהמדובר בכתב אישום שהוגש עוד בינואר 2012, שעניינו ארועים ממחצית שנת 2010, כשאנו נמצאים בינואר 2014, לאחר שכבר נשמעו 4 עדים מהותיים לו הייתי נעתר לבקשת המאשימה הייתי פוגע קשה בהגנתו של נאשם 1. בנסיבות אלו, דחיתי את הבקשה לתקן את כתב האישום על דרך הוספת עד תביעה נוסף, תוך שאני מדגיש שאם סניגורו של נאשם 2 יסבור כי עד זה יכול להועיל להגנתו של שולחו, החלטתי כמובן שאינה מונעת ממנו לזמנו לעשות מטעמו, ויעשה הסניגור - כחוכמתו.

נוכח השעה המאוחרת אליה הגענו אותו יום, נדחה הדין להמשך פרשת התביעה ליום 6/2/2014.

עד התביעה מס' 5, ד"ר ברקוביץ אברהם ערך את המחצית השניה של ת/3 (ב) והכתיב לפרוטוקול את הדברים שכתב במסמך. לא נתן טיפול לתינוק והמליץ על מעקב אצל רופא ילדים וביקורת במרפאה האורולוגית לילדים. הסביר העד המילים באנגלית ומשמעותן הרפואית, מהי ברית מילה מסורתית, שהינו חיתוך כירורגי ואת ההבדל בתוצאה בין ברית מילה מסורתית לביצועה באופן כירורגי. ציין, "כשעושים ברית מילה לא כירורגי, החתך נשאר פתוח ולא מקרבים את השוליים של החתך בתפרים כפי שעושים בחדר ניתוח...ברית לא כירורגית רואים התכווצות של העור ויש חשיפה של רקמה תת עורית, אפילו כמה ימים לאחר הברית" (עמ' 60, שורות 11-15).

לשאלת בית המשפט האם הברית הרפואית יותר מושלמת מזו המסורתית, השיב, "כן, כי אין הפרדה בשול בחתך"

(עמ' 60, שורה 19). הדגיש כי עושה הוא בריתות כירורגיות בלבד.

עד התביעה מס' 6, הרב משה מורסיאנו, משמש כמנהל מחלקת בריתות ברבנות הראשית לישראל ומרכז הוועדה הבין משרדית לפיקוח על מוהלים. דאגתם האמיתית והתמידית לתינוקות. עומד בראש הוועדה רופא (ולא רב ולא מוהל), זאת על מנת להראות את החשיבות הרבה שמייחסים לנושא למרות שבעיקרו הוא מצווה דתית (עמ' 62, שורה 3). הוועדה קיימת לדעתו למעלה מ-40 שנה, וועדה וולנטרית שהוקמה מכח תקנות.

אין חולק שהרב השיב לחוקרי תחנת משטרת אשדוד מענה למכתבים שקיבל מהם בנוגע לחקירה בתיק זה. מכתב התשובה הראשון, מיום 26/8/2010 (ת/15), מתייחס לתעודת המוהל של נאשם 1. זו נבדקה ונמצאה כי החתימות של חברי הוועדה עליה אותנטיות, תוקפה עד חודש אייר תשס"ט ומאז לא חודשה. הודגש כי כל התעודות הניתנות על ידי הוועדה לפיקוח על המוהלים נושאות תאריך בתוקף לצורך מעקב ובקרה ובדיקת כשירות רפואית של המוהל.

מכתב התשובה השני, מיום 26/8/2012 (ת/16), כולל את התנאים הנדרשים לקבלת תואר של "מוהל מוסמך" והם כוללים, בין היתר:

תעודה ממוהל מוסמך המעידה שהמועמד, למד אצלו את מלאכת המילה וביצע בפניו לא פחות מ-10 בריתות מלאות ו-20 בריתות חלקיות בצורה נכונה מבחינה הלכתית ורפואית.

המלצה מהרב המקומי, המכיר את המועמד ומעיד עליו כי אורח חייו מתאים וראוי לשמש כמוהל. אישור רפואי של רופא המאשר כי המועמד בריא נפשית וגופנית.

אישור מאופטרומטריסט על בדיקת עיניים של המועמד.

אישור רפואי שהמועמד קיבל סדרת חיסונים נגד צהבת B.

הצהרה בכתב שלא ישתמש בעת ביצוע ברית המילה במכשירים שנפסלו על ידי הרבנות הראשית לישראל.

בנוסף, לאחר הגשת הבקשה מזומן המועמד לבחינה הלכתית בבריתות מילה ואם עובר אותה בהצלחה נשלח אליו מפקח, מטעם הוועדה, הרואה אותו בזמן ביצוע ברית המילה. אם נתקבלה המלצה חיובית של המפקח בצרוף תשובותיו של המוהל על גבי טופס שאלון לנבחן, מזומן המועמד להופיע בפני מליאת הוועדה עם שתי ערכות של כלי מילה, אשר בוחנת אותו בנושאים רפואיים הקשורים בביצוע ברית המילה ואף בודקת את כלי המילה, אם הם לפי הוראות הוועדה. במידה ועבר בחינה זו בהצלחה מקבל תעודת הסמכה כמוהל מוסמך לשנה אחת בלבד.

לקראת תום השנה במידה ולא יהיו תלונות על עבודתו של המוהל יופנה המוהל לבדיקת מפקח נוספת אצל מפקח אחר מזה שהיה בפעם הראשונה. אם נתקבלה המלצה חיובית של המפקח, מזומן המוהל לבחינה בוועדה על הנושאים הרפואיים. אם יעבור אותה בהצלחה, יקבל תעודת הסמכה לחמש שנים.

בהמשך הוסיף בעדותו כי עד גיל 65 התעודה ניתנת ל-5 שנים, לאחר מכן ל-3 שנים ובגיל מעל 70 לשנתיים או לשנה.

כמו כן מצוינת תשובתו הינה כי אכן המוהל המסמך רשאי לאפשר למתמחה שלו לבצע ברית מילה, בנוכחותו ובאחריותו

של המסמך.

לשאלות ביהמ"ש, השיב העד בפה מלא כי למעשה אב מצווה למול את בנו. אם אינו יכול ואינו מסוגל לכך יכול למנות שליח. כדי לשמש מוהל. אין חובה לפנות לוועדה שהיא וולונטרית. גם אדם שלא פנה לוועדה יכול לשמש כמוהל. ממילא אם מוהל כזה עושה ברית מילה לא עובר עבירה פלילית (עמ' 65, שורה 9).

בכל מקרה של סיבוך במילה, כשהתינוק מגיע לבי"ח לאחר ברית המילה, מתקבל דו"ח מביה"ח למשרד הבריאות ולוועדה.

לדבריו, מתוך כ-65,000 בריתות בשנה שנערכות לתינוקות יהודיים, בשנת 2013 היו 31 מקרים של סיבוכים, בשנת 2012 - 33 מקרים, בשנת 2011 - 45 מקרים, בשנת 2010 - 48 מקרים.

הסביר כי סיבוך קל נחשב כשתינוק מגיע עם דימום קל או בגלל שיש נים דם שהמוהל לא הצליח להתגבר על חסימת הדימום.

אישר כי גם במילות המבוצעות על ידי מוהלים מוסמכים, כמו גם, על ידי רופאים מתרחשים סיבוכים. לדבריו ישנם על פי בדיקה שערך, עת נכנס לתפקידו בפברואר 2009, כ-403 מוהלים מוסמכים ועוד כ-200 מוהלים לא מוסמכים, שהינם פעילים בתחום.

כשנשאל מדוע תחום עיסוק זה לא הוסדר באופן חוקי חרף הצעות חוק שהוצעו בעניין, כל שיכל לומר מה היתה עמדת הוועדה. זו סברה כי המצב של סיבוכי ברית אינו מצדיק חקיקה. שמספר המקרים של סיבוכי ברית הוא "מינורי", ביחס לכל מקצוע רפואי אחר שמוסדר בחוק.

לדבריו מקרה של סיבוך חמור, בו נגרם נזק משמעותי לתינוק קורה אחת לשנתיים, כלומר אחת לכ-120,000 מקרי ברית. שאר הסיבוכים ממש פשוטים, ומצריכים החלפת תחבושת או תפירה במקום.

לדבריו, גם אם תהיה חקיקה לא יימנע מקרה שכזה.

לא יכל להשיב לשאלה כמה מקרים העמידו בפלילים מוהל על סיבוך שארע בברית שערך. נימוק נוסף להתנגדות הוועדה לחקיקה, שברגע שתהיה חקיקה בישראל, גם שאר מדינות העולם ירצו לחוקק חוקים בקשר לברית המילה ויהפכו את הנושא ממצווה דתית לניתוח בבי"ח.

בתשובה לשאלתו של ב"כ נאשם 1, הסביר כי הוא איננו מוהל.

כאשר נתבקש לשאלות על שלבי ברית המילה, הגם שבהמשך התייחס לחלק מהשאלות.

לשאלה האחרונה, אם הוא מכיר את הנאשם 1, השיב תשובה נחרצת וחד משמעית שנביאה ככתבה וכלשונה "כן, בטח. הוא אחד מירושלים ושמו הולך לפיו לטובה כמוהל. אני לא איש מקצוע, אך הוא איש יהודי מוכר בכל תחום מקצועות הקודש, שזה מילה, שחיטה, ניקור וסת"ם" (עמ' 70, שורות 19-20).

בתשובה לשאלות ב"כ נאשם 2, אישר כי מתמחה במלאכת המילה לא נרשם אצלם, אין בקרה על רישום מתמחים. הסביר כי הפיקוח שלהם הוא על המוהלים המוסמכים.

עדת התביעה מס' 7, אמו של הרך הנולד, תארה בעדותה את המפגש הראשוני שנוצר עוד במחלקת היולדות בבי"ח בינה לבין אדם שהציג עצמו כמוהל, היה זה עובדיה כהן. במרבית עדותה חזרה על גרסת בעלה שהעיד לפניה.

נחקרה ארוכות על ידי סניגוריהם של הנאשמים (עמ' 76-82). בשלב מסוים טענה כי גם המוהל, מר עובדיה לא היה בסדר, בכך שסגר לטענתה חזק מידי את מקום המילה (עמ' 77, שורה 9).

נדרשה להשיב לפשר דברים שהזכירה בעדותה בביהמ"ש, שלא בא זכרם בהודעתה במשטרה. בין היתר, טענה שלא כל רופא שפנתה אליו בנדון העלה על הכתב דברים שאמר בעל פה (עמ' 78, שורה 16).

לקראת סוף עדותה כשנשאלה אם כיום, מקץ שלוש וחצי שנים, יש לה חוות דעת שאיברו של התינוק איננו בסדר, השיבה במילים: **"אין לי חוות דעת, אם הרופא היה רושם אמת, לא הייתי צריכה חוות דעת. הרופא לא רושם את מה שהוא אומר"** (עמ' 82, שורות 16-17).

עד כאן עדי התביעה.

מקץ פרשת התביעה

כזכור, בסיום פרשת התביעה טענו הסניגורים, טענה שאין על הנאשמים להשיב לאשמה.

ב"כ הנאשם 1, טען שאין בדל של ראיה לרשלנות או התנהגות נמהרת מצידו של הנאשם 1 באשר לאופן ביצוע ברית המילה או במתן האפשרות שתלמידו יבצע את ברית המילה. אין חוק המסדיר את נושא ברית המילה, שלמעשה כל אדם יכול לבצע ברית מילה ואינו עובר בכך עבירה פלילית. לכן ביקש לזכות את הנאשם כבר בשלב זה של הדיון.

ב"כ הנאשם 2, החזיק החרה אחר חברו, בשינויים המחויבים גם לגבי מרשו.

הרחיב את הדיבור בשאלה האם ברית מילה היא בגדר "טיפול רפואי או כירורגי לאדם שהתחייב לטפל בו" כניסוחו של סעיף 338 א) (7) לעבירה שיוחסה לנאשמים.

טען כי אין המדובר בגדר פעולת חובה, אלא זכות לקיים מצווה. הדגיש כי אין המדובר בעבירה תוצאתית של נזק, אלא אך פעולה המעמידה בסיכון. לא הובאה כל ראיה שהעמידו הנימול בסיכון מעבר לסיכון הקיים בעריכת ברית. טען כי המשטרה עצמה פנתה לוועדה לפיקוח על המוהלים וקיבלה התשובות מפי עד תביעה מס' 6, העיד בתיק. על פי הראיות הנאשם 1, מהטובים שבמוהלים ונאשם 2 ביצע את המילה בהשגחתו הצמודה ובפיקוח צמוד והדוק. לכן ביקש לקבל את הטענה שגם על נאשם 2 אין להשיב לאשמה.

ב"כ המאשימה בדברי תשובתה טענה שיש ברשותה 4 תיקים דומים (עמ' 86, שורה 8).

טענה כי בברית מילה המדובר גם בטיפול רפואי וגם בטיפול כירורגי כאשר טענה שבחלק הראשון של הברית המדובר בטיפול כירורגי ולאחריו בטיפול רפואי (עמ' 86, שורה 10 ואילך).

טענה כי במקרה דנן בוצעה פעולה כירורגית שמהלכה לא היה תקין, ארע דימום רב, חוסר אפשרות למתן שתן של התינוק וריצה של ההורים לביה"ח לאחר תוצאה לא סימטרית (עמ' 86, שורה 31). טענה כי לנאשם 2 לא היתה מיומנות סבירה לערוך את הברית. שהחובה אמנם מוטלת בראש ובראשונה על המורה, אך גם על המורה מוטלת אחריות. הודתה בפה מלא כי לא יוחסה לנאשמים עבירה של התחזות, למרות שלכאורה נאשם 1 על פי העדויות הציג עצמו "כאביו" של המוהל, עימו סיכמו הוריו של הרך הנולד שיערוך את הברית.

לשאלת ביהמ"ש מדוע לא העידו בפרשת התביעה את המוהל, עובדיה כהן, שאמור היה לערוך את הברית ואף צוין כעד תביעה 3 בכתב האישום, השיבה כי קיבלו את כל הראיות מההורים ומבחינתם היה זה עד מעוניין ולא יכל להוסיף מעבר למה שאמרו ההורים (עמ' 88, שורה 5).

הפנתה לסרט שהוצג בפני ביהמ"ש, לעניין אופן עריכת הברית (עמ' 88, שורה 12). סיכומם של דברים טענה שנאשם 1 עבר את העבירה הפלילית שיוחסה לו בכך, שאפשר לתלמידו כשהוא יודע שאינו בעל מיומנות סבירה לערוך את ברית המילה. באשר לנאשם 2, נטען שביצע את הליך ברית המילה ללא הכשרה בסיסית ולכן ארך הליך זה זמן רב ואף דימום רב שנמשך לאחר מכן.

לשאלת ביהמ"ש האם ישנו תקדים לכך, שהעמידו לדין פלילי מוהל לא בעבירה תוצאתית (של גרימת נזק או חבלה בברית המילה), אמרה שאם איננה טועה יש עוד מקרה אחד. ביקשה שהות להשלים את סיכומיה בכתב "תוך כמה ימים" (עמ' 88, שורה 23).

סברתי כי יש מקום לאפשר לה לעשות כן. הורתי בהחלטתי מיום 6/2/2014 כי תוכל ב"כ המאשימה תוך 14 יום להגיש סיכומיה בכתב בצרופ הפסיקה הרלוונטית, במיוחד זו שהתעניין בה ביהמ"ש לתקדים דומה.

אפשרתי לסניגורים, תוך 14 יום לאחר מכן, להגיב במידה וימצאו מקום לעשות כן.

חלפו עברו להם 14 ימים וב"כ המאשימה לא הגישה השלמת סיכומים בכתב (כפי שביקשה בעצמה שהות לעשות).

ביום 23/2/2014 הגיש ב"כ הנאשם 1 בקשה ליתן החלטה לאלתר. הוסיף שלא ברור עד עתה מהי ההתרשלות שיוחסה לנאשם 1. לא הוצגה כל ראיה רפואית ממנה ניתן ללמוד כי נגרם נזק כלשהוא לתינוק מעבר לפצעים המתחייבים בברית המילה. לא הוצגה כל חוות דעת מקצועית כי ברית המילה בוצעה בצורה רשלנית. טען כי צפייה בקלטת הווידאו שהוגשה על ידי המאשימה עצמה (ת/4) מגלה ששני הנאשמים ביצעו את טקס הברית יחדיו. צרף טבלה המסבירה כל פעולה ופעולה הנחזית בקלטת הווידאו (נספח א' לבקשתו). למעשה העלה על הכתב את אשר ניתן לראות בצפייה בסרט הווידאו, שהוגש מטעם המאשימה עצמה, מה נעשה על ידי כל אחד ואחד מהנאשמים, בכל שלב ושלב, בדקות ובשניות המפורטות בנספח, סך הכל במשך 4.31 דקות.

עמוד 15

מיד עם קבלת בקשה זו של הסניגור ביקשתי תגובת ב"כ המאשימה תוך 48 שעות.

זו ניתנה בתוך שעה קלה ונביאה במלואה:

"לאחר בחינה חוזרת המאשימה מודיעה בזאת לבית המשפט הנכבד כי אין לה מה להוסיף על טיעוניה בע"פ ולאחר בדיקה אין בידיה אסמכתאות נוספות מלבד אלה אשר הוגשו בבקשות המקדמיות (זה מכבר) לפיכך ביהמ"ש הנכבד יתן החלטתו".

בכך למעשה, לא חלקה ב"כ המאשימה על הכלול בבקשת הסניגור, על כל המשתמע מכך.

עם קבלת תשובה זו בהחלטתי מיום 24/2/2014 הוריתי לשלחה לידיעת ב"כ הנאשמים ולתגובתם, ככל שימצאו לנכון בתוך 14 יום מהיום.

משלא הגיעה תגובה עד היום, נכתבה הכרעת דין זו.

"אין להשיב לאשמה" - ההלכה בקצירת האומר

כידוע בהתאם להוראת סעיף 158 לחסד"פ, משנסתיימה פרשת התביעה ולא הוכחה האשמה אף לכאורה, יזכה ביהמ"ש את הנאשם, בין על פי טענת הנאשם ובין מיוזמתו, לאחר שנתן לתובע להשמיע את דברו בעניין.

לא נאריך בנושא, שכן הדברים ידועים וכרגיל סוכמו אל נכון, בספרו של השופט (בדימוס) יעקב קדמי, **על סדר הדין בפלילים**, חלק שני, כרך א', תשס"ט, 144 ואילך לרבות מראי המקום המובאים שם.

המשמעות המעשית של העדר הוכחה לכאורה בהקשר זה, כי אין בראיות שהוגשו לביהמ"ש מטעם התביעה, כדי לבסס הרשעה אפילו ינתן בהן מלוא האמון ויוענק להן מלוא המשקל הראייתי. במצב כזה אין הצדקה לדרוש מהנאשם להתגונן, שהרי אין לו בפני מה להתגונן וראוי לזכותו. יחד עם זאת, די בכך שתהיינה ראיות לכאורה לגבי היסודות המרכזיים של האישום ודי בקיומן של ראיות דלות ובסיסיות להוכחת יסודות העבירה. די במערכת ראיות ראשונית.

בשלב זה אין ביהמ"ש שוקל שיקולי מהימנות ואינו מעניק משקל ראייתי. אין ביהמ"ש בוחן את שאלת דלותן של הראיות. מאחר וסעיף 183 לחסד"פ חל גם על זיכוי מחמת טענה ש"אין להשיב לאשמה", על ביהמ"ש לנמק החלטתו גם לאור משמעות תוצאתה.

העבירה של "מעשי פזיזות ורשלנות" - מסגרתה הנורמטיבית

זכור, שני הנאשמים הואשמו בעבירה של "מעשי פזיזות ורשלנות" בניגוד לסעיף 338 (א) (7) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977, שזה לשונו:

"העושה אחת מאלה בדרך נמהרת או רשלנית שיש בה כדי לסכן חיי אדם או לגרום לו

עמוד 16

חבלה, דינו - מאסר שלוש שנים: ...
(7) נותן טיפול רפואי או כירורגי לאדם שהתחייב לטיפול בו".

לעניין טיבה ואופייה של עבירה זו לא נאריך, שכן נכתבו אודותיה רבות ועמוקות ודי אם נפנה לדברי מלומדים.

פרופ' פלר, מלמדנו כי עבירה זו מתאפיינת בכך שההתנהגות המרכיבה אותה באה כדי לסכן חיי אדם או לגרום לו חבלה, מבלי שתידרש פגיעה בפועל בחיי האדם או בשלמות גופו [ש' ז' פלר, **יסודות בדיני עונשין**, כרך א 425 (1984) (להלן: "פלר")].

במקום אחר מביא פרופ' פלר, את סעיף 338, כדוגמא מובהקת להגדרת עבירה של העמדת בסכנה, המותנת בפגיעה בכח בלבד בחיי אדם או בשלמות גופו, כאשר במקביל קיימות עבירות שהשלמתן מותנית באותה תוצאה אך בפועל [פלר, כרך ב 70 (1987)].

בכרך הנוסף של ספרו, מסביר פרופ' פלר, מהו הערך החברתי המוגן בעבירה של העמדה בסכנה כגון זו המוגדרת בסעיף 338. דן בעבירה של העמדה בסכנה בכך שהפוטנציאליות של גרימת הנזק היא בדיוק המקור לסכנה אליה מתייחס המושג עבירה של העמדה בסכנה. מנתח הוא את תשע פסקאות המשנה בסעיף, שאלו באות למלא את החלל שבין עבירה תוצאתית מושלמת נגד חיי אדם או שלמות גופו לבין הניסיון לעבור עבירה כזאת, מקום שבו בשל אי גרימת התוצאה המזיקה אין עבירה מושלמת ובשל העדר כוונה לגרום לה לא ניתן לייחס לעושה אף ניסיון פלילי [פלר, כרך ג 252-254 (1992)].

ד"ר יובל לוי וד"ר אליעזר לדרמן בספרם **עיקרים באחריות פלילית** (1981), מביאים עבירה זו כדוגמא לביצוע פעולה אסורה המהווה כשלעצמה את התוצאה שהמחוקק רצה למנוע (שם, עמ' 59).

בהמשך, עומדים על טיבן של החלופות של הסעיף (שם, עמ' 536).

לשיטתם ובהסתמך על פסיקת בית המשפט העליון, מידת הרשלנות צריכה לעלות על זו הדרושה בתביעה אזרחית משום שהעבירה על סעיף זה מושלמת אף מבלי שנגרם נזק למישהו (שם, עמ' 537).

ד"ר עדי אזור, **אשמה, פזיזות ורשלנות במשפט הפלילי**, (1999) ואילך מציין כי המדובר בדרישת רשלנות מופשטת ללא גרימת נזק הקיימת בעבירה זו, ויש לצמצם את העבירה למקרים בהם יש סכנה גדולה. זאת ככל הנראה עקב הנימוק לפיו בהעדר תוצאה הערכה כי המעשה הינו מסוכן עומדת ברמה מופשטת והתיאורטית ודבר זה מסוכן לחופש הפרט. לשיטתו לאחר תיקון תשנ"ד לחוק העונשין, תפורש עבירה זו כעבירת רשלנות גם מבחינת היסוד הנפשי (שם, עמ' 277).

השופט יעקב קדמי בספרו, **על הדין בפלילים**, חלק שלישי, (2006) דן כדרכו באריכות וביסודיות בסעיף הרלוונטי לענייננו מבחינת הגדרתו, הפתיח שלו, ההתנהגות האסורה בכל אחד מתשעת הסעיפים הקטנים.

מדגיש כי הביטוי "נותן טיפול רפואי או כירורגי כולל כל מי שנוטל חלק במתן טיפול כאמור ולא דווקא רופא והמדובר הן בטיפול רפואי שאינו כרוך בפעילות כירורגית והן בטיפול כירורגי" ואת הביטוי "לאדם שהתחייב לטיפול בו" מפרש לאדם

שהנאשם נטל על עצמו, באופן מודע, ליתן לו טיפול רפואי או כירורגי כאמור (שם, עמ' 1308 ואילך).

ד"ר גבריאל הלוי בספרו **תורת דיני העונשין**, כרך ד (2010) ואילך, דן בעבירות המוגדרות בזה הסעיף מדגיש כי דרישת היסוד העובדתי אינה כוללת דרישת רכיב תוצאות. די בעצם נקיטת הפעולות המפורטות בסעיף בנסיבות הרלוונטיות כדי לספק את דרישת היסוד העובדתי (שם, עמ' 607).

דין והכרעה, הלכה למעשה, במקרה דנן

אודה ולא אבוש, חזרתי, יגעתי, חיפשתי ולא מצאתי מהם במדויק ראשי הרשלנות, אותם מייחסת המאשימה לכל אחד מהנאשמים בתיק זה.

אפילו למקרא כתב האישום, הדברים אינם ברורים, די צורכם.

כך למשל, לשיטת מנסחת כתב האישום, בסעיף 5 נטען, שנאשם 2 ביצע את הליך ברית המילה בפיקוחו ובעזרתו של נאשם 1. אם כך פני הדברים לשיטת כתב האישום, מה רשלנות מייחסים לכל אחד מהנאשמים?

אמנם בהמשך, נכתב כי החיתוך ארך זמן רב ואיבר מינו של תינוק דימם מאד, ואולם גם בעניין זה לא ברור האם הכוונה שפעולה האורכת זמן ומסבה דימום, מלמדת על רשלנות.

לא הובאה כל ראיה שברית המילה כאן ארכה מעבר לזמן הסביר ושהדימום היה מעבר למקובל. עובדות אלו כשלעצמן, אינן יכולות להעיד על רשלנות.

בסעיף 8 סיפא לכתב האישום נטען כי לאחר שעובדיה כהן (מי שהיה אמור להיות המוהל, אך לא ביצע את הברית) בדק את המילה ושוב החל דימום, התינוק הובהל לקבלת טיפול רפואי. ברור לכל, כי נפלה כאן טעות מבחינת ניסוח כתב האישום, התינוק לא הועבר אז לקבלת טיפול רפואי, אלא אך למוהל אחר. נשמעה מפי האם הטענה כי גם המוהל עובדיה כהן, חבש את המקום בצורה הדוקה יתר על המידה, והוא לא הועמד לדין, אף לא נחקר לאחר אזהרה על כך.

באשר לאמור בסעיף 9 לכתב האישום בנוגע לנאשם מס' 1, שהיה מוהל מוסמך, אך תוקפה של תעודת ההסמכה פקעה במאי 2009 ומאז לא חודשה. זו איננה ראיה, אף לא לכאורה - לרשלנות. הרי מהראיות המאשימה עצמה למדנו, שאין צורך כלל בקבלת הסמכה לעסוק במילה. יש מוהלים, מאות במספר, שאינם מוסמכים ועוסקים במילה, ואיש מהם לא הועמד לדין פלילי בשל כך.

בנוגע לנאשם מס' 2, מיוחס לו בסעיף 10 לכתב האישום, שלא הוסמך לביצוע ברית. אין חולק על כך, שכן היה מתלמד. אבל אפילו היה מסיים לימודו, מצאנו וראינו שאין חובה להיות מוהל מוסמך כדי לבצעה. על כן לא הבנתי על איזה "רישיון" מכוונת מנסחת כתב האישום בסעיף 10 שלו.

באשר להעדר ניסיון מעשי לנאשם 2, הרי היה הוא מתלמד ורוכש את ניסיונו בפיקוחו של נאשם 1, כמצוין בסעיף 5 לעובדות כתב האישום.

בה בשעה, שבסעיף 11 לכתב האישום דובר על הליך ברית המילה שהינו טיפול כירורגי, הרי בסעיף 13, ייחסה מגישת

כתב האישום לנאשמים גם טיפול רפואי ולא רק כירורגי.

לא לחינם הבאתי באריכות השתלשלות הדיונים בתיק זה, ואין לי אלא לחזור על החלטת ביהמ"ש מיום 13/6/2012, שם נקבע: **ש"על המאשימה להבהיר האם טענת הרשלנות מתבססת אך ורק על העובדה שנאשם 2 היה מתלמד ללא ניסיון מעשי בעריכת ברית מילה ועל העובדות המפורטות בסעיף 5 לעובדות כתב האישום, או על טענות נוספות הקשורות באופן ביצוע ברית המילה, שאז יהיה עליה לפרטן בכתב האישום".**

אמנם בהודעה מיום 5/8/2012, ששלחה ב"כ המאשימה ציינה החלטת פרקליט המחוז להשלים החקירה, בין היתר, לאור ההחלטה הנ"ל של ביהמ"ש.

לא מצאתי שהתקבל חומר חקירה נוסף.

בפתח הדיון שהתקיים בפני בראשונה ביום 21/1/2014, לשאלת ביהמ"ש, האם מבקשים הם להבהיר את שאלת הרשלנות, השיבה ב"כ המאשימה, שכתב האישום לא נערך על ידי שלוחתם באשקלון. תוקן מספר פעמים בטרם הוגש לבית המשפט, אף הם ביקשו הבהרות, אך לא קיבלו כל מידע חדש מגורמי החקירה (עמ' 12, שורה 10 ואילך).

אף בתשובתה לטענת הסניגורים שאין להשיב לאשמה - לא מצאתי תשובה ברורה ומשנה סדורה, לרשלנות המיוחסת לנאשמים במקרה דנן.

נטען, כי הליך הברית בתחילתו הינו טיפול כירורגי ובהמשכו המדובר בטיפול רפואי, לאמור לעצור את הדימום (עמ' 86, שורה 10 ואילך).

בהמשך נשמע מפי המאשימה שהם מייחסים לשני הנאשמים פעולה שמהלכה לא היה תקין, דבר שחייב את ריצת ההורים לבית החולים לאחר תוצאה לא סימטרית (עמ' 86, שורה 30). גם בעניין זה לא הבנתי דרך המחשבה והלך הטיעון. הרי לשיטת הכל אין המדובר בעבירה תוצאתית.

כתב האישום מדבר על עבירת העמדה בסכנה בלבד. גם אי סימטריות לא נזכרת בו, הגם שהוזכרה בחלק מהראיות. לעת הזו אין ראיה שקיימת עדיין "אי הסימטריות", שכן אם היתה קיימת, השלמת החקירה היתה וודאי מעידה על כך. גם בחקירה הנגדית אמר במפורש עד התביעה מס' 5, ד"ר ברקוביץ אברהם, כי הברית הרפואית הרבה יותר מושלמת מזו המסורתית (עמ' 60, שורה 18).

כפי שכבר ציינתי דלעיל, עוד בתחילת המשפט אמרה ב"כ המאשימה במפורש, שלפי הנתונים שיש בידה **"לא היה גם נזק מיוחד לילד כתוצאה מהברית, על כן גם לא יוחסה פה עבירה של חבלה ברשלנות"** (עמ' 9, שורות 37-38).

כזכור, אמנם ביקשה ב"כ המאשימה להשלים טיעוני סיכומיה בכתב, תוך ימים מספר, ההזדמנות ניתנה לה, אך היא לא ניצלה זאת, גם לאחר תזכורת של ביהמ"ש.

כתבה בפה מלא ביום ה-23/2/2014, כי אין לה מה להוסיף על טיעוניה בעל פה ואין בידה אסמכתאות נוספות לאלו שהוגשו בטענות המקדמיות.

יודגש כי אין בידי לקבל אמנם את כל טיעוניהם של הסניגורים המלומדים בנימוקיהם מדוע אין להשיב לאשמה, אך די באלו המקובלים עלי כדי להביא לתוצאה, אליה חתרו ולה טענו.

ברית מילה - טיפול רפואי ו/או כירורגי, אם בכלל?

במחלוקת בין ב"כ הצדדים, אם ברית מילה הינו בגדר "טיפול רפואי או כירורגי", כמשמעותו בסעיף 338 (א) (7), המגדיר את עבירת "מעשי פזיזות ורשלנות". לא מצאתי מקום להכריע בה לענייננו, לא נשמע טיעון ממצה בעניין זה וממילא מסקנת החלטתי לקבל את טענת הסניגורים, שאין על הנאשמים להשיב לאשמה מהטעמים האחרים שטענו להם, מייתרת ההכרעה בשאלה זו. יחד עם זאת, יש לה פנים לכאן ולכאן.

כך למשל עומדים לנגד עיני דברי השופט א' מצא, בע"א 2055/99 פלוני נ' הרב זאב [פ"ד נה (5) 241]:

"מילה הינה פעולה שביצועה אכן מצריך מיומנות רפואית מסוימת, וביצועה כרוך גם בסיכונים בעלי אופי רפואי. אך אפיונה הדומיננטי של הפעולה אינו רפואי, אלא דתי פולחני. לנוכח חיובי מצוות הדת הכרוכים בביצוע המילה, ועל רקע מסורת עתיקת יומין המנחה את תפיסות הציבור הרחב בכל הנוגע לביצועה של מילה, נקל להבין על שום מה נמנע המחוקק מלכלול את ביצוען של בריתות בתחום "עיסוק ברפואה", כמשמעו בפקודת הרופאים. לא למותר להוסיף, כי ההכרה בלגיטימיות של ביצוע מילה בידי מי שאינם רופאים, בשל היותה של המילה מצווה דתית, כפופה לכך שהמילה תבוצע בדרך נאותה ובידי מוהל מיומן ולכך שאין בביצועה משום פגיעה בתקנת הציבור ובכבוד האדם" (שם, עמ' 255).

הדברים שם כאמור, התייחסו לדיני הרשלנות החלים על מוהל המבצע ברית מילה ושאיינו רופא, אינו חייב להיות בעל כישורים רפואיים הנדרשים מרופא, אלא לעמוד ברמת המיומנות והכישורים המקצועיים המקובלים בקרב העוסקים במקצועו (שם, עמ' 256).

בפסקה אחרת בפסק דינו ציין: **"ביצוע ברית-מילה מהווה למעשה מעין ניתוח כירורגי. אך בשונה מרוב הניתוחים אין מטרתו לרפא חולה או פצוע" (שם, עמ' 255).**

שאלה מעניינת, האם קיימת בהכרח זהות בין ההכרעה מהו משמעותה וטיבה של ברית המילה מבחינה כירורגית, לעניין תחום ה"עיסוק ברפואה" כמשמעותו בפקודת הרופאים, לבין פרשנות הוראת החוק הפלילי בה עסקינן בתיק זה.

אפילו תאמר שהמדובר ב'מעין ניתוח כירורגי', כדברי כב' השופט מצא, האם כללי הפרשנות בפלילים יאפשרו הטלת אחריות בפלילים על 'מעין טיפול רפואי', או על 'מעין טיפול כירורגי' - מקום שבו הוראת החוק הפלילי מדברת על 'טיפול רפואי או כירורגי' ולא על 'מעין' שכאלה.

אותיר שאלה זו בצריך עיון, שכן גם מבלעדי הכרעה בה, קיבלתי את בקשת הסניגורים שאין על הנאשמים להשיב לאשמה כאן, מנימוקיהם האחרים.

"התחייב לטפל בו" - מה משמעותו?

למען הסדר הטוב ולמען הסר ספק אדגיש שלא מקובלת עלי טענת סניגורו של הנאשם 2 שסעיף 338 (א) (7), הדורש "שהתחייב לטפל בו", לא יכול שיחול על מוהל. די אם אפנה בעניין זה, לספרו של השופט קדמי, **על הדין בפלילים**, חלק שלישי, בעמ' 1317, שם כתב שהסעיף כשמדבר על התחייבות לטיפול, מכונן לכך שהנאשם נטל על עצמו, במודע, טיפול כאמור. כל מוהל הניגש למלאכתו, ממילא נוטל על עצמו במודע, ביצוע המילה.

יחד עם זאת, לא הוכח, ואף לא לכאורה, בכל מסכת הראיות שהובאה בפרשיית התביעה, כי מי מהנאשמים עשה הברית שבה המדובר, בדרך נמהרת או רשלנית שיש בה כדי לסכן חיי אדם או לגרום לו חבלה.

באשר נאשם 1 - על פי הראיות עולה, כי היה המורה של המוהל עובדיה כהן (שהיה כזכור אמור לערוך הברית מלכתחילה). משנבצר מהאחרון לבצעה, שלח תחתיו את מורהו. יש להניח שהמורה לא נופל מתלמידו.

גם מפי עד תביעה מס' 6, הרב משה מורס'יאנו, שמענו **שגומר הוא על נאשם 1 את ההלל וששמו הטוב הולך לפניו כמוהל** (עמ' 70, שורה 19).

אף לשיטת מנסחת כתב האישום, החזיק נאשם 1 בעבר בתעודת הסמכה של מוהל מוסמך מטעם הרבנות הראשית. אמנם פקע תוקפה ולא חודש עובר לעריכת ברית המילה נשוא תיק זה. לא נטען, שפקעה בשל חוסר כשירות או אי התאמה.

אין חולק, שלעת הזו, אין חובה על פי המצב החוקי הקיים, שאדם שעוסק במילה יהיה בעל תעודת הסמכה. הדבר בגדר המלצה כפי שעולה מהמלצת הרבנות הראשית עצמה: "לבריאות בנכם הזמינו אך ורק מוהל מוסמך על ידי הוועדה לפיקוח על המוהלים". (באתר האינטרנט של הרבנות הראשית:

http://www.rabanut.gov.il/vf/ib_items/414/Mohalim2012.pdf).

מעניין כי המעיין באתר, יווכח לדעת, שלעת הזו חזר נאשם 1 להופיע ברשימת המוהלים המוסמכים המפורטת שם.

ניתן להיווכח מצפייה בסרט הווידיאו, שהוגש כזכור כראיה (ת/4) מטעם המאשימה, שהליך הברית שבוצע בפועל, והוסבר בפרוטרוט על ידי עו"ד קאופמן בתגובתו מיום 23/2/2014, לא נסתר, בוצע על ידי שני הנאשמים בצוותא חדא, בפיקוחו הצמוד של נאשם 1 על נאשם 2. הדבר עולה גם בקנה אחד עם גרסאות הנאשמים בחקירותיהם לאחר אזהרה במשטרה (ת/7 ו-ת/8), שלא מצאתי בהן ראשית ראייה מפלילה ולו לכאורה.

ניתן לחזות בבירור כי נאשם 1 הוא אשר מבצע הבדיקה הכללית של הרך הנולד, ולאחריו מסייע ומדריך את נאשם 2 בביצוע הברית, לא עוזב את המקום ולו לשנייה. גם לשיטת מנסחת כתב האישום, נאשם 1 סיים את ההליך.

כאמור, לא הובאה שום ראיה לכאורה להתארכות ברית המילה מעבר למקובל, או שהיה דימום מעבר למקובל. לא יעלה על הדעת שסברת מנותח, או מי מבני משפחתו שניתוח, ארך זמן רב, או היה דימום יתר על המידה, יהיה בה ראייה

להטלת אחריות ולו לכאורה בפלילים, גם לא ברשלנות.

כך גם לענייננו בהקשר לברית המילה, בה המדובר.

יצוין כי גם הורי התינוק, בראותם שנאשם 2 נוטל חלק בהליך הברית לא התערבו, לא מחו, לא ביקשו ממנו שלא לעשותה או להפסיקה, אף לא פנו לנאשם 1 בעניין זה.

יתרה מזו, אינני מעלה על הדעת שהורי התינוק היו מתרשלים בחובתם אל בנם היקר הרך הנולד, ושלא היו פונים לקבלת טיפול רפואי, מיד בתום הברית או בהזדמנות הראשונה, אם היו סבורים שמצבו מחייב כך. אם לא ביום הברית, הרי למחרתו ביום השישי ואפילו ביום שבת קודש, שכן פיקוח נפש דוחה שבת. אם אין לך רכב קח מונית או הזמן אמבולנס. שהרי חלילה וחס לו היו ההורים או מי מהם נכשלים בכך, היתה המאשימה מושיבה אף אותם על כס הנאשמים.

אמנם נטענה טענה שעובדיה כהן קשר מקום הברית בצורה חזקה מדי, באופן שלא אפשר לרך הנולד להטיל את מימיו. לא הועמד לדין פלילי על כך או על כל חלקו לכאורה בהשתלשלות הדברים. חזקה על המאשימה שלא הפלתה בין החשודים.

במצב דברים זה לא הובאה שום ראיה לכאורה למעשי פיזיות ורשלנות על ידי מי מהנאשמים.

סוף דבר הכל נשמע, ראיות לכאורה לא בנמצא בתום פרשת התביעה כי הנאשמים, או מי מהם, עבר העבירה שיוחסה להם בכתב האישום.

משקיבלתי הטענה שאין להשיב לאשמה, הרי בהתאם להוראות סעיפים 158 ו-182 ניתנת בזאת הכרעת דין זו, בה אני מחליט לזכות את שני הנאשמים מהעבירה שיוחסה להם בכתב האישום.

תם ולא נשלם

דין היה לסיים הכרעת דין זו, כאן ועכשיו.

סברתי שראוי להוסיף לפנים משורת הדין, למען הדורות הבאים.

מקרה זה, עד כמה שידיעתי מגעת, הינו מקרה יחודי במדינת ישראל שמוהל ומתלמד הועמדו לדין בפלילים, בשל עריכת ברית מילה בניגוד לסעיף 338 (א) (7) לחוק העונשין, שכאמור הינה עבירה של העמדה בסיכון ולא עבירה תוצאתית.

אכן היו מקרים שהעמידו מוהלים לדין בפלילים, אך שם היה המדובר בארועים חמורים.

בתיק פלילי 4463/96 מדינת ישראל נ' טריקי יוסף (שלאחר מכן המקרה נדון בתיק אזרחי 1532/94 בבימ"ש מחוזי בתל אביב-יפו), מסתבר כי בברית המילה שבוצעה על ידי הנתבע (שהיה הנאשם בתיק הפלילי), נגרמו לרך הנולד בברית המילה נזקים, אבדן חלקי של איבר מינו.

בתיק פלילי 6337/06 מדינת ישראל נ' דב לוי, שנדון בבימ"ש השלום בתל אביב, הנאשם שלמד לימודי רפואה מחוץ למדינה ושקיבל רישון זמני לעסוק ברפואה, שתוקפו פג בשנת 2011, נהג להציג עצמו כרופא, חילק כרטיסי ביקור מהם נחזה כאילו משתייך ל"ארגון הרופאים המוהלים בישראל" וביצע במספר הזדמנויות ברית מילה, חרף העובדה שלא היה מורשה לעסוק ברפואה או במצוות המילה. הנאשם שם הועמד לדין בעבירה של קבלת דבר במרמה, התחזות לרופא, הפרת הוראה חוקית וגם בעבירה של מעשה פזיזות ורשלנות בגין מקרה שעקב המילה שביצע, סבל התינוק מדימום במשך שבוע ונגרם נזק לאיבר מינו.

בתיק פלילי 1251/08 מדינת ישראל נ' באסו שמעון, שנדון בבימ"ש השלום בראשון לציון, הואשם והורשע הנאשם בעבירה של חבלה ברשלנות, עבירה בניגוד לסעיף 340 לחוק העונשין, על כך שערך מילה לתינוק וגרם לו נזקים שבגינם נאלץ לעבור מספר ניתוחים.

כאמור המקרה שבפנינו שונה לחלוטין.

יצוין כי מפי עד תביעה מס' 6 למדנו, שמדי שנה ישנם עשרות מקרים של סיבוכים בבריתות מילה, חלקם על ידי מוהלים מוסמכים, חלקם על ידי מוהלים לא מוסמכים וחלקם על ידי רופאים. לא מצאנו שהועמדו מי מהם לדין בפלילים.

ידועה האמירה, ש"מקרים קשים יוצרים דין רע" - "Hard cases make bad law"

והיפוכה - "Bad law makes hard cases".

לעניות דעתי, ראוי כי במקרה זה תתקיים האמרה: "**Hard cases make good law**"

(כשם מאמרו של ארתור קורבין שפורסם ב-Yale L.J. 78 1923-1924 33).

במה דברים אמורים?

כאמור, עוד לפני 13 שנה המליץ בית המשפט העליון מפי כב' השופט מצא, להסדיר בחקיקה העיסוק בביצוע מילות והפיקוח על העוסקים בכך, וכך כתב בזמנו:

"כלום הפיקוח הוולונטארי על הסמכתם של מוהלים, שהופעל על-ידי הוועדה הבין - משרדית, עשוי ליצור הסתמכות סבירה של הציבור, שהמדינה מקיימת פיקוח ראוי ? שאלה זו הייתי משאיר בצריך עיון, שכן בפרשתנו אין מתעורר צורך להכריע בה. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, הורי הקטין הזמינו את המוהל למול את בנם, לא עקב

הסתמכותם על היותו בעל הסמכה תקפה מטעם הוועדה הבין-משרדית; ומכאן שלא הוכח קיום קשר סיבתי בין העובדה שהמוהל לא טרח לחדש את הסמכתו לבין הנזק שגרם המוהל לקטין.

בשולי הדיון בשאלת אחריותה של המדינה אבקש להעיר, כי הסדרי הפיקוח הוולונטארי על פעילות המוהלים רחוקים מלהניח את הדעת. גם אם מתייחסים למילה לא כאל פעולה רפואית, שיש לייחד את ביצועה לרופאים מורשים בלבד, אלא כאל קיום מצווה דתית שגם הפועלים כשליחי-מצווה רשאים לבצעה, לא ניתן להתעלם מן הסיכונים בעלי האופי הרפואי הכרוכים במעשה המילה ובפעולות הנלוות לביצועו. דומה כי במדינה מודרנית כישראל, שהשיעור היחסי של הנימולים בה הוא, ללא ספק, גבוה מן המקובל במדינות העולם המערבי, ראוי היה להסדיר בחקיקה את העיסוק בביצוע מילות והפיקוח על העוסקים בכך. ניתן גם להניח, כי הסדרתו בחקיקה של העיסוק הנדון אף תעודד את המוהלים - בדומה למקובל בקרב רופאים ובעלי מקצועות נוספים - לבטח את עצמם מפני סיכונים הכרוכים בפעילותם המקצועית".
(ע"א 2055/99 פלוני נ' הרב זאב, פ"ד נה (5) 241, 263).

יפים לענייננו ג דברי השופטת ד' גנות, בפרשייה אחרת, שנדונה אמנם בביהמ"ש השלום, מלפני כעשור שנים, שליחם לא נס עם חלוף הזמנים:

מעבר לצורך אציין כי התלבטתי ארוכות האם יש מקום לחייב את המדינה - משרד הדתות בניזיקין, בשל הימנעותה מהסדרי חקיקה המסדירה את עיסוקם של המוהלים, וממילה, הימנעותה מהפעלת פיקוח על המוהלים.
מעין בבג"צ 578/98 העמותה נ' חיתוכים באיברי המין בתינוקות נ' שר הבריאות, שר הדתות, היועץ המשפטי לממשלה, הרבנות הראשית לישראל והוועדה לפיקוח על מוהלים,

עולה כי בשנת 1993 הוגשו שתי הצעות חוק פרטיות בענין המילה. הצעת החוק הראשונה "הצעת חוק המוהלים, התשנ"ד - 1993" הוגשה על ידי חברי הכנסת חגי מירום, יצחק לוי ויוסף עזרן, ואילו "הצעת חוק המילה, התשנ"ד - 1993" הוגשה על ידי חבר הכנסת רן כהן.

שתי הצעות החוק הורדו מסדר יומה של הכנסת, ולצדדי, עד עצם היום הזה לא הוסדר נושא חשוב זה על ידי כנסת מדינת ישראל, דבר המשאיר את נושא המילה פרוץ, וללא ספק גורם לפגיעה קשה בנימולים שנפגעו מפעולה רשלנית של מוהל, דבר המנוגד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לגופו של ענין, לביסוס תביעות התובעים כנגד משרד הדתות בעילת רשלנות, היה על הקטין והוריו להראות כי בהקשר הרלוונטי התקיימו ביניהם לבין משרד הדתות יחסי "שכנות" שבכוחם להקים צפיה נורמטיבית המטילה על המדינה חובת זהירות (ראה בענין זה ע"א 915/91, פ"ד מ"ח(3) 45, 67-69). התובעים לא עברו משוכה זו. לא זו בלבד שהמדובר בטענה להתרשלנות במחדל שהמזיק הישיר אינו המדינה כי אם אחר - המוהל, אלא שבהיעדר סמכות פיקוח על המוהלים, אין למדינת ישראל - משרד

הדתות, שליטה על מהלך האירועים. אומנם ייתכנו מקרים בהם תישא מדינת ישראל באחריות עקב הפרת חובתה לקיים פיקוח, אך תנאי לכך הוא, שלמדינה תהא מלכתחילה סמכות פיקוח, סמכות אשר עשויה ליצור הסתמכות סבירה של האזרח, שהמדינה מפקחת כראוי, ויודגש כי גם במקרה כזה, מוטל על בית המשפט לבחון אם המדינה התרשלה במחדלה זה (ראה ע"א 684/76 אייל נ' פוקסמן, פ"ד ל"א (3) 349, וכן ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד ל"ז (3) 757, 763).

בענייננו, הוקמה ועדה בין משרדית אשר תפקידה להסמיך מוהלים ולפקח על דרך עבודתם, אלא מאי? מדובר בפיקוח וולונטרי, ולא ברור האם עצם קיומה של הועדה יוצר הסתמכות של הציבור על כך שהמדינה מקיימת פיקוח ראוי, שכן בית המשפט העליון בחר להשאיר שאלה חשובה זו בצריך עיון (בפרשת פלוני נ' הרב ניסים זאב, שם בעמוד 263). (תא (ראשל"צ) 303/03 פלוני ואח' נ' משומר צוברי ואח' [פורסם בנבו] (12.12.04)).

אלו ואלו דברי הרשות השופטת.

ראוי שהרשויות האחרות תתנה דעתן להם.

הצעות חוק המוהלים

אכן היו ניסיונות בעבר להסדיר את העיסוק במילה בחקיקה.

ראו למשל הצעות חוק פרטיות "חוק המוהלים".

עוד בשנת 1993, הוגשו שתי הצעות חוק (הנזכרות בבג"צ 578/98 העמותה נ' חיתוכים באיברי המין בתינוקות נ' שר הבריאות ואח').

בשנת 2000 (פ/1679 מיום 27/3/2000), בשנת 2001 (פ/2537 מיום 1/1/2001), בשנת 2001 (פ/3194 מיום 24/12/2001), בשנת 2006 (פ/793/17 מיום 3/7/2007), בשנת 2009 (פ/1693/18 מיום 19/10/2009), בשנת 2013 (פ/667/19 מיום 13/3/2013).

האחרונה (פ/2199/19) מאלו הימים ממש (17/2/2014), שמצאתי לנכון להביאה במלואה, על ההסדרים המוצעים בה לרבות דברי ההסבר העומדים ביסודה:

"הצעת חוק המוהלים, התשע"ד-2014"

מטרה **1.** מטרתו של חוק זה להסדיר את פעילותם של המוהלים.

הגדרות **2.** בחוק זה -

"הוועדה" - הוועדה לפיקוח על מוהלים שהוקמה מכוח סעיף 5;

"מוהל מורשה" - אדם אשר קיבל רישיון לעסוק במילה לפי סעיף 6;

			"מילה" - כל הסרה או חיתוך של העורלה או חלק ממנה; "רופא" - כהגדרתו בפקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976[1].
ייחוד פעולות	3.	ל	לא יבצע אדם שאינו רופא מילה אלא על פי הוראות חוק זה.
ייחוד התואר	4.		לא יציג עצמו אדם כמוהל, במפורש או מכללא, ולא ישתמש בכינוי מוהל או בכינוי דומה, אלא אם כן הוא מוהל מורשה.
הקמת הוועדה לפיקוח על מוהלים	5.		מוקמת בזה ועדה לפיקוח על מוהלים.
תפקידי הוועדה	6.		תפקידי הוועדה יהיו - (1) קביעת תנאי סף לקבלת רישיון לעיסוק במילה; (2) הענקת רישיון לעיסוק במילה; (3) קביעת כללים מחייבים לפעולת המוהלים, לרבות כללי היגיינה, תיעוד והדרכה להוריו של הנימול; (4) קביעת כללים להתמחות מוהלים, לאימון מוהלים ולמתן היתר למוהל לשמש כמאמן; (5) דיון בתלונות נגד מוהלים; (6) הטלת סנקציות על מוהל שהפר את כללי הוועדה, התרשל בעבודתו או שנמצא ליקוי אחר בתפקודו המצדיק הטלת סנקציה; סנקציות בהתאם להוראות פסקה זו יכול שיכללו התליית רישיון המוהל או שלילתו לצמיתות. שר הבריאות והשר לשירותי דת ימנו את הוועדה; הוועדה תמנה שלושה חברים, אזרחי ישראל ותושביה, ואלה הם: (1) יושב ראש הוועדה, שימונה על ידי שר הבריאות; (2) רופא מומחה בכירורגית ילדים, שימונה על ידי שר הבריאות; (3) נציג הרבנות הראשית לישראל, שימונה על ידי השר לשירותי דת.
מינוי הוועדה והרכבה	7.		
פעולת המילה	8.		לא יבצע מוהל מילה אלא בהתאם לכללים שקבעה הוועדה.
עונשין	9.		העובר על הוראות סעיפים 3 ו-4 לחוק זה, דינו - עד שלוש שנות מאסר.
הוראות מעבר	10.		מי שביום פרסומו של חוק זה נכלל ברשימת המוהלים המוסמכים, כפי שפורסמה על ידי הרבנות הראשית, יראוהו כמי שקיבל רישיון לעסוק במילה לפי חוק זה.
תחילה	11.		(א) תחילתם של סעיפים 5, 6, ו-7 - שישה חודשים מיום פרסומו של חוק זה.

(ב) תחילתם של סעיפים 3, 4, 8 ו-9 - שנה מיום פרסומו של חוק זה.

שר הבריאות ממונה על ביצועו של חוק זה והוא יקבע, בהתייעצות עם השר לשירותי דת, הוראות לביצועו.

ביצוע ותקנות 12.

דברי הסבר

ברית מילה היא מצווה דתית בעיקרה. מרבית טקסי ברית המילה בישראל נערכים על ידי מוהלים שעברו הכשרה בהיבטים הדתיים של הפעולה, ורק מעט מטקסי ברית המילה נערכים על ידי רופאים. בעוד שרופאים כפופים לדינים מתחום הרפואה המסדירים את התנאים והפיקוח על פעולתם, מוהלים שאינם רופאים פועלים ללא כל פיקוח והסדרה. במצב הנוכחי, אין כל הסדרה חוקית לטיפול בתלונות נגד מוהלים, לחקירת מקרים בהם אירעו סיבוכים רפואיים בעקבות ברית המילה, לקביעת תנאי סף לפעולתם של מוהלים ולהטלת סנקציות על מוהלים שהתראשו. מוצע להקים ועדה משותפת למשרד הבריאות והרבנות הראשית, אשר תסדיר את תחום פעולתם של המוהלים. הוועדה תקבע תנאי סף לקבלת רישיון לעיסוק במילה, תעניק רישיון לעיסוק במילה, תקבע כללים מחייבים לפעולת המוהלים ולהתמחות מוהלים ותוכל לוודא שמוהלים עברו הדרכה רלוונטית גם בהיבטים הרפואיים של הפעולה. הוועדה כאמור תעניק רישיונות למוהלים, שיהיו תנאי לעיסוק בתחום, היא תוכל להטיל סנקציות ואף לשלול את ההסמכה ממוהלים שהתראשו, וכן תוכל לברר תלונות וחשדות נגד מוהלים. כדי לא לפגוע במי שפועלים כבר כיום בתחום ונמצאו ראויים להיכלל ברשימת "המוהלים המוסמכים" של הרבנות הראשית (שהיא כיום רשימה חסרת מעמד סטטוטורי), מוצע כי מי שביום כניסת החוק לתוקף נכלל ברשימה זו יחשב כמי שהוענק לו רישיון לפי החוק.

סייג לשפיטה - חקיקה

כידוע, מלאכת החקיקה מסורה ונתונה לסמכותה הבלעדית של הרשות המחוקקת. לה בלבד נתכנו עלילות החקיקה.

אל לה לרשות האחת להתערב במלאכת רשות אחרת.

כלל נקוט הוא, כפי שחזר עליו בית המשפט העליון, מפי נשיאו והמשנה לנשיא:

"אין בידי בית המשפט להורות למחוקק לחוקק חוק. קיים הבדל תהומי בין ביטולו של חוק בשל פגם חוקתי לבין ציווי על המחוקק להסדיר נושא כלשהו בחקיקה". (בג"צ 129/13 אקסלרוד נ' ממשלת ישראל [פורסם בנבו] (26.1.14); וראו גם בג"צ 8233/13, יהודה כ"ץ נ' כנסת ישראל ואח' [פורסם בנבו] (10.3.14)).

יעשו המחוקקים כחמתם, להסדיר בחקיקה את העיסוק בביצוע הבריתות והפיקוח על העוסקים במצווה זו, ויפה שעה אחת קודם.

סוף דבר הכל נכתב

הצדדים הסכימו שהחלטה בטענה "שאין להשיב לאשמה" תשלח אליהם ולא יזמנו לשימועה (עמ' 89, שורה 6). מאחר והחלטתי כאמור לקבל את הטענה, הפועל היוצא הימנה בשלב זה של דיון הוא זיכוי הנאשמים. יתקיים בהם גם הכתוב "זכין לאדם שלא בפניו", בשינויים המחוייבים לעניינו.

בנסיבות העניין, על מנת לשמור על פרטיותו של הרך הנולד, ניתן בזאת צו איסור פרסום על כל פרט העלול לזהותו.

תשומת לב המזכירות לכך שאין לאפשר עיון בפרוטוקולי הדיונים ו/או במוצגים שהוגשו בתיק - בלא החלטה שיפוטית.

הכרעת דין זו נכתבה בראי האמור ואין מניעה מלפרסמה.

המזכירות תשלח עותק הדברים לב"כ הצדדים.

כל סניגור יודיעם לנאשם אותו ייצג.

זכות ערעור תוך כחוק לבית המשפט המחוזי באר-שבע, תוך 45 יום מקבלת הכרעת הדין.

ניתנה היום, י"א אדר ב תשע"ד, 13 מרץ 2014, בהעדר הצדדים.