|  |  |
| --- | --- |
| **בית משפט השלום בתל אביב - יפו** | |
|  |  |
| **ת"פ 20150-06-14 מדינת ישראל נ' פלונית** | |

|  |  |
| --- | --- |
| **בפני** | **כבוד השופט שמאי בקר** |

|  |  |
| --- | --- |
| **בעניין:**  **המאשימה** | **מדינת ישראל**  ע"י ב"כ עו"ד טל בנאי-גת  פמת"א פלילי |
| **נגד** | |
| **הנאשמת** | **פלונית**  ע"י ב"כ עו"ד רונה שוורץ  סנגוריה ציבורית |

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c)

מיני-רציו:

\* בית המשפט זיכה את הנאשמת מעבירה של מעשה מגונה. כל הנסיבות – כפי שתיארה אותן המתלוננת בעצמה – מוליכות למסקנה חד משמעית, שהתנהגותה של המתלוננת, לפני האירוע, בעת האירוע, ולאחר האירוע, שידרה מסר של הסכמה, או למצער – כי פלונית לא יכולה ולא צריכה הייתה לחשוד אחרת.

\* עונשין – עבירות – מעשה מגונה

.

נגד הנאשמת הוגש כתב אישום המייחס לה עבירה 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), תשל"ז-1977.

.

בית המשפט זיכה את הנאשמת, בקובעו כלהלן:

[סעיף 348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), המדבר בעבירה של מעשה מגונה, העבירה המיוחסת לפלונית, מורה כדלקמן: "העושה מעשה מגונה באדם בלא הסכמתו... דינו – מאסר שלוש שנים". נקודת המחלוקת היחידה גלומה בשאלה – ההייתה כאן אי-הסכמה, אם לאו?

העובדות כפי שנשמעו מפי המתלוננת עצמה, מ' הצעירה, מוליכות למסקנה חד-משמעית לפיה מ' לא העבירה שום מסר, אף לא רמז של מסר, לפלונית, כי היא אינה מסכימה למגע מיני ביניהן.

הליטוף בבטן היה בהסכמה מפורשת, על כך אין מחלוקת, שכן מ' סיפרה כי פלונית שאלה אותה אם המעשה "בסדר" מבחינתה, והיא השיבה בחיוב.

והנה, פלונית ומ' בילו לאורך שעות ארוכות, באותו הערב, כאשר המגע ביניהן מתחיל על הספה אל מול הטלוויזיה, כאשר פלונית מבקשת רשות לדגדג את רגליה של מ', והיא נענית בחיוב; בהמשך היא מבקשת ומקבלת רשות ללטף את בטנה של מ', אגב שכיבה בתנוחה אינטימית של "כפיות", ותוך זמן קצר היא שולחת ידה אל שדיה של מ', הפעם מבלי לבקש רשות אמנם, אולם המצב המיני כבר החל – לכל המאוחר – בליטוף הבטן אגב "כפיות", ובהסכמה מפורשת, ועתה – פלונית לא נתקלת בהתנגדות, לא בסירוב, לא במחאה.

האקט של מישוש החזה הופסק לא בקימה או התנערות של מ' אל "מחוץ" למתחם הכפיות, תוך "בריחה החוצה", הרחק מחיקה של פלונית, אלא דווקא בסיבוב פניה וגופה כלפי פלונית, תוך העצמה של הסיטואציה האינטימית בין השתיים.

סיבוב כאמור, של הגוף והפנים לכיוון ה"תוקפת", אינו עולה בקנה אחד עם מסר של התנגדות, או של מחאה, ועתה – גם כבר לא של קפיאה או הלם. אדרבא, סיבוב כאמור יכול לשדר מסר חיובי, של המשך, ולא של קטיעה או מעצור. אין לבוא בטענות (פליליות) אל פלונית, בכך שפירשה את הסיבוב כמעין הזמנה, ועל כן – נישקה את מ'.

|  |
| --- |
| **ה כ ר ע ת ד י ן** |

**אני מזכה את הנאשמת מהעבירה שיוחסה לה בכתב האישום.**

**כתב האישום והכפירה**

1. נגד הנאשמת הוגש כתב אישום המייחס לה עבירה של **מעשה מגונה**, לפי [ס' 348 (ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), תשל"ז – 1977 (להלן: "**חוק העונשין**").

2. על פי כתב האישום, הנאשמת (להלן: "**פלונית**") היתה חברתה הטובה של אלמונית בשם ס', אמה של קטינה בשם מ' (להלן: "**מ'**") ילידת 14.3.1997, ועל פי כתב האישום, פלונית ומ' היו ביחסי קירבה ונהגו לבקר זו בביתה של זו.

ביום 2.10.12, בזמן שמ' היתה כבת חמש עשרה וחצי, בחג הסוכות, הזמינה פלונית את מ' לביתה כדי שזו תעזור לה להחליק את שֹערה; מ' הגיעה, בשעות הערב, לדירתה של פלונית, כפי מבוקשה.

3. פלונית ומ' שהו לבדן בדירה של פלונית, צפו בסרטים עד השעה 03:00 לפנות בוקר, אז הציעה פלונית למ' להישאר לישון אצלה, מפאת השעה המאוחרת, ומ' הסכימה. פלונית ומ' פרשו לישון במיטה הזוגית שבחדר השינה של פלונית.

כתב האישום ממשיך ומספר, כי בעת ששכבו פלונית ומ' במיטה, ביקשה פלונית ממ' ללטף את בטנה של מ', בטענה שכך היא נרדמת, ומ' הסכימה. פלונית ליטפה את בטנה של מ', מעל לחולצתה, אך בשלב מסוים הכניסה את ידה מתחת לחולצתה של מ', עלתה עם ידה לכיוון חזה של מ', ו - "ליטפה ומיששה את חזה וזאת בלא הסכמתה".

מ' הסתובבה כלפי פלונית, ואז הצמידה פלונית את שפתיה לשפתיה של מ', החדירה את לשונה לתוך פיה של מ', ללא הסכמתה.

כתב האישום מספר כי בתגובה, קמה מ' מן המיטה והלכה אל הסלון.

4. כתב האישום מסכם כי במעשיה אלה ביצעה פלונית מעשה מגונה במתלוננת, שהיתה קטינה בעת הרלוונטית, וזאת שלא בהסכמתה.

5. כתב האישום הוגש לבית המשפט ביום 9.6.14, וביום 6.7.15 התקיימה ישיבת מוקד בפני כבוד סגן הנשיא השופט עוזיאל. פלונית כפרה באשמה: לשיטתה, היא לא ליטפה ומיששה את חזה של מ', ולא הצמידה את שפתיה לשפתיה של מ' ללא הסכמתה, והיא לא החדירה את לשונה לפיה של מ'.

הסנגורית הבהירה איפוא, כי חלק מהאירועים המתוארים בכתב האישום היו בהסכמה, חלק כלל לא היו, ואילו הנשיקה – מוסכמת היתה.

**עדותה של מ' מול עדותה של פלונית**

6. ביום 29.10.15 החלה פרשת התביעה, בעדותה של מ', המתלוננת. מפאת חשיבותה המכרעת של העדות, היא תובא להלן, בעיקריה, ובאריכות.

הערה טכנית: כל הדגשה, מכאן ולהבא, איננה מופיעה במקור, והיא של החתום מטה.

**"...ש. מה ההכרות בינך לבין הנאשמת? וכמה זמן?**

**ת. הכרתי אותה דרך אמא שלי, הן היו חברות טובות, הכרתי אותה לפני המקרה שנתיים או שלוש, לא זוכרת, וזו ההכרות.**

**....**

**ש. מה קרה באותו יום?**

**ת. אני ופלונית דברנו בפייסבוק, צחקנו קשקשנו, היא בקשה שאני אבוא לעשות לה פן, היא היתה צריכה לצאת באותו יום. מגהץ, סליחה. ואז הגעתי אליה הביתה בערב, ישבנו ראינו סרטים, קשקשנו קצת, סגריה שתינו קצת, לא אלכוהול, זהו ואז פלונית אמרה שהיא כבר לא תצא, כבר היה מאוחר, המשכנו את הערב, אני ישבתי היא התחילה לדגדג אותי, והיא שאלה אותי אם זה בסדר, אמרתי לה שכן, לא ראיתי את זה בקטע מיני, המשכנו את הערב, נכנסנו למיטה שלה,**

**ש. למה נכנסת למיטה, איך הגעתם לסיטואציה שנכנסתם יחד למיטה?**

**ת. היא הציעה לי כבר להישאר לישון אצלה כי היה מאוחר ואני הסכמתי. לא ראיתי בזה משהו לא בסדר. ואז נכנסתי למיטה שלה. וכשנכנסנו למיטה, אני שכבתי, היא שכבה, בצורת כפיות, התחילה ללטף אותי בבטן ושאלה אם זה בסדר, אמרתי לה שכן,**

**ש. היא אמרה משהו בזמן הזה?**

**ת. שאלה אם זה בסדר ואמרתי שכן. היא המשיכה בבטן, ואז היא שמה את היד מתחת לחולצה, המשיכה ועלתה לכיון החזה. התחילה למשש אותו, ואז הסתובבתי, התיישרתי כזה, ואז היא התחילה לנשק אותי עם הלשון, ואז היא קמה מהמיטה**

**ש. מה לבשת בזמן האירוע כשהייתן במיטה?**

**ת. אם אני לא טועה גינס קצר וחולצה**

**ש. ולגבי חזיה?**

**ת. לא הייתי עם חזיה**

**ש. תמשיכי.**

**ת. אחרי זה היא עצרה את עצמה, הלכה לשירותים סלון כזה, נכנסה... סליחה אני גם יצאתי לסלון אחרי זה, היא היתה בשירותים ואני בסלון ואז היא באה אלי לסלון שאלה אם הכל בסדר, עניתי לה שיהיה טוב, יהיה בסדר או משהו כזה, לאחר מכן היא הלכה למיטה, אני נשארתי בסלון, חשבתי למי להתקשר לא ידעתי מה לעשות, וזהו. ובסוף החלטתי שאני נשארת לישון אצלה, אני ואמא שלי לא כ"כ היינו ביחסים טובים, והאקס שלי גר .... לא מצאתי לנכון... לא יודעת. הלכתי משם, חזרתי למיטה, הלכנו לישון, כשקמנו היא הכינה לי נס, ישבנו על סגריה, שאלה אותי אם אני יכולה לעשות לה מגהץ, וגהצתי לה את השיער. וכשבאתי ללכת היא אמרה לי שזה ישאר בינינו. זה פחות או יותר.**

**ש. מה עשית כשהגעת הביתה?**

**ת. כשהגעתי הביתה נכנסתי להתקלח, והלכתי לישון.**

**ש. איך הרגשת לאחר האירוע?**

**ת. אני באמת צריכה להגיד? מגעיל. לא יודעת, לא מצאתי את עצמי. לא. לא יודעת להסביר את זה.**

**ש. סיפרת קודם שאחרי שהייתם בסלון היא שאלה אותך אם הכל בסדר וענית שיהיה טוב. כשיצאתם לסלון אחרי שהיא מששה לך את החזה, היא שאלה אם הכל בסדר וענית יהיה טוב. תנסי להסביר למה זה מה שאמרת?**

**ת. אני לא יודעת להסביר. אני לא יודעת להסביר את זה. זה פשוט.. לא ידעתי מה הרגשתי, וזה מה שיצא לי באותו רגע להגיד.**

**ש. אני מחזירה אותך קצת אחורה לשלב שישבתם וראיתם סרטים. תנסי לשחזר אם היה עוד משהו שקרה בשלב שראיתם סרטים?**

**ת. קרה,**

**ש. מה קרה?**

**ת. היא לא עשתה לי משהו זה, אבל היא שאלה אותי אם זה בסדר מבחינתי שתעשה לי נעים ברגל, היא דגדגה אותי בבטן כשהיינו במיטה אז לפני שנכנסנו למיטה היא שמה עלי את הראש והתחילה ללטף אותי ושאלה אם זה בסדר. אמרתי לה שכן, לא ראיתי בזה משהו... זהו. לא ראיתי בזה משהו.**

**ש. ספרת כשנכנסתם למיטה הייתם במצב כפיות. ואז היא החלה לדגדג אותך בבטן ושאלה אם זה בסדר. היא אמרה עוד משהו?**

**ת. כן, אמרה שככה היא נרדמת.**

**ש. ספרת למישהו על מה שקרה עם הנאשמת באותו יום, לא בהכרח באותו יום, האם ספרת למי ומתי?**

**ת. ספרתי לאמא שלי אם אני לא טועה יומיים אחרי ולאקס שלי סיפרתי נראה לי שבועיים או שלושה אחרי".**

7. להלן עיקרי עדותה של מ', בהמשך הדיון, במסגרת חקירתה הנגדית:

**"...ש. אז היו ביניכם הרבה צחוקים אני מניחה?**

**ת. כן**

**ש. אחד הצחוקים היה שאמרת לה – "כשאת רואה אותי עומד לך הזין"?**

**ת. לא זכור לי. אבל גם אם זה נאמר, אני יכולה... לא זכור לי שיש לה זין אבל בסדר.**

**ש. אני מפנה לעימות שבו אמרת את זה**

**ת. לא הכחשתי, אני פשוט לא זוכרת.**

**...**

**ש. אז את מאשרת שאמרת את זה בעימות?**

**ת. כשאת מראה לי ... איני מתכחשת. יכול להיות שאמרתי לה כדבר הזה.**

**...**

**ש. היא מזמינה גם את אמא שלך אליה?**

**ת. יכול להיות שהזמנו אותה אבל היא לא באה בסוף?**

**...**

**ש. אבל היא הזמינה אותך, בלי קשר לסכסוך, לבוא אליה עם אמא שלך?**

**ת. נכון. מאשרת.**

**...**

**ש. היא רצתה שהיא תבוא אליה גם עד שהיא יוצאת איתך ומזה את מתעלמת? פלונית הזמינה את אמא שלך אליה הביתה יחד איתך?**

**ת. אמא שלי לא רצתה להגיע.**

**...**

**ש. באיזה שעה הגעת לפלונית?**

**ת. לא זוכרת בדיוק. אני זוכרת שזה היה בערב. לא זוכרת בדיוק את השעה**

**ש. ואז מה קורה את בסוף לא עושה מגהץ?**

**ת. לא, היא עשתה לי נס, סגריה, ישבנו לראות סרט אז זה זרם והיא אמרה שהיא לא רוצה לצאת**

**....**

**ש. ומה אתן עושות עד שהלכתן לישון?**

**ת. ישבנו וראינו סרט**

**ש. מתי הלכת לישון? בחקירה אמרת בשלוש. מה עשיתן משמונה עד שלוש?**

**ת. אכלנו, ראינו סרט, דיברנו, דיברנו עם הנס, קשקשנו סגריה, הזמנו פיצה, לא זוכרת כמה סרטים ראינו ואיזה.**

**ש. ואתן יושבות אחת ליד השניה בספה?**

**ת. כן ואחרי זה היא שמה עלי ראש**

**ש. איפה?**

**ת. בבטן כזה, ישבתי והרמתי את הרגלים.**

**ש. וזה השלב שהיא דגדגה אותך?**

**ת. כן, היא שאלה אותי אם זה בסדר.**

**ש. אבל בשום מקום לא אמרת שזה בסדר. זה לראשונה נאמר היום בחקירה הראשית.**

**ת. אוקיי.**

**ש. אז את אמרת לה כן, ואז היא עושה לך דיגי איפה?**

**ת. ברגל**

**ש. וזה הפריע לך?**

**ת. לא.**

**ש. בשלב הזה זה נראה לך פשוט תמים לחלוטין?**

**ת. כן.**

**...**

**ש. אז עד כאן, עשית משהו כדי שיגרום לפלונית לגרום שאת לא מעונינת בה?**

**ת. לא היה על מה לאותת לנאשמת שאני לא בענין שלה כי עד אז לא היה ענין.**

**ש. מי נכנס ראשון למיטה?**

**ת. שתינו נכנסנו.**

**ש. נכנסתן ביחד?**

**ת. כל אחת שניה אחרי אבל זה היה ביחד**

**ש. זה היה ברור שאתם נכנסות ביחד?**

**ת. כן, היא אמרה לי בואי תשני איתי במיטה.**

**ש. בואי תשני איתי במיטה?**

**ת. כן.**

**ש. ואז החלפת בגדים, התארגנת למיטה?**

**ת. כן, אם אני לא טועה הורדתי את החזיה. לא זוכרת אם היא נתנה לי משהו ללבוש, אבל אני לא ישנה עם חזיות כך שבטוח הורדתי. זה מה שזכור לי**

**ש. ואז נכנסתן למיטה, היא מחבקת אותך?**

**ת. כן.**

**ש. כשהיא מחבקת אותך כפיות את מזיזה אותה?**

**ת. לא. והיא גם שמה לי יד על הבטן.**

**ש. היא שאלה אותך?**

**ת. כן, היא שאלה אותי אם זה בסדר שהיא תלטף אותי בבטן, כי ככה היא נרדמת. היא שמה את היד ושאלה במקביל, כלומר לא שאלה ואז שמה אלא ביחד**

**ש. ואז את עונה לה?**

**ת. עניתי לה שזה בסדר**

**ש. ואז אמרת שהיא נוגעת לך בחזה?**

**ת. כן**

**ש. ואז את מורידה לה את היד?**

**ת. לא עשיתי כלום, פשוט לא זזתי**

**ש. עד שהסתובבת אליה?**

**ת. כן, כשהיא הוציאה קצת את היד ואז הסתובבתי**

**ש. כמה זמן היא מששה לך את החזה?**

**ת. בוא נגיד חמש דקות. אני שוכבת והיא נוגעת**

**ש. ולא אמרת כלום ולא עשית כלום?**

**ת. לא**

**ש. ואז הסתובבת לכיוונה?**

**ת. כן, היא שמה לי את היד פה וסיבבה אותי. (מראה על הסנטר שלה). סובבה את הפנים שלי בעדינות. הסתובבתי על הגב.**

**ש. כשהיא מביאה לך את הפנים ככה...?**

**ת. כן, ואני עם הפנים... אני הייתי על הצד, והיא לקחה לי את הפרצוף לפה ונשכבתי על הגב.**

**ש. למה לא אמרת את זה עד עכשיו, למה אמרת שהיא סובבה אותך היום לראשונה?**

**ת. כי היום אחרי שאת בוחשת בדברים ונזכרת, אני השתדלתי שלא להתעסק בזה ולא להיזכר בזה.**

**ש. אני רוצה להציע הסבר. אני חושבת שאת יודעת יפה מאוד שההסתובבות הזו לא נראית טוב. כי לא אמרת את זה לאמא שלך, שאמרת שסיפרת לה הכל, אמרת לה היא רכנה אלי. לא אמרת לה שהסתובבת**

**ת. כי היא באה לנשק אותי.**

**ש. לא היה לא את הסיבוב שלך ולא את התנועת יד של פלונית. ולא אמרת לחוקרת בחקירה שלך. לא ספרת לה שהסתובבת. מתי זה צץ לראשונה? בעימות. כשפלונית אומרת לך את הסתובבת אלי. ואמרת – אני מודה הסתובבתי. את אומרת מודה כי ידעת שזה מעיד על שיתוף פעולה מצדך**

**ת. שום שיתוף פעולה לא היה פה. הייתי ילדה בת 15 לא הבנתי, לא ידעתי איך להתמודד עם זה.**

**ש. אז למה לא ספרת על הכל, החוקרת עוברת איתך פרט פרט ולא סיפרת על הסיבוב למה?**

**ת. לא יודעת למה**

**ש. למה לא ספרת לאמא שלך?**

**ת. את שואלת אותי שאלות קשות, לא יודעת למה**

**ש. עד השלב הזה של הסיבוב ושל הנשיקה עשית משהו להראות לה שאת לא מעוניינת?**

**ת. לא עשיתי כלום**

**ש. כמה זמן היתה הנשיקה?**

**ת. 3 שניות 4 שניות.**

**ש. במהלכה עשית משהו?**

**ת. לא**

**ש. הזזת אותה?**

**ת. לא עשיתי כלום.**

**ש. ואז פלונית מפסיקה וקמה מהמיטה?**

**ת. נכון**

**ש. ואת קמה אחריה?**

**ת. נכון, כמה שניות אחרי**

**ש. וראית שהיא בהלם קצת מהסיאטוציה?**

**ת. נכון**

**ש. אמרת שהיא שאלה אותך אם הכל בסדר ואמרת יהיה טוב.**

**ת. נכון**

**ש. ואז פלונית חוזרת למיטה?**

**ת. היא ישבה איתי על סגריה.**

**ש. ואז היא חוזרת למיטה ואת אחריה?**

**ת. אני כמה זמן אחריה. חצי שעה. לא זוכרת בדיוק. אבל תקופת זמן... קצת זמן אחריה**

**ש. אני לא אומרת לך למה לא חזרת הביתה אבל אני לא מבינה איך חזרת אליה לתוך אותה מיטה כשלפני חצי שעה נעשו בה מעשים מיניים בניגוד לרצונך?**

**ת. את צודקת, אני לא מבינה איך חזרתי לאותה מיטה. בדיעבד, היום אני לא מבינה איך עשיתי את זה.**

**ש. גם לאמא שלך לא ספרת שחזרת למיטה, אמרת לה שנשארת בסלון עד הבוקר. זוכרת?**

**ת. לא, נשארתי בסלון ...**

**ש. לאמא שלך לא אמרת את הכל.**

**ת. יכול להיות שלא אמרתי לה את הכל כי לא היינו בקשר הכי קרוב שיש.**

**...**

**ש. אז נשארת לישון עד 12 בצהריים.**

**ת. כן. משהו כזה**

**ש. שותה נס קפה, עושה לה מגהץ והולכת הביתה?**

**ת. נכון**

**ש. למחרת היא שואלת אותך מה קורה ואמרת לה הכל בסדר מה איתך?**

**ת. נכון**

**ש. כלומר הכל בסדר, את מביעה בה התעניינות?**

**ת. כי לא ידעתי איך להתמודד עם זה**

**...**

**ש. למה כ"כ חששת לתת את השם של גילי (החבר לשעבר של מ' – ש.ב.)?**

**ת. כי הייתי קטינה אז פחדתי שיעצרו אותו. יוצא עם קטינה בכל זאת**

**ש. הייתם שוכבים?**

**...**

**ש. אז את וגילי הייתם שוכבים?**

**ת. כן.**

**...**

**ש. שאלת ביהמ"ש – איפה את חושבת שהיא היתה צריכה להבין שאת בכלל לא בענין?**

**ת. היא היתה צריכה להבין, אני הייתי ילדה. מי שהיה צריך להבין זה הבן אדם הבוגר, בן 35. אני אומרת שלא היתה הסכמה.**

**ש. שאלת ביהמ"ש – ההגנה אומרת שהיא לא יכלה להבין את זה. איפה לדעתך היא היתה צריכה לדעת שאת לא בענין?**

**ת. איפה בחורה נאנסת צריכה להבין שהאנס צריך להבין שהיא לא בענין? אני קפאתי. אני לא עשיתי כלום. אני הייתי בהלם. מעבר לזה? יש כאלה שקמים ברצינות ויש כאלה שלא זזים".**

8. יצוין, כי במסגרת פרשת התביעה העידו עוד, מלבד מ', גם שתי חוקרות משטרתיות וגם גיל, חברה לשעבר של מ', אף הוגשו ראיות כאלה ואחרות, בהסכמה; ברם, מכיוון שלא מצאתי כי יש בעדויות או בראיות הללו כדי לשנות לכאן או לכאן, לצורך הכרעת הדין – לא אתייחס או ארחיב בנדון, זולת הערה בשולי הכרעת הדין.

9. פרשת ההגנה החלה עם שמיעת היועצת החינוכית בבית הספר באותה העת, אולם גם כאן, כפי שלא מצאתי טעם להרחיב או להתייחס ליתר עדי התביעה, לא מצאתי שעדותה של היועצת החינוכית דרושה לשם הכרעת דין זו.

10. הנאשמת עלתה אל דוכן העדים, וכך מסרה, בחקירתה הראשית:

**"אני בת 35, אימא לשני ילדים, גרה במזכרת בתיה, עובדת במשק בית ובזוגיות. הילדים בני עשר ושמונה.**

**מ' היא בת של חברה טובה שלי במשך שנתיים, שגרתי בתל אביב. ס' היתה חברה מאוד טובה, ליוותה אותי בתקופות קשות.**

**...**

**לפני שנתיים בערך פניתי למ' בפייסבוק כי לא היה לי אפילו את הנייד שלה, בבקשה שתבוא לעשות לי מגהץ בשיער. זה היה דרך הפייסבוק. במקביל הזמנתי גם את אימה להגיע אלינו באותו ערב. הייתי בלי הילדים. הם היו אצל אבא שלהם. הבית היה ריק. ס' סירבה להגיע. מ' הגיעה.**

**.... מ' הגיעה. כמובן שקיבלתי אותה. שאלתי אותה אם היא רעבה. הזמנו פיצה, שתינו נס, ראינו סרטים. במהלך הסרטים הנחתי עליה את הראש. היא ישבה לידי בספה, אני הנחתי עליה את הראש, אני שכבתי והיא ישבה, היא שיחקה לי בשיער הראש, ואני עשיתי לה דיגי ברגליים. לא ביקשתי ממנה רשות לעשות לה ככה ברגליים, כמו שהיא לא ביקשה ממני ללטף את השיער. בסביבות שלוש בבוקר נכנסנו ביחד למיטה שלי. אני לא זוכרת אם הצעתי לה לישון על הספה, זה עבר לי בראש. אני לא זוכרת מה גרם לה לבוא לישון במיטה שלי. נכנסנו למיטה, ישנו כפיות, אני בצד ימין של המיטה והיא מצד שמאל, שאני מופנית אליה. באופן אוטומטי היד שלי היתה מונחת על האזור של המותן, והאצבעות הגיעו לטבור. יש לה עגיל בטבור. שיחקתי לה עם העגיל. סיפרתי לה שלפני שהתחתנתי היה לי גם עגיל בטבור. אחרי כמה דקות מ' הסתובבה אלי, כשהיד שלה מונחת על העורף שלי. היום אני מבינה שזה בכוונה כלשהי. אז קרתה הנשיקה. היינו די קרובות אחת לשנייה, כך שלא היה צריך מאמץ. הנשיקה היתה משהו כמו שלוש ארבע שניות. זה לא היה נשיקה שהובילה למקום מסוים. הייתי בבלק אאוט ולא הבנתי במה אני עומדת. קמתי מהמיטה ונכנסתי לשירותים. אני לא זוכרת אם אמרתי את זה בחקירה. בשירותים תפסתי את הראש. ניסיתי להבין מה קרה שם. הכל היה מעורפל. לא הבנתי מה קרה ומה עושים עם זה הלאה. נכנסתי לסלון להדליק סיגריה. אחרי כמה דקות מ' באה והצטרפה אלי לסלון. היא ביקשה ממני סיגריה. עישנו סיגריה. היה מתח מאוד גדול ביני לבינה כשישבנו בסלון. הייתי בבלק אאוט. לא ידעתי איך להכיל את זה. הרגשתי באיזשהו מקום אשמה ואחריות למה שקרה. בסה"כ אני המבוגרת מבין השתיים. מה גם שאין לי נטייה מינית לנשים, מה שהפך את הסיפור הזה ללא מובן. איך הגענו למצב כזה שהיא בת של חברה טובה שהייתי איתה ברגעים הרבה יותר אינטימיים, ולא היינו במצב כזה, אז מה גם שהבת שלה לא צריכה להיות במצבים כאלה איתי. חזרתי ראשונה לחדר. היא נשארה בסלון. ישנתי שהפנים שלי לכיוון הקיר ולא לכיוון המיטה. היה כבר שעה ארבע בבוקר. לא הצלחתי להירדם. מ' חזרה אחרי, נכנסה גם למיטה. אני כבר בשמונה בבוקר התעוררתי. זה היה חופש סוכות. הילדים לא היו איתי. יכולתי לישון עד מאוחר. קמתי מהמיטה בשמונה בבוקר, הכנתי לעצמי נס. בסביבות 12:00 מ' התעוררה. הכנתי לה נס קפה. ישבנו בסלון...**

**בזמן הזה אימא שלה שלחה לי הודעה תתקשרי אלי דחוף, מה קורה עם מ'? אמרתי לה מ' פה איתי, הכל בסדר. מ' יודעת שס' איתי בפייסבוק. היא אמרה לי להגיד לה שהיא עוד ישנה. אמרתי לה מ' עוד ישנה, עוד מעט היא תתעורר ותתקשר אליך, וזה הכל היה בפייסבוק. התקשורת היחידה שהיתה בינינו בפייסבוק, במסנג'ר.**

**...**

**אמרתי למ' אימא דואגת. היא אמרה בסדר, אסיים את הקפה והסיגריה ואלך הביתה. אמרתי לה אם את כבר פה, אז אולי תעשי את המגהץ, שזו היתה הסיבה להגעתה. היא עשתה לי מגהץ. במהלך הגיהוץ ניסיתי להחזיר אותה למצב של אתמול. מ' היא בחורה מאוד מופנמת. היה לי מאוד חשוב שהקשר שלי איתה ישאר עדיין יציב וחברותי ואין כעסים פנימיים. ניצלתי שיצא לי מין חצ'קון בשפתיים, ואמרתי לה שכנראה אלוקים מעניש אותי בגלל הנשיקה, על מנת לבחון איפה היא עומדת. היא גחכה. היא אמרה לי מה פתאום. היא לקחה את זה די בהומור. שאלתי אותה אם הכל בסדר בינינו. היא אמרה שכן, מה את מפגרת, הכל בסדר. היא הלכה, נתנה לי נשיקה על הלחי ויצאה מהבית. הייתי באמוק עם עצמי. לא ידעתי איך להתמודד עם ס', כי ס' היתה חברה מאוד חשובה לי. היא ליוותה אותי המון בתקופות הקשות שלי. עזרנו המון אחת לשנייה, במיוחד בילדים".**

11. וכך פלונית, הנאשמת, בחקירתה הנגדית:

**"... ש. ומבחינתך היא היתה כמו הבת שלך, כמו אחותך הקטנה?**

**ת. דאגתי לה כן**

**ש. את ידעת שיש לה חבר?**

**ת. כן, אבל במעורפל, וראיתי אותו לראשונה רק בעדות בביהמ"ש. השיחות שלי איתה היו על אמא שלה בעיקר, לא על עניינים שלה עם החבר שלה.**

**ש. ידעת שהם מקיימים יחסי מין?**

**ת. לא דברנו על זה. לא דברנו על החיים האישיים שלה, בטח לא ילדה בת 16**

**ש. אני מפנה אותך לתמלול העדות שורות 7-8, "זאת ילדה שהיא קיימה יחסים עם גבר בעבר, היא לא בתולה, היא יודעת מה זה לישון עם מישהו..."**

**ת. אני יודעת מה התאוריה שלי, מי שיש לו חבר ומקיימת איתו יחסי מין זה לא סותר, שכן זה לא שהיא דברה איתי על זה**

**ש. ידעת שהיא סטרייטית?**

**ת. לא, היא חיה בבית עם לסבית. מה גם שהיו הרבה יציאות שמ' אמרה "עומד לך הזין עלי", בא לך לעשות אותי...**

**...**

**ש. את היית כמעט בת 32 באירוע?**

**ת. כן**

**ש. ומ' היתה בת 15.5?**

**ת. נכון**

**...**

**ש. את זו שהציעה למ' לישון אצלך?**

**ת. לא, אני שאלתי אותה אם היא רוצה לישון אצלי או לחזור הביתה. נתתי לה את האופציה. 3 בבוקר לא אשלח ילדה בת 16 מחוץ לבית אם היא לא רוצה לחזור הביתה**

**ש. לדברי מ' אמרת לה לישון איתך במיטה**

**ת. לא אמרתי לה דבר כזה**

**ש. פה אמרת שחשבת להציע לה לישון על הספה , את לא יודעת אם הצעת לה או לא**

**ת. נכון, אני לא זוכרת.**

**ש. בעדות במשטרה אמרת שסידרת כבר את הספה.**

**ת. אני לא זוכרת, במקרה זה אני לא זוכרת מה גרם לה להיכנס למיטה שלי.**

**ש. מה נכון? שסדרת לה את הספה או שיכול להיות שזה לא עלה הענין הזה?**

**ת. לא זוכרת**

**ש. לדבריך לא התכוונת שהיא תישן איתך במיטה?**

**ת. לא, זה לא היה מתוכנן שהיא תישן אצלי בכלל**

**ש. לא התכוונת שהיא תישן איתך במיטה אבל לא אמרת לה כלום כשהיא נכנסה למיטה**

**ת. לא**

**ש. וחבקת אותה?**

**ת. הנחתי עליה את היד**

**ש. השכיבה במצב כפיות זו היתה יוזמה שלך?**

**ת. לא נכון. זה קרה. זו תנוחה שקרתה. אני ישנתי בצד שלי והיא נכנסה לצד שלה.**

**ש. ואת הנחת עליה את היד מיוזמתך?**

**ת. נכון.**

**...**

**ש. אני אומרת לך שלא היו רק נגיעות בבטן בטבור אלא שממש היו ליטוף של הבטן, מישוש של הבטן. לא רק נגיעה. מה תגובתך?**

**ת. אני לא יודעת מה ההבדל בין נגיעה לבין מישוש**

**ש. נגיעה שזה מונח בלי לזוז...?**

**ת. כששחקתי לה בעגיל בטבור מן הסתם היד שלי זזה**

**ש. אז את מאשרת שהיו ליטופים בבטן?**

**ת. אני לא יכולה להגיד לך שזה היה ליטופים. היד שלי זזה כששחקתי לה בעגיל בבטן**

**ש. מ' טוענת שאת ביקשת ממנה , שאלת אותה אם את יכולה ללטף לה את הבטן כי כך את נרדמת?**

**ת. אני לא יכולה להרדם בצורה כזו כאשר אני גרושה ולא הייתי בזוגיות קבועה. זה קצת מטעה, זה סותר את מה שאני באמת. זה אומר שאני ישנה קבוע עם בן אדם במיטה ואני מחבקת אותו. אינני רגילה להרדם ככה.**

**ש. אז לדבריך היא משקרת בדברים האלה?**

**ת. כן. בטח שמ' משקרת.**

**ש. את טוענת שלא מיששת לה את החזה?**

**ת. לא, ממש לא. הידיים שלי בכלל לא הגיעו לחזה שלה**

**ש. אז גם בנקודה זו לטענתך מ' משקרת, היא מתארת מישוש של החזה משך כמה דקות?**

**ת. כן, כמו שהיא אומרת שנשקתי אותה עם הלשון . זה יצא מפרופורציות לחלוטין**

**ש. מישוש בחזה זה משהו מיני מובהק?**

**ת. כן.**

**ש. בחקירה הראשית שלך אם הבנתי אותך נכון, עלה מדבריך שמ' היא זו שיזמה את הנשיקה, שהיא התכוונה לנשק אותך?**

**ת. היום בדיעבד איני רואה סיבה אחרת מדוע הסתובבה**

**ש. במשטרה מסרת כמה גרסאות. בהתחלה אמרת שזה מגע מקרי של שפתיים שהיא הסתובבה והשפתיים נפגשו. אמרת שזה היה ללא לשון והשפתיים לא נפתחו, זו היתה נשיקה תמימה לחלוטין כמו נשיקת לילה טוב. עמוד 9 שורה 11. זה תיאור נכון של הדברים מבחינתך?**

**ת. כן, הנשיקה היתה סתמית לחלוטין**

**ש. אני מנסה להבין מה טענת. שם טענת שזה היה מפגש מקרי של השפתיים?**

**....**

**ת. הנשיקה היא סתמית לחלוטין. ולא נאמר שום דבר שיכול לסתור את מה שאמרתי.**

**ש. שאלת ב.ה.- מי יזם את הנשיקה?**

**ת. אם מ' הסתובבה... היא הרימה את היד על העורף שלי והתנשקנו. אני יכולה להגיד מי יזם את זה? זה לא היה מתוכנן, זה בטוח. וזה לא היה מקרי גם.**

**ש. אמרת בחקירה ואני מפנה לעמוד 21 שורה 1 שזה היה שיתוף פעולה של שתיכן. זה לא מתישב עם מה שאמרת שזו היתה יוזמה של מ'?**

**ת. מדובר באירוע מלפני שלוש שנים, עבר זמן מהחקירה. לא הכחשתי את העובדה שיכול להיות שגם אני יזמתי את זה שהיא נכנסה אלי למיטה, ומאותו רגע זו היתה טעות שלי. בואי לא נצא מפרופורציות. גברת בת 16 שנמצאת בזוגיות עם גבר יודעת מה זה להיות עם גבר במיטה, שהיא מסתובבת ומניחה את היד שלה על העורף שלי אז יש שיתוף פעולה בהחלט. אני לא כפיתי עליה את הנשיקה.**

**ש. את כבר באותו רגע אחרי הנשיקה הרגשת שזה היה לא בסדר?**

**ת. נכון**

**ש. ולכן קמת ישר מהמיטה?**

**ת. כן**

**ש. אם זה היה מגע שפתיים מקרי אז אין בזה שום דבר לא בסדר?**

**ת. לא משנה, זו בת של חברה טובה שלי. היה מתח מיני, לא ידעתי לאן זה יכול להיגרר, הבנתי שזה לא בסדר ומתחיל להווצר משהו לא בסדר. לכן עצרתי**

**ש. שאלת את מ' – הכל בסדר עם הנשיקה הזו?**

**ת. כן**

**ש. עוד באותו ערב?**

**ת. לא. הייתי בבלק אאוט רציני. השאלה אם הכל בסדר ומ' השיבה לי שאני מפגרת זה היה למחרת בבוקר**

**ש. כשהיא הלכה אמרת לה שזה ישאר ביניכן נכון?**

**ת. לא זוכרת. יכול להיות שאמרתי. לא זוכרת. ההכרות שלי עם מ' יש לה נטיה שהיא היתה יוצאת מגדרה והיתה מספרת דברים לא נכונים אז יכול להיות שאמרתי את זה שהדברים לא יצאו מהקשרם. ס' היתה תוקפת אותי איך את בכלל מעיזה לחשוב ככה.**

**ש. ספרת כשמ' הלכה היא נתנה לך נשיקה?**

**ת. כן, על הלחי. כמו שאמרתי**

**ש. בחקירה שלך במשטרה את אמרת שאת נתת למ' נשיקה וחיבוק מפנה לעמוד 2 שורות 32-35?**

**ת. אז אני נתתי לה את הנשיקה. הנשיקה היתה הדדית, והחיבוק היה משותף.**

**ש. אני אומרת לך שאת הבנת שעשית משהו לא בסדר, ובגלל זה את שאלת את מ' האם הכל בסדר ואמרת לה שהדברים ישארו ביניכן?**

**ת. את אומרת שעשיתי משהו לא בסדר? אני יודעת עד היום שעשיתי משהו לא בסדר**

**ש. אני טוענת שאת נשקת אותה נשיקה צרפתית, הכנסת את הלשון שלך לפה שלה בלי הסכמתה וזה שמיששת לה את החזה ובגלל זה הרגשת שהיית לא בסדר ולכן שאלת מה ששאלת?**

**ת. זה ממש ממש לא נכון. הסיבה שאני הרגשתי אחריות מלאה למצב לא בגלל הנשיקה ולא בגלל המגע המיני, אלא בגלל עצם היותה בת של חברה טובה שלי שהיא היתה חלק ממני במהלך השנתיים האלה בצורה מאוד אנטנסיבית והיה לי קשה לאבד אותה כחברה. למה דווקא זו מ' ולא מישהי אחרת? זהו.**

**ש. לא היתה שום החדרת לשון?**

**ת. ממש לא.**

**ש. אז בנקודה הזו מ' משקרת גם?**

**ת. מן הסתם, כן**

**...**

**ש. באותו ערב שמ' היתה אצלך העלית סטטוס שאומר – ערב מהסרטים, אוכלים פיצה ולגבי הקינוח זה ישאר בינינו, על הוול (פומבי)?**

**ת. כן**

**ש. אני טוענת שזה לא מקרי, מה שמ' טוענת שזו היתה נשיקת מישוש של החזה שלה ונשיקה צרפתית?**

**ת. קודם כל הסטטוס נכתב כשמ' היתה אצלי כך שהוא לא היה מתוכנן שהולך לעבור ערב מהסרטים עם פיצה. לגבי הקינוח –**

**...**

**ש. למ' עצמה אין אנטרס לשקר, נכון?**

**ת. כמו שלי אין אנטרס לשקר. עובדה שהודיתי באשמה שלקחתי אחריות על המעשה הזה".**

12. פלונית נחקרה גם בחקירה חוזרת, והבהירה כך:

**"ש. באיזה שהוא שלב בערב הזה הרגשת שכפית את עצמך על מ'?**

**ת. כפיתי את עצמי?! בשום פנים ואופן לא.".**

**דיון והכרעה: פלונית לא יכולה היתה לדעת או אף להניח אי-הסכמה מצד מ'**

13. כתבתי לעיל, כי עדותה של מ' הינה מכרעת, ואכן – כך הם פני הדברים, שכן במקרה דנא, אפילו אשען על עדותה של מ', ועל עדותה בלבד, תוך מתן משקל מלא לדבריה, וקביעה כי אלה מהימנים, במאת האחוזים – הרי שבכל זאת, סבורני כי בלתי אפשרי, בנסיבות הענין, להרשיע את פלונית.

נזכיר, תוך הישענות על גרסתה העובדתית של מ', בלבד, את המסד **הכרונולוגי – עובדתי**, ה"מוסכם", לצורך הענין:

א. אין מחלוקת, כי מ', אשר היתה בת חמש עשרה וחצי בעת האירוע, היתה בעלת ניסיון מיני, כפי שהעידה על עצמה, והיה לה חבר, מבוגר ממנה בכמה שנים, אשר עמו קיימה יחסי מין.

יובהר מיד, וב**אותיות של קידוש לבנה**: בכך כמובן אין כל פגם, אף לא שמץ של פגם. אדרבא, התרשמתי כי מ' היא נערה צעירה, אינטליגנטית ואפילו מרשימה, בוודאי לא "מופקרת", או בלשון מכובסת – ליברלית באורחותיה. לא ולא. עם זאת, בפרשיה שלפנינו, במיוחד נוכח פער הגילאים בין פלונית לבין מ', פער עליו הצביעה התביעה, ובצדק עשתה כן, הרי שפשיטא בעיני כי לשאלה אם מ' היתה מנוסה מבחינה מינית, אם לאו, יש כדי להשליך על הסיטואציה, על הבנתה ועל "שיפוטה", בדיעבד.

ב. עוד טרם המפגש בין פלונית למ', בביתה של פלונית, אמרה מ' לפלונית, במועד שאינו ידוע, כי "**כשאת רואה אותי עומד לך הזין".**

ג. פלונית הזמינה את מ' אליה, לטובת "גיהוץ" שערה, ולא במסגרת תכנון מוקדם, להובילה אל מיטתה. על כך מעידה גם העובדה – שאף היא אינה שנויה במחלוקת – כי פלונית הזמינה גם את חברתה הטובה, אמה של מ', לבוא אליה, אל דירתה, בצוותא.

ד. עוד מוסכם, כי פלונית זנחה, במהלך הערב, לאחר שמ' הגיעה אליה, את הרעיון המקורי של יציאה לבילוי, ועל כן ממילא לא התבקשה מ' לגהץ את שערה; תחת זאת ישבו השתיים, ולדבריהן - ראו סרטים, קישקשו קצת, עישנו סגריה ושתו קפה ("**לא אלכוהול**" – כך הדגישה מ' בעצמה בעדותה הראשית) והערב נמשך לו, לאיטו.

ה. מ' העידה כי עת צפו השתיים בסרט, היא ישבה ופלונית שמה עליה את הראש, ובמקביל - החלה לדגדג אותה – "**והיא שאלה אותי אם זה בסדר, אמרתי לה שכן, לא ראיתי את זה בקטע מיני**".

ו. לאחר מכן, כאשר הלילה כבר ירד, והשעון הראה שלוש בבוקר, מאוחר לכל הדעות, העידה מ' כי פלונית – "**הציעה לי כבר להישאר לישון אצלה כי היה מאוחר ואני הסכמתי. לא ראיתי בזה משהו לא בסדר. ואז נכנסתי למיטה שלה. וכשנכנסנו למיטה, אני שכבתי, היא שכבה, בצורת כפיות, התחילה ללטף אותי בבטן ושאלה אם זה בסדר, אמרתי לה שכן**".

ז. מ' המשיכה וסיפרה, בעדותה הראשית, כדלקמן - "...**היא המשיכה בבטן, ואז היא שמה את היד מתחת לחולצה, המשיכה ועלתה לכיוון החזה, התחילה למשש אותו, ואז הסתובבתי, התיישרתי כזה ואז היא התחילה לנשק אותי עם הלשון, ואז היא קמה מהמיטה**".

ח. מ' העידה, בחקירתה הנגדית, כי בזמן שפלונית נגעה בחזהּ, היא לא הגיבה, ובלשונה: "**לא עשיתי כלום, פשוט לא זזתי**".

מ' הוסיפה, כי מישוש החזה שלה על ידי פלונית ארך חמש דקות לערך, בעוד – "**אני שוכבת והיא נוגעת**".

מ' העידה, כי לא עשתה דבר, לא אמרה דבר, לאורך כל אותן דקות, והאקט של מישוש חזה בעוד השתיים שוכבות בתנוחת "כפיות" הסתיים, לדבריה של מ', בכך שהיא עצמה הסתובבה **לכיוונה של פלונית**. ובדבריה שלה: "**...כשהיא הוציאה קצת את היד ואז הסתובבתי...היא שמה לי את היד פה וסיבבה אותי (מראה על הסנטר שלה). סובבה את הפנים שלי בעדינות. הסתובבתי על הגב**".

ט. מ' העידה כי לאחר אותו סיבוב שלה כלפי פלונית – התנשקו השתיים, כאשר הנשיקה בינה לבין פלונית ארכה כשלוש – ארבע שניות, ובמהלכה לא עשתה דבר, לא הזיזה את פלונית, ובמילותיה – "**לא עשיתי כלום**".

י. מ' נשאלה, בחקירתה הראשית, מה היה לאחר מכן, והיא השיבה –

"**אחרי זה היא עצרה את עצמה, הלכה לשירותים סלון כזה, נכנסה... סליחה, אני גם יצאתי לסלון אחרי זה, היא היתה בשירותים ואני בסלון, ואז היא באה אלי לסלון שאלה אם הכל בסדר, עניתי לה שיהיה טוב, יהיה בסדר או משהו כזה, לאחר מכן היא הלכה למיטה, אני נשארתי בסלון, חשבתי למי להתקשר לא ידעתי מה לעשות, וזהו. ובסוף החלטתי שאני נשארת לישון אצלה, אני ואמא שלי לא כ"כ ביחסים טובים... לא יודעת. הלכתי משם, חזרתי למיטה, הלכנו לישון, כשקמנו היא הכינה לי נס, ישבנו על סגריה, שאלה אותי אם אני יכולה לעשות לה מגהץ, וגהצתי לה את השיער. וכשבאתי ללכת היא אמרה לי שזה ישאר בינינו...**".

בחקירתה הנגדית נשאלה מ' כיצד היא מסבירה שחזרה לאותה מיטה שלפני זמן קצר נעשו בה מעשים מיניים בניגוד לרצונה, והיא השיבה לסנגורית: "**את צודקת, אני לא מבינה איך חזרתי לאותה מיטה. בדיעבד, היום אני לא מבינה איך עשיתי את זה**".

יא. מ' העידה, כי נשארה לישון במיטתה של פלונית, עד שהקיצה, בחצות היום, בשעה שתים עשרה בצהריים לערך. כאמור, אין מחלוקת, כי מ' לא התעוררה וברחה על נפשה מן הדירה, אלא שהיא גיהצה את שערה של פלונית, לאחר שפלונית הכינה לה "נס קפה".

יב. מ' אישרה, כי **למחרת** היום שאלה אותה פלונית "**מה קורה?**" והיא השיבה לה שהכל בסדר, אף שאלה, בחוזר "**מה איתך?**".

יג. מ' סיפרה, כי לאחר האירוע היא הרגישה – "**מגעיל. לא יודעת, לא מצאתי את עצמי. לא. לא יודעת להסביר את זה**".

14. [סעיף 348 (ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), המדבר בעבירה של מעשה מגונה, העבירה המיוחסת לפלונית, מורה כדלקמן:

"**העושה מעשה מגונה באדם בלא הסכמתו... דינו – מאסר שלוש שנים".**

נקודת המחלוקת **היחידה** הניצבת לפניי, איפוא, לאחר שהנחתי מצע עובדתי המסתמך אך ורק על דבריה של המתלוננת, גלומה בשאלה – ההיתה כאן אי-הסכמה, אם לאו?

למען הסר ספק נבהיר, כי במקרה דנא, כאשר מדובר בצעירה בת חמש עשרה וחצי, הרי שלהבדיל מעבירת האינוס, שם גיל ההסכמה עומד על 16, הרי שביחס למעשה מגונה, "בלבד", שונים הם פני הדברים: אם בוצע מעשה מגונה (לכאורה) בצעירה בת חמש עשרה וחצי, בהסכמה, הרי שאין זו עבירה פלילית כלל וכלל.

**מה היא הסכמה?**

15. בית המשפט העליון, במסגרת [ע"פ 1651/10](http://www.nevo.co.il/case/6243710) בענין **פלוני נגד מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (פורסם ביום 8.11.2010) קבע, בנסיבות אחרות אמנם – אך היפות בהחלט לענייננו, בשינויים מחויבים, את הכלל הבא:

**"קיום יחסי מין מותנה ברצונם החופשי של בני הזוג ובהסכמתם, אותה יש לבחון בכל שלב ושלב מהאקט המיני ולא רק בתחילתו. בעבר, כבר עמדתי על הדרך לבחון מקרה שעניינו "אונס שתחילתו ברצון": לאישה נתונה הזכות בכל שלב לפני קיום יחסי המין לסגת מהסכמתה ולסרב להם, כל עוד חזרה זו מהסכמה מובאת לידיעתו של בן הזוג באופן ברור".**

ההגנה אף היפנתה את בית המשפט לדברים שנקבעו אך לאחרונה ב[תפ"ח 9030-02-14](http://www.nevo.co.il/case/11295956) **מדינת ישראל נגד פלוני** [פורסם בנבו] (פורסם ביום 16.2.2015), שם נדרש וציטט בית המשפט המחוזי בירושלים, בין היתר, לקביעותיו של כבוד השופט הנדל, מבית המשפט העליון, שאף הם יפים לענייננו, ביחס לשאלת ההסכמה, כדלקמן:

**"יסוד הסכמת המתלוננת הוא זה המהווה את קו הגבול בין עבירת אינוס לבין יחסי מין מותרים. יפים לעניין זה דברי כב' השופט נ' הנדל ב**[ע"פ 635/10](http://www.nevo.co.il/case/6247044) **פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (2012):**

**'ברובד המשפטי, הכוונה הפלילית בעבירת האינוס הינה בדמות מודעות ליסודות העבירה, קרי לאי הסכמה חופשית של האישה למעשה הבעילה. הסכמה חופשית בעבירת האינוס היא בגדר נורמה משפטית המפרידה בין המותר והאסור. נוכחותה של ההסכמה החופשית בדרך כלל איננה נלמדת מהצהרה על קיומה, אף נכון יותר להדגיש שהסכמה איננה נגזרת משתיקת האישה. נסיבות המעשה המיני בכללותן רלוונטיות לבחינת קיומה של ההסכמה. נסיבות אלה כוללות רקע והקשר למעשה המיני. הרף ברכיב העבירה – "הסכמה חופשית" ולא "נגד רצונה" – מעצב את דרישת המודעות אליה. לשון אחרת, המודעות של נאשם נמדדת ביחס לאמת המידה של ההסכמה החופשית של האישה. אין הוא רשאי להתעלם מסירוב, בין אם הוא מבוטא בצעקה, ובין אם נאמר בלחישה'".**

16. בית המשפט המחוזי בירושלים, לאחר שהניח בפרשת **פלוני** הנ"ל, את המצוטט לעיל כבסיס לדיון בענין ההסכמה, קבע כי יסוד אי-ההסכמה, שהוא התנאי להרשעה בגין עבירת אונס, או במקרה שלנו – מעשה מגונה שלא בהסכמה – יילמד ויוכרע כך:

**"באשר ליסוד אי-ההסכמה, שהוא התנאי להרשעה בגין עבירת אונס, יש להזכיר כי 'כיום, הוצב גבול ברור, לפיו קיום יחסי מין מותנה ברצונה החופשי של האישה ביחסים אלו. אי-ההסכמה יכולה אמנם ללבוש צורות התנהגות שונות ומגוונות, אך המשותף לכולן הינו המסר הברור, כי היא איננה מעוניינת בכך. עם העברת מסר זה, יהיה בהמשך קיום יחסי המין משום עבירה פלילית חמורה" (**[**ע"פ 7951/05 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד סב**](http://www.nevo.co.il/case/6238635)**(1) 710 (2007); להלן: "פרשת פלוני").**

**הפסיקה כינתה מצב בו משנה האישה את דעתה ומושכת את הסכמתה הקודמת, כ"שינוי לבבות". נקבע לא אחת כי לאישה נתונה הזכות בכל שלב לפני קיום יחסי מין לסגת מהסכמתה ולסרב להם, וכך גם אם הייתה חדירה שמקורה בהסכמה – עומדת לאישה הזכות לסרב להמשך החדירה לאחר מכן. יחד עם זאת, לא יורשע בן-הזוג בגין המשכת המעשים אלא אם החזרה מההסכמה הובאה לידיעתו באופן ברור (ראו, פרשת פלוני, שם; כן ראו, הכרעת הדין של בית משפט זה ב**[**תפ"ח 6556-02-12**](http://www.nevo.co.il/case/5120844) **מדינת ישראל נ' בן קסוס (לא פורסם) [פורסם בנבו] (27.8.14)).**

**אי לכך, על המאשימה מוטל הנטל להוכיח כי מבצע האקט המיני היה מודע לכך שמעשיו הינם נגד רצונה של האישה, שכן, ייתכנו מקרים בהם נותרת אי-ההסכמה בלבה של האישה והיא אינה ניכרת כלפי חוץ. כן יוער, כי ככל ששלב החזרה מהסכמה מאוחר יותר, ואקט המיני מתקדם יותר, נדרש כי החרטה של האישה תהיה ברורה ובהירה יותר, כדי לוודא שהנאשם אכן מודע ללא ספק לשינוי הלבבות שהתרחש (פרשת פלוני; ליישום הלכה זו, ראו, למשל,** [**ע"פ 1651/10**](http://www.nevo.co.il/case/6243710) **פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (6.11.10)).**

**מן הכלל אל הפרט, יש כעת להכריע האם המתלוננת העבירה לנאשם מסר כי היא אינה מסכימה לקיום יחסי המין".**

17. עובדות המקרה דנא ונסיבותיו, כפי שפורטו לעיל, ונחזור ונדגיש שוב – **העובדות כפי שנשמעו מפי המתלוננת עצמה, מ' הצעירה**, מוליכות למסקנה חד-משמעית לפיה מ' לא העבירה שום מסר, אף לא רמז של מסר, לפלונית, כי היא אינה מסכימה למגע מיני ביניהן.

אישה, אפילו צעירה, בוודאי כזו שיש לה ניסיון מיני מסוים (ושוב: בכך כמובן אין כל פגם), אשר נכנסת לחדר המיטות של אחרת, ושם היא נכנסת למיטתה של האחרת, והן שוכבות בתנוחת "כפיות" – נכנסת למצב שהוא בעל סממנים מיניים מובהקים.

18. אפילו תאמר שתנוחת "כפיות" לבדה יכולה להיות תמימה, ואין בה אלא חום ואהבה בין שניים, או שתיים, הרי שבוודאי שלא יכולה להיות מחלוקת, כי ליטוף בבטן, של ה"כפית החיצונית" את בטנה של ה"כפית הפנימית" – היא בעלת סממן מיני.

הליטוף בבטן היה בהסכמה מפורשת, על כך אין מחלוקת, שכן מ' סיפרה כי פלונית שאלה אותה אם המעשה "בסדר" מבחינתה, והיא השיבה בחיוב.

19. והנה, פלונית ומ' בילו לאורך שעות ארוכות, באותו הערב, כאשר המגע ביניהן מתחיל על הספה אל מול הטלויזיה, כאשר פלונית מבקשת רשות לדגדג את רגליה של מ', והיא נענית בחיוב; בהמשך היא מבקשת ומקבלת רשות ללטף את בטנה של מ', אגב שכיבה בתנוחה אינטימית של "כפיות", ותוך זמן קצר היא שולחת ידה אל שדיה של מ', הפעם **מבלי** לבקש רשות אמנם, אולם המצב המיני כבר **החל** - לכל המאוחר - בליטוף הבטן אגב "כפיות", ובהסכמה מפורשת, ועתה – פלונית לא נתקלת בהתנגדות, לא בסירוב, לא במחאה.

אדרבא, אפילו אקבל ואניח קפיאה והלם מצדה של מ', שעה שידה של פלונית הגיעה אל שדיה, וזאת לאורך לא פחות מחמש דקות תמימות (!), הרי שהאקט של מישוש החזה הופסק לא בקימה או התנערות של מ' אל "מחוץ" למתחם הכפיות, תוך "בריחה החוצה", הרחק מחיקה של פלונית, אלא דווקא בסיבוב פניה וגופה **כלפי** פלונית, תוך העצמה של הסיטואציה האינטימית בין השתיים.

סיבוב כאמור, של הגוף והפנים לכיוון ה"תוקפת", אינו עולה בקנה אחד עם מסר של התנגדות, או של מחאה, ועתה – גם כבר לא של קפיאה או הלם. אדרבא, סיבוב כאמור יכול לשדר מסר חיובי, של המשך, ולא של קטיעה או מעצור. אין לבוא בטענות (פליליות) אל פלונית, בכך שפירשה את הסיבוב כמעין הזמנה, ועל כן – נישקה את מ'.

20. גם הנסיבות וההיכרות לפני האירוע עצמו, ואחריו, לא יכלו לאותת לפלונית, הנאשמת – או לבית המשפט, בדיעבד - כי מ' התנגדה, או לא הסכימה, למגע עם פלונית, או למצער – כי שלחה מסר, ולו קלוש, שכזה.

נזכיר, כי בין השתיים היתה היכרות מוקדמת, כאשר אין מחלוקת כי מ' פלירטטה, או לפחות סנטה באורח מתגרה בפלונית, עוד **לפני** אותו ערב אומלל, על כי היא יודעת היטב, כי לפלונית "עומד הזין", כאשר היא רואה את מ'.

עם כל הרגישות והאמפתיה למ', ואלה מצויים בשפע אצל בית המשפט, שכאמור התרשם לחיוב, מאוד, ממ', ומאישיותה, הרי שלא ניתן לומר – ביושר – כי משפט כזה אין בו משום התגרות בעלת אופי מיני בפלונית.

21. גם **לאחר** המעשה, לא יכולה היתה פלונית, וכיום גם בית המשפט איננו יכול, להבין או להסיק אי הסכמה.

ודוק: מ' הודתה, בהגינותה וביושרה, כי היא עצמה חזרה אל "זירת הפשע", אל המיטה בה בוצע בה לכאורה מעשה מגונה, תוך זמן קצר לאחר ביצועו, ושם ישנה שנת ישרים עד חצות היום. קשה להלום מצב בו אשה צעירה, שעוברת חוויה מטלטלת של מעשה פלילי – מיני נגדה, שלא בהסכמה, חוזרת אל המיטה, כאשר העבריינית נמצאת שם, והיא חוזרת לחיקה, והיא שבה לישון (!) שם – לא מתהפכת מצד לצד, ואין שנתה נודדת – כך עוד שעות ארוכות, עד ליקיצה טבעית בשעת הצהריים.

לא זו אף זאת: כאשר התעוררה מ' משנתה, אין היא נסה על נפשה, או "הופכת שולחן", או צועקת או מגדפת את פלונית (ומן היועצת החינוכית ואף ממ' עצמה למדנו, כי בצר לה - יודעת מ' להביע אומר, ולאו דווקא בלחש). אך אדרבא: מ' שותה קפה עם פלונית, מעשנת סגריה, ואף עושה לה "מגהץ".

נזכור: פעולת ה"גיהוץ" היא פעולה פיזית, שעה שמ' נוגעת בפלונית, לפחות בשערה, בראשה, ולאורך זמן. אין המדובר בנגיעה קצרה ואגבית, אלא ב"טיפול" ארוך, המחייב מגע, ואולי אף סוג של אינטימיות.

**נוכח כל האמור לעיל, נשאלת השאלה, מהדהדת השאלה, מנין וכיצד יכולה או צריכה היתה פלונית, לדעת או להניח, אי הסכמה מצדה של מ' למעשים שארעו במיטתה של פלונית?**

**כל הנסיבות – כפי שתיארה אותן מ' בעצמה - מוליכות למסקנה חד משמעית, שהתנהגותה של מ', לפני האירוע, בעת האירוע, ולאחר האירוע, שידרה מסר של הסכמה, או למצער – כי פלונית לא יכולה ולא צריכה היתה לחשוד אחרת.**

21. יודגש, כי לא נעלם מעיני פער הגילאים, הכפול למעשה, בין פלונית (32) לבין מ' (15.5); הנחת המוצא של בית המשפט היתה כי נתון זה צריך לפעול לרעתה של פלונית עת נבחנו מעשיה. ראיתי לנגד עיני את קביעותיו של בית המשפט העליון בפרשת **פלוני,** לעיל (סעיף 40 לפסק הדין), כהאי לישנא:

**"פער הגילאים בין המתלוננת למערער – בעת האירוע הייתה המתלוננת בת 17.5 שנים. מנגד, היה המערער בן 38, דהיינו מבוגר מהמתלוננת בכ-20 שנים. פער שכזה יכול להעיד בסיטואציות מסוימות על פערי ניסיון וללמד על אפשרות לאי הסכמה. בא כוח המערער ציין, כי הגם שמוסכם כי מדובר בפגם מוסרי, אין החוק אוסר על כך ואין להסיק מכך ממצאים לחובת המערער. לטעמי, אכן החובה לקבלת הסכמת הצד השני המוטלת ברגיל על צד ליחסי אישות, מתעצמת שבעתיים בהינתן פער גילאים שכזה, ובהיות המתלוננת קטינה והמערער איש עסקים מבוגר ובעל משפחה. ברם, סופו של יום עלינו לקבוע האם מעל המערער בחובה זו. לטעמי, וכפי שאפרט בהמשך, הוצגה בפני המערער תמונה של הסכמה לקיום יחסי מין מלאים ברגע החדירה. תמונה זו הכילה בין גווניה הרבים אף את פער הגילאים החריג, ואף שלדידי נראה כי מוטב היה ולא היו באים יחסים הרי סכנה אלו לעולם מלכתחילה, איני חושב שהיה מקום למצות את הפגם המוסרי כשיקול לקביעה כי בוצע אינוס במקרה דנן.".**

מצויד בהנחיית בית המשפט העליון באמור לעיל, מראש הִשקפתי על מאורעות אותו לילה בעין ביקורתית, ואל המיקרוסקופ שתחתיו בחנתי את הנסיבות בחרתי עדשה מיוחדת, הצובעת את אותן הנסיבות לאור פער הגילאים המשמעותי; ואולם, בכל זאת, גם מבעד לאותה עדשה מחמירה, הנסיבות ברורות, ולא מצאתי כי פלונית מעלה בחובתה, כלשון בית המשפט העליון, לפחות ככל שעסקינן בהוראות הדין הפלילי.

22. הכרעת הדין, והזיכוי, מבוססים בעיקר על העובדות שמסרה מ', כאמור.

עם זאת, ברצוני, ומחובתי, להדגיש את הדברים הבאים. כאמור, התרשמתי שמ' היא אשה צעירה ומרשימה, שחייה עד כה לא היו פשוטים, לשון המעטה, אם במישור המשפחתי, אם בחינוכי ואם בכלל. נראה כי מ' מצויה במאבק מתמיד על מקומה בחיים, ועל עתידה. מעבר לכך, מצאתי את מ' כעדה מהימנה, בעיקר משום שככלל - לא יצאה מגדרה להשחיר את פלונית, אף שניכר בה כי היא כועסת עליה, על אותו לילה.

אך יחד עם זאת, ובאותה הנשימה, אוכל גם לומר, שגם מפלונית התרשמתי כי קורצה מחומרים דומים. אשה חד-הורית לשניים, שאף חייה שלה אינם פשוטים, שלשיטתה טפלו עליה האשמת שווא, על מעשים שעל חלקם היא לוקחת אחריות ומצרה עליהם מאד, אף מכה על חטא (מעשים שאינם פליליים), ועל חלקם האחר – היא מתקוממת ומכחישה מכל וכל (מישוש חזה של מ'). אף פלונית, הגם שכתב האישום דחק אותה אל הפינה, לא ששה, ככלל, לפגוע או לדבר סרה במ'. הפעמים בהם אמרה פלונית כי מ' לא אמרה אמת, היו בעיקר מקום שהטיחו בפניה שונה משלה, ושאלוה, במפורש, אם מ' משקרת.

רוצה לומר, כי הן מ' והן פלונית הותירו רושם חיובי על בית המשפט, כעדות, ובכלל. התביעה, בתורה, הצביעה בסיכומיה על סתירות כאלה ואחרות, שלטעמי אינן מהותיות, בדברי פלונית, ואילו ההגנה, בתורה, עשתה כן ביחס למ'. לא מצאתי לנתח באיזמל-מנתחים כל סתירה וסתירה, לא של זו ולא של זו, הן בכדי לכבדן, והן מפאת שראיתי, כי ממילא לא אוכל – בסיכומו של ניתוח סיזיפי שכזה - להעדיף עדות של האחת על פני רעותה, באופן נחרץ, כזה העומד בנטלי או במשקלות המשפט הפלילי.

23. התביעה התייחסה והפנתה אל מספר פסקי דין, מהם ניתן היה, לשיטתה, ללמוד על כך שהיעדר התנגדות מצד אישה אינה מלמדת על הסכמתה. דא עקא, שסבורני כי הפסיקה אליה הפנתה התביעה, שם נקבעו הדברים הללו, תלושה מהנסיבות בתיק זה, ואינה ישימה כאן.

טול לדוגמא את [ע"פ (ב"ש) 7357/01](http://www.nevo.co.il/case/2235323) **קלוד אופנהיים נגד מדינת ישראל**, (פ"מ, כרך תשס"ב, חלק שני, תשס"ב-2002, 598), שם קבע בית המשפט המחוזי כי אכן, אי-הבעת התנגדות אינה מלמדת על הסכמה, אולם כל זאת – בנסיבות בהן אותו אופנהיים היה מדריך צלילה, אשר במהלך שיעור בעומק המים, ובמקום בו התלמידה לא יכלה היתה להוציא מילה מפיה, מה עוד שהיתה תלמידתו של אותו אופנהיים – עשה בה מעשה מגונה. בית המשפט קבע, כי נסיבות מיוחדות אלו מנעו מהמתלוננות השונות להביע את הסכמתן בדרך מילולית, אף לא היו חופשיות להתנגד לאופנהיים, בנסיבות בהן שהו בעומק המים, כאשר חובה עליהן היתה למלא אחר הוראותיו כמדריך, אף בדגש על הוראות הבטיחות המיוחדות דשם.

הוא הדין ביחס ל[ע"פ 6662/13](http://www.nevo.co.il/case/10442754) **פלוני נגד מדינת ישראל,** [פורסם בנבו] שם דובר על אונס של צעירה בת 16, שעה שהיתה שיכורה באופן ניכר לעין ושאינו משתמע לשני פנים; ברי כי מצב זה שונה לחלוטין מהמצב שלפניי, כאשר מ' לא היתה שיכורה, ולא היתה כל מניעה מבחינה זו, מצדה, לתת ביטוי לתחושותיה.

המדינה הרחיקה לכת בהצביעה גם על [ע"פ 2606/04](http://www.nevo.co.il/case/5709733) **יגאל בנבידה נגד מדינת ישראל,** [פורסם בנבו] (פורסם ביום 26.4.2006), שם לא נעה ולא זעה הנערה האומללה אותה בעל המערער, אולם זאת במצב דברים שבו דובר על נהג מונית, נבל בן בליעל, שהחליט לגבות חוב על נסיעה, אגב איום להלשין להוריה של הצעירה על שהיא משתמשת בסמים, תמורת יחסי מין שכפה עליה.

מה למדריך הצלילה, למי שבעל צעירה בת 16, שיכורה כלוט, ולנהג המונית המרושע ולפלונית, החובשת את ספסל הנאשמים שלפניי? או, ליתר דיוק: מה בין הנסיבות של כל אחד ואחד מן המקרים המפורטים לעיל לבין הנסיבות המפורטות בפרשה זו? כאמור, הפסיקה אליה הפנתה המדינה, אינה קשורה, לעניות דעתי, ואינה ניתנת ליישום במקרה של פלונית ומ'.

24. בשולי הכרעת הדין, אני שב ומורה על איסור פרסום שמה של מ', או כל פרט מזהה אחר, ישיר או עקיף, הקשור אליה. בנסיבות הענין, לנוכח הזיכוי – מצאתי גם לאסור על פרסום שמה של פלונית, או כל פרט ישיר או עקיף ביחס אליה.

**למען הסר ספק – אין כל מניעה לפרסם את הכרעת הדין עצמה.**

**הוחלט איפוא לזכות את הנאשמת.**

**זכות ערעור לבית המשפט המחוזי בתל אביב תוך 45 ימים.**

**ניתנה היום, י"ז טבת תשע"ו, 29 דצמבר 2015, במעמד הצדדים**

5129371

54678313

שמאי בקר 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)