|  |  |
| --- | --- |
| **בית משפט השלום בירושלים** | |
|  |  |
| **ת"פ 56434-03-14** | |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **בפני** | **כבוד השופט אילן סלע** | | |
| **בעניין:** | | **מדינת ישראל** |  |
|  | | **באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים (פלילי)** | **המאשימה** |
|  | | **נ ג ד** | |
|  | | **פלוני** | **הנאשם** |
|  | | **ב"כ עו"ד אריאל עטרי** |  |

כתבי עת:

[מרים גור-אריה, "על ההבחנה בין הכנה", משפטים, כרך לב (תשס"ב) 505](http://www.nevo.co.il/safrut/book/5718)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25), [345(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.3), [348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a), [348(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f), [34יז](http://www.nevo.co.il/law/70301/34jg)

[חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955](http://www.nevo.co.il/law/70387): סע' [11](http://www.nevo.co.il/law/70387/11)

|  |
| --- |
| **הכרעת דין** |

אני מזכה את הנאשם מהעבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

**כתב האישום ותשובת הנאשם**

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום בעבירה של מעשה מגונה בקטינה שטרם מלאו לה 14 שנים – עבירה לפי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), תשל"ז-1977 (להלן: "החוק") בנסיבות המנויות [בסעיף 345(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.3) לחוק, ובשתי עבירות של ניסיון למעשה מגונה בקטינה שטרם מלאו לה 14 שנים – עבירה לפי אותם סעיפים בצירוף [סעיף 25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25) לחוק.

2. לפי המתואר בכתב האישום, ביום 25.03.14 בשעות הצהריים, עברה ח', קטינה ילידת 5.04.03, בכניסה לבניין בו היא גרה בסמיכות לנאשם. הנאשם, הבחין בה, פתח את דלת ביתו, פנה אליה ושאל אותה אם תוכל לסייע לשמור לו על הילדים בביתו - ילדים ששהו בביתו במשפחתון שהופעל על ידי אשתו. בקשתו של הנאשם הייתה במטרה לבצע בח' מעשים מגונים לשם סיפוקו וגירויו המיני. ח' סירבה והלכה מהמקום.

3. בחלוף זמן מה, חזרה ח' ושיחקה עם חתולה ליד בית הנאשם. שוב פנה אליה הנאשם וביקש ממנה כי תיכנס לביתו, תעזור לו ותשחק איתו. זאת במטרה לבצע בה מעשים מגונים לשם סיפוקו וגירויו המיני. ח' נכנסה לביתו של הנאשם, אשר ניסה לסגור את הדלת ולנעול אותה. ח' ניסתה למנוע זאת מהנאשם והניחה רגלה על מנת למנוע את סגירת הדלת. או אז, הנאשם ניסה לדחוף את הדלת בחוזקה, ליטף את לחיה של ח' שלאחר מכן הצליחה להימלט לביתה. לאחר מכן, כשהיא נסערת בוכייה ורועדת, סיפרה ח' לאביה על מעשי הנאשם.

4. עוד באותו יום, ירדה נ', קטינה ילידת 25.10.03 לביתו של הנאשם בשליחות אמהּ להשיב לאשת הנאשם משחה שהשאילה לה. הנאשם הציע לה להיכנס ולשחק עם הילדים בביתו. נ' אמרה לנאשם שאינה יכולה לעשות כן, אך הנאשם התחנן בפניה תוך שהוא מביע את תחנוניו בידיו, בהצמדתם זו לזו. כל זאת על מנת לשכנעהּ להיכנס לביתו במטרה לבצע בה מעשים מגונים לשם סיפוקו וגירויו המיני. נ' אמרה כי עליה לשאול את אמה ונמלטה מהמקום.

5. הנאשם כפר במיוחס לו. בתשובתו לאישום ציין כי אשתו מנהלת משפחתון בביתם, והיא הלכה עם ילדיהם לרופא וביקשה ממנו לשמור על ילדי המשפחתון בהעדרה. בהמשך, הוא פתח את דלת הבית להורה שבא לקחת את ילדו וראה את ח' משחקת עם חתול. הוא שאל אותה אם רצונה לעזור לו לשמור על הילדים והיא אמרה שעליה ללכת עם אמהּ ועזבה את המקום. מאוחר יותר הוא הבחין בנ' יורדת במדרגות והוא שאל אותה אם ברצונה לשחק עם הילדים בביתו, אך היא ענתה שעליה לשמור על אחיה, והלכה. בשלב זה חזרה ח' ונכנסה לדירתו צעד אחד. הוא ביקש לסגור את הדלת והיא פגעה ברגלה של ח'. ח' נבהלה ובכוונה להרגיעה הוא ליטף את לחיה, והיא הלכה. לא הייתה לו כל כוונה מינית בכל המקרים הללו.

**המסכת הראייתית**

6. המאשימה הצטיידה עם עדויות חוקרות הילדים אשר חקרו את ח' ונ' (להלן ביחד: "הקטינות" או "הילדות" או "המתלוננות"), עדות אמה של נ', עדות אביה של ח', עדות השוטר שהגיע לביתו של הנאשם לאחר שהוזעק על ידי מי מהורי הקטינות ועיכב את הנאשם ועדותו של השוטר שגבה את הודעתו של הנאשם.

7. חקירתה של ח' (ת/1) הוגשה באמצעות חוקרת הילדים הגב' הדס נמיר לאחר שזו אסרה את העדתה של ח'. הגב' נמיר ציינה כי ח', ילדה חרדית, הגיע עם הוריה על מנת לספר על הפגיעה שעברה מצד הנאשם, כשהיא במצב רגשי לא קל. הגב' נמיר ציינה כי ח' הייתה מתוחה מאוד לקראת השיחה אך סיפרה על האירוע בצורה מאוד קוהרנטית והרבתה לתאר את תחושותיה ומחשבותיה במהלך האירוע.

8. בחקירתה סיפרה ח' כי הלכה לבקר את חברתה, וכשירדה מביתה לקומת הכניסה בה מתגורר הנאשם, אותו כינתה בחקירתה "השכן הצרפתי", פנה אליה הנאשם ושאל אותה אם תוכל לסייע לו לשמור על ילדים בביתו למשך כרבע שעה. היא השיבה לו כי היא אינה יכולה והמשיכה לבית חברתה. משנוכחה לראות כי חברתה לא בבית היא חזרה, ועצרה בכניסה לבניין מגוריה כדי ללטף חתולה שהייתה מול דירת הנאשם. אז ניגש אליה הנאשם פעם נוספת וביקש את עזרתה, אך לא ציין במה. היא נכנסה לבית "שני צעדים" והסתכלה סביבה על הדירה ולא ראתה במה תוכל לעזור לנאשם. הנאשם ניסה לסגור את הדלת, והיא ניסתה למנוע זאת ממנו על ידי כך שהניחה שם את רגלה. היא חששה כי הוא ינעל את הדלת וחשבה "שזה יכול להיות מסוכן או משהו והרגשתי גם תחושה בבטן שזה לא הדבר הנכון לעשות..." . או אז, הנאשם עשה צעד קדימה וליטף אותה בלחי ובשלב זה היא הצליחה למשוך בחוזקה את הדלת ולצאת. לאחר שהיא יצאה הנאשם שב ושאל אותה אם היא רוצה לשחק איתו והיא אמרה לו שהיא אינה יכולה ועליה לשאול את אמה, והיא ברחה לביתה.

9. הגב' נמיר נתבקשה להתייחס להערכתה כי ח' אכן סיפרה את אשר חוותה. היא ציינה כי ח' מסרה את גרסתה בצורה מאוד אותנטית ותיארה את רגשותיה ומחשבותיה. לדבריה, המוטיב של בקשת עזרה מצד הנאשם הוא מוטיב החוזר בעבירות מעין אלו. היא התרשמה כי מדובר בילדה רגישה ועדינה שחוותה את האירוע בצורה קשה.

10. חקירתה של נ' (ת/4) הוגשה באמצעות חוקרת הילדים הגב' דניאלה מלק לאחר שזו אסרה את העדתה של נ'. נ' סיפרה בחקירתה כי אמהּ שלחה אותה להחזיר משחה לשכנה, אשת הנאשם, והנאשם שפתח את הדלת הציע לה לבוא לעזור לו עם הילדים. היא השיבה שהיא לא יכולה והנאשם סימן בידיו מחווה של בקשה. או אז, היא אמרה לו שהיא צריכה לבקש את רשות אמהּ ועזבה את המקום. היא שאלה את אמהּ וזו לא נתנה את הסכמתה. בהמשך היא וחברתה ח' ירדו למטה לשחק, והן עלו וירדו מספר פעמים ובכל דקה הנאשם פתח את הדלת. בשלב זה היא "ממש פחדה". בהמשך ציינה כי כשהחזירה את המשחה ראתה כי אין בדירה ילדים ולמרות זאת הנאשם אמר לה שתבוא לשחק עם הילדים ולאחר מכן אמר לה שתבוא לשחק אתו. היא תיארה שסיפרה על שאירע לאמהּ ולדודיה והתגובה הייתה מאוד חריפה, מלווה בקללות ובאמירות ש"צריך להכניס אותו לכלא". נ' ציינה כי מאז האירוע היא פוחדת לישון בלילה.

11. גם הגב' מלק נדרשה לקביעתה בדבר מהימנותה של נ' והיא ציינה כי עדותה הייתה ברורה, עקבית והיא עגנה את הדברים שלה בהקשר של מקום וזמן. היא הרבתה לעשות שימוש בהדגמות באמצעות הידיים ,ותיארה את תחושות הפחד שלה בעת האירוע וציינה כי לא ישנה בלילה שלאחריו.

12. אביה של ח', שהתגורר באותה עת בצפון הארץ, סיפר בעדותו כי בתו, ח', התקשרה אליו בשעת אחר הצהריים, בוכייה ורועדת וסיפרה לו שהשכן מלמטה פגע בה. הוא חזר על הדברים שהיא סיפרה לו בשיחת טלפון זו ובין היתר ציין כי בתו אמרה לו כי כאשר הבחינה שהנאשם בא לנעול את הדלת, היא קלטה שמשהו לא בסדר וביקשה לברוח. הנאשם ניסה בכוח להכניס אותה והיא הרימה את הקול והחלה לצעוק. או אז, הנאשם ליטף לה את הראש ואמר לה "את יפה, נחמדה" וביקש ממנה להישאר על מנת שישחקו ויהיה נחמד. הוא שאל את בתו אם היא מעוניינת שהוא יגיע לירושלים ומשהשיבה בחיוב הוא יצא מיד לדרך כשהוא נוטל עמו מכשיר הקלטה.

13. כשהגיע לירושלים מצא את בתו מפוחדת, רועדת ובוכייה. בשעות הערב, נשמעה דפיקה בדלת ואחד הילדים פתח ואמר שהנאשם הגיע. הוא החליט שיש לו הזדמנות להוציא מהנאשם הודאה, אם רק ישוחח עמו בקור רוח, ועל כן נכנס עם הנאשם לאחד החדרים והחל עמו בשיחה שהוקלטה על ידו בסתר. הוא ציין כי אינו יודע כיצד הצליח לשמור על קור רוח שכן הוא היה נסער ו"כולו היה זרמים", אך הוא היה ממוקד במטרתו להוציא מהנאשם הודאה. הבת נהייתה חיוורת ומפוחדת מכניסת הנאשם ורצה לחדרהּ. לדבריו, הוא הבין כי במהלך השעות בהן הוא היה בנסיעה מהצפון לירושלים, עשו לנאשם "קצת בלגן בבניין", ושהייתה עוד ילדה של אחד השכנים שהנאשם ניסה להכניס גם אותה לדירתו. הוא התרשם כי הנאשם היה מבוהל והגיע להתחנן שלא יעשו מזה סיפור וישתיקו את המקרה.

14. בשל החשיבות שייחסה המאשימה לדו-שיח בין הנאשם לאביה של ח' להבנת ההקשר בו נאמרו דברי ההתנצלות והחרטה של הנאשם, להלן תוכן השיחה במלואה (ת/7):

**האב:** בוא, בוא ... מה קורה, אתה השכן מפה מלמטה? מה?

**הנאשם:** אני ממש מצטער... תשמע, אני התכוונתי שהיא תשמור על הילדים , אני לא התכוונתי לעשות כלום שום דבר.... באמת מצטער באמת... שלא תחשוב...

**האב:** מה לחשוב? אתה נגעת בה.

**הנאשם:** עשיתי ככה... נגעתי בה טיפה.

**האב:** למה ליטפת אותה?

**הנאשם:** למה היית... בלי כוונה, לא היה לי כוונה.

**האב:** אתה רוצה שיעשו ככה לילדה שלך?

**הנאשם:**  לא, לא רוצה.

**האב:**  אז איך אתה עושה את זה לילדים אחרים?

**הנאשם :** תבין, אני, יש לי עכשיו... אני קצת מבולבל.

**האב:**  ברור, אתה צריך להיות מבולבל... האמת היא שמגיע לך לשבת בכלא...

**הנאשם:**  תרחם עלי באמת

**האב:**  לרחם, על מה?... על הילדה, אני באתי עכשיו באתי מהצפוןכדי לטפל בילדה.

**הנאשם:**  למה? מה יש לילדה?

**האב:**  היא בטראומה, היא מפחדת לצאת מהבית.

**הנאשם:**  אפשר לדבר אתה?

**האב:**  לא! אתה לא יכול להתקרב אליה, בחיים! אתה מתקרב אליה, אני מזמין משטרה במקום.

**הנאשם:**  אבל, תבין באמת...

**האב:**  זה לא משנה, לילדים אתה לא מתקרב, נקודה! עשית את מה שעשית, נפלת, לא יודע מה צריך לעשות אנחנו עכשיו מתייעצים ובודקים מה לעשות... אבל, אין מצב שאתה...

**הנאשם:**  אתה מבין, אני רוצה לבכות, אני מתחרט על מה שעשיתי... דע לך, באמת.

**האב:** היא נפגעה עכשיו קשה, היא לא רוצה ללכת לבית הספר, היא לא רוצה ללכת מחר לחוג, מה עושים? אתה מבין, עכשיו צריך להזמין לה פסיכולוגית... זה מה שאנחנו הולכים לעשות.

**הנאשם:** ה' ישמור באמת, אתה יודע... אני מתנצל... מה לעשות יצר הרע זה... יצר הרע... עושה דברים ככה... באמת. אני יודע, אני אתפלל... אני אתפלל עליה בע"ה... שהכל... הכל יעבור בע"ה... אני מוכן לעזור במה שאפשר... תגיד לי מה לעשות.

**האב:**  יש לך בעיות במיניות בבית?

**הנאשם:**  לא, לא אין בעיות.

**האב:**  אז מה קרה?

**הנאשם:**  לא, אתה יודע... אמרתי לה את רוצה להיכנס.

**האב:**  אתה רוצה שאני אשאל אותה, אם היא רוצה לדבר**...** חכה רגע...

[פונה לח' שלא בנוכחות הנאשם – א.ס.]: חני אל תפחדי מותק... אני מקליט אותו... הוא הודה בפני.

**ח':** איפה הוא?

**האב:** הוא בחדר... הוא מחכה.

[חוזר לשוחח עם הנאשם – א.ס.]: היא מפחדת

**הנאשם:** היא מפחדת?

**האב:**  כן... תשמע...

**הנאשם:** ...אני לא יודע מה עשיתי... אני אומר לך... אני לא קולט מה שעשיתי...

**האב:** ...מה שמעניין אותי, זה... קודם אתה צריך טיפול... יש לך בעיה... אתה בבעיה. אם אתה יכול לגעת בילדה - אתה מבין שיש לך בעיה תחשוב, אם מישהו היה עושה את זה לילדה שלך מה היית חושב? אתה מבין ? יש לך בעיה ואתה צריך טיפול, ואתה צריך לפנות לעזרה, זה דבר ראשון. כי באמת, אני חשבתי להזמין משטרה... ו...הילדה אמרה לי: בבקשה, אבא אל תשים אותו בכלא.

**הנאשם:** ככה היא אמרה לך?

**האב:**  כן, אבל היא מפחדת... אבל יש פה מצב ש....

**הנאשם:** סליחה סליחה.

**האב:**  הילדה עכשיו בטראומה אנחנו צריכים להתייעץ ולראות מה לעשות... כי הילדה צריכה עזרה עכשיו אנחנו... מחר בבוקר אני הולך איתה לפסיכולוג לראות מה לעשות לפסיכולוגית שמבינה בדיוק במצבים האלה... זה לא צריך להיות אונס, מספיק שנגעת בה שלא מרצונה, והיא הרגישה... היא יודעת מה זה, היא לא קטנה, היא בת 11, ואנחנו מאוד שומרים עליה...

**האב:**  קודם כל, טוב שבאת, ברגע שאתה בא ואתה מודה, ואתה אומר עשיתי מה שעשיתי ועכשיו אני מתחרט, זה כבר משהו כי אני רציתי ללכת עד הסוף, שתדע לך, אני באמת לא ...

**הנאשם:** דע לך, אני לא יחזור על מה שעשיתי באמת... ממש לא, ממש... גם אני בעצמי מרגיש לא יודע, אף פעם לא עשיתי דבר כזה, אף פעם... אני נשוי ויש לי ילדים... אני לא לגעת... מבין...

**האב:**  אז מה קרה?

**הנאשם:** זה... זה... רוח שטות כזה... אתה מבין... זה... אתה מבין.

**האב:**  תראה קודם כל, אני יגיד לך משהו אתה צריך עזרה דחוף באמת, אתה ממש צריך עזרה אם מישהו חושב לגעת בילדים זה הכי גרוע**.**

**הנאשם:** פסיכולוג... כן

**האב:** פסיכולוג.

**הנאשם:** יש לי פסיכולוג שהוא...

**האב:** אז אתה צריך ללכת ולהגיד לו מה שקרה... ולפתוח את זה מה לעשות עם הילדה... אנחנו עכשיו רואים מה לעשות יכול להיות שאני אקח אותה לכמה ימים היא מפחדת להיות פה אולי אני אקח אותה איתי ומחר אנחנו נלך כנראה לפסיכולוגית בבוקר... ונראה מה לעשות.

**האב:** למה חשבת לבוא? למה? למה באת לפה?

**הנאשם:** כי אני יודע שהיא גרה פה.

**האב:**  הרגשת שעשית משהו לא טוב?

**הנאשם:** לא... כן..., כאילו... הרגשתי... משהו.

**האב:**  תראה... אני קודם כל... אני אראה מה עם הילדה ואני אסביר לה שאתה מתחרט, ואתה... אולי זה ירגיע אותה... אולי תתן לי את הטלפון שלך ו...

**הנאשם:** באמת, באמת תגיד לה שאני לא התכוונתי לעשות שום דבר, כלום, שום דבר רע... באמת...

**האב:**  כן... היא לא טיפשה... אתה ניסית לסגור את הדלת ולא נתת לה לצאת, אז... זה לא לא לעשות אתה עמדת ליד הדלת והיא הייתה צריכה לדחוף את הרגל שלה כדי להתחמק ולברוח... ואתה באת כאילו לסגור את הדלת ואתה אומר לה בואי נשחק... נכון, זה... לא לא ניסית. כן ניסית לעשות משהו, נכון או לא... אני צודק או לא צודק, תחשוב.

**הנאשם:** כן.

15. אמהּ של נ' סיפרה כי ביקשה מבתה להחזיר משחה לאשת הנאשם. נ' ירדה ושבה בחלוף מספר דקות כשהיא מבוהלת ואמרה לה כי הנאשם ביקש ממנה לעזור לו לשמור על הילדים במשפחתון אך לא היו ילדים בבית באותו רגע. נ' הוסיפה כי הנאשם ממש התחנן בפניה, ירד על הברכיים וחיבר את ידיו בתנועת תחינה. נ' שאלה אותה אם לרדת לעזור לו והיא אסרה עליה לעשות זאת. בחלוף מספר דקות התקשר אליה אחיה של ח' ושאל אותה אם ילדיה בבית. הוא הזהיר אותה שקרה מקרה נורא בכניסה לבניין, וסיפר לה שהנאשם תפס את ח' ליטף אותה וניסה להכניסה לביתו. בשעות שלאחר מכן, הדיירים בבניין היו סוערים ומבוהלים. בחקירתה הנגדית אישרה כי סיפרה לבתה, נ', על הדברים שהנאשם עשה לח' והסבירה לה כי הנאשם מסוכן מאוד וצריך להיזהר ממנו.

16. השוטר רס"ר דמיטרי לינשטיין שעיכב את הנאשם והסיע אותו לתחנת המשטרה ציין בדו"ח הפעולה שערך (ת/10) כי הנאשם סיפר לו על האירועים תוך כדי נסיעה ולשאלתו מדוע עשה דברים אלו השיב כי "נכנסה בו רוח שטות".

17. בנוסף הוגשה גם הודעת הנאשם שנגבתה ביום 26.03.14 בשעה 05:10 (ת/8). בהודעתו פרט הנאשם את השתלשלות האירועים ואישר כי נגע בלחייה של ח'. הוא ציין כי לאחר שח' עזבה את הדירה, הוא הלך ללמוד בכולל וכשחזר בשעות הערב סיפרה לו אשתו כי האחראית על המשפחתון התקשרה וסיפרה לה כי הוא נגע בבנות. הוא הבין כי עשה משהו לא בסדר ולכן עלה לביתה של ח' על מנת לבקש סליחה על התנהגותו שקרא לח' להיכנס לביתו ושנגע לה בלחייהּ. כשנדרש לסיבת בקשתו מח' להיכנס לביתו השיב: "אני לא יודע למה בא לי לעשות את זה אבל לא התכוונתי לעשות משהו לא טוב, אני לא רגיל לזה לא ידעתי. אני לא יודע מה זה זה היה יצר הרע, נטייה שאני לא מכיר אותה לכל בן אדם יש לו". עם זאת יצוין, כי צפייה בקלטת החקירה מלמדת כי תיעוד ההודעה בכתב אינו מדויק, והחוקר הוא זה שהזכיר לראשונה את המילים "יצר הרע" והעלה בפני הנאשם את האפשרות כי מעשיו נבעו בשל "יצר הרע". בהמשך לכך נשאל: "למה הייתה כוונתו ומה פשר נטייה זו", והוא השיב: "שהיא תכנס לבית וזהו. אני לא רציתי לעשות משהו. זה יצר הרע, ואם היא לא תרצה היא תלך אני אחשוב שזה לא טוב אני אגיד לה לצאת. זה היה לקרוא ניסיון כזה לא התכוונתי חס ושלום לעשות משהו בכך. בפנים לא רציתי את זה". ושוב שאל החוקר: "אבל משהו דחף אותך", והנאשם השיב: "זה יצר הרע". בשלב זה שב החוקר ושאל את הנאשם: "כשהילדה אמרה לך שאין פה ילדים למה ביקשת ממנה להישאר ושתעזור לך לסדר את הבית וישר נגשת לדלת לנעול אותה, למה התכוונת?" על כך השיב הנאשם: "רציתי שהיא תיכנס, כי רציתי לגעת בה וזהו זה היה היצר, אני לא יעיז לעשות לה". הוא נשאל: "האם ניסית לסגור את הדלת כדי שלא תברח?" והשיב: "כן ניסיתי אני אומר לך את האמת ראיתי אותה פוחדת ואז פתחתי בחזרה את הדלת". הוא הוסיף: "לא שמתי לב, אני לא התכוונתי לדרוס לה את הרגל, הרגל שלה הייתה שם אני לא רציתי לסגור לגמרי..." שוב נשאל: "אם הילדה לא הייתה בורחת מהבית איפה היית נוגע בה?" והוא השיב: "אם היא הייתה נותנת לי את היד אני לא יכול לעשות דברים וזה קשה לי אני לא יעז לעשות את זה".

18. אל מול כל זאת הנאשם פרט את גרסתו לאירועים בבית המשפט. הוא סיפר כי ביום האירוע, הוא שב מהכולל כדרכו בכל יום להפסקת צהריים ואשתו הלכה לרופא עם ילדיהם והוא נותר לשמור על הילדים במשפחתון, ילד אחד ושתי תאומות. בשלב מסוים הגיע אביו של הילד לקחתו, וכשהוא פתח לו את הדלת הוא הבחין בח' כשהיא מאכילה חתול. הוא שאל אותה אם היא יכולה לעזור לו והיא השיבה בשלילה. הוא ליווה את האב ובנו, ואז הבחין בנ' ושאל אותה אם היא רוצה לשחק אתו ועם הילדים, אך גם היא סירבה. הוא הסביר כי ביקש מהילדות לעזור לו מאחר והיה מדובר בשעה בה ההורים באים לקחת את ילדיהם שזהו זמן שיש צורך לטפל בילדים ולארגן אותם והוא נדרש לעזרה. לאחר מכן, הגיעה אמן של התאומות, ובאותה עת ירדה ח', דפקה בדלת ושאלה אם אפשר להיכנס. הוא השיב בחיוב והיא צעדה צעד אחד בתוך הבית, מבלי שהוא ביקש ממנה להיכנס או להישאר, שכן בשלב זה לא היו כבר ילדים בבית. הוא כלל לא ציפה שהיא תגיע לדירתו. הוא המשיך וסיפר כי התכוון לסגור את הדלת, אך לא עד הסוף בשל איסור "ייחוד", והדלת פגעה ברגל שלה. ח' נבהלה והוא ליטף אותה בלחי כדי להרגיע אותה.

19. בחלוף מספר דקות, לאחר שאכל ושתה הוא הלך ללימודי אחר הצהריים בכולל, וכששב בערב אשתו סיפרה לו כי המפקחת התקשרה אליה והלינה על כך שהוא נגע בבנות. אשתו אמרה לו שעליו להתנצל ולכן עלה לביתה של ח'. לדבריו, הוא הבין שלא היה בסדר בכך שהיה לבד עם הילדה בבית, על אף שאצל הצרפתיים, שהוא נמנה עליהם, זה מקובל לנהוג כך, להימצא לבד עם ילדה בבית ובלבד שהדלת אינה סגורה.

20. בחקירתו הנגדית הוא הבהיר כי ביקש את עזרת הילדות, מפני שבשעה שהורי הילדים באים לקחת אותם, הדבר דורש התעסקות רבה. לדבריו, הוא לא רגיל בשמירה על הילדים והיה מעוניין בסיוע. הוא שלל את טענתה של ח' כי כשירדה בפעם השנייה, הוא ביקש ממנה להיכנס לביתו ועמד על כך שבאותה שעה כבר לא היו ילדים בבית וח' היא זו שחזרה מעצמה, הקישה בדלת וביקשה להיכנס. לאחר שהוא פתח לה את הדלת הוא המתין לראות מה מטרת בואה. כשנשאל מדוע לא הזכיר זאת כשנחקר במשטרה השיב כי יש לו בעייה עם השפה העברית. כשנדרש לדבריו בחקירה במשטרה כי שאל את ח' בפעם השנייה אם היא רוצה לשחק עם הילדים על אף שבאותו שלב כבר לא היו ילדים בבית, הוא לא השיב דבר.

21. עוד ציין בעדותו כי בשיחתו עם אביה של ח', האב היה כעוס מאוד ודיבר מהר. הוא דיבר איתו על מעשים חמורים כאונס והוא פחד שבכוונתו לפגוע בו, להכות אותו או אפילו להרוג אותו, ולכן אמר לו שהוא מתחרט. בהתייחס לדבריו בשיחה עם אביה של ח' הוא הבהיר כי שעה שאמר שלא היה רוצה שיעשו לילדיו "דבר כזה" הוא התכוון לכך שלא יקרה להם טראומה כפי שהוא התרשם ממצבה של ח' לפי דברי אביה. הוא שלל כי אמר לאב כי הוא עצמו צריך טיפול פסיכולוגי ואך ציין כי אם לילדה נגרמה טראומה והיא צריכה טיפול פסיכולוגי הוא ישלם על כך.

22. בחקירתו בבית המשפט הנאשם גם נדרש לביטוי "יצר הרע" שהשתמש בו בחקירתו והוא הבהיר כי מדובר בביטוי שהוא מרבה להשתמש בו, ובמקרה זה, באמירתו "יצר הרע" הוא התייחס לטראומה שנגרמה לח'.

23. הנאשם הצטייד עם עדותו של הרב אורי בנון, רב בכולל בו למד הנאשם במועד הרלוונטי לכתב האישום. הוא ציין כי הנאשם למד בקבוצה של דוברי צרפתית כשהלימוד היה בשפה הצרפתית.

24. בעדותו גם נדרש הרב בנון לביטוי "יצר הרע" שהיה שגור לדבריו בפי הנאשם. הוא ציין כי הנאשם היה מרבה להשתמש בביטוי זה, עד שהדבר הפך לבדיחה בקרב האברכים בכולל. כך למשל, כשהיה מאחר היה מסביר זאת ב"יצר הרע", וכשהוצע לו שוקולד הוא סרב בטענה כי מדובר ב"יצר הרע" וכיוצ"ב. הוא תאר את הנאשם כבחור מאוד שקט חסר בטחון, שלא ידע להתווכח ועשה כל שאמרו לו וציין כי הנאשם היה תלמיד שנדרש לתמיכה באופן קבוע.

**דיון והכרעה**

תחילה אפוא, לעבירה המיוחסת לנאשם ביצוע מעשה מגונה בקטינה נוכח ליטופה של ח' בלחייה.

קביעת ממצאים ביחס ליסוד העובדתי

25. המחלוקת העובדתית בעניין זה די מצומצמת. אין מחלוקת כי תחילה ביקש הנאשם מח' להיכנס לביתו והיא סירבה והלכה. המחלוקת היא האם בחלוף זמן, כשהגיעה ח' שוב ליד בית הנאשם הוא ביקש ממנה בשנית להיכנס לביתו כגרסתה של ח', או שמא כגרסת הנאשם, ח' היא זו שדפקה על דלת ביתו. מחלוקת נוספת נפלה באשר למה שהתרחש בעת שח' נכנסה לבית הנאשם בפעם השנייה. לגרסתה של ח', הנאשם ניסה לסגור את הדלת והיא מנעה זאת ממנו באמצעות רגלה, בעוד שלגרסת הנאשם הוא ניסה לסגור את הדלת אך לא עד הסוף וכשעשה זאת הדלת פגעה ברגלה של ח' ללא כוונה.

26. ב"כ המאשימה ביקש להעדיף את גרסתה של ח', אשר חוקרת הילדים הגב' נמיר מצאה אותה כמהימנה ואותנטית. לדבריו, יש למצוא סיוע לעדותה כנדרש [בסעיף 11](http://www.nevo.co.il/law/70387/11) ל[חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)](http://www.nevo.co.il/law/70387), תשט"ו-1955, הן בעדותה של נ' אשר נמצאה גם היא מהימנה על ידי חוקרת הילדים הגב' מלק, ואף ניתן לראות במעשי הנאשם כנגד נ' מעשים דומים" שיכולים אף הם להוות סיוע, הן במצבן הנפשי של ח' ונ' לאחר האירוע כפי שעלה מעדות אמהּ של נ' ועדות אביה של ח', והן בהודאתו של הנאשם כי יצרו הרע גבר עליו ואף הסכים עם אביה של ח' כי הוא נדרש לטיפול פסיכולוגי. מנגד, גרסת הנאשם כי ח' דפקה על דלת ביתו לא בא זכרה בעבר וכך גם גרסתו כי ליטף את ח' נוכח הבהלה שאחזה בה כתוצאה מפגיעת הדלת ברגל, ויש לראות גרסה זו כגרסה כבושה.

27. מנגד ב"כ הנאשם טען כי לא ניתן לקבל את גרסתה של ח' בהעדר סיוע ונוכח "זיהום" עדותה וסתירות הקיימות בין עדותה לעדותה של נ'.

סיוע לעדויות המתלוננות

28. עדויותיהן של שתי המתלוננות, ח' ונ', הינן בגדר עדות שמועה היכולות לשמש כראייה רק באמצעות תוספת ראייתית מסוג סיוע. מדובר בסיוע "מהותי" ולא "טכני" ([ע"פ 6140/11](http://www.nevo.co.il/case/6246885) **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 9.05.12)). על הראיה מסוג סיוע לעמוד בשלושה תנאים מצטברים: עליה לנבוע ממקור עצמאי ונפרד מהראיה הטעונה סיוע; עליה לסבך או לפחות לנטות לסבך את הנאשם בביצוע העבירה; ועליה לנגוע בנקודה ממשית, השנויה במחלוקת בין בעלי הדין ([ע"פ 954/13](http://www.nevo.co.il/case/6249211) **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 19.06.13)). עם זאת, ראיית הסיוע אינה חייבת להיות ראיה אחת ויחידה העונה על שלוש דרישות אלו, אלא היא יכולה להיות מורכבת ממקבץ של ראיות העונות יחד על הדרישות ([בש"פ 7194/97 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא](http://www.nevo.co.il/case/6097886)(5) 403 (1997); [ע"פ 5385/13](http://www.nevo.co.il/case/10442611) **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 4.12.13)).

29. כאמור, אין מחלוקת כי הנאשם ביקש מהקטינות להיכנס לביתו על מנת לסייע לו עם ילדי המשפחתון. הסיוע צריך לנגוע בנקודה ממשית השנויה במחלוקת, ומאחר והנקודות היחידות במחלוקת בהקשר זה של מעשי הנאשם כלפי ח' היא האם ח' באה לבית הנאשם בפעם השנייה או שהוא ביקש ממנה לבוא והמחלוקת סביב האירוע ליד הדלת, הרי שעדותה של ח' אינה יכולה לקבל סיוע מעדותה של נ' אשר לא הייתה חלק מאירוע זה.

30. אדרבה, צודק ב"כ הנאשם כי ככל שיש לתת משמעות לעדותה של נ' בהקשר זה, הרי שעדותה של נ' עומדת בסתירה מהותית לעדותה של ח'. נ' טענה במפורש בעדותה בפני חוקרת הילדים כי לאחר שהנאשם ביקש ממנה לעזור לו עם הילדים היא עלתה לשאול את רשות אמהּ והיא סירבה. אז, לפי עדותה: "ח' חברה שלי אנחנו ירדנו למטה לשחק. ו... לשחק ואז הוא כל דקה שעלינו ירדנו, עלינו ירדנו, הוא כל דקה פתח את הדלת, וגם לחברה שלי הוא עשה את זה". בהמשך היא מספרת "ואז הוא כזה שאל אותנו עוד פעם, אתם יכולות לשמור על הילדים?". ושוב בהמשך: "ירדנו, הוא פתח את הדלת, ירדנו לשחק למטה עם החתולה שלנו, ועלינו הוא עוד פעם פתח את הדלת, וירדנו הוא פתח את הדלת. עלינו הוא פתח את הדלת... שעלינו וירדנו. חברה שלי... פחדנו ממש פחדנו". עדות זו אינה יכולה לעלות בקנה אחד עם עדותה של ח' אשר לפי עדותה היא כלל לא הייתה עם נ'. לגרסתה של ח' לאחר פנייתו הראשונה של הנאשם אליה, היא הלכה לחברה שלה, שאינה נ' אלא חברה המתגוררת בבניין אחר וכשחזרה ממנה והגיעה לבניין, אל מול דירת הנאשם הוא פנה אליה פעם נוספת.

31. אכן, ההלכה היא כי נוכח ההשלכות הייחודיות שיש לעבירות מין על קרבנות העבירה, אין בהכרח בסתירות מסוימות ובאי דיוקים וחוסר בהירות כדי לגרוע ממהימנות קרבן העבירה ויש לתור אחר "גרעין האמת" שבעדותו (ראו: [ע"פ 8886/14](http://www.nevo.co.il/case/21029239) **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 15.03.16); [ע"פ 5348/15](http://www.nevo.co.il/case/20489991) **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 3.04.16)). ואולם במקרה זה אין מדובר בסתירה שולית או באי דיוק, אלא בסתירה מהותית בסוגיה שבמחלוקת כשלצד זאת אין מדובר בעבירה ברף חמור גם לפי המיוחס לנאשם כשביחס לנ' מדובר אך בניסיון, ומדובר בעדויות שנמסרו בחלוף שעות ספורות מהאירוע. לכן, על האף המהימנות שיש לתת לעדותה של ח', נוכח התרשמותה של חוקרת הילדים והתרשמותי שלי מצפייה בחקירה, וברי כי היא לא ניסתה למסור גרסה שאינה אמת, קשה להלום את טענת ב"כ המאשימה כי יש לראות את עדויות הקטינות כמסייעות זו את זו, שעה שבנקודה המשמעותית ביותר במחלוקת העובדתית, הן סותרות זו את זו באופן מפורש שלא ניתן לו כל יישוב.

32. ממילא, כך גם באשר לטענה בדבר "מעשים דומים". "מעשים דומים" נועדו ככלל להוכיח את המחשבה הפלילית של נאשם בביצוע המעשים, מקום שביצועם אינו שנוי במחלוקת. לכן, גם אם במקרה זה, יש במעשים הדומים של הנאשם ביחס לשתי המתלוננות כדי ללמד על כוונתו הפלילית, אין בכך כדי להוות סיוע לעדותה של ח' המתייחסת ליסוד העובדתי בליטופה של ח' בלחייה, שכן לעניין זה כאמור, אין כל קשר לעדותה של נ'.

33. ויובהר, לא שאלת היסוד הנפשי של הנאשם עומדת לדיון במסגרת פרק זה. השאלה היא האם התקיים היסוד העובדתי של מעשה מגונה בליטוף לחייה של ח', עובדה שגם היא לא שנויה במחלוקת, כשלשם ההכרעה בעניין זה אפשר שיש משמעות לגרסתה של ח' בדבר האירועים ליד הדלת כמו גם לנסיבות כניסתה בפועל לבית הנאשם בפעם השנייה. אכן, הראייה המסייעת אינה חייבת להתייחס לכל פרט ופרט בעדות הטעונה סיוע ([ע"פ 5676/10](http://www.nevo.co.il/case/6246519) **שונים נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 23.08.12)), ובמקרה זה, בכל הנוגע לבקשת הנאשם מהן להיכנס, גרעין עדויות שתי הקטינות דומה. דא עקא, שעניין זה כלל אינו שנוי במחלוקת ואין בו כדי לסייע בהכרעה במחלוקת בדבר אופי המעשה שנעשה כלפי ח'. כאמור, דווקא בנקודה השנויה במחלוקת, לא זו בלבד שעדותה לא מסתייעת בעדותה של נ' אלא שהיא נסתרת על ידה במפורש.

34. יש לזכור כי ככל שהכחשת הנאשם את המיוחס לו היא הכחשה כללית וטוטאלית יותר, כך היקפה של ראיית הסיוע, הנלווית לעדות הקורבן, יכול להיות מצומצם יותר, ולהיפך (ראו: [ע"פ 9608/11](http://www.nevo.co.il/case/6249237) **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 7.07.14); [ע"פ 4583/13](http://www.nevo.co.il/case/7697245) **סץ נ' ממדינת ישראל** (פורסם בנבו, 21.09.15)). לכן, כאשר נאשם - כבמקרה זה - אינו חולק על רוב מוחלט מהעובדות, והשאלה היא בפרשנות שיש לייחס להן, כשנקודות קטנות בתיאור העובדות יש בו כדי להשליך על הסקת המסקנות, לכאן או לכאן, ראיית הסיוע צריכה להיות משמעותית יותר.

"זיהום" עדויות המתלוננות

35. על כל אלה יש לציין כי לא ניתן לשלול את טענות ב"כ הנאשם על "זיהום" עדויות הקטינות. כפי שעלה מעדותה של נ' היא שוחחה על האירוע עם אמהּ ודודיהּ שתגובתם הייתה קיצונית, כדבריה של נ': "הם אמרו... קללות כאלה, שצריך להכניס אותו לכלא", כשיש לזכור שכל מה שנ' חוותה הוא בקשה של הנאשם לעזור לו עם הילדים והיא ציינה בפניו שעליה לשאול את אמהּ. היא גם ידעה שאביה ירד לביתו של הנאשם ואין מחלוקת כי הרוחות בבניין סערו. ברור גם, כי משפחותיהן של נ' וח' העבירו מידע ביניהן אודות האירועים עם הבנות, והדבר הגיע גם לידיעתה של נ'. ביטוי מובהק להעברת המידע בין המשפחות ניתן למצוא בדבריה של נ' לחוקרת הילדים: "וגם לחברה שלי הוא עשה את זה. את רוצה שאני אספר לך מה הוא עשה לה?". בכך גם יש הסבר לדבריה של נ' בחקירתה כי לא היו ילדים בבית שעה שהנאשם הזמין אותה לסייע עם הילדים, שעה שברור שבאותה שעה עדיין היו ילדי משפחתון בבית הנאשם ונ' כלל לא נכנסה לבית כדי שהיא תדע לומר זאת. אמרה זו יש בה כדי להצביע על תוצאות "זיהום" העדות. באופן דומה גם, ח' שומעת מבני משפחתה כי לנ' ארע מקרה דומה לשלה. היא שוחחה על האירוע עם אמהּ ואחיה אשר לדבריה הגיבו בבהלה, ועם אביה, אשר על יחסו המוקצן לאירוע יפורט להלן.

36. הנה כי כן, "זיהום" חקירה אינו פוגם, בהכרח, במהימנות גרסתו של נחקר, שעה שזה מוסר עדות אותנטית ו"חיה" אודות המעשים שנעשו בגופו (ראו: [ע"פ 433/13](http://www.nevo.co.il/case/6245562) **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 2.06.14)), ואולם, יש ב"זיהום" במקרים מסוימים להשפיע על תוכן עדותו של הנחקר, ובפרט כשאר מדובר בקטין, אפשר שנטעו בו על ידי אחרים פרטים שהוא לא חווה בעצמו בפועל והם אף לא התרחשו. במקרה זה, היחס בין מה שעברו המתלוננות גם לפי גרסת המאשימה אל מול תגובתם של הסובבים והסערה שהתעוררה בבניין, השיחות המרובות בין משפחות המתלוננות והסתירה האמורה שבין עדותה של ח' לעדותה של נ', אינן מאפשרות לראות בעדות נ' כמסייעת לעדותה של ח'.

מצבן הנפשי של המתלוננות

37. באשר לסיוע בדמות מצבן הנפשי הקשה של הקטינות. אכן, מצבו הנפשי של קרבן עבירה בסמוך לאחר ביצוע העבירה שבוצעה בו או בשעה שהוא נדרש להתייחס לאירוע הקשור למעשה, יכול לשמש כראייה אובייקטיבית שיש בה כדי לסייע לעדותו ([ע"פ 5149/12](http://www.nevo.co.il/case/6246150) **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 13.01.14)). ואולם, במקרה זה קשה לקבוע כי יש במצבן הנפשי של המתלוננות כדי לסייע את עדותה של ח' בסוגיה שבמחלוקת.

38. הנה כי כן, אביה של ח' העיד כי ח' התקשרה אליו בוכיה ורועדת וסיפרה לו על שאירע. גם כשהגיע לביתה בחלוף מספר שעות הוא מצא אותה במצב דומה. ואולם, יש צדק בטענת ב"כ הנאשם כי ההימנעות מהבאת אמה של ח' לעדות על מצבה כשהיא זו שפגשה אותה ברגע שח' עלתה לבית, יש בה כדי להעמיד בספק את מהימנות עדות אביה של ח', באשר להתרשמות מבתו, ח'. בהקשר זה יצוין כי ההתרשמות הייתה כי אביה של ח' העצים מאוד בחומרת האירוע, ותיאר אותו בבית המשפט באופן שאינו תואם את תיאורה של ח'. כך, למשל, הוא סיפר בעדותו כי הנאשם ניסה להכניס את ח' בכוח לדירתו (עמ' 36 לפרוטוקול, שורה 14); הוא גם סיפר כי היא רצה לעבר הדלת כשהבחינה שהוא מתכוון לנעול את הדלת (עמ' 40, שורה 30); הוא גם סיפר כי היא צעקה וכפועל יוצא מכך הנאשם נלחץ ושחרר אותה (עמ' 36, שורה 19). הוא גם ציין כי הנאשם אמר לח': "את יפה נחמדה" (שם, שורה 15). כל האירועים האלו, לא בא זכרם בעדותה של ח' והם מלמדים על העצמה של האירוע באופן משמעותי.

39. ח' עצמה לא סיפרה כי עלתה מבוהלת לביתה אלא כי הבחינה שתגובת אמה ואחיה הייתה מבוהלת. חוקרת הילדים הגב' נמיר ציינה כי ח' הייתה לחוצה במהלך חקירתה, אך איני סבור כי בנסיבות העניין יש לראות בכך סיוע. אין ספק כי חקירה של קטין על ידי חוקרת ילדים היא אירוע מלחיץ עבורו, בפרט נוכח מכלול ההתרחשויות בבניין שרעש וגעש סביב האירוע וחלק מבני משפחתה הגיבו לאירוע בצורה קיצונית. נדמה כי יהיה זה מרחיק לכת להסיק מתיאור זה כי היא הייתה מבוהלת בעקבות מעשי הנאשם, והדבר גם לא צוין על ידי חוקרת הילדים. אכן, גם חוקרת הילדים הגב' נמיר העידה כי לשאלתה האם תסכים להעיד בבית המשפט השיבה ח' "זה עושה לי צמרמורת, זה עושה לי רע. עצם המחשבה עושה לי סחרחורת". ואולם דברים אלו נאמרו לפני המועד שנקבע לשמיעת ההוכחות, קרוב ל-3 שנים לאחר האירוע. אין ספק שבשלב זה תחושותיה מהאירוע אינן רק כפי שהיו בעת שעלתה לביתה מבית הנאשם אלא כפי שעוצבו בתודעתה לאחר כל מה שאירע בעקבות האירוע, כולל שיחותיה עם הוריה וה"בלגן" שהיה בבניין בעקבות האירוע. מה גם שאף אם המתלוננות מצדן חוו את האירוע כאירוע קשה אין בכך כדי לסייע להכרעה במחלוקת בתיק זה שעניינה אך בפירוש מעשי הנאשם והאם יש לראותם כמעשה מגונה.

40. בהקשר זה יצוין כי גם בהתייחס לנ' קשה לקבוע כי היא הייתה מבוהלת. אכן אמהּ העידה כי נ' עלתה הביתה מבוהלת (עמ' 42 לפרוטוקול, שורה 8 ושורה 20), אך הדבר אינו עולה בקנה אחד עם עדותה שלה שנ' עלתה ושאלה אותה אם היא יכולה ללכת לעזור לנאשם שביקש ממנה לשמור על הילדים. גם מעדותה של נ' עולה כי היא עלתה לשאול את אמהּ כפי שאמרה לנאשם ואילו אמהּ הייתה מסכימה היא הייתה חוזרת. בכך לא ניתן לזהות בהלה. עדות אמה של נ' כי לאחר שנ' עלתה לבית ושאלה אם היא יכולה לעזור לנאשם והיא אסרה לעשות כן, נ' לא יצאה מהבית, גם אינה עולה בקנה אחד עם עדותה של נ' עצמה שלאחר שאמהּ סירבה כי היא תעזור לנאשם היא ירדה למטה יחד עם חברתה והן עלו וירדו מספר פעמים מול דירת הנאשם, דבר שמלמד גם הוא כי היא לא הייתה מבוהלת. יצוין גם כי אמהּ של נ' העידה כי בתה אמרה לה שהנאשם כרע על ברכיו בבקשה ממנה לעזור לו, דבר שלא בא זכרו בעדותה של נ' בפני חוקרת הילדים. די נהיר כי ההתייחסות של נ' לאירוע בפני חוקרת הילדים הייתה בשים לב לתגובות החמורות של קרוביה למעשה לאחר שנודע כי הנאשם ביקש זאת גם מח' ואף ליטף אותה ונוכח הסערה שהייתה בבניין.

עדותו של הנאשם כסיוע

41. יצוין גם כי איני סבור כי ניתן לראות בעדותו של הנאשם כמסייעת את עדותה של ח' שכן כאמור, על ראיית הסיוע לנגוע בנקודה ממשית השנויה במחלוקת בין בעלי הדין, ובמקרה זה יריעת המחלוקת העובדתית צרה ביותר ודווקא בעניין השנוי במחלוקת, עדותו של הנאשם לא אך שאינה מסייעת את עדותה של ח' אלא אדרבה סותרת אותה.

מהימנות עדויותיהן של הקטינות

42. בשולי פרק זה אציין כי הערכתו של חוקר הילדים את מידת מהימנותו של הקטין הנחקר על-ידו מבוססת על הכשרה מקצועית מתאימה, וככלל רק במקרים חריגים בית המשפט יסטה ממנה ([ע"פ 433/13](http://www.nevo.co.il/case/6245562) **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 2.06.14); [ע"פ 4583/13](http://www.nevo.co.il/case/7697245) בעניין **סץ**)). במקרה זה גם הצפייה בחקירות המתלוננות, ח' ונ', מלמדת, כאמור, כי הן ראויות לאמון. ברי כי הן לא ניסו להפליל את הנאשם והן לא ביקשו לכזב. בהקשר זה מובן מאליו כי לא ניתן לקבל את הטענה כי חיוכיה של ח' במהלך חלק קטן מחקירתה מלמדים על חוסר מהימנות, דבריה של חוקרת הילדים כי החיוכים לא הביעו שמחה מקובלים עלי וייתכן בהחלט כי מדובר בביטוי למבוכתה של ח'.

43. ואולם, המחלוקת העובדתית בתיק זה היא כה מצומצמת ודווקא בה קיימת סתירה בעדויות המתלוננות שלא ניתן ליישבה. כאמור, איני סבור כי קיימת ראיית סיוע שיש בה כדי להכשיר את עדויות הקטינות, אך גם אם היה סיוע לעדותה של ח', איני יכול לקבוע באופן הנדרש ומעבר לספק סביר כי גרסתה של ח' תואמת את שארע או שיש להעדיפה על פני עדותו של הנאשם וזאת נוכח הסתירה בין עדותה לעדותה של נ' ונוכח "זיהום" עדותה.

44. בהקשר זה יש להוסיף כי בית המשפט עמד לא פעם על הקושי בתפקידו של חוקר הילדים אשר אמור לשמור על שלומו וחוסנו הנפשי של הקטין שהוא חוקר ובד בבד להיות פה לנאשם אשר אינו יכול לחקור את הקטין בחקירה נגדית. בהיבט זה יש חשיבות רבה לעימות הקטין עם השאלות המתבקשות בכלל זה עם גרסאות אחרות הקיימות בתיק, על מנת לכסות על החוסר שבאי קיומה של חקירה נגדית, דבר המצריך הכרה טובה של פרטי תיק החקירה קודם לעריכתה (ראו: [ע"פ 5149/12](http://www.nevo.co.il/case/6246150) **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 13.01.14)). המתלוננות לא נדרשו לסתירות אלו, ויש בכך כדי לפגוע ביכולתו של הנאשם מלהתגונן.

45. לצד כל זאת, איני סבור כי ניתן לומר באופן ברור וללא ספק כי גרסתו של הנאשם כי ח' חזרה מיוזמתה ודפקה בדלת ביתו היא גרסה כבושה. אכן, הדברים לא תוארו בבית המשפט בדיוק באותו אופן שהם תוארו במשטרה, ואולם בחקירתו במשטרה הנאשם לא נדרש בצורה מסודרת לפירוט שלושת המפגשים שלו עם ח' ונ'. דווקא בתיאורו את האירוע כולו בתחילת חקירתו הוא מספר כי (מתוך ההודעה שהוגשה): "פתחתי את הדלת וראיתי את הילדה... אמרתי לה אם את רוצה לשמור על הילדים, היא אמרה לי אני לא יכולה אני צריכה ללכת... ראיתי עוד ילדה... אמרתי לה יש לי בבית שתי בנות האם את רוצה לשחק איתן. אז היא אמרה שהיא צריכה לשמור על אח שלה בבית... **עכשיו ההיא השנייה חזרה** (בהקלטה נשמע: "עכשיו היא חזרה, הילדה השנייה לא זו שהאכילה את החתול" –א.ס.), נגעתי לה בלחי, ואז אני לא זוכר **והיא נכנסה לבית שלי** והתחילה לפחד... (ההדגשות אינן במקור – א.ס.)". צודק גם ב"כ הנאשם, כי חיזוק לגרסה זו ניתן למצוא בדבריה של נ' אשר כאמור שמעה על המקרה של ח' וציינה בחקירתה כי: "ואז הפרש של חמש דקות ואז הוא עשה את זה גם לחברה שלי וליטף אותה. **הוא ענה לה לדלת** (ההדגשה אינה במקור)".

46. באשר לסגירת הדלת ופגיעתה ברגלה של ח', לצד האמור בדבר קבלת עדותה של ח' בהעדר סיוע, ייתכן בהחלט כי אין סתירה בין גרסת הנאשם לגרסתה של ח', וכל אחד מהם ראה את האירוע מנקודת מבטו.

**סיכום הממצאים העובדתיים**

47. בסיכומו של פרק זה אני קובע כי העובדות שהתבררו הן כדלהלן:

א. הנאשם ביקש מח' להיכנס לביתו לשם עזרה עם ילדי המשפחתון, היא סירבה, אמרה שאינה יכולה והלכה.

ב. בשלב זה הגיעה נ' והנאשם ביקש גם ממנה לסייע לו עם ילדי המשפחתון, וגם היא סירבה ואמרה שהיא צריכה לשאול את אמה, והלכה.

ג. עד שלב זה היו ילדים במשפחתון.

ד. לא ניתן לקבוע באופן ברור האם בשלב זה ח' הגיעה ליד בית הנאשם והוא ביקש ממנה פעם נוספת להיכנס לביתו או שח' דפקה על דלת ביתו של הנאשם.

ה. לא ניתן לקבוע כי הנאשם ביקש לסגור את הדלת ולמנוע מח' לצאת והיא מנעה זאת באמצעות רגלה. בעניין זה, לא ניתן לשלול את גרסת הנאשם כי התכוון לסגור את הדלת ובשלב זה היא פגעה ברגלה של ח' שנבהלה.

ו. בשלב זה לאחר פגיעת הרגל ברגלה של ח', הנאשם ליטף אותה בלחייה באמצעות אצבעותיו, וח' הלכה.

ז. ספק בעיני אם ניתן לומר כי שעה שח' הגיעה לביתה היא הייתה מבוהלת.

**האם ליטוף בלחי הוא "מעשה מגונה"**

מכאן לשאלה, האם ליטוף בלחי יכול להיחשב "מעשה מגונה".

48. תחילה אציין כי לא היה מקום לטענת ב"כ המאשימה בסיכומיו כי עניין זה כבר הוכרע על ידי בית המשפט (כב' השופטת דנה כהן-לקח) בהחלטה מיום 6.01.16, במסגרתה נדחו טענותיו המקדמיות של הסניגור, אחת מהן שאין מדובר במעשה מגונה. בית המשפט ציין בהחלטתו האמורה במפורש, כי טענת הסניגור נדחית כטענה מקדמית שכן, שאלת סיווג מעשה כמעשה מגונה היא תלוית נסיבות ועל כן "טרם בשלה העת להכריע האם העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מגלות עבירה של מעשה מגונה או ניסיון לכך", וכי "ההכרעה בשאלה זו מחייבת בירור עובדתי-ראייתי לגבי מכלול הנסיבות שאפפו את המעשים". בית המשפט ציין במפורש בהחלטתו כי הסניגור יהיה רשאי להעלות טענה זו בהמשך הדרך לאחר הנחת בסיס ראייתי מתאים.

ולגופו של עניין.

49. "מעשה מגונה", המיוחס לנאשם, מוגדר [בסעיף 348(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f) לחוק כ"מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים". בהתאם להלכה הפסוקה, היסוד העובדתי במעשה מגונה הוא מעשה שבנסיבות העניין מהווה בעיני האדם הסביר מעשה מגונה, ובלבד שנעשה למטרה של גירוי, סיפוק או ביזוי מיני. מדובר במבחן אובייקטיבי, היינו "מעשה שעל פניו קיים בו אלמנט מגונה על פי השקפות החברה בה מתבצע המעשה, או מעשה אשר יש בו על פניו אלמנט של מיניות גלויה ואשר על פי אמות מידה אובייקטיביות של מתבונן מן הצד, של האדם הממוצע, ייחשב לא הגון, לא מוסרי, לא צנוע..." ([ע"פ 6255/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח](http://www.nevo.co.il/case/6232497)(3) 168 (2004); [ע"פ 1965/14](http://www.nevo.co.il/case/13055235) **אילני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 17.08.16)).

50. ב"כ הנאשם, ביקש לקבוע באופן גורף כי ליטוף על הלחי אינו יכול להיחשב עבירה של מעשה מגונה, גם מקום בו יוכח כי מטרתו של נאשם הייתה לשם גירוי מיני, מאחר ומבחינה אובייקטיבית לא ניתן לראות בו ככזה. הוא השווה זאת ללחיצת יד שלא ניתן לטעון לגביה כי מדובר במעשה מגונה גם אם ללוחץ היד ישנה כוונה לגירוי מיני. אין דעתי כדעתו. אכן, כאמור, המבחן הוא אובייקטיבי, ועל כן נכון לומר כי בדרך כלל ליטוף בלחי כמו גם לחיצת יד במקום פומבי לא תבוא בגדר מעשה מגונה. ואולם, צודק ב"כ המאשימה כי גם מעשה הנראה לכאורה כמעשה תמים עשוי להתפרש כמעשה שבוצע לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים, ויש לבחון כל מקרה על רקע טיבו של המעשה, על רקע ההקשר בו בוצע ומכלול נסיבות העניין ([עש"מ 6737/02 מדינת ישראל נ' זקן, פ"ד נב](http://www.nevo.co.il/case/6080936)(2) 312 (2003); [רע"פ 5603/15](http://www.nevo.co.il/case/20528874) **אמיר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 17.09.15)). כך בין היתר יש לתת את הדעת גם על "השקפות החברה בה מתבצע המעשה" ([ע"פ 6255/03](http://www.nevo.co.il/case/6232497) בעניין **פלוני**). ועל כן אפשר שמעשה מסוים, יהווה מעשה מגונה במקום מסוים ובנסיבות מסוימות, אך אותו מעשה בדיוק לא יהווה מעשה מגונה במקום אחר ובנסיבות אחרות.

51. לכן, הגם שאפשר שליטוף בלחי של קטינה במקום ציבורי בנסיבות מסוימות לא ייחשב מעשה מגונה, עם זאת, ככל שהנאשם היה מכניס את מי מהקטינות לביתו ושם נוגע במי מהן ולוּ בלחיה, ניתן היה לראות בכך קיום היסוד העובדתי הנדרש לשם ביצוע עבירה של מעשה מגונה, בפרט נוכח החברה לה משתייכים הנאשם והמתלוננות.

52. עם זאת, במקרה זה, בפועל, ליטופה של ח' בלחייה נעשה רק לאחר האינטראקציה שהייתה ביניהם עם כניסתה של ח' לבית הנאשם וסגירת הדלת שפגעה ברגלה. בנסיבות אלו, איני סבור כי אדם ממוצע שהיה עובר במקום ומבחין בליטוף של הנאשם את לחיה של ח' על דלת ביתו בנסיבותיו היה רואה מעשה זה כ"לא הגון, לא מוסרי, לא צנוע...", ועל כן לא ניתן לראות מקרה זה בנסיבותיו כ"מעשה מגונה".

**היסוד הנפשי - "לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים".**

53. זאת ועוד. לשם הרשעה בעבירה של מעשה מגונה יש להוכיח כי מבצע המעשה התכוון להשיג את אחת משלוש המטרות גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים. אכן, היסוד הנפשי יכול להילמד מעצם המעשה, שעה שהוא בעל תווית מינית ברורה, אך מדובר בקביעה פוזיטיבית, שיש לקבוע אותה גם במקום בו האופי המגונה של המעשה בולט ממנו ([ע"פ 6225/03](http://www.nevo.co.il/case/6054889) בעניין **פלוני**). ברי אפוא, כי במקרה שהמעשה על פניו אינו בעל תווית מינית ברורה, כבמקרה זה (גם אם הייתי מקבל את עמדת המאשימה כי מדובר ב"מעשה מגונה"), יש צורך להוכיח את מטרת הנאשם במעשה.

54. הנאשם טוען כי במצב דברים זה הוא ליטף את ח' באצבעו משום שהיא הייתה מבוהלת, עובדה שאינה שנויה במחלוקת. איני סבור כי ניתן לשלול הסבר זה ולהעדיף באופן שאינו מותיר ספק את האפשרות כי ליטוף זה היה חלק מכוונת הנאשם מלכתחילה בעת שביקש מהקטינות להיכנס לביתו. אכן, הסברו זה נשמע מפיו לראשונה בבית המשפט, בתשובה לכתב האישום, ואילו במשטרה הוא לא ציין זאת. ואולם, צודק ב"כ הנאשם כי מדובר היה בתגובה בלתי מתוכננת ונוכח הבהלה שאחזה בח' ואין מקום לזקוף לחובתו את העובדה כי לא ציין דבר זה מיוזמתו, מבלי שנשאל במפורש מדוע נגע בח'. יש לזכור כי החקירה התקיימה בשעה 5:00 בבוקר לאחר שהנאשם נלקח מביתו בחצות הלילה ולא ישן, ויש לזכור שמדובר באירוע של שנייה אחת. לא ניתן לומר השתכנעתי אפוא, כי לא נותר ספק סביר אם נגיעה זו נעשתה מתוך כוונה מינית ולא כתגובה לבהלה של ח', גם אם מלכתחילה הוא ביקש להכניסה לבית מתוך כוונה לגעת בה (כפי שיפורט להלן).

55. ספק זה המתווסף לספק הנזכר לעיל בשאלה האם הנאשם ביקש מח' להיכנס לביתו בפעם השנייה או שח' היא זו שדפקה על דלת ביתו, כאשר במידה ואכן ח' היא זו שדפקה על דלת ביתו, יש בו כדי לחזק את האפשרות שהליטוף היה כתוצאה מהבהלה של ח' ולא חלק מכוונת הנאשם. בשים לב למהות המעשה, שעל פניו אינו בעל תווית מינית, איני סבור כי ניתן לומר כי הוכח מעבר לספק סביר כי הנאשם ליטף את ח' למטרה של גירוי או סיפוק מיני. לכן, בנוסף לאמור כי במקרה זה לא ניתן לראות את המעשה כ"מעשה מגונה" גם לא הוכח קיומו של היסוד הנפשי, וגם בכך יש כדי להשליך לאחור על הקביעה כי אין מדובר ב"מעשה מגונה". לאמור, בנסיבות כאלו של מעשה שעל פניו אינו בעל גוון מיני וקביעתו כ"מעשה מגונה" תלויה במטרתו של העושה, יש צורך בקביעה של ממש כי זו הייתה כוונתו.

**בסיכום פרק זה אפוא, אני קובע כי ליטוף ח' בלחייה בנסיבותיו אינו עולה כדי "מעשה מגונה", ואף קיים ספק בשאלה האם הליטוף נעשה על ידי הנאשם לשם גירוי או סיפוק מיני.**

**בשים לב לכל האמור, יש לזכות את הנאשם מעבירה של מעשה מגונה שיוחסה לו.**

**ניסיון למעשה מגונה**

56. מכאן יש לדון בעבירה של ניסיון למעשה מגונה שיוחסה לנאשם בשל בקשתו מנ' להיכנס לביתו. גם יש לדון בשאלה האם מתקיימת עבירת ניסיון בכל הנוגע לח' אחר שקיומה של העבירה המוגמרת לא הוכח. אכן במסגרת הסיכומים ב"כ המאשימה ציין כי לא היה מקום להאשים את הנאשם בעבירת ניסיון ביחס לח' נוכח עמדת המאשימה כי ביחס לח' התקיימה עבירה מוגמרת. ברם, לאחר שקבעתי כי עבירה מוגמרת לא התקיימה בנגיעה בח' ליד הדלת, אפשר שהוכחה עבירת ניסיון שעלתה מתוך הראיות. לא ניתן לומר כי לנאשם לא ניתנה זכות להתגונן מפני עבירה זו, אחר שעד הסיכומים הוא סבר כי גם עבירה זו מיוחסת לו, ומה גם שמדובר בנסיבות דומות לאלו של מעשה הניסיון ביחס לנ'.

היסוד הנפשי

57. נוכח העובדה כי בעבירה של מעשה מגונה היסוד העובדתי כולל בתוכו את היסוד הנפשי ("מעשה **לשם** גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים"), אדון תחילה בשאלת היסוד הנפשי, היינו האם הנאשם ביקש מהקטינות להיכנס לביתו למטרה של גירוי או סיפוק מיני.

58. הנאשם טען בעדותו בבית המשפט כי ביקש מהקטינות להיכנס לביתו במטרה אחת והיא לסייע לו בטיפול בילדים שהיו במשפחתון של רעייתו, והיו באותה עת תחת השגחתו. אין מחלוקת כי מטרה זו צוינה בפני הקטינות, וכל השאלה היא, האם מדובר בדברי אמת או שהם נאמרו רק כמסווה למטרתו האמיתית של הנאשם.

59. בעניין זה הצביע ב"כ המאשימה על דבריו של הנאשם לאביה של ח' בשיחה ביניהם, בה הוא מביע חרטה על מעשיו ומציין כי עשה את המעשה מתוך "רוח שטות". ואולם לאחר שהאזנתי לתיעוד השיחה אני סבור כי לא ניתן להסיק ממנה כי הנאשם הודה כי ביקש לגעת בח' שעה שביקש ממנה להיכנס לביתו. ניתן לזהות בבירור סימני מצוקה של הנאשם במהלך השיחה ועל אף שאין ספק שאביה של ח' לא איים עליו, וודאי לא בפגיעה בגופו כפי שטען הנאשם, לא היה מדובר בשיחה נעימה והיה בה נימה מאיימת דוגמת האמירה: "אני רציתי ללכת עד הסוף" או "מגיע לך לשבת בכלא... אני מזמין משטרה" וכיוצ"ב, באופן שניתן להבין את התנצלות הנאשם והתבטאויותיו באותה שיחה לאו דווקא כהודאה במה שאביה של ח' ביקש לייחס לו. יש לזכור גם כי הסיטואציה עצמה לא הייתה נוחה לנאשם, שכן הוא הבין עוד בטרם שעלה לביתה של ח' כי תוצאת מעשיו בשעות אחר הצהריים גרמה לסערה של ממש בבניין כמו גם לפניות לגורמים שונים כאחראית על המשפחתון. הוא התרשם מדברי אביה של ח' כי ח' נמצאת בטראומה של ממש, ואיני סבור כי ניתן לראות בבקשת הסליחה שלו למצב שנוצר בעטיו כהודאה בכך שביקש לבצע מעשה חמור או אפילו שהנגיעה שנגע בח' הייתה למטרה שלילית. ניתן בהחלט לקבל את גרסתו כי ביקש להתנצל על המצב בו מצויה ח' ולוּ נוכח מה שהיא ייחסה למעשיו, וכי נוכח הטראומה של ח' כפי שהוצגה בפניו, הוא הבין שליטופה בלחי, גם אם רק לשם הרגעתה, לא הייתה צריכה להיעשות. לכך יש להוסיף כי כאמור, ההתרשמות היא כי אביה של ח' העצים את חומרת העניין והוא הציג אותו בפני הנאשם כחמור ביותר. אכן, בשיחה בתגובה לדברי אביה של ח' כי הוא, הנאשם, צריך עזרה דחופה, אומר הנאשם "פסיכולוג... כן". ואולם, נוכח ההאזנה לשיחה כולה, לא ניתן לשלול את טענת הנאשם כי הוא התכוון לפסיכולוג שיסייע לח', דבר שהאב דיבר עליו במשפט הקודם לכך במפורש ואמר לנאשם "מחר בבוקר אני הולך איתה (עם ח – א.ס.) לפסיכולוג לראות מה לעשות". כך או כך, לא מצאתי בשיחה הודאה של הנאשם בדבר כוונות שליליות בנגיעה בלחי של ח'.

60. לעומת זאת, כן ניתן ללמוד מדברי הנאשם בהודעתו במשטרה כי הייתה לו כוונה מינית בבקשתו מהמתלוננות להיכנס לביתו. במסגרת חקירתו במשטרה, נדרש הנאשם מספר פעמים לשאלה מדוע ביקש מח' להיכנס לביתו ומה הייתה מטרתו. הנאשם אכן הבהיר מספר פעמים כי לא היה בכוונתו לעשות "משהו לא טוב", אך בד בבד הוא ציין כי רצה "לגעת בה וזהו". גם הסבריו כי הדבר נבע מיצר רע מחזקים מסקנה זו. לא התרשמתי, הן מהצפייה בקלטת החקירה, הן מההאזנה לשיחה המוקלטת של הנאשם עם אביה של ח' ועם שמיעת עדותו בבית המשפט, כי הנאשם מתקשה בהבנת השפה העברית באופן שיכולה הייתה להביא לטעות בדבריו עם החוקר. גם השוטר רס"ר רושל אברמוב, שגבה את הודעת הנאשם ציין בעדותו כי לא התרשם שהנאשם אינו מבין אותו ועדותו מקובלת עלי. נכון אני לקבל את הטענה, שנשמעה גם מפי רבו של הנאשם, כי הנאשם מרבה להשתמש במונח זה של "יצר הרע", גם למעשים פעוטים כאיחור לשיעור או כאכילת מותרות, אך לא נשמע הסבר כלשהו מפיו של הנאשם מדוע יש לראות בבקשתו מח' להיכנס לביתו כ"יצר הרע" אם כל כוונתו הייתה רק לבקש ממנה סיוע בשמירה על ילדי המשפחתון. ב"כ הנאשם טען בסיכומיו, כי אין מקום להסיק מאמירה על יצר הרע שהובילו למעשיו של הנאשם כדי ללמד על מטרה לגירוי או סיפוק מיני. אכן רבים דרכיו של היצר, אולם המסקנה המתבקשת מהנסיבות היא שכאשר נאשם מבקש מקטינה להיכנס לביתו במטרה לגעת בה, נלווה לרצון זה כוונה מינית. לכן, ככל שהנאשם היה נוגע במי מהקטינות בתוך ביתו (להבדיל מנגיעת הנאשם בלחיה של ח' שהייתה בפועל ליד הדלת, לאחר שח' נפגעה ברגלה מהדלת, אותה כאמור, לא ניתן לראות כ"מעשה מגונה"), הרי שהיה מקום להרשיעו בעבירה של מעשה מגונה בהתקיים היסוד העובדתי והיסוד הנפשי לכך.

דא עקא, שהיסוד העובדתי הנדרש להרשעה בעבירת ניסיון לא התקיים. במה דברים אמורים?

היסוד העובדתי – מעבר מהכנה לניסיון

61. ניסיון הוא ביצוע מעשה שאין בו הכנה בלבד ושהוא חוליה בשרשרת המעשים לקראת ביצוע העבירה ([ע"פ 4711/03](http://www.nevo.co.il/case/5870871) **אבו זייד נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 15.01.09)). אין צורך להמתין עד לביצוע העבירה המוגמרת, שעה שכוונותיו של המבצע כבר ברורות, וניתן לייחס אחריות בגין ניסיון לביצוע עבירה גם בטרם עלה בידי המבצע להשלים את העבירה. לצד זאת, יש לקבוע קו גבול, אשר כל עוד המבצע לא עבר אותו, לא יראוהו כמבצע ניסיון לעבירה. זאת, כדי למנוע מצב של הטלת אחריות גם על מעשים שאינם מגלים סכנה מינימאלית לפגיעה בערכים מוגנים, ואף על כוונה לבצע עבירה ללא שנלווים לה מעשים חיצוניים, ובכך לסטות מהכלל ש"אין עונשין על דברים שבלב" (ע"פ [9849/05‏](http://www.nevo.co.il/case/6140432)  **מדינת ישראל נ' ברואיר** (פורסם בנבו, 23.11.06)).

62. ברי, כי בהתייחס למפגש השני עם ח', הרי שככל שהנאשם לא רק ביקש מח' להיכנס לביתו אלא שהוא גם החל לסגור את הדלת אחריה כדי למנוע ממנה לצאת, אפשר שהיה מקום לומר שנעבר הקו המפריד בין הכנה לניסיון ומעשיו של הנאשם היו באים בגדר ניסיון. דא עקא, שכאמור, איני יכול לקבוע ברמת וודאות שאינה מותירה ספק סביר כי כך אכן הדברים התרחשו, זאת כאמור, נוכח העדר סיוע לעדותה של ח' ונוכח הסתירה בעניין זה מעדותה של נ'. על כן, השאלה היא, האם בעצם בקשתו של הנאשם מח' ומנ' להיכנס לביתו (כשבתגובה הן סרבו והלכו להן) הוא עבר משלב ההכנה אל שלב הניסיון.

63. לא פעם ההבחנה בין הכנה למעשה אינה קלה. קו הגבול הוא לעיתים "דק על דק עד אין נבדק" (מתוך פיוט "י-ה אלי" הנאמר לפני תפילת מוסף ברגלים, הוזכר לראשונה בסידור "שער השמים" של השל"ה, דפוס אמסטרדם, שנת תע"ז). במקרה זה אני סבור, כי בבקשתו של הנאשם מהילדות להיכנס לביתו הוא לא חצה את קו הגבול ולא יצא מגדר ההכנה אל גדר הניסיון.

64. בהתאם להלכה הפסוקה, המבחנים לשרטוט קו הגבול בין פעולות המהוות הכנה גרידא לבין פעולות הבאות בגדר ניסיון הם שניים: האחד, "מבחן הקרבה המספקת" לפיו, יש לבחון האם מעשיו של פלוני התקרבו באופן מספק, מוחשי ומסוכן אל ביצוע העבירה המושלמת, ועד כמה היה המבצע רחוק מהגשמת תכניתו העבריינית. השני, "מבחן החד-משמעות" לפיו, גם ביצוע התחלתי יכול להיחשב כניסיון, אם הוא מגלה בצורה חד-משמעית את כוונת העושה והוא ניגש לביצועה בפועל (ראו: [ע"פ 2350/15](http://www.nevo.co.il/case/20154649) **שהאב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.12.16); [ע"פ 1996/11](http://www.nevo.co.il/case/5804761) **עבדל נחאל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 23.12.14); [ע"פ 8200/11](http://www.nevo.co.il/case/6248284) **פלוני נ' מדינת ישראל**, (פורסם בנבו, 3.09.12)).

65. ברי כי לפי "מבחן החד-משמעות" לא ניתן לומר כי הבקשה של הנאשם מהילדות להיכנס לתוך ביתו מגלה בצורה חד-משמעית את כוונתו.

66. אכן, על פניו בהתאם ל"מבחן הקרבה המספקת", היה מקום לומר כי מעשיו של הנאשם בבקשתו מהילדות להיכנס לביתו קרבוהו באופן מספק, מוחשי ומסוכן לביצוע העבירה המושלמת. שכן, לוּ נעתרה מי מהילדות לבקשתו של הנאשם והייתה נכנסת לדירתו, הרי שברגע קט, הוא היה יכול לבצע את זממו - לגעת בהן, גם אם נגיעה קלה וקצרה, אך נגיעה שכאמור נעשתה – לפי דבריו שלו - לשם גירוי או סיפוק מיני. נכון גם, כי בפסיקה נעשה לא פעם גם שימוש במדדים של זמן ומקום כמעידים על התקיימותו של מבחן הקרבה להשלמה, וככל שביצוע העבירה, בטרם הופסק בנסיבות שונות (היתפסות, בריחה של הקרבן וכיוצ"ב), היה תכוף יותר בזמן ונעשה בסמיכות מקומית למקום שאפשר את ביצועה, יש לראות בכך מעשה של ניסיון ולא הכנה בלבד (ע"פ 9849/05‏ בעניין **ברואיר**). ואולם, בנסיבות העניין איני סבור כי יש לראות במעשיו אלו של הנאשם שהסתכמו בבקשתו מנ' ולאחר מכן מח' לסור אל דירתו, בקשה שסורבה על ידן, כמעשה שחצה את קו הגבול שבין ההכנה לניסיון.

67. ויובהר. עיון בפסקי דין רבים מאוד בהם נידונה עבירה של ניסיון למעשה מגונה מלמד כי ברוב מוחלט של המקרים, הנאשם ביצע פעולות של ממש שאף היה בהם מגע פיזי עם הנפגעות, ובמקרים המועטים בהם לא היה מגע פיזי, היו דיבורים בעלי אופי מיני משמעותי מלווים במעשה משמעותי הרבה יותר מאשר הזמנה להיכנס לדירה. לא מצאתי מקרה בו הוגש כתב אישום בגין עבירה של ניסיון למעשה מגונה כשלא היה ביטוי התנהגותי בעל אופי מיני, אם במעשה ואם בדיבור. ולא בכדי.

68. כאמור, קיימים שני מבחנים לבחינת השאלה אם מעשיו של נאשם עולים בגדר ניסיון. ואולם איני סבור כי מדובר בשני מבחנים נבדלים זה מזה לגמרי, באופן שיש לבחון התקיימותו של אחד מהם בהתעלם לחלוטין מהמבחן השני. לאמור, גם במקרה בו מבחן הקרבה בזמן ובמקום מלמדת על קרבה להשלמת מעשה העבירה, אם המעשה שנעשה על ידי המבצע כשלעצמו אינו מעיד מאומה על היעד הסופי שלו - לא מבחינת היסוד העובדתי ולא מבחינת היסוד הנפשי - ומדובר במעשה סתמי שאינו בעל גוון פלילי כלל, וכל שמונח בפני בית המשפט הוא רק הודאתו של הנאשם לאחר מעשה (שלא באה לידי ביטוי בשעת המעשה או לפניו) בדבר כוונתו וצפונות לבו, הרי שאין מקום להרשיע את הנאשם בעבירת ניסיון, שכן יש לראות בכך הרשעה על דברים שבלב.

69. בעניין **קובקוב** ([ע"פ 9511/01 קובקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו](http://www.nevo.co.il/case/6154475)(2) 687 (2002)) ציין בית המשפט כי: "בעבירת הניסיון בולט הקשר המתחייב בין ההתנהגות הגלוייה לבין היסוד הנפשי... ככל ששלב הביצוע הוא ראשוני יותר, במיוחד כאשר הוא מוביל למספר התנהגויות אפשריות, כך נדרשת הוכחה ברורה יותר המלמדת על התקיימותו של היסוד הנפשי המייחד את ההתנהגות לקראת מטרה עבריינית קונקרטית". על כן, ככל שהיסוד הנפשי הנדרש נלמד מתוך ההתנהגות כשהיא לעצמה, כגון: הנפת סכין, או כיוון כלי-נשק לעברו של אדם, המלמדים על כוונה לבצע עבירת-רצח או חבלה חמורה, אזי גם שלב פחות ברור וחד-משמעי בהתנהגות החיצונית, יכול לעלות כדי עבירת הניסיון. לעומת זאת, כאשר היסוד הנפשי אינו נלמד כלל מהמעשה, ואף לא מדברים שאמר נאשם בשעת המעשה שיש בהם כדי ללמד על כוונתו, אלא אך ורק מהודאה שמסר מאוחר יותר, אזי כשהמעשה היחיד שנעשה, לא רק שאינו חד משמעי, אלא להיפך, על פניו הוא נעדר כל משמעות פלילית, הרשעתו של נאשם במקרה שכזה, קרובה היא יתר על המידה להרשעה על דברים שבלב ואין אפוא, לראות את המעשה כניסיון עניש.

70. מסקנה זו נכונה בפרט במקרה זה, בו הנאשם אמנם ציין בחקירתו במשטרה כי הוא רצה "לגעת בה וזהו", ואולם, עיון בגרסתו במלואה מלמד כי הוא לא היה ממוקד ומגובש במעשים אותם התכוון לבצע. כך, הוא השיב לחוקר כשנדרש לסיבת בקשתו מח' להיכנס לביתו השיב: "אני לא יודע למה בא לי לעשות את זה אבל לא התכוונתי לעשות משהו לא טוב, אני לא רגיל לזה לא ידעתי". בהמשך ציין כי רצה: "שהיא תכנס לבית וזהו. אני לא רציתי לעשות משהו. זה יצר הרע, ואם היא לא תרצה היא תלך אני אחשוב שזה לא טוב אני אגיד לה לצאת. זה היה לקרוא ניסיון כזה לא התכוונתי חס ושלום לעשות משהו בכך. בפנים לא רציתי את זה". אחר כך ציין: "רציתי שהיא תיכנס, כי רציתי לגעת בה וזהו זה היה היצר, אני לא יעיז לעשות לה". ושוב ציין: "אם היא הייתה נותנת לי את היד אני לא יכול לעשות דברים וזה קשה לי אני לא יעז לעשות את זה". חציית הפער שבין מעשי ההכנה לבין הביצוע מהווה בדרך כלל תולדה של החלטה מגובשת יותר, ועל כן ככלל תחילת הביצוע מחייבת חצייתו של פער זה באמצעות קפיצה איכותית (מרים גור [אריה "על ההבחנה בין הכנה](http://www.nevo.co.il/safrut/book/5718)  לבין ניסיון", **משפטים** לב(3) תשס"ב 505, 528). במקרה זה קשה לומר כי הנאשם היה מגובש באשר לביצוע העבירה בתוך ביתו, ועל כן יש לראות מקרה זה כבא בגדרם של מעשים שאינם במסגרת המעשים להגשמת העבירה כי אם להכשרת הקרקע לביצועה, וכדברי בית המשפט בעניין **פאיז** ([ע"פ 5150/93 פאיז נ' מדינת ישראל, פ"ד מח](http://www.nevo.co.il/case/17925687)(2) 183 (1994)):

...לעניין עבירת הניסיון, רואים כמנסה את מי ש"מתחיל להוציא את כוונתו אל הפועל...", כאמור בסעיף 33(א) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). לא תחילת "המעשה האסור" נדרשת כאן, אלא תחילת "הגשמת הכוונה"; **ובמקום שמוכחת הכוונה - אין לבחון אלא אם המעשה שנעשה הינו שלב משלבי הגשמתה, להבדיל ממעשה המכשיר את הקרקע בלבד להגשמה שתבוא מאוחר יותר** (ההדגשות אינן במקור – א.ס.).

71. אני סבור אפוא, כי במקרה זה, מעשיו של הנאשם בבקשתו מח' ומנ' להיכנס לביתו, לא יצאו מגדר הכנה אל גדר הניסיון.

**סיכום**

**72. המסקנה היא אפוא, כי בקשתו של הנאשם מנ' ומח' להיכנס לביתו על אף שהיא הייתה מתוך כוונה לגעת בהן לשם גירוי או סיפוק מיני, מעשה זה לא יצא מגדר הכנה לגדר ניסיון. בד בבד נותר למעלה מספק סביר אם הנגיעה שנעשתה בח' בפועל הייתה חלק מכוונה זו, או שמא הנגיעה שנעשתה בפועל, לא בתוך הדירה הסגורה כי אם ליד הדלת ולאחר שח' קיבלה ממנה מכה, הייתה מתוך כוונה להרגיעהּ. בנוסף, אני סבור כי נגיעת הנאשם בלחיה של ח' במכלול נסיבותיו אינו בא בגדר "מעשה מגונה".**

**זוטי דברים**

73. בשולי הדברים, יש לדחות את טענת ב"כ הנאשם כי מדובר ב"זוטי דברים" כמשמעותם [בסעיף 34יז](http://www.nevo.co.il/law/70301/34jg) לחוק. ברי, כי הכנסתה של אישה לבית מתוך כוונה ברורה לגעת בגופה, ולוּ בליטוף של לחייה, שערה או אבר אחר מאבריה, מתוך מטרה לגירוי או סיפוק מיני, ללא הסכמתה, לא ניתן לומר עליו כי הוא מעשה קל ערך, על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בילדה קטנה.

**אכיפה בררנית**

74. ובשולי השוליים, ומעבר לצורך, אציין כי יש לדחות את טענת ב"כ הנאשם לאכיפה בררנית. לדבריו, מעולם לא הוגש כתב אישום בעבירת מעשה מגונה בגין מעשה דוגמת ליטוף בלחי.

75. אכן, גם בעניין זה ציין בית המשפט (כב' השופטת דנה כהן-לקח) בהחלטה הנזכרת מיום 6.01.16, כי הנאשם יוכל לשוב ולטעון את טענת האכיפה הבררנית בהמשך ההליך חרף דחייתה כטענה מקדמית, ואולם זאת במידה ותונח תשתית ראייתית לכך. תשתית שכזו לא הונחה.

76. ההלכה היא כי בית המשפט מחויב בהתייחסות זהירה במיוחד כאשר מועלית בפניו טענה לביטול כתב אישום בשל הגנה מן הצדק והיא תתקבל רק במקרים חריגים ביותר (ראו: [ע"פ 6328/12](http://www.nevo.co.il/case/5594221) **מדינת ישראל נ' פרץ** (פורסם בנבו, 10.09.13); [ע"פ 4988/08](http://www.nevo.co.il/case/5873308) **פרחי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 18.08.11)). למאשימה, ככל רשות מנהלית, עומדת חזקת התקינות המנהלית, שלפיה מוחזקת היא כמי שפעלה כדין, כל עוד לא הוכח אחרת. על מנת להפריך חזקה זו, לא ניתן להעלות טענה לאכיפה בררנית כטענה בעלמא או בהעלאת סימני שאלה בלבד. על הטוען לה מוטלת החובה להניח תשתית עובדתית מתאימה לאישושה ([ע"פ 8551/11](http://www.nevo.co.il/case/5608124) **כהן סלכגי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 12.08.12)). כאמור ב"כ הנאשם לא הציב תשתית מתאימה לטענה זו ולא ניתן לקבוע, שלא הוגשו בעבר כתבי אישום במקרים דומים. בהקשר זה יש לציין כי קיים קושי של ממש להגיע למצב של הרשעה בעבירה של מעשה מגונה במקרה של נגיעה בלחי, שכן כאמור, מדובר במקרה שבנסיבות רבות הוא אינו יכול להיחשב מעשה מגונה, ומה שהופכו למעשה מגונה במקרים מסוימים, הן הנסיבות המסוימות לצד הוכחת מטרתו של המבצע בעשיית המעשה לשם גירוי או סיפוק מיני, אשר בדרך כלל לא ניתן להוכחה - בשונה ממקרה זה בו הנאשם הודה בכך בחקירתו במשטרה, ועל כן גם אם לא היו מקרים של הגשת כתבי אישום במקרים מעין אלו בעבר, אין בכך כדי ללמד דבר. כך גם לא הוצבה תשתית לטענת ב"כ הנאשם כי למאשימה הייתה מדיניות שלא להגיש כתבי אישום במקרים מעין אלו. כפועל יוצא מכך לא ניתן לומר כי בהגשת כתב האישום כנגד הנאשם סטתה המאשימה ממדיניות מתמשכת שלה, וודאי לא באופן שיש בו כדי לפגוע פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, שיש בה להצדיק צעד חריג של ביטול כתב האישום.

77. בשולי עניין זה אציין כי ב"כ הנאשם הפנה להליך ([ת"פ 2624-06-10](http://www.nevo.co.il/case/5950253)) בו נכתב בתיאור העובדות בכתב האישום כי הנאשם ליטף שערה של מתלוננת ואילו בהוראות החיקוק באותו כתב אישום לא יוחס לנאשם מעשה מגונה בגין מעשה זה. ואולם, אין ללמוד מכך דבר שכן באותו מקרה, הנאשם גם ביצע מעשה מגונה נוסף חמור יותר שבגינו יוחסה לו עבירה של מעשה מגונה בפומבי, ועל כן לא ניתן ללמוד דבר מאי ייחוס עבירה נוספת מינורית יחסית לעבירה החמורה בה הואשם הנאשם באותו מקרה.

**בשים לב לכל האמור וכאמור בפתיחה, אני מזכה את הנאשם מהעבירות שיוחסו לו בכתב האישום.**

5129371

54678313ניתנה היום, ד' אדר תשע"ז, 02 מרץ 2017, במעמד המתייצבים.

אילן סלע 54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](http://www.nevo.co.il/advertisements/nevo-100.doc)