**בדלתיים סגורות**

**בבית משפט השלום בירושלים ת"פ 1771/96**

|  |  |
| --- | --- |
| **לפני כב' השופט מ' גל** |  |

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **בעניין:נ** | | | | מדינת ישראל | | | |  | |
|  |  | | |  | המאשימה | | | |
|  | | | - נ ג ד - | | | | | |  |
|  | | | | זכריה בושרי, ת"ז xxxxxxx | | | |  | |
|  | |  | |  | | | הנאשם | | |

# למאשימה:ב עו"ד א' באומהורן;

לנאשם:ו עו"ד ר' בר-חיים.

# 

# חקיקה שאוזכרה:

# [חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1)(א)(1), [345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.2)(א)(2), [345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.3)(א)(3), [345](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4)(א)(4), [346](http://www.nevo.co.il/law/70301/346), [348](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a)(א), [348](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f)(ו)

# [פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971](http://www.nevo.co.il/law/98569): סע' [54א](http://www.nevo.co.il/law/98569/54a.b)(ב)

# 

# ה כ ר ע ת - ד י ן

**האישום:נ**

**1.** בכתב האישום מייחסת המאשימה לנאשם ביצוע של עבירת מעשה מגונה, לפי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), בזיקה לנסיבות המנויות [בסעיף 345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) לחוק האמור. ביום 19.12.95 שימש הנאשם כנהג הסעות, אשר בין היתר הוביל את חניכי מע"ש (מפעל שיקום למוגבל) מבתיהם במושבי פרוזדור ירושלים למפעל וחזרה. המתלוננת, ילידת 1970, הנה מוגבלת בשכלה ונמנתה אף היא בין נוסעי ההסעה הנ"ל. במועד האמור, בעת הנסיעה ממע"ש לבית החניכים, ביצע הנאשם את העבירה האמורה המיוחסת לו, בכך שלפי הנטען "הכניס את ידו מתחת לחולצתה של המתלוננת ונגע בחזה, וכן קרע את מכנסיה בין הרגליים, והכניס אצבעותיו לאיבר מינה".

במהלך הדיונים הודיעה התובעת, כי המאשימה תבקש להסתמך, בנוסף לחלופה בדבר ניצול מצב בהיותה לקויה בשכלה (אחת מיני החלופות לפי [סעיף 345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)), גם על חלופה אחרת מאותו הסעיף, בדבר ניצול מצב אחר המונע ממנה התנגדות, וכמו-כן על החלופה הכלולה [בסעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1), בדבר העדר הסכמה למעשה. להרחבה האמורה מתנגד הסניגור, מן הטעם שהיה בידו לנהל את החקירות באופן שונה בתכלית, אילו הודע לו על הדבר מראש.

**2.** בתגובתו לאישום כפר הנאשם כליל בהאשמה המיוחסת לו, אולם מבלי שטען לנוכחות במקום אחר.

**ראיות התביעה:ב**

**3.** מטעם התביעה העידו המתלוננת, שעדותה מטבע הדברים מעוררת קשיים מיוחדים אשר עליהם עוד נעמוד להלן, וכן אמה ודודה, שהנו גם מנהל מע"ש. כמומחה רפואי מטעם התביעה העיד הפסיכיאטר ד"ר לב אברבוך וכמו-כן הציגה התביעה חוות-דעת נוספת של מומחה, במענה לחוות הדעת של המומחה הפרמאקולוג מטעם ההגנה. עוד העידה החוקרת ממח"ש, גב' סימון שייביץ, שהתיק הועבר לטפולה, לאחר שהחקירה החלה להתנהל קודם לכן בתחנת בית-שמש. העדות המרכזית היא כמובן של המתלוננת, כמי שנכחה בעצמה במעמד ביצוע העבירה, מה שאין כן לגבי יתר העדים.

**4.** המתלוננת סובלת מפיגור שכלי בינוני וממחלת האפילפסיה, והיא נזקקת לתרופות באופן סדיר וקבוע, שלוש פעמים ביום. אלמלא התרופות היו התקפי מחלת האפילפסיה אינטנסיביים הרבה יותר, שבעטים היא סובלת מהתכווצויות קשות, פרכוסים, הקאות ואובדן הכרה ברמה עמוקה. לפיכך היא נזקקת לטיפול הנוירולוגי הקבוע האמור, שאז מופיעים ההתקפים רק במקרים נדירים, פעמים בודדות בשנה, בעיקר בסמוך לאירוע התרגשות מיוחדת, הן אם בקשר לשמחה והן אם בקשר לעצב. לעומת זאת, אם היא אינה נוטלת את התרופות באופן סדיר, עלול הדבר כאמור להוביל לריבוי ההתקפים.

**5.** ביום האירוע הנטען הגיעה המתלוננת באיחור של כ15- דקות, תופעה נדירה, כאשר בדרך-כלל היא מגיעה מההסעה בזמן. כשהגיעה נכנסה ישירות לחדרה והחליפה את המכנסים ונמנעה מלומר דבר לאמה, שהבחינה, כי המכנסים קרועים בתפר התחתון, הסמוך למיקום המפשעה (ת6/). רק בחלוף זמן מסוים, בשלהי אותו היום, הסכימה המתלוננת לספר לסבתה את אשר ארע ולאחר שנאמר לה כי היא יכולה לספר גם לאחרים, סיפרה את הדבר לאמה. יוטעם, כי המתלוננת הנה צייתנית ביותר ופועלת לפי ההנחיות שהיא מקבלת, על-כן אם נאמר לה קודם לכן על-ידי מאן דהוא, שלא לספר דבר לאמה, היא תמנע מלספר לה. באותו היום, לאחר שובה ממע"ש, לקתה המתלוננת בהתקף אפילפטי, שכאמור בעת נטילת התרופות כסדרן הנו תופעה שכיחה, הצמודה לאירועים יוצאי דופן. ביום המחרת התקיים מפגש בביתו של דודה, שאליו הגיעו גם הנאשם, הורי המתלוננת והמתלוננת עצמה. במעמד זה, לראשונה, ניצבה ישירות אל מול פני הנאשם והטיחה בפניו את הדברים. לאחר מכן שבה ועשתה כן גם בעימות בעת החקירה במשטרה, בנוסף לדברים שאמרה לחוקרת שלא בנוכחות הנאשם, ולבסוף הטיחה בפניו את הדברים במישרין, גם במהלך מתן העדות בבית המשפט.

**6.** בחקירה במשטרה, כמו בעדות בבית המשפט, לא היה בידי המתלוננת להשיב תמיד לכל השאלות שנשאלה ועוד קשה יותר היה לה ליתן מענה שלם, בצורה ברורה וסדורה. ניכר שהיא מערבת באסוציאציות שונות ולעתים במשפט אחד נמצא שהיא כוללת, בה בעת, שניים או שלושה אירועים נפרדים. נטייתה היא גם להימנע מלהיכנס לקונפליקט עם המציבים שאלות לפניה ועל-כן שאלה המנוסחת באפשרות לתשובה חיובית או שלילית תקבל, בדרך-כלל, מענה חיובי. אין אפוא תימה, שהיא מדברת כל העת על-כך שהמעשה המיוחס לנאשם נעשה בעת הנסיעה לביתה חזרה, אולם משמציגים בפניה את האפשרות שזה נעשה בדרך אל מע"ש, היא עונה בחיוב גם על-כך. דומים הם פני הדברים גם לגבי נוכחותם של נוסעים אחרים בעת ביצוע המעשה הנטען או לגבי מיקום ישיבתה בכלי הרכב. לא ניתן אם-כן להתייחס לעדותה במתכונת הרגילה וכל שכן לא ניתן לקבל את דבריה כמספיקים מעצמם לצורך הוכחת האישום. עם זאת, לגבי דבר אחד עמדה כל העת על דעתה, אף אם הדבר אמור היה לעורר קונפליקט, והכוונה לביצוע המעשים שלטענתה ביצע בה הנאשם. על דבריה המתייחסים ספציפית למעשים הנטענים נעמוד עתה.

**7.** סבתה של המתלוננת הייתה, כאמור, הראשונה ששמעה את הדברים מפיה. מיד לאחר מכן השמיעה את הדברים גם באוזני אמה ודודה. האמרות הללו הן בגדר עדות שמיעה, כל עוד לא נראה בהן חלק מהרס גסטה, אולם בכל מקרה הן מבטאות את עצם אמירת הדברים מפי המתלוננת, בסמוך לאחר האירוע. לאמה אמרה, שהנהג, קרי הנאשם, קרע לה את המכנסים ודגדג אותה. לשאלת אמה השיבה שהוא לא התפשט (עמ' 40 באמצע) ולשאלה מפורשת יותר, היכן דגדג אותה? השיבה המתלוננת:ו "בין הרגלים וגם בחזה", אגב הדגמת דבריה (שם, שם). עם זאת, היא לא יכלה לספר לאמה היכן בדיוק קרה הדבר, זולת עובדת התרחשותו "בדרך באוטו" (לדברים דומים מפי האם ראו גם בחקירה הנגדית בעמ' 43). גרסה מקבילה פרטה המתלוננת גם בפני דודה, מר דוד גבאי. לו אמרה את שמו של הנהג "זכריה" והמחישה, כי הלה שלח את ידיו לאחר שכל החניכים ירדו "והושיט יד בין רגליה במפשעה ונגע לה בבית החזה... היא אמרה לי שקרע לה את המכנסים ודגדג אותה, שאלתי אותה איפה והיא אמרה במקום שלא אומרים" (ראו גם בחקירה הנגדית בעמ' 22, ששם גם הוסיף כי המתלוננת הדגימה בידיה להמחשת תיאורה המילולי).

הסניגור המלומד התייחס לכך שהסבתא, שבפניה תיארה המתלוננת לראשונה את המעשים, לא זומנה לעדות ולתחקור במשטרה והוא מבקש להסיק מכך את המסקנות המתבקשות מאי הזמנת עד רלבנטי (י' קדמי **על הראיות - הדין בראי** **הפסיקה,** חלק שני, 921-917 וחוברת העדכון מתשנ"ה, 183-182; [ע"א 465/88 הבנק למימון בע"מ נ' מתתיהו, פ"ד מה](http://www.nevo.co.il/case/17946005)(4) 651, 659-658; ב[ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות, פ"ד מט](http://www.nevo.co.il/case/17918876)(2) 843, 872 מול ה'-ו'). המדובר בהנחה שמניחים כלפי צד הנמנע מלזמן למשפט עד רלבנטי, עת לפי תכתיב ההגיון והשכל הישר, במידת הצפיות הסבירה, עדותו הייתה אמורה לתמוך בגרסת הלה, על-כן ההנחה היא, שדבריו היו פועלים כנגד אותו הצד. הנחה זו, ככל הנחה, ניתנת להסבר ולסתירה. בהקשר לעניין זה פרטה התובעת המלומדת, כי ההימנעות מלתחקר את הסבתא לא נבעה מטעם של צפי פועל עדותה, כי אם מן העובדה שהדברים נמסרו מיד לאחר מכן בפני אמה של המתלוננת, מה גם שהמדובר בעדה בעלת יכולת התבטאות נמוכה ביותר, שקשה להבנות מדבריה (עמ' 93 ש' 8-3). במענה זה יש הסבר חלקי בלבד, אולם בנסיבות העניין, משנשמעו עדויות האם והדוד, שהמתלוננת פירטה את הדברים לפניהם זמן קצר ביותר לאחר מכן, ומכיוון שהמדובר רק במרכיב האמרה של המתלוננת, אין לייחס משקל רב להעדר תחקור והזמנה לעדות של עדה זו.

**8.** עימות ראשון בין המתלוננת לבין הנאשם התקיים ביום המחרת במפגש בבית דודה, שבו הנאשם הכחיש את הדברים, אולם המתלוננת התפרצה כלפיו באופן ספונטני, כמתואר בעמ' 16 באמצע לפרוטוקול:נ

"באותו הרגע שהתחלנו לדבר (המתלוננת) באה מהצד השני של הכביש, התפרצה והתנפלה רק במילים מלווות בבכי ואמרה אתה שקרן, אתה עשית ככה. הוא (הנאשם - מ' ג') דיבר כל הזמן באותה שיחה על חניך אלים שהיה בהסעה, הוא ניסה לקשור את זה אליו ... (המתלוננת) אמרה לו מה פתאום זה אתה, רחמים (החניך הנ"ל - מ' ג') ירד מהאוטו. היא הטיחה בפניו את הדברים ואמרה לו דברים ברורים".

באותו מעמד הוסיפה אמרה, אל מול פני הנאשם במפורש:ב "נגעת לי בחזה, נגעת לי בין הרגליים" (עמ' 23 למעלה), לא מבלי שקודם לכן אמרה לו במישרין, שהוא "שקרן" (ראו גם בעמ' 22 למטה).

**9.** החקירה במשטרה מחולקת לשניים:ו התחקור בפני החוקרת, בטרם הגיע התיק למח"ש (נ6/) והעימות עם הנאשם (ת3/), שהוקלט בוידיאו (ת4/) ותומלל לכתב (ת5/). למקרא ההודעה נ6/, בולט שהרשום בה אינו נוקט בלשונה או בסגנון דיבורה של המתלוננת. עובדת היותה קשת תפיסה, בשל מצבה, אינה עולה מן ההודעה כלל. הדברים נרשמים שם בשטף ועל-כן הנחתנו היא, שלאחר תחקור של המתלוננת, שכזכור מערבבת ומבלבלת בסיטואציות שונות, נרשמו הדברים בלשונה של החוקרת אשר גבתה את ההודעה (שבעצמה לא העידה במהלך המשפט). לפיכך, לא נוכל להתייחס לרשום בהודעה זו כמסמך המעיד על גרסת המתלוננת, אף אם בעקרם של דברים היא חוזרת על דבריה, שפורטו לעיל, ומתארת את פעולת הנאשם כדגדוג בין הרגליים.

לעימות יש כאמור תיעוד אותנטי של דברי המתלוננת וצורת האמירה, ובו היא עומדת על גרסתה כלפיו, אולי אף במשנה תוקף לנוכח העובדה שהפעם הם ניצבים האחד מול השני, מבלי שקרובי משפחתה יהיו נוכחים באותו המעמד. התמליל כשלעצמו משקף אך בחלקו את שניתן להסיק ממהלך העימות, שכן מצפייה בקלטת ת4/ למדים גם על תנועות ידיים, כאשר המתלוננת מדגימה את המעשה, ממש כשם שתוארו הדברים על-ידי אמה ודודה, בעת פירוט דבריה לאחר האירוע, ובדומה לעדותה בבית המשפט. הנאשם ניסה להוביל את המתלוננת לאשמה בכיוון אותו החניך בשם רחמים, אולם חרף מוגבלותה, אין הוא מצליח להסיטה מן העיקר, אף אם הדברים נבעו מתוכה בהדרגה. בהתחלה דיברה על קריעת המכנסים ועל הצווי שקיבלה ממנו להימנע מלגלות את הדבר. אחר-כך הוסיפה את העובדה שהוא נגע בה. בשלהי העימות, כאשר הנאשם חזר על דבריו, בטענה שלא נגע בה, הטיחה בפניו ישירות:נ "אל תשקר, זכריה, זה לא נכון". כמדומה שלפי המצופה מעדה כזו, יש לאמירה זו, כפי שנאמרה, משמעות רבה ביותר.

**10.** בבית המשפט העידה המתלוננת במתכונת דומה. קשה היה לדלות ממנה את כל הפרטים שסביב האירוע אך באחד הייתה עקבית וישירה, כמפורט בחקירה הראשית, בעמ' 57:ב

"**ת.** הוא היה נוגע בי גם למטה וגם למעלה זה מה שהוא היה נוגע בי. מה אני אשקר? רק אמר לי שאני אחביא את המכנסים ולא אראה לאמא עד שאני אחזור מהמקום או אני אתחבא בחדר.

**ש.** כשאת אומרת שהוא נגע לך למטה, איפה הוא נגע לך בדיוק?

**ת.** אני כבר זוכרת איפה. איפה שיוצא פיפי, זה מה שאני זוכרת.

....

**ת.** נגע לי בחזה גם. מה אני אשקר?

**ש.** איך הוא נגע לך בחזה אני רוצה שתראי לי

**ת.** הוא בא אלי והכניס את היד מתוך החולצה (העדה מדגימה הכנסת יד מעבר לחלק העליון של הסוודר).

**ש.** כשהוא הכניס את היד כמו שהראית לי, במה הוא נגע?

**ת.**  בחזה".

על דברים דומים חזרה בהמשך החקירה הראשית ואף בחקירה הנגדית (למשל:ו עמ' 58 ועמ' 66, שם תיארה וגם הדגימה את הפעולות).

**המסקנה מעדות המתלוננת:נ**

**11.** במשך תקופה ארוכה למדי ובהזדמנויות שונות, מביכות לגביה יותר או פחות, המתלוננת חזרה ופירטה את לב גרסתה, בנוגע למעשים שלדבריה הנאשם עשה בה בעת הנסיעה ביום האירוע, עת היא זוקפת את הפעולות כולן על הנאשם ומאשרת, שנהגים אחרים, לפני ואחרי האירוע, לא עשו לה דבר (למשל:ב בעמ' 59). בנושא המעשים היא נותרה עקבית לאורך כל הדרך, כאשר היא מטיחה את הדברים ישירות בפני הנאשם, טוענת שהוא שקרן ואף במעמד מסוים מתפרצת כלפיו באופן ספונטני. כמדומה שעמידה בנטל כזה לגבי המתלוננת, על כל מגבלותיה, אינו עניין של מה בכך, ושוכנענו, כי אין אצלה את התחכום הדרוש להמצאת סיפורים או לעמידה בשקרים לאורך זמן (זוהי גם דעת דודה מר גבאי, האמון על טיפול במפגרים תקופה ממושכת והמכיר את המתלוננת מקרוב, לא רק בקשר לקרבת המשפחה שביניהם:ו עמ' 21 לפרוטוקול; גם אמה העידה שהמתלוננת לא נתפסה בשקרים:נ עמ' 48. והשוו עם הנאמר ב[ע"פ 3695/90](http://www.nevo.co.il/case/17920648) **כהן** נ' **מ"י,** דינים עליון, כרך יט, 552). גרסתה בלב הנושא הייתה כאמור עקבית ומפורשת. אין צריך לומר, שלא היה בידי הנאשם הסבר, מדוע תבחר המתלוננת - לו היה ביכולתה המנטלית לעשות כן - להעליל עלילות שווא דווקא עליו, כאשר כבר שנים אחדות היא מוסעת מביתה למע"ש וחזרה על-ידי נהגים רבים. לעיל כבר עמדנו על תכונתה, הנוטה בדרך-כלל לריצוי החוקרים והמתשאלים אותה, אך לא כן לגבי הנושא העיקרי, בדבר המעשים שהיא מייחסת לנאשם. הרושם שנותר הנו, כי יכולתה לבדות מהגיגי לבה סיפור כה מורכב ולהתמיד בו לאורך זמן, מבלי לסטות מן העיקר כמעט לחלוטין, אינה ריאלית ולכן התמדתה בגרסה מלמדת גם על אמינותה וחרף הקשיים שעליהם נעמוד להלן. ודוק:ב מעת האירוע ועד ליום עדותה בבית המשפט חלפו למעלה מ16- חודש. עוד לא מתקבל על הדעת שקרובי משפחתה שכנעו אותה להעליל סתם על הנאשם וברי כי אם מאן-דהוא היה פועל לשם כך, הייתה, לנוכח יכולתה המוגבלת, מציינת ומגלה את הדבר בהקשר זה או אחר.

**12.** הגרסה העובדתית שבה דוגלת המאשימה הנה, שהמעשה המגונה נעשה במתלוננת, בידי הנאשם, בנסיעה בדרך חזרה, עת שניהם נותרו לבד במכונית. פרט לוואי אלה מעלים פנים עובדתיים, שבכל אחד מהם יתעורר קושי לכאורי במסכת הראיות, לאור מוגבליותה של המתלוננת. בשלב מסוים היא אישרה כי המעשים נעשו, כביכול, בעת הנסיעה בדרך אל מע"ש וכי במכונית היו אנשים נוספים, כאשר המדובר בפעולה תוך כדי הנסיעה, חלופה שלטענת ההגנה הנה בלתי אפשרית. אכן, קשה מאוד לקבל מהמתלוננת מידע מפורט, למשל, היכן ישבה בעת האירוע ואם נכחו נוסעים נוספים, שהרי היא מיד מערבת סיטואציות אחרות לאותו הקשר. כאשר שואלים אותה על לימור, חניכה נוספת הנוסעת בהסעה, היא משיבה שזו ישנה במושב האחורי, כדרכה בדרך-כלל. אין להסיק מכך, שבעת האירוע הנטען זו באמת נכחה בכלי הרכב, ותשובת המתלוננת מתייחסת למצב הרגיל. כך גם לגבי הנוסעת יהודית, שיש צורך לסייע בהורדתה והמתלוננת מסייעת מדי פעם לנהג במשימה זו. לא ניתן להתעלם מהגבלתה השכלית, גם בזיקה לגרסתה, אולם כמפורט לעיל הרי באופן פרדוכסלי, דווקא מצבה זה מחזק את עדותה בנוגע ללב הטענות - המעשה המיוחס לנאשם, שלגביו אין היא מתבלבלת והיא נחרצת וחד-משמעית באשר לתוכנו. ככלות הכל, המדובר במרכיבי סיפור עובדתי פשוט:ו נגיעה בחזה ונגיעה בבושת, תוך קריעת המכנסים ואגב הדגמות של המעשים, למן התיאור הראשון בפני קרובי המשפחה, בשלהי יום האירוע, עבור דרך העימות במשטרה ועד לעדות בבית המשפט, חודשים רבים לאחר מכן. בהקשר לכך לא למותר יהא להפנות לפסיקת בית המשפט בעניין [ע"פ 712/94 ג'בארי נ' מ"י (פ"ד מט](http://www.nevo.co.il/case/17930636)(2) 332), שם אושרה ההתבססות העובדתית על דברי המפגר-המתלונן, חרף בלבול בגרסתו, עת ה"סיפור המרכזי" נשאר איתן (בעמ' 336; וראו לאחרונה התייחסות לעדות מפגרת, ב[ע"פ 7104/96](http://www.nevo.co.il/case/6095404) **מ"י** נ' **פלוני,** טרם פורסם. פסק הדין ניתן ביום 8.2.98).

**13.** לאחר ששקלנו את הדברים בכובד ראש, עקב מצבה של המתלוננת ולא מבלי שהזהרנו את עצמנו לזהירות כפולה ומכופלת, המסקנה המתבקשת מן הנאמר לעיל הנה, כי לעצם המעשים ניתן לקבל את עדות המתלוננת כראיה לחובת הנאשם, אולם לאור טיבה של העדות, על כל המורכבות הכרוכה במצבה השכלי של המתלוננת, ניכר שלא ניתן יהא להשית עליה בלבד הרשעה בפלילים. בנושא זה מקובלת עלינו עמדת הסניגור המלומד, בדבר דרישה לסיוע ממשי, שלא מההיבט הטכני פורמלי, כי אם בתוקף שיקול הדעת, כאמת מידה לקביעת ממצאים על-פי עדות זו. בכך יהא בוודאי גם למצות אחר הנדרש בהוראת [סעיף 54א(ב)](http://www.nevo.co.il/law/98569/54a.b) ל[פקודת הראיות](http://www.nevo.co.il/law/98569) [נוסח חדש], תשל"א1971-, כל אימת שהמדובר בעדות יחידה לסוג העבירה קא-עסקינן. בטרם נבוא להתייחס לחיזוקים ולתוספות הראיתיים שלעדות המתלוננת, מן הראוי לעמוד קמעה על תגובת הנאשם, במעמד המפגש ביום המחרת, שבו המתלוננת התפרצה כלפיו באופן ספונטני ותגובותיו בעת העימות במשטרה.

**התנהגות הנאשם בעת הטחת הדברים כלפיו:נ**

**14.** במהלך המפגש בביתו של מר גבאי, דודה של המתלוננת, יום למחרת האירוע הנטען, התמקד הנאשם באותו חניך בשם רחמים ובמקומות הישיבה המונעים כל אפשרות לעשיית המעשים כפי הנטען על-ידי המתלוננת. הוא ביקש ממנה להדגים היכן ישב כל אחד, אולם לפי גרסת מר גבאי, עמדת הנאשם לא הייתה ברורה לחלוטין "הוא גמגם קצת, לא דיבר דברים ברורים" (עמ' 16 למטה). רושם דומה נותר גם ממהלך העימות בין השניים במשטרה, כאשר בקטעים מסוימים הנאשם גמגם ולא היה בטוח בעצמו. כך למשל, לאחר שהמתלוננת הדגימה היכן הנאשם נגע בה פנתה אליו החוקרת לקבל את תגובתו. או אז לא שלל מגע פיזי עם המתלוננת, אלא שהסביר זאת במעין אינסטינקט עקב פעולת הנהיגה כשהיא מפריעה לו. בעמ' 4 לתמליל נרשם כדלקמן:ב "תשמעי, סביר מאוד להניח, אם אני עושה ככה, אז אני מסתכל קדימה ואני לא, לא (מגמגם) רואה לאן הולכת לי היד". אכן, ייתכן שהגמגום נובע מהתרגשות ומצוקה שאינה נובעת מחשש לגילוי המעשה, אלא מנסיבות אחרות הקשורות למהלך החקירה, עת המדובר באדם שאינו אמון על חקירות ועימותים במשטרה, אולם כאן אנו רואים את הניצן הראשון של הגרסה, לפיה הלה נוגע במתלוננת תוך פעולת דחיפה. כך גם פרט בעדותו בבית המשפט (עמ' 78 באמצע), מה שלא נזכר באופן דומה במהלך ההודעה במשטרה (ת1/), עת שם המדובר בהתראות קולניות בלבד.

**15.** בולט מהתנהגות הנאשם בשני אירועים אלה, שהלה מנסה לגלגל את האשם לפתחם של אנשים אחרים או אירועים אחרים, אולם בשום מקום לא נראה אותו זועק או טוען כלפי המתלוננת, מדוע היא מעלילה עליו עלילת שווא, בבחינת "לא היו דברים מעולם". הרושם שנותר ממסכת זו - כולל מצפייה בקלטת ת4/ - הנו, כי לנאשם היה בכל זאת משהו להסתיר, עת הלה מצדו איננו חולק בגרסתו לכך שבקטע מסוים של הנסיעה נותר הוא לבד עם המתלוננת. לדבריו המדובר בנסיעה בת דקה אחת (עמ' 79 בתחילת החקירה הנגדית), אולם אין מצדו הסבר לאיחור שנגרם באותו היום להגעתה של המתלוננת לביתה, עובדה שהוא כופר בה, ברם, כפי שנווכח להלן, אין בידינו לקבלה ובנושא זה מקובלת עלינו גרסת אמה של המתלוננת, על-כך שזו הגיעה באותו היום באיחור מסוים.

**התנהגות המתלוננת ומצבה לאחר האירוע:ו**

**16.** ראיות על מצבה הנפשי והגופני של נפגעת בעבירות מין, מסמוך לאחר האירוע הנטען, יכולות לשמש לא רק כחלק מהרס גסטה ופירוט חובת ההנמקה, לפי [סעיף 54א(ב)](http://www.nevo.co.il/law/98569/54a.b) ל[פקודת הראיות](http://www.nevo.co.il/law/98569), אלא גם כראית סיוע ותימוכין לגרסה העיקרית (י' קדמי, שם, 160 ואילך ובחוברת העדכון, עמ' 23; [ע"פ 6132/93](http://www.nevo.co.il/case/17928784) **צור** נ' **מ"י,** דינים עליון, כרך לו, 4; [ע"פ 5237/93](http://www.nevo.co.il/case/17926001) **זהבי** נ' **מ"י,** דינים עליון, כרך לו, 283; [ע"פ 3179/91 שיאחי נ' מ"י, פ"ד מו](http://www.nevo.co.il/case/17918812)(2) 52, 57 מול ד'-ה'; ועוד רבים אחרים). בענייננו הראיות לגבי מצבה של המתלוננת, כפי שתוארו על-ידי אמה ודודה, מצביעות על אירוע חריג ומיוחד. באותו היום וביום המחרת התנהגה בהתרגשות רבה: בכי, אודם בפנים, נראתה מבוהלת ולבסוף גם לקתה בהתקף אפילפטי, המתרחש כאמור רק לאחר התרגשות יוצאת דופן (עדות מר גבאי בעמ' 14 למטה ובעמ' 15; ועדות האם בעמ' 41-39 ובעמ' 49). בניגוד להרגלה בימים כתיקונם היא נכנסה מההסעה ישירות לחדרה, נראתה חיוורת, הסתגרה בו והחליפה מכנסים. על-כך אומרת אמה בעדותה: "היא אף פעם לא נכנסה להחליף אחרי שהיא באה" (עמ' 42 למעלה). ולמטה מכך העידה, כי כאשר המתלוננת סיפרה את הקורות אותה הייתה היסטרית ולאחר מכן החלה להתכווץ (שם, עמ' 49 למטה).

**17.** מצבה זה של המתלוננת, לרבות ההתקף האפילפטי המתואר לעיל, משמש כחיזוק וסיוע ממשי לגרסתה בדבר המעשה המגונה שבוצע בגופה באותו היום. על-כך ניתן להוסיף את העובדה שהמכנסים באמת היו קרועים (ת6/). ההגנה טענה, שתחילתה של הטראומה היא בקריעת המכנסים והחשש של המתלוננת מפני עובדה זו ומפני הכעס של אמה כלפיה. לנושא זה נבוא בהמשך הדברים, במסגרת מיון טענות ההגנה. לא התעלמנו גם מטענות הסניגור, על-כך שהמתלוננת פרצה בבכי לאחר שנתגלה כי מכנסיה קרועים ועל נטייתה לבכות בהזדמנויות רבות (עמ' 46 למעלה). עם זאת, לעניין דידן מסקנתנו הברורה היא, כי המתלוננת פרצה בבכי ונראתה כפי שנראתה, לאחר שגילתה את פרטי המעשה לסבתה ולאמה, מעט יותר מאוחר מגילוי הקרע במכנסים, שכן בשלב הראשוני היא נמנעה מלהסכים לספר לאמה את הסיבה לכך ולטענת התביעה עשתה כן לאור הצווי שקיבלה מהנאשם. בסופו של דבר משגילתה את סודה, הרי ליווי הדבר בבכי הנו אך דבר טבעי ומתבקש ממכלול הנסיבות, בעיקר כאשר המתלוננת אצרה את סיפור המעשה זמן מסוים, אף אם קצר ביותר, בטרם סיפרה אודותיו.

**טענות ההגנה - גרסת הנאשם:**

**18.** לנאשם, בן 52 נשוי ואב ל5- ילדים, אין כל עבר פלילי ובנוסף לעבודתו כנהג הסעות שימש באותה תקופה גם כקצין בטחון במושב ישע. לדבריו החלו להתעורר בעיות מיוחדות בהסעה, בקו האמור, עם הצטרפותו של החניך רחמים, לקוי בנפשו כבן 30, שבעת הנסיעה נהג כל העת להשתולל ובלתי אפשרי היה לתקשר עמו. המדובר בנסיעה בקו עמוס, בעיקר לאחר שהוספה נקודה נוספת של מושב לוזית, והיה עליו להזדרז ביותר, בכדי להגיע רק באיחור קל להסעה הבאה ממפעל "עוף ירושלים". בנסיבות אלו מבקש הנאשם להראות, כי לא היה סיפק בידו לעצור ולו לרגע מיותר. במסכת חקירתו הנגדית העלה הנאשם גרסה, שלא נזכרה על-ידו במלואה קודם לכן, לפיה באותו היום עלתה המתלוננת בוכה ומשתוללת, עם ריר בפה, והדגישה שלא קיבלה את הכדורים שעליה ליטול מידי יום (עמ' 80). אומנם בעת התחקור במשטרה דיבר הנאשם באופן כללי על נושא צריכת הכדורים בידי המתלוננת (ת1/, עמ' 1 ש' 27-26), אולם הוא לא ראה להתייחס שם קונקרטית לאותו היום ובוודאי שלא מסר תיאור על מצבה של המתלוננת באותה הסעה. כך גם במפגש אצל הדוד יום למחרת - מאום בנושא לא נאמר. פשיטא, שזוהי גרסה מאוחרת בניסיון למצוא רווח והצלה, על-כן בעצם העלתה, כמות שהיא, יש כדי להחליש במידת מה את עמדת ההגנה. הנאשם הוסיף והלין על-כך שבאותו היום השתוללו הנוסעים השתוללות מיוחדת ועמד על דעתו, שלא היה דבר בינו לבין המתלוננת, אם בהסכמה ואם בלעדיה, אך אין לו הסבר לגבי נחישותה בטענותיה כלפיו (עמ' 83). יוטעם, כי הטענה, לפיה הלה עבד בלוח זמנים צפוף ביותר הועלתה באופן כללי לגבי קו הסעה זה, אולם לא הובאו ראיות להעיד על הלחץ האמור קונקרטית לאותו היום, האם באמת הנאשם היה מי שהגיע לעוף ירושלים, להסיע את הנוסעים ובאיזו שעה הגיע. הדעת נותנת, כי מצוי רישום אצל המעסיק של הנאשם, לגבי ההסעות הספציפיות שהלה ביצע ביום האירוע, אולם רישומים כאלה או דוגמתם לא הוצגו כראיה, להעיד, שהלה באמת התייצב בשעה היעודה לביצוע ההסעה מעוף ירושלים. אומנם מעסיקו דאז של הנאשם, מר יחזקאל שמביק, העיד כי לא זכורות לו החלפות בקו הנסיעה בשלהי היום, להבדיל מהחלפות בשעות הבוקר, אולם לא נוכל לסמוך על זיכרון ערטילאי זה, כאשר לדבריו מצויים רישומים על מבצעי ההסעות ועל החלפות בין נהגים (עמ' 88 באמצע). פשיטא, שטענת ההגנה האמורה לא הוכחה בראיות הטובות ביותר האפשריות, לשם השכנוע בה.

**19.** טענות אחדות העלה הסניגור, כדי שיהיה בהן לנסות לעורר את הספק הסביר, שממנו זכאי לדבריו הנאשם ליהנות, כל אימת שהתביעה מצידה מצליחה להוכיח את טענותיה כנטל הנדרש ממנה. על נושאים אלה נעמוד עתה.

**הספק הסביר:**

**20.** משעמדה התביעה מצידה בנטל ההוכחה המוטל עליה, המספיק כשלעצמו להרשעה בפלילים,זכאי הנאשם לנסות ולעורר את הספק הסביר, שמשמעו, אפשרות ממשית מתקבלת על הדעת, לה אחיזה בחומר הראיות. לפיכך, אין להסתפק בהשערות קלוטות מן האוויר, בבחינת גרסה תיאורטית גרידא בלבד ([ע"פ 6251/94 בן-ארי נ' מ"י, פ"ד מט](http://www.nevo.co.il/case/17929053)(3) 45, 85 מול ה'-ו'; בספרו הנ"ל של השופט קדמי **על הראיות**, חלק שני, 832; ו[ע"פ 3124/91 כהן נ' מ"י, פ"ד מז](http://www.nevo.co.il/case/17918597)(3) 406, 414 מול ד'-ו'). עליו להציג קו הגנה ממשי, ריאלי, שאינו בגדר הדמיון בלבד, שהרי בהצגת ספק כלשהו לא סגי. אפילו בדיני הנפשות בית-המשפט אינו נדרש להכריע על אדני הוודאות הגמורה, על-כן ספק גרידא לא יספיק לשם הזיכוי ונדרש כי יעמוד באמות המידה של מבחני הסבירות ([ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מ"י, פ"ד מז](http://www.nevo.co.il/case/17938169)(4) 221, 651 מול ב'-ז'). נקוד אפוא על הסבירות שבספק, לאמור "שילובה של אמת מידה אובייקטיבית לתוך ההערכה הסובייקטיבית של העובדות, על-מנת ש'זו תציב לה תחומים ותסייע ביצירת אמצעי סינון שיוסיפו יסוד אובייקטיבי המושתת על אדני הסבירות'" ([ע"פ 5133/96 פלוני נ' מ"י, פ"ד נ](http://www.nevo.co.il/case/17925631)(3) 424, 432 מול א').

**טענות שונות לגיבושו של הספק הסביר:**

**21.** קו טענות אחד מתייחס לתרופות שהמתלוננת צורכת. מצד אחד מבקשת ההגנה לעורר את הספק הסביר בשל אפשרות השפעת התרופות ומצד שני מבקשת היא לעורר את הספק בשל אפשרות של אי נטילת התרופות. התביעה מלינה על-כך, שהמדובר בטענות עובדה סותרות, אולם אין בידינו לקבל טיעון זה, מכיוון שהנאשם אינו טוען לגיבושן של עובדות אלו, אלא מבקש לעורר, מתוך החומר הראייתי הקיים, בקיעים בגרסת המאשימה, שיש בהם כדי לעורר את הספק. אין אפוא מניעה מלהעלות טענות הסותרות האחת את רעותה, על-מנת לנסות לשכנע בקיומו של הספק, מה שאין כן כאשר מבקשים לקבוע ממצא עובדתי הסותר ממצא עובדתי אחר, שגם אותו מבקשים לקבוע. אשר להשפעת התרופות, הוצגה חוות-דעת על-ידי התביעה, חתומה בידי מר מרטין בינס, פרמאקולוג ועורך-דין (נ7/ ו-נ7/(א)). לפי המפורט בה, עלול הנוטל תרופות אנטי אפילפטיות, מסוג Tegretol SR, ללקות בהזיות, הלוצנטיות חזותיות והפרעות נוספות, לאור השפעת המרכיב הפעיל המכונה Carbamazepine. השפעה מיוחדת יכולה להיות אצל מפגרים. לפיכך מסקנתו בשולי חוות הדעת הנה:

“Visual and auditory hallucinations, though not frequent, are a recognised side effect of Tegretol therapy. Retarded and elderly patients are especially vulnerable to this reaction".

מנגד לכך הוגשה חוות-דעתו של ד"ר א' דורביץ (ת8/). מומחה זה מסביר בחוות דעתו המפורטת את ההשלכות השונות של השימוש בתרופה, המינון ותופעות הלוואי. תופעות אלו במערכת העצבים המרכזית מתחלקות לתופעות נוירולוגיות ופסיכיאטריות. האחרונות מופיעות אך בקטגוריה הנדירה ביותר (1 לכל 10,000 מקרים) וכוללות לענייננו הזיות ויזואליות ושמיעתיות ויצירה של פסיכוזה. כדבריו בעמ' 4 לחוות הדעת:

“Psychiatric side effects are listed only as isolated cases and include: visual and auditory hallucinations, depression, restlessness, aggressive behavior, agitation, confusion, and activation of psychosis”.

זוהי נקודת האיזון בין שתי חוות הדעת, עת המומחה מטעם ההגנה מתייחס לעצם קיומן של אפשרויות מסוימות, פועל יוצא מהשימוש בתרופות, ואילו המומחה מטעם התביעה עומד גם על היקפן, תוך שהוא מדגיש את סיכון פיתוח ההפרעה הפסיכיאטרית אצל הלוקים באפילפסיה, גם ללא קשר לתרופה. ואולם בהמשך הוא מוסיף הערכה בשים לב לעובדות דידן, עניין החסר בחוות דעת עמיתו. לדבריו המתלוננת נזקקת לתרופה מאז שנת 81', כאשר המינון אינו צריך לעורר בעיה, ועובדה היא כי אין עדות אצלה להשלכות פסיכיאטריות כלשהן. מכיוון שכך, הנו סבור כי הגורמים המצטברים שוללים סבירות של השפעת התרופה עליה. כך נרשם שם בפרק הסיכום:

“In light of the above it is my professional opinion that:

1) The incidence of psychiatric side effects secondary to the general use of Tegretol is extremely low.

2) ... (The complainant’s) having been treated for many years with Tegretol, in therapeutic doses and within therapeutic blood levels, has no documented history of any psychiatric dysfunction.

3) In light of the medical and medication history of ... there is no evidence to indicate that Tegretol, in any way, negatively influenced her psychiatric status”.

למעשה אין לענייננו פער מקצועי ממשי בין שתי חוות הדעת, שהאחת משלימה את רעותה, ועל פי זו האחרונה מסולק החשש להטלת האשמה עקב ההפרעה הפסיכוטית.

זאת ועוד, הדעת נותנת שלו היה מדובר בהפרעה פסיכוטית, היה הדבר מקבל ביטוי נוסף, כפי הדוגמאות מחוות דעת מומחה ההגנה, המפנה למקרים שנמשכו לאורך זמן. לאור האמור אין בידנו לקבל את התזה להפרעות נפשיות, לשם יצירתו של הספק בענייננו.

**22.** הטענה האחרת מתייחסת להשפעת אי נטילת התרופות, בהסתמך על גרסת הנאשם דלעיל, לפיה נמנעה המתלוננת מליטול כדורים באותו היום (עמ' 80). הגרסה האמורה נשללה על-ידי אמה של המתלוננת (עמ' 41) ולבד מכך שהיא כבושה, כפי שעמדנו על הדברים לעיל, לא נראה שניתן בנסיבות העניין לקבלה, שהרי ההשלכה של אי נטילת התרופות הנה רק לריבוי התקפים ואנו לא שמענו, כי במהלך הנסיעה (וכל שכן בעת השהות במע"ש) נתקפה המתלוננת בהתקף אפילפטי. לפי המפורט בחקירתו של ד"ר אברבוך, המדובר בהתקפים המובילים לאבוד הכרה ברמה עמוקה מאוד ולא סביר שבמהלך התקף כזה יהיו פנטזיות ודמיונות. חרף ניסיונו הרב לא שמע המומחה אף פעם על הזיות בהתקף מן הסוג האמור (עמ' 37). גם אמה של המתלוננת תיארה את ההתקף, ככולל התכווצויות והקאות, בטרם ההרדמות לכמה שעות (עמ' 53 באמצע למטה). הדעת נותנת אפוא, שאם היה לה התקף אפילפטי במהלך הנסיעה, לא הייתה מצליחה להגיע ערנית לביתה והנאשם היה מגלה שאריות קיא במכונית. אין צריך לומר שלטענות עובדה הנוגעות לכך אין אפילו קצה רמז בעניין שלפנינו, כשם שאין עדות על תרדמה כלשהי. מכיוון שכך, האפשרות לקיומו של התקף ופנטוז במהלכו, אינה מגיעה אל גדר של "אפשרות ממשית", היכולה להעמיד את הספק הסביר.

לא-זו-אף-זו, מכיוון שאין אנו מקבלים את הפן העובדתי שבגרסת הנאשם, כפי שהדברים פורטו לעיל, כי אז אין בכוחה של טענה זו להסביר את ההתקף שבו לקתה המתלוננת בשעות הערב של אותו היום, התקף שנגרם בשל הטראומה שעברה ולא בשל אי נטילת התרופות כסדרן.

**23.** טענה נוספת התבססה על-כך, שבזמן האירוע סבלה המתלוננת מפטרייה במפשעה, בבטן התחתונה (כמפורט בתעודה הרפואית, שצורפה לתעודת הרופא נ1/). בנסיבות אלו מעלה ההגנה אפשרות שהגירוי מהפטרייה גרם לגירודים שהובילו לקריעת המכנסים. החוקרת גב' שייביץ לא מצאה לקבל הערכת רופא, במסגרת החקירה, לגבי נושא זה (עמ' 8), אולם נראה שבדיעבד גם לא היה צורך לעשות כן, שכן מיקום הפטרייה אינו מקביל ואינו קרוב למקום הקרע במכנסים. אמה של המתלוננת העידה שהפטרייה טופלה במשחה (עמ' 52), ואילו המתלוננת עצמה תיארה את מיקום הפטרייה באזור הבטן למטה (עמ' 74). יתר-על-כן, אפילו אם תאמר שיכול להיות קשר מסוים בין הפטרייה לבין קריעת המכנסים, עדיין אין בכך כדי להטיל ספק בגרסת המתלוננת לעובדה שהנאשם נגע בה באיבריה השונים ואגב זאת גרם לקריעת המכנסים. טענות ההגנה הנוגעות לכך שהמתלוננת חששה ביותר מעובדת הקריעה של המכנסים תיבחנה להלן, ועל-כן לנושא הפטרייה, כשלעצמו, אין מעמד עצמאי, במנותק מהטענה האמורה.

**24.** לא שוכנענו כלל, כי קיימת אפשרות סבירה לכך, שקריעת המכנסיים הובילה את המתלוננת למצוקה, שהמוצא ממנה היה בהעללת דברים על הנאשם. דעתנו היא, כי המתלוננת נכונה בגרסתה שהנאשם במעשיו גרם לקריעתם, אולם אפילו אם הסיבה היא שונה (כמו הגירוד בשל הפטרייה), עדיין אין בכך כדי למעט מגרסתה. כך הם פני הדברים לגבי הנטען בדבר השתוללות של נוסעים אחרים, שביניהם לבין המעשה המגונה דנן אין כל קשר ולא ראינו כי בנטען יש כדי לעורר את הספק הסביר.

**25.** לטענה נוספת, המתבססת על לחץ הזמן בעת ההסעות התייחסנו לעיל, שם פורט כי לא הומצאו בנושא כל הראיות הצריכות. מכל מקום, עובדה המקובלת עלינו היא, שההסעה הגיעה באותו היום באיחור מסוים, אף אם יכול שהוא מצומצם יותר מהאיחור שנטען על-ידי האם. העדות הכללית של הנאשם, לגבי שגרת עבודתו, אינה יכולה לעמוד ואינה עומדת כנגד ראיה קונקרטית זו. מכיוון שכך, היה על הנאשם להסביר את האיחור ופער הזמן, מה שלא עלה בידו לעשות.

**הפן המשפטי:**

**26.** "מעשה מגונה", המוגדר [בסעיף 348(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) כ"מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים", נבדל ממשחקי אהבה ביסוד ההסכמה. זו חוצה את קו הגבול בין המותר לבין אסור, בין היפה לבין מכוער. גם המפגר זכאי לקיים יחסי מין ולקשור קשרים רומנטיים עם בני המין השני, זאת כל אימת שהוא מסכים או מסוגל להסכים לדבר. [סעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) מדבר על נסיבות של העדר הסכמה, אולם יש מקרים שבהם חרף קיומה של הסכמה, או הסכמה לכאורה, אין להתחשב בה. כך, למשל, עת ההסכמה הושגה במרמה ([סעיף 345(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.2) לחוק); עת המדובר בקטין שטרם מלאו לו 14 שנים ([סעיף 345(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.3) לחוק) או עת המדובר **בניצול** מצב של חוסר הכרה, מצב אחר המונע התנגדות, מחלת נפש או **ליקוי שכלי** ([סעיף 345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) לחוק). לפיכך ברור, כי ליקוי שכלי אינו מכוון רק למצב הרמה השכלית או לעובדת היות האדם מפגר, שאם תאמר כן תישלל ממנו כליל האפשרות לקשור קשרים רומנטיים. ההגנה המיוחדת על המפגר נועדה לשמור עליו מפני הסכמתו. על אבחנה זו והאיזון הראוי בעקבותיה עמד בית המשפט העליון, ב[ע"פ 406/88 עקארי נ' מ"י, פ"ד מו](http://www.nevo.co.il/case/17942779)(5) 840, 848 מול א'-ג':

"לדעתי, האיזון הראוי בין האינטרסים והערכים שיש לקחתם בחשבון מוביל למסקנה, כי אישה 'לקויה בשכלה', לעניין סעיף 346 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), היא אישה אשר אינה מסוגלת להבין את מהותם ותוצאותיהם הפיסיות או את משמעותם ותוצאותיהם החברתיות של יחסי המין. על-כן, אישה שאינה מסוגלת להבין את ההיבט הפיסי של יחסי המין ואת תוצאות ההריון והלידה העשויה לבוא בעקבותיהם היא 'לקויה בשכלה' לעניין סעיף 346 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). בדומה, אישה שאינה מסוגלת להבין את המשמעות החברתית של קשר אינטימי בין גבר לאישה ושל יחסי האימהות או את האחריות האישית והחברתית שהדבר מטיל עליה לפרי הקשר הזה, היא 'לקויה בשכלה, לעניין סעיף 346 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) (...). אכן, גישה זו מבטיחה, מחד גיסא, כי הגבר לא ינצל את חוסר הבנתה של האישה את ההיבטים הפיסיים או החברתיים של יחסי המין ותוצאותיהם. מאידך גיסא, מאפשרת גישה זו לאישה, המבינה את ההיבטים הפיסיים והחברתיים של יחסי המין ותוצאותיהם, לקיים יחסי מין בלא חשש כי הבא עמה במגע עובר עבירה פלילית".

אומנם פסק דין זה דן בהוראת [סעיף 346](http://www.nevo.co.il/law/70301/346) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), כנוסחו דאז, אולם הפרשנות של המונח "לקויה בשכלה" שווה והולמת גם את הוראת הסעיף שלפנינו (השוו ליישום ההלכה הנ"ל על הוראת [סעיף 345(א)(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) לחוק העונשין, ב[ע"פ 8800/96](http://www.nevo.co.il/case/6137998) **שמאלנה** נ' **מ"י**, דינים עליון, כרך נב, 698; [ע"פ 3695/90](http://www.nevo.co.il/case/17920648) **כהן** הנ"ל, דינים עליון, כרך יט, 552; [ע"פ 7948/95](http://www.nevo.co.il/case/6116992) **מעודה** נ' **מ"י,** דינים עליון כרך נב, 116; [דנ"פ 6008/93 מ"י נ' פלוני, פ"ד מח](http://www.nevo.co.il/case/17928503)(5) 845).

**27.** לעניין הבנתה של המפגרתקיימים שני מבחנים מקבילים: היבט פיסי, לאמור - הבנה של מהות הקשרים הרומנטיים; והיבט חברתי, לאמור - הבנה של התוצאות החברתיות מקשר זה (פסק הדין **עקארי** הנ"ל, בעמ' 848 מול ד'-ז'). ההגנה טוענת שבנסיבות המתלוננת שלפנינו, היא עומדת בתנאי המבחן הנ"ל ומבינה את המשמעות החברתית והפיסית של קשר אינטימי בין גבר לאישה. דעתנו, לעומת זאת, היא, שהתמלאו בענייננו יסודות העבירה, כמבואר להלן.

**28.** אין חולק לעובדת היות המתלוננת מפגרת השוהה במפעל מוגן המיועד לאנשים בעלי יכולות נמוכות. משמעות הדבר, כי גילה השכלי קטן מגילה הביולוגי (עמ' 36). לפי עדות מר גבאי הבנת השוהים במוסד מקבילה להבנת בני הגילים 5 עד 10 שנים (עמ' 21). בנסיבות אלו יש לבחון ברובד הראשוני, האם המתלוננת מסוגלת ליתן הסכמה לנאשם, בהנחה שהיא הסכימה בהתנהגות למעשים (הנחה הנוחה ביותר לנאשם, בשים לב לעובדה שהלה כופר בעצם המעשה וטוען לכך ש"לא היו דברים מעולם". פשיטא, שאין הוא טוען לקיומה של הסכמה כלשהי). המתלוננת נשאלה, במהלך החקירה הנגדית, לגבי מידת הבנתה בנושאי הקשרים הבין זוגיים, וכך נרשם בעמ' 73 למטה:

"ש. את יודעת מה זה אשה בהריון, את ראית נשים בהריון?

ת. אז מה.

ש. את יודעת מה זה?

ת. כן, מישהי שצריכה ללדת היא צריכה להזמין אמבולנס.

ש. את יודעת שנכנסים להריון אם גבר בא עם אשה ושוכבים ביחד - את זה את יודעת.

ת. כן".

הנה-כי-כן, הלידה נקשרת להזמנת האמבולנס(!) ואילו המענה החיובי לשאלה האחרונה אינו מלמד על הבנה כלשהי, שהרי לעיל כבר פורט, כי המתלוננת נוטה להשיב בחיוב לשאלות שונות המוצגות בפניה בדרך זו. גם תשובתה לכך שיש לה חבר במע"ש וקודם היה לה חבר אחר (עמ' 74 למטה) אינה מלמדת על יחסי חברות הכוללים אקטים מיניים או קשרים רומנטיים. זאת ועוד, ד"ר אברבוך העיד בהקשר לכך, כי אצל רוב המפגרים ההבנה בענייני יחסי מין היא חלקית בלבד (עמ' 34).

בנסיבות שלפנינו, לפי הרושם שהותירה המתלוננת ובפער הקיים ביניהם, בולט כי הנאשם ניצל את מצבה השכלי ואת מעמדו כנהג ההסעות, על-מנת לבצע בה את המעשה, העונה אחר הגדרת מעשה מגונה (גם אם לא נקבל את עובדת החדרת האצבע לאיבר המין, אלא רק את הנגיעות באזורים האינטימיים). הנאשם ידע את מצבה ויכולת המוגבלת ונעלה מכל ספק הדבר, שאלמלא הפיגור שבו היא לוקה, לא היה עושה את אשר עשה. בהקשר דומה אומר ביהמ"ש העליון, ב[ע"פ 7948/95](http://www.nevo.co.il/case/6116992) **מעודה** הנ"ל (דינים עליון, כרך נב, 116):

"התמונה המצטיירת מחומר הראיות הוא ניצול לרעה בצורה מחפירה של המתלוננת. המערער נשוי ואב לילדים שגילו כפלים מגילה של המתלוננת שטרם מלאו לה 18 שנה והיא סובלת מפיגור שכלי, היה מופקד על הסעת ילדים מביתם לבית הספר ובחזרה. היה זה בית ספר לילדים הסובלים מפיגור שכלי והמתלוננת הייתה ביניהם. המערער ידע זאת והייתה מוטלת עליו אחריות יתר כלפי ילדים אלה. המערער תמרן ותכנן להסיע את המתלוננת בנפרד וללא תלמידים נוספים כפי שאמור היה להסיעה במצב העניינים הרגיל וכל זאת כדי לבצע בה את זממו. הפאסיביות שאפיינה את התנהגות המתלוננת, עולה בקנה אחד עם הליקוי השכלי ממנו סבלה וניצול מודע של מצב זה על ידי המערער, הוביל להרשעתו, כדין".

כמדומה שהדברים שווים והולמים בעיקרם גם את הנסיבות שלפנינו. אומנם המתלוננת העידה, כי היא צעקה, הביעה מחאה ודרשה ממנו להפסיק (עמ' 59), אולם אין בכך כדי להעיד על הבנה של ההיבטים הפיסיים והחברתיים כנדרש לפי פסק הדין **עקארי**. יכולתה של המתלוננת להבין את האיסור שבמעשה מצומצמת הרבה יותר ומטבע הדברים קשה לה יותר להגן על עצמה. כך, למשל, אישה רגילה תדרוש הסבר אם נהג עוצר לפתע בשולי הדרך או סוטה מן המסלול, דברים שהמתלוננת אינה יכולה להבין את משמעותם. גם אם צעקה על המתלונן מתוך הבנה מסוימת, עדיין אין בכך כדי לשלול את העובדה שתחילת המעשה, בטרם התגובה, נבעה מניצול מצבה השכלי הלקוי. יוטעם עוד, כי אינני סבור שבאין הסכמה כלשהי מצד המפגרת, הקריטריונים לבדיקת יסודות העבירה לגבי אישה רגילה או מפגרת הם שווים, שהרי יכולת התגובה והבעת העמדה המתנגדת מצד האחרונה רפה הרבה יותר. ניצול מצב זה מביאנו גם כן אל שערי סעיף משנה [345(א)(4),](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.4) שהרי העדר הסכמה חופשית אינו היסוד היחידי [בסעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1), המדבר גם על שימוש בכוח וכיוצאים באלה אמצעי לחץ, שלגבי המפגרת אינם מתחייבים להשגת זממו. נמצא, שאם נתייחס אליה כאל אישה רגילה, עלולה ההגנה על שלמות גופה וטוהרה ללקות בחסר, תוצאה שלטעמי אינה מתקבלת על הדעת (השוו: [ע"פ 1339/91 פלוני נ' מ"י, פ"ד מו](http://www.nevo.co.il/case/17911538)(1) 788, 791 מול ה'-ו').

**29.** וגם זאת: אף אם נעמיד את המתלוננת במצבה של אישה רגילה (הנחה, שיש בה לדעתנו, כאמור, כדי לקפחה בסיטואציות כגון דא), עדיין אין המדובר בהסכמה חופשית, כאשר הנאשם מנצל את מצבה. לטעמנו, לא מתקבל על הדעת שאדם יהא פטור באין הסכמה, בשעה שלא היה פטור אילו ניתנה הסכמה. בכל מקרה, מתמלאים גם תנאי הנסיבות הכלולות [בסעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) ולא ראינו, שההגנה קופחה בעניין זה או שעלול להיגרם לנאשם עיוות דין מיישום הנסיבות האמורות.

**המסקנה:**

**30.** התוצאה היא אפוא, שהוכחה העבירה המיוחסת לנאשם, על-כן הוא מורשע בביצוע מעשה מגונה, עבירה לפי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301).

ניתן והודע בפומבי היום, ב' בניסן תשנ"ח (29.3.98), במעמד עו"ד \_\_\_\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, מטעם התביעה, עו"ד ר' בר-חיים, הסניגור והנאשם בעצמו.

51293715129371

54678313

**מ' גל, שופט**

משה גל 54678313-1771/96

**נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה**