**בתי המשפט**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי תל אביב - יפו** | | **פ 005159/99** | |
|  | |
| **בפני ההרכב:** | **כב' השופטת שרה סירוטה, ס"נ – אב"ד**  **כב' השופטת נורית אחיטוב**  **כב' השופט אברהם טל** |  |  |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| בעניין: | מדינת ישראל | | המאשימה |
|  | ע"י ב"כ עו"ד | יהודית לייבה |  |
|  | - נ ג ד - | |  |
|  | דוד בן מאיר שבת | | הנאשם |
|  | יליד 1957  ע"י ב"כ עו"ד | ת.ז. xxxxxxxxx  משה מרוז |  |

# 

# חקיקה שאוזכרה:

# [חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [4](http://www.nevo.co.il/law/70301/4), [5](http://www.nevo.co.il/law/70301/5), [210](http://www.nevo.co.il/law/70301/210), [345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1), [348](http://www.nevo.co.il/law/70301/348), [348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a), [348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c), [קטן (ג1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c1), [348(ה)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.e), [348(ו)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.f)

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

# [חוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998](http://www.nevo.co.il/law/72507): סע' [3(א)](http://www.nevo.co.il/law/72507/3.a), [5(א)](http://www.nevo.co.il/law/72507/5.a)

# 

**הכרעת דין**

***כב' השופטת שרה סירוטה, ס"נ - אב"ד:***

א) מבוא

הנאשם הועמד לדין בשני אישומים של עבירות מין: על פי האישום הראשון של כתב האישום המתוקן ביצע הנאשם במתלוננת מ.ח. עבירות של אינוס לפי [סעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז - 1977 (להלן: "**חוק העונשין**") ומעשה מגונה בנסיבות של אינוס, לפי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) ביחד עם [סעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) לחוק העונשין.

על פי האישום השני (שאירועיו התרחשו קודם לאירועים נשואי האישום הראשון) ביצע הנאשם במתלוננת אחרת, ח.ס., עבירות של מעשה מגונה בנסיבות של אינוס, לפי [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) ביחד עם [סעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) ורמזים מגונים, לפי [סעיף 210](http://www.nevo.co.il/law/70301/210) לחוק העונשין.

במאמר מוסגר יצויין כי קויים דיון בדבר התרת תיקונו של כתב האישום ע"י הוספת האישום השני. המותב בראשות השופט אבן-ארי החליט לקבל את בקשת התביעה לתקן את כתב-האישום.

הנאשם בתגובתו בכתב לכתב האישום המתוקן לא כפר בהעסקת שתי המתלוננות בזמנים הרלבנטיים בכתב האישום במינימרקט שדלעיל –

באשר לאישום הראשון טען הנאשם שכל המעשים המיניים שפורטו בסעיף 3 נעשו בהסכמתה המלאה של מ.ח. .

לענין האישום השני , פרט להעסקת המתלוננת ח.ס – כפר בכל העובדות.

אתייחס לכל אישום בנפרד :

ב. אישום ראשון

**1) העובדות**

הנאשם בתקופה הרלוונטית היה אחד הבעלים של מינימרקט שנמצא בסמוך לתחנת דלק על יד צומת הכפר הירוק (להלן: "**המינימרקט**"). המינימרקט היה פתוח 24 שעות ביממה.

המתלוננת **מ.ח.**, ילידת שנת 1978, עבדה במשך כחודש וחצי, במהלך שנת 1999, כקופאית במינימרקט, בתור שכירה של הנאשם ושל שותפו, מרטין טרבלסי (להלן: "**מרטין**"). במינימרקט שררה לרוב אווירה "משפחתית" ובעלי המקום נהגו להתחבק ולהתנשק באופן ידידותי עם חלק מהעובדות, ובכללן מ.ח.; היחסים בין הנאשם לבין מ.ח. היו תקינים.

בתאריך 18/8/99 עבדה מ.ח. במינימרקט במשמרת לילה, שהחלה בחצות הליל. הנאשם התקשר למינימרקט סמוך לשעה 1:00, ולאחר זמן קצר (בין השעות 1:30 - 2:00) הגיע למינימרקט ושהה בו יחד עם מ.ח.. באותה עת נכחו במקום שני אנשים נוספים: גבריאל פסקריו (**עת/1**, להלן: "**גבי**"), פועל רומני שעבד במינימרקט; ובנימין כהן (**עה/2**, להלן: "**בני**"), בן דודו של מרטין שותפו של הנאשם. מרטין עצמו היה אותה עת בחופשה בתורכיה ולא נכח במקום. בני, גבי והנאשם שתו יחד משקה אלכוהולי מסוג אוזו.

אין חולק על כך כי במהלך הלילה התרחשו מעשים בעלי אופי מיני בין הנאשם ובין מ.ח., אם כי הצדדים חלוקים באשר לאופיים המדויק של מעשים אלו וכן באשר לזהות הצד שיזם אותם.

מכל מקום, בערך בשעה 6:00 לפנות בוקר עזבה מ.ח. את המינימרקט תוך שהיא מותירה מאחוריה את חפציה האישיים, וזאת למרות שהייתה אמורה לעבוד במקום עד השעה 8:00 בבוקר. מ.ח. הלכה לכיוון המוסכים הסמוכים למינימרקט.

בשעה 6:30 בערך הבחין עמי עמרם (**עת/10**, להלן: "**עמי**"), מתדלק בתחנת הדלק הסמוכה למינימרקט, ב מ.ח. מתקרבת לתחנת הדלק כשהיא בוכה. עמי הסיע את מ.ח. לביתה, ובדרך היא סיפרה לו כי הנאשם נישק אותה בכוח ותפס אותה בצווארה. עמי הבחין בסימנים אדומים על צווארה של מ.ח..

לאחר שהגיעה לביתה, סיפרה מ.ח. לאמה כי הותקפה וכי היא חוששת להגיש תלונה. האם עודדה את מ.ח. להגיש תלונה. בשעה 7:05 הגיעה מ.ח. עם אמה לתחנת המשטרה של רמת השרון, והאם סיפרה לרס"ב אבי יפרח כי ניסו לאנוס את בתה (ת/9). מ.ח. עצמה סיפרה לסמ"ר ירון בשארי כי "**הבוס בא דחף אותה ומשך אותה החוצה מהיציאה האחורית והחל לנשק אותה בכוח בצוואר והצביעה על סימנים אדומים אשר היו על צווארה בצדו הימני השמאלי ובמרכז וכן ציינה כי עשה לה עוד דברים**" (ת/3). בשלב זה נחקרה מ.ח. באופן יסודי, וטענה כי הנאשם ביצע בה סדרה של מעשים מגונים בניגוד לרצונה תוך שימוש בכוח; מעשים אלה הסתיימו לטענתה בכך שהנאשם בעל אותה באמצעות החדרת אצבעו לאיבר מינה (נ/1, ע' 2, ש' 23).

##### 2) גרסת המתלוננת מ.ח.

מ.ח. סיפרה כי קודם ליום האירוע היו היחסים בינה לבין הנאשם קורקטיים. לדוגמא, מ.ח. הזמינה את הנאשם, יחד עם שאר עובדי המינימרקט, לפתיחת מסעדה של דודה (ע' 76, ש' 1).

בלילה נשוא כתב האישום חשה מ.ח. כאבים בבטנה. הנאשם התקשר למינימרקט כדי לקבל דיווח על הנעשה במקום, וכאשר שמע כי היא חשה ברע הגיע אל המינימרקט והחליף אותה בישיבה על יד הקופה.

בהדרגה, במשך שעתיים או שלוש (ע' 39, ש' 13), התפתחה במקום אווירת הוללות. הנאשם, בני וגבי שתו אוזו, סיפרו בדיחות גסות וצפו בסרט כחול, או בתוכנית פורנוגרפית כלשהי. הנאשם ציווה על גבי להעביר ערוץ בטלוויזיה, אולם לאחר דקות מספר שבו השלושה לצפות בסרט הכחול (ע' 37, ש' 20 ואילך). מ.ח., שחששה לשלומה באווירה שהתפתחה, ניסתה להתרחק מהם ככל שעלה בידה תוך ביצוע עבודתה.

בעת ש- מ.ח. סידרה דברי מאפה, התקרב אליה הנאשם וחיבק אותה מאחור.

מ.ח. הסתובבה והדפה אותו מעליה. בשל כניסתם של לקוחות למקום עזב הנאשם את מ.ח. לנפשה ושב לקופה.

כשעה לאחר מכן הנאשם (שנראה למ.ח. שתוי) ביקש ממנה לשבת על ברכו.

מ.ח. נענתה לו מתוך פחד, וישבה עליו בנוכחות בני וגבי. הנאשם החל לעסות את כתפיה של מ.ח. בניגוד לרצונה, והיא הביעה את התנגדותה בכך שאמרה לו להפסיק וקמה. זמן קצר לאחר שקמה מעל ברכי הנאשם, התקשרה מ.ח. לחבר שלה מטלפון ציבורי הסמוך למינימרקט ואמרה לו "**שרע לי ושלא נראה לי שאני אמשיך לעבוד שם. אני לא פרטתי יותר**" (ע' 17, ש' 1).

לאחר זמן מה, לקראת השעה 6:00 בבוקר, תפס הנאשם את מ.ח. בעת שהכינה לעצמה משקה, במטבח שבירכתי המינימרקט, ומשך אותה לכיוון היציאה מהמקום. באותה עת נשק לה הנאשם בכוח בצווארה ובפיה, וכך גרם להיווצרות הסימנים האדומים על צווארה.

מ.ח. תיארה כך את התנגדותה: "**אני הדפתי אותו ממני. העפתי לו את היד, הוא נישק אותי פה, אני מזיזה לו את הראש לצד השני, אני מזיזה אותו מפה, ביקשתי ממנו די, ביקשתי ממנו להפסיק, מעיפה אותו, הוא מושך לי בחולצה אליו בחזרה. הוא תופס לי בישבן**" (ע' 84, ש' 1).

למרות תחינותיה של מ.ח. הכניס הנאשם את ידו לחולצתה, הסיט את חזייתה ונגע בשדיה, תוך שהוא מסביר לה כי "**חבל לי** (למ.ח. - ש.ס.) **על הזמן, שיש לי**  (למ.ח. - ש.ס.) **עסק עם מרוקאי**" (ע' 17, ש' 10).

בשלב זה הצמיד הנאשם את גופה של מ.ח. לגופו, מישש את ישבנה ואת איבר מינה, הכניס ידו אל מכנסיה ותחתוניה, ולבסוף אף בעל אותה בכך שהחדיר את אצבעו אל תוך איבר מינה.

מ.ח., שחשה כאב ובהלה, הצליחה לדחוף מעליה את הנאשם ונמלטה לכיוון השירותים, בעוד הנאשם שב למינימרקט.

לאחר שמ.ח. יצאה מהשירותים ביקש ממנה הנאשם להחזיק לו את הסיגריה, והיא נענתה לו, שוב בשל פחדה ממנו. הנאשם נכנס למינימרקט ומ.ח. ניצלה הזדמנות זו כדי לעזוב את האזור ולהימלט מהנאשם.

חמישה ימים לאחר האירוע מצאה מ.ח. מכתב מגולגל בתיבת הדואר שלה; במכתב זה נרשם לצד שמה האיום הבא: "**את עוד תצטערי על היום שנולדת. מבטיחים לך. יש לך על מה לפחד**" (ת/6). כחלוף שלושה חודשים גילתה מ.ח. כתובת מאיימת מרוססת בצבע כחול על דלת דירת משפחתה, ובה נכתב "**תמותי זונה**" (ת/7).

מ.ח. סבורה שהנאשם, שיודע היכן היא מתגוררת, הוא האחראי הן למכתב והן לכתובת, היות ואין היא מסוכסכת עם אף אדם זולתו.

**3) הערכת גרסת מ.ח.**

מ.ח. הותירה רושם אמין, וזאת גם בחקירת שתי וערב צולבת כיד כשרונו הטובה של הסניגור.

גרסתה של מ.ח. בביהמ"ש הייתה עקבית ותאמה את הודעתה הראשונה במשטרה

(נ/1), זולת עניין יחיד - ישיבתה על ברכי הנאשם, שלא נזכרה בהודעה. מ.ח. הודתה בשיחה עם ב"כ המדינה עוד לפני תחילת המשפט, (ראה נ/3), ובחקירתה הראשית, שאכן ישבה על ברכי הנאשם. היא הסבירה כי נמנעה מלאזכר עניין זה במשטרה משום שחשה אשמה, כאילו הביאה על עצמה את מעשה האונס בישיבתה על ברכי הנאשם: "**פשוט אני הייתי במחשבה ובראש שלי שאני אשמה עד לא מזמן, באמת, עד לא מזמן הייתי במחשבה שאני אשמה וזה הגיע לי**" (ע' 50, ש' 1). אולם לאחר שקיבלה סיוע נפשי הבינה מ.ח. כי אין בישיבתה על ברכי הנאשם כדי להפוך אותה לאשמה באירוע שעברה (ע' 70, ש' 5).

הסבר זה הגיוני הן לישיבת מ.ח. על ברכי הנאשם והן להימנעותה מלספר זאת במשטרה, ועל כן לא זקפתי את המאורע לחובת מהימנותה של המתלוננת על אף שספרה זאת רק לאחר שע"ת 1, פועל זר מרומניה שעבד עם מ.ח. והנאשם באותו לילה העיד על כך בביהמ"ש.

לצערנו האמונה השגויה כי נאנסות מביאות על עצמן את אסונן עדיין שכיחה בציבור הרחב ואף בקרב ציבור הנאנסות עצמן. ניתן להטיל ספק בשיקול דעתה של מ.ח., ולשאול: מדוע ישבה על ברכי הנאשם? מדוע לא נמלטה מן המקום כאשר הייתה לה ההזדמנות? מדוע לא סיפרה לבן זוגה על מעללי הנאשם בשעה שדיברה איתו בטלפון? ושאלות נוספות. אולם אין לראות את מ.ח. כאשמה, ולו במידה הקלה ביותר, במעשים שעשה לה הנאשם.

בעניין זה, לא למותר לצטט את [ע"פ 316/85 גרינוולד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ](http://www.nevo.co.il/case/17942669)(2) 564: "**מכל מקום, יכול בהחלט שיקרה, כי התנהגותה של מתלוננת כלשהי במקרה של עבירת מין פלונית תיראה בלתי-נבונה, בלתי-סבירה ואפילו אווילית, וכי תעלה המסקנה, שניתן היה למנוע מראש את התפתחותן של הנסיבות שנוצרו עובר לביצועו של המעשה; כבר היו דברים מעולם, ולא על-פי אמת מידה זו נבחן, אם נתקיימו יסודותיה של העבירה, השאלה הניצבת לפני בית המשפט היא לעולם, אם הוכח, כי הנאשם בעל אישה שלא כדין ונגד רצונה, תוך שימוש בכוח.**"

די בעדותה המהימנה של מ.ח. לכשעצמה, לביסוס הרשעה וזאת לאור הוראת [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"א - 1971, ובלבד שביהמ"ש מנמק מדוע הסתמך על עדות זו ("חובת הנמקה").

במקרה שלפנינו ישנן ראיות נוספות חיצוניות לסיפורה של מ.ח. אשר יש בהן כדי לחזק את גרסת מ.ח. והן מגיעות לדרגת סיוע , כדלהלן:

1. מצבה הגופני של מ.ח. לאחר האירוע: על צווארה נותרו סימני אדמומיות בהם הבחינו עמי (ע' 212, ש' 4) והשוטרים, אשר אף צילמו את הסימנים (ת/1).

גם על זרועה השמאלית של מ.ח. נותר סימן. הפתולוג ד"ר ברטולון לוי קבע כי מדובר בחבלה טריה בת אותה יממה, שנגרמה מהפעלת לחץ על המקום

(ת/10).

1. מצבה הנפשי של מ.ח. מייד לאחר האירוע, עליו העידו עדים רבים:

עמי אמר כי "**כשראיתי אותה היא בכתה נורא והייתה מבוהלת**" (ע' 219,

ש' 1). רס"ב אבי יפרח ראה כי מ.ח. "**הייתה נרגשת ובוכה**" (**ת/9**). סמ"ר ירון בשארי ראה את מ.ח. ואמה "**כאשר הבת מתייפחת ורועדת, והאם מחבקת אותה**" (**ת/3**).

על פי הפסיקה מצב נפשי של קורבן עבירה דינו כדין סימן פיזי על גוף הקורבן, ויש לו כוח ראייתי עצמאי כאילו הוא מגיע ממקור חיצוני. (ראה ספרו של י' קדמי, "**על הראיות**", מהדורת 1999, ע' 190).

1. התנהגותה הספונטנית של מ.ח. לאחר האירוע: מ.ח. עזבה את מקום עבודתה באמצע המשמרת תוך שהיא מותירה את חפציה האישיים מאחור. התנהגות כזו מעידה על סערת נפש עזה. מובן שראיה זו איננה מהווה סיוע לסיפורה של מ.ח., שכן מקורה ב- מ.ח. עצמה, אולם היא מחזקת את גרסתה.
2. תלונה מיידית: מ.ח. הגישה תלונתה במשטרת רמת השרון בשעה 7:00, ועוד לפני כן סיפרה לעמי את שאירע. דבריה אלה הם בגדר תלונה מיידית אודות

האירועים המיניים שאין חולק כי התרחשו בין השעות 5:00 - 6:00 בערך.

מיידיות התלונה מראה על עקביות מ.ח. ומחזקת את אמינות גרסתה.

לראיות אלה יש להוסיף את דברי העד עמי אשר ניסה ככל יכולתו להימנע ממעורבות בתיק ("**לא נעים לי בכלל, זה לא קשור אליה או אליו, כי עוד פעם, אני לא בא פה חס וחלילה לעשות רע לאף אחד, זה הכול**" - ע' 223, ש' 13), ואף סירב להעיד ואילץ את ביהמ"ש לכפות את הגעתו. למרות כל זאת חיזק עמי את גרסת מ.ח. כשאמר: "**לפי מה שהיא סיפרה לי היא התנגדה, היא דחפה אותו וכתוצאה מזה גם נהיה לה סימנים בצוואר...**" (ע' 221, ש' 1).

###### 4) גרסת הנאשם

הנאשם הודה ברכיב העובדתי של המעשים נשואי האישום הראשון, אך טען כי מ.ח. הסכימה למעשים ולא התנגדה להם. למעלה מכך: לדבריו מ.ח. היא שיזמה את הקשר הרומנטי בינה לבינו,כאשר הוא לא גילה יוזמה ולא ציפה שהקשר שלו עם מ.ח. יעלה על פסים מיניים.

הנאשם טען כי היחסים בינו לבין מ.ח. היו לבביים. מ.ח. נהגה לפלרטט עם הנאשם, לדוגמא בכך שהזמינה אותו לבוא עמה לפתיחת המסעדה של דודה, ללא אשתו וללא החבר שלה. מ.ח. ישבה על ברכיו מרצונה החופשי לפחות פעם אחת, במשך דקות מספר, בשעה שאיתי סולניק (**עה/3**, להלן: "**איתי**"), אשר עבד במינימרקט בתקופה האמורה, שטף את הרצפה (ע' 337, ש' 4). מ.ח. גם נהגה להתקשר אל הנאשם בשעות לילה מאוחרות ולשאול אותו אם הוא מגיע לחנות, וזאת למרות שהדבר היה למורת רוחו.

ב- 18/8/99 התקשר הנאשם למינימרקט כהרגלו כדי לברר מה מתרחש במקום. לאחר שמ.ח. סיפרה לו שאינה חשה בטוב ובטנה כואבת, הוא שאל אם ביכולתה לסיים את המשמרת. מ.ח. הפצירה בו שיבוא, באומרה שאינה בטוחה אם תוכל לסיים את המשמרת, וזאת על אף שידעה שהנאשם עייף ומעדיף לישון (ע' 259, ש' 18 ואילך).

הנאשם הגיע במטרה להחליף את מ.ח., אך זו סירבה בתוקף ללכת לביתה. היא גם סירבה להצעת הנאשם להכין לה כוס תה או מרק. הנאשם חילה את פניה של מ.ח. והפציר בה שתלך, אך היא דחתה אותו בלך ושוב (ע' 284, ש' 5). למרות תלונתה, מצב רוחה נראה לנאשם שפיר - "**כייפי כזה, כאילו זורם, לא היה משהו מיוחד**" (ע' 264, ש' 10).

לאחר זמן מה התלוננה מ.ח. על כאבי גב (בניגוד לתלונתה הקודמת על כאבי בטן דווקא), והתיישבה מרצונה על ברכי הנאשם בבקשה שיעסה את גבה. הנאשם החל לעסות את צווארה, לעיני בני וגבי שנכחו במקום. רק לאחר שנכנסו למינימרקט לקוחות ביקש הנאשם מ- מ.ח. לקום מעליו, "**מכיוון שזה לא נהוג, לא מכובד שלקוח ייכנס לחנות והיא יושבת עליי**" (ע' 261, ש' 16).

לאחר כעשר דקות עזבו הלקוחות את המקום. מ.ח. התיישבה פעם שניה על ברכי הנאשם, על פי הצעתו (ע' 302, ש' 3). הנאשם הציע לעסות את גבה ובטנה באוזו כדי להקל על כאב הבטן שלה. מ.ח. סירבה בטענה שהיא איננה אוהבת את ריח האוזו (ע' 303, ש' 15).

הנאשם, שהורה כבר לגבי להביא לו אוזו במטרה לעסות את מ.ח., ניצל את ההזדמנות לשתות אוזו יחד עם בני וגבי ושתה שתיים או שלוש כוסות (ע' 267, ש' 12). הנאשם גם שיחק בשלב זה במשחק מתמטי המשוחק באמצעות גפרורים; בני, גבי ו- מ.ח. השתתפו כולם במשחק.

מ.ח. הסבה את תשומת לבו של הנאשם לכך שגבי ובני צופים בסרט כחול. הנאשם דרש מגבי חד משמעית לכבות את הטלוויזיה, וזו נותרה כבויה עד הבוקר (ע' 264, ש' 21).

לאחר מכן נותרו הנאשם ומ.ח. לבדם, ומ.ח. ניצלה הזדמנות זו כדי להתיישב שוב (בפעם השלישית) על ברכיו. את תיאור המאורעות שלאחר מכן אביא בלשונו של הנאשם: "**...תוך כדי שהיא מדברת איתי פנים מול פנים שמתי לב שיש לה עגיל בפה, בלשון. אמרתי לה: את יודעת מה, אני אף פעם לא התנשקתי עם מישהי שיש לה עגיל בלשון. אז היא הסתובבה אלי והתנשקנו. אז היא אומרת: וואו, רק שלא ראו אותנו**" (ע' 262, ש' 3). הנאשם הופתע מכך שמ.ח. נשקה לו, שכן את האירועים הקודמים בהם מ.ח. ישבה עליו לא ראה באור מיני.

בשלב זה חזרו למקום גבי ושומר של חברת שמירה, שפיטרל באותו הלילה באיזור, והנאשם הדגים לעיניהם על מ.ח. נשיקה אסקימוסית (אף לאף) ונשיקה צרפתית (לחי אל לחי).

לקראת השעה 6:00 בבוקר פנה הנאשם לכיוון השירותים, ובדרכו ראה את מ.ח. מכינה לעצמה משקה במטבח. מ.ח. עקבה אחריו, נצמדה אליו ונשקה לו. הנאשם היה מופתע ממהלך אירועים זה (על אף שמ.ח. נישקה אותו קודם לכן) והגיב כך: "**נשקתי לה בצוואר, נגעתי לה בחזה, היא נגעה לי באיבר המין ואז היא אמרה: וואו, רק שלא יראו אותנו. אז התנשקנו עוד פעם אחת ואז אמרתי לה: תשמעי, מיטל, אמנם אני מרוקאי חם מזג, אבל אני לא מעוניין שתתעסקי איתי**" ( ע' 311 ש' 20, ראה גם

ע' 266).

מ.ח. אמרה לנאשם שבכוונתה לצאת החוצה, הוא נתן לה סיגריה שהחזיק בידו והיא נותרה מחוץ למינימרקט. לאחר מחצית השעה הבחין הנאשם שמ.ח. לא שבה, הוא החל לדאוג ולכן נסע ברכבו לכיוון רמת השרון כדי לחפש אותה, אך ללא הצלחה (ע' 266, ש' 17). לאחר שובו התקשר הנאשם לבית החולים, למשטרה ולביתה של מ.ח. כדי לברר היכן היא, זאת היות ולא ידע מה קרה לה.

אליבא דגרסת ההגנה, מ.ח. החליטה לעזוב את המינימרקט ולהגיש תלונה במשטרה בשל צירוף של שלוש סיבות:

1. בשעה שיצאה מהמינימרקט הבחינה מ.ח. בסימנים האדומים על צווארה, וחששה שמא אמה או בן זוגה יראו את הסימנים והיא לא תוכל להסביר אותם.
2. מ.ח. היתה נבוכה מכך שהפקירה עצמה כה בקלות לגבר, בניגוד מוחלט הן לחינוכה השמרני והן לתפיסתה העצמית כנערה צנועה.
3. מ.ח. נעלבה מכך שנדחתה ע"י הנאשם (ע' 266, ש' 7).

סיבות אלו מסבירות גם מדוע מ.ח. היססה בתחילה להגיש את התלונה ולשתף פעולה עם השוטרים, שהרי מי שבאמת בוצעו בה מעשים כאלה נגד רצונה לא הייתה מהססת.

**5) הערכת גרסת הנאשם**

גרסתו של הנאשם תמוהה, ובנקודות מסוימות אף אבסורדית. הנאשם לא הצליח להציג מניע סביר לתלונתה של מ.ח, אם אכן כדבריו לא ביצע בה מעשים בניגוד לרצונה.

ההגנה אמנם הראתה כי מ.ח. ייחסה חשיבות לכך שלא יבחינו בסימנים האדומים שעל גופה וניסתה להסתיר סימנים אלה, אולם ייתכן שחששה דווקא שמא יתגלה שנאנסה ולא שמא יתגלו אהבהביה עם הנאשם. יש לזכור כי מ.ח. עצמה העידה כי אינוסה גרם לה לתחושת בושה, אשמה ומועקה.

גם ההיסוס של מ.ח. לא מעיד על כך שדבריה בדויים, שכן ההיסוס להתלונן הוא תופעה מוכרת ונפוצה ביותר בקרב נפגעות אונס.

ההנחה כי מ.ח., שהתרשמתי ממנה כעדה אמינה, תעליל על הנאשם ותטפול עליו אשמת אונס רק משום שנעלבה או התביישה מבן זוגה היא מופרכת. לא סביר כי מתלוננת המונעת ע"י בושה ועלבון בלבד תספר במשטרה שנאנסה, תעמיד את עצמה בפני חקירה קשה בבית המשפט, ותסתכן לא רק באובדן כבודה, אלא אף במתן עדות שקר.

הנאשם לא הצליח להסביר את התנהגותה של מ.ח. לאחר קרות האירוע המיני המרכזי. מדוע מ.ח., שלטענת הנאשם סירבה בתחילת הערב ללכת הביתה אף שהפציר בה לעשות כן ברחה לפתע מהמינימרקט מבלי לומר מילת הסבר?

גרסתו של הנאשם מוחלשת עוד יותר על ידי מספר הבדלים וסתירות מהותיות בין הודעתו במשטרה (ת/4) לבין עדותו בביהמ"ש -

1. בחקירה ראשית העיד הנאשם כי הוא הציע לבוא ולהחליף את מ.ח. (ע' 260, ש' 4). לעומת זאת, בהודעתו במשטרה טען הנאשם כי מ.ח. היא שהפצירה בו להגיע למינימרקט (ראה ת/4, ע' 1, ש' 12).
2. בחקירתו הנגדית בביהמ"ש ציין הנאשם כי הוא רגיל לשתות וכי לאוזו לא הייתה השפעה עליו (ע' 289, ש' 1). לעומת זאת, בהודעתו אמר כי האוזו ששתה בערב האירוע ערפל את חושיו (ת/4, ע' 2, ש' 57).
3. בביהמ"ש סיפר הנאשם כי מ.ח. ישבה על ברכיו לא פחות משלוש פעמים: פעם אחת כאשר ביקשה ממנו שיעסה את עורפה, פעם נוספת כאשר הציע לה לעסות את בטנה באוזו, ופעם אחרונה כאשר נישקה אותו בפיו (ע' 301, ש' 11; ע' 305, ש' 8). מנגד, בהודעתו אמר כי מ.ח. ישבה עליו רק פעם אחת במהלך הערב (ת/4, ע' 1, ש' 26). הנאשם לא הציג סיבה לכך שכבש את עדותו בנושא זה.
4. הנאשם הזכיר בביהמ"ש פרטים ייחודיים מסוימים שאירעו עובר לאירוע המיני, כגון משחק הגפרורים, הנשיקה האסקימוסית והנשיקה הצרפתית. הנאשם לא הזכיר פרטים ייחודיים אלה במהלך חקירותיו במשטרה, אלא רק בעדותו בביהמ"ש, ולא הציג סיבה לכך שכבש עדותו בנושאים אלה.
5. הנאשם הכחיש בתוקף בביהמ"ש כי החדיר את אצבעו לאיבר מינה של מ.ח. (ע' 312, ש' 4). מנגד עומדת גרסתו הקודמת, בעת חקירתו במשטרה:

"**הייתי ב"אטרף", אני לא מכחיש כלום, זה היה בלהט, יכול להיות שהכנסתי יד פנימה למטה וגם בחזה**" (ת/4, ע' 3, ש' 22).

ב"כ הנאשם טען בסיכומיו כי הנאשם היה נתון במעין ערפול חושים בעת חקירתו במשטרה, ועל כן לא זכר האם החדיר אצבעותיו לאיבר מינה של מ.ח. אם לאו. הסבר זה אין בו כדי לעורר אמון, ויש לראות את גרסתו הראשונית כהודיה מסויגת בעובדה של החדרת האצבע. לא זו אף זו: בתגובתו בכתב טען הנאשם כי"**כל המעשים** **המתוארים בסעיף 3 נעשו בהסכמתה המלאה של מ.ח. ללא התנגדותה ומרצונה** **החופשי"** כאשר בסעיף 3(ד) צוינה עובדת החדרת האצבע לאבר מינה של מ.ח.

כאשר עומת הנאשם בביהמ"ש עם הודעתו במשטרה, הוא התכחש לה כליל.

הנאשם טען כי חוקר המשטרה רס"ר רוני יאיר, שרשם את הודעתו, רשם את הדברים מיוזמתו, "**ביוזמתו גם רשם הרבה דברים**" (ע' 312, ש' 20). כל הסתירות בין הודעתו במשטרה ועדותו בביהמ"ש נבעו לטענתו מכך שהחוקר איים עליו וכתב דברים שהוא לא אמר (ע' 290, ש' 2). חוקר המשטרה העיד בתיק (עת/4), אך לא נחקר כלל בסוגיה זו (ע' 95 - 100), ועל כן עומדת לזכותו החזקה כי פעל כראוי, דהיינו: כתב את דברי הנאשם מילה במילה בלא להוסיף או לגרוע מהם.

לא זו בלבד שהסתירות בין ההודעה במשטרה לבין העדות בביהמ"ש מעידות על שקריו של הנאשם, מפריכות את גרסתו, ובה בעת מסייעות לגרסתה המהימנה יותר של מ.ח. (ראה י' קדמי, "**על הראיות**", מהדורת 1999, ע' 214 – 220) הרי שבאמרתו במשטרה הודה למעשה במעשיו.

הצירוף של סתירות הנאשם מחד, והעדר המניע של מ.ח. לטפול עליו אשמה מאידך, יוצרים רושם כי הנאשם בדה מלבו סיפור מעשה, והוא מנסה להקנות לו אמינות ע"י חזרה על פרטים, דוגמת האמירה שלטענתו פלטה מ.ח. מספר פעמים (בהיותה לבדה עם הנאשם): "**וואו, רק שלא ראו אותנו**". יצוין כי בניגוד גמור לכתוב בסיכומי ההגנה (ע' 32, ס' 5), אין לראות אמירה זו כדפוס התנהגות המאפיין את מ.ח., ומחזק את עדות הנאשם. הנאשם הוא היחידי שמעיד על האמירה, ואין הדבר דומה כלל למצב בו מספר אנשים שונים מעידים על דפוס התנהגות מסוים של מ.ח..

נראה כי הנאשם יצר לו מעין מציאות מדומה שבה מ.ח. הייתה נערה קלה להשגה, אשר חיזרה אחריו במרץ. למציאות זו אין זכר מחוץ לדבריו של הנאשם. כך הדבר גם לגבי טענת ב"כ הנאשם לפיה מ.ח. הציעה לנאשם שילכו לבדם לאירוע משפחתי (טענה שהנאשם לא נחקר עליה בביהמ"ש). האם יעלה על הדעת כי מ.ח. תזמין את הנאשם לבוא עמה לאירוע חברתי בנוכחות בני משפחתה, המכירים מן הסתם את בן זוגה הקבוע?

הנאשם טען כי מ.ח. הייתה מטרידה אותו בלילות. איתי אמנם מספר כי מ.ח. "**הייתה מתקשרת אליו** (לנאשם - ש.ס.) **באמצע הלילה על כל בעיה הכי קטנה שיש**" (ע' 337, ש' 23), ואף הייתה שואלת את הנאשם האם הוא מגיע. עם זאת, איתי אינו מעיד אודות התקשרויות של מ.ח. לנאשם במקרים בהם לא הייתה בעיה במינימרקט, היינו, אין זכר בעדותו להתקשרויות של מ.ח. בענייניה האישיים. להפך, למיטב זכרונו של איתי מ.ח. נהגה להתקשר לנאשם רק בענייני עבודה (ע' 338, ש' 5). מ.ח. עצמה לא חלקה על כך שהייתה מתקשרת לנאשם בשעות הלילה, בענייני עבודה; ולבסוף יצוין כי גם המתלוננת השניה, ח.ס., אישרה כי עובדי המינימרקט הונחו להתקשר לנאשם בשעות הלילה בכל מקרה של בעיה בעבודה.

**6) עדויותיהם של בני וגבי**

עד ההגנה בני ועד התביעה גבי נכחו במינימרקט סמוך לאירוע, ועדויותיהם עשויות לשפוך אור על מערכת היחסים בין מ.ח. ובין הנאשם עובר לקרות האירוע המיני. עדויות אלו מספקות לכאורה חיזוק מסוים לגרסתו של הנאשם, אלא שסתירות פנימיות בתוכן שוללות את כוחן לחזק.

בני טען כי בא להעיד על פי בקשת אשתו של הנאשם, שביקשה שיגיד את כל האמת (ע' 333, ש' 3). בני אישר כי ראה את מ.ח. יושבת על ברכי הנאשם פעמיים, ללא התנגדות. בפעם הראשונה הנאשם הקים את מ.ח., בלשון העד: "**ישבה עליו בכיף. כשחזרתי באו אנשים ואז היא קמה, הוא אמר לה קומי לא נעים יש אנשים בחנות**" (ע' 331, ש' 19). בפעם השניה מ.ח. התיישבה על ברכי הנאשם מרצונה.

עם זאת, עדותו של בני שונה מזו של הנאשם בכמה נקודות מהותיות:

1. בני אישר כי מ.ח. סבלה מכאבי בטן ("**היא אמרה שכואבת לה הבטן, לא יותר מזה**" - ע' 331, ש' 2), והוא לא שמע אותה מתלוננת על כאבי גב. לא נעלם מעיני כי לפי גרסת הנאשם, בני נכח בשעה שמ.ח. התלוננה על כאבי הגב שלה (ע' 261, ש' 3).
2. בחקירתו הראשית אישר בני כי הנאשם אמר לגבי להביא אוזו כדי לעסות את מ.ח., וזאת בנוכחות מ.ח. ובנוכחותו (ע' 331, ש' 5); דא עקא, בחקירה נגדית חזר בו בני והכחיש בתוקף כי האוזו הובא למקום לשם עיסוי ולא לשם שתיה (ע' 334, ש' 6).
3. בני איננו מזכיר כלל את משחק הגפרורים שלטענת הנאשם השתתף בו. יתר על כן, בני טען כי בעת שהנאשם וגבי שתו אוזו, הוא לא שתה ולא שיחק עמם אלא יצא מהמקום (ע' 334).
4. לפי דברי בני, איש מהנוכחים לא צפה בסרטים כחולים, אם כי היו כאלה בטלוויזיה (ע' 333, ש' 16). בכך סתר בני הן את דברי הנאשם והן את דברי מ.ח.

בסיכומו של דבר, עדותו של בני איננה מחזקת את גרסתו של הנאשם. לפי הנאשם היה על בני לשמוע כי מ.ח. התלוננה על כאבי גב, לדעת כי הנאשם ביקש אוזו לשם עיסוי, ולזכור את משחק הגפרורים.

העד גבי אישר אף הוא את גרסת הנאשם לגבי כמה נקודות מפתח. עם זאת, תיאור המאורעות בפיו שונה מתיאורם בפי הנאשם:

1. גבי אישר בעדותו כי ראה את מ.ח. יושבת על ברכי הנאשם פעמיים, אם כי לדבריו בפעם השניה היא לא ישבה ממש על ברכי הנאשם אלא לידו, באותו כיסא (ע' 4, ש' 4). בכך שונה גרסתו של גבי הן מגרסת הנאשם (על פיה מ.ח. ישבה פעמיים על ברכיו), והן מגרסת מ.ח. (על פיה ישבה רק פעם אחת על ברכי הנאשם).
2. גבי סבר כי התנגדות מ.ח. לישיבה על ברכי הנאשם הייתה מעושה: "**הוא עשה לה מסז' והיא חייכה ואמרה בחיוך - די, די**" (ע' 2, ש' 23); "**היא אמרה כשראתה שזה יותר מדי "די, די", אני ראיתי שהיא מסכימה ולא אמרה תעזוב אותי**" (ע' 5, ש' 6). בכך מאשש גבי את דברי הנאשם. אולם בעוד הנאשם ומ.ח. מסכימים על כך שהעיסוי היה בחלקו העליון של הגב ולא כלל מגע בחזה, מתאר גבי את העיסוי כך: "**הוא תפס אותה עם יד אחת על הבטן והיא ישבה על הרגל שלו, הוא עשה לה מסז' בחלק התחתון של הגב מעל המותניים בידו האחת, כשידו השניה על החזה שלה**" (ע' 3, ש' 25).
3. גבי אישר בעדותו כי הוא העביר את הטלוויזיה לערוץ פורנוגרפי, והנאשם דרש ממנו לכבות את הטלוויזיה, אם כי לטענתו הדרישה נבעה מכך שילדים נכנסו למינימרקט (ע' 3, ש' 1). ב"כ הנאשם הצביע על האפשרות שגבי לא הבין את כוונתו המדויקת של הנאשם, בשל אי הבנת השפה.
4. גבי אישר בעדותו את הדגמת הנשיקה האסקימוסית והצרפתית בין הנאשם לבין מ.ח. (ע' 3, ש' 6), וכן את קיומו של משחק הגפרורים. לדבריו לא הזכיר את משחק הגפרורים בחקירתו במשטרה כי "**כאשר הייתי במשטרה הייתי מבולבל ובפחד**" (ע' 6, ש' 13).

עדותו של גבי מעוררת תחושה של תיאום עם עדותו של הנאשם. למשל: גם גבי וגם הנאשם, בעת חקירתם במשטרה, לא הזכירו את משחק הגפרורים ואת הנשיקה האסקימוסית והצרפתית אולם בביהמ"ש שניהם נזכרו בסיפור זה, שפרטיו כה ייחודיים ובלתי נשכחים. גם אירוע העיסוי שתאר גבי איננו אירוע העיסוי שמתאר הנאשם.

מ.ח. לא ידעה לומר בודאות מה עלול היה להניע את גבי למסור עדות שקרית, אם כי הציעה סיבה הגיונית: "**אין לי מושג למה הוא יספר את זה. קודם כל הוא מכיר אותו יותר ממני, את דוד. יש לו את רוב הסיבות לספר עלי וחוץ מזה הוא סולק בגללי מהארץ אני חושבת**" (ע' 43, ש' 6). גבי אישר כי "**בגלל הסיפור הזה הוצא נגדי צו גירוש**" (ע' 1, ש' 18).

**7) הרשעה בעבירת האינוס**

הקביעה איזו עדות תחשב למהימנה היא מלאכה סבוכה, הדורשת שקלול של עדויות שונות זו כנגד זו. על כך אמר ביהמ"ש העליון ב[ע"פ 567/80](http://www.nevo.co.il/case/17937819) אביטן ואח' נ' מדינת ישראל, פד לו(1) 684: "**...קביעת ממצאי מהימנות על-ידי בית המשפט היא לעתים קרובות, תהליך מורכב; אין בו סדר דברים כרונולוגי, ולעתים קרובות אין הערכתה של כל עדות, כשהיא לעצמה, מגלה את התמונה הכוללת. כל מי שישב כשופט של ערכאה ראשונה יוכל לספר על מקרים, שבהם הוא התרשם התרשמות שלילית מעדויות התביעה, שהפכה להתרשמות חיובית לאחר שמיעת עדי ההגנה. קביעת ממצאי מהימנות מחייבת לא רק שקילת הערך הסגולי של עדות פלונית, כשהיא עומדת בפני עצמה, אלא גם את עימותה עם עדויות ועם ראיות אחרות. השאלה, שיש לשאול ולהציג בתום המשפט, היא, אם עדותו של עד פלוני היא מהימנה, ואת מסקנתו הכוללת בעניין זה רשאי בית המשפט לשאוב גם מעדויות אחרות, לרבות עדויות הסיוע, התומכות במסקנה זו...**"

כך במקרה שלפנינו שבו החלטתי לתת אמון בדברי מ.ח. נובעת לא רק מהתרשמותי החיובית ממנה, אלא גם מהתמיהות המרובות והסתירות שעולות מדברי הנאשם, בני וגבי.

גדר המחלוקת העיקרית בענייננו הייתה בעניין הסכמת מ.ח. למעשיו של הנאשם. השתכנעתי כי מ.ח. אמרה את האמת כאשר סיפרה שלא הסכימה לנשיקותיו ולנגיעותיו של הנאשם, ושהביעה בפניו בריש גלי את התנגדותה, כך שהנאשם ידע כי היא מתנגדת או לכל הפחות עצם את עיניו כדי לא לדעת.

גם במחלוקת הנוספת, בעניין הבעילה באמצעות החדרת אצבע, האמנתי ל- מ.ח., מה גם שהנאשם הודה למעשה בעת חקירתו במשטרה כי החדיר את אצבעו לאיבר מינה של מ.ח. מתוך טירוף חושים.

אם כן, רכיביה של עבירת האינוס - בעילת אישה, בהעדר הסכמה של האישה, ומודעותו של הבועל להעדר ההסכמה - הוכחו כולם באשר לאישום הראשון.

**8) הרשעה בעבירת המעשה המגונה**

גם רכיבי העבירה של מעשה מגונה הוכחו. מעשה מגונה מוגדר [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" - ואין ספק כי נשיקותיו ונגיעותיו של הנאשם נעשו לשם הנאתו המינית. נשיקה כשלעצמה יכולה להוות מעשה מגונה אם נעשתה לשם סיפוק היצר המיני (ראה: [ע"פ 616/83 פליישמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לט](http://www.nevo.co.il/case/17941097)(1) 449), ומובן שגם חיבוק, מישוש והפשלת בגדים יכולים להוות מעשה מגונה, אם נעשו למטרה זו.

ב"כ הנאשם העלה בסיכומיו שתי טענות משפטיות כנגד הרשעת הנאשם בביצוע מעשה מגונה: ראשית סבר כי העבירה של מעשה מגונה דינה להיבלע בעבירת האינוס, אשר יסודותיה כוללים ממילא את כל רכיבי עבירת המעשה המגונה. אולם חוששתני שאין בידי להסכים לפרשנות זו של ב"כ הנאשם.

עבירת האינוס כוללת בהכרח בעילה (דהיינו: החדרה של איבר או חפץ לאיבר המין של האישה) ואיננה דורשת בהכרח הקשר מיני. לעומת זאת, עבירת המעשה המגונה איננה דורשת בהכרח בעילה, אך דורשת הקשר מיני של המעשה.

בנוסף טען ב"כ הנאשם כי החיקוק על פיו הואשם הנאשם (הלוא הוא [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)) השתנה באופן המקל עם הנאשם בתאריך 20/6/01 [ראה חוק העונשין (תיקון מס' 61), התשס"א - 2001].

הנאשם הועמד לדין על פי [ס' 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), שלשונו בעת הוגש כתב האישום הייתה:

"**(א) העושה מעשה מגונה באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345(א)(1) עד (5), בשינויים המחויבים, דינו - מאסר שבע שנים**"; ביחד עם הנסיבות של [ס' 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1), דהיינו "**שלא בהסכמתה החופשית**" של קורבן העבירה.

אולם כיום, לאחר תיקון 61, לשון [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) היא "**(א) העושה מעשה מגונה באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345(א)(2) עד (5), בשינויים המחויבים, דינו - מאסר שבע שנים**".

מכאן שביצוע מעשה מגונה באדם שלא בהסכמתו (נסיבות [ס' 345(א)(1))](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1), ללא קיום נסיבות מיוחדות נוספות, איננו נופל עוד כיום בגדר [סעיף 348(א).](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a)

הסניגור המלומד צדק בטענתו, כי מקרה בו חל שינוי בעונש שקצב המחוקק לעבירה בטרם ניתן פסק דין חלוט לגבי אותה עבירה, יש מקום להחיל על הנאשם את החיקוק המקל עמו יותר, וזאת על פי [ס' 5](http://www.nevo.co.il/law/70301/5) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) , תשל"ז- 1977. על כן ביקש הסניגור להחיל על העבירה את [ס' 348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c), או לחילופין [ס' 348(ה)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.e):

"**(ג) העושה מעשה מגונה באדם בלא הסכמתו אך שלא בנסיבות כאמור בסעיפים קטנים (א), (ב) או (ג1), דינו - מאסר שלוש שנים. ...**

**(ה) העושה מעשה מגונה באדם שמלאו לו שמונה עשרה שנים תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות, דינו - מאסר שנתיים.**"

דא עקא שבאותו תיקון עצמו ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) (תיקון מס' 61) נוסף [לסעיף 348](http://www.nevo.co.il/law/70301/348) גם [סעיף קטן (ג1),](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c1) שנעלם כנראה מעיני ב"כ הנאשם, שזו לשונו: "**(ג1) נעברה עבירה לפי סעיף קטן (ג) תוך שימוש בכוח או הפעלת אמצעי לחץ אחרים, או תוך איום באחד מאלה, כלפי האדם או כלפי זולתו, דינו של עובר העבירה - מאסר שבע שנים"**.

ודוק: על פי החוק המתוקן המעשים נשוא האישום היו נופלים בגדר [ס' 348(ג1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c1), ולא בגדר [ס' 348(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c), אשר מוציא במפורש מכלל תחולתו מקרים עליהם חל [ס' 348(ג1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c1); ואף לא בגדר [ס' 348(ה)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.e), שבו כיוון המחוקק למי שביצע מעשה מגונה תוך ניצול יחסי מרות אף ללא שימוש בכוח פיזי.

צא ולמד: כוונת המחוקק הייתה להקל עם המבצע באדם מעשה מגונה נגד רצונו, אך ללא שימוש בכפיה או באיומים. המחוקק לא כיוון דבריו להקלה עם המבצע מעשה מגונה נגד רצון הקורבן ותוך שימוש בכוח, ודינו של עבריין זה נותר כשהיה קודם לתיקון החוק.

במקרה שלפנינו נתתי אמון בגרסת מ.ח. לפיה השתמש הנאשם בכוח כדי לכפות עליה את המעשה המגונה שביצע, ועל כן יש לומר שהחוק המתוקן אינו מקל עם הנאשם.

גם לו היה הנאשם נידון על פי החוק המתוקן דינו היה נותר מאסר של עד שבע שנים, על פי [סעיף 348(ג1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c1), ועל כן לא ראיתי להרשיע את הנאשם על פי העבירה המתוקנת דווקא.

ג) אישום שני

**1) העובדות**

המתלוננת **ח.ס.**, ילידת 1976, עבדה במשך חודש וחצי בערך, במהלך שנת 1997 (בעודה משרתת כחיילת בשירות סדיר), כקופאית במינימרקט שהיה אז בבעלות הנאשם ושותפיו (מדובר באותו מינימרקט בו התרחשו גם הארועים נשוא האישום הראשון). באותה עת היה שותף במינימרקט, נוסף על הנאשם ומרטין, גם שלמה ג'רבי (**עת/11**, להלן: "**שלמה**"), שקיבל את ח.ס. לעבודה.

ביום 27/8/99 התפרסמה בעיתון "על השרון" כתבה אודות הפרשה נשוא האישום הראשון ואודות האיומים שספגה מ.ח., המתלוננת באישום הראשון. בעקבות כתבה זו יצרה ח.ס. קשר עם שלמה, ולאחר מכן עם המשטרה. ח.ס. פנתה טלפונית למשטרה ביום 29/8/99, והביעה חשש להתלונן: **"המתלוננת**  **פוחדת להגיע למשטרה ומרגישה מאויימת**" (המזכר המשטרתי ת/8).

במועד כלשהו בחודש ספטמבר 1999, כשבועיים לאחר הגשת התלונה של מ.ח., הגישה גם ח.ס. תלונה במשטרה. בתלונה זו טענה כי הנאשם ביצע בה מעשים מגונים וכן פנה אליה ברמזים מגונים בעת שעבדה תחת פיקוחו במינימרקט.

**2) גרסת המתלונת ח.ס.**

בתחילה היו יחסה של ח.ס. עם מעבידיה במינימרקט ובהם הנאשם, טובים וחבריים, אולם במהלך הזמן החל הנאשם להטריד אותה בדבריו. הנאשם סיפר לה כי היא מושכת ומגרה אותו והציע לה לקיים עמו יחסי מין.

ח.ס. סירבה להצעת הנאשם וביקשה ממנו לחדול, אך הנאשם המשיך להטרידה, כפי שסיפרה בחקירתה במשטרה: "**אני ביקשתי ממנו מספר פעמים שיפסיק עם הדיבורים האלה כי זה נמאס לי וזה לא מתאים. אמרתי לו שהוא בן אדם מבוגר, בעל משפחה. אמרתי לו שהוא מגעיל אותי ושיעזוב אותי. אמרתי לו שהוא בעל משפחה ושיעזוב אותי כי יש לו אישה וילדים. הוא לא עזב אותי והמשיך כל הזמן להטריד אותי מילולית וטען שאני כן רוצה איתו קטע מיני ואפילו אמר לי שאני רוצה לנשק אותו נשיקה אינטימית כדי להרגיש את השפתיים החושניות שלו. אמרתי לו שלא יחמיא לעצמו כל כך ושאני לא רוצה איתו שום קטע. אמרתי לו שהוא מגעיל אותי**" (נ/4, ע' 1, ש' 12 - 19).

הנאשם אף ליטף את ישבנה של ח.ס. מפעם לפעם: "**בהתחלה הוא ליטף אותי כל הזמן בטוסיק, צרחתי עליו, כאילו אמרתי לו איך אתה לא מתבייש, יש לך משפחה, ילדים**" (ע' 124). ח.ס. החליטה "להעביר את זה", כהגדרתה, ולא להתלונן נגד הנאשם במשטרה או לעזוב את עבודתה.

באחת הפעמים בהן עבדה ח.ס. במשמרת לילה במינימרקט (התאריך המדויק נשכח ממנה עם חלוף הזמן), היא נותרה לבדה עם הנאשם. הנאשם התקרב אליה מאחור וליטף את ישבנה. ח.ס. הסתובבה ודחפה את הנאשם תוך שהיא דורשת כי יתרחק ממנה: "**אמרתי לו שלא ייגע בי בחיים ושלא יתקרב אליי**" (נ/4, ע' 2, ש' 1).

הנאשם אכן עזב את ח.ס. לנפשה, אולם כעבור זמן קצר, בעת ש- ח.ס. עמדה ליד המקררים במינימרקט, תפס הנאשם בכתפה השמאלית של המתלוננת, שסובלת מפריקות בכתף זו, והכאיב לה. הנאשם נצמד אליה והחדיר את לשונו לפיה על אף נסיונה להתנגד. ח.ס. סטרה לנאשם והרחיקה אותו מעליה.

ח.ס. התקשרה לידיד שלה, ששמו עודד, וביקשה ממנו להגיע למקום. היא לא סיפרה לו מה עבר עליה, בשל אי הנעימות הכרוכה בדבר. עודד הגיע למקום ופגש את ח.ס. ואת הנאשם; פגישתו עם הנאשם הייתה ידידותית. לאחר שעה הלך עודד כלעומת שבא והגיע למקום רועי, עובד נוסף במינימרקט .

זמן קצר לאחר מכן שב הנאשם וליטף את ישבנה של ח.ס., כשזו עמדה בסמוך לקופה והשניים היו שוב לבדם במינימרקט, מחוץ לטווח ראייתו של רועי. ח.ס. הגיבה שוב בצעקת מחאה, והנאשם עזב את המקום (נ/4, ע' 3, ש' 8).

ח.ס. נמנעה מלהגיע לעבודה בימים שלאחר האירוע, וטענה כי היא חולה. לאחר שבוע, בשיחה טלפונית, היא סיפרה לשלמה, שותפו של הנאשם, את שאירע (ע' 127). שלמה זימן את מ.ח. להגיע למינימרקט לפגישה בנוכחות שלושת הבעלים - הנאשם, שלמה ומרטין. ח.ס. התעמתה עם הנאשם, וגילתה לשותפיו מה עשה; הנאשם החוויר וקרא לה שקרנית. שלמה נזף בנאשם והפציר בח.ס. שלא תיגש למשטרה, בהבטיחו שהנאשם לא יתקרב אליה שוב (ראה עדותו בע' 227). לאחר מכן אמר הנאשם לשלמה "**אני לא אגע יותר, לא אתקרב לשום קופאיות**" (ע' 227, ש' 9) ובכך הודה למעשה במעשיו.

שלמה הצליח לשכנע את ח.ס. לעבוד בקופת המינימרקט באותו יום שישי, אולם היא פרקה את כתפה במהלך העבודה ועזבה את המקום. ח.ס. לא שבה עוד לעבוד במינימרקט לאחר מכן. היא נצרה בלבה את המאורעות בהם היה מעורב הנאשם, אם כי גילתה אותם לאחר מספר חודשים לידידה עודד (ע' 143).

קריאת הכתבה במקומון גרמה ל- ח.ס. לסערת רגשות מחודשת. ניתן לומר כי אסונה של מ.ח. היווה תמריץ לח.ס. להתלונן, ונתן לה את הכוח לשטוח תלונתה . היא התקשרה לשלמה, נפגשה עמו, והוא שכנע אותה לפנות למשטרה ולספר את סיפורה: "**יו, טוב שהתקשרת, את יודעת איך אנחנו מחפשים אותך אני והמשטרה**" (ע' 129).

חשוב לציין כי שלמה, המאשר כי ח.ס. סיפרה לו על מעשי הנאשם בזמן עשייתם שנתיים קודם לכן, מסר בעדותו גרסה שונה בעניין המאורעות שהביאו להגשת התלונה. לפי דברי שלמה, הוא אמר ל- ח.ס. כי עיתונאי מהמקומון "על השרון" מחפש אותה, ולא כי שלמה עצמו והמשטרה מחפשים אותה (ע' 247, ש' 13). שלמה גם הכחיש כי עודד את ח.ס. באופן כלשהו להתלונן במשטרה (ע' 250, ש' 15), ולפי דבריו ח.ס. הגישה את התלונה מיוזמתה בלבד.

**3) הערכת גרסת ח.ס.**

ח.ס., צעירה נאה מאד, הותירה רושם מהימן. גרסתה נשמעה כנה ומפורטת. היא עמדה בחקירה נגדית צולבת ,מתוחכמת וארוכה בלא שנתגלו סתירות מהותיות בין עדותה לבין הודעתה במשטרה (נ/4). ב"כ הנאשם העלה מספר תמיהות שראוי להשיב עליהן ולא להסתפק בהתרשמות על מידת חכמתה או תחכומה של ח.ס. :

1 ) מדוע לא עזבה את המינימרקט מיד לאחר שבוצע בה מעשה מגונה?

2 ) מדוע לא התלוננה במשטרה מיד, אלא רק לאחר פרסום תלונתה של מ.ח.?

3 ) מדוע לא סיפרה במשטרה (אלא רק בביהמ"ש) כי הנאשם נהג ללטף את ישבנה דרך קבע?

אמנם ניתן היה לצפות כי ח.ס. תעזוב מיד את מקום העבודה בו הייתה נתונה להטרדה מינית חוזרת ונשנית. אולם לצערנו, נסיון החיים מלמד כי לעתים קרובות נשים מוטרדות מינית ואינן עוזבות את מקום עבודתן, בין משום חוסר מודעות לחומרת המעשה או משום ההכרח להתפרנס. בל נשכח שמדובר במי שהייתה אז חיילת, ללא עבודה אחרת בהישג ידה, והיתה זקוקה להכנסה.

עם זאת, ניתן היה לצפות כי ביום בו בוצע ב- ח.ס. מעשה מגונה, היא תעזוב את מקום עבודתה ולא תשוב אליו. אולם ח.ס. הסבירה כי נותרה במינימרקט בשל מחויבותה לעבודתה, למעסיקיה וללקוחות (ראה ע' 164 ואילך), הסבר זה סביר והגיוני בעיני. ככלל, התנהגותו של קורבן עבירת מין איננה נמדדת באמת המידה של הסבירות האובייקטיבית [ראה [ע"פ 316/85 גרינוולד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ](http://www.nevo.co.il/case/17942669)(2) 564]. ח.ס. לא רצתה לעזוב את מקום עבודתה ואין לגנותה על כך, גם אם בעיני מתבונן אובייקטיבי עזיבה מיידית של מקום העבודה הייתה הדבר הנכון, ההגיוני והמתבקש לעשותו.

**כבישת התלונה**: ח.ס. כבשה את תלונתה תקופה ארוכה, ויש בכך כדי להחליש את גרסתה, וזאת בהעדר הסבר מניח את הדעת, ראה [ע"פ 202/56 נחמן פרקש ואח' נ' היוהמ"ש, פד"י י"א](http://www.nevo.co.il/case/17937589) (2) 677 שם נקבע : "**עדות כבושה ערכה מועט... אך במה דברים אמורים? כשאין הסבר מתקבל על הדעת על שום מה נכבשה העדות עת רבה. ניתן הסבר לגילוי הדברים באחור זמן, והסבר זה מתקבל על הדעת, שוב אין לייחס חשיבות יתר לאיחור כשהוא לעצמו**" (מאוזכר בהסכמה ע"י כב' הנשיא שמגר **ב**[**ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נגד אופיר בארי ואח' , פ"ד מח**](http://www.nevo.co.il/case/6024185)**(1)302** להלן : תקדים **בארי**) .

אולם בענייננו הסבירה ח.ס. היטב מדוע לא פנתה למשטרה מייד עם התרחשות המעשים המגונים, אלא המתינה כשנתיים ויכול להיות שלא היתה מתלוננת כלל אלמלא התלונה של מ.ח. המתלוננת ח.ס. צעירה, פשוטת הליכות ומסורתית ששוכנעה להותיר את הטיפול במקרה בידי מבוגרים ומנוסים ממנה. היא סברה כי הנאשם יקבל את המגיע לו, כפי שאמרה בפנינו, בלא עידון: "**אחרי פחות משבוע שבועיים אשתו** (של הנאשם - ש.ס.) **הפילה. אז אמרתי יש אלוהים בשמיים**" (ע' 144).

ח.ס. לא כבשה בפני אחרים את הטראומה שעברה. שלמה העיד כי "**אני עצרתי אותה מללכת למשטרה**". ח.ס. עצמה סיפרה כי "**היה לי כאן חנק, אפילו לחברות שלי לא סיפרתי**" (ע' 166), אולם לאחר מספר חודשים סיפרה על המאורע גם לידידה עודד.

ומדוע החליטה ח.ס. לספר דווקא כעת את סיפורה? לטענתה, המאורעות שחוותה לא פסקו מלהעיק עליה, וחשיפת תלונתה של מ.ח. אפשרה לה את ההזדמנות להביע את מצוקתה: "**עכשיו כשקראתי את הכתבה אמרתי, יה, כאילו יכולה הייתי להגיע לאותו מצב שהוא אונס אותי**" (ע' 132).

בצדק טענה ב"כ המדינה כי תלונות אודות עבירות מין יוצרות אווירה המאפשרת ביטוי, ועל כן מביאות לעתים קרובות לגילוי נפגעים נוספים של אותו העבריין.

לבסוף, ח.ס. סיפרה בביהמ"ש כי הנאשם נהג להטריד אותה בדבריו מפעם לפעם, אך לא סיפרה כי נהג ללטף את ישבנה (עד אותו יום בו ניסה לדבריה לנשק אותה). רק בביהמ"ש סיפרה ח.ס. כי הנאשם נהג גם ללטף את ישבנה דרך קבע. אולם אי-הזכרת פרט מסוים בעת החקירה במשטרה איננה מעידה בהכרח על חוסר מהימנות ואינה מביאה בהכרח לדחיית תוכן העדות. כפי שנאמר בתקדים **בארי** הנ"ל: "**ניסיוננו מלמד, כי לא אחת ההודעה הראשונה למשטרה דלה יותר מאשר עדות קוהרנטית - בחקירה ראשית ובחקירה נגדית בבית המשפט, וכבר היו דברים מעולם: ראשית, העובדה שהודעה במשטרה אינה מכילה פרט זה או אחר היא לפעמים בעלת משמעות מועטת מול התמונה הכוללת**".

לסיכום, עדותה של ח.ס. מהימנה עליי על אף שקשה היה לחלץ מפיה את דבר הליטופים בישבנה (ע' 125) . מה שסיפרה ח.ס. באופן ספונטני במענה לשאלת ב"כ המדינה היה **:**

**"הוא תפס אותי בחוזקה ליד המקררים . עזרתי לו שם לשים בקבוקים קרים, שתיה** **קרה. ואז הוא תפס אותי ונישק אותי בחוזקה. זה היה נשיקה עם לשון" (ע' 122).** רק לאחר מספר שאלות אמרה ח.ס. כי הנאשם ליטף אותה ב"טוסיק" עובר לנשיקה . לענין ליטוף ישבנה ספרה שהוא ליטף אותו מדי פעם גם בעבר.

על אף השוני בין התיאור בכתב האישום לבין התיאור של סדר האירועים בביהמ"ש , ההבדלים אינם כה מהותיים ,כטענת ב"כ הנאשם, שיש בהם כדי להפריך את דבריה בכלל או לתהות על מהימנותם. עניין הליטוף בישבן, כנראה, לא נראה בעיניה כמעשה מגונה לאור התנהלות הדברים במינימרקט.

עם זאת האירוע בו אחז בה הנאשם ונשק לה מתואר באופן עקבי והוא הותיר בלבה צלקת. ח.ס. ספרה דברים כהווייתם בלא להשמיט פרטים שאינם "נוחים" לגרסתה, כפי שהייתה כנראה עושה לו ניסתה להעליל על הנאשם.

לעדותה של ח.ס. ראיות חיזוק :

1. מצבה הנפשי מייד לאחר האירוע, כפי שהעיד עליו שלמה: "**יום שישי אחד היא צלצלה אליי באקסטזה בוכה - אני לא רוצה לעבוד יותר**" (ע' 226, ש' 20).
2. התנהגותה לאחר האירוע: ח.ס. נמנעה מלהגיע למקום עבודתה כדי לא לפגוש בנאשם, ואין חולק על כך שמלבד אותו היום בו נקראה לפגישת הבהרה עם הנאשם ושותפיו היא לא שבה עוד לעבוד במינימרקט, לאחר היום נשוא התלונה.

שלמה ג'רבי , שותפו לשעבר של הנאשם, אישר את דבריה של ח.ס. לעניין העימות שהתנהל בנוכחות כל שלושת השותפים, עימות שהוכחש ע"י הנאשם. שלמה אישר כי הנאשם היה חיוור, כינה את ח.ס. שקרנית, אך לבסוף הבטיח לו שלא יגע עוד בקופאיות (ע' 227). שלמה (או שלום) ג'רבי זכר כי ח.ס. התלוננה בפניו שהנאשם דחף את ידיו לתוך חולצתה וחצאיתה, מעשים חמורים יותר מהליטופים שהתרחשו בפועל לטענת ח.ס. ברם, אין בסתירות אלה כדי לפגוע במהימנות עדות ח.ס. אשר חוותה על גופה את המעשה ויש להביא בחשבון חלוף הזמן וע"כ ראיתי להעדיף גרסתה. במכלול מחזק שלמה את עדותה של ח.ס.ועקביות התלונה בפניו במועד מוקדם.

ב"כ הנאשם השכיל להראות חוסר התאמה מסוים בין עדותה של ח.ס. ובין עדותו של שלמה באשר למאורעות שהובילו להגשת תלונתה של ח.ס., ובאשר למידת היוזמה והמעורבות שנטל על עצמו שלמה בהגשת התלונה. לפי עדותה של ח.ס. שלמה עודד אותה להתלונן, ולפי סיפורו של שלמה הוא מילא תפקיד פעיל פחות. גם בנידון דידן אני מעדיפה את עדות ח.ס. סתירות אלו אינן מתייחסות ישירות לאירועים נשואי האישום השני, ולגבי אירועים אלו ראיתי לקבל את עדותה של ח.ס., המחוזקת בדבריו של שלמה.

**4) גרסת הנאשם**

הנאשם טוען כי המעשים נשואי האישום השני לא התקיימו מעולם, וכי ח.ס. מעלילה עליו עלילת שווא. זאת ועוד, לדבריו מעולם לא נותר עמה לבדו במינימרקט (ע' 321, ש' 16), היות ובכל משמרת עובדים במקום לפחות שני אנשים זולת הנאשם.

באשר לסיבותיה של ח.ס. לפגוע בו ולהעיד עדות שקר כנגדו, הציע הנאשם מספר מניעים אפשריים:

1. ח.ס. נטשה את משמרתה בתואנה של פריקת כתף, אך למעשה הלכה לבלות עם בן זוגה. הנאשם שגילה זאת איים לעכב את משכורתה, והיא בתגובה החלה לספר לשותפיו שהוא "התעסק" איתה. "**השותפים שלי אמרו שאשלם לה מה שמגיע לה ושלא אעשה לה בעיה למרות שהיא שיקרה**" (ת/2, ע' 1, ש' 23). בחקירתו בביהמ"ש חזר בו הנאשם ואמר "**שמעולם לא הייתה שיחה כזו**" עם השותפים (ע' 276, ש' 6) - לא בנוכחותה של ח.ס. (כעדותה ועדותו של שלמה) ולא בנוכחות השותפים בלבד (על פי הודעת הנאשם במשטרה).
2. ח.ס. ביקשה פיצויים מהמינימרקט על כך שפרקה את כתפה. השותפים ידעו ש- ח.ס. פרקה את כתפה בתאונת דרכים, וסירבו לשלם לה; ח.ס. איימה להתנקם בנאשם (ע' 275, ש' 7). הנאשם לא הסביר מדוע ח.ס. החליטה להתנקם דווקא בו ולא בשותפיו שלמה או מרטין.
3. ח.ס. נתונה להשפעתו של שלמה, שותפו לעבר לעסקים של הנאשם, שהביא אותה לעבוד במינימרקט. לדברי הנאשם, שלמה נאלץ לעזוב את השותפות לאחר שנתפס גונב, כדי להימנע מתלונה של הנאשם ושל מרטין למשטרה (ע' 270, ש' 11). הנאשם טען כי שלמה מסוכסך עמו ועם השותף השלישי מרטין, עד היום ועל כן יזם את הגשת התלונה של ח.ס. כנקמה (ע' 276, ש' 10).
4. סיכומי ההגנה מציעים גם את האפשרות כי ח.ס. רצתה נואשות שיאמינו לה, וזאת לאחר ששלמה ומרטין לא האמינו לתלונתה המקורית: "**אז אמרתי לו** (לשלמה - ש.ס.)**, אתה רואה, כאילו לבוא אליו בקטע, תראה איך אני לא יצאתי שקרנית, כי אז שניהם בערך חשבו שאני שקרנית**" (ע' 134).

**5) הערכת גרסת הנאשם**

ההגנה הציעה הצעות שונות ומנוגדות לגבי המניע של ח.ס. להעליל על הנאשם, בעוד ח.ס. הכחישה מניעים אלה מכל וכל, וטענה כי:

1. השותפים במינימרקט היו מרוצים מעבודתה: משכורתה לא עוכבה מעולם והיא לא פוטרה, אלא התפטרה.
2. היא לא תבעה מהמינימרקט פיצויים על פריקת כתפה, ואף לא יכלה לעשות כן, שכן סיפרה לביטוח הלאומי כי פריקת הכתף נגרמה כתוצאה מתאונת דרכים.
3. לגבי השפעתו של שלמה טענה ח.ס. כי מעולם לא היה לה קשר מיוחד (מעבר לקשר עסקי) עם שלמה, וכיום אין לה אפילו קשר עסקי עמו. גם שלמה וגם ח.ס. העידו כי לא דברו ביניהם במשך השנתיים שחלפו בין התפטרותה של ח.ס. ובין הגשת התלונה של מ.ח., ומדוע יקשרו ביניהם קשר?

אולם בניגוד לתיאוריה שהציע הנאשם, ח.ס. לא מיהרה להתלונן עליו. אפילו לאחר פרסום התלונה הראשונה (זו של מ.ח.) לא מיהרה ח.ס. לסור משטרה כדי להגיש תלונה, אלא המתינה מספר ימים, ורק לבקשתו של שלמה ובעידוד המשטרה הגישה תלונה שהייתה תלונה מינורית מאד. אילו רצתה להעליל כתוצאה מרצונו של שלמה לנקום בנאשם, הם היו מתאמים גרסאות. דווקא קיום ההבדלים בגרסאותיהם באשר לטיב המעשה המגונה טומן בחובו אות של אמת.

יש לציין עוד כי אף עד מלבד הנאשם לא העיד לגבי המניע האפשרי של ח.ס., אם אכן אינה דוברת אמת; שלמה, שהיה אמור לדעת מהו המניע האפשרי של ח.ס., לא נחקר על כך. הנאשם גם נמנע מהבאתו המתבקשת של השותף השלישי, מרטין, כעד.

מרטין היה יכול ליישב את הבדלי הגרסאות בין ח.ס. לנאשם, הן לעניין אופי העימות שנערך ביניהם במינימרקט, והן לעניין קיומם של סכסוכים כספיים בין הנאשם למתלוננת או לשלמה. מרטין היה עשוי להסביר מדוע שלמה מנסה להעליל דווקא על הנאשם ולא על מרטין עצמו.

ב"כ הנאשם הצהיר במספר הזדמנויות כי יזמן את מרטין להעיד (ראה למשל ע' 271, ש' 14), אולם לבסוף נמנע מכך בלא שיספק הסבר. על כך אמרה כב' השופטת בן פורת ב[ע"פ 437/82 סלומון אבו נ' מדינת ישראל, פ"ד לז](http://www.nevo.co.il/case/17923057)(2) 85: "**הלכה פסוקה היא, שהימנעות מהזמנה לעדות של עד הגנה, אשר לפי תכתיב השכל הישר עשוי היה לתרום לגילוי האמת, יוצרת הנחה שדבריו היו פועלים לחיזוק הגירסה המפלילה, בה דוגלת התביעה...**".

לאור כשלונו של הנאשם להסביר מדוע תעליל עליו ח.ס., ולאור אי הבאת עדים שיתמכו בגרסתו, אין בידי לקבל את הסבריו של הנאשם.

**6) הרשעה בעבירת המעשה המגונה**

גדר המחלוקת העיקרית באישום השני הייתה בדבר עצם התרחשותם של המעשים והרמזים המיניים בין ח.ס. ובין הנאשם. לאור האמון שרחשתי לדברי ח.ס. הנני קובעת כי המעשים בוצעו לשם הנאתו המינית של הנאשם, נגד רצונה של ח.ס. ותוך שימוש בכוח. מעשים כאלה נופלים כיום לגדר [ס' 348(ג1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.c1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), כך שאין לומר שהעבירה בוטלה או שהענישה עליה הופחתה (ראה הדיון לעיל, לגבי עבירת המעשה המגונה שבוצע ב מ.ח.).

**7) הרשעה בעבירת הרמזים המגונים**

[ס' 210](http://www.nevo.co.il/law/70301/210) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) שהיה בתוקף בזמן הארוע נשוא האישום השני קבע כי:

"**הפונה לקטין שלא מלאו לו שש-עשרה שנים, או לאשה, ברמזים מגונים, דינו - מאסר שלושה חודשים**". נורמה עונשית זו נועדה לאסור השמעת רמזים מעליבים ופוגעים בעלי אופי מיני, ופניותיו המילוליות של הנאשם ל ח.ס. מקיימות את יסודות העבירה.

אולם בתאריך 21/7/2000 בוטל [ס' 210](http://www.nevo.co.il/law/70301/210) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), ולא נותר בחוק זה זכר לעבירה של רמזים מגונים. לפיכך, טען ב"כ הנאשם, כי יש לזכות את הנאשם מן העבירה, בהתאם [לס' 4](http://www.nevo.co.il/law/70301/4) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) לפיו: "**נעברה עבירה ובוטל בחיקוק האיסור עליה - תתבטל האחריות הפלילית לעשייתה; ההליכים שהוחל בהם - יופסקו; ניתן גזר-דין - יופסק ביצועו; ולא יהיו בעתיד עוד תוצאות נובעות מן ההרשעה**".

ב"כ הנאשם היטיב לטעון, ואף על פי כן אין לאל ידי לקבל את המסקנה הנובעת מטענתו.

התנהגותו של הנאשם, בשעה שפנה אל ח.ס. באמירות בעלות תוכן מיני, איננה התנהגות שהמחוקק ביקש לאפשר ולפטור מעונש בגינה. התנהגות כזו נופלת כיום בגדר האיסור של ה[חוק למניעת הטרדה מינית](http://www.nevo.co.il/law/72507), תשנ"ח - 1998. [ס' 3(א)](http://www.nevo.co.il/law/72507/3.a) לחוק זה מגדיר הטרדה מינית, ופניותיו של הנאשם לח.ס. עונות על כמה מהאפשרויות להגדרה:

"**(א) הטרדה מינית היא כל אחד ממעשים אלה: ...**

**(3) הצעות חוזרות בעלות אופי מיני, המופנות לאדם אשר הראה למטריד כי אינו מעונין בהצעות האמורות;**

**(4) התייחסויות חוזרות המופנות לאדם, המתמקדות במיניותו, כאשר אותו אדם הראה למטריד כי אינו מעונין בהתייחסויות האמורות; ...**

**(6) הצעות או התייחסויות כאמור בפסקאות (3) או (4), המופנות למי מהמנויים בפסקאות המשנה (א) עד (ג), בנסיבות המפורטות בפסקאות משנה אלה, גם אם המוטרד לא הראה למטריד כי אינו מעונין בהצעות או בהתייחסויות האמורות: ...**

**(ג) לעובד במסגרת יחסי עבודה, ולאדם בשירות במסגרת שירות - תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות.**"

אם כן, מעשיו של הנאשם אמנם אינם מהווים עבירה לפי [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) כנוסחו כיום, אך הם מהווים עבירה לפי ה[חוק למניעת הטרדה מינית](http://www.nevo.co.il/law/72507), כך שאין לפנינו עבירה שהאיסור עליה בוטל, אלא דווקא עבירה שהחיקוק האוסר עליה נשתנה; ועל כן לא נפנה [לס' 4](http://www.nevo.co.il/law/70301/4) לחוק העונשין, אלא דווקא [לס' 5](http://www.nevo.co.il/law/70301/5) לחוק העונשין, הקובע כי הנאשם יורשע וייענש על פי החיקוק המקל עמו יותר.

על פי [ס' 5(א)](http://www.nevo.co.il/law/72507/5.a) ל[חוק למניעת הטרדה מינית](http://www.nevo.co.il/law/72507), דינו של המטריד מינית יהיה מאסר של עד שנתיים. על פי [ס' 210](http://www.nevo.co.il/law/70301/210) (שבוטל) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), דינו של הרומז רמזים מגונים יהיה מאסר שלושה חודשים. הנאשם זכאי להיות מורשע בעבירה הקלה יותר, היינו - זו [שבס' 210](http://www.nevo.co.il/law/70301/210) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), תשל"ז-1977 שבה הואשם ושהיתה תקפה בעת ביצוע העבירה.

**ד) סיכום**

לאור האמור לעיל, שוכנעתי מעבר לכל ספק סביר כי הנאשם אכן ביצע את המעשים המיוחסים לו בשני האישומים בכתב האישום המתוקן. מהראיות עולה שהנאשם פגע בשתי צעירות שנאלצו לעבוד תחת פיקוחו כדי לפרנס עצמן. הנאשם הגדיל לעשות במקרה של מ.ח., כאמור באישום הראשון.

על כן אני מציעה לחבריי הנכבדים להרשיע את הנאשם, דוד שבת, בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן.

|  |
| --- |
| שרה סירוטה, שופטת  ס " נ - א ב " ד |

**כב' השופטים נורית אחיטוב ואברהם טל**:

אנו מסכימים לקביעות ולמסקנות של כב' האב"ד, השופטת שרה סירוטה, ס"נ ומצטרפים אליהן.

-------------------- ---- --------------------

**נורית אחיטוב, שופטת** **אברהם טל, שופט**

**ההכרעה:**

הננו מרשיעים את הנאשם בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן בשני האישומים, לאמור :

אישום ראשון: אינוס- עבירה על [סעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), תשל"ז-1977;

מעשה מגונה – עבירה על [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) בנסיבות [סעיף 345(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) לחוק הנ"ל .

5129371

54678313אישום שני: מעשה מגונה – עבירה על [סעיף 348(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/348.a) בנסיבות [סעיף 345 (א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/345.a.1) לחוק הנ"ל;

רמזים מגונים- עבירה על [סעיף 210](http://www.nevo.co.il/law/70301/210) לחוק הנ"ל.

5129371

שרה סירוטה 54678313-5159/99

**ניתנה היום א' בחשון, תשס"ג (7 באוקטובר 2002) במעמד ב"כ הצדדים והנאשם**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **אברהם טל, שופט** | **נורית אחיטוב, שופטת** | **שרה סירוטה, ס"נ**  **אב"ד** |

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה