|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית משפט השלום בחדרה** | | |
| **ת"פ 7906-08-08 מדינת ישראל נ' עותאמנה** |  | **24 פברואר 2010** |

|  |  |
| --- | --- |
| **בפני כב' השופטת פנינה ארגמן** | |
| **המאשימה** | **מדינת ישראל** | |
| **נגד** | | |
| **הנאשם** | **חוסני עותאמנה** | |

<#2#>

נוכחים:

ב"כ המאשימה: עו"ד דורית לוי פרנק

הנאשם: בעצמו

ב"כ הנאשם: עו"ד תאופיק ביאדסה

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [345(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a), [345(א)(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5), [348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a), [(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348f)

**הכרעת דין**

הנאשם מואשם כי ביצע מעשה מגונה בקטינה ק.א. ילידת 1986.

להלן העובדות המפורטות בכתב האישום:

ק.א. (להלן: "המתלוננת") מתפקדת ברמה שיכלית של פיגור שכלי בינוני ואי שקט פסיכומוטורי, ומתגוררת במעון "כפר לי", מעון לילדים ונוער הסובלים מפיגור שכלי (להלן: "המעון"). במועד הרלוונטי לכתב האישום שימש הנאשם כשומר במעון.

ביום 29.5.06 בשעה מדויקת שאינה ידועה למאשימה, אך לא יאוחר מהשעה 17:00, בביתן השומר במעון, נגע הנאשם בחזה ובישבנה של המתלוננת במטרה להגיע לסיפוק, גירוי או ביזוי מיני.

לאחר מכן לקח הנאשם את ידה של המתלוננת ונגע עם ידה באבר מינו, כאשר רוכסן מכנסיו פתוח ואיבר מינו גלוי.

במעשיו המתוארים לעיל ביצע הנאשם במתלוננת מעשה מגונה לשם גירוי סיפוק או ביזוי מיניים, תוך ניצול היותה של המתלוננת לקויה בשכלה.

הוראות החיקוק בהן מואשם הנאשם:

- מעשה מגונה - עבירה לפי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) בנסיבות [345(א)(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז- 1977.

הנאשם כפר בעובדות המפורטות בכתב האישום, למעט העובדה כי שימש במועד הרלוונטי כשומר במעון. הוא לא טען טענת אליבי ולא טענת זוטא.

אין מחלוקת בין הצדדים לגבי היותה של ק.א. לקויה בשכלה (ת/6 הוגש בהסכמה), וכי הנאשם היה מודע למצבה זה מתוקף תפקידו וידיעתו שהמתלוננת התגוררה במקום כחוסה.

המסגרת הנורמטיבית

באשר לעבירת "מעשה מגונה", הואשם הנאשם בעבירת מעשה מגונה ב"נסיבות של אינוס" על פי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a)[וסעיף 345(א)(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) לחוק הנ"ל**.**

עבירה זו מסווגת כ"עבירת התנהגות". החוק רואה בהתנהגותו של אדם העושה "מעשה מגונה" התנהגות ראויה לגינוי וענישה, והעבירה מתגבשת אף אם אין תוצאה סופית מעבר להתנהגות.

**היסוד העובדתי**: היסוד העובדתי לעבירה זו מתמצה בעצם עשיית המעשה המגונה באחר, בלא הסכמתו, והוא נגזר מתוך השקפות החברה באשר להיותו של מעשה פלוני "מעשה מגונה". המבחן הוא מבחן אובייקטיבי. השקפת החברה גם קובעת אם מעשה ייחשב בעיניה כמעשה אשר יש בו על פניו אלמנט של מיניות גלויה, ואשר לפי אמות המידה שלה ייחשב לא הגון, לא צנוע ולא מוסרי.

רכיב התנהגותי - עשיית מעשה מגונה כהגדרתו בס"ק [(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348f) של סעיף 348, דהיינו, מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים, ההופך מעשה כלשהו, למעשה מגונה, והוא מקים דרישה לקיום המטרה של השגת אחת התכליות הנ"ל הנקובות בסעיף. השגת אחת או יותר מן המטרות הללו משלימה את היסוד הנפשי של העבירה, והשאלה אם המעשה המגונה נעשה לשם השגתה של אחת מהתכליות האלה נבחנת על רקע טיבו של המעשה, ההקשר בו בוצע וכלל הנסיבות האופפות את הארוע. וזאת בנסיבות המנויות [בסעיף 345(א)(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), דהיינו, יש לקרוא את החלופה האמורה של סעיף עבירת האינוס [בסעיף 345(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a), כאילו במקום "בועל" ו"אשה", נאמר בהן: "עושה מעשה מגונה" ו"אדם".

**היסוד הנפשי**: העבירה לפי ס"ק (א) הינה עבירת מחשבה פלילית התנהגותית. כאשר הנקיטה בדרישה "לשם" בהגדרתו של "מעשה מגונה" מבטאת דרישה לקיומה של "כוונה" להשגת אחת משלוש התכליות המפורטות בהגדרה, ועל התביעה להוכיח כי הנאשם התכוון להשיג תכלית זו באמצעות המעשה המגונה. דרישה זו עושה את העבירה לעבירה התנהגותית "מטרתית". בתור שכזו, אין די בכך שמעשה בא בהגדרתו הפיזית של "מעשה מגונה" כשלעצמו כדי לבסס הרשעה, וצריך שהמעשה ייעשה מתוך "מטרה" להשיג אחת משלוש התכליות האמורות. וכפי שנקבע ב[ע"פ 6255/03](http://www.nevo.co.il/case/6232497), פלוני נ' מ"י נח(3) 168 "... רק אם מטרת העושה במעשהו היתה לגירוי מיני, לסיפוק מיני, או לביזוי מיני... היסוד הנפשי יכול שילמד מעצם המעשה ... ואולם גם בנסיבות שבהן בולט האופי המגונה של המעשה, חייבת שתהיה קביעה פוזיטיבית...כיוון להשיג אחת משלוש המטרות ולסיכום - היסוד הנפשי...כולל שאיפה להשגתן של שלוש מטרות חילופיות...והתקיים בראשו של פלוני הרצון להשגתה של אחת ממטרות אלו, תם ונשלם היסוד הנפשי שבעבירה" (שם בעמ' 191).

עם זאת, דרישת ה"כוונה", מבטאת את עשיית ה"מעשה" במטרה להגשים אחת משלוש התכליות המפורטות בהגדרת "מעשה מגונה"; כאשר די בהלך נפשי של מודעות.

**מניע** : המעשים נעשו "לשם" השגת מטרה מיידית.

(ראה י. קדמי, על הדין בפלילים [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), חלק שלישי, מהדורה מעודכנת, תשס"ו – 2006, 1420– 1423).

בנסיבות המנויות [בסעיף 345(א)(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5)**:** הקובע – "**תוך ניצול היותה חולת נפש או לקויה בשכלה, אם בשל מחלתה או בשל הליקוי בשכלה לא היתה הסכמתה לבעילה הסכמה חופשית".**

"תוך ניצול" : מן ההיבט הלשוני, לתיבה "ניצול" ישנו אופי שלילי ומשמעותו, עשיית שימוש- לתועלת המנצל- במצבה הנפשי של האישה.

להלכה למעשה, די בהקשר זה בהוכחה כי המעשה נעשה באדם חולה נפש או לקוי בשכלו, כדי לעמוד בנטל הראיה לכאורה של דרישת המודעות כלפי כוחם של המחלה או הליקוי הנפשי לשלול מתן הסכמה חופשית למעשה; כאשר על הנאשם נטל הראיה להפרכת המודעות כאמור.

**היסוד הנפשי :** "מודעות" ממשית ובפועל – כלפי טיב המעשה והתקיימות הנסיבות (ראה קדמי, שם, עמ' 1387 – 1393)**.**

**המסגרת הדיונית:**

**פרשת התביעה:**

עקב אי יכולתה של המתלוננת להעיד, דהיינו למסור גירסה בשל הפיגור השכלי בו היא לוקה, היא לא הובאה למתן עדות בביהמ"ש, שכן לא ניתן לגבות ממנה גירסה. לפיכך ראיות התביעה מתבססות על עדויות של עדות ראייה לאירוע. דהיינו, אין ספק שלולא עדות הראייה היו מגיעות למשטרה ומוסרות את גירסאותיהן, נסיבות המעשה לא היו מגיעות לידיעת המשטרה כלל, וככל הנראה הנאשם לא היה עומד לדין.

עדת התביעה, הגב' מילי בלום, העידה בבית המשפט והודעתה במשטרה הוגשה וסומנה נ/1.

בחקירתה הראשית העידה כי בתקופה נשוא כתב האישום שימשה ראש יחידה במעון.

בשעות אחר הצהריים של יום האירוע ישבה במשרדים יחד עם מישל האחראית. למקום הגיעה אחת המדריכות כשהיא נסערת ומבולבלת, וביקשה לדבר איתה בחוץ ללא מישל. היא יצאה עמה והמדריכה ביקשה כי תבוא לראות מה השומר עושה. היא עלתה לבית רותם וצפתה מהחלון בנאשם כשהוא מרים את חולצתה של ק.א.; נוגע לה באזור הבטן ומלטף אותה באזור הגב. מכנסיו של הנאשם היו פתוחים. הוא שם פרחים בתוך מכנסיו, או שק.א. נתנה לו, והוא לקח את ידה של ק.א. והכניסה לתוך מכנסיו. היא אמרה כי הן היו המומות ממה שראו. מכיוון שק.א. בדרך כלל אינה עומדת במקום אלא זזה, הנאשם הלך אחריה והכניס את היד שלה לתוך המכנסיים שלו, כשהוא מלטף לה את הגב ואת הבטן. היא התקרבה לבית תפוז, שנמצא קרוב יותר, וראתה כי הארוע ממשיך, ולכן ירדה לכיוון השער כדי להפסיק אותו. היא התקרבה ממש, כשהיא עומדת מאחורי הנאשם, והבחינה במכנסיו פתוחים ובאיבר המין שלו עומד. מטרתו היתה ברורה. היא פנתה אל הנאשם ושאלה אותו אם הכל בסדר, והבחינה כי הוא מאוד נבוך, אך לא יצא מגדרו. הוא סגר את רוכסן מכנסיו, והיא לקחה את ק.א. משם יחד עם מדריכה נוספת בשם אופליה. הן התקשרו לחברת השמירה אשר באה ולקחה את הנאשם. באותו היום הגיעה למשטרה למסור את עדותה.

היא אמרה שהיא זוכרת את הדברים כאילו ארעו אתמול ואת תגובתו של הנאשם. לדבריה, יש דברים בחיים שלא שוכחים. אודות ק.א. אמרה כי בעת האירוע היתה כבת 20 מפותחת מינית. היא אינה מדברת, ילדה שמחה, קופצנית עם פיגור שכלי בינוני. היא אינה יכולה לנהל שיחה או להשלים משפט.

בחקירתה הנגדית העידה כי אופליה המדריכה קראה לה בעת שישבה בחדר עם מישל, אחראית המשמרת באותה תקופה. יחד עם אופליה עלתה לבית רותם. היא אמרה כי המעון באיזור מישורי, אך קיימת מעין ירידה מכיוון השער למשרדים. היא תארה את האזור כפתוח עם מספר עצים שאינם מסתירים את עמדת השומר. היא המשיכה לכיוון בית תפוז; יחד עם מישל היא המשיכה לצפות בשומר; הן הסתכלו בנעשה כשהן המומות ורצו לוודא שהן רואות נכון. היא הודתה כי היתה צריכה כמה רגעים על מנת לקבל החלטה כיצד לפעול, ומה הכי נכון לעשות באותו הרגע.

היא שבה ואמרה כי ק.א. כל הזמן זזה ונמצאת בתנועה, ולכן הנאשם גם כן זז והלך אחריה (ראה עמ' 23 לפרוטוקול ש' 12). היא חידדה ואמרה שראתה את הנאשם מנסה להכניס את ידה של המתלוננת לאיבר מינו. כשהיתה קרובה אליו יותר ראתה את איבר מינו עומד. היא שבה וחזרה על כך שהנאשם ניסה לקחת את ידה של ק.א. ולהכניסה למכנסיו, כשבמכנסיו היו פרחים. ק.א. גם קטפה צמחים בעצמה, אך היא לא יכלה לומר מי שם את הצמחים במכנסי הנאשם. היא אמרה שהיתה מאחורי הנאשם במרחק של כ- חצי מטר, הסתכלה עליו קצת מהצד וראתה מה שעשה (ראה עמ' 24 לפרוטוקול ש' 24-22). היא פנתה אליו ושאלה אותו "הכל בסדר"; לטענתה, במצב כזה לא יכולים לבחור איזה משפט להגיד. ההסבר שנתנה לאמירה זו, ולא לכל אמירה אחרת שאולי מסתברת הגיונית, מקובל עליי לאור הנסיבות החריגות להן נחשפה העדה וחוסר יכולתה המיידי להתמודד עם הענין, גם נוכח חששה מהנאשם שהיה חמוש בנשק. היא אכן אמרה כי פחדה מהנאשם מאחר והוא מבוגר ונושא נשק, ואף מאוחר יותר בהגיעה למשטרה פחדה והעדיפה כלל לא להעיד; אולם ראתה חשיבות רבה בכך שתמסור את מה שראתה, ובכך יצא הצדק לאור.

עדותה של עדת ראיה זו, שהגיעה הכי קרוב לנאשם ולמתלוננת, ברורה ועניינית. היא העידה בבטחון, ללא היסוס, בעקבויות, בהחלטיות ובבהירות על שראתה במהלך הארוע נשוא כתב האישום. ניכר כי הדברים שראתה זעזעו אותה, והיא מעידה בכנות מתוך רצון אמיתי למסור עדות מהימנה אודות המעשה. היא אינה מעצימה את הארוע ואינה מתייחסת באיזשהו אופן אישי אל הנאשם. מעדותה ניתן להתרשם מעדה מהימנה, המתארת את המעשה באופן ענייני, ממוקד ודייקני עפ"י מה שקלטה בחושיה.

בהודעה שמסרה במשטרה נ/1 - מסרה כי השומר לא הבחין בה מכיוון שהיה עסוק עם ק.א. וניסה להוביל אותה לשיחים, אך היא התנגדה. כשפנתה אליו ושאלה אותו אם הכל בסדר, נשען לגדר ורכס את רוכסן מכנסיו. היא התרחקה מהמקום והזמינה את חברת השמירה, שהגיעה ולקחה אותו למשטרה. היא מסרה כי אחת המדריכות אמרה לה שדיירת בהוסטל סיפרה שראתה לנאשם את איבר המין בשרותים. היא הוסיפה כי היא מרגישה שזו אינה הפעם הראשונה שקורה מקרה כזה, הגם שהנאשם היה כ"כ רגוע ולא נבהל כשפנתה אליו. הוא הסביר לה כי ק.א אומרת לו כל הזמן שלום ונחמדה אליו.

עדותה הנ"ל שנמסרה במשטרה סמוך לארוע עצמו משתלבת עם עדותה בבית המשפט אודות האירוע נשוא כתב האישום. גם שם ציינה כי היא מפחדת מהנאשם שהיה בעל תפקיד במקום, ונושא נשק. מלבד אי דיוק קל אליו הפנה ב"כ הנאשם, כי העדה לא ציינה בבית המשפט שהנאשם ניסה להוביל את ק.א. לשיחים וזו סירבה, גירסתה במשטרה תואמת את אשר העידה בבית המשפט; מה גם שציינה כי כל העת היו השניים בתזוזה ולא עמדו במקום, והסבירה כי נתבקשה לתאר פיזית את מה שראתה ולא לומר מהן מסקנותיה.

לפיכך, הגם שחקירתה הנגדית של העדה היתה ממושכת, נוקבת ומפורטת, היא עמדה מאחורי גירסתה וטענה שוב ושוב שהיא מעידה על מה שראתה. לא הוצג לה מניע כביכול לעלילה שתעליל על הנאשם, והתרשמותי וקביעתי היא שהעידה על מה שחוותה בחושיה, דהיינו ראייתה את נסיבות האירוע ומעשיו של הנאשם כלפי המתלוננת.

על כן העדה הינה אמינה כך שניתן לקבוע על פי גירסתה ממצאים התואמים את המיוחס לנאשם בכתב האישום, ולבסס על גירסתה ממצאים בהתאם.

עדת התביעה הגב' אופליה יוסיפוב עובדת כמדריכה במעון.

בחקירתה הראשית העידה כי ביום האירוע היתה במעון פעילות מים. במהלך הפעילות ברחה לה אחת הילדות הקטנות הדרושות השגחה, והיא עזבה את מקום הפעילות והלכה להביא אותה. אז היא הבחינה בק.א שהיתה באזור של הנאשם ובנאשם כשהוא מסתכל לצדדים וקורא לה. הסיטואציה היתה חשודה בעיניה והיא החליטה להשאר שם ולהסתתר מאחורי עץ גדול. לגירסתה ראתה את ק.א רצה עם פרחים לנאשם, והוא סימן לה עם היד לבוא אליו. היא ציינה כי לק.א. היה משחק שנותנים לה פרח והיא מחזירה. לנאשם היה גם כן פרח ביד, הפרח נפל וק.א. התכופפה כדי להרימו, ואז נגע בה הנאשם בישבנה. היא נשארה עוד קצת במקום ראתה שק.א. משחקת והלכה לדווח לאחראית עליה שתבוא לראות אף היא, מכיוון שחששה שהיא מדמיינת (ראה עמ' 11 לפרוטוקול ש' 18-17). בהגיעה למשרדים קראה למילי האחראית עליה, וסיפרה לה את שראתה. מילי פנתה למקום, והעדה יחד עם מטפלת נוספת בשם מישל פנו לביתן בו היא מדריכה וצפו שוב בנעשה. מהמקום בו צפתה על הנאשם הבחינה כי הוא לוקח פרח ושם על איבר מינו כשהוא יושב, ואת ק.א. לוקחת את הפרח משם; הוא נותן לה והיא לוקחת, בעודו שם את ידה על איבר מינו. היא הוסיפה כי הנאשם לא ישב כל הזמן אלא טייל עם ק.א., וכדבריה "מצא לעצמו פטנטים לגעת בק.א." (ראה עמ' 12 לפרוטוקול ש' 2-1). תחילה נגע לה בישבן, ואחר כך כשזרקה שוב פרח נגע לה בחזה.

בחקירתה הנגדית העידה כי הנאשם הסתובב באזור השער ליד הבוטקה שלו, כשמחוץ לבוטקה ישנו כיסא. היא ציינה כי הנאשם קרא לק.א. וסימן לה לבוא אליו תוך שהוא מטייל איתה. מה שעורר את חשדה היתה העובדה כי הנאשם טייל כל הזמן בסביבתה של ק.א., ועשה כל מאמץ שהיא תגיע לכיוונו, ולשם כך גם עזב את השער; הכל כדי לחפש אותה. כל אותה העת עמדה יחד עם הילדה שברחה מהפעילות, כשזו האחרונה משחקת, בעוד היא צופה במתרחש. במשך כ- 10 דקות ראתה את הנאשם משחק עם ק.א. באופן שהוא זורק לה פרח והיא זורקת לו בחזרה. כשישב, הניח על איבר מינו פרח וק.א. היתה צריכה לקחת את הפרח משם. כשהגיעה, אחז בידה והניח את ידה עליו. לטענתה הנאשם היה נראה מפוחד והסתכל כל הזמן לצדדים. היא הודתה כי לא ראתה את הנאשם מפשיל את מכנסיו או פותח את הרוכסן. היא הוסיפה כי כאשר הצטרפו אליה לצפיה המטפלות הנוספות, הבחינה שהנאשם מנסה לסדר את מכנסיו ומסתבך בכך כיוון שראה שמישהו מתקרב לכיוונו.

משנשאלה מדוע לא ניגשה להפסיק את הסיטואציה, אמרה כי תחילה לא הבינה מה קורה, וחשבה שמדובר במשחק ולכן הלכה לדווח, ובנוסף חששה כי לא יאמינו לה ורצתה שעוד אנשים יראו (ראה עמ' 15 לפרוטוקול ש' 9-5). ההסבר הנ"ל במכלול כל הנסיבות של הסיטואציה סביר ומתקבל על דעתי.

היא הדגישה כי למילי סיפרה בחוץ את מה שראתה, וחזרה לביתן של הקבוצה עליה השגיחה, בעוד מילי והמטפלת מישל, שישבה עמה במשרד, יצאו ועקבו אחר הנעשה באזור השער. היא קראה למילי להגיע לביתן שלה הואיל ומשם רואים טוב יותר. מהזמן בו קראה למילי עברו כשתי דקות עד שבסופו של דבר החליטה מילי לרדת לכיוון השער, ולקחה משם את ק.א. כשהיא אוחזת בידה. היא ציינה שוב כי לא ראתה את הנאשם מוציא את איבר מינו או את רוכסנו פתוח. היא העידה כי ידעה שהנאשם ממוצא ערבי בשל שמו וכן ממראהו, אך לא היה לה שום קשר איתו; הוא היה חדש ולא עניין אותה מה מוצאו.

עדותה של עדה זו, אשר היתה הראשונה שהבחינה במעשיו של הנאשם וחשדה התעורר, ברורה ועניינית. היא מתארת את השתלשלות הארועים מהרגע בו הבחינה בהתנהלות חשודה מצידו של הנאשם ועד ללקיחתה של ק.א. מהמקום על ידי מילי. את העובדה כי התמהמה והתבוננה במעשים במשך כ-10 דקות יישבה בכך שרצתה להיות בטוחה שמה שהיא רואה אינו תקין, וכי הנאשם לא משחק סתם עם המתלוננת. היא דחתה מכל וכל את הטענה כי נטפלו אל הנאשם מכיוון שהוא ממוצא ערבי, והוסיפה כי מעולם לא שאלו אותה מה מוצאו וכי זה לא מעניין.

לזכותה של העדה ניתן לומר כי תחילה אכן לא היה ברור לה אם הנאשם משחק עם ק.א. באופן תמים או כי מדובר במעשים פליליים בעלי אופן מיני. הגם שחיכתה כ- 10 דקות עד שפעלה, מקבלת אני כי קיים קושי לשפוט אדם בסיטואציה כה רגישה ולקבוע כיצד היה עליו לפעול. התיאור שמסרה דומה לתיאור אותו מסרה העדה מילי אודות התנהלות הנאשם וק.א., אך לא ניתן לצפות שהתיאורים יהיו תואמים עד כדי התאמה מלאה בכל נקודה וענין. אי דיוקים בנקודות שוליות אין בהן כדי להצביע על חוסר אמינות. מן הידועות הוא שכל עד מתמקד בנתונים שונים של האירוע, ובהתאם מדווח על מה שחווה. דווקא תיאום מדוייק בכל פרט ופרט מצביע על חוסר אמינות. העדה שעמדה ממרחק רב יותר, לא ראתה את מכנסיו של הנאשם פתוחים, אך מאוחר יותר הבחינה כי "הסתבך" בסידור מכנסיו כאשר הבחין שמישהו מתקרב לכיוונו. עדותה מהימנה בעיני. ניכר כי היא מבקשת לדייק עד כמה שיכלה לענין מה שראתה, וזה בלבד; וכי היא אינה מנסה להעצים את האירוע מעבר למה שאירע.

לפיכך גם על סמך עדותה שאני קובעת שהיא מהימנה, ניתן לקבוע ממצאים התואמים את האמור בכתב האישום.

עדת התביעה הגב' מישל יפרח הינה מטפלת מוסמכת לפיגור שיכלי.

בחקירתה הראשית העידה כי בעת האירוע שימשה כמטפלת במעון כפר לי. אודות ק.א. מסרה כי היא עם פיגור שכלי בינוני נמוך. מדובר בילדה שמחה, חברותית, שאוהבת לקטוף פרחים ולתיתם לאנשים, גם אם אינה מכירה אותם. היא אינה מדברת ומבינה רק מעט הוראות בודדות וכלליות (ראה עמ' 3 לפרוטוקול ש' 21-19). מכיוון שק.א. אינה מדברת ואינה יודעת לבקש דברים בסיסיים, ישנו סדר יום מפורט עבורה, הכולל מקלחת אוכל וכדו'. היא מתקשרת עם חיבוקים, ומחבקת אנשים גם אם אינה מכירה אותם.

במועד כתב האישום ישבה יחד עם מילי, ראש היחידה האחראית על ק.א.. אחת המדריכות הגיעה למשרד ובקשה ממילי לצאת החוצה. מילי שבה למשרד וסיפרה לה כי המדריכה ראתה את הנאשם נוגע בק.א. במקומות אינטימיים. היא הוסיפה כי הן היו המומות למשמע הדברים, וכי בתחילה לא האמינו ולכן החליטו לצאת שתיהן לראות אם זה נכון. היא עצמה התקרבה לכיוון השיח שליד השער ושם הסתתרה, כשהיא צופה על הנאשם. הנאשם היה כשגבו אליה והיא הבחינה כי הוא נוגע לק.א. ברוכסן המכנסיים. כל אותה עת הסתכל הנאשם לצדדים לראות אם יש מישהו באזור. מהשיח עברה לביתן רותם, המרוחק כ-5 מטרים, מכיוון שידעה שמילי נמצאת שם. היא הסתכלה מבעד חלון הביתן וראתה את הנאשם כשהוא לוקח את ידה של ק.א ונוגע באיבר המין שלו. היא ציינה כי ממקום עמידתה אינה זוכרת האם מכנסיו היו פתוחים, אך ראתה כי היתה לו זיקפה. כעבור דקה או שתיים, לאחר שלא יכלו לסבול את שראו, ירדה מילי וקראה לק.א. לבוא איתה לביתן. לאחר שק.א. נלקחה מהמקום, הבחינה כי הנאשם נצמד לשער ומסדר את מכנסיו; אמנם גבו היה אליה אך ראתה אותו מרים את המכנסיים מהצדדים, ואת ידיו מופנות קדימה לסידור הרוכסן.

בחקירתה הנגדית העידה כי במוסד קיימים שישה ביתנים. היא מסרה תיאור מפורט של הביתנים ומיקומם כפי שנתבקשה. הנאשם, ששימש כשומר במעון ישב בפנים החצר של המעון ליד השער, שם ממוקם גם הבוטקה שלו, שמחוצה לו מוצב כסא. כשהבחינה בו, הנאשם עמד, בעוד היא מסתתרת מאחורי השיח. היא צפתה בו במשך כ- 3 דקות, ואחר כן הצטרפה למילי שהיתה בביתן רותם, וצפתה בנעשה מבעד לחלון. לטענתה, הצטרפה אל מילי כדי לומר לה כי ראתה את הנעשה ולאשר את דברי המדריכה אופליה (ראה עמ' 7 לפרוטוקול ש' 10-9). היא שוב חזרה ואמרה כי ק.א אוהבת לקטוף פרחים ולתת לאחרים, וכן אוהבת לחבק ולהתקרב לאנשים, בד"כ לחוסים האחרים; אולם היא לא ראתה את הנאשם או ק.א מחזיקים פרחים או עלים ביד בזמן הארוע. היא שוב אמרה כי הבחינה שלנאשם ישנה זיקפה, אך לא יכלה לומר בוודאות האם הרוכסן במכנסיו היה פתוח. היא ראתה את ק.א. כשהיא צמודה אליו, ובשלב זה מילי רצה לכיוונם וקראה לק.א. לבוא אליה. היא חזרה ואמרה, בדומה לחקירתה הראשית, כי לא ראתה את הנאשם נוגע לק.א. בחזה, אך מכיוון שעמד כשחצי מגופו מולה יכלה לראות כי הוא מסדר את מכנסיו, זאת על פי תנועות גופו וידיו שהיו מקדימה. העדה התעקשה כי היה אור יום בשלב זה והיא ראתה בברור.

עדותה של עדה זו משתלבת עם עדויותיהן של העדות מילי ואופליה. היא מעידה באופן ברור וענייני; ואף על פי שנחקרה ונשאלה שאלות רבות היורדות לפרטי פרטים, עמדה על גירסתה ולא שינתה ולא סתרה. עדותה מתייחסת לארוע החל מהשלב בו היא ומילי מתעדכנות בנעשה על ידי המדריכה אופליה. אמינותה של העדה מתחזקת גם לאור העובדה כי היא מציינת את שראתה בלבד, והיא אינה מוסיפה פרטים שלא ראתה דוגמת נגיעות במקומות אחרים בגופה של ק.א., עליהן העידו העדות האחרות.

לפיכך אני קובעת שגם עדה זו עדותה אמינה ומהימנה; היא תואמת ומשתלבת עם עדויות יתר עדות הראייה, כאשר כל אחת מהן הדגישה את מה שחוותה ממקום ראייתה את נסיבות האירוע.

ב"כ הנאשם טוען בסיכומיו כי קיימות סתירות בעדויותיהן של שלוש העדות.

ראשית, יש לציין שלסיכומיו צירף את עדויותיהן של העדות מישל ואופליה במשטרה בהליך שאינו קביל. משלא הוגשו העדויות כדין במהלך המשפט, אין להגישן כעת. לפיכך לא תינתן התייחסות או משקל כלשהוא לעדויות שצורפו, או לשימוש שעשה בהן ב"כ הנאשם בסיכומיו.

לענין הסתירות אליהן התייחס ב"כ הנאשם, לא מצאתי שיש בהן ממש כדי לקעקע את העדויות של שלוש העדות.

כאמור התייחסותי הינה אך ורק לחומר הראיות שנמצא בתיק ביהמ"ש עד השלב שהצדדים הגישו את ראיותיהם במהלך הדיונים.

ב"כ הנאשם טוען כי מילי הינה העדה היחידה שהעידה שאיבר מינו של הנאשם היה גלוי, בעוד השתיים האחרות העידו כי לא ראו כך. זאת ועוד, העדה מישל העידה כי ראתה את זקפתו של הנאשם (ראה עמ' 4 לפרוט' ש' 18), בעוד במהלך עדותה העידה כי רוב הזמן היה השומר עם גבו אליה. (ראה עמ' 4 לפרוט' ש' 10). מעיון בעדותה של מילי הן בביהמ"ש והן במשטרה, שהוגשה במהלך עדותה בביהמ"ש, עולה כי היא היתה הדומיננטית במהלך האירוע, כשלקראת סופו התקרבה באופן ממשי לנאשם ובסופו של דבר אף עמדה מולו ולקחה מהמקום את ק.א. אני מקבלת את גירסתה של עדה זו כמהימנה היות והעידה על הדברים הן בעדותה במשטרה נ/1, וחזרה על כך באופן עקבי בביהמ"ש. יש לציין שכל אחת מהעדות זזה ממקומה במהלך האירוע, והיתה עדה לחלק מהאירועים מנקודות תצפית שונות ומזויות מבט שונות. הן צפו בנאשם כשהן מסתתרות כל פעם במקום אחר. מכאן יתכנו הבדלים בין העדויות, הגם שאלו הבדלים שוליים בנסיבות הענין.

בנ/1 ציינה העדה מילי כי ניגשה לחלון ממנו ראתה מישל והבחינה שאיבר מינו של הנאשם גלוי. לא ניתן ללמוד מאמירתה זו מה ראתה מישל. גם העובדה כי מישל ציינה שהנאשם היה כשגבו אליה, אין בה כדי להעיד שלא יכלה להבחין בנעשה בין הנאשם לבין ק.א.; היא עצמה העידה כי הנאשם היה כשגבו כלפי הביתנים בחצי גוף (ראה עמ' 8 לפרוט' ש' 31, ועמ' 9 לפרוט' ש' 1 - 3). דהיינו, לא כל גבו של הנאשם היה מופנה אליה והיא יכולה היתה להבחין בהתנהלותו כשצידו כלפיה. מכאן, שאין לקבל את טענת ב"כ הנאשם לפיה מישל לא יכולה היתה להבחין כלל בנעשה. בהמשך הבחינו הן מישל והן אופליה כי הנאשם מסדר את מכנסיו באופן שהיה ברור לשתיהן כי הוא מסדר את רוכסן מכנסיו בעקבות המעשה שעשה בק.א. ובסיומו של האירוע.

כפי שציינתי כבר, העדויות של שלוש העדות אמינות ומהימנות בעיני. על פי גירסאותיהן אני קובעת שהן צפו באירוע במהלכו נגע הנאשם בק.א. במקומות שונים בגופה (בחזה ובישבנה), פתח את רוכסן מכנסיו ואף גרם לה לגעת באיבר מינו, שהוא מניח עליו צמחים לצורך כך. מדובר במעשים מגונים, שכן מה שעשה הנאשם בגופה היה לצורך סיפוק וגירוי מיני, כל זאת תוך ניצול היותה של ק.א. לקויה בשכלה וחוסר יכולתה להבין את מעשיו או להתנגד אליהם.

**פרשת ההגנה**

לעומת עדות התביעה הנ"ל, שקבעתי שעדויותיהן הינן אמינות ובעלות משקל של ממש, בחר הנאשם להעיד כעד הגנה יחיד.

בחקירתו הראשית העיד כי במועד נשוא כתב האישום ישב, כשפניו אל שער המעון והילדים כדי להשגיח שלא יצאו. הוא הבחין בק.א שהלכה וקטפה פרחים משיחים ועצים כפי שהיא רגילה לעשות. היא נגשה אליו ואמרה לו שלום, והוא החזיר לה שלום כדי לרצותה (ראה עמ' 27 לפרוט' ש' 12-11). היא זרקה עליו זר של פרחים ואמרה לו שלום ומה שלומך, והוא השיב לה עם היד: "יופי הכל בסדר גמור", כשהוא מכוון אותה שתעמוד ליד השער כמו שצריך, כמו כל הילדים, ושתלך ממנו. לפי גירסתו, ק.א שאלה אותו מה ההורים צריכים להביא לילדים, והוא השיב כי אבא ואמא יבואו ויביאו לה ממתקים. זאת עשה מכיוון שאינה מבינה "ומבחינת ראש היא לא כל כך..". (ראה עמ' 27 לפרוט' ש' 16).

לטענתו הוא בן 74-73 שנה, ומעשה כזה אינו מתאים לו. הוא גם לא אדם כזה כהגדרתו (ראה עמ' 27 לפרוט' ש' 18). עוד הוסיף כי מילי ניגשה אליו ושאלה אם הכל בסדר, והוא השיב לה שהכל בסדר, והיא לקחה משם את ק.א. והלכה מהמקום. לאחר מכן הגיעו מחברת השמירה והודיעו לו שמחליפים אותו וכי עליו לגשת לתחנת המשטרה.

בחקירתו הנגדית אמר כי ק.א. זרקה עליו את הפרחים, והוא עשה לה תנועה עם היד שהכל בסדר ושתלך משם. הוא לא עשה לה שום דבר, לא נגע בה ולא ליטף אותה. לפי גירסתו רק נגע לה ביד מכיוון שאמרה לו שלום ביד, ולא נגע לה כלל בישבן או בחזה. כל אותו הזמן ישב על הכיסא ושמר על הילדים שלא יצאו. לדבריו ק.א. לא ביטאה עצמה במילים, אבל הוא מכיר את שפתה וענה לה שהכל בסדר. יש לציין שבנקודה זו הוא סותר את מה שציין בחקירתו הראשית, שכן שם אמר שהיא שאלה אותו מה ההורים צריכים להביא לילדים, והרי גם על פי מה שמסר בחקירתו הנגדית וגם מפי מה שאמרו עדות התביעה, ק.א. אינה מסוגלת לבטא את עצמה במילים. הוא אישר כי הוא מכיר את הילדים מכיוון שאלו מגיעים לאזור השער עם המטפלות ומחכים להוריהם.

הוא עומת עם גירסתו במשטרה תחת אזהרה לפיה ליטף את ק.א בגב, והשיב כי אמר לה "תודה" ונגע בה תוך שהוא מדגים תנועה של "בסדר". הוא אף עשה אבחנה בין ליטוף שיש בו התחשבות במצבו של אדם, לבין מי שמלטף בצורה שהיא "לא בסדר" כהגדרתו (ראה עמ' 29 לפרוט' ש' 3-2). את העלים שנתנה לו ק.א. שם ליד הכסא וזרק לא רחוק מפח האשפה. את הפרחים זרק מכיוון שהיו אלו עלים עם קוצים. הוא שלל מכל וכול את הטענה כי הניח את הפרחים על איבר מינו - הן מהסיבה כי הם היו עם קוצים והן מפאת גילו המבוגר.

את המניע להגשת התלונה נגדו הסביר בעובדה כי הוא ממוצא ערבי. לכן התנכלו דווקא לו והסתכלו עליו בצורה שונה, על אף שהיה ביחס טוב עם כולם. העובדה כי העלה טענה זו רק כעת, בחקירתו הנגדית יישב בכך שבחר לבלום את פיו.

לעניין נגיעותיו בק.א חזר ואמר כי רצה רק להשביע את רצונה ועשה תנועה של סליחה. את נגיעותיה של ק.א. בו הסביר כי היא נגעה בו בחזה וירדה עד החגורה, כל זאת תוך שהיא נותנת לו פרחים, והוא נאלץ להפסיקה עם היד. הא חזר על כך שק.א. הינה ילדה שאינה יודעת מה היא עושה, ואף טען כי אם ב"כ המאשימה היתה רואה אותה היתה יודעת שהוא צודק. בסיום עדותו שב והכחיש כי מכנסיו היו פתוחים וכי הניח את ידה של ק.א. על איבר מינו.

מהאמור לעיל אני קובעת כי גירסתו של הנאשם אינה מהימנה. הוא מנסה לערפל דברים ולעמעמם, כאילו מדובר בעוד מפגש תמים לכאורה בינו לבין אחת החוסות במעון. עדותו אינה ברורה ביחס לתקשורת שהתנהלה בארוע בינו לבין המתלוננת. כפי שציינתי בעדותו הראשית טען כי דיבר עמה והחליף עמה כמה מילים, ולאחר מכן חזר בו וטען כי הוא מבין את שפתה וכי היתה ביניהם תקשורת שאינה מילולית.

כך למעשה בגין כל ענין שנשאל לא מסר גירסה ברורה עקבית הגיונית וחד משמעית; יותר מכך, רק בגירסתו בחקירה נגדית מציג מניע לעלילה כביכול והיא מוצאו הערבי. מדובר בהצגת גירסה כבושה שאפילו עדות התביעה לא עומתו עימה במהלך עדויותיהן, ולכן אני דוחה אותה על הסף.

עצם הצגת המניע בנסיבות הנ"ל יש בה כדי להוסיף לחוסר אמינותו של הנאשם.

בגירסתו במשטרה תחת אזהרה - ת/1 – אמר הנאשם כי מדובר בילדה חולה שאינה מבינה כלום אשר אמרה לו שלום, התכופפה אליו ונתנה לו יד. הוא לקח אותה ליד השער ואמר לה כי אבא שלה עוד מעט יבוא ויביא לה ממתקים. הנאשם הודה כי ליטף את ק.א. בגב הכל מתוך כוונה טובה. הוא הכחיש כי איבר מינו היה גלוי וכי נתן לק.א. לגעת בו. לטענתו, ק.א מסרה לו פרחים והוא הניח אותם לידו. הוא חייך אליה וכל התקשורת ביניהם היתה כשהיא מדברת בידיים. היא נגעה בו ביד, בחזה, בכתף ובפנים, והוא ליטף אותה והתייחס אליה בעדינות והשעין אותה לשער. הוא הוסיף עוד כי ק.א. נגעה בו גם יותר למטה והוא הפסיק אותה עם ליטוף כדי שהיא תשאר עם הרגשה טובה.

מהאמור לעיל עולה שגירסתו אינה מתיישבת עם הגירסה שמסר בבית המשפט בנקודות מהותיות היורדות לשורשה של גירסה, והוא לא יכול היה ליישב את ההבדלים המהותיים בחקירתו הנגדית.

יותר מכך, בגירסתו במשטרה יש אפילו ראשית הודייה שכן ממנה עולה שהוא כן נגע במתלוננת באיזורים שונים בגופה, למרות שהוא מייחס דווקא לק.א. נגיעות אינטימיות עם השלכות מיניות, והוא זה שהגיב כמובן שלא מתוך כוונה מינית כלשהיא. גירסה זו יש לדחות כמובן על הסף, שכן יש בה חוסר הגיון של ממש וחוסר התאמה לאישיותה ומאפייניה של ק.א. כפי שעולה מהראיות שהוצגו בביהמ"ש, גם מגירסתו של הנאשם.

עדותו של הנאשם לוקה בחוסר אמינות של ממש. הוא לא הציג גירסה אחת ברורה עקבית וחד משמעית. דווקא גירסתו במשטרה קושרת אותו לאירוע כפי שתיארו עדות הראייה מטעם התביעה, ואילו בביהמ"ש ניסה להרחיק עצמו עד כמה שיכול מהנסיבות המיוחסות לו, כשהוא אינו מסוגל ליתן מענה סביר והגיוני להבדלים בין הגירסאות שנתן בשתי ההזדמנויות. הוא ניסה לחלץ עצמו ממעורבותו בעבירה בהציגו מניע גזעני, אשר כבר דחיתי אותו על הסף; כמו גם שניסה להאחז בגילו המבוגר. מדובר בנסיונות כושלים אשר זועקת מהן חוסר אמינות; כך שאני קובעת שגירסתו אינה מהימנה עליי לא בתוכנה ולא באופן הצגתה בביהמ"ש.

אני דוחה את גירסתו הבלתי ברורה וחסרת העקביות כמו בעלת סתירות בנקודות מהותיות, ומקבלת את גירסאות עדות התביעה על פיהן אני קובעת שהוא נגע בחזה ובישבנה של המתלוננת במטרה להגיע לסיפוק וגירוי מיני, וכן לקח את ידה ונגע עם היד באיבר מינו כשאיבר מינו במצב של זיקפה, גם כן במטרה להגיע לסיפוק וגירוי מיני.

הואיל וכך אני קובעת כי המאשימה עמדה בנטל המוטל עליה והוכיחה את אשמתו הנ"ל של הנאשם מעבר לכל ספק סביר, ובהתאם אני מרשיעה אותו בעבירה בניגוד [לסעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) בנסיבות [345 (א)(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.5) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז- 1977.

<#4#>

**ניתנה והודעה היום י' אדר תש"ע, 24/02/2010 במעמד הנוכחים.**

|  |
| --- |
|  |
| **פנינה ארגמן, שופטת** |

<#5#>

**החלטה**

בטרם אשמע טיעונים לעונש ואגזור את דינו של הנאשם, אני מחליטה להעביר את עניינו לבדיקה ולהכנת תסקיר ע"י ק. מבחן למבוגרים, אשר יגיש לביהמ"ש תסקיר אודות הנאשם, מצבו והמלצה לגבי העונשים שיוטלו עליו.

**אני קובעת את התיק להמשך ליום 14.6.10 בשעה 10:00.**

**לתשומת לב ק. המבחן**: כתובת הנאשם – בקה אל גרביה מיקוד 30100. ת.ד. 277.

מספר הטלפון של הנאשם - 050-2397493

מספרי הטל' של ב"כ הנאשם: 04-6382590 פקס: 04-6382425

**המזכירות** תעביר העתק מהחלטתי זו לק. המבחן למבוגרים.

הנאשם מוזהר בחובת התייצבותו ובתוצאות אי התייצבותו.

<#6#>

**5129371**

פנינה ארגמן 54678313

**54678313ניתנה והודעה היום י' אדר תש"ע, 24/02/2010 במעמד הנוכחים.**

|  |
| --- |
|  |
| **פנינה ארגמן, שופטת** |

ויקי ב.

הוקלד על ידי: ויקי ביטון

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן