|  |  |
| --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי בבאר שבע** | |
| בפני: **כב' ס. הנשיא השופטת ר. יפה-כ"ץ, אב"ד**  **כב' השופטת ו. מרוז**  **כב' השופט א. ואגו** | **תפ"ח 1120-08** |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בעניין:** | **מדינת ישראל** | |
|  | **על ידי ב"כ עו"ד ברקוביץ', פמ"ד** | **המאשימה** |
|  | **נגד** |  |
|  | **ניסים פרץ** | |
|  | **על ידי ב"כ עו"ד ויצטום, ס.צ.** | **הנאשם** |

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [31](http://www.nevo.co.il/law/70301/31), [345(ב)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.b.3), [348(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.b), [348(ג')](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c), [348(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f), [379](http://www.nevo.co.il/law/70301/379)

[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law/70320)

|  |
| --- |
| **הכרעת דין** |

**השופטת ו. מרוז:**

**מבוא**

1. אמליץ לחבריי לזכות את הנאשם מהעבירות המיוחסות לו בכתב האישום מהנימוקים המפורטים להלן.

1. בכתב אישום מקורי שהוגש נגד הנאשמים, ציון לחיאני (להלן: **"לחיאני"**) וניסים פרץ (להלן: **"הנאשם"**) יוחסו להם העבירות להלן: ללחיאני, המבצע העיקרי על פי כתב האישום המקורי, יוחסו עבירות של אינוס, מעשים מגונים, תקיפה וגניבה ולניסים פרץ, הנאשם דנן, עבירות של סיוע למעשה אינוס, סיוע לתקיפה, גניבה ומעשים מגונים.

1. על פי עובדות כתב האישום המקורי, בתאריך 24.5.08, בשעת לילה מאוחרת, פגשו הנאשמים בצעירה, ה.א. (להלן: **"המתלוננת"**), כאשר זו הייתה בגילופין. הנאשם העלה אותה לרכבו, מסוג GMC (להלן: **"הרכב"**) והושיב אותה בין מושבו, מושב הנהג לבין מושב הנוסע, בו ישב לחיאני. הנאשמים אמרו לה כי יסיעוה לביתה. בפועל, הם הסיעוה למקום חשוך ומבודד, בסמוך לאצטדיון בעיר מגוריה.
2. בשלב מסוים במהלך הנסיעה, נגעו הנאשמים בחלקי גופה השונים של המתלוננת ונישקוה. משנגע הנאשם במתלוננת, היא דחפה אותו, ובתגובה חדל הנאשם ממעשהו ויצא מהרכב. בשלב זה, תפס לחיאני את המתלוננת, הכה אותה, הוריד את בגדיה, הוציא את איבר מינו והחדירו בכוח לאיבר מינה של המתלוננת, עד הגיעו לסיפוק מיני. המתלוננת התנגדה למעשהו, דרשה כי יחדל וניסתה לדחוף אותו באמצעות רגליה וידיה ובתוך כך, בכתה ונחבלה בידה. אחת מנעליה נשמטה מרגלה ונותרה ברכב.
3. משסיים לחיאני לבצע זממו במתלוננת, עזבו הנאשמים את המתלוננת במקום, כאשר היתה במצב קשה.
4. ממקום האירוע, הגיעה המתלוננת היישר למשטרה. מצבה הנפשי והפיזי היו בכי רע, היא הגיעה יחפה ונעל אחת אחזה בידה.
5. כתב האישום המקורי מייחס לנאשמים עבירות נוספות, של גניבת כסף וכרטיס סים טלפון מהמתלוננת.

**ההליך**

1. במהלך המשפט לקה לחיאני במחלה קשה. בתום שמיעת ראיות התביעה ובהינתן מצבו הרפואי שהלך והתדרדר וכן, בנסיבותיו האישיות, לרבות קשיים ראייתיים שהתעוררו - הגיעו הצדדים להסדר טיעון ביחס ללחיאני, לפיו, תוקן כתב האישום, באופן שיוחסו לו עבירות של מעשה מגונה, לפי [סעיף 348(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.b) בנסיבות [סעיף 345(ב)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.b.3) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) ותקיפה לפי [סעיף 379](http://www.nevo.co.il/law/70301/379) לחוק העונשין.
2. לחיאני הודה והורשע בעבירות נשוא כתב האישום המתוקן ונגזרו עליו ארבע שנות מאסר וכן עונשים נלווים, בין היתר, הוא חויב לפצות את המתלוננת בסך של 15,000 ₪. חודשים ספורים לאחר שנגזר דינו, נפטר לחיאני.
3. על יסוד ההסדר שהושג ביחס ללחיאני ז"ל, הוגש כתב אישום מתוקן בהתאמה נגד הנאשם, לפיו, יוחסו לו עבירות של מעשה מגונה, סיוע למעשה מגונה (במקום סיוע למעשה אינוס) וסיוע לתקיפה.

הנאשם, אשר כפר בעובדות כתב האישום המקורי, שב וכפר גם בעובדות כתב האישום המתוקן.

**הראיות**

1. בהליך דנן עומדות זו מול זו, עדותה של המתלוננת אל מול עדות הנאשם (לחיאני נפטר טרם פרשת ההגנה). בעדותה, התמקדה המתלוננת, מטבע הדברים, במעשה האינוס שבצע בה לחיאני, לשיטתה. הנאשם, גבי דידה, נטל תפקיד משני ושולי באירוע. את זעמה הטיחה בלחיאני, על שניצל את חולשתה, את שכרותה ואת ההיכרות המוקדמת ששררה ביניהם, לשם ביצוע מעשה מיני בגופה, בכוח, בניגוד לרצונה וחרף התנגדותה. היה זה לחיאני עמו ביקשה המתלוננת לבוא חשבון. הנאשם נשכח הימנה, נזנח כלא היה. היא לא ייחסה למעשהו כל חשיבות, לנוכח יחסו המשפיל והמבזה של לחיאני כלפיה.

**גרסת המתלוננת**

1. מיד לאחר האירוע, הגיעה המתלוננת לתחנת המשטרה, נסערת. ריח אלכוהול נדף מפיה, הופעתה היתה מוזנחת, היתה יחפה ובידה נעל אחת. ניכר עליה, כך על פי עדויות השוטרים שקבלו את פניה, כי עברה חוויה קשה וטראומתית זה עתה.
2. המתלוננת, צעירה כבת 23. גורלה לא שפר עליה. בגיל עשרים ילדה בן, אשר נלקח ממנה כשהיה כבן שנה וחצי. היא נעדרת מסגרת חיים קבועה ומסודרת. נוטה לשתות לשכרה. את לחיאני הכירה טרם האירוע, "מהשכונה", ועל כן נענתה, לדבריה, להזמנתו להצטרף אליו ואל הנאשם לנסיעה לאצטדיון. הנאשם לא היה מוכר לה, אף את שמו לא ידעה וכינתה אותו "החבר של ציון". במהלך הדיון היא לא זיהתה את פניו וכאמור, לא באה אליו בטרוניה.
3. את תלונתה הגישה נגד לחיאני. השוטרת בת-אל בסטיקר, ציינה במזכר כי "**היא** [המתלוננת – ו.מ] **סיפרה לי שהיא נאנסה, וזה היה ליד האצטדיון סער ושהיא מכירה את הבחור שאנס אותה וקוראים לו ציון. היא אמרה 'אתם חייבים למצוא אותו, את ציון".** (ת/24).
4. המתלוננת אישרה, כי בליל האירוע שתתה לשוכרה. היא לא הכחישה את הנוהג שדבק בה לשתות מעת לעת משקאות משכרים והוסיפה, כי בליל האירוע, היתה שרויה במצב שיכרות קשה: **"אני הייתי שיכורה ממש באותו היום...הייתי במצב על הפנים כשעליתי לאוטו...אני יודעת שלפני שהגעתי לאוטו הייתי שיכורה ממש"** (עמ' 82,81,55 לפר').
5. מעדותה עולה, כי בעת האירוע, חושיה היו מעורפלים והיא התקשתה לשחזר הפרטים. עם זאת, מעשה האינוס שביצע בגופה לחיאני נחרת בזיכרונה היטב. בעיקר תחושת ההשפלה והביזוי נחרתו בזיכרונה. באשר לנאשם – דמותו התפוגגה מזכרונה והמתלוננת לא ידעה לומר עליו מאומה, למעט העובדה שהוא **"עשה לי ככה ביד",** ברםלא ידעה לפרט איזו תנועה עשה הנאשם.אף כאשר נשאלה מפורשות באם **"ליטף אותך?",** ענתה **"אני לא יודעת"** והוסיפה כי מיד הפסיק ממעשהו(עמ' 56 לפר').
6. עם זאת, זכרה היטב, כי בעת מעשה האינוס שביצע בה לחיאני, הנאשם לא היה ברכב:

**"אני זוכרת שהחבר שלו יצא מהאוטו. אני זוכרת שיצאתי מהאוטו. אני עשיתי פיפי, יצאתי מהאוטו לעשות פיפי. חזרתי לאוטו. החבר שלו לא היה באוטו, הוא יצא, אני וציון היינו לבד באוטו, ופה זה התחיל שהוא נגע בי"** (דגש לא במקור – ו.מ, עמ' 56 לפר').

לשאלה, באם יצא הנאשם מהרכב עקב שיחת טלפון שקיבל, השיבה **"אני חושבת שכן, אני לא יודעת, הוא ירד מהאוטו, זה מה שאני זוכרת"** (עמ' 125 לפר'). היא אף לא ידעה לומר אימתי חזר לרכב, כמו גם, לא ידעה היכן שהה כאשר היה מחוץ לרכב.

18. גרסתה מעורפלת אף ביחס להתנהלותה במהלך מעשה האינוס שבוצע בה, לדבריה. הגם שדבקה בגרסה כי התנגדה ללחיאני, הרי שלא ידעה לומר, כיצד נהגה, באם צעקה והתנגדה בכוח, או שמא, היתה פסיבית. תחילה ציינה, כי צעקה ובעטה בלחיאני, בהמשך שינתה טעמה וגרסה כי היתה שרויה במצב של חולשה וערפול, ועל כן, לא צעקה (עמ' 68 לפר').

19. בהתייחסה לגרסת הנאשמים בחקירתם במשטרה, עליה שב הנאשם בעדותו, לפיה התנהגותה ברכב היתה פרובוקטיבית ומינית, גרסה המתלוננת כי לא היו דברים מעולם, היא דחתה את האפשרות ש-"נגעה" בנאשמים והטעימה **"אני יודעת שאני לא נגעתי בהם"** (עמ' 123 לפר').

1. המתלוננת אישרה, כי עלתה לרכב ללא תחושה של פחד. היא ציינה, כי עלתה לרכב מרצונה ובהגיעם למתחם האצטדיון, ירדה כדי להטיל את מימיה ולאחר מכן, שבה לרכב, גם כן מרצונה (עמ' 122 לפר'). לדבריה, לחיאני החל לבצע בה את זממו לאחר ששבה לרכב, אז "**הכל התחיל**". באותה עת, שהה הנאשם מחוץ לרכב, ככל הנראה עקב שיחת טלפון שניהל. אין להוציא מכלל אפשרות כי בעת ששהה בחוץ, לא שמע הנאשם את שאירע ברכב וייתכן אף שהמתלוננת כלל לא צעקה.
2. גרסת המתלוננת מעורפלת ובלתי בהירה. ביחס לנאשם – אין בפיה גרסה של ממש. למעט ציון העובדה לפיה "נגע" בה הנאשם – התמונה נותרה עלומה, ללא פירוט הנסיבות; היכן נגע בה לכאורה, כיצד ומה קדם לנגיעה הנטענת. לא ניתן אפוא לבסס ממצא עובדתי על יסוד גרסת המתלוננת.

**גרסת הנאשם**

1. הנאשם הוזמן לחקירה בתחנת המשטרה, אליה הגיע בכוחות עצמו. הוא הוזהר ונחקר בחשד לביצוע עבירת אינוס במתלוננת – בהן כפר מכל וכל. בהודעתו גרס, כי המתלוננת נישקה אותו, ברכב ומחוצה לו (ת/9, הודעה מיום 3.6.08). הוא כפר בכך שנגע בה. לדבריו, הוא ירד מהרכב כשלוש פעמים, בין היתר, כדי לשוחח עם אחיו שהיה במקום וכדי להתפנות.
2. לשיטתו, מאומה לא התרחש בין לחיאני למתלוננת, **"ואם היה משהו זה היה בהסכמה, כי אם היא הייתה מתנגדת, אז אני הייתי קרוב לרכב...אם היא הייתה צועקת, הייתי שומע"** (עמ' 2 ת/9). בדו"ח הובלה והצבעה (ת/17ב') ציין הנאשם, כי בעת שהלכה המתלוננת להטיל מימיה, היא הייתה **"הפוכה"** וכאשר שבה לרכב מכנסיה היו מופשלים **"עם חצי מכנס"** והוא נתן לה **"כאפה",** הרים את מכנסיהואמר לה לקום.
3. בעדותו בבית המשפט, שינה הנאשם את טעמו ואישר, בתשובה לשאלה, כי אכן נגע במתלוננת פעם אחת, ברם מיד חדל, נוכח תגובתה האלימה. עם זאת, הוסיף, כי המתלוננת הקדימה אותו במעשה נגיעה, עת שהתיישבה עליו, **"היה פעם שהיא באה אליי והתיישבה על הרגליים, ואני נגעתי בה במקום בגוף וליטפתי אותה, ואז נשכה אותי בכתף"** (עמ' 145 לפר'). כך תיאר הנאשם את האינטראקציה הקצרה בינו לבין המתלוננת:

**"בהתחלה היא התיישבה עליי, אולי נגעתי בה ולא רצתה, ונשכה אותי. אז דחפתי אותה. הבנתי שהיא לא רוצה ועזבתי אותה. לא התקרבתי אליה יותר. זה היה לפני הירידה השנייה שלי מהאוטו, זה היה לפני הפעם האחרונה שירדתי מהאוטו"** (עמ' 146 לפר').

25. את השינוי בגרסתו הסביר הנאשם בלחץ בו היה נתון בעת החקירה המשטרתית, עקב העבירות החמורות בהן הוחשד. הוא הטעים, כי לא ידע, אף לא שיער, כי בעת ששהה מחוץ לרכב, התבצע בו מעשה אינוס. לדבריו, במהלך שהייתו מחוץ לרכב, הוא שוחח בטלפון ואח"כ פנה להטיל מימיו. הנאשם דבק בגרסתו, לפיה אין זיקה בין ירידתו מהרכב לבין מעשה האינוס שיוחס ללחיאני וירידתו מהרכב נועדה לצרכים אחרים: **"אני אומר שבחיים שלי אני לא אתן לדבר כזה לקרות** (כתוב בטעות לשתות- ו.מ.) **נכון שנסעתי איתם לשם כי גם אני הייתי קצת שתוי"** (עמ' 145 לפר').

26. הנאשם תיאר התנהגות בוטה ופרובוקטיבית של המתלוננת. לדבריו, כאשר הבחין בה לראשונה, טרם שעלתה לרכב, שכבה המתלוננת על ספסל בתחנת אוטובוס, שתויה. משהבחינה בלחיאני, קפצה עליו, צעקה **"ציון כפרה",** נישקה אותו **"וגם הוא שם עליה יד"** (עמ' 140 לפר'), או אז, הציע לה לחיאני להצטרף אליהם. המתלוננת נענתה ועלתה לרכב, שם התנהגה באורח **"היפראקטיבית, רקדה וגם ישבה עליו. עברה בין הכיסאות ושמה רגליים עליי ואת הגוף על ציון... שכבה עם הגוף על ציון והרגליים עליי, וגם ההיפך"** (עמ' 141 לפר')**.** באצטדיון, המשיכה לרקוד,ואף ירדה עם לחיאני מהרכב ורקדה עמו. לאחר מכן, שבו השניים לרכב. כאשר ביקשה להתפנות, ליווה אותה לחיאני, הרים אותה "**כי הייתה יחפה**", והשניים היו במצב רוח מרומם, השמיעו מוזיקה והכול היה כשורה. בתיאוריו, צבע הנאשם את התנהגות המתלוננת בגוון מיני מובהק.

27. הנאשם גרס כי שלוש פעמים ירד מהרכב. בעדותו התייחס לשתיים מתוך שלוש הירידות מהרכב. תחילה, קיבל לדבריו שיחת טלפון, יצא לשוחח ושב לרכב. לאחר מכן, ירד כדי לשוחח עם אחיו. בשתי הפעמים, הותיר את המתלוננת ברכב במצב רוח מרומם. הוא הבחין בשינוי דרמטי בהתנהגותה, כאשר שב לרכב בפעם השנייה, אז, שינתה את הלך רוחה, הפכה לשקטה ואפאטית:

**"הוא** [לחיאני – ו.מ] **היה מעליה, והיא הייתה שוכבת על המכונית, עם הגוף שעון לאחורה והוא מעליה, שמעתי שהוא דיבר איתה בשקט וקלטתי שהיא בכלל לא עונה לו...שמתי לב שהיא הייתה עם עיניים פתוחות ולא ענתה לו בכלל. אני באותו רגע לא הבנתי מה היה, לא האמנתי שחס וחלילה היה מעשה מגונה מצידו של ציון, חשבתי שאולי היא הייתה בהלם מזה שהיא הייתה שיכורה, לא ידעתי. אני זוכר ששאלתי אותו מה יש לה, נתתי לה מכה חלשה בפנים כדי שתתעורר ותדבר איתי, היא לא ענתה לי"** (עמ' 142 לפר').

28. הנאשם אישר כי הנסיעה לאצטדיון היתה פרי יוזמתו וכי המקום מוכר כמקום בילוי אינטימי לזוגות וכן הוסיף, כי לחיאני הצטרף ליוזמה והמתלוננת לא גילתה כל התנגדות. עולה מדבריו, כי לא שלל האפשרות שהנסיעה לאצטדיון תוליד בילוי אינטימי עם המתלוננת, אולם הדגיש, כי משניסה לגעת בה ונדחה – חדל והתרחק. בעדותה, תמכה המתלוננת בדברי הנאשם כאשר ציינה, כי על פי זיכרונה המעורפל הנאשם "נגע" בה פעם אחת ולא יותר.

1. הנאשם כפר בסברה שיוחסה לו, לפיה ידע כי ברכבו מתבצע מעשה אינוס (על פי כתב האישום המתוקן – מעשה מגונה). הוא הכחיש את עצם קיומו והוסיף, כי אף אם אירע מעשה אינוס ברכב, הרי שלא ידע אודותיו, אף לא שיער כי יתבצע וכי אם היה משער או צופה את המעשה, כי אז היה מונע את ביצועו.
2. הנאשם הפיק את הלקח עקב הדחייה שנדחה על ידי המתלוננת. על כך מלמדת נסיגתו המיידית הימנה לאחר שנדחה, ללמדך, כי לא ביקש לכפות עליה את רצונו. בנסיבות אלו, אין לשלול את גרסתו, לפיה לא היה נותן יד ללחיאני לכפות על המתלוננת את המעשה המיני, הבזוי והשפל שבצע בה.

**עדות יעקב פרץ**

1. יעקב פרץ, אחי הנאשם, בילה במתחם האצטדיון. הוא העיד כי הבחין בנאשם כאשר הגיע ברכבו ובתוכו המתלוננת **"משתוללת באוטו עם המוזיקה"**. לאחר מכן, ירד הנאשם מהרכב.
2. עד כאן סיכום הראיות הרלבנטיות לעבירות המיוחסות לנאשם.

**טיעוני המאשימה**

**מעשה מגונה**

33. המאשימה טוענת, כי הניחה תשתית עובדתית מוצקה לביסוס הרשעת הנאשם בעבירות המיוחסות לו בכתב האישום המתוקן. בהתייחסה לעבירה של מעשה מגונה, לפי [סעיף 348(ג')](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), טענה המאשימה, כי עדות המתלוננת לפיה, נגע בה הנאשם והודאתו כי אכן כך עשה - מבססות את היסוד העובדתי של העבירה. בהתייחסה ליסוד הנפשי, טוענת המאשימה, כי אופייה של הנגיעה שנגע הנאשם במתלוננת ונסיבותיה, מצביעות על כוונה מינית שלוותה את המעשה. נדבך נוסף לביסוס העבירה, מבקשת המאשימה למצוא במצבה הנפשי הקשה של המתלוננת, לאחר האירוע. הוכחו אפוא, לשיטת המאשימה, יסודות העבירה של מעשה מגונה, קרי, נגיעת הנאשם במתלוננת התגבשה לכלל עבירה. לעניין מצבה הנפשי הקשה של המתלוננת מיד לאחר האירוע, יוער כבר עתה, כי מקורו במעשה שביצע בה לחיאני ואין לזקוף אותו לחובת הנאשם.

**עבירת הסיוע**

34. המאשימה טוענת, כי יציאת הנאשם מהרכב נועדה לאפשר ללחיאני לבצע במתלוננת את זממו. בהתנהגותה עובר ליציאת הנאשם מהרכב, לימדה המתלוננת על עצמה, כי אין היא מעוניינת בקיום אקט מיני. שכרותה ותגובתה האלימה כלפי הנאשם על שנגע בה, מלמדים על הלך רוחה, כי לא רצתה לקיים אקט מיני עם מי מהשניים. בנסיבות אלו, טוענת המאשימה, קמה חזקה כלפי הנאשם, כי ידע או למצער, צפה את התנגדותה כלפי לחיאני ובצאתו מהרכב, איפשר ללחיאני - במודע – לבצע את זממו במתלוננת ולמצער, לא מנע זאת ממנו. בהתנהגותו, הכשיר הנאשם את הקרקע עבור לחיאני לבצע זממו במתלוננת ובשהייתו מחוץ לרכב, עודד ותמך בו. הוכחו אפוא התנאים לגיבוש עבירת הסיוע לפי [סעיף 31](http://www.nevo.co.il/law/70301/31) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). לפיכך, עותרת המאשימה להרשיע את הנאשם בעבירות של סיוע למעשה מגונה וסיוע לתקיפה סתם.

**טיעוני ההגנה**

**מעשה מגונה**

1. ההגנה טוענת, כי העובדות העומדות בבסיס העבירות המיוחסות לנאשם – לא הוכחו ומכל מקום, לא הבשילו לכלל עבירות.

את טיעוניה סומכת ההגנה, בין היתר, על תיקון כתב האישום, המגולל מסכת עובדות שאינה תואמת את הראיות שהונחו בפני בית המשפט. כך, על פי כתב האישום המתוקן, לכאורה, העלו הנאשמים את המתלוננת בכוח לרכבם ובמהלך הנסיעה, ביצעו בה מעשים מגונים, בין היתר, נשיקות בניגוד לרצונה. בפועל, הוכח כי המתלוננת נלוותה לנאשמים מרצונה (בחקירתה ציינה **"עליתי איתו לאוטו**", עמ' 55 לפר') ובאשר למהלך הנסיעה, אין ראיה למעשים מגונים שבצעו הנאשמים במתלוננת, בהינתן דבריה, כי עד לשלב בו ירדה מהרכב כדי להתפנות וחזרה אליו מרצונה - מאומה לא אירע והיא לא חשה פחד. את המעשה המיני ביצע בה לחיאני לאחר ששבה לרכב, כאשר הנאשם היה מחוצה לו, או כדבריה **"פה זה התחיל**".

1. באשר לנגיעה שנגע הנאשם במתלוננת, טוען הסנגור, כי זו לא בשלה לכלל עבירה של מעשה מגונה, שכן מיד לאחר שדחתה אותו, חדל הנאשם, ללמדך כי מאומה לא נעשה בניגוד לרצונה.
2. על יסוד גרסת הנאשם, בהתייחסו להתנהגותה הליבראלית של המתלוננת ברכב, עובר לנגיעתו בה - טוען הסנגור, עו"ד ויצטום, כי אף אם נגיעתו של הנאשם נשאה אופי מיני, הרי שאין היא מגעת לכלל עבירה, בהינתן האווירה ששררה ברכב וה"נגיעות" שנגעה המתלוננת בנאשם ובלחיאני, טרם שהלה נגע בה. תימוכין לחירות המינית שאפיינה את התנהגותה, ביקש הסנגור למצוא בהסכמתה להצטרף אל הנאשמים לנסיעתם לאצטדיון, המהווה מעין הסכמה בשתיקה לבלות עמם בילוי אינטימי, שהרי מתחם האצטדיון נודע כמקום שנועד לבילוי אינטימי, בבחינת מן המפורסמות שאינן צריכות ראיה, בילוי שנשא **"קונטקסט מיני ברור בצורה הדדית",** כדברי הסנגור(עמ' 4 לסיכומי הסנגור).
3. תימוכין נוספים להתנהגותה "המופקרת" לכאורה של המתלוננת, מבקשה הסנגור למצוא בדברי עד ההגנה, אורן רוכמן, אשר העיד כי פגש במתלוננת בתחנה המרכזית, דקות ספורות טרם שעלתה לרכב הנאשם ובמהלך הפגישה היא נישקה אותו, ללמדך על הלך רוחה. זאת ועוד, מחוות דעת מומחה של ד"ר חרמון, עולה כי שרידי DNA ממקורות שונים נמצאו על בגדיה וגופה של המתלוננת, עדות נוספת להתנהגותה הליברלית ופתיחותה המינית.
4. בנסיבות אלו, טוען הסנגור, כי לא כל נגיעה בגופה של המתלוננת, בהכרח מלמדת על מעשה אסור, אף אם נלווה לה גוון מיני. כל עוד לא הוכח שהנגיעה נעשתה בניגוד לרצונה, אין בה פסול.

40. גבי דידו של הסנגור, יש לפרש את נגיעת הנאשם במתלוננת כמעשה "גישוש", שנועד לברר את הלך רוחה ומידת נכונותה לשתף עמו פעולה. משנדחה – באלימות, יש לומר - הפיק הנאשם את הלקח באורח מיידי, חדל, ולא יסף. לפיכך, אין במעשה ה"גישוש" כשלעצמו, כדי לגבש את היסוד הנפשי הנדרש להוכחת העבירה של מעשה מגונה. בעת שנגע בה לראשונה, לא צפה הנאשם את התנגדותה של המתלוננת ברם, משהתנגדה – חדל כאמור.

41. באשר לעבירת הסיוע - טוען הסנגור, כי לא הוכחו סימנים מוקדמים לכוונת לחיאני לבצע במתלוננת מעשה מיני כנגד רצונה, אף אין ראיה להתנגדותה למעשה בכוח או בצעקות. נהפוך הוא, המתלוננת גרסה כי חשה חולשה ולא הרימה את קולה. בנסיבות אלו, אין ראיה לאישוש טענת המאשימה, כי הנאשם ידע, או היה מודע למתרחש ברכב, עת ששהה מחוצה לו וממילא, אין לפרש את יציאתו מהרכב כמעשה שנועד לסייע ללחיאני בביצוע זממו במתלוננת. לכך יש להוסיף, את דברי הנאשם, לפיהם, אם היה שומע קול מחאה מצד המתלוננת, היה מתערב.

1. התנהגות הנאשם לאחר האירוע, הגיעו לתחנת המשטרה, על פי הזמנה, עם רכבו ובו הנעל שהותירה המתלוננת, תומכת במסקנה, כך לשיטת הסנגור, כי הנאשם לא ידע מאומה על התרחיש שאירע ברכבו, לאחר צאתו מהרכב ועל כן, הוא לא חש כל מורא, אף לא שינה מאומה ברכב. התנהגותו התמימה תומכת בחפותו.

43. לסיכום, טוען הסנגור, אין ראייה לביצוע עבירות פליליות על ידי הנאשם, ועל כן יש לזכותו מכל אשמה.

**המסגרת הנורמטיבית**

**מעשה מגונה**

44. [סעיף 348(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) מגדיר מעשה מגונה כ-"מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים".

היסוד העובדתי שבעבירה קם כאשר מדובר ב"מעשה שבנסיבות העניין הוא בעיני האדם הסביר מעשה מגונה, ובלבד שנעשה הוא למטרה של גירוי, סיפוק או ביזוי מיני" ([ע"פ 6255/03 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד נח](http://www.nevo.co.il/case/6232497) (3) 168).

המטרה לשמה נועד המעשה, היא הקובעת את מהותו:

"מעשה ירד בדרגה להיותו מעשה מגונה אם נעשה לשם גירוי מיני, לשם סיפוק מיני או לשם ביזוי מיני. מילת המפתח היא המילה 'לשם'. משמעותה שמעשה ייחתם בחותם הגנות – יהיה 'מעשה מגונה' – רק אם מטרת העושה במעשהו הייתה לגירוי מיני, לסיפוק מיני או לביזוי מיני" (שם, עמ' 179).

היסוד הנפשי נגזר מהמטרה לשמה נעשה המעשה:

"עבירת המעשה המגונה מחייבת הוכחת קיומה של מטרה כיסוד נפשי בעבירה, אולם אין בצדה דרישה להתממשות אותו יעד. די בכך שהמטרה המייחדת את היסוד הנפשי שבעבירה הייתה לנגד עיני העושה בשעת עשיית המעשה"(שם, עמ' 502).

עוד נקבע לעניין זה, כלהלן:

"הילכת הצפיות חלה על עבירה זו בהתחשב בתכליות החקיקה ובאופי הערכים המוגנים שעליהם ביקש המחוקק להגן במסגרת איסור זה... מקור האיסור הפלילי לבצע מעשה מגונה בצורך להגן על שלמות גופו, על צנעת פרטיותו ועל כבודו של האדם, זכויות אשר הוכרו ב[חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law/70320). השמירה על כבוד האדם ועל צנעת גופו היא ערך עליון המצדיק הגנה מפני פגיעה לא רק כאשר עושה המעשה התכוון להשיג את היעד האסור, אלא גם מקום שהוא צפה כאפשרות קרובה לוודאי את התממשות המטרה האסורה, אפילו לא רצה בה..."(שם, 507-506).

ב[ע"פ 6269/99 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד נה](http://www.nevo.co.il/case/5676920)(2)496 נקבע סייג לבחינת היסוד הנפשי של העבירה:

**"היסוד הנפשי בעבירה... מבטא דרישה לקיומה של מטרה להשיג את אחת התכליות הנקובות בו. מכאן, שלצורך אחריות פלילית אין די בכך שהמעשה יהיה על פניו פגום מן הבחינה המוסרית אם לא נתלוותה לו מטרה להשיג את אחד היעדים כאמור..."**

לא כל מעשה הנחזה להיראות מגונה דרך משקפי האדם הסביר, אכן ייחשב כ"מעשה מגונה", אלא אם מתלווה אליו יסוד נפשי של מטרה ספציפית, קרי, שהמעשה נועד לגירוי או סיפוק מיני, או לשם ביזוי מיני:

**"היסוד הנפשי יכול שיילמד מעצם המעשה, ואולם גם בנסיבות שבהן בולט האופי המגונה של המעשה, חייבת שתהיה קביעה פוזיטיבית בהכרעת הדין כי עושה המעשה כיוֵון להשיג אחת משלוש המטרות המנויות בחוק."**

([ע"פ 6255/03](http://www.nevo.co.il/case/6232497) **פלוני נ' מדינת ישראל,** תק-על 2004(1)1715).

**סיוע לעבירה של מעשה מגונה**

45. עבירת הסיוע הינה עבירה בפני עצמה, המאופיינת בהתנהגות **"מסייעת"** קרי, תרומה עקיפה ומשנית לביצוע העבירה העיקרית. זוהי עבירת התנהגות אשר היסוד העובדתי בה הוא המרכיב ההתנהגותי, באמצעותו נוצרים התנאים להגשמת היסוד העובדתי של העבירה העיקרית, המבוצעת על ידי אחר. ההתנהגות המסייעת - בין מעשה ובין מחדל - מתאפיינת בכך שיש בה כדי לאפשר, להקל או לאבטח את ביצוע היסוד העובדתי של העבירה העיקרית. יחד עם זאת, אין מדובר בתנאי אשר בלעדיו לא הייתה מתגבשת העבירה. ההתנהגות המסייעת צריכה **"לתרום...ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה"** (ר' ע"[פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פד"י נ"ה](http://www.nevo.co.il/case/5760328) (3) עמ' 22 בעמודים 31,32).

46. היסוד הנפשי נגזר מהמודעות והרצון של המסייע לאפשר למבצע העיקרי לבצע את העבירה או להקל עליו את ביצועה (ראה שם). מדובר במחשבה פלילית מיוחדת, שעניינה הוכחת כוונת המסייע לתרום תרומה ליצירת התנאים הנדרשים לביצוע העבירה. זהו מצב נפשי של מטרה או תכלית. יחד עם זאת, נקבע בפסיקה, כי אף מודעות של המסייע, שבהתנהגותו, קרוב לוודאי יתרום תרומה מסייעת למבצע העיקרי, די בה לשם גיבוש היסוד הנפשי של העבירה (ראה שם). עוד נקבע, כי אדם שאינו מתכוון שסיועו יביא לביצוע העבירה, לא יחשב כמסייע לביצועה (ר' שם).

**מן הכלל אל הפרט**

**מעשה מגונה**

47. משעמדנו על אישיותה ונסיבות חייה האומללות של המתלוננת, אין ספק כי הנאשמים ראו בה "טרף קל" והצעתם להסיעה לביתה, לא היתה תמימה. כך אף הצעתם להסיעה לאצטדיון, המוכר כמקום בילוי אינטימי. יוצא אפוא, כי על פניה, הנגיעה שנגע הנאשם במתלוננת, אף היא אינה תמימה.

48. יחד עם זאת, בחינת נסיבות נגיעת הנאשם במתלוננת, מובילה למסקנה כי ראוי ליהנות אותו מהספק ולזכותו מהעבירה של ביצוע מעשה מגונה. במה דברים אמורים?

49. כאמור, לא ניתן לקבוע ממצא עובדתי על בסיס גרסת המתלוננת, בהיותה מעורפלת ובלתי ברורה. אין בה תיאור של אופי הנגיעה שנגע בה הנאשם. גרסת הנאשם עומדת כגרסה יחידה ואין בלתה.

50. מגרסת הנאשם עולה, כי האווירה ששררה ברכב עובר למעשה הנגיעה "הכשירה" את הקרקע לנגיעתו במתלוננת. הוא תיאר, כיצד התיישבה המתלוננת על רגליו, כמו גם על רגלי לחיאני, רקדה, השתוללה ונהגה בהם בחופשיות רבה. בתגובה ובהתאמה להתנהגותה, ביקש אף הוא לגעת בה, בהנחה כי תיענה בחיוב. להפתעתו, נדחה הנאשם על ידה באורח בוטה – כאשר נשכה את כתפו – ומיד נסוג ממעשהו וחדל.

1. מקובלת עלי טענת הסנגור, כי בחינת מעשה הנגיעה ב"קונטקסט" הכללי המתואר, אינה שוללת את האפשרות, לפיה נגיעתו של הנאשם לא היתה אלא ניסיון "לחזר" אחר המתלוננת, "לגשש" אחר הלך רוחה, באם תיענה לו, הכול טרם שביטאה את התנגדותה. אין חולק, כי מיד לאחר שהתנגדה – חדל הנאשם מהמעשה.

1. במצב דברים זה – אין מדובר בנגיעה תמימה ויחד עם זאת, לא בהכרח היא נכנסת בגדר מעשה עבירה, בהעדר ראיה לכך שנעשתה בחוסר הסכמה. הסברה שהניח הנאשם בפנינו, כי בעת שנגע במתלוננת, צפה כי נגיעתו תיענה בחיוב, אינה משוללת יסוד. העובדה שחדל מיד, לנוכח התנגדותה, מחזקת מסקנה זו.
2. אין ספק, כי אם היה ממשיך הנאשם במעשהו, לאחר התנגדותה של המתלוננת, כי אז היה המעשה מבשיל לכלל עבירה. ברם, כל עוד נעשה בנסיבות בהן סבר הנאשם כי ייענה בחיוב – בבחינת "נגיעת ניסיון" – אין לראות בה מעשה מגונה ולמצער, יש ליהנות את הנאשם מהספק, באשר להוכחת קיום יסודות העבירה.

54. הנסיבות המתוארות מלמדות על הגבול הדק שמפריד לעיתים, בין מעשה "חיזור" למעשה מגונה. נגיעת הנאשם במתלוננת עשויה להתפרש כמעשה בלתי ראוי, לא מוסרי ונעדר כבוד ונימוס כלפיה. יחד עם זאת, לא די בעובדות המתוארות, להשקפתי, כדי להוביל לקביעה, ברמה של מעבר לספק סביר, כי המעשה נכנס לגדר עבירה פלילית, בהינתן ההדדיות המתוארת והסיטואציה המיוחדת כפי שאירעה.

55. לפיכך, אמליץ לחבריי לזכות את הנאשם מהעבירה של מעשה מגונה מחמת הספק.

**סיוע למעשה מגונה**

57. אין חולק, כי בעת שלחיאני ביצע במתלוננת את המעשה המיני, הנאשם לא נכח ברכב. המתלוננת העידה, כי לחיאני החל לבצע בה את זממו מיד לאחר ששבה לרכב, ממנו ירדה להתפנות. היא הטעימה, כי עד לשלב זה, לא התגלו בלחיאני סימנים המעידים על כוונתו לאכוף עליה מעשה מיני. היא הדגישה, עם שובה לרכב, **"פה זה התחיל"**.

58. אין אפוא, בגרסת המתלוננת עדות לכך שלחיאני זרע את זרע הפורענות טרם ירידתו של הנאשם מהרכב. מכאן קם הספק באם לנאשם היתה ידיעה מוקדמת אודות כוונותיו הנסתרות והזדוניות של לחיאני. בוודאי שאין עדות ישירה על ידיעה, צפייה או מודעות של הנאשם, אודות כוונותיו של לחיאני לאכוף על המתלוננת מעשה מיני בכוח וכנגד רצונה.

59. אף אם הנסיעה לעבר האצטדיון טמנה בחובה "פנטזיה" של הנאשמים אודות מעשים מיניים במתלוננת, הרי שאין בכך משום ראיה לסברה שמבקשת המאשימה לייחס לנאשם, כי ידע, היה מודע, או צפה את האפשרות שלחיאני יכפה על המתלוננת מעשה מיני בכוח, כנגד רצונה. הדברים הינם בבחינת קל וחומר, לנוכח העובדה שהנאשם עצמו נסוג מהמתלוננת, מיד לאחר שהתנגדה לו, ללמדך כי לא ביקש לכוף עליה את רצונו באמצעות כוח או אלימות. בנסיבות אלו, אין ביציאתו מהרכב משום ראיה לכך שביקש לסייע ולאפשר ללחיאני לבצע במתלוננת מעשה מיני בכוח. זוהי מסקנה מרחיקת לכת שאין לה אחיזה במציאות.

60. יתרה מזו, הוכח כי יציאותיו של הנאשם מהרכב נועדו למטרות מסוימות והיו קצרות. כך, בהזדמנות אחת יצא לשוחח עם אחיו ושב לרכב, ובאחרת, יצא כדי לשיחת טלפון נוספת ולהתפנות. אין ראיה לכך שיציאותיו מהרכב היו מתואמות עם לחיאני, כדי לסייע לו בביצוע העבירות במתלוננת, בהן הורשע. לא די אפוא בעובדה שהנאשם יצא ובא מספר פעמים, תוך השתהות קצרה מחוץ לרכב – כדי לגבש את העבירה המיוחסת לו, לפיה, עשה כן כדי לסייע ללחיאני בביצוע זממו במתלוננת. בהעדר ראיה בדבר צעקות שצעקה המתלוננת בעת שלחיאני ביצע בה את מעשיו, ממילא אין לייחס לנאשם ידיעה בדבר מעשיו האסורים של הלה, בעת שהיותיו מחוץ לרכב.

1. לכך יש להוסיף את התנהגותה החופשייה ונעדרת המורא של המתלוננת, טרם מעשיו של לחיאני, צאתה ושובה לרכב מרצון – סימנים השומטים את הקרקע תחת הטענה כי על הנאשם היה לצפות את המעשה המיני כפי שהתרחש, בין לחיאני למתלוננת.
2. אין אפוא ראיה, בוודאי לא ברמה של מעבר לספק סביר לכך שהנאשם ידע על המתרחש ברכב ויצא ממנו כדי לאפשר את התרחשות האירוע. ממילא, אף לא הוכח כי לא נקט צעדים למניעתו.
3. אמליץ אפוא, לחבריי לזכות את הנאשם גם מהעבירות של סיוע לביצוע מעשה מגונה ותקיפה סתם, כמו גם מהעבירה של אי מניעת פשע.

|  |
| --- |
|  |
| **ורדה מרוז, שופטת** |

**ס. הנשיא רויטל יפה-כ"ץ, אב"ד:**

אני מסכימה.

|  |
| --- |
|  |
| **השופטת רויטל יפה-כ"ץ**  **ס.נשיא, אב"ד** |

**השופט אריאל ואגו:**

אני מסכים.

|  |
| --- |
|  |
| **אריאל ואגו, שופט** |

**אשר על כן הוחלט כאמור בחוות דעתה של כב' השופטת מרוז לזכות את הנאשם מכל העבירות המיוחסות לו בכתב האישום.**

**ניתן היום, כג' אלול תשע"א, 22 ספטמבר 2011, במעמד הצדדים.**

5129371

54678313

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  |  |  |
| **ס.הנשיא, ר.יפה-כ"ץ**  **אב"ד** |  | **ורדה מרוז, שופטת** |  | **אריאל ואגו, שופט** |

ס. ר. יפה כ"ץ 54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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